

كتاب هداية



الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه وأظهر شعائر الشرع وأحكامه وبعث رسلا
وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين إلى سبيل الحق هادين وأخلفهم علماء إلى
سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين
منه في ذلك وهو ولي الإرشاد وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق
حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع
والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس
من الموارد والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال وبالوقوف على المآخذ
يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد في مبتدأ بداية المبتدي أن
أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا أن أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه
والوعد يسوغ بعض المساغ وحين أكاد أتلي عنه اتكاء الفراغ تبينت
فيه بنداء من الإطناب وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب فصرفت
العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية أجمع فيه بتوفيق
الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد
في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاستهاب مع ما أنه يشتمل على أصول
تنسحب عليها فصول وأسأل الله تعالى أن يوفقني لإتمامها ويختم لي بالسعادة
بعد اختتامها حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب
في الأطول والأكبر ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر
وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن جبر كله ثم سألني بعض إخواني
أن أملي عليهم المجموع الثاني فأفتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير
ما أقاوله متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله إنه الميسر لكل عسر وهو

كتاب الطهارات

وهو على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير والله أعلم
قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلوة فاغسلوا
وجوهكم والآية ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلثة ومسح الرأس
بهذا النص والغسل هو الإسالة والمسح هو الإصابة وحد الوجه
من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن لأن المواجهة تقع
بهذه الجملة وهو مشتق منها قال والمرفقان والكعبان تدخلان
في الغسل عندنا خلافا لزفر رح هو يقول إن الغاية لا تدخل تحت
المغيا كالليل في الصوم ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها
إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم إليها
إذ الصوم ينطلق على الإمساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح
ومنه الكاعب قال المفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو
ربع الرأس لما روى المغيرة رضي الله عنه أن النبي عم أتى سباطة
قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق
بيانا به وهو حجة على الشافعي رح في التقدير بثلث شعرات وعلى مالك
في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره أصحابنا
بثلث أصابع من أصابع اليد لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح قال
وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ
أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري
أين باتت يده ولأن اليد آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا
الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية في التنظيف قال وتسمية الله في ابتداء
الوضوء لقوله عم لا وضوء لمن لم يسم الله تعالى والمراد به نفي الفضيلة
والأصح أنها مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة ويسمى قبل الاستنجاء وبعده
هو الصحيح قال والسواك لأنه عليه السلام كان يواظب عليه وعند
فقده يعالج بالأصبع لأنه عليه السلام فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق
لأنه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته أن يمضمض ثلثا يأخذ لكل
مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي عن وضوئه عليه السلام
ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس خلافا للشافعي رح لقوله عليه السلام
الأذنان من الرأس والمراد به بيان الحكم دون الحلقة وتخليل اللحية
لأن النبي عم أمره جبرئيل عم بذلك وقيل هو سنة عند أبي يوسف جائز

عند ابی حنیفة ومحمد رحمهما الله لان السنة اکمال الفرض فی محله وداخل اللحیة
لیس بمحل له وتخلیل الاصابع لقوله علیه السلام خللوا اصابعکم قبل ان
یتخللها نار جهنم ولانه اکمال الفرض فی محله قال وتکرار الغسل الی الثلث
لان النبی علیه السلام توضأ مرة مرة فقال هذا وضوء من لا یقبل الله تعالی الصلوة
الا به وتوضأ مرتین مرتین وقال هذا وضوئی والانبیاء من قبلی فمن زاد
علی هذا او نقص فقد تعدی وظلم والوعید لعدم رؤیته سنة
قال ویستحب للمتوضی ان ینوی الطهارة فالنیة فی الوضوء سنة عندنا
وعند الشافعی رحمه الله فرض لانه عبادة فلا تصح بدون النیة کالتیمم ولنا
انه لا یقع قربة الا بالنیة ولکنه یقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة
بمستعمل المطهر بخلاف التیمم لان التراب غیر مطهر الا فی حالة ارادة
الصلوة او هو بنبی عن القصد قال ویستوعب راسه بالمسح وهو سنة
وقال الشافعی رحمه الله السنة التثلیث بماء مختلفة اعتبارا بالمغسول
ولنا ان انسا رضی الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح براسه مرة
واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلی الله علیه وسلم والذی یروی
فی التثلیث محمول علیه بماء واحد وهو مشروع علی ما روی عن ابی
حنیفة رحمه الله ولان المفروض هو المسح وبالتکرار ربما یصیر غسلا فلا یکون
مسنونا وصار کمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا یضره التکرار قال و
یرتب الوضوء فیبدا بما بداء الله تعالی بذکره وبالیمین والترتیب
فی الوضوء سنة عندنا وقال الشافعی رحمه الله فرض لقوله تعالی فاغسلوا وجوهکم
الآیة والفاء للتعقیب ولنا ان المذکور فیها هو حرف الواو وهو
لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فیقتضی اعقاب غسل جملة الاعضاء
والبدایة بالیمین فضیلة لقوله علیه السلام ان الله تعالی یحب التیامن
فی کل شیء حتی فی التنعل والترجل

فصل فی نواقض الوضوء

قال والمعانی الناقضة للوضوء کل ما خرج من السبیلین لقوله تعالی
او جاء احد منکم من الغائط وقیل لرسول الله صلی الله علیه وسلم ما الحدث
قال ما خرج من السبیلین وکلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغیره والدم
والقیح اذا خرج من البدن فتجاوز الی موضع یلحقه حکم التطهیر والقیء
ملء الفم وقال الشافعی رحمه الله الخارج من غیر السبیلین لا ینقض الوضوء لما
روی عن النبی علیه السلام انه قاء فلم یتوضأ ولان غسل غیر موضع الاصابة
امر تعبدی فیقتصر علی مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله علیه السلام
الوضوء من کل دم سائل وقوله علیه السلام من قاء او رعف فی صلوته فلینصرف
ولیتوضأ ولیبن علی صلوته ما لم یتکلم ولان خروج النجاسة مؤثر فی
زوال الطهارة وهذا القدر فی الاصل معقول والاقتصار علی الاعضاء
الاربعة غیر معقول لکنه یتعدی ضرورة تعدی الاول غیر ان الخروج
یتحقق بالسیلان الی موضع یلحقه حکم التطهیر وبملء الفم فی القیء
لان بزوال القشرة تظهر النجاسة فی محلها فتکون بادیة لا خارجة
بخلاف السیلان لان ذلک الموضع لیس بموضع النجاسة فیتبدل
بالظهور علی الانتقال والخروج وملء الفم ان یکون بحال لا یمکن
ضبطه الا بتکلف لانه یحرج ظاهرا فاعتبر حارجا وقال زفر رحمه الله
قلیل القیء وکثیره سواء وکذا لا یشترط السیلان اعتبارا بالمخرج
المعتاد والاطلاق قوله علیه السلام القلس حدث ولنا قوله علیه السلام لیس
فی القطرة والقطرتین من الدم وضوء الا ان یکون سائلا وقول
علی رضی الله عنه حین عد الاحداث جملة او دسعة تملاء الفم
واذا تعارضت الاخبار عمل بما رواه الثافعی علی القلیل وما رواه
زفر علی الکثیر والفرق بین المکلفین قد مناه ولو قاء متفرقا یجب
لو جمع ملاء الفم عند ابی یوسف رحمه الله یعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله یعتبر اتحاد
السبب وهو الغثیان ثم ما لا یکون حدثا لا یکون نجسا یروی ذلک
عن ابی یوسف وهو الصحیح لانه لیس بنجس حکما حیث لا یتنقض الطهارة
وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان قاء بلغما فغیر ناقض عند
ابی حنیفة رحمه الله وقال ابو یوسف رحمه الله ناقض اذا کان ملاء الفم
والخلاف فی المرتقی فی الجوف واما النازل من الراس فغیر ناقض
بالاتفاق لان الراس لیس بموضع النجاسة لابی یوسف انه نجس بالمجاورة
ولهما انه لزج لا یتخلله النجاسة وما یتصل به قلیل والقلیل فی القیء
غیر ناقض ولو قاء دما وهو علق یعتبر فیه ملاء الفم لانه سوداء محترقة
وان کان ماء فکذلک عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما
ان سال بقوته نقض الوضوء وان کان قلیلا لان المعدة لیست
بمحل الدم فیکون من قرحة فی الجوف ولو نزل من الراس الی الفم بالانف

فی وضوء ع

والمیامن جمع میمنة خلاف المیسرة وکل شیء حسن عند العرب یسمونه میمونا ویتفاءلون به ولذا سمی الیمین یمینا کما فی المغرب وغیره وفی البدایة بالیاء کما فی الکافیة والقاموس وغیرهما

فوله وصار کمسح الخف تقریره مسح الراس مسح فی الوضوء وکل ما هو مسح فی الوضوء لا یستوعب ثلثیه کمسح الخف علی ما مر

فوله بخلاف الغسل متصل بقوله وبالتکرار یصیر غسلا ومعناه ان المسح یفیده بالتکرار بخلاف الغسل فانه لا یفیده فکان قیاس الثانی فی رد المسح علی الغسل فاسد علی ما مر

فوله لان النعلین لیسا من الممکنین والله جل شریکه شرع المسح علی الرأس والخف للحرج والحرج لا یتحقق فی النعلین

نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم
مضطجعا او متكئا او مستندا الى شئ لو ازيل لسقط لان الاضطجاع
سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شئ عادة والثابت عادة
كالمتيقن به والاتكاء تزول به مسكة اليقظة لزوال المعقد عن الارض ويبلغ
الاسترخاء غايته بهذا النوع في الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط
بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها هو الصحيح
لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل
فيه قوله ع لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل
بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث
في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس
ان لا تنقض وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم تكن حدثا
في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله ع الا من
ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا ومثله يترك القياس
والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا
له وللجيران والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل في الصلوة
دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من رأس الجرح
او سقط اللحم لا ينقض الوضوء والمراد بالدابة الدودة وهذا ان الجرح
ما عليها وذلك قيح وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه
البثرة والقئ بخلاف الريح الخارج من قبل المرأة والذكر لانها لا تنعدم
عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها
من الدبر وان قشرت لقطة فسال منها ماء او صديد او غيره ان
سال عن رأس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر ينقض
في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج
عن غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضح فيصير قيحا ثم يزداد
نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها
فخرج بعصره لا ينقض لانه نجس وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هو

قال ح

ضوء

وعند الشافعي هما سنتان فيه قوله ع عشر من الفطرة اي السنة وذكر
منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانتا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان
كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال
الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما ورد في حالة الحدث بدليل قوله ع انهما فرضان
في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل بغسل يديه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه
ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان
فيغسل رجليه هكذا حكم ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله ع
وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يعيد الغسل
حتى لو كان على لوح لا يتوضأ ويبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا يزداد
باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا
بلغ الماء اصول الشعر لقوله ع لام سلمة رضي الله عنها يكفيك
اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل في ابيها هو الصحيح بخلاف
اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى انتهائها قال والمعاني الموجبة
للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم
واليقظة وعند الشافعي هو خروج المني كيفما كان يوجب الغسل لقوله ع
الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب
والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل
اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند
ابي يوسف ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمرأة اذا الغسل يتعلق بهما
ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء
الختانين من غير انزال لقوله ع اذا التقى الختانان وغابت الحشفة
وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه تغيب عن البصر
وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لاكمال السببية
ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان
السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذلك
النفاس بالاجماع وسن رسول الله ع الغسل للجمعة والعيدين وعرفة

رجليه

والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد رح الغسل
في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رح هو واجب لقوله عم
من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ
ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها
على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان
بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة
واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي
والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عم كل محل يمذي وفيه الوضوء و
الودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به
والمني حائر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض
يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

الطهارة من الاحداث جائزة بماء
السماء والاودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء
طهورا وقوله عم الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه
ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بماء اعتصر من الشجر والثمر لانه
ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء
الاربعة تعبدية فلا يتعدى الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من
الكرم يجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف رح
وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه
غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلي والمرق
وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلي ما تغير بالطبخ
وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء
طاهر فغير احد اوصافه كماء المد وماء الذي اختلط به اللبن والزعفران
والصابون والاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج
مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف رح انه بمنزلة ماء الزعفران وهو
الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمهما الله وقال
الشافعي رح لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من
جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف

بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنه عادة ولنا ان اسم
الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته
الى الزعفران كاضافته الى البير والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به
لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر بالطبخ بعد ما خلط به
غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار
غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه
لان الميت يغسل بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب
ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت
فيه نجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رح يجوز
ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رح يجوز ان كان الماء
قلتين لقوله عم اذا بلغ الماء قلتين لا يحتمل خبثا ولنا حديث
المستيقظ من منامه وقوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن
فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة
وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه ابو داود رح
او هو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت نجاسة
جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء
والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله
وقيل ما يذهب ببتنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريكها
طرفه الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب
الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية
فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو
قول ابي يوسف وعنه بالتحريك باليد وعن محمد بالتوضي ووجه الاول
ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة
عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى
والمعتبر في العمق ان تكون بحال لا ينجسه بالاغتراف هو الصحيح وقوله
في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه يتنجس
موضع الوقوع وعن ابي يوسف رح انه لا يتنجس الا بظهور النجاسة
فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه
كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوه وقال الشافعي رح

يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود النخل
وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عم فيه هذا هو الحلال اكله وشربه
والوضوء منه لان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت
حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها
النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك
والضفدع والسرطان وقال الشافعي يفسده لان السمك لما مر ولنا
انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه
لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل
غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو
الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم
وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء
ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال الماء المستعمل لا يطهر
الاحداث خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور
ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر وهو احد قولي الشافعي
ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو
حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا وطهورا لكنه نجس حكما وباعتباره
يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطاهرة عملا بالشبهين
وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله هو طاهر غير طهور لان ملاقات
الطاهر الطاهر لا يوجب التنجيس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال
الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف هو نجس لقوله عم لا يبولن احدكم
في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء
ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه
وهو قوله حقيقة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث
او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه وهذا قول ابي يوسف
وقيل قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا بالاقامة القربة
لان الاستعمال انما يكون بانتقال نجاسة الاثام اليه وانها تزال
بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض موثر ايضا فثبت
الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا

فعي
طاهر

صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة
بعده والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم
الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد
كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب عنده والماء لعدم نية التقرب
وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة
والرجل لبقاء الحدث وبقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء
المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال
وهذا اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ فقد طهر جازت الصلوة
فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عم ايما اهاب دبغ فقد
طهر وهو بعمومه حجة على مالك في الجلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد
عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وهو حجة على الشافعي
في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة
واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس
منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما
روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا جلده
او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده
بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك
يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر قال الشافعي
نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها ولهذا لا تتالم بقطعها
فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر
وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم
الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

اذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة
لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس
فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء
استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه
الاستحسان ان الابار في الفلوات ليست لها رؤس حاجزة و
المواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة
ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة

وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث
والحشي والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة
او بعرتين قالوا يرمي البعر ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى
القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين وان وقع فيها حرء الحمام او العصفور
لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال الى نتن فساد فاشبه حرء الدجاج
ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها
واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحمأة فان بالت فيها شاة نزح
الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب
على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس
عندهما له انه عم امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما
قوله عم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه
يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي
انه عم عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رح لا يحل شربه للتداوي
لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة
وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة
او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون
دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث
انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من
ساعته ينزح منها عشرون دلوا والعصفور ونحوها تعادل الفارة
في الجثة فاخذ حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق
الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح
منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون
وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال
في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا هذا لبيان
الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى
به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح
جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما افتيا بنزح الماء كله

كله حين مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها
صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا
لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء فطريق معرفته ان تحفر حفيرة
مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلي او ترسل فيها قصبة
وتجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم
انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذا ان عند ابي يوسف وعند محمد
ينزح منها ميتا دلو الى ثلثمائة فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة
في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما
هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا
اشبه بالفقه وان وجدوا في البئر فارة او غيرها ولا يدرى متى وقعت
ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا
كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت وتفسخت اعادوا صلوة
ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليهم اعادة
شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن
راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة ان للموت
سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ
والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ
والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك
ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قيل المعلى هي على هذا الخلاف
فيقدر بالثلث في البالي (اي صدا الطري) وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب يمري
عينيه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان **فصل في الاسار وغيرها**
وعرق كل شيء معتبر بسوره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه
وسور الادمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب ولعابه طاهر وقد
تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسور
الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عم يغسل الاناء من ولوغ
الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء فالماء
اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي رح
في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سوره
وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسور الخنزير

نجس العين على ما مر وسور سباع البهايم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسور الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف غير مكروه لان اكثر ما كان يصغى لها الاناء فتشرب منه ثم توضأ به ولهما قوله عم الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف وبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهة لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وبهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكث ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف وسقط اعتبار خضب للضرورة وسور الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى النجاسة قد لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سور سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انها لا تقدر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية وسور ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف وبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسور الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا كان طهورا لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا البئر طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وآن فحش فكذا سوره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيضيف الجمع دون الترتيب وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي عم توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ

ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة ليه وبه قال الشافعي عملا بآية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوق الوضوء والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء واشتد منها حمرا اما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة ليه يجوز التوضي به لانه يخيل شربه عنده وعند محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس والله اعلم

باب التيمم

ومن لم يجد ماء وهو سائر او حارج المصر وبينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون الفوت لان التفريط باق من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض فخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان اشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عم التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يده به بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاءوا الى رسول الله صلعم وقالوا انا قوم نكون بهذه الرمال

ولا يجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحايض والنفساء فقال عم عليكم
بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض
كالتراب والرمل والحجر والنورة والكحل والزرنيخ وقال الشافعي لا يجوز
لا يجوز الا بالتراب والرمل وقال مالك لا يجوز الا بالتراب وهو رواية
عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس
غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد
اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فنحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار
عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد
عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنسيمة فرض في التيمم وقال زفر
ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه بني على
القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور نفسه
على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا تشترط نية التيمم
للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم ونصراني يريد به الاسلام ثم اسلم
لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة
مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة
ولهما ان التراب لما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح
بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة
لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الا
ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم
ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر يبطل تيممه لان
الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا
ان الباقي صفة كونه طاهرا فلا تعترض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض
على الوضوء وانما لا تصلح في الكافر لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء
ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء بالوجود
قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية
التراب وخايف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنايم عند ابي
حنيفة قادر تقديرا والمراد ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء
فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر دلالة

ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو
يرجوه ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع
الاداء بكمال الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف
في غير رواية الاصول ان الثاني خير ختم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه
الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيمم ما شاء
من الفرايض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية
ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله بقي شرطه ويجوز التيمم للصحيح في المصر
اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف
ان اشتغل بالطهارة ان يفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي
غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو
الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام والمقتدي
في صلوة العيد يتيمم ويبني عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق
يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف لانه زحمة فيعتبر به عارض
يفيد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم ثم تيمم
وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته
فيفسد ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة
صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد
وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته
لان الفوايت الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله
فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ش
يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره باجره وذكره
في الوقت وبعده سواء له انه واجد لما فصار كما اذا كان في رحله ثوب
فنسيه ولان رحل المسافر معد لذلك عادة فيقرض الطلب ولهما انه
لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا
للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر
يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم وليس
على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان يقربه ماء لان الغالب عدم
الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه

ان هناك ماء لم يجزه ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم
يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا المتيمم كيلا ينقطع عن رفقته وان
كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه
منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه
الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى
ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه
تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائزة بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من
لم يره كان مبتدعا لكن من راه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان ماجورا
ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث
حصة بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى
وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة
اذا لبس ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا
وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس
بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه
ثم اكمل الطهارة ثم احدث تجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث
بالحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة
عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام
ولياليها لقوله عم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها
قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فتعتبر المدة
من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع
الى الساق لحديث المغيرة ان النبي عم وضع يديه على خفيه ومدهما
من الاصابع خطوطا بالاصابع ثم المسح الظاهر ختم حتى لا يجوز على باطن
الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به
الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض
ذلك مقدار ثلثة اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل و
الاول اصح اعتبارا لالة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين
منه مقدار ثلثة اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال
زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي

الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في
النزع وتخلوا عن الكثير فلا حرج والكثير ان ينكشف قدر ثلثة اصابع من اصابع
الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث واكثرها فقام
مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان
لا ينفرج الاصابع عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع
الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع
السفر بالاخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير
النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال قال
كان رسول الله صلعم يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام و
ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول وغائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر
عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء
ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث
الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل
والمسح في وظيفة واحدة وكذا ينقضه مضي المدة لما روينا واذا
تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية
الوضوء وكذا نزع قبل مضي المدة لان عنده النزع يسري الحدث
السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم
الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتداء
المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا
باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا
استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع
ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر
لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن
لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل
لا يكون له بدل ولنا ان النبي عم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف
استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن
الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف
فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح
بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين

عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا
ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عم مسح على جوربيه ولانه يمكنه
المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان
يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكنه مواظبة
المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما
وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين
لانه لا حرج في هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجباير
وان شدها على غير وضوء لانه عم فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به و
لان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفي
بالمسح على اكثره ذكره الحسن رح ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت
فان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قايم والمسح
عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء
بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على
الاصل قبل حصول المقصود بالبدل والله اعلم

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عم اقل
الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام
وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف يومان
والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقض عن
تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزايد استحاضة لما روينا
وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزايد والناقص استحاضة
لان تقدير الشرع يمنع لحاق غيره به وما تراه المراة من الحمرة والصفرة
والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رح لا تكون
الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن
الصافي ولهما ما روي ان عايشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض
الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فتخرج الكدرة
اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المراة اذا كانت
من ذوات الاقراء تكون حيضا وتحمل على فساد المنبت ولا تكون حيضا
والحيض يسقط عن الحايض الصلوة وتحرم عليها الصوم وتقضي الصيام
ولا تقضي الصلوات لقول عايشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد

على عهد رسول الله صلعم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي
الصلوات ولان في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء
الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد
لحايض ولا لجنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه
العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها
زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحايض والجنب و
والنفساء قراءة القرآن لقوله عم الحايض والجنب شيئا من القرآن
وهو حجة على مالك في الحايض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية
فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه
ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس
المصحف الا بغلافه لقوله عم لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة
حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل
كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف
كتب الشريعة لاهلها حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة
ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن و
في الامر به بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم
الحيض لاقل من عشرة ايام لم تحل وطئها حتى تغتسل لان الدم تدر
تارة وتنقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع
ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على
الاغتسال والتحريمة حل وطئها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها
فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث
لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة
غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام
حل وطئها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب
قبل الاغتسال لكن في القراءة بالتشديد قال والطهر اذا تخلل بين الدمين
في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذا احدى الروايات
عن ابي حنيفة ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع
فيعتبر اوله وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو

عن ابي حنيفة وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر
لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لان طهر فاسد فيكون بمنزلة العدم و
الاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر
خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله ولانه يعرف لا توقيفا
ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا
اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب
الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم ولا الصلوة ولا الوطي
لقوله عم توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة
ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام
ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة
لقوله عم المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة
يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها
عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم
والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رح تتوضأ المستحاضة
لكل مكتوبة لقوله عم المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها
ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عم المستحاضة
تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت
يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا
فيدار الحكم عليه فاذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلوة
اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر استأنفوا اذا دخل
الوقت فان توضأوا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر
وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف وزفر اجزأهم حتى
يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت
بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان
عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال
كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة
الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة

مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة
على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال
الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة
حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو
الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته وصلى واخرى
فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت
المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي
ابتليت به يوجد فيه وكذلك كل من هو في معناه وهو من ذكرناه ومن به
استطلاق البطن او انفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة
لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى
الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة
وان كان ممتدا وقال الشافعي رح حيض اعتبارا بالنفساء اذ هما جميعا من الرحم
ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج
الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لانه ينفتح فيتنفس والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير
نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس
لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه
بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها
ان النبي عم وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي رح في اعتباره
الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك
ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم
تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان
ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف
وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير وهو قول زفر رح
لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي
العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح
بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف
اليها فيتناول الجميع والله اعلم **باب الانجاس وتطهيرها** تطهير النجاسة

واجب فی بدن المصلی وثوبه والمکان الذی یصلی علیه لقوله تعالی وثیابك فطهر وقال ﷺ حتیه ثم اقرصیه ثم اغسلیه بالماء واذا وجب التطهیر بما ذکرنا فی الثوب وجب فی البدن والمکان لان الاستعمال فی حالة الصلوة یشتمل الکل ویجوز تطهیرها بالماء وبکل مایع طاهر یمکن ازالتها به کالخل وماء الورد ومما اذا عصر العصر وهذا عند ابی حنیفة وابی یوسف وقال محمد وزفر والشافعی رحمهم الله لایجوز الا بالماء لانه ینجس بحلول الملاقاة والنجس لایفید الطهارة الا ان هذا القیاس ترک فی الماء للضرورة ولهما ان المایع قالع والطهوریة بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتفت اجزاء النجس یبقی طاهرا وجواب الکتاب لایفرق بین الثوب والبدن وهو قول ابی حنیفة واحدی الروایتین عن ابی یوسف وعنه انه فرق بینهما فلم یجوز فی البدن بغیر الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم کالروث والعذرة والدم والمنی فجفت فدلکه بالارض جاز وبه استحسن وقال محمد لایجوز وهو القیاس الا فی المنی خاصة لان المتداخل فی الخف لایزیله الخفاف والیبس بخلاف المنی علی مذکر ولهما قوله ﷺ فان کان بهما اذی فلیمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لایتداخله اجزاء النجاسة الا قلیلا ثم یجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفی الرطب لایجوز حتی یغسله لان المسح بالارض یکثره ولا یطهره وعن ابی یوسف انه اذا مسحه بالارض حتی لم یبق اثر النجاسة یطهر للعموم البلوی فی الطلاق ما یردی وعلیه مشایخنا رحمهم الله فان اصابه بول فیبس لم یجزه حتی یغسله وکذا کل ما لا جرم له کالخمر لان الاجزاء تتشرب فیه ولا جاذب یجذبها وقیل ما یتصل به من التراب والرمل جرم له والثوب لایجزی فیه الا الغسل وان یبس لان الثوب لتخلخله یتداخله کثیر من اجزاء النجاسة فلا یجزیها الا الغسل والمنی نجس یجب غسله رطبا فاذا جف علی الثوب اجزاه فیه الفرک لقوله ﷺ لعائشة رضی الله عنها فاغسلیه ان کان رطبا وافرکیه ان کان یابسا وقال الشافعی رحمه الله المنی طاهر لحجة علیه مارویناه وقال ﷺ انما یغسل الثوب من خمس وذکر منها المنی ولو اصاب البدن قال مشایخنا یطهر بالفرک لان البلوی فیه اشد وعن ابی حنیفة انه لایطهر لان حرارة البدن جاذبة فلا تعود الی الجرم والبدن

لصلاته ج

ذب

والبدن لایمکن فرکه والنجاسة اذا اصابت المرآة او السیف اکتفی بمسحها لانه لاینداخله النجاسة وما علی ظاهره یزول بالمسح وان اصاب الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة علی مکانها وقال زفر والشافعی رحمهما الله لایجوز لانه لم یوجد المزیل ولهذا لایجوز التیمم به ولنا قوله ﷺ ذکوة الارض یبسها وانما لایجوز التیمم لان الطهارة بالصعید ثبتت شرطا بنص الکتاب فلا یتادی بما ثبت بالحدیث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ کالدم والبول وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعی قلیل النجاسة وکثیرها سواء لان النص الموجب للتطهیر لم یفصل ولنا ان القلیل لایمکن التحرز عنه فیجعل عفوا وقدروه بقدر درهم اعتدالا عن موضع الاستنجاء ثم یروی اعتبار الدرهم فی خفیف الماهیة وهو قدر عرض الکف فی الصحیح ویروی فی خفیف الوزن وهو الدرهم الکبیر المثقال وهو مایبلغ وزنه مثقالا وقیل فی التوفیق بینهما ان الاولی فی الرقیق والثانیة فی الکثیف واذا کانت نجاسة هذه الاشیاء مغلظة لاتثبت بدلیل مقطوع به وان کان مخففا کبول مایؤکل لحمه جازت الصلوة معه حتی یبلغ ربع الثوب ویروی ذلک عن ابی حنیفة لان التقدیر بالکثیر الفاحش والربع ملحق بالکل فی حق بعض الاحکام وعنه ربع ادنی ثوب یجوز فیه الصلوة کالمیزر وقیل ربع الموضع الذی اصابه کالذیل والدخریص وعن ابی یوسف شبر فی شبر واذا کان مخففا عند ابی حنیفة وابی یوسف لمکان الاختلاف فی نجاسته اولتعارض النصین علی اختلاف الاصلین واذا اصاب الثوب فی الرد او اخثاء البقر اکثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فیه عند ابی حنیفة له لان النص الوارد فی نجاسته وهو مارووا انه ﷺ رمی بروثة وقال هذا رجس او رکس لم یعارضه غیره وبهذا یثبت التغلیظ عنده والتخفیف بالتعارض وقالا تجزیه حتی یفحش لان للاجتهاد فیه مساغا وبهذا یثبت التخفیف عندهما ولان فیه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهی مؤثرة فی التخفیف بخلاف الحمار لان العارض تنشفه قلنا الضرورة فی النعال وقد اثرت فی التخفیف قدرة حتی یطهر بالمسح فتکفی مؤنتها ولا فرق بین ماکول اللحم وغیر ماکول اللحم وزفر فرق بینهما فوافق ابا حنیفة له فی غیر ماکول

بول ج

اللحم وافقهما في المأكول وغ محمد له انه لما دخل الري ورأى البقوى
افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا على طين بخارى وعند ذلك
رجوعه في الخف يردى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش
عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول
ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابى حنيفة له والتخفيف لتعارض الآثار و
لحمه ماكول عندهما واما عند ابى حنيفة له فالتخفيف لتعارض الآثار و
ان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم اخرات
الصلوة فيه عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يجوز فقد قيل ان
الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول
لا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تتذرق في الهواء والتحامى
متعذر فتخفف الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده
لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك ومن لعاب البغل
او الحمار اكثر من قدر الدرهم اخرات الصلوة فيه اما دم السمك فلانه
ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وغ ابى يوسف انه اعتبر فيه الكثير
الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه متولد فيه
فلا يتنجس به الظاهر فان استنضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك
ليس بشئ لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال والنجاسة ضربان
مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينه لان النجاسة
حلت المحل باعتبار العين فتزول بزواله الا ان يبقى من اثره ما يشق
ازالته لان الحرج موضوع شرعا وبهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد
زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس
بمرئى فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان
التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن
كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده
فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ
من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء الاستنجاء سنة لان النبى عليه السلام واظب عليه
ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه بمسح حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء
فتعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعى يه لا بد من

لا بد من الثلث لقوله عليه السلام فليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر
فليوتر من فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه
متروك الظاهر لانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء
افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون
الحجارة بالماء ثم هو ادب وقيل سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان
يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان
موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بسبع ولو جاوزت النجاسة
مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ الا المايع فهذا يكون
اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان
المسح غير فريل الا انه اكتفى به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم المعتبر
المقدار المايع وراء موضع الاستنجاء عند ابى حنيفة وابى يوسف
لسقوطه اعتبارا ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا
بسائر المواضع ولا يستنجى بعظم ولا بروث لان النبى عليه السلام نهى عن ذلك
ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهى في الروث النجاسة وفي
العظم كونه زاد الجن ولا يستنجى بطعام لانه اضاعة واسراف و
لا بيمينه لان النبى عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين والله اعلم

كتاب الصلوة

باب المواقيت اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثانى وهو المعترض في الافق
وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه امّ رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيهما في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثانى حين اسفر
جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت
لك ولأمتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذى يبدو طولا
ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما
الفجر المستطير في الافق اى المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت
الشمس لامامته عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها
عند ابى حنيفة اذا صار ظل كل شئ مثليه سوى في الزوال وقالا اذا
صار ظل كل شئ مثله وهو رواية عن ابى حنيفة وفي الزوال هو الشئ الذى
يكون للاشياء وقت الزوال لها امامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول العصر
في هذا الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم والشدة
الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا يقضى الوقت بالشك

ان في ع

واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها مالم تغرب
الشمس لقوله ﷺ من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد
ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها مالم يغب الشفق
وقال الشافعي له مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبريل ﷺ امّ في اليومين
في وقت واحد ولنا قوله ﷺ اول وقت المغرب حين تغرب الشمس واخره
حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض
الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي
حنيفة وهو قول الشافعي له لقوله ﷺ الشفق الحمرة وله قوله ﷺ وآخر وقت
المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما وذكره
مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم واول وقت العشاء
حين اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما يطلع الفجر لقوله ﷺ وآخر وقت العشاء
حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بثلث ثلث الليل واول وقت
الوتر بعد العشاء واخره مالم يطلع الفجر لقوله ﷺ في الوتر فصلوها بعد العشاء
الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا عندهما وعند ابي حنيفة له وقته وقت
العشاء ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب
الاسفار بالفجر لقوله ﷺ اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي
يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما تلوناه قال والابراد
بالظهر في الصيف والتقديم في الشتاء لما رويناه ولرواية انس رضي الله عنه ان
النبي ﷺ اذا كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر مالم تتغير الشمس في الشتاء
والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو
ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين وهو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب
تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال ﷺ لا يزال
امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء قال وتاخير العشاء الى قبل ثلث الليل
لقوله ﷺ لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه
قطع السمر المنهي بعده وقبل في الصيف يعجل كيلا تتقل الجماعة والتاخير الى
نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب
وهو قطع السمر لواحد فشت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل
الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل ان يوتر
آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله ﷺ من خاف ان لا يقوم

ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اول ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر
الليل واذا كان اليوم يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها
وفي العصر والعشاء تعجيلهما لان في تاخير العشاء تثقيل الجماعة على اعتبار المطر
وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك
المدة مديدة وعند ابي حنيفة له التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز
الاداء بعد الوقت لا قبله **فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة**
لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند
غروبها لحديث عقبة رضي الله عنه قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله
ﷺ ان نصلي فيها او ان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع و
عند زوالها حتى تزول وحين تتضيف للغروب حتى تغرب والمراد
بقوله وان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه
حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبكلمة حجة على ابي يوسف في اباحة النفل
يوم الجمعة وقت الزوال قبل ولا صلوة جنازة لما رويناه ولا سجدة
تلاوة لانها في الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء
القايم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء
الماضي فالمؤدى في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد ادتها كما وجبت
بخلاف غير ايام الصلوات لانها وجبت كاملة فلا يادى بالنقص
قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا سجدة فيه فسجدها جاز لانها ادّيت ناقصة
كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر
حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روى انه ﷺ نهى عن ذلك ولا باس
بان يصلي في هذين الوقتين الفوايت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة
لان الكراهة لحق الفرض لصير الوقت كالمشغول به لالمعنى في الوقت فلم يظهر
في حق الفرايض وفيما ذهب بعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور
لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو حتم الطواف وصيانة المؤدى
ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لانه ﷺ لم يزد عليهما
مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير
المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال

عن استماع الخطبة **باب الاذان** الاذان سنة للصلوات
الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن
الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع صوته بالشهادتين
بعد ما خفض بهما وقال الشافعي رح فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان
النبي عم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما
فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين
لان بلالا رضي الله عنه قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي عم
راقدا فقال ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت
نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت
الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو مشهور وهو
حجة على الشافعي رح في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة
ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عم لبلال اذا اذنت فترسل
واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان
النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول
المقصود ويكره لمخالفته السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة
ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم وان استدار في صومعته
فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه
مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة
فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عم
بلالا رضي الله عنه ولان ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست
بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح
مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه
العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب
احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به
لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في
الامور الدينية وقال ابو يوسف لا ارى باسا بان يقول المؤذن للامير
في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على
الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رح لان الناس
سواسية في امر الجماعة وابو يوسف رح خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم

لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي
ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وعند ابي حنيفة رح وقالا يجلس
في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الموصل مكروه ولا يقع
بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين و
لابي حنيفة رح ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه والمكان
في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة
وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه
قال يعقوب رايت ابا حنيفة رح يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد
ما قلنا فان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عم ويؤذن
لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عم قضى الفجر غداة ليلة التعريس
باذان واقامة وهو حجة على الشافعي رح في اكتفائه بالاقامة فان فاتته
صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن
واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة
لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رح انه
يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يؤذن و
ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة وكان
الوضوء فيه استحسانا بالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل
بين الاقامة والصلوة ويروى لا تكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين
ويروى يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان
يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين
وهو ان للاذان شبها للصلوة فتشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين
دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء
واقام لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول
فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه
ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع
دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون
الاذان والاقامة قال وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد
ليقع على وجه السنة ولا يؤذن الصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت
لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف هو قول

هذا صح

العرس

ن
د

الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة
على الكل قوله ﷺ لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين الفجر هكذا ومد
يديه عرضا والمراد توخي الصبح وبقيم لقوله ﷺ لابني ابي مذكورة رضي الله عنهما
اذا سافرتما اذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز
لان الاذان للاستحضار للغائبين والرفقة حاضرون والاقامة
لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان
واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه
اذان الحي يكفينا والله اعلم بالصواب

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

قال يجب على المصلي ان يتقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمنا
قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر
عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عوراتكم عند كل
صلوة وقال ﷺ لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت
السرة الى الركبة لقوله ﷺ عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى
ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة
خلافا لما يقوله الشافعي له والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى
تحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله ﷺ الركبة من العورة وبدن
الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله ﷺ المرأة عورة مستورة
واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وبهذا تنصيص
على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح قال رحمه الله
وربع ساقها وفخذها مكشوف لتعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد
وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل
من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه
اذ بهما تتم المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد
الفلة وعدم الدخول في صنده وجه الاول ان الربع يحكى حكاية الكل كما في مسح
الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير
الا احد جانبه الاربعة والفخذ والبطن والظهر كذلك يعني على هذا الاختلاف
لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما
وضع عسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر
يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الفخذ وما كان عورة

عنه

رحمهما الله

في الرواية الصائمة لا تفسد صومها لانه يقبل صح

في غير الصائمة لانه ليس بمنفذ صح

عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك
من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه القي عنك الخمار يا دفار
استشبهها بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبرها
بذوات المحارم في جميع الرجال دفعا للحرج قال ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة
صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا
يصلي عريانا لانجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل
من الربع فكله كذلك عند محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي له لان في الصلوة فيه
ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل
لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق
المقتدي فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون
تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها
ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا ويومي بالركوع والسجود هكذا فعله
اصحاب رسول الله ﷺ فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة
الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى اييهما شاء الا ان الاول
افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس لانه لا خلف له والايماء
خلف عن الاركان قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنيته لا يفصل
بينهما وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله ﷺ الاعمال بالنيات ولان ابتداء
الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز
الا بالنية والمقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو
عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة
لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط
ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويجزئه ذلك
لاجتماع غرضه ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان
كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لابد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف
الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه
فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى
فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا
عنها ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان

مع الركوع والسجود

حق

حائفا يصلي الى اى جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان
اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان اصحاب
رضوان الله عليهم اجمعين تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلعم
ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار
فوق التحري فان علم انه اخطأ بعد ما لم يعد وان قال الشافعي يه
يعيد ما اذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه الا التو
الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في الصلوة
استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا
كهيئتهم واستحسنه النبي ع وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها ليجوز
العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة
مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى
جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه الى جهة
التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه
تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه
فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرايض الصلوة ستة التحريمة
لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى قوموا
لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن والركوع
لقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد
لقوله ع لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت
هذا فقد تمت صلوتك على التمام بالفعل قراءة ولم يقرأه قال وما سوى
ذلك سنة اطلق اسم السنة عليها واجبات كقراءة الفاتحة وضم
السورة اليها ومراعات الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة
الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين
والجهر فيما يخافت فيه والمخافتة فيما يجهر فيه ولهذا يجب سجدتا السهو بتركها
هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة قال
اذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال ع تحريمها التكبير وهو شرط عندنا
خلافا للشافعي يه حتى ان من كبر للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع
هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا
انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر

لتكرر الاركان ومراعاة الشرايط لما يتصل به قيام الصلوة ويرفع يديه مع
التكبير وهو سنة لان النبي ع واظب عليه وبهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقا
وهو المروي عن ابي يوسف يه والمحكي عن الطحاوي يه والاصح انه يقع برفع
اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع يديه
حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي يه يرفع الى منكبيه وعلى هذا التكبيرة
القنوت والاعياد والجنازة لحديث ابي حميد الساعدي قال النبي ع
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وايل والبراء بن عازب وانس
رضي الله عنهم ان النبي ع كان اذا كبر رفع يديه هذا ادنيه ولان رفع اليد
لاعلام الاصم وهو قايم وما رواه محمل على حالة العذر والمراة ترفع حذاء
منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن
اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف يه ان كان يحسن التكبير لم يجز الا الله اكبر الله الا كبر الله التكبير وقال
الشافعي يه الا بالاولين وقال مالك يه لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول
والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام
مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء
بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير
هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها
بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند
ابي حنيفة يه وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه
اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية
لان لغة العرب لها في المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما
ان القرآن اسم للمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى
كالايمان بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة يه قوله تعالى
وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها هذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا
انه يصير مسيئا لمخالفة السنة المتواترة وكور باي لسان كان سوى
الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف
في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة
الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان
يعتبر التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجة

فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله
وقيل لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى
على اليسرى تحت السرة لقوله عم ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت
السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر
لان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة
القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى يرسل حالة الثناء والاصل
ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة
القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد
ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف انه يضم
اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه انه عم كان
يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه ان النبي عم كان اذا افتتح
الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره لا يزيد على هذا و
ما رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به
في الفرايض والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو
الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ
بالله معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله
ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون
الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلوناه حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي
ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في
المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام
وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند
الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو
محمول على التعليم لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عم كان لا يجهر بها
ثم عن ابي حنيفة رح انه لا يأتي بها في كل ركعة كالتعوذ وعنه انه
يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا
عند محمد رح فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب
وسورة معها او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة
لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي رح في الفاتحة
ولمالك رح فيهما له قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها

معها وللشافعي رح قوله لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا
بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم
لقوله عم اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك رح في قوله عم
واذا قال الامام ولا الضالين قولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره
فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد
خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط
لان النبي كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان
المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من
حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عم لانس
رضي الله عنه اذا ركعت فوضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك
ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم
الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره
لان النبي عم كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه
لان النبي عم كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يضعه ويقول سبحان ربي
العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه
سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه
ويقول الامام سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها
الامام عند ابي حنيفة رح وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره
فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده قولوا ربنا
لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا تأتي المؤتم بالتسميع
عندنا خلافا للشافعي رح ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف
موضوع الامامة والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع
بينهما في الاصح وان كان يروي الاكتفاء بالتسميع ويروي بالتحميد
والامام بالدلالة عليه آت به معنى قال واذا استوى قائما كبر وسجد اما
التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة
بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وقال ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي له لقوله ﷺ ثم قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي لما اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الاخفاض لغة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روى تسميته اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيأ فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني له وفي تخريج الكرخي له واجبة حتى يجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل ابن حجر وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد واذ عم على راحتيه ورفع عجيزته ووضع وجهه بين كفيه ويديه هذا اذ نبه لما روى انه ﷺ فعل كذلك قال وسجد على انفه وجبهته لان النبي واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله ﷺ امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن حارج والمذكور فيما روى الوجه في الشاهد ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي ﷺ كان يسجد على كور عمامته ويروى انه ﷺ صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله ﷺ وابد ضبعيك ويروى وابدخ الابداء وهو المد والادل والابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه ﷺ كان اذا سجد جافى بطنه حتى ان بهمة لو اراد ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله ﷺ اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه كل اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله ﷺ واذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلث وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود وبعد ان يختم بالوتر لانه ﷺ كان يختم بالوتر فان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولها دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمراة تخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان

لان ذلك استر لها قال ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله ﷺ وفي حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه بعد جالسا وان كان الى حال الجلوس اقرب جاز لانه بعد جالسا فيتحقق الثانية فاذا اطمان ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قاعدا على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي له يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روى انه ﷺ فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه فعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي له في الركوع والرفع منه لقوله ﷺ لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى في الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه واذا رفع راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله ﷺ في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وشهد يروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امراة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوة والسلام عليك ايها النبي الى آخره وهذا تشهد ابن مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول الله ﷺ بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى آخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى

لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلعم التشهد في وسط الصلوة
واخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد وان كان آخر الصلوة
دعا بما شاء ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدثنا الحديث قادة
ان النبي صلعم قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان
القرأة فرض في الركعتين على ما نبين ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة
كما جلس في الاولى لما روينا في حديث وايل وعايشة رضي الله عنهما ولانها
اشق على البدن فهو التورك الذي يميل اليه مالك له والذي يروى انه صلعم
قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا
وصلى على النبي صلعم وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي له فيهما لقوله
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان
شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي صلعم خارج عن الصلوة واجبة اما
مرة واحدة كما قاله الكرخي له او كلما ذكر عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكلف
مونة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما يشبه الفاظ
القرآن والادعية المأثورة لما روينا في حديث ابن مسعود رضي الله عنه
وقال له النبي صلعم ثم اختر من الدعا اطيبه واعجبه اليك ويبداء بالصلوة
على النبي صلعم ليكون اقرب الى الاجابة ليدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن
الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله
اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من
كلامهم وقوله اللهم ارزقني قبيل الاولى لاستعمالها فيما بين العباد يقال
رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن
يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي كان يسلم
عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده
الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة
كذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من
لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب خطاب الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية
امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان
بحذائه في الاولى عند ابي يوسف له ترجيحا لجانب الايمن وعند محمد له وهو
رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ في الجانبين والمنفرد ينوي
الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح و

هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم
قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام واجبة
عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي له هو يتمسك بقوله صلعم تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم وبنا ما روينا في حديث ابن مسعود رضه والتحريمة بنا في الفريضة
والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا يثبت الفرضية

فصل في القرأة

قال ويجهر بالقرأة في الفجر وفي الركعتين الاوليين
من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور
المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام
في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل
هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخيرها الامام في الظهر والعصر
وان كان بعرفة لقوله صلعم صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قرأة
مسموعة وفي عرفة خلاف مالك له والحجة عليه ما روينا ويجهر
في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار
يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه تكمل له
فيكون تبعا ومن فاتته العشا فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها
جهر كما فعل رسول الله صلعم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان
كان وحده خافت حتما ولا تخيير هو الصحيح لان الجهر يخص اداء بالجماعة حتما او
بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشا
في الاوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين و
ان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة
وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له لا يقضي
واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضي الا بدله ولهما
وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب
عليها السورة فلو قضاها في الاخريين بترتب الفاتحة على السورة وهذا
خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه
المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها
ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها في كل
وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في كل ركعة واحدة يشبع
تغيير النقل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره

وبذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت
وقال الكرخي لو ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة
فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل
كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى
ما يجزئ في القراءة في الصلوة اية عند ابي حنيفة لو قالا ثلث آيات قصار
او اية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله
قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن في غير فصل الا ان ما دون الآية
خارج والاية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب وادنى
سورة تشاء لما روى ان النبي عم قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين
ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى
وبذا اذا كان على عجلة من امره وان كان في امنة وقرار يقرأ في الفجر
نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ
في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين اية سوى فاتحة الكتاب
ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الا
ان بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول التيالي وقصرها والى كثرة
الاشتغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت
وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقض عنه تحرزا عن الملال
والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك
يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر الى ابي موسى الاشعري رضي الله
ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي
المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر
والعشاء يستحب فيهما التخفيف والتطويل في وقت غير مستحب فيوقت
فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى في الفجر على الثانية اعانة للناس على
ادراك الجماعات قال وركعتا الظهر سواء وبذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها
لما روى ان النبي عم كان يطيل الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها
ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار
بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة في حينه

ثر

الثانية ح

عنهما

وروى ما قرأ في الفجر الاستواؤهما في
مثل ما قرأ في الوقت وروى ان النبي
كان يقرأ في الظهر الم السجدة
قال ابو سعيد الخدري
رسول الله عم في الظهر فظننا
انه قرأ الم السجدة وقد
روينا انه كان يقرأ في صلاة
الفجر الم تنزيل السجدة في ثانية
هل اتى على الانسان فيحمل
انه قرأ في ركعتي
يعني الفجر

من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان
بما دون ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في
شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا جوز غيرها لاطلاق ما تلونا وغيره
ان يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوة لما فيه من هجران الباقي
وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي له
في الفاتحة له ان القراءة ركن في الاركان فيشترك فيه ولنا
قوله عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات
والاستماع قال عليه السلام اذا قرأ فانصتوا وتستحسن على سبيل
الاحتياط فيما يروى عن محمد له ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع
وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب او الترهيب لان الاستماع
فرض والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك نفل به
وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عم لفرضية الاستماع
الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه الآية فيصلي
السامع في نفسه واختلفوا في الثناء على الامير والاصح انه لا يثني
الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم
بالسنة وعن ابي يوسف له اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى
العلم اذا نابت وكن بقول القراءة مفتقر اليها لكن واحد والعلم بر
الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عم يؤم القوم اقرأهم بكتاب الله تعالى
فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واتقاهم كان اعلمهم لانهم كانوا
يتلقونه باحكامه فقدم بالحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان
تساووا فاورعهم لقوله عم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي
فان تساووا فاسنهم لقوله عم وليؤمكم اكبركم ولان في تقديمه تكثير
الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة
وولد الزنا لانه ليس له اب شفقة فيغلب عليه الجهل ولان في تقديمه هؤلاء
تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عم صلوا خلف كل بر و
فاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عم من ام قوما فليخفف بهم صلوة

اضعفهم فان فيهم المريض الكبير وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن جماعة
لا تخلوا عن ارتكاب محرم وهو قيامهم وسط الصف فيكره كما علوا ٥
فان فعلن قامت الامام وسطهن لان عايشة رضى الله عنها فعلت كذلك
وحمل فعلها جماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن
صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضه فانه م صلى به واقامه
عن يمينه ولا يتاخر عن الامام وعن محمد رح انه يضع اصابعه عند عقب الامام
والاول هو ظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه
خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف رح يتوسطهما
ونقل ذلك عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه ولنا انه م تقدم على انس
واليتيم حين صلى بهما فهذا للفضيلة والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان
يقتدوا بامرأة وصبي اما المرأة فلقوله م اخروهن من حيث اخرهن الله
فلا يجوز تقدمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح
والسنن المطلقة جوازه مشايخ بلخ رحمهم الله ولم يجوزه مشايخ بخارى رحمهم الله
ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والمختار
انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حتى لا يلزمه
القضاء بالافساد بالاجماع ولان بنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه
مجتهد فيه فاعتبر العارض عندهما بخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة
متحدة وصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله م ليلني منكم اولوا الاحلام
والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيوخرن وان حاذته امراة وهما مشتركان
في صلوة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو
قول الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما روينا انه
من المشاهير وهو المخاطب بدونها فيكون هو التارك لفرض المقام
فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو
امامتها لم تفسد ولا يجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها خلافا ٥
لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما
تشترط نية الامامة اذا ايتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان
والفرق على احديهما ان الالف في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط
المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المراة
من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حايل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف

بخلاف فيما رأى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشوابّ
منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا بأس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة
فلا يكره كما في العيد ولابي حنيفة رح ان فرط التبرج حال فيقع الفتنة غير ان الفساق
انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نايمون وفي المغرب
بالطعام مشغولون والجناية منتشعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره و
لا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان
الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن يعني
تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف
العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية وطهارة
الماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم
الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف
يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة
ويصلي القايم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القايم
ولكن تركناه بالنص وهو ما روى انه م صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه
قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستوايهما في الحال الآن يومي المؤتم قاعدا والامام
مضطجعا لان القوم معتبرون به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف
المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر له ولا يصلي المفترض خلف
المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفريضة معدوم في حق الامام فلا يتحقق
البناء على المعدوم قال ولا كن يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لانه
الاقتداء شركة وموافقة فلا بد في الاتحاد وعند الشافعي رح يصح في ذلك
لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى
ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود
في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد
لقوله م من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا
وفيه خلاف الشافعي رح له بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في
الجواز والفساد واذا صلى امي يقومون يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم
فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا صلوة الامام ومن للاقتداء تامة لانه معذور

جمع مح

ثم قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ائتم القارئ بقارئ
ولا بأس به ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته
وهذا لانه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة
وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان
يصلي الامي وحده وكقارئ وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة
في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين امتاقدت
صلوتهم وقال زفر يه لا تفسد لانه تأدى فرض القراءة وله ان كل ركعة
صلوة فلا تخلو عن قراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي
لانعدام الاهلية وكذا على هذا القهقهة في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف
وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي يه لان الحدث
ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث عمدا ولنا قوله ﷺ
من قاء او رعف او مذي في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته
ما لم يتكلم وقال ﷺ اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقد
من لم يسبق بشئ والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يجوز بردالاستنابة
افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والمقتدي يبني صيانة
لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان عاد الى مكانه
والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل
ومن ظن انه احدث فخرج فالمسجد تم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة
وان لم يكن خرج فالمسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية
عن محمد يه لوجود الانصراف في غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على
قصد الاصلاح الا يرى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد
الاصلاح بحقيقته فلم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت
لانه عمل كثير في غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف
حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه
لو تحقق ما توهمه يستقبل فهذا هو الخلف في مكان الصفوف في الصحراء له حكم
حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم تكن فمقدار الصفوف
خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم
او نبي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم تكن في معنى ما ورد به

ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو
قاطع وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة يه
وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو
بهذا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلوة
لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد
التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي لبنائي به
وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته
لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبن على صلوة شئ فالا
فان راى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر في قبل فان راءه بعد ما
قعد قدر التشهد او كان شاكا فالصحيح انه لا يفسد وان صلى حفنة
بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او متيمما
قدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القا
فاستخلف حتى او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان
ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره
كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة يه وقيل الاول في
ان الخارج عن صلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة يه وليس بفرض
عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال
الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لها مر ديناه من حديث ابن مسعود
وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوصل الى الفرض
الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بفرض
حتى يجوز في حق القارئ وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية
الامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه
لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر
على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم
فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام
يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام فهقه او احدث
متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلواته وصلوة القوم تامة لان المفسد
في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول
ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم يحدث

الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي
لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد
لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا
ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة
مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام فتفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان
الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد
بخلاف السلام لانه منهي والكلام في معناه ه وينتقض وضوء الامام لوجود
القهقهة في حرمة الصلوة ه ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى
ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق
فلا بد من الاعادة ه ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع
لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ه ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة
فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا
بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن ه وان لم يعيد اجزاه لان
الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه يلزمه اعادة
الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من
المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول
لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه
حقيقة ه ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من
لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح
للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا
او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رح في الخطأ والنسيان ومفزعه الحديث
المعروف رفع عن امتي الخطأ والنسيان ولنا قوله عم ان صلوتنا هذه
لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي للتسبيح والتهليل وقراءة القرآن
وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر
ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب ه فان
ان فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها
لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه
اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رح ان
قوله اه لم يفسد في الحالين وقوله اوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة

ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احديهما لا تفسد وان
كانتا اصليتين تفسد والحروف الزوائد جمعوها في قوله اليوم تنساه وهذا
لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام
المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد ه وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن
مرفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان تفسد عندهما وان هذا بعذر فهو عفو
كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ه ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله
وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم
بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف
جوابا ه وان استفتح ففتح عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح
المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في
الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع
الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل ه وان فتح على امامه لم يكن
كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى
وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع
عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام
لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة ه وينبغي للمقتدي ان
لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى
ولو اجاب في الصلوة رجلا بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يكون مفسدا وهذا الخلاف
فيما اذا اراد به جوابه له انه ثنا بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام
مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح
وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عم اذا نابت
احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع
فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى
منها ركعة فهي هي ويجتزئ بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه
فلغت نيته وبقي المنوي على حاله ه واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا
انه يكره لانه تشبه بصنع اهل الكتاب ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه
وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا

ع

لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ه ولو نظر الى مكتوب وفهمه
فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث
يحنث بالفهم عند محمد رح لان المقصود هناك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير
وان مرت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور
شيء الا ان المار آثم لقوله عم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر
لوقف اربعين ه وانما يأثم اذا مر في سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل
ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان ه وينبغي لمن يصلي
في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين
يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عم ايعجز احدكم اذا صلى
في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان تكون في غلظ
الاصبع لا ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ه ويقرب من
السترة لقوله عم من صلى الى سترة فليدن منها ه ويجعل السترة على حاجبه
الايمن او على الايسر به ورد الاثر ه وسترة الامام سترة للقوم لانه عم
صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء
والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرء المار اذا لم يكن بين يديه سترة
او مر بينه وبين السترة لقوله عم فادرؤا ما استطعتم ه ويدرء بالاشارة
كما فعل رسول الله صلعم لولدي ام سلمة رضي الله عنها او يدرء بالتسبيح لما روينا
من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية **فصل** ويكره للمصلي ان
يعبث بثوبه او بجسده لقوله عم ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث
في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة و
لا يلقب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عم
مرة يا ابا ذر والا فذر ولانه فيه اصلاح صلوته ه ولا يفرقع اصابعه
لقوله عم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ه ولا يتخصر وهو وضع اليد على
الخاصرة لانه عم نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون
ولا يلتفت لقوله عم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ه ولو نظر بمؤخر
عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عم كان يلاحظ
اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي
ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي
اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه

موضع صح

اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ه ولا يرد السلام بلسانه
لانه كلام ه ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته
ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ه ولا يعقص شعره وهو
ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عم
نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ه ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ه ولا
ثوبه لانه عم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل
اطرافه من جوانبه ه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان
اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة
ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم
في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف
ما اذا كان سجوده في الطاق ه ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما
قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ه ولا بأس بان
يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع
في بعض اسفاره ه ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق
لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط فيه
استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة و
اطلق الكراهية في الاصل لان المصلي معظم ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف
او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبرئيل صلى الله عليه وسلم
انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ه ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو
للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد وان كان التمثال مقطوع الرأس
اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى
الى شمع او سراج على ما قالوا ه ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على
بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة
او كانت على الستر لانه تعظيم لها ه واشدها كراهة ان تكون امام المصلي
ثم من فوق رأسه ثم من على يمينه ثم على يساره ثم خلفه ه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير
يكره لانه يشبه حامل الصنم ه والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها
وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره
تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ه ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة
لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل

يسدل

فاشبه وراء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا
ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذلك عد السورة لان ذلك
ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا باس بذلك في
الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراة والعمل بما جاءت به السنة قلنا
يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عم نهى عن ذلك والاستدبار يكره
في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير
موازي للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازي
لها وما ينحط منه ينحط اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان
سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا تبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد
والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه
ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا باس اذا اخيف
على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا باس بان ينقش المسجد بالجص و
الساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا ياثم به وقيل
هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع
الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

كتاب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة رح وقالا سنة لظهور آثار
السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله عم ان الله تعالى
زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب
ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه يثبت بالسنة وهو
المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفى باذانه و
اقامته قال الوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عايشة رضي الله عنها
انه عم كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال
الشافعي رح وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رح والحجة عليهما ما روينا
ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رح بعده لما روي انه عم قنت
في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عم قنت قبل الركوع وما زاد
على نصف الشيء آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي رح في غير النصف
الاخير من رمضان لقوله عم للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في

هذا في وترك من غير فصل ويقرا في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب
وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت
كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رح
في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه
فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رح يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه
منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قايما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل
يعقد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت
المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر
واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به
والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء والله اعلم

باب النوافل

السنة ركعتان
قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان
بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه
قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في
الجنة وفسر يعني النبي عليه السلام على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير الاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد ركعتي
العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة
على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله رسول الله صلعم
وفيه خلاف الشافعي ونوافل النهار ان شاء بتسليمة ركعتين وان شاء
اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة رح ان صلى
ثماني ركعات بتسليمة جاز ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين
بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عم
لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي فيهما مثنى مثنى
وعند ابي حنيفة رح فيهما اربع اربع للشافعي رح قوله عم صلوة الليل والنهار
مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رح انه عم كان يصلي بعد العشاء
اربعا روته عايشة رضي الله عنها وكان النبي عم يواظب على الاربع في الضحى

ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان
يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح
تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا **فصل**
القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عم
لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر
مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية
استدلالا بالاولى لانهما تتشاكلان من كل وجه واما الآخر وان تفارقا فيها
في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا تلحقان بهما والصلوة فيما
روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي ركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي
صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت
وان شاء قرأ وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة رح وهو المأثور
عن علي وابن مسعود وعايشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عم
داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية ه والقراءة
واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة
على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى
الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر
فللاحتياط ه قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي لا قضاء
عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام
ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد
الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة
تحريمة مبتداة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما
ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه
يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة
له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا
سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة
وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة رح
ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل
فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة
لانها تعقد للافعال ه وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول

الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن
زايد الا يرى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد
الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة ه وعند ابي حنيفة رح ترك القراءة في
الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع
صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا
بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع
الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين
عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم
يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رح فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فسد الكل فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة
لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب
فساد الشفع الاول ه ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين
بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف
ان صح فقد اداه ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء
الاخريين بالاجماع ه ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء
الاوليين بالاجماع ه ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى
قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة رح لان التحريمة
باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد
انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه
قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ه ولو قرأ في احدى الاوليين
لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ه ولو قرأ في احدى الاخريين
لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله عم
لا يصلي بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون
بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ه ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة
على القيام لقوله عم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة
خير موضوع فربما يشق على القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه ه واختلفوا
في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا
في الصلوة ه وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان
وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر

بترك القراءة فيه صح

ليين

ن

القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم
ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر
يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله قال
رأيت رسول الله صلعم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء
ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال
تنقطع عنه النافلة او ينقطع هو عن النافلة اما الفرايض فمختصة بوقت
والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة انه ينزل لسنة الفجر لانها
اكد من سايرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر
وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد
خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا
ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب
انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح
واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك
ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد
اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر **فصل** في قيام رمضان
يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم الامام
خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى
الحسن عن ابي حنيفة لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عم بين العذر
في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة
لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو
اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رضي الله عنهم
يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار ترويحة
وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة
على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء
قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ رحمهم الله والاصح ان وقتها بعد العشاء
الى اخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر
قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم
بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة

بسنة ولا يصلي الوتر جماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين والله تعالى
اعلم **باب ادراك الفريضة** ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى
صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد
الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع
للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل
الظهر او الجمعة فاقيم او خطب يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك عن ابي
يوسف رح وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر
حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث
يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي
الدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة
لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع
ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى
الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام
لكراهية النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية
لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل مسجدا
قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عم لا يخرج من المسجد بعد النداء
الا منافق او رجل لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعته
لانه ترك صورة وتكميل معنى فان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء
فلا بأس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة
لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج
وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر
ولم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر
عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما
دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة
الظهر حيث يتركها في الحالتين لانه يمكن اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما
الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما
ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد
يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن
والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عم قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقعد

يخرج

لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح
قال ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان
يقضيهما الى وقت الزوال لانه عم قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة
ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب
والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما رواه على الاصل وانما تقضى
تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف
المشايخ رحمهم الله واما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها واختلف
المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك ركعة من الظهر ولم يدرك الثلث
فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رح قد ادرك فصل الجماعة لان من ادرك آخر
الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا
يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بجماعة ومن
اتى مسجدا قد صلى فيه فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت
ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة
الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل
قال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عم
واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان
لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت
ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه لا يصير مدركا لتلك
الركعة خلافا لزفر رح هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة
في افعال الصلوة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه
فادركه الامام فيه جاز وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا
ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول والله اعلم بالصواب

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض
الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت عندنا مستحق وعند الشافعي رح مستحب
لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم من نام عن صلوة او نسيها
فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي
صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب
يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية
ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة

سعة وقدم الوقتية حيث لا تجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته
صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق
فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات
لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها وبين
الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد
بالمذكور في الجامع الصغير وقوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزأته التي بدأها
لانه ازاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رح انه اعتبر دخول وقت السادسة
والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت
الفوائت القديمة والحديثة قيل يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا يجوز
ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي
عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة
وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات
فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء
الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل
الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية
لا يبطل اصل الصلوة عند ابي ح وس وعند م يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا
بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن
من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست
صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما يفسد فسادا
باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه
لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده
سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء
ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء
والسنة دون الوتر وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد
ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا
قوله عم لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عم سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت
روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى
لو سهى عن السلام يتجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا

للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي والدعاء في قعدة السهو
هو الصحيح لان الدعاء موضعه اخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته
فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر
نقصان يمكن في العبادة فيكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب
الا بترك واجب او بتاخيره او تاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة
لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا
كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة قال او ترك
قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيد لانها واجبات
فانه عم واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوة
فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية
والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخفي او خافت
فيما يجهر تلزمه سجدة السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات
واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما يجوز به الصلوة في الفصلين لان
اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير
ان ذلك عنده اية واحدة وعندهما ثلث آيات وهذا في الامام دون المنفرد
لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة وقال سهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر
السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام
لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم لم يلزم
الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام
ينقلب الاصل تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب
عاد وقعد وتشهد لان ما يفوت الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير
والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم
معنى وسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام
الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك
ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله
قبله فترتفض وسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه
عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة
ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة
حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف

وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم
لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود
كامل وعند محمد برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف
يظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود يبني عند محمد خلافا لابي يوسف رح ولو قعد
في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم
في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة
بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان
الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير له ركعتان
نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عم عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة
الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان
في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون ولو
قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا
عند محمد رح لانه المؤدي بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف
يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام قال ومن صلى ركعتين تطوعا
فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخراوين لم يبن لان السجود يبطل
لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن
يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا
السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده
سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان
فلا بد ان تكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل
في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار
عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض
بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد
لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك
في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف
لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان
يعرض له كثيرا بنى على اكبر رأيه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب

وان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله عم من شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى
ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام و
مجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم اخر صلوته كيلا
يصير تاركا فرض القعدة والله اعلم **باب صلوة المريض** واذا عجز المريض
عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب يومي ايماء لان الطاعة بحسب الطاقة
قال فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله
وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قايم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى
وجهه شيء يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك
وان فعل ذلك وهو يخفض راسه اجزاه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته
لا يجزيه لانعدامه فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة
واومى بالركوع والسجود لقوله عم يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا
فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول
العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا من قبل
الا ان الاولى هو الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي تقع الى هواء
الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه يتادى الصلوة فان
لم يستطع الايماء براسه اخرت عنه ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا
لزفر له لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الراس
لانه يتادى به ركن الصلوة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة
الى انه لا تسقط الصلوة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا
هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر
على الركوع والسجود لم يلزمه القيام للتوسل به الى السجدة لما فيه من نهاية التعظيم
فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا
لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض
تممها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه
بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد
لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد استقبل بناء
على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم
قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي

حين

بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا باس بان يتوكا على عصى
او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة
في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قدر عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره
الاتكاء وعندهما يكره لانه يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير
عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز عندهما وقد مر في باب
النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة له والقيام
افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب
فيها دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف
والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة
كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضاها وان كان اكثر
من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء
وقت صلوة كامل لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت
الفوايت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم
وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان بخلاف النوم
لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد
لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي
الله عنهم
والله اعلم **باب سجود التلاوة** قال سجود التلاوة في القران اربعة عشر
في اخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل
وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرا كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله
وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة
عند قوله لا يسامون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط والسجدة واجبة
في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القران او لم يقصد لقوله عم
السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد
واذا تلا الامام اية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته وان
تلاها المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر
ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضع الامامة او التلاوة
ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف
الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها

اقرا

المحجور

عنه في اخر السورة وهو قوله تعالى واركعوا واسجدوا فعندنا لا يجب السجدة في هذه الاية خلافا للشافعي رح

لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو
الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل
ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة
ليس من افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم تجزهم
لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم
يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انه يفسد
لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد رح فان قرأها الامام وسمعها
رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه
صار مدركا لها بادراك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها
معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب
وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلوتية
ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل
في الصلوة فاعادها وسجدها اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى
لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان
للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت
بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي
المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب
ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان
قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يسجد للاولى
فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل
في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان
التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم
الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل
هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن
كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون
التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي
دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن
اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة
وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو

وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها
ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف بهما عنها ولا بأس بان يقرأ اية
السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد واحب الي ان يقرأ
قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي تتغير به الاحكام ان يقصد الانسان
مسيرة ثلثة ايام ولياليها سير الابل ومشي الاقدام لقوله عم يمسح المقيم كمال يوم وليلة
والمسافر ثلثة ايام ولياليها عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر
ابو يوسف رح بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي رح بيوم وليلة في قول
وكفى بالسنة حجة عليها والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رح التقدير
بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير
في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل
قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه
الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى
ولا يؤثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى
اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا
بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط
النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين
لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا
هذا الخص لقصرنا ولا يزال على السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر
يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه
اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن
عباس وابن عمر رضي الله عنهم والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير
الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان
يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر
رضي الله عنهما اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل
ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا
حصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان يهزم
فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر
او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رح تصح في الوجهين اذا كانت

الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف رح تصح اذا كانوا في بيوت المدر
لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح
انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رح لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال
من مرعى الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه
الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت
وان دخل معه في فائتة لم يجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير
بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة
وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم
الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتدي
تحريمة الا فعلاء الفرض صار مؤديا فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك
قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان
يقول اتموا صلوتكم فان قوم سفر لانه عم قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر
واذا دخل المسافر في مصره اتم الصلوة وان لم ينو المقام فيه لانه عم و
اصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين
من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم سافر
فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عم بعد الهجرة عد
نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون
السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان
يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي
اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى يقيم بالليل
في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضافة الى مبيته ومن فاتته
صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا
لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه المعتبر في السببية
عند عدم الاداء في الوقت والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء
وقال الشافعي رح سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها تثبت تخفيفا فلا تتعلق
بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية
ما يكون بعده او يجاوزه فصلح متعلق الرخصة والله تعالى اعلم

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عم
لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له

له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم
اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني
اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته
في حوائج اهله ويجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيدها
ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات
في قولهم جميعا لانها قضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية
لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا تجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره
السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد
تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت
الظهر ولا تصح بعده لقوله عم اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج
الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا ينبه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة
لان النبي عم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به وردت
السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب
قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فتستحب
فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول
المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان
اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة
لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رح
لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله
من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى
ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة رح ثلثة سوى
الامام وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف
وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو
لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم
وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل
الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة
فان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر رح هو يقول
انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط

الثلث

دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رح ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك
الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة
لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان
لانه لا ينعقد بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض
ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يخرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول
بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا
وصلوا مع الناس اجزأهم من فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام
ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رح لا يجزيه لانه لا فرض
عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا
اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة
لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم
الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر رح
لا تجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى
البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة وهذا
هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر
بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف
فان بدا له ان يحضرها فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي
وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد
تمامه والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان
السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق انتقاض الظهر احتياطا
بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور
دون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة
اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه
لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزأهم لاستجماع شرائطه ومن ادرك
الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادركه وبنى عليها الجمعة لقوله عم ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو
بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رح ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية
بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه
فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة

الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها صح

للجمعة ويقرأ في الاخراوين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة
حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما
على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى
يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام اذا
خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض
الاستماع ولا استماع بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة قوله عم اذا
خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه
الصلوة واذا اذن المؤذن الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا
الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع فاذا صعد الامام
المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن
على عهد رسول الله صلعم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب
السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كانوا بعد الزوال لحصول
الاعلام به

باب العيدين

قال وتجب صلوة العيد على كل من تجب عليه صلوة الجمعة
وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة
ولا يترك واحد منهما قال رضي الله وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وجه الاول مواظبة النبي عم عليها وجه الثاني قوله عم
في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن قال لا الا ان تتطوع والاول
وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان
قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه
الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عم كانت له جبة
فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير
ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر في عيد الفطر عند ابي حنيفة
في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء
الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل
في المصلى قبل العيد لانه عم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة
في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عم لم يفعله واذا خلت
الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس
خرج وقتها لانه عم كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين و
لما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام

ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي عن النبي عم كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى صح

بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقراء الفاتحة وسورة
ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدء في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها
ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رضه وهو قولنا وقال ابن
عباس رضه يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس للاحرمية الخلفا ء
فانه المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان
الاخذ بالاقل اولى ه ثم التكبير في اعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع
وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها فرجحت الفرضية
والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب ضمها اليها والشافعي يه
اخذ بقول ابن عباس رضه الا انه حمل المروي على الزوايد فصارت التكبيرات
عنده خمسة عشر او ستة عشر ه قال ويرفع يديه في تكبيرات العيد بن يديه
ماسوى تكبيرة في الركوع لقوله ع لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر في جملتها
تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف يه انه لا ترفع لانه ع رويناه ه قال ثم
يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض ه ويعلم الناس
فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن سنته صلوة العيد مع الامام
لم يقضها لان صلوة بهذه صفته لم تعرف قربة الا بشرايط لا تتم بالمنفرد
فان غم الهلال وشهد عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا
تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث ه فان حدث عذر يمنع من صلوة في اليوم
الثاني لم يصلها بعدها لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث
وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ه ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل
ويتطيب لما ذكرنا ه ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روى انه ع كان لا يطعم
في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ه ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه ع كان
في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ه ويخطب بعدها خطبتين لانه ع
فعل كذلك ه ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت و
الخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من صلوة في يوم الاضحى صلاها
في الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية
فتتقيد بايامها لكنه مسيئ في التاخير بغير عذر لمخالفة المنقول ه وتعريف
الذي يصنعه الناس ليس بشئ وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض
المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان
فلا يكون عبادة في غيرها كسائر المناسك **فصل** في تكبيرات التشريق

التشريق ه ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر في يوم عرفة ويختم عقيب العصر في يوم
النحر عند ابي ح يه وقالا يختم عقيب العصر في اخر ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فاخذنا بقول علي رضه اخذا بالاكثر اذ هو
الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير
بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله
اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه ه وهو عقيب الصلوات المفروضات
على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة يه وليس على جماعة النساء
اذا لم يكن معهن رجل ولا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة ولم يرد
من قبل ه والتشريق هو التكبير وكذا نقل عن الخليل بن احمد يه ولان الجهر بالتكبير
خلاف السنة والشرع ورد به عند اجتماع هذه الشرايط الا انه يجب على النساء
اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدايهم بالمقيمين بطريق التبعية ه
قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة يه دل
ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدي في حرمة الصلوة
فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو سنة

باب صلوة الكسوف

اذا انكشف القمر صلى
الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي يه ركوعان
له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنهما والحال اكشف
على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ه ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة
وقالا يجهر وهو مع محمد يه مثل قول ابي حنيفة يه اما التطويل في القراءة بيان الافضل
ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف
احدهما طول الاخرى واما الاخفاء والجهر فلما روى عائشة انه ع جهر فيهما
ولابي حنيفة يه رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر قبل كيف
وانها صلوة النهار وهي عجماء ه ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله ع اذا
رايتم من هذه الفزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء فيه واذكروا الله واستغفروا
ه والسنة في الادعية تاخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر
صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وانما يصلي كل واحد منفردا لقوله ع اذا رايتم شيئا
من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة يه ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى
الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا
ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله صلعم استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا

يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان النبي عم صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه
ابن عباس رضه قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد
وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي انه عم خطب
ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة
لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عم استقبل
القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رضي الله عنه هذا قول محمد رح
اما عند ابي حنيفة رح فلا يقلب لانه دعاء فيعتبر بساير الادعية وما رواه كان
تفاؤلا ولا يقلب القوم اردیتهم لانه لم ينقل انه عم امرهم بذلك ولا يحضر اهل
الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما ينزل عليهم اللعنة والله اعلم

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طايفتين طايفة
الى وجه العدو وطايفة خلفه فيصلي بهذه الطايفة ركعة وسجدتين فاذا رفع
راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطايفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطايفة
فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو
وجاءت الطايفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون
وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطايفة الاخرى
وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل
فيه رواية ابن مسعود رضه ان النبي عم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا و
ابو يوسف رح وان انكر شرعها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا وان كان
مقيما صلى بالطايفة الاولى ركعتين وبالطايفة الثانية ركعتين لما روي انه عم
صلى الظهر بطايفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطايفة الاولى ركعتين من
المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في
الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا بطلت
صلوتهم لانه عم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما
تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومون بالركوع والسجود الى اي
جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا
او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد رح انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام
الاتحاد في المكان

باب الجنايز

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على
شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء
لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله عم لقنوا موتاكم بشهادة

بشهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي اقرب من الموت فاذا مات شد لحياه
وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سريره لينصب الماء عنه وجعلوا على
عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا
ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء
سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون
الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما
يوتر لقوله عم ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلي الماء بسدر او بالحرض مبالغة
في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه
ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر
حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى
يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البدلية بالميامن
ثم يجلسه ويسنده ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان
خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص و
قد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه
ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد
اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره
ولا شعره لقول عايشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء
للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته و
صار كالختان

فصل في التكفين

قال السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب
ازار وقميص ولفافة لما روي انه عم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه
اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصر على ثوبين جاز
والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا
ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن
الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فان ارادوا
لف الكفن ابتدؤا بجانب الايسر فالقوة عليه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة
ويبسط ان تبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع
على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك
فان خافوا ان ينتشر الكفن عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المراة في خمسة

اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث
ام عطية ان النبي عم اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها
حالة الحيوة فكذا بعد الممات هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على اثواب
جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره
الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله عنه
حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة للدرع
اولا ثم تجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت
اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عم امر باجمار
اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطيب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها
فريضة **فصل في صلوة الميت** واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر
لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية
فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضي به في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء
على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي
يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي
بعده لان الفرض يتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا الناس
تركوا من آخرهم الصلوة على قبر النبي عم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت
ولم يصل عليه صلي على قبره لانه عم صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى
عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان
والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على
النبي عم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عم
كبر اربعا في آخر صلوة صلوها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا
لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان
بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر
للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا
مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح
والمسبوق ياتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدي
بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق
لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر

الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة
لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا
رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تاويله ان جنازتها لم يكن منعوشة فحال بينها
وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم
لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في
صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذن
اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عم
من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد
وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة
سمي وغسل وصلي عليه لقوله عم اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل
عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل
ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من
الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل
عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم
احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه
ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله
ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب
النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه
بل يلقى **فصل في حمل الجنازة** واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه
الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال
الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره
لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة
ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عم سئل عنه فقال ما دون الخبب واذا بلغوا
الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد يقع الحاجة
الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على
يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا
للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل في الدفن** ويحفر القبر
ويلحد لقوله عم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي
فان يسل سلا لما روي انه عم سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال

عنده

منه واضطربت الرواية في ادخال النبي ﷺ فاذا وضع قال يقول واضعه بسم الله وعلى
ملة رسول الله كذا قال ﷺ حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجهه الى القبلة هذا
امر رسول الله صلعم ويحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن
عليه لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويستحب قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن
على اللحد ولا يستحب قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على
الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى
ثم بالاجر اثر النار فيكره تفؤلا هـ ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب
اللبن والقصب لانه ﷺ جعل على قبره لبن ونصب هـ ثم يهال التراب ويسنم
القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن ثم
قبر النبي ﷺ اخبر انه مسنم باب الشهيد الشهيد من قتله المشركون
او وجد في المعركة وبه اثره او قتله المسلمون ظلما ولم تجب بقتله دية فيكفن و
يصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال ﷺ فيهم زملوهم بكلومهم
ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به
عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد باثر الجراحة لانه دلالة قتل وكذا خروج
الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي لا يخالفنا في الصلوة ويقول السيف
محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته
والشهيد اولى بها والظاهر ان الذنوب لا تستغني عن الدعاء كالنبي والصبي هـ
ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فاي شيء قتلوه لم يغسل لان
شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح هـ واذا استشهد جنب غسل
عند ابي حنيفة لا هـ وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني
لم يجب للشهادة ولابي حنيفة لا ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة ولان
الجنابة قد صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة هـ
وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية
وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي اعم بهذه الكرامة ولانه السيف كفى عن
الغسل في حق شهيد لاحد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم
ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو
والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون
ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل
مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث

والارتثاث ان يأكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض
مرافق الحيوة وشهداء احد ما تو عطاشا والكأس يدار عليهم حوفا عن نقصان الشهادة
الا اذا حمل من المعركة كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة هـ ولو اوه فسطاط
او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل فهو مرتث
لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا
مروي عن ابي يوسف ﷺ ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف
لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون لانه من احكام الاموات هـ ومن وجد قتيلا في المصر
غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة
ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا
او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف
في الجنايات ان شاء الله تعالى هـ ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه
باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا نفوسهم لابتغاء
مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل في البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه
لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة والله اعلم باب الصلوة
في الكعبة الصلوة في الكعبة جايزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي له فيهما و
لمالك في الفرض لانه ﷺ صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت
شرايطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط هـ فان صلى الامام
بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد
امامه على الخطأ بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز
صلوته لتقدمه على امامه هـ واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول
الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة فزاد الامام جازت
صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد
الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا لشافعي له لان الكعبة
هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه يتصل الارى
انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم
قدر ما ورد النهي عنه عن النبي ﷺ والله اعلم كتاب الزكوة الزكوة
واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول تاما
الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله ﷺ ادوا زكوة اموالكم وعليه
اجماع الامة والمراد بالواجب المفروض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان الحاكم

الملك بها والبلوغ والعقل لما ذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تحقق
من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه ء م قدر الشرع به ولا بد من الحول
لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله ء م لا زكوة
في مال حتى يحول عليه الحول ولانه الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة
والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور
لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا
لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي
فانه يقول هي عزامة مالية فتعتبر بزكوة المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر
والخراج ولنا انه عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا
اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض كذا الغالب في العشر
معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ء م ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقة
في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين
الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت
الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ ء م وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك في
كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ء م
ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي يجب لتحقق السبب
وهو ملك نصاب نام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما
كالماء المستحق بالعطش وثياب المهنة ء م وان كان ماله اكثر من دينه زكى
الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد
حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب
لانه ينتقض به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر له فيهما ولابي يوسف
في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال
التجارة فان الملاك نوابه ء م وليس في دور السكنى وثياب البذلة واثاث
المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها
مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها
وآلات المحترفين لما قلنا ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت
به بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس
وهي مسئلة المال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته المال
المفقود والآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في

البذلة ح

في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة و
وجوب صدقة الفطر بسبب الابن والعبد والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب
قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كعمل ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه
لا زكوة في المال الضمار لان السبب هو المال والنامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف
ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب يتيسر الوصول
اليه دفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ فيه ولو كان الدين على مقر
ملئ او معسر يجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان
على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلناه ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب
عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا يجب لتحقق الافلاس
عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس مع ابي حنيفة في حكم الزكوة
رعاية لجانب الفقراء ء م ومن اشترى جارية للتجارة ونوى ان يتخذها للخدمة بطلت عنها
الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نوى التجارة بعد ذلك
لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ
هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا
بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف
ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح
او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل
الاختلاف على عكسه ء م ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة
لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرايطها النية والاصل فيها الاقتران
الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم
ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب
جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ء م ولو ادى بعض النصاب
سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شايع في الكل وعند ابي يوسف لا تسقط
لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

السوايم فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا
بلغت خمسا سايمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان
الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت
عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها
بنت مخاض وهي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها

ح

ان

بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين
ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين
ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين
ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة
وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلعم ثم اذا زادت
على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر
شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين
بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة
فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين
اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون
فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف
الفريضة ابدا كما في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي
اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت
مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات
فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عم كتب
اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون
من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عم كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم
فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء
لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل في البقر** ليس في اقل من ثلثين
من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سايمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة
وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة
بهذا امر رسول الله صلعم معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على اربعين وجب
في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح ففي الواحدة الزايدة ربع
عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو ثبت نصا
بخلاف القياس ولا نص ههنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى
تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب
على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رح
لقوله عم لمعاذ رضه لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى

وفي الثلثة ثلثة ارباع عشر مسنة صح

الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان
وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة
تبيعتان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة لقوله عم في كل
ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء لان
يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تستبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك
لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر **فصل في الغنم** ليس في اقل من اربعين من
الغنم السايمة صدقة فاذا كانت اربعين سايمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى
مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت
واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل
مائة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب
ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضان والمعز فيه سواء لان لفظ
الغنم شامل للكل والنص ورد به ويوخذ الثني في زكوتها ولا يوخذ الجذع
والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما
انه يوخذ الجذع لقوله عم انما حقنا الجذعة والثني ولانه تتادى به الاضحية فكذا
الزكوة وجه ظاهر الرواية حديث علي رضه موقوفا عليه ومرفوعا لا يوخذ
في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا
لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي
الجذعة من الابل ويوخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة
يتضمنهما وقد قال عم في اربعين شاة شاة **فصل في الخيل** اذا كانت
الخيل سايمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا
وان شاء قومها واعطى من كل مائتين خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وهو
قول زفر رح وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه
صدقة وله قوله عم في كل فرس سايمة دينار او عشرة دراهم وتاويل ما رويناه
فرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه التخيير بين الدينار و
التقويم ماثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل
وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل
المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المفردة ايضا ولا شيء
في البغال والحمير لقوله عم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون
للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة **فصل**

ومن مسنة الى تبيع صح

اسم البقر صح

وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا آخر قوله
وهو قول محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر
ومالك رح ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي
رحمهما الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار
ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحد منها ووجه
الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع
اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تادية الزكوة حتى لا تخرج عن العهدة باداء واحدة من الصغار ثم عند ابي يوسف
لا تجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل وتجب في خمس
وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الوا جب
ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس
وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل
على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما
وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب
عليه سن فلم يوجد اخذ المصدق اعلا منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل
وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جايز عندنا على ما نذكره ان شاء الله
تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه
شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم
في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي
لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا
للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان
القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة
المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رح
له ظواهر النصوص ولنا قوله عم ليس في الحوامل والعوامل والعلوفة ولا في البقر المثير
صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة و
لم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السايمة هي
التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان
القليل تابع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط
لقوله عم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرايمها واخذوا من حواشي اموالهم

اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا للجانبين قال ومن كان له نصاب فاستفاد
في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رح لا يضم لانه اصل في حق الملك
وكذا في وظيفته بخلاف الاداء والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك
الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز
فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي
حنيفة رح وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله
فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عندهما وعند محمد وزفر يسقط بقدره
لمحمد ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عم في خمس من الابل
شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن
العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة
ولهذا قال ابو حنيفة رح يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه
الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف
يصرف الى العفو اولا ثم الى النصاب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوايم
لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجناية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم
وقيل اذا نوى بالتصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جاير لانهم بما عليهم
من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سايمته
شيء وعلى المراة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين
ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة
سقط الزكوة وقال الشافعي رح يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب
في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك
ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية
يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي
قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي
وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول
وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف
مالك رح الله ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه
نصاب واحد خلافا لزفر رح لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزايد عليه تابع له
والله اعلم بالصواب

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم

صدقة لقوله ﷺ ليس فيما دون خمس أواق صدقة والأوقية أربعون درهما
فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب الى معاذ
رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا ذهب
نصف مثقال ﷺ قال ولا شئ في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في
كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه ما زاد على المائتين
فبحسابها وهو قول الشافعي رح لقوله ﷺ في حديث علي رضي الله عنه وما زاد
على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في
الابتداء لتحقق الغناء وبعد النصاب في السوايم تحرزا عن التشقيص ﷺ ولابي حنيفة رح
قوله ﷺ في حديث معاذ لا تأخذ من الكسور شيأ ﷺ وقوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم
ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك
لتعذر الوقوف ﷺ والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها
وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر
عليه ﷺ واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب
الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل
غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة دلالة وهو ان يزيد على
النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف انشاء الله تعالى الا ان في غالب
الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ
نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من ذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا
ففيها نصف مثقال بالاجماع ﷺ والمثقال يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم هو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر
وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل
صدقة عند ابي حنيفة رح وعندهما يجب بحسابه وذلك هو مسئلة الكسور وكل دينار
عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي تبر الذهب
والفضة وحليهما وانيتهما الزكوة وقال الشافعي رح لا تجب في حلي النساء وحائم
الفضة للرجال لانه مبتذل في المباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب
مال نامي ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر
بخلاف الثياب والله اعلم

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله ﷺ

لقوله ﷺ يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانه معد للاستنماء
بإعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد
قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا للحق كالفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية
عن ابي حنيفة رح وفي الاصل مخيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء
وتفسير الانفع يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى
ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشترى بغير النقود
قومها بالنقد الغالب وعن محمد رح انه يقومها بالنقد الغالب في كل حال
كما في المغصوب والمستهلك ﷺ واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه
فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه
في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغناء وفي انتهائه رح للوجوب ولانه لكمال فيما بين ذلك
لانه حالة البقاء ﷺ ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب
في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ﷺ ويضم الذهب الى
الفضة للمجانسة فرجح الثمنية وفي هذا الوجه صار سببا ﷺ ثم يضم بالقيمة
عند ابي حنيفة رح وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له
مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده
خلافا لهما بما يقول ان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة
في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة
وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

فصل فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او على دين وحلف
صدق فالعاشر من نصبه الامام على طريق ليأخذ صدقات التجار فمن انكر منهم
تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين
وكذا اذا قال ديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر
لانه ادعى وضع الامانة في موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة
لانه ظهر كذبه بيقين ﷺ وكذا اذا قال ديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان
الاداء كان مفوضا اليه فيه ولاية الاخذ بالمرور لحوله تحت الحماية ﷺ وكذا
الجواب في صدقة السوايم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال
اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف وقال الشافعي رح يصدق
لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال
الباطنة ﷺ ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول

ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوايم واموال التجارة لم يشترط اخراج
البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه
ادعى ولصدق دعواه علانية فيجب ابراءا وجه الاول ان الخطاب شبه الخطاب فلم يعتبر
علانيته ثم وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان يؤخذ منه ضعفا يؤخذ من المسلم
فيراعى تلك الشرايط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن
امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية
غير ان اقراره بنسب في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانه يستتبع عليه فتثبت
صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا في المال ثم ويؤخذ من المسلم ربع العشر
ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر بكذا امر عمر رضي الله عنه ثم وان
مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون مناخذ مثلها لان الاخذ
منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من
النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا ناخذ من القليل وان كانوا
ياخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية ثم قال وان مر حربي
بمائتي درهم ولا نعلم كم ياخذون مناناخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعيانكم
فالعشر ثم وان علم انهم ياخذون منا ربع عشر او نصف عشر ناخذ بقدره وان
كانوا ياخذون الكل لا ناخذ الكل لانه غدر ثم وان كانوا لا ياخذون اصلا
لا ناخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي
على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيفاء
المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه
لا يمكن في المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال وان عشره فرجع الى دار
الحرب ثم خرج في يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده
لا يفضي الى الاستيصال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر
الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر لا يعشرهما
في المالية عندهم وقال ابو يوسف لا يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير
تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير وجه الفرق على
الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال
ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا
يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكله لا يحميه على غيره ثم
ومن مر صبي او امرأة من بني تغلب على مال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا

لما ذكرنا في السوايم ثم ومن مر على العاشر بمائتي درهم واخبره ان له في منزله مائتي
اخرى قد حال عليهما الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ثم
ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون بادا زكوته قال ولذا المضارب
يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشر لقوة حق المضارب
حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة الملك
ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نايب عنه في اداء الزكوة
الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له ثم ولو مر عبد
مأذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف لا ادري
ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما
انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى ولهذا التصرف فصار كالمضارب وجه
في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان
هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب
المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد
وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين
يحيط بماله لانعدام الملك وللتشاغل ثم قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد
غلبوا عليها فعشره تسقط عليه بمصدقه معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان
التقصير من قبله حيث مر عليه

باب المعادن والركاز

قال معدن ذهب
او فضة او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا
وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان
المستخرج دينا او فضة فتجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قوله لانه نماء كله والحول
للتنمية ولنا قوله ثم وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن و
لانها كانت في ايدي الكفرة وحوته ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنايم الخمس
بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لبثوتها على الطائر
واما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الا
حتى كانت للواجد ثم ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة لانه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا ولانه من اجزاء الارض
مركب فيها ولا مئونة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف
الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها ثم وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة
روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت

حالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر او الخراج في الارض دون
الدار فكذا هذه المؤنة ه وان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم
لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ه
ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة
وقد عرف حكمه في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم
ففيه الخمس على كل حال لما بيناه ه ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه
للواجد لانه ثم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيخمس هو به ه وان وجده
في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه
وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمحتطب وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول
الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت
على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم باع السمك لم يخرج عن ملكه لانه مودع
فيها بخلاف المعدن فانه اجزاؤها فيستقل الى المشتري ه وان لم يعرف المحتطب له
يصرف الى اقصى ملك يعرف له في الاسلام على ما قالوا ه ولو اشتبه بضرب
يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل اسلاميا في زماننا لتقادم
العهد ه ومن دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم
تحرزا عن التعذر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا ه وان وجده
في صحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد عذرا ولانه شيء
فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهد ه وليس في العنبر والزجاج يوجد في الجبال
خمس لقوله عم لا خمس في العجماء وفي الزئبق الخمس في قول ابي حنيفة له
آخرا خلافا لابي يوسف له ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة له
ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه
اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ
منه غنيمة وان كان دينا او فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما ذكره
البحر وبه نقول ه متاع وجد ركازا فهو لمن وجده وفيه الخمس معناه وجد
في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة والله اعلم بالصواب.

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة له في قليل ما اخرجته
الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء الا الخطب والقصب
والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق ه والوسق
ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ه وليس في الخضراوات عندنا

عند نما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء
لهما في الاول قوله عم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط
النصاب فيه ليتحقق الغنى ولابي حنيفة له قوله عم ما اخرجت الارض ففيه العشر من
غير فصل وتاويل ما رواه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة
الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالملك فيه فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا
لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم ليس في الخضراوات
صدقة والزكوة غير مبنية فتعين العشر وله ما روينا وقولهما محمول على صدقة
يأخذها العاشر وبه ياخذ ابو حنيفة له فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى و
السبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيه الخراج اما الخطب والقصب والحشيش
فلا تستنبت في الجنان عادة بل ينفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او شجرة او منبتا
للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر و
قصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف القصب
والتبن لان المقصود الحب دونهما قال وما سقي بغرب او دالية ففيه
نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقي بالسماء او سيحا ه وان
وبد الية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة وقال ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران
والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة
في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة
وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر
في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير
بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض
وقال الشافعي له لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عم
في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما
يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي
حنيفة له يجب فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف له انه
يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني
ستارة كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امنان
وعن محمد خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا
في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف
لا يجب لانعدام السبب وهو الارض النامية وجه ان المقصود حاصل وهو الخارج

وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر لان النبي
حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال تغلبي له ارض عشر عليه
العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنه عنهم وعن محمد ان
فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا يتغير المالك
فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا
مر على العاشر وكذا ان اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة رح سواء
كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى المسلم
بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلف النسخ في بيان قوله
والاصح انه مع ابي حنيفة رح في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتاتى الا في الاصلي
لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم
باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة رح لانه
اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج
اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانه
صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت
على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع
كانه اشتراها واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن
ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشرى لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار
خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت
تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس
على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا وان جعلها
بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة
فتعين الخراج وهو عقوبة يليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري
الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري
ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراج
الانهار التي سقتها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد
لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف لانه يتخذ عليها القناطر من السفن
وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل يعني العشر المضاعف

المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة
دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك
اذا كانا منهم قال وليس في عين القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من
انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا
اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء
الآية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز
الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين
من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة رح وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان
او نصف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع
اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي
لان استحقاقه بطرق الكفاية ولهذا يأخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة
الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ و
الغنى لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب
يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين
ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي رح من تحمل غرامة في اصلاح ذات
البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند
ابي يوسف رح لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رح منقطع الحاج لما روي ان
رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله صلعم ان يحمل عليه الحاج ولا تصرف
الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من له مال
في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه قال فهذه جهات الزكوة فللمالك ان يدفع الى كل
واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ان يصرف
الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة
لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة
الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي
عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز ان تدفع الزكوة الى ذمي لقوله عم
لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم وبدفع ما سوى
ذلك من الصدقة وقال الشافعي لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف اعتبارا
بالزكوة ولنا قوله عم تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ لقلنا

بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو
الركن ه ولا يقضى بها دين ميت لان قضاها دين الغير لا يقضى التمليك منه لا سيما
من الميت ولا تشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك له ذهب اليه في تأويل قوله تعالى
وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ه ولا تدفع الى غني
لقوله عم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا
حديث معاذ رضه على ما رويناه ه قال ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده
وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم
متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة
ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة له لما ذكرنا وقالا تدفع لقوله عم لك
اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته
عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام
ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم
التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده
وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه
ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا
لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها
اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة و
الى بني هاشم لقوله عم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يندس باسقاط
الفرض واما التطوع بمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل
جعفر وآل عقيل وآل حارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون
الى هاشم بن عبد الله ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى
لرسول الله صلعم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق
القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس
والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع
في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف له عليه الاعادة
لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب
ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن

يا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه
الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت
عليه القبيلة وعن ابي حنيفة له في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا
اذا تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك فلم يتحر او تحرى ودفع
وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع
الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية
المالك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال
كان لان الغناء الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية
وانما كان النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان
صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها
فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم
فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغناء قارن الاداء فحصل
الاداء الى الغني ولنا ان الغناء حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغني منه
كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان تغني بها انسانا احب الي معناه الاغناء
عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما
تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ رضي الله عنه
وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج
من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان
كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه
وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عم في خطبته ادوا عن كل حر
وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه
ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم
القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام لتقع قربة واليسار لقوله عم
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي له في قوله تجب على من يملك
زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغناء
في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية و
المستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب
حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث

قوم صح

ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلعم زكوة الفطر على الذكر والانثى
الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه تضاف
اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة البينية والاضافة الى المضاف باعتبار انه وقته
ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه
ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم دون مماليكه
لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا في الخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال
يؤدي في مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى
المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه
لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده
الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو اداى عنهم او عن زوجته بغير امرهم
اجزأه استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا
المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ناجزة فيخرج عنهما
ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد وجوب
الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي
الى الثنا وكعبد بين شريكين لا فطرة عليه على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رح وقالا على كل واحد
منهما ما يخصه في الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق
وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة
لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله
في حديث ابن عباس رضي الله عنهما اد وا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي
الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى فراهله وفيه خلاف الشافعي رح لان الوجوب
عنده على العبد وهو ليس فراهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق
من باع عبدا واحدهما بالخيار فالفطرة على من يصير له معناه اذا مر يوم والخيار باق
وقال زفر رح على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي
رح على من له الملك لانه من وظايفه كالنفقة ولنا الملك موقوف لانه لو رد يعود
الى قديم ملك البايع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف
ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة
التجارة على هذا الخلاف **فصل في مقدار الواجب وقته** الفطرة نصف صاع
من بر او دقيق او سويق او زبيب وصاع من تمر او شعير وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رح والاول رواية الجامع
الصغير وقال الشافعي رح في جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا
نخرج ذلك على عهد رسول الله صلعم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة منهم
الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم اجمعين وما رواه محمول على الزيادة تطوعا
ولهما ان الذنب والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى
لانه يؤكل كل واحد منهما ويبقى في التمر النوات وفي الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت
بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير
كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق
في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة
هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة رح وعن محمد رح
انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رح
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش رح
تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح والصاع
عند ابي حنيفة رح ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال
وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عم صاعنا اصغر الصيغان ولنا ما روى
انه عم كان يتوضأ بالمدر طلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وبهذا كان
صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي ووجوب
الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي رح بغروب الشمس من اليوم
الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد له ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده
لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يحتفل بالفطر وبهذا وقته دون
ان الاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل والمستحب
ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عم كان يخرج قبل
ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلوة وذلك
التقديم فان قدموا على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل
في الزكوة ولا تفضيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروا عن يوم الفطر لم يسقط
وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء
فيها بخلاف الاضحية **كتاب الصوم** قال الصوم ضربان واجب
ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين
فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وقال

وقال الشافعي رح لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم
الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى
فليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره
وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه
وتفسيره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عم لا صيام لمن لم ينو
الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة
انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزي عنده ولنا قوله عم بعد ما شهد
الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم
وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل
حتى نوى بالنهار انه صايم من حين نوى لا من اول اليوم لا يصير صايما عندنا
ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة
باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى
فترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لانهما اركان فتشترط قرانها
بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه توقف على صوم ذلك اليوم
وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة
الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل
نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه
من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية قبلها لتحقق في
في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رح لانه لا تفصيل فيما ذكرنا
من الدليل وهذا الضرب يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر
وقال الشافعي رح في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل
معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب
باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا
آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل و
هو كافر ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق
بغير المعذور وعند ابي حنيفة رح اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر
يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان الى
ادراك العدة وعنه في نية روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت

ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان
وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من
الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رح فانه يتمسك باطلاق
ما روينا ولنا قوله عم بعد ما كان يصبح غير صايم اني اذا لصايم ولان المشروع
خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية
على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي جاز ويصير صايما من حين
نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه
الامساك في اول النهار وعندنا يصير صايما من اول النهار لانه عبادة قهر
النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي
للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه
صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما لقوله عم صوموا لرؤيته و
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان
الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك
الا تطوعا لقوله عم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا
وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما
روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم
من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا
وان افطر لم يقضه لانه في معنى المضمون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو
مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاصل في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان
يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي
عنه فلا يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه و
هو التقديم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان
المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي
والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رح
في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عم لا تتقدموا رمضان بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم
ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة ايام
من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي
وقيل الصوم افضل اقتداء بعايشة وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه

والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت
الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والعصيان الذي دل عليه قوله عم من صام يوم
الشك فقد عصى ابا القاسم والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان
يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه
لا يصير صائما لانه لم يقطع غرضه فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا عدا لم
يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا
من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب اخر وهذا مكروه لتردده بين
امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان
ظهر انه من شعبان لا يخرجه عن واجب اخر لان الجهة لم يثبت للتردد فيها واصل النية
لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء للشروع فيه فسقط واذا نوى
عن رمضان اذا كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناف للفرض
من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله
لانه ينادي تاصل النية ولو افسده بجماع لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته
من وجه ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عم
صوموا لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة و
قال الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة
لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي
وهو تهمة الغلط فاورثت شبهة وبهذه الكفارة تندرئ بالشبهات
ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا
الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط
والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا
للحقيقة التي عنده وان كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد
العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا لانه
امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة
لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي انه عدلا او غير
عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار ونحوه وفي اطلاق جواب
الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه
خبر وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانه شهادة من وجه وكان الشافعي له
في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليهما ذكرنا وقد صح ان النبي عم قبل شهادة

ج

م

قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد
وصاموا ثلاثين يوما لا يفطرون فيما روي الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان
الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت
الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الا

ر خ

بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل
الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه
الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان في
السماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في
حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق
بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة
الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان
وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر
احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة لم تقبل
في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع
العباد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر هذا في ظاهر الرواية
وهو الاصح خلافا للمروزي عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع
العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة
جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى
غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط
الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد
الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية
لانه في حقيقة اللغة وهو الامساك لورود الاستعمال الا انه زيد عليه النية
في الشرع ليتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما
تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى
العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال واذا اكل الصايم او شرب او جامع
ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك له لوجود ما يفيد الصوم
فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب ناسيا تم
على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع

للاستواء فى الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب
الناسى ولا مذكر الصوم فيغلب لافرق بين الفرض والنفل لان النفل لم يفسد
ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعى فيه فانه يعتبر بالناسى
ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل
من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض فى قضاء الصلوة
فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله ع م ثلث لا يفطرن الصيام القئ والحجامة و
الاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة
بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امراة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى
وكالمستمنى بالكف على ما قالوا ولو اداهن لم يفطر لعدم المنافى وكذا اذا احتجم
لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ منفذ
والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافى كما اذا اغتسل بالماء البارد
ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافى صورة ومعنى بخلاف
المرجعة والمصابرة لان الحكم هناك لا دير على السبب على ما يأتى فى موضعه
ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود
معنى الجماع ووجود المنافى صورة او معنى لا يجاب القضاء احتياطا اما الا
الكفارة تقتصر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولانه
بالقبلة اذا امن على نفسه اى الجماع او الانزال ويكره اذا لم يأمن
لان عينه ليس بفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه واباح له
وان لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعى فيه اطلق فيه فى الحالين
والحجة على ما ذكرنا والمباشرة مثل التقبيل فى ظاهر الرواية وعن محمد
انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما يخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه
ذباب وهو ذاكر للصوم لم يفطر وفى القياس يفسد صومه لوصول
المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان
انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا فى
المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه حنمه او
سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر
يفطر فى الوجهين لان القليل حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة
ولنا ان القليل تابع لاسنانه فكان بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه
لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وان

وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغى ان يفسد صومه كما روى عن محمد لان
العادم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو
مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفى مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابى
يوسف لانه وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابى يوسف انه يعاف
الطبع فاذا ذرعه القئ لم يفطر لقوله ع م من قاء فلا قضاء عليه ومن طعام استقاء
عمدا فعليه القضاء ويستوى ملاء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملاء الفم فسد
عند ابى يوسف لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا
لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به
عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر
وان كان اقل من ملاء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له فى الادخال
وان عاد فكذلك عند ابى يوسف لعدم الخروج وعند محمد يفسد لوجود
الصنع منه فى الادخال فان استقاء عامدا ملاء فيه فعليه القضاء لما روينا
والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملاء
الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابى يوسف لا يفسد لعدم
الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان عاد فعنه انه
لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسده فالحقه بملاء الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة
او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع عمدا
فى احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل
الجناية ولا يشترط الانزال فى المحلين اعتبارا بالاغتسال وبهذا لان قضاء
الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابى حنيفة انه لا تجب الكفارة
بالجماع فى الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه يجب لان الجناية
متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه لانزال ولم
ينزل خلافا للشافعى فيه لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة فى محل مشتهى
لم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المراة وقال
الشافعى فيه فى قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هى محل
الفعل وفى قول تتحمل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله ع م من افطر فى
رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث لان السبب جناية
الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا تتحمل لانها عبادة او عقوبة
ولا يجرى فيهما التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او ما يتداوى به فعليه القضاء

والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس
لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت
بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق
تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة
الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال
ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال عم اعتق رقبة
فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني
الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله ان يؤتى
بعرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال
والله ما بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك
ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب
وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضاء
لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدام صورة وليس في افساد الصوم في
غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق غيره به و
من احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عم الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر
وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ولو
اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا
دخله الدهن وان داوى جائفة او آمة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر
عند ابي حنيفة رح والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول
لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة
الدواء تلاقي في رطوبة الجراحة فتزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف
اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يفطر وقيل محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف
ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة رح ان
المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق
شيئا بفيه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من
تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان
لها بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا يرى ان لها
ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل

ليس صح

لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه
وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره
للصائم لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم يكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا
لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل
ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب
النبي عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا
لم يقصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت
بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة
والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي
يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فتشابه دم الشهيد
قلنا هو اثر العبادة فاللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم
ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى
وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في
التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب
الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل
وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف
المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي
الفطر افضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان
افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد
وان مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء
بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفايدته وجوب
الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وبين محمد رح وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب
فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة
فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء

تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره
لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان
له ان يتطوع ولكامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضيتا
دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية خلافا للشافعي
فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف
القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز
بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر
على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله
تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم
يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان
فاوصى به اطعم عنه ولية لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير
لانه عجز عن الاداء في اخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد في الاطعام عندنا
خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة وهو يعتبره بدلون العبادات كل حق مالي
يجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الابعاض
دون الورثة لانها جبرية ثم هو شرع ابتداء حتى يعتبر في الثلث والصلوة
كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة يعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم
عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن
دخل في صوم التطوع او صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي له
انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل
فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي يجب القضاء بتركه ثم
عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر
والضيافة عذر لقوله عليه السلام افطر وافض يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم
الكافر في رمضان امسكا بقيته لوجوبهما قضاء لحق الوقت بالشبه ولو افطرا
فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب
والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وبه خلاف الصلوة
لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم
الجزء الاول والاهلية معدومة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال
الكفر والصبى قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت النية وجه
الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله لان

فيه خلاف رمضان اصح
صام الثاني في الاداء
وفيه وقيل الاول صحيح

لان الصبي ان نوى التطوع في هذه الصورة دون الكافر على قالوا لان
الكافر ليس باهل التطوع ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار
ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب
ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص
في وقت النية الا يرى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر
ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة
لقيام شبهة المبيح قال ومن اغمي عليه في نهار رمضان لم يقض اليوم
الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية
اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول
الليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك يه لا يقضي
ما بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف
وعندنا لا بد في النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين
ما ليس بزمان هذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه
لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط
ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك يه هو يعتبره بالاغماء ولنا
ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون
يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله بما يقولان لم تجب عليه الاداء لانعدام الاهلية
والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد
وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا
على وجه لا يخرج في اداته بخلاف المستوعب لانه حرج في الاداء فلا فائدة
وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا ظاهر الرواية
وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب
بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وبه اخذ بعض المتاخرين ولم ينو
في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتادى صوم رمضان
به دون النية في حق المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه
يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب فقير ولنا ان المستحق الامساك
بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة
على ما قرر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة

من صح

يه

وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى بغير النية عنده وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل
فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا
امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المراة او نفست افطرت و
قضت بخلاف الصلوة لانها تخرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم
المسافر او طهرت الحايض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي
لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك
في اول اليوم هو يقول ان التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل
وفي حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا
لا خلفا لانه معظم بخلاف الحايض والنفساء والمريض والمسافر حيث
لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن
الصوم قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او
افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية
يومه قضاء لحق الوقت بقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق
مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية
قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء
يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر
مستحب لقوله عم تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تاخيره
لقوله عم ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك
الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع
تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل
هو الليل وعن ابي حنيفة رح اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت
الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل
فقد اساء لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه
انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط
وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر
ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية
ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار
ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رايه انه اكل قبل

قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل و
لو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى
ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك
يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه
استند الى القياس فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في
ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح وعنه انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه
فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس ولا تنتفي
بالعلم كوطي الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا
فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه
فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده
فكذلك عند محمد لان قول الرسول عم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف
خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه
الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة
وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد ما
اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف
القياس والحديث مؤول بالاجماع واذا جومعت النايمة او المجنونة
وهي صايمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رحمهما
لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية **فصل**
فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى
فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان نذر
بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع
والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا
عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج
عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني
اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر
لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته
كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون
يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نوى هما يكون نذرا

ويمينا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف لا يكون نذرا و
لو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابى يوسف ان النذر فيه
حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثانى فلا تنتظمها
ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافى بين
الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين
لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتى التبرع والمعاوضة فى
الهبة بشرط العوض ولو قال لله على صوم هذه السنة افطر يوم
ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة
نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تع
عنها لكن يقضيها فى هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان
ويتأتى فى هذا خلاف زفر والشافعى للنهى عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام
الا لا تصوموا فى هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه
فيه والعذر عنه ولو لم يشرط التتابع لم تجزه صوم هذه الايام لان الاصل
فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهى بخلاف ما اذا كان عينها
لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال وعليه
كفارة يمين ان ادا ديمينا وقد سبقت وجوبه ومن اصبح يوم النحر صا
ثم افطر لا شئ عليه وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله فى النوادر ان عليه القضاء
لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع فى الصلوة فى الوقت
المكروه والفرق لابى حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع
فى الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهى
فيجب ابطاله ولا يجب صيانته ووجوب القضاء ينبنى عليه ولا يصير
مرتكبا للنهى بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع فى الصلوة
حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فيجب صيانته المؤدى
ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابى حنيفة ايضا انه لا يجب القضاء فى هذه
الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

كتاب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبى عليه السلام واظب عليه
فى العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث فى المسجد
مع الصلوة ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبنى عنه فكان
وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعى والنية شرط فى سائر

فى سائر العبادات وهو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون
شرطا لغيره ولنا قوله السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس فى مقابلة النص
المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة و
لصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابى حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية
لا يكون اقل من يوم وفى رواية الاصل وهو قول محمد يجوز باقل ساعة فيكون
من غير صوم لان مبنى النفل على المسامحة الا يرى انه يقعد فى صلوة النفل مع
القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء فى رواية الاصل
لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفى رواية الحسن يلزمه لانه مقدر
بالصوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا فى مسجد الجماعة لقول حذيفة رضى الله
لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة وعن ابى حنيفة انه لا يصح الا فى مسجد يصلى فيه
الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيتحقق بمكان يؤدى فيه
اما المرأة تعتكف فى مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها
فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة لحديث عائشة
رضى الله عنها كان النبى عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم
وقوعها فلا بد من الخروج فى تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه
من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم
حوائجه وهى معلوم وقوعها وقال الشافعى الخروج اليها مفسد لانه يمكنه
الاعتكاف فى الجامع ونحن نقول الاعتكاف فى كل مسجد مشروع واداء الشر
فالضرورة مطلقة فى الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعد
وان كان منزله بعيدا عنه يخرج فى وقت يمكنه ادراكها ويصلى قبلها اربعا
وفى رواية ستا والاربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا
او ستا على حسب الاختلاف فى سنة الجمعة وسنتها توابع لها فالحق بها
ولو اقام فى المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف
الا انه يستحب لانه التزم اداءه فى مسجد واحد فلا يتمه فى مسجدين من غير
ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابى حنيفة لوجود المنافى وهو القياس وقالا لا يفسد حتى اكثر من نصف يوم وهو استحسان
لان فى القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب والنوم يكون فى معتكفه لان النبى
لم يكن له ماوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة فى المسجد فلا ضرورة
الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع فى المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه

قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة
للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير
المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عم جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم
وشرايكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في
شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى و
لا تباشروهن وانتم عاكفين في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من
دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه
لا محظوره فلم يتعدد الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا
بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين
مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل
او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل
لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا
لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها
بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازايها من الليالي
يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان
لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات
كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم
فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته
لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين لزمه بليلتيهما وقال ابو
يوسف لا يدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة
الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة
والله اعلم بالصواب

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين
العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه
وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو
فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه سبيلا ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عم قيل له الحج في كل
عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت
وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف
وعن حنيفة رح ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة

وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص
والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل
بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عم
ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ
فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان
والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى
اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند
ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة رح
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه
غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه
الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكتري به شق
محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عم سئل عن السبيل اليه
فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا
يتعاقبان لم يوجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن
المسكن ما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء
مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده
لان النفقة حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن
حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زايدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة
ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط
الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل هو شرط
الاداء دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة
لا غير قال ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم يحج بها او زوج ولا يجوز لها
ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها
الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا
قوله عم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة
وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها
غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج
الى ما دون السفر بغير المحرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال
الشافعي له ان يمنعها لان الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر

حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على صح

كان صح

في حق الفرايض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا
قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج في كل محرم الا ان يكون
مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتادى
منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر
بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا
ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق
واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام
لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز
لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه
الخروج منه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجوز ان يتجاوز
الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات
عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفايدة التاقيت المنع
عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي
اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد
عندنا لقوله عم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب
الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما
ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله
مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصاروا كاهل مكة حيث يباح
لهم الخروج منها ثم دخولهم بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك
لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله
تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامها ان تحرم بهما من دويرة اهلك كذا
قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج
مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل
اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته
الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة
اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم
وفي العمرة الحل لانه عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا با

بالحج من جوف مكة وامر اخا عايشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهي
في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع
سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود
الاثر به **باب الاحرام** واذا اراد الاحرام اغتسل او توضا والغسل افضل
لما روي انه عم اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحايض وان لم يقع
فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى النظافة
فيه اتم ولانه عم اختاره قال ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا
ورداء لانه عم صح اتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر
العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب
الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رح انه يكره اذا تطيب
بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع
بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عايشة رضي الله عنها قالت
كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه
التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال
وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين
عند احرامه قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها
في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسال التيسير
وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها عادة
متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي ان النبي عم لبى في دبر صلوته
فان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا
وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبية الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات
والتلبية ان يقول لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد
والنعمة لك والملك لا شريك لك فقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها
ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله
عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه
هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي
في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم
ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم
اجمعين زادوا على الماثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية

فلا يمنع من الزيادة عليه واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة
لا تتادى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني
اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا
للشافعي لانه اعقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا
بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو
المشهور عن اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما
ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر لتقليد
البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث
والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق و
لا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش
او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد
حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم
وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم
حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث قتادة رضي الله عنه انه اصاب
حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي عم لاصحابه هل
اشرتم هل ادللتم هل اعنتم فقالوا لا قال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن
عن الصيد لانه امن بتوحشه وبعده عن الاعين ولا يلبس قميصا و
لا سراويلا ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل
من الكعبين لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء
وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين
والكعب ههنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما
روى هشام عن محمد رحمهما الله قال ولا يغطي رأسه ولا وجهه وقال الشافعي
يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة
في وجهها ولنا قوله عم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة
ملبيا في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ما ان في الكشف فتنة
فالرجل بطريق الاولى وفايدة ما روي الفرق في تغطية الرأس ولا يمس
طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه
ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الاية ولا يقص لحيته لانه
في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث قال ولا يلبس ثوبا

ابي صح

دون الناتي صح

نفي

ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عم لا يلبس المحرم ثوبا
مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب
لا للون وقال الشافعي لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان
له رائحة طيبة قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه
اغتسل وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل ومالك يكره
ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس
ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه
لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى غطاه
ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال ولا بأس
بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره
لانه لا ضرورة رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل فيه
الحوام الرأس ولا يغسل قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوة وكلما علا شرفا
او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله
عليه ورضي الله عنهم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام
على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع
صوته بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية
والثج اراقة الدماء قال فاذا دخل مكة ابتداء بالمسجد لما روي ان
النبي عم كما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه
ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا
عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول اذا لقي البيت
بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا
من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها
فحسن قال ثم ابتداء بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي ان النبي
عم دخل المسجد فابتداء بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع
يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي
ان النبي عم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه
انك رجل ايد يؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان
وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام

الحوام الرأس صح بيان

ولنا انه لبس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل صح

سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيا
في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روى انه عم طاف على
راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيا من ذلك استقبله
وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي
الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روى
انه عم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط و
الاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر
وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عم قال ويجعل طوافه ما وراء
الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب يسمى به لانه حطيم من عليه السلام في حديث
عايشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه
حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم
وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت
بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل
في الثلاث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز
يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد
للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب
في زمن النبي عليه السلام وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك
اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه والرمل من الحجر الى الحجر هو
المنقول من رمل رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف
الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع
لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير
يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل
على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه
سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم
غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم ياتي المقام فيصلي
عنده ركعتين او حيث يتيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي
سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عم وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي
ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده

قبل ذلك صح

البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله صح

النبي عم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل صح

فعي

يستلم

بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي
يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم
ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك رح انه واجب
لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف
والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع فيما
رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف
القدوم لانعدام القدوم في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عم ويرفع يديه ويدعو الله
لحاجته لما روي ان النبي عم صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل
القبلة ويدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى
الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما
يصير البيت بمرا منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا
من اي باب شاء وانما خرج النبي عم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب
الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة قال ثم ينحط نحو المروة
ويمشي على هينته حتى يبلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم
يمشي على هينته حتى ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي
ان النبي عم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى
اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط
قال وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في
بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدا بالصفا لقوله عم فيه ابدؤا
بما بدا الله به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي
رح انه ركن لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله
تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب
الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به
ولم يحد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم
الموت الاية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله
ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة
والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في
هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل

اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم
التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منا والصلوة
بعرفات والوقوف والافاضة قالوا صل ان في الحج ثلث خطب وقد ذكرها ما ذكر نا
والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنا في اليوم الحادي عشر فيفصل بين
كل خطبتين بيوم وقال زفر لا يخطب في ثلثة ايام متواليات اولها يوم التروية
لانها ايام الموسم ويجتمع الحاج ولنا ان المقصد منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب اجمع فاذا صلى الفجر
يوم التروية بمكة خرج الى منا فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان
النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منا فصلى
بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات
بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات وقد مر بمنا اجزاه لانه
لا يتعلق بمنا في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء في تركه الاقتداء برسول الله
صلى الله عليه قال ثم يوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان
الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل
وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع
ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا
زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدي فيخطب خطبة يعلم
فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة
يخطب خطبتين بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وقال
مالك لا يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد
وقد ما روينا ولان منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب
اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الخطبة وعن ابي يوسف
انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا
لان النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم
المؤذنون بعد فراغه من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه
الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين
وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفي حديث
جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاهما باذان واقامتين ثم بيانه انه
يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر تؤدى قبل وقته المعهود

الناس

حطبتين ح

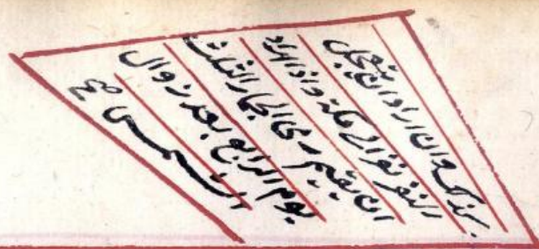
المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما لنا سن ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا
لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد
الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد لان اشتغاله بالتطوع
او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه
لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر
في وقته عند ابي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة
الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة ان المحافظة على
الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع
بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع
للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لما ذكرنا اذ لا مناقاة ثم عند ابي حنيفة
الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر هو في العصر خاصة لانه هو المغير
لوقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة ان التقديم على خلاف
القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام
في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد في الاحرام بالحج قبل الزوال في روا
تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي اخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان
المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم
معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي عليه السلام راح الى الموقف عقيب
الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف موقفا لا عظم قال وعرفات
كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن
بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قال
وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عليه السلام وقف على ناقته
وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف
مستقبل القبلة لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال عليه السلام خير المواقف
ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي ان
عليه السلام كان يدعو يوم عرفة ماد يديه كالمستطعم المسكين ويدعو
بما شاء وآن ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في
كتابنا المترجم بعدة المناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى
قال وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية

لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا • قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد
في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة
والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عم اجتهد في الدعاء في هذا
الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويبقى في موقفه ساعة
بعد ساعة وقال مالك لا يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة بالتلبية
قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روى ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى
جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فيأتي بها الى اخر جزء من
الاحرام • قال فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى
يأتوا المزدلفة لان النبي عم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار
مخالفة المشركين وكان عم يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف
الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزأه لانه لم يفض في عرفة
والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون اخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث
قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت
ان عايشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت
قال واذا اتى المزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة
يقال له قزح لان النبي عم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه و
يتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او يساره و
يستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي الامام
بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر له باذانين
واقامتين اعتبارا بالجمع جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء
في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته
فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع اوتنفل
بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع
الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روى ان النبي عليه السلام صلى المغرب
بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشرط الجماعة لهذا الجمع
عند ابي حنيفة له لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان
مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا
الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما

كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مستثنيا بتركه ولهما ما روى انه عم قال
لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك يعني الصلوة
وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين
بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع
الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر صلى الامام بالناس
الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم صلاها يومئذ بغلس
ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيحوز كتقديم العصر بعرفة ثم
وقف ووقف معه الناس فدعا لان النبي عم وقف في هذا الموضع
يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما واستجيب له دعاؤه
لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن
حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي هو انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله
عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روى ان النبي عم قدم ضعفة
اهله بليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن
بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عم من وقف معنا هذا الموقف
وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح
امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كان
امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال والمزدلفة كلها موقف
الا وادي محسر لما روينا قبل قال واذا طلعت الشمس افاض الامام
والناس حتى يأتوا منا قال رضي الله عنه بكذا وقع في نسخ المختصر وهذا
غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس معه ولان النبي عم دفع قبل
طلوع الشمس قال فيلتقط حصى جمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع
حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى
رمى جمرة العقبة وقال عم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا
ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا
يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع
النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل
حصاة كذا روي ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبح مكان
التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها لان
النبي عم لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا

عن ابن مسعود رضي الله عنه و روى جابر رضي الله عنه ان النبي ﷺ قطع
التلبية عند اول حصاة رماها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة
على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة و مقدار الرمي ان يكون بين
الرامي و بين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة
لان ما دون ذلك يكون حطا و لو حطها حطا اجزاه لانه رمى الى
قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة و لو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي
و لو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز
عنه و لو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص
و لو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال
و يأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك مكروه لان ما عندها
من الحصى مردود و هكذا جاء في الاثر فيشتبه مع هذا لو فعل اجزاه لوجود
فعل الرمي و يجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي
لان المقصود فعل الرمي و ذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى
بالذهب او الفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم
يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اول نسكنا
هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق و لان الحلق من اسباب التحلل و كذا الذبح حتى
يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه
الذبح دائما على الذبح بالمحنة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام
في المفرد والحلق افضل لقوله ﷺ رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم
عليهم و لان الحلق اكمل في قضاء التفث و هو المقصود و في التقصير بعض
التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء و يكتفي في الحلق بربع الرأس اعتبارا
بالمسح و حلق الكل اولى اقتداء برسول الله ﷺ و التقصير ان يأخذ من رؤس
شعره مقدار الانملة قال و قد حل له كل شيء الا النساء و قال مالك
الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع و لنا قوله ﷺ قد حل له كل شيء الا
النساء و هو مقدم على القياس و لا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا
خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة بالنساء فيوخر الى تمام الاحلال
ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول انه يتوقت
بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل و لنا ان ما يكون محللا يكون جنايته
في غير اوانه كالحلق و الرمي و ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق

الى البيت قال ثم يأتي مكة في يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف
بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي ان النبي ﷺ لما خلق
افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منا وصلى الظهر بها و وقته ايام
النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال فليطوفوا
فكان وقتها واحدا و اول وقته بعد طلوع الفجر في يوم النحر لان ما قبله في الليل
وقت الوقوف بعرفة و الطواف مرتب عليه و افضل هذه الايام اولها
كما في التضحية و في الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا و المروة
عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف و لا سعي عليه و ان كان
لم يقدم السعي رمل في ثلاثة اشواط الا في طواف بعده سعي و يصلي ركعتين
بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان كطواف الزيارة او نفلا
لما بينا قال و قد حل له النساء و لكن بالحلق اسبق اذ هو المحلل لا بالطواف
الا انه اخر عمله في حق النساء قال و هذا الطواف هو المفروض في الحج
و هو ركن فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى ليطوفوا بالبيت العتيق و
يسمى طواف الافاضة و طواف يوم النحر و يكره تاخيره عن هذه الايام
لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة له و
سنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى قال ثم يعود الى منا فيقيم بها
لان النبي ﷺ رجع اليها كما روينا و لانه بقي عليه الرمي في موضعه بمنا فاذا
زالت الشمس من يوم النفر الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبتدىء بالتي
تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة و يقف
عندها ثم يرمي التي يليها مثل ذلك و يقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك
و لا يقف عندها بهذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله
صلى الله عليه وسلم مفسرا و يقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس
و يحمد الله تعالى و يثني عليه و يهلله و يكبره و يصلي على النبي ﷺ و يدعو بحاجته و يرفع
يديه لقوله ﷺ لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن و ذكر في جملتها عند الجمرتين
و المراد رفع الايدي بالدعاء و ينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه
المواقف لان النبي ﷺ قال اللهم اغفر للحاج و لمن استغفر له الحاج ثم الاولى
ان كل رمي بعده يقف بعده لانه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه
و كل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت و لهذا لا يقف
بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال و اذا كان من الغد رمى الجمار الثلث



بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روى ان النبي عم صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر له حول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عندنا لبقاء حيضة وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بالايام والليالي والتفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص النحي بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق النفر فلان يظهر في جواز الرمي في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي عليه السلام رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عم لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين وبه روي حين تطلع الشمس فثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتأويل ما روي ليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عندنا حيضة له يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذما به بغروب الشمس وعن ابي يوسف له انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شئ عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عندنا حيضة لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال وان رمى ما راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان رميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف له ويكره ان لا يبيت بمنا ليالي الرمي لان النبي عم بات بها وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيره متعمدا لا يلزمه شئ عندنا خلافا للشافعي لانه واجب يسهل عليه الرمي في اتيانه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه

ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا خيف حيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على تركهم بشرا الى عهدهم على هجر ان بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر وسمي الوداع وطواف آخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا للشافعي لقوله عم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للحائض والنفساء الحيض الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا فيأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي عم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله بكذا روي ان النبي عم فعل بالملتزم ذلك قالوا ينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج

فصل فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف فيها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يسير عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شئ عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس يوم عرفة الى طلوع الفجر لما روي ان النبي عم وقف بعد الزوال وبهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان آخر الوقت ومالك له ان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكر بكلمة اذ فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة قبل ونهار فقد تم حجه وسمى كلمة التخيير وقال مالك له لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما روينا ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف

ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن خصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع
الاغماء والجهل يحل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل
عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ولو احرم انسانا بان
يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افا
او استيقظ وابى ان يفعل الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به
وبذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه
كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العظام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا
ولانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عنه مباشرة
بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة و
العلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه قال والمرأة في جميع ذلك
كالرجل لانها محاطبة كالرجال غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف
وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة في وجهها ولو اسدلت شيئا على
وجهها وجافته عنه جاز بذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه
بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة
ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه محل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر
لما روي انه عم نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر
في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان
في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك
جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا قال ومن
قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزء صيدا او شاء من الاشياء وتوجه
معها يريد الحج فقد احرم لقوله عم من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق
الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه يفعله الآتي يريد الحج او العمرة
واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لان صاحب
النية بفعل هو من خصايص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق
بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجر فان قلدها وبعث بها
ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت
كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه فبعث بها واقام
في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه
اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية فمجرد النية لا يصير

لا يصير محرما فاذا اداركها وساقها او داركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصايص
الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الآتي بدنة المتعة فانه محرم من
حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وبذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا
ووجه الاستحسان ان بذا الهدي مشروع على الابتداء بنسكا من مناسك الحج
وضعا لانه يجتمع بمكة ويحتاج الى جمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية
وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفي العمرة فيه بالتوجه وفي غيره لو توقف على حقيقة
الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع
الحر والبرد والاذى فلم يكن من خصايص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة
فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حارا فقد يفعل للمعالجة
بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة
ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي يجوز من الابل حاصة لقوله عم
في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة
فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الفخامة وقد اشتركا
في بذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح في الرواية في الحديث
كالمهدي جزورا **باب القران** القران افضل من التمتع والافراد وقال
الشافعي يه الافراد افضل وقال مالك يه التمتع افضل من القران لان
له ذكرا في القران ولا ذكر للقران فيه وللشافعي يه قوله عليه السلام القران
رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عم يا آل
محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم و
الاعتكاف والحراسة في سبيل الله وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر
غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجح بما ذكروا والمقصد بما روي نفي
قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور والقران ذكر في القران
لان المراد من قوله تعالى اتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على
ما رويناه من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامها من الميقات الى ان يفرغ
منهما ولا ذلك المتمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين
الشافعي يه بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين
وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان
يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد
الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة

من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل
ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قايم
ومتى عزم على ادايهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه
وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك
يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعا والتلبية لا بأس لان الواو للجمع
ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل
مكة ابتداء فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول
منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ
بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا
في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران
في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام
الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما
يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا و
يسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة و
لان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة او بسفر وحلق
واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين
وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ولان القران
ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال و
لانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحرم والحلق للتحلل فليست
هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا يرى ان شفعي التطوع لا يتداخلان
وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت
الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه
اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف
التحية عليه ولا يلزمه اما عندهما فظاهر لان التقديم والتأخير في المناسك
لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم
فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة
او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي
منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما ذكر في بابه ان
شاء الله واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه

عليه وعلى البعير على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم
يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا
رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم
تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء
النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل
ان يصوم قبل يوم بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل
عن الهدي فيستحب تأخيره الى وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها
بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها
منهي عنه وقال الشافعي رح لا يجوز لانه متعلق بالرجوع الا ان ينوي
اطعام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي
فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز
فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رح
يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك يصوم
فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه
الايام فيتقيد به النص ويدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا
ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص
خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في
مثله بذبح شاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع
ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات
فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير نايبا
افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد
التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة رح ايضا والفرق له بينه وبين
مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه
بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة
فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق
لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر والله
اعلم

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان
الافراد افضل لان المتمتع في سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع
لحجته وجه ظاهر الرواية ان المتمتع جمعا بين العبادتين فاشبه

القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان
تحللت العمرة لانها تبع للحج كتحلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع
على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع التر فق
باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخل
اختلافات بينهما ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدي من الميقات فيحرم بالعمرة في اشهر الحج صح
ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو
تفسير العمرة وكذلك ان اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل
النبي عليه السلام في عمرة القضاء وقال مالك رح لا حلق عليه انما العمرة الطوا ف
والسعي وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم الاية نزلت
في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج
ويقطع التلبية اذا ابتدى بالطواف وقال مالك رح كما وقع بصره
على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عم في عمرة
القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف
فيقطعه عند افتتاحه ولهذا يقطعه الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم
بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد
والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي
وميقات المكي الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه في الحج صح
يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف
المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى
قبل ان يروح الى منا لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى
بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلثة ايام
في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بينا في القران فان صام ثلثة ايام من
شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع
لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه
وان صامها بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي
رح له قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه
والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بيناه والافضل تاخيرها الى اخر
وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق
الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عم ساق الهدايا مع نفسه

مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل
لحديث عايشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد اولى من التجليل لان له
ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما
بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية
ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عم احرم بذي الحليفة وهداياه
تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ
يقودها قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما ولا يشعر عند ابي حنيفة
رح ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها
بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر
لان النبي عم طعن جانب اليمين اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا
الصنيع مكروه عند ابي حنيفة وعندهما حسن وعند الشافعي سنة لانه
مروي عن النبي عم وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد
ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلاء او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم
لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة
فقلنا بحسنه ولابي حنيفة رح انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض
فالترجيح للمحرم واشعار النبي عم لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون
عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رح كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم
فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال
فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي
الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عم لو استقبلت من امري
ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي
التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا
وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه
من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي
وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم
النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة
فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة
خلافا للشافعي رح والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرين وهذا في حق الافاقي

في جانب اليسار مقصودا وفي صح

ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيان فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه لانه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما وهذا بخلاف بطل التمتع كذا روي عن عدة التابعين واذا ساق الهدى فألمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح الالمام بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتمتها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عند ناشرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر والاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك يعتبر الاكثر في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق باداء النسكين في عام سفرة واحدة في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولان الحج يفوت ان بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وبهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يقتضي كل زمان وصار كالتقديم على المكان قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من يكون عمرته وحجته ميقاتيين ونسكاه بهذا ان ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قايمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فاقام بها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من

لان العود سنا لكنه بعمرة غير محرما عليه فيصح الالمام باهله

ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج؟

تبيين

صحيحا

١٢

وقالا هو متمتع لانه انشأ سفرا وقد فرغ منها

عامه ثم يكن فيه بنسكين وله انه بان على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فانهما افسدا فيه لانه لا يمكنه الخروج من عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المرأة فحاضت بناة لم تجز لها في المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المرأة عند الوقوف اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عايشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وبعد الاغتسال للاحرام للصلوة فيكون مفيدا واذا حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت لان الحيض في ترك الطواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذ ناديا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة له ويروى البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا كالرأس والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيتربت عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما فيما بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدى انشاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف انه قال فان حلق رأسه بجناية فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء طيب فان صار مبتدءا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو حلق رأسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف انه حلق رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه

لان الكفارة واجبة على المرتكب طواف الصدر لانه عزم - خلص ج

يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس
في الجامع الصغير دل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه
دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رح ان استعمله في الشعر
فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدام ولهما
انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت
جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل
الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب
الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل
البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم
بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو ادى به جرحه
او شقوق رجله فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل التطيب
وطيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك
وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان
كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح انه اذا لبس اكثر من نصف
يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس
اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود
من اللبس فلا بد من اعتبار المدة على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه
ثم ينزع عادة وتتقاصر دون الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف قام الاكثر
مقام الكل ولو انذرى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه
لانه لم يلبسه المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه خلافا
لزفر لانه ما لبس لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس
من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا اغطى جميع رأسه يوما كاملا يجب
عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رح انه اعتبر
الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده
بعض الناس وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع
رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه الدم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال
مالك رح لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات
الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية
وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطيب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية

ليتحصل صح

ده

اللحية معتاد بالعراق وارض المغرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه
عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد
منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين
الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق
عضوا فعليه دم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه
ذلك لانه مقصود بطريق التنور فتتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان
اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل معناه انه ينظر ان هذا الماء خوذ كم يكون
من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة
ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة
ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رح
وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظوظ فكذا ما يكون
وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة ان
حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو
كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى
المحلوق الدم وقال الشافعي رح لا يجب ان كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله
ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا
بسبب النوم والاكراه ينتفي الماء ثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال
من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك
سماوية وهنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه
بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف
الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق يلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين و
قال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الا
لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان
من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال
بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب حلال او
قلم اظافيره او اطعم ما شاء فالوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه
يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام
وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء
التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه

يه

تفاق

الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان
كان في مجالس فكذلك عند محمد رح لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر
الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى
العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في اي السجدة وان قص يدا او رجلا
فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه
صدقة معناه تجب ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول
ابي حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلاث اكثرها وجه المذكور
في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل
فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير
متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس
من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا
الوجه يتاذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تعارضت
الجناية تجب فيها الصدقة ويجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم
اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال
قال وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار
فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان
شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة او صوع من الطعام
وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك
وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه بما ذكرنا والآية نزلت
في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان
وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان
الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان
فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية
عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة
تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فان نظر الى فرج امرأته بشهوة
فامنى لا شيء عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى وان
قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى

فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع
فيما دون الفرج وعن الشافعي انه يفسد حجه في جميع ذلك اذا انزل واعتبره
بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات
وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع
والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان
المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان
جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة
ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عم
سئل عن من واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان
في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله
عليهم وقال الشافعي تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة
عليه اطلاق ما روينا فيكتفي بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه
لا قضاء ثم سوى السبيلين وعن ابي حنيفة ان في غير القبل منهما لا يفسد
التقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق
امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما
ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لهم
انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع
وهو النكاح بينهما قائم ولا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع
ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة
يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد
الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا
جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف فقد تم حجه وانما تجب البدنة
لقول ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ
موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء
دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة ومن جامع في العمرة
قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه
شاة واذا جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة
ولا تفسد عمرته وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا
بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت اخط رتبة منه

ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية صح

له نخ

مع

فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كان
كمن جامع متعمدا وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع
النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل
جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا
مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم
لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم والله اعلم

فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله عم الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح
فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه
يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع
في هذه الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك
الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى
وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طوف هو تطوع ولو طاف
طواف الزيارة فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول
فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت
وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان
يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد
والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش
النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد
طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى
الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه
لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة
بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود
لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود باحرام وان لم يعد
وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود و
لو رجع اهله وقد طافه محدثا ان اعاد وطاف جاز وان بعث بشاة
فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف

طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام
لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف
الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا
فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رح انه يجب شاة الا ان الاول
اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف
الزيارة فيكتفي بالشاة ومن ترك طواف الزيارة ثلثة اشواط
فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان
بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود ويبعث
بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها
لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر
او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام
بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط
من طواف الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف
الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا
وهو الطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين
اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه
فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع
وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان يأخذ
عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب
الآخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم
لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة
ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر ايام
التشريق طاهرا فعليه دم فان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف
الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب
الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر
الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا كالطواف الصدر مؤخرا
لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتاخير
الآخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد

الاقل ٣

الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة
يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث
واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان
وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر
بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في
السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف
ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه
دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزمه بتركه الدم دون
الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رح لا شيء
عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة
الى غروب الشمس واجب لقوله عم فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه
الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا
لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية
لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب
ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك
رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد
لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام
الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة
فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما وان
ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار
الثلث فعليه صدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك
اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه دم لوجود ترك
الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة
هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها فان ترك منها حصاة
او حصاتين او ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص
ما شاء لان المتروك هو الاقل فيكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت
ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا
لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك
كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات

ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث
ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم ولان التأخير
عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام وكذا التأخير عن الزمان
فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن
اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول ابي
يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة
جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق
غير مختص بالحرم لان النبي عم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وحلقوا
في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من
واجباتهما وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية
من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان
عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت
بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا
الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما يتوقت في حق التحلل بالاتفاق
والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة
لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به قال فان لم يقصر حتى رجع
وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به
في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان
عند ابي حنيفة رح دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم
بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب
بسبب التأخير شيء على ما قلنا **فصل** اعلم ان صيد البر محرم على
المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الى آخر الآية وصيد البر
ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء
والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذيب والحداة
الغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رح قال
واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله
تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على

مثل ما قتل من النعم نخ

على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول الجزاء تعلق
بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا دنا ما روينا فيه حديث
ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة
في محظورات الاحرام دالة تفويت الامن في الصيد ان هو آمن بتوحشه
ولو ازاله فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض
فيضمن بترك التزامه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام فيه حجة على ان فيه
الجزاء على ما روى عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء
ان لا يكون المدلول عالما بامكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه
وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن
عليه شئ لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه
الاتلاف فاشبه غرامات الاموال المبتدئ والعايد سواء لان الموجب
لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة قول ابي يوسف رحمهما الله ان يقوم الصيد
في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في بر فيقومه
ذو عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت
هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام عن ما نذكر وقال محمد و
الشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير في النعم شاة وفي الضبع
وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وهي الانثى من اولاد المعز اذا بلغت
اربعة اشهر وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى
مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا يكون
نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة
والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بيناه وقال عليه السلام في الضبع
صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد يجب قيمته مثل العصفور والحمام
واشباههما فاذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي له يوجب
في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر
ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى
ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق
العباد ولكونه مرادا بالاجماع اولما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد
بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحش واسم يطلق على الوحشي

على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيد والاصمعي والمراد مما روي التقدير دون
ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعل هديا او طعاما او صوما عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله الخيار الى الحكمين
في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام
فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه
فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى
يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى
يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار
اليهما قلت الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله
او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع
اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقوما ان
في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان الموضع
بر لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشتري
قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق
العباد وقيل يعتبر المثنى هنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى
هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي هو يعتبر بالهدي
والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة
فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان
والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة معقولة في كل زمان ومكان عن الطعام
معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب
عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم
الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجزي صغار الغنم فيها
لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار
على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا
اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم لكل مسكين اقل من نصف صاع لان الطعام
المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم
المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير

الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا
الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان نصف الطعام اقل من نصف صاع
فهو مخير ان شاء تصدق بها وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل
من يوم غير شروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم
قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره
او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد
ولو سلب ريش طائر او قطع قوايم صيد فجرح من خير الامتناع فعليه قيمته
كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر
بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم
ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا
مالم يفسد فان خرج من البيضة فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان
والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير معلوم وجه
الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسير قبل اوانه سبب لموته
فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا
ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداءة والذئب
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداءة والحية والعقرب و
الفارة والكلب العقور وقال عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب
والحداءة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض
الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه
والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما
العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي
حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمتأنس والمستوحش منهما
سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية
سواء والذئب والسبع لوع ليس من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتدئان
بالاذى وليس البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بسبود
وليست بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد النمل السوداء
والصفراء الذي يوذي وما لا يوذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة
الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة

متولدة من التقاء الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل
على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن
شبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر فان صيد
ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الاخذ وثمرة خير من جرادة لقول ابن
عمر رضي الله عنه ثمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من
الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة
وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن جلب صيد الحرم فعليه قيمته لان
اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع
ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي
لا يجب الجزاء لانه جبت على الاذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا
اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه و
كونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على
الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا
والعرف ملك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر يجب بالغة ما بلغت
اعتبارا بما كول اللحم ولنا قوله عم الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار
قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذي ومن هذا الوجه
لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء
عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قتل سبعا وانهدى كبشا وقال ابتداءناه ولان المحرم ممنوع
عن التعرض لا غير دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى
كما في الفواسق فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود
الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن
من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء
لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما بيناه من قبل ولا بأس للمحرم ان
يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء
ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن
والحياض لانه العرف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء
خلافا لمالك له انه العرف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه ليطير نهوضه و
نحن نقول الحمام مستوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان بطئ النهوض

والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا لانه صيد في
الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم
واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رح يحل ما ذبحه
المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع و
هذا فعل حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام
مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح
من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه جزاء ما اكل
وان اكل منه محرم اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه
باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة ان حرمته
باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي
اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصار حرمة التناول
بهذه الوسايط مضافا الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس من
محظورات احرامه ولا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه
اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك رح فيما اذا اصطاده
لاجل المحرم له قوله عم لا بأس بأكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصاد له
ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه
الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي
قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمة يتصدق بها على
الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه
طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة
فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه قيمة يجب بتفويت وصف في المحل وهو
الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار
معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال
زفر رح يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه و
هل يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله
فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رح فانه يقول حق الشرع لا يظهر في
مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض

او يصده

الارسال

التعرض لحرمة الحرم او صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا فان
باعه رد البيع فيه ان كان قايما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك
حرام وان كان فايتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه
وكذلك بيع المحرم الصيد من المحرم او الحلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او
في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي رح عليه ان يرسله
لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم
ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب
ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص
لانه غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك
وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان
اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناهي عن المنكر وما على المحسنين
من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه
وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه
والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده
عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم
صيدا فارسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان
الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد
منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع
الآخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الاخذ مواخذ بصنعه فلا يرجع
على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو
بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان
اليه فان قطع حشيش الحرم او شجره الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس
فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتها تثبت بسبب الحرم قال عليه السلام
لا يختلى خلالها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل
لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بيناه

جب

س

بيناه

ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حق حقوق العباد ويكره
بيعه بعد ما قطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس
الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما ذكره ان
شاء الله تعالى والذي ينبئك ان الناس عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع
ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى
غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة
ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمته لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة
اخرى ضمانا للمالك كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه
ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف
لا بأس بالرعي لانه فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا
ما روينا والقطع بالمناجل كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش في الحمل ممكن
فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات وكل
مشي فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم
لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي له دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد
عنده وعندنا باحرامين وقد قرن قبل فالآن يتجاوز الميقات
غير محرم بالعمرة والحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر له لما اقتل المستحق عليه عند
الميقات احرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد
واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما
بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا
اشتركا حلالان في قتل صيد فعليهما جزاء واحد لان ضمان بدل عن المحل لا جزاء
على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة
وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم صيدا او ابتاعه فالبيع باطل
لان بيعه حينئذ تعرض للصيد الآبين وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج
ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاآن لان
الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى
امنه وهذه صفة شرعية فترى الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت
ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف
كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير الاحرام

واذا اتى الكوفي بستان

بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت
وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي
حنيفة له وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر له
لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض
من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه
وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك
المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بالعوده محرما لانه اظهر حق الميقات
كما اذا احرم به محرما ساكتا وعنده لعوده ملبيا لان الغرامة في الاحرام في دوره
اهله فاذا ترخص بتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية
فكان التلافي لعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة
مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ كطواف فاستلم الحجر
لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط عنه بالاتفاق
وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة
فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء
لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق
باهله والبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله و
وقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد قرن قبل فكذا
وقت الداخل الملتحق به فان احرام الحل وقضا بعرفة لم يكن عليهما شيء
يريد به البستاني والداخل فيه لانهما افرادا ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام
ثم خرج من عامه ذلك الى وقت واحرم بحجة عليه اجزاه من دخوله مكة بغير احرام
وقال زفر له لا يجوز وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما
اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم
هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا
تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف
المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني
ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة فقد تم ما مضى فيها وقضاها لان الاحرام
يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول
زفر لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت
بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجه

هو يعتبر المجاوزة بهذه غير ما في المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق للبقعة بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره في المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان قضاءه الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى اولم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة والى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شئ عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي والله اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله اذا احرم المكي بالعمرة وطاف لها اشواطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احتبالينا وقضاءها وعليه دم لانه لابد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة فاذا احرم ثم بالحج ولم يات بشئ من افعال العمرة لما قلنا وان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بالاجماع لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها وكذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء شئ من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاء ما لا غير وفي رفض الحج قضاء وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم الجمعة بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاول لزمته الاخرى ولا شئ عليه وان لم يحلق في الاول لزمته الاخرى وعليه دم قصرا ولم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه لان الجمع بين ادائي الحج واحرامي العمرة بدعة فاذا حلق وهو ان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه

اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه شئ على ما ذكرنا فهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم بالحج فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذه كطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شئ واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشئ من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج فاذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا وان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غير ما هو مشغول به في هذه الايام بادائه بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما له وعليه دم الجمعة بينهما اتم في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكره في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن المنهي قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله وشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان غاية الحج ان يتحلل باعمال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما بينا في باب الفوائت ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين فحيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين

وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم
بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من
المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان
التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو ولا
المرض ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل
اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو التحلل قبل اوانه لدفع
الحرج الاتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض
اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد
من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم
الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على
ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى
الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل
التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص
عليه الهدي والشاة ادناه ويجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس
المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث
بالقيمة حتى يشتري الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى
انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رح عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عم حلق عام الحديبية
وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما يعرف قربة
مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي واصحابه ليعرف استحكام
عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل
عن احرامين فابعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم
يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم
الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة
والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة انه دم
كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات

الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه
في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج
اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
ولان الحجة تجب قضاء لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت
الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء فالاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك
لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم
احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود
في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى
القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما فلما بينا واما الثانية فلانه حرج
منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه
في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه
ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء
الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان
يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا
ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه
وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان
يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم
على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن
يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة
يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول
زفر انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي
وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي
يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر
في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك
الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف
بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو
ممنوع من الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر فصار كما اذا احصر في
الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج
يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه

ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه وكذا اذا
خاف على ماله لانه ينبغي له ان يضمن المبعوث
على يديه بالذبح لفوات مقصود الحصر ولا
وجه لايجاب الضمان عليه نخ

في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفضيل والله اعلم **باب الفوات** ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فيتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جايزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عايشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر في المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو ادا ها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي فريضة لقوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت ويتاديان بنية غيره كما في قاضي الحج وبهذا مارة النفلية وتاويل ما رواه مقدرة باعمال كالحج اولانثبت الفريضة مع التعارض في الاثار وهي كطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله تعالى اعلم **باب الحج عن الغير** الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة عنهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النايب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود هو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز لمعنى الثاني وهي المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدايم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة

القدرة لان اتاب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك شهد الاحبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال لها حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد يقع ان الحج يقع عن الحاج ولا مر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاحتج لحجة عنهما فهي عن الحاج وبضمن النفقة لان الحج يقع عن الامر حتى لا يحج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له فهو غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما اولهما فبقي على خياره بعد وقوعه سببا للثواب وههنا يفعل بحكم الامر وقد حالف امرهما فيقع عنه وبضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الامر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار محالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه مامور بتعيين والابهام خالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول بين له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا لعينه والابهام يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار محالفا قال فان امره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وبهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الامر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو على الحاج لانه وجب بتحلل فعل الضرر امتدادا الاحرام وبهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الامر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع

ل
غيره ص

على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني من اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل
الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث
لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه
ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الامر وعليه الدم في الحال لما بينا وكذلك سائر
دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما
بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله
بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحج عنه فرجحت الاقل فالكلام
ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند
محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا
بتعيين الموصى اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث
الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله المال
لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصى لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم
الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي
واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود في السفر قد
بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا الثلث
الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد
الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته
مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتبت له حجة
مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل
الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويثنى على ذلك المأمور بالحج قال ومن
ابتدأ بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه
فانما يجعل ثواب حجته له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل اداء وصح
جعل ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما قدمنا قبل

باب الهدى

الهدى ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن
الهدى فقال ادناه شاة قال وهو ثلثة انواع الابل والبقر والغنم
لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى لابد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور
ولان الهدى ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة
سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تتعلق
باراقة الدم كالاضحية فيختصان بمحل واحد والشاة جايزة في كل شيء

شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف
فانه لا يجوز فيهما الا بدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي
التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية
وقد صح ان النبي عليه السلام اكل من لحم هديه وحاز المرفق ويستحب له ان ياكل منها
لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز
الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية
وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي فقال له لا تاكل انت ورفقتك
منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال
رضي الله عنه الاصل ان يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل
وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق
بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل
لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى
فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم
النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في
اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران
فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارة فلا يختص بيوم النحر
لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به في غير تاخير
بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا
في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو
كفارة ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منا
كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم
خلافا للشافعي لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال
ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدى ينبئ عن النقل الى مكان يتقرب باراقة دمه
فيه لا عن التعريف فلا يجب وان عرف بهدى المتعة فحسن لانه يتوقت
بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه نسك فيكون
مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على
ما ذكرنا وسببه الجناية فيليق به الستر قال الافضل في البدن النحر وفي
البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيد في ذيله الجزور وقال
ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وقد يناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح

ان النبي عليه السلام نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا
قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي
انه عم نحر الهدايا قياما واصحابه رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة
اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح
ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما قال والاولى ان يتولى
ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روي ان النبي عم ساق مائة بدنة
في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه
قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان
قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها
وخطامها ولا يعطي اجر الجزار منها لقوله عم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها
ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصا لله تعالى فما ينبغي ان يصرف
شيا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبه لما
روي ان النبي عم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله
انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص
من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة
نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا
من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها
فان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن
ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت
بهذا المحل وقد فات فان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان
الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله
لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بساير املاكه
واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها
وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل منها هو ولا غيره من الاغنياء بذلك
امر رسول الله صلى الله عليه ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها
وفايدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء
ولان الاذن بتأوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك
اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع

نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها
وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كساير املاكه ويقلد
هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره
فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر
اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة
لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليده عندنا لعدم فايدة التقليد
على ما تقدم **مسائل منثورة** اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم
انهم وقفوا يوم النحر اجزأهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا
يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان او مكان فلا يقع عبادة دونهما
وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم
لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى
عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين
فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية
لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان
جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع
هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع
الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف
في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في
اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين
فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه
تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه
ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدأ بالمروة
قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم
البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت
منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا
فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب
والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه
بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج ينتهي بطواف الزيارة
فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر

انه هو المراد ولو ركب اراق دمالانه ادخل فيه نقصا قالوا انما يركب اذا
بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق
عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري
ان يحللها ويجامعها وقال زفر له ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه
فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قايم مقام البايع
وقد كان للبايع ان يحللها فكذا المشتري الا انه يكره ذلك للبايع لما فيه
من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري كحلال النكاح لانه ما كان للبايع
ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان
يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن وطئها
وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقبض
شعر او قلم ظفر ثم بجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلوا
عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله
اعلم بالصواب تم الحج

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول
بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت
للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي و
بالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا
توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وينعقد بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظة النكاح والتزويج لان التمليك
ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم
والضم والازدواج بين الملك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب
لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والبيعة
طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد
بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظة الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك
مضافا الى ما بعد الموت قال لا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين
حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول
او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب
النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك له في اشتراط الاعلان

الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار الحرية فيهما لان العبد لا شهادة
له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية لهما ولا بد
من اعتبار الاسلام في نكاح المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط
وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي ويعرف
في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين
عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة
ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على
نفسه لاسلامه فكذا لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا او كذا
شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما
الفايت ثمرة الاداء بالمنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة للمحرمين وابني
العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان السماع
في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم
ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لورود
على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال
وبهذا شاهدان عليهما بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد
ينعقد بكلامهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج
ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما
جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا الاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا
فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غايبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن
ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضر
شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غايبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الآية والجدات امهات
اذ الام هو الاصل لغة واثبت حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته لما تلونا ولا
ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخيه ولا ببنات اخته
ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية ويدخل فيها
العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الامومة
عامة ولا بام امرأته دخل ببنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم في غير

قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء
كانت في حجره او في غير حجره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط
ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم
الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن
من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم
اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب قال ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان
تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن
ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره
من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة
لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على
نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة
ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما
فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما
لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى
التنفيذ مع التجهيل لعدم الفايدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف
المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف
اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما والاصطلاح لجهالة المستحقة
ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اختها او بنت اخيها لقوله عم
لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا
مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت
احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة
والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع
يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها
من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج
لو قدرتها ذكرا لا يجوز له ان يتزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب
لو صورتها ذكرا جاز التزوج بهذه والشرط ان تصور ذلك من كل جانب
ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح الزنا لا يوجب

لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطئ سبب الجزئية
بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله و
فروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي
الموطوءة والوطئ محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى ومن مسته امرأة
بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه
امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر
ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطئ فيقام مقامه
في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو
الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو
مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين
انه غير مفض الى الوطئ وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته
طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال
الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق باين او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح
بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح
الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع يتأخر عمله ولهذا
بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود
يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرناه
فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع
الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع
وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب اي العفايف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين
من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة
اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابيات
ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان
كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون و
الخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده
وعلى هذا حل ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال

الشافعي لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم
ولا ينكح ولنا ما روي انه عم تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على
الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر
ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض
الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا
وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا
ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة
على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويز
ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة
على ما تقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون
حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها
من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها قال فان تزوج امة على حرة
في عدة من طلاق باين لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لان هذا ليس
بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا
ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع
احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها و
للحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص
على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة واحدة
لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتصفها اسم
النساء كما في الطها ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك
يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا
ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف
الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة
حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير مسئلة نكاح الاخت في عدة
الاخت قال فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع
حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد
وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع
في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما

ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع
في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني وان تزوج حاملا من السبي
فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان تزوج ام ولده وهي حامل منه
فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو
صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي
من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح
لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا
ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها
قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا احب له
ان يطاها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشرى
ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا
ولا وجوبا بخلاف الشرى لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امراة تزني
فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب
له ان يطاها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان
يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رح هو جائز لانه
كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم
وابن عباس صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع ونكاح الموقت باطل
مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح وهو
صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة
والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت
لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امراتين
في عقدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها الاخرى لان المبطل
في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة
وقبول العقدة في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة رح
وعندهما يقسم على مهر مثلها وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امراة
انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن تزوجها
وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا يسعه ان يطاها وهو
قول الشافعي لان القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر

انهم عبيدا او كفارا ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة للتعذر
الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما ميسر
واذا ابتنى القضاء على الحجة ولكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا
للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

باب الاولياء والاكفاء

قال وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضا
وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف في
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا
وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد
لمقاصده والتفويض اليهن تحكم بها الآن محمد يقول برتفع الخلل باجازة
الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة
ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما بطالب
الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفوء
وغير الكفوء لكن للولي الاعتراض في غير الكفوء وعن ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفوء لان كما في واقع لا يدفع
ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على
النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر
النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة
مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد
كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصارت كالغلام وكالتصرف في المال
وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها
قال واذا استاذنها فسكتت او ضحكت فهو اذنها لقوله عليه السلام البكر تستامر في
نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جبلة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار
الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت
لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون
رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وان فعل ذلك غير ولي يعني اذا استامر
او ولي غيره او ولي منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات
الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة
في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه وهو
يعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه فمن

فمن رغبتها عنه ولا يشترط تسمية المهر وهو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو
زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يتلف
ثم في الخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا
لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا ولهذا نظائر ولو استاذن الثيب
فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا
منها وقد قل الحياء بالممارسة ولا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها
بوثبة او جراحة او تغسيل وحيضة فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان
مصيبها اول مصيب لها ومنه البكورة والبكرة ولانها تستحي لعدم الممارسة
ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة له وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها
عاد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها
بكرا فيستحيونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا يتعطل عليها مصالحها بخلاف
ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حث على
به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها
واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت او قال ردت فالقول قولها
وقال زفر له القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار
كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يد
لزوم العقد وملك البضع والمرأة يد فعه فكانت منكرة كالمودع اذا
ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة فان
اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه تؤيد دعواه بالحجة وان
لم يكن له بينة فلا يمين لها عند ابي حنيفة له وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة
اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة وملك له
بخلافنا في غير الاب والشافعي له في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة
ايضا وجه قول مالك له ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة
لانعدام الشهوة الآن ولاية الاب ثبت نصا بخلاف القياس والجد
ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن
المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفوء في كل زمان
فاثبتنا الولاية في حالة الصغر اجازا للكفوء وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم

بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك
التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى
اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من قصور ظهر اثره
في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل
فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع قصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله
في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرناه
الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة
تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا
فيما تقدم قوله عدم الانكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات
في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما
الاب والجد يعني كصغيرة وكبيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كملا الرأي وافر
الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان
زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام
على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف لهما الخيار اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ
ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
عسى والتدارك بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول
الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان
الشفقة في الآخر ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ
ههنا لدفع ضرر خلق وهو تملك الخل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزمام في
حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة
الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء
ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا
وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكتت شرط العلم باصل النكاح
لانها لا يتمكن في التصرف الا به والولي يتفرد به فعذرت ولم يشترط
العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا يتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل
ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او جي منه
ما يعلم انه رضا فكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ في حق البكر

في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الغلام
لانه ثبت باثبات الزوج بل التوهم لخلل فانما يبطل برضا غير ان سكوت
البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق
فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح في الاني
ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها
وهو يملك الطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات
بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت
بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح
ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيستقر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير
ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه
ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا يقبل شهادته عليه ولا نوا
اما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث قال العصبات
كلهم الاقرب ولاية التزويج هذا عند ابي حنيفة معناه عند عدم العصبات
وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة له
وقول ابي يوسف له في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد ولهما ما روينا
ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفوء اليها والى العصبات
الصيانة ولابي حنيفة له ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المحض
بالقرابة الباعثة على الشفقة قال ومن لا ولي لها يعني العصبة فجهة القرابة
اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء
فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب
الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يتزوج وقال زفر رحمه الله
لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا يبطل
بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولاية ولنا
ان هذه ولاية نظرية وليس في النظر تفويض الى من لا ينتفع برأيه فوضا
الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا كان الاقرب ولو زوجها حيث
هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب
عكسه فنزلا منزلة الوليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد قال

85

قال والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا يصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو
اختيار القدوري وقيل الى مدة السفر لانه لانهاية لاقصاه وهو اختيار
بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال تفوت النفقة باستطلاع رأيه وهذا
اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها
فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها
لانه اوفر شفقة فالابن والاب سواء عندهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه
الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كالام مع بعض العصبات
والله المستعان **فصل في الكفاءة** الكفاءة في النكاح معتبرة
قال عليه السلام لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام
المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة
للخسيس فلابد في اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا يغيظه
دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء ان
يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب
لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء
لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب
بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل و
لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا
مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتكريما للهيئة وبنو باهلة
ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له
ابوان في الاسلام فصاعدا فهو في الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه
او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب
بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمئين كما هو مذهبه في التعريف ومن
اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين
الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان
الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الديانة
اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفا
والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بصفة في نسبه وقال محمد رحمه الله لا تعتبر لانه
من امور الآخرة فلا تتناهى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج
في الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان

ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما
او لا يملك احدهما لا يكون كفؤا لان المهر بدل البضع فلابد في ايفائه وبالنفقة قوام
الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل
عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه يجري المسامحة
في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغناء فمعتبرة في
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفاسقة في اليسار لا تكافيها القادر على
المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغناء ويتعيرون بالفقر وقال
ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنايع
وبهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن
ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحايك والدباغ وجه الاعتبار
ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر
ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا
تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى
تكمل لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد
على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وبهذه شهادة
صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما
بعد التسمية ولابي حنيفة ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها
فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يعير به واذا زوج
الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهر مثلها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز
ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير ذلك الاب والجد وبهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز
العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وبهذا
لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيرهما
ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد
تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق
غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز
قال رضي الله عنه وبهذا عند ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوتها
وعند هما ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز **فصل في الوكالة**
في النكاح وغيره ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله

لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهد
جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور أن يكون مملكا و
متملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه
ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع
في الحقوق دون التعبير ولا يرجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى
رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين و
لا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف
فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة
بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي
وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي
كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم
فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في
انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه نفذه وقد يتراخى حكم العقد
عن العقد ومن قال لغيره اشهد واني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت
فهو باطل وان قال آخر اشهد واني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت
جاز الخبر وكذلك اذا كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا
فبلغه فاجاب جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا
من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين
او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين
ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق
على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة
شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين
لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع
واخواه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه
امرأة فزوجه اثنتين في عقد لم تلزمه واحدة منهما لانه لا داعية له الى تنفيذ نكاح
للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز
عند ابي حنيفة له رجوع الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد

ولا يجوز الا ان يزوجه كفوءا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج
بالاكفاء قلت العرف مشترك او هو عرف على خلاف مقيدا وذكرنا في الوكالة ان
اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج
فكانت الاستعانة في التزوج بالكفوء

باب المهر

قال ويصح النكاح وان
لم يسم فيه المهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر
واجب شرعا بانه لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها
بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك له واقل المهر عشرة دراهم
وقال الشافعي له ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير بها
قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا لاظهار الشرف المحل فيقدر
بما له خطر وهو العشرة عندنا وقال زفر له مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كالعدم
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فلا يرجع
الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية
لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض نكرامة ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو
طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند الثلاثة وعنده يجب المتعة كما اذا لم يسم
شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان
بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهاية
والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول
والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية
والآية متعارضة ففيها تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره
وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل
الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات
عنها زوجها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في
الدخول له ان المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه ابتداء كما يتمكن من اسقاطه
انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة
البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية وهذه المتعة واجبة رجوعا
الى الامر وفيه خلاف مالك له والمتعة ثلثة اثواب فرسكسوة مثلها
وهو درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس

رضي الله عنهم وقوله فكسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي
في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هو لا يزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص
عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا
ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول
بها فلها المتعة وعلى قول الشافعي لها لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان
هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا
ما نزل منزلته والمراد بما علا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف
وان زاد ثانيا في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر له وسنذكره
في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله واذا صحت الزيادة يشترط بالطلاق
قبل الدخول على قول ابي يوسف ولا تتنصف مع الاصل لان التنصف عندهما
يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر
وان خطت عنه في مهرها صح الخط لان المهر بقاء حقها والخط يلاقيه حالة
البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس بينهما مانع من الوطء ثم طلقها فلها
كمال مهرها وقال الشافعي لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى
بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع
وذلك في وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما
مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا
فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع
اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن نوع تكسر
وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة
والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا
وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر
في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع
في رواية لانه لا كفارة فيه وكصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها
كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم اوبر على سلامة الآلة
ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق التمتع وقد فاتت به
قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا لاحتمال التوهم الشغل والعدة

قول ابي يوسف الاول نصف وهو الفرض وهو صح

والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال
لا يحتاط في ايجابه وذكر العدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة
لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة
قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل
الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها
وجب صلة من الزوج لانه آحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف
المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان
المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل وجب المتعة والعقد
يوجب العوض فكان خلفا وكل خلف لا يجامع الاصل لانه بدل منه فلا تجب مع وجوب
شئ من المهر وهو غير جاني في الايجاب فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا
زوج الرجل بنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين
عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي يبطل العقدان لانه
لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب
فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما
اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر
امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها
قيمة خدمته وان تزوج عبد حر باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته
وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض
عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها
على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء
بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز
استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر
آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه بمعنى
حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور
الزوجة فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد يجب قيمة
الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كما لو تزوج
على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان
الخدمة بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير ولهذا لان

تقوّمه بالعقد لضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقوّمه فيسقط الحكم للاصل
وهو مهر المثل فان تزوجها على الف قبضتها وهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه
لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر
مكيلا او موزونا او شيأ آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف
حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء
وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر له لانه سلم
المهر له بالابراء فلا تبراء عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل
اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر
ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة
ثم وهبت الالف كلها المقبوض من غيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها
لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع بنصف
ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة
فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعند
يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض
فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس
وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر
على ما قرر به وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا
وبخلاف ما اذا باعت فمر زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان
او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان
الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها
على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها فان الوفى وفى بالشرط
فلها المسمى لانها صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها
فلها مهر مثلها لانه سمى مالها فيه نفع فعند فواته يتعدم رضاها بالالف
فتكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف
ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقامها فلها الالف وان اخرجها فلها

فلها مهر مثلها لا يزاد على الفين بها ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف
ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر لها الشرطان جميعا فاسدان
ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات
في قوله ان خطتك اليوم فلك درهم وان خطتك غدا فلك نصف درهم وسنبينها
فيما ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها
اقل من اكسبهما فلها الاكسبن وان كان اكثر فلها ارفعهما فلها الارفع وان
كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاكسبن في ذلك كله
وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاكسبن في ذلك كله بالاجماع لهما
ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاكسبن اذ الاقل
متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل
اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فات المكان الجهالة بخلاف
الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان
اكثر في الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص فالاكسبن فالزوج
رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثل المتعة ونصف
الاكسبن يزيد عليها في العادة فوجب الاعتداد بالزيادة وان تزوجها
على حيوان غير موصوف صح التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان
شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة
ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما
اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال
الشافعي لا يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع
لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير
مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفيد الجهالة كالهبة والاقرار ويستثنى
ان يكون المسمى مالا وشرطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه
يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة
لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان بناءه على المضايقة والمماكسة
اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة
فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها
على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يرد عليه ووجهه

89

ان هذه جهالة الجنس اذا لتباين اجناسه ولو سمى جنسا بان قال هروى يصح التسمية
ويخير الزوج لما بيّنا وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها لا تبلغ
فى ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته
وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها ينبئ عن الذمة نبوتا صحيحا
فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط
شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشرط
الفاسد لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال فى حق المسلم فوجب مهر المثل
فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابى حنيفة
رح وقالا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب
مهر المثل عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجب القيمة لابى يوسف
انه اطمها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال
كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعا على الاشارة
والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ فى المقصود وهو التعريف فكأنه
تزوج على خمر او خنزير ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه
يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف
يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه
وليس بتابع له والتسمية ابلغ فى التعريف من حيث انها تعرف الماهية
والاشارة تعرف الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت
فاذا هو زجاج لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس ولو اشترى انه ياقوت احمر
فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفى مسئلتنا العبد مع الحر جنس
واحد لقلة التفاوت فى المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت
فى المقاصد فان تزوجها على عبدين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها
الا العبد الباقى فى اذا ساوى عشرة دراهم عند ابى حنيفة رح لانه سمى وجب المسمى
وان قل بمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر عبد لانه اطمها
سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته
وقال محمد رح وهو رواية عن ابى حنيفة لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها
ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل
عنده واذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح الفاسد قبل الدخول بها
فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع

وهو قوله لان الا بالتسمية
ساقطة

منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطئ
فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر له هو يعتبره بالبيع
الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل
لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى
لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم فى نفسه فيتقدر بدله بقيمته و
عليها العدة لها فالشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب
ويعتبر ابتداؤها فى وقت التفريق لانه آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار
شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولده لان النسب يحتاط
فى اثباته احياء للولد فيترتب على اثبات من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت
الدخول عند محمد رح وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداعى اليه والاقامة
باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود
لها مهر مثل نسائها وبنات اقاربها لاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة
الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا فى
قبيلتها لما بيّنا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت عمته فحينئذ يعتبر بمهرها
لما انها من قوم ابيها ويعتبر فى مهر المثل ان تتساوى المرأتان فى السن والجمال و
المال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف
وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوى ايضا فى البكارة
لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه لانه من اهل
الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار فى مطالبة ايهما زوجها
او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولى اذا ادى على الزوج ان كان
بامره كما هو الرسم فى الكفالة وكذا يصح بهذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة
بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولى سفير ومعبر فى
النكاح وفى البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح
ابراؤه عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح
الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار
انه عاقد الا يرى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال
وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها الى السفر بها
ليتعين حقها فى البدل كما تعين حق الزوج فى المبدل وصار كالبيع وليس
للزوج ان يمنعها فى السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله

فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة تدعي الالفين
فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الالفين او اكثر فالقول قولها وايتهما
اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة
وفي الوجه الثاني تقبل بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا
تحالفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الزاري وقال الكرخي تتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر
المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عند كما
وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف في المقدار بعد موت احدهما
فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان
الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثنى
القليل وعن محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح
القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما عن بينة من بعد ان اشتهى
واوصاب الزوج او قضى لها مهرا فلورثتهما ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج
وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شئ لورثتهما عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتهما المهر في الوجهين جميعا
معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد
بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انهما ماتا قالا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه
قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ٩٠
ان موتهما يدل على انقراض قرانهما فيهم من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امراته شيئا
فصالت بدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله هو الممالك فكان اعرف بجهة التمليك
كيف وان الظاهر انه سعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي لو كل فان القول قولها
والمراد منه ما يكون مهيا للاكل لانه يتعارف هدية فاما الخطة والشعير فالقول قوله لما بينا
وقيل يجب عليه في الحمار والدرع وغيره ليس لان تسمية المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جايز فدخل بها او طلقها
قبل الدخول بها او مات عنها فلها مهر مثلها هذا عند ابي حنيفة رح وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها
قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا لان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا
بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام
وولاية الالزام منقطعة لتباين بين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع
الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا
يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالتيف

اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء
ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان يمنع نفسها لاستفاطها حقها بالتاجيل كما
في البيع وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس
لها ان يمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة
او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة
بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لها ان المعقود عليه كله قد صار سلما
اليه بالوطية الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلهم ان لها حق الحبس
كالبايع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تقرف
في البضع المحترم فلا تخلى عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة لجهالة ما وراءها
فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار
المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى
يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث
سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يوذى وفي قرى المصر القريبة
لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المراة
الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها
فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشئ قليل ومعناه ما لا يتعارف
مهرا لها وهو صحيح لابي يوسف له ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكر فالقول
قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشئ يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع
البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شئ من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول
في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر وظاهر شاهد من يشهد له مهر المثل
لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا
اختلفا في مقدار الاجر تحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول
القول قوله في نصف المهر وهذا رواية جامع صغير والاصل وذكر في الجامع الكبير
انه تحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل
قبله تحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة
لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في
العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع
الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولها فيما اذا

الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو البين بحال العبد المرد او هو الذي
فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان طلاق الرجعي لا يكون
الا في النكاح الصحيح فيتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج بهذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا
او دخل بها فانه يباح في المهر عند ابي حنيفة له وقالا لا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن
بالنكاح يتناول الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز فلا
فلا يكون ظهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف
والتحصين وذلك بالجائز ولهذا الوصف لا يتزوج بنصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض
المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات ولان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض
المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء وسلمة
اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبده او امة او باعه امة جاز والمرأة اسوة للغرماء في
مهرها ومعناه اذا كان النكاح مهر المثل ووجه ذلك ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما ذكرنا
النكاح لا يبقى في حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب المهر بسبب لازم وهو
دين لاستهلاك وصار كالمبيع المدبر اذا تزوج امرأة فمهرها اسوة للغرماء ومن زوج
امته فليس لسيدها ان يطأها بيتا ثم يبيعها من غيره ذلك لان المولى في حق الوطء كالمستأجر
حق المولى في الاستخدام بالتبوئة ابطال له فان لو وطأها معه بيتا لها النفقة ولكنه والا فلا لان
النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا لهذا ان يستخدمها له ذلك لان الحق بان لبقاء
الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته
ولم يذكر رضاهما وهنا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في
العبد وهو رواية عن ابي حنيفة له لان النكاح من حقائق الادمية والعبد داخل تحت
ملك المولى فمن حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه ملك منافع بضعها فيملك
تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك دنيا ونقصان
فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما
من زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة له وقالا عليه
لمولاه اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتولة ماتت بآجله فصار كما اذا قتلها حتى
وله انه منع المبدل قبل التسليم فجازى بمنع البدل كما ارتدت الحرة والقتل في حق
احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة
نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبر بالردة ويقتل المولى
امته والجامع ما بينا ولنا ان جناية المرأة على نفسها غير معتبرة في حق احكام الدنيا
فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى لانه يعتبر في حق الدنيا حتى يجب الكفارة

وبالحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا
كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والتبوا استثنى عن عقودهم لقوله عم الا من اعطى
فليس بيننا وبينهم عهد وقولنا في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في المسئلة
والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف قال فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير
ثم اسلما او اسلم احدهما قبلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض
وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة والخنزير مهر المثل وبه اخذ ابو حنيفة وقال ابو يوسف
لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك
في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا باعيانهما
واذا انتفت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف له يقول لو كانا مسلمين وقت العقد
يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد له يقول لما صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه
امتنع التسليم للاسلام فصحت القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض وابو حنيفة له ان الملك
في الصداق للمعين تم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه بالقبض متقلبا فصار كالزوج
الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كالسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب
ملك فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض وفي غير
المعين لا يجب القيمة في الخمر لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا
كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخمر
دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب
القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال
مالك له يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عم ايما عبد تزوج
بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما اذا النكاح عيب فيهما فلا يملكانه
بغير اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر وحق الكسب فقط
في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته
لانه باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لانها تملك تزويج نفسها بدون المولى وتملك
تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما تام واذا زوج
العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبته العبد لوجود
سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة
عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعى في المهر ولا يباعان
فيه لانهما لا يحتملان النقل الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي في كسبهما لانه بقدرهما واذا
تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل

اذا قبض القيمة

عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى ثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها
فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه
ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت
الحرة وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا
لقوله عليه الصلوة والسلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل
بملك البضع صدره مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان الزوج حرا
وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات
فتملك رفع اصل النكاح دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت وقال زفر رح لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان
المهر لها ولا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة
ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان
تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع
النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك
كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها
مائة وقد دخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى
وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الف المسمى
لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجوب المسمى
ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يجب
الا مهر واحد ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه وهو المسلمة
ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه عند الحاجة الى البقاء فله تملك
جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا تملك
الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة
الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج فلا بد من تقديمه فتبين
ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان
الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان زوجها
اياه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا
خلافا للشافعي رح لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان
يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يليق معها ملك الاب لو كان فدل ذلك

ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت
ملك اليمين فلا تصير ام ولد ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح
وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه وان كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني
بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد واصله ان يقع العتق عن الآمر عندنا حتى
يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان
يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق
عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق
عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله
اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح لتنافي بين
الملكين ولو قالت اعتقه عني لم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رح هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض
كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن
اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة القصر ينوب
عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج
الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح
النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد
في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني قال زفر رح له ان الخطابات عامة على ما مر به من قبل فيلزمهم
وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقديرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما
ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا
بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه
الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده
واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة
لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما
لان نكاح المحارم له البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق
وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها
لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق
ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يتزوج
المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح
يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل

وخدمته الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل المصالح
فان كان احد الزوجين مسلما فاولاده على دينه وكذلك ان اسلم احد ابويه وولده صغير صار
ولده مسلما بالاتفاق لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فاولاده
كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر وان في تبعيته له بجانفا فيه للتعارض فنحن بنينا
الترجيح فاذا اسلمت المرأة زوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق
بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج ولم تكن مجوسية عرض
عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما وان لم يكن لهما فرقة بينهما
طلاقا وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا في الوجهين لانا لم نعرض فيهما وقال ابو حنيفة لا يعرض
الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح
قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث
حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتنى عليه الفرقة و
الاسلام طارئ ولا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او ينبت الفرقة
بالاباء وجه قول ابي يوسف ان سبب الفرقة يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب
الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي
منابه في التسريح كما في العنة والعنة انما المرأة فلبست باجل الطلاق فلا يثبت منها
عند اباءها ثم اذا فرق القاضي باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالخلوة وان لم يكن
دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا
اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر واسلم الحربي وتحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها
حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام
متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام
السبب كما في خفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي له يفصل كما
قاله في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت
ذمية كالمسلمة فكذلك عند ابي حنيفة له خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم
زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد
الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي له لا تقع
ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي
وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له
ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يوثر في الفرقة كالحرية والمسلم المتأخر اما السبي فيقتضي الصفة الملكية ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح و

ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فاقيم
المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء وكذلك بقاء وصار كالشري
ثم هذا يقتضي الصفة في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم يتباين الدار حكما لقصده
الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة له وقالا
عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولا يحيضة له
انها اثر النكاح المتقدم وجب اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة
على السبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة له انه يصح النكاح ولا يقربها
زوجها حتى تضع كما في الحبل من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاظهر للفراش في حق
نظره في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير
طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له ان كانت الردة من الزوج فهي
فرقة بطلاق هو تعبيره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف قرعلى ما اصلنا له في الاباء ولابي حنيفة
فرق وجه الفرق ان الردة منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقا للتنافي
كونها منافية بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف ويجب التسريح على مر وهذا
يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا توقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر
ان دخل بها ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان
لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا جميعا ثم اسلما معا فهما
على نكاحهما استحسانا وقال زفر له يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما
ولنا ما روي ان ناسا من بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد
الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فله
النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه منافٍ كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما
بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي عليه الصلوة والسلام من كانت له امرأتان ومال الى احداهما في
القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل رواه عن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه الصلوة والسلام
كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما
لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما رويناه والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما
رويناه ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار
الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية المستحقة في البيتوتة
لا في المجامعة لانها تبتنى على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة ليلتان
من القسم وللامة ليلة بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من

ولا يكون الزوج مسلما والمرأة مشركة ولا زوجة كتابية تحت كافر ولا مجوسية تحت كتابي ولا مسلمة تحت كافر ولا رقيق تحت حر ولا مكاتبة تحت رقيق ولا زوجة لمن فيه بقية رق ولا لمن بعضه حر وبعضه رقيق ولا لمن لا يملك النكاح والطلاق والعتاق والرجعة والايلاء واللعان والظهار والتحليل والقسم والنشوز والخلع والتفويض والتوكيل والنكاح الفاسد والعدة والاستبراء والنفقة والولد والرضاع والحضانة والجناية والجهاد والغنيمة والاسر والاحراز والاسترقاق والاستيلاء والكفر والاسلام والدار والتباين والسبي والاباء والاختيار والهجرة والعتق والولاء والاستيلاد والتدبير والكتابة والجنايات والدعوى والبينات والشهادات والحدود والاقرار والحجر والاذون والمضاربة والشركة والوكالة والصلح والهبة والعارية والوديعة واللقطة والمفقود والغصب والشفعة والقسمة والاضحية والذبائح والصيد والرهن والكفالة والحوالة والصرف والسلم والشرب والقضاء والشهادات والدعوى والمواريث والوصايا والفرائض والولاء والمداينات والحجر والاكراه والحيل والمرتد والبغاة واللقيط والآبق والمفقود والخنثى والمناسخات والشركة والوكالة والصلح والهبة والعارية والوديعة واللقطة والمفقود والغصب والشفعة والقسمة والاضحية والذبائح والصيد والرهن والكفالة والحوالة والصرف والسلم والشرب والقضاء والشهادات والدعوى والمواريث والوصايا والفرائض والولاء والمداينات والحجر والاكراه والحيل والمرتد والبغاة واللقيط والآبق والمفقود والخنثى والمناسخات

اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم
قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر يسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر
بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عم كان اذا اراد سفرا اقرع
بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطيب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق
للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن وكذا له ان يسافر بواحدة
منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها
جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه الصلوة والسلام ان يراجعها
وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط

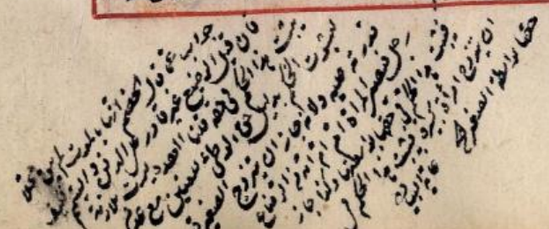
كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع
تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلوة والسلام لا تحرم المصة والمصتان
ولا الاملاجة والاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة
بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود
بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا
عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول
حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد
الحولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها
كالاجل المضروب للمدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء
ليتقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل
لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على
مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيدة بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق
بالرضاع تحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوز وذلك
في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه
ووجهه انقطاع النشوز بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح
لان الاباحة ضرورة لكونه جزء الآدمي وقال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لحديث
الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته
من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزويج اخت ابنه من
الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه فلم يوجد هذا المعنى في الرضاع

الاملاجة بين

ع

الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب
لما روينا وذكر الاختلاف في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه وقال ولبن الفحل يتعلق به
التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير
زوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يتعلق به التحريم لان الحرمة
لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة من النسب من الجانبين فكذا بالرضاع و
قال عليه الصلوة والسلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب
لنزول اللبن منها فيضاف اليه من موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه
من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت
من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى
هذا هو الاصل لان امهما واحدة فيهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه
اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع
قال واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق
به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر
بمقابلة الغالب كما في اليمين واذا اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى
لو طبخ لا يتعلق بها التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله
ولابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا يعتبر بتقاطر
اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط بالدواء
واللبن غالب تعلق التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول وان اختلط
بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب
كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق به التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا
واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس
لا يغلب بغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح
في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به
التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوز فيثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن
المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في
ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا
لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في
اللبن بمعنى الانشاز والانبات وهو قائم في اللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة



دفعًا وتيمما اما الحرمة في الوطي لكونه ملاقيًا المحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي بالتين لم يتعلق به التحريم ومن محمد له انه ثبت بالحرمة كما يثبت به بالصوم ووجد الفرق على القاطعين المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء المحرم في الرضاع بمعنى النشوز ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصله من الاعلى واذا نزل من رجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوز والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبي من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا حرمة بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة صارتا معا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة حالت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لاجل جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعهد لها ذلك وان لم تعهد فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد له انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على الشرف مسقوط وبعد نصف المهر وذلك بحر مجرد الاتلاف لكنها مستبيحة فيه اما لان الارضاع ليس باتلاف للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاقنا الى اولان اتلاف النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح وان كانت مستبيحة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما يكون متعديا اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الاتلاف اما اذا لم تعلم بالنكاح لكنها قصدت دفع الجوع والمصالح في الصغيرة دون الاتلاف لا يكون متعديا لانها مأمورة بذلك فلو علمت بالنكاح ولم يعلم بالاتلاف لا يكون متعديا ايضا وبهذا اعتبار الجهل لدفع قصد الاتلاف لا لرفع الحكم ولا يثبت في الارضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك له يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت مرضعة بعد له لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كما اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبح بمجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة اكله لا تنفك عن زوال الملك فاعتبرا امرا دينيا

كتاب الطلاق

قال رضي الله عنه الطلاق على السنة او جه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين كانوا يستحبون ان لا يزيد في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم فان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق امدخولا بها ثلاثا في ثلاثة اطهار وقال مالك له

له انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان هذه السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع وان زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر يقل الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الحيض والطهر سواء لان الزفر له هو تقسيمها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لان القلق بالحيض لما لم يعقل مقصودة منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر قال واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللاتي لم يحضن والآية في حق الحيض حاصة مني بقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسط فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عنده خلافا له وعند ما يكمل الاول بالاخرى والمتوسط بالاهلة وهي مسألة الاجارات قال ولا يجوز ان يطلقها ولا يفصل بين طلاقها بزمان وقال زفر له يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان الجمع تقل الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره ولان عند ذلك تشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تقترن الوجه الذي ذكره تتمكن وجه آخر

لانه يرغب في وطي غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان بدعته وصار كزمان الحبل وطلاق
الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير
معلق او فيها لمكان ولده فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين
بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة
لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من
فصولها فصار كالممتدة طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة و
الصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد
طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل واذا طلق الرجل امرأته في حالة
الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها
لقوله عليه الصلوة والسلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا
يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انها واجبة عملا بحقيقة
الامر ودفعا للمعصية بالقدر الممكن بدفع اثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال
فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت ان شاء طلقها وان شاء امسكها قال
رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رح انه يطلقها في الطهر الذي
يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي رح ما ذكره قول ابي حنيفة رح وما ذكر في
الاصول قولهما وجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين
بحيضة والفصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل وجه
القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض
فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض
وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له وفي طالق عند كل طهر
تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع
الثلاث للساعة او عند رأس كل شهر تطليقة واحدة فهو على ما نوى سواء كانت
في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رح لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد للسنة
ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق
كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة
واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في ذوات
الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف
ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجماعة فيه لان نية
الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فتفيد تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع

الجمع بطل تعميم الوقت فلا يصح نية الثلاث **فصل** ويقع طلاق كل
زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه
الصلوة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل
المميز وهما عديم العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا
للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي
بخلاف الهازل لانه يختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق
في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا
لانه عرف الشرين فاختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير
راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي
والطحاوي رحمهما الله انه لا يقع وهذا احد قولي الشافعي رحمه الله لانه صحة القصد
بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب
هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع
يقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت
معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وسيأتيك وجوهه في آخر
الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا
وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله
عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه الصلوة والسلام الطلاق بالرجال
والعدة بالنساء ولان الصفة الماكية كرامة الآدمية مستدعية لها ومعنى
الآدمية في الحر اكمل فكانت الماكية ابلغ واكثر ولنا قوله عليه الصلوة والسلام
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حلب المحلية نعمة في حقها وللرق
اثر في تنصيف النعم الا ان العدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما
روي ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وقع طلاقه ولا يقع
طلاق امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون اسقاطه اليه دون المولى

مولاه على

باب ايقاع الطلاق الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت
طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ
تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة
بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة
لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق
عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى

لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيدة بالعدد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه بدن فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل في التخييص ولو قال انت طالق مطلقة بتسكين الطاء لايكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال ولايقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطلاق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم وهذا يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وثلاث طوالق فلايحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر للطلاق وهو صفة للمرأة لا للطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيت جزيلا اي اعطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او اثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث وقوع الطلاق بالتفظة ان نية وان لغة ظاهر لانه لو ذكر اللغت وحده يقع بها الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه بالتفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فاذا صحت نية الثلاث صحت بعضها ضرورة ونحن نقول الثلاث انما صحت بكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنس لان الثنتين في حق الحرة عدد والفقط لايحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في لفظ الوجدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكأنه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعتبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان الناضير المرأة

المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او رأسك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن لان الجملة والبدن ظاهر وكذا غيره مما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه الصلوة والسلام لعن الله الفروج على السروج وقال فلان رأس القوم وباوجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه وفي هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شايعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الجزء الشايع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لايتجزى في حق الطلاق فينبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع الطلاق وكذا الخلاف في كل جزء معين لايعبر به عن البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وهذا حاله محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فينبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كالجزء الشايع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على العكس ولنا انه اذا اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضاف الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد والقيد في اليد وكذا لايصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشايع لانه محل للنكاح عندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه يصح لانه لايعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لايتجزى وذكر بعض المشايخ كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سميناه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف تطليقتين تطليقة واحدة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها تطليقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان الكل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلاثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وقال من واحدة الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاول هي ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر رحمه الله في الاولى لايقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لايدخل

تحت المضروب له الغاية كما لو قال لبعت منك من هذا الحايط الى هذا الحايط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في الوزن يراد به الكل كما
يقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر
من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سعى من سبعين الى سبعين وما بين
ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه واراده الكل فيما طريقه طريق الاباحة
كما ذكروا الاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى ابتداء ان يكون موجودة
ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه
موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة بين ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه لكنه
خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب
والحساب اولم يكن نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لان
الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله ولنا ان عمل الضرب في
تكثير الاجزاء لافي زيادة المضروب وتكثر اجزأ التطليقة لا يوجب تعدد ما
فان لو نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو يجمع والظرف
يجمع الى المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة
وثنتين وان لو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان كلمة في تاتي بمعنى
مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة
لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال انت بين في اثنتين ونوى
الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلاث لان قضيته ان
يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على ثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول
على ما بيناه ولو قال انت طالق ههنا الى الشام فهي واحدة بملك الرجعة
وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول وقلنا لا بد من وصفه
بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او
في مكة فهي طالق في الحال في اكثر البلاد وكذلك قوله انت طالق في
الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا
اتيت بمكة يصدق ديانة لاقضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف
الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى دخل مكة لانه
صفة بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربته بين الشرط
والظرف محمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق

بالطلاق في جميع الغد وذلك يوقعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر
النهار صدق ديانة لاقضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمل
مخالف للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم لغت هذه
الوقتين الذي لفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه
لما قال اليوم كان تنجيزا والتنجيز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف
لا ينجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت
طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة
وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
بمنزلة قوله غدا على ما بيناه وهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا
لان حذف في وانابة سوف لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى
حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا يقتضي الاستيعاب فتعين
الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين
القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب
حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال
والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا
الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم
لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لما لكنية الطلاق
فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا
عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها
اول امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية فلا يمكن تصحيحه
اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع
الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع
شيء لانه اسند الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا
صبي او نايم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق
ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك و
سكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان حال عن التطليق
وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانها من ظروف
الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت
طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى تموت لان العدم لا يتحقق الا بالموت

عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته
هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم
تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان
كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا يكون كريهة
ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتما ولهذا لو قال
لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى
شئت ولابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما
اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم
تطلق في الحال وان اراد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى
اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف
فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر
العمر لان اللفظ يحتملها ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي
طالق بهذه التطليقة معناها قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع
المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد
زمان لم تطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ
منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان البر هو
المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى اصله من حلف لا يسكن هذه
الدار فاشتغل بالنقل من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى
ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت
لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم
والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق
الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن
بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض
النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار
يتناول البياض خاصة هو اللغة **فصل** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال
انا منك باين او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى
لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق
وضع لازالتها فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج
الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان

ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا
سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف
التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتها اليهما ولا يصح اضافة
الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه
كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا
وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول
محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء
ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان
له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك
في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر
العدد الا يرى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلثا ولو كان
الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت
المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع
ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت
طالق مع موتي او مع تك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية
له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك
امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة
لمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما قيام ملكه
اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع ملك اليمين فيبقى ولو اشتراها
ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من
وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة
وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى
حل وطيها له واذا قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك
اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق
لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به
والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا
عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي

حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقي شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر
للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا الآية فيحمل عليه بدليل ذكرنا في معنى
الشرط وان قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت
حرة فجاء غد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يملك زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن
الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد
المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصالة عنه
مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار
كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به
المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة
غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد
العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى قال لان
العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته
فيقترنان **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ومن قال لامرأته انت طالق
بكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد
العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا
وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي
ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهور كفيه المضمومة
منها واذا كان يقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق
ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة
في الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل بكذا يقع واحدة لانه
لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق
بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة
وقال الشافعي له يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة
فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان
لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا يرى ان البينونة قبل الدخول
وبعد العدة تخص به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة
ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث
فثلث لما مر فيما قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى

اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا
اذا قال انت طالق فيما خلق الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار انه
وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال احبث الطلاق او اشواه
او اقبحه وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فتكون
البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة
انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون في حيث الايقاع في حالة الحيض
فلا بد من النية وعن محمد فيه انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون
رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة
بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك
باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله
يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها في توحيده ولو قال لها انت
طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي
ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البين لانه لا يحتمل الانتقاض وفي
الارتفاض احتمال الرجعي فيحتمله وانما يصح نية الثلث لذكر المصدر واما الثاني
فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة وفي العدد اخرى يقال هو الف
ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدانهما يثبت اقلهما وعن محمد فيه
انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا
فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشئ قد يملأ
البيت لعظمه في نفسه وقد يملأ وهو كثرته فاتى ذلك لنوى صحت نيته وعند
انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة فيه انه متى شبه الطلاق بشئ
يقع بائنا اي شئ كان المشبه به ذكر العظم اولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي
زيادة وصف وعند ابي يوسف فيه ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شئ
كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم للزيا
دة
لا محالة وعند زفر فيه ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع
بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة فيه وقيل مع ابي يوسف وبيانه
في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال
انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن
تداركه يشتد عليه وهو البين وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول
وعرض وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو

ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن **فصل في الطلاق قبل الدخول** واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم يقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد يقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فيصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فمانت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل ذكره اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه بخلاف ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها او احدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف فيها الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاني زيد قبل عمرو وان لم يقرنها بها الكناية كان صفة للمذكور ثانيا كقوله جاني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتقعان بها فلا يقع اثنتان والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لانها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة وقعت ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ايضا ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله معها انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لامحالة وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا يقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة واحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت

طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلق جملة كما اذا تعقب على الثلاث او اخر الشرط ولابي حنيفة رح ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا اخر بهذه اللفظة فلا يقع الزايد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب الثاني وهو الكناية فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد في التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها يحتمل الاعتداد عن النكاح ويحتمل اعتدادا بنعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء لتطلقها واما الثالثة فلانها يحتمل ان يكون نعتا للمصدر المحذوف بمعناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان يكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى واحدة ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة بنية الثلث ولا معتبر باعداد الواحدة **قال** وبقية الكنايات اذا نوى بها طلاقا كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ودينك لاهلك سرحتك وفارقتك وامرك بيدك وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية **قال** الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينوي **قال** رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي

امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤاله كطلاق ويصدق
فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا
المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه في حالة الغضب ليصدق في جميع ذلك
لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي
واختاري واحرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة
الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك وحلت
سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب
ثم وقوع البين بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان
الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد
والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا انه تصرف لابانة صدر في اهله مضافا
الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة
ماسة الى اثباتها كيلا يسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة
من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين
احد نوعي البينونة الى غلظه وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا يصح
فيه نية ثنتين عندنا خلافا لزفر له لانه عدد قد بيناه من قبل ولو قال لها انت
وقال نويت بالاولى طلاقا وبالثانية يمينا في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه
ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له
وان قال لم أنو بالثاني شيئا فهي ثلاثة لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال
حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي
النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث يقع ثنتان لانه ظاهر يكذبه و
بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين حيث لا يقع الا
واحدة لان الحال عند الاولين لم يكن حالة مذاكرة الطلاق وفي كل موضع
يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما
في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق فصل

في الاختيار اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي
نفسك فلها ان يطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت
منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع
الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس

المجلس تارة يسدل بالذات عنه مرة اخرى بالاشتغال بعمل آخر فاذا مجلس
الكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام
لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق
من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل
تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري
كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهاشئ وان نوى الزوج
الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره
الا استحسنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه سبيل فان يستديم نكاحها
او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن
لان اختيارها نفسها يثبت اختصاصها بها وذلك في البائن
ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف
الابانة لان البينونة تتنوع ولا بد في ذكر النفس في كلامه او كلامها
حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف
بالاجماع وهو في المفسرة في احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا
للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت
يقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيقتضي اعادته
وكذا لو قال اختاري اختارة فقالت قد اخترت لان الهاء في
الاختيار تبنئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد
مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا في جانبه ولو قال اختاري فقالت
اخترت نفسي يقع طلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر ومالواه
الزوج في محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق
والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد ويحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك
فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عايشة رضي الله عنها فانها قالت
لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة
في الحال ويجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق
نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها
انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيار ما نفسها ولو قال لها
اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا
في قول ابي حنيفة له ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وان لا يكتفيا

الافراد صح

الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر
الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث فيعتبر فيما يفيد
وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان و
الكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغى في حق الاصل لغى في حق البناء ولو
قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها
ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلاث فمع التاكيد اولى ولو قالت
طلقت نفسي واخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ
يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة يملك
الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة **فصل**
في الامر باليد وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة
فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة
الاختيارة فصار كانها قال اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث
ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان
الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى والاختيارة وفي الثانية التطليقة
الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها
خرج جوابا له فيصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما يصح
نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث
نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال
لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها
بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت
من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين
فيرد احدهما لا يرد الآخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد
غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول وجعل الثاني
امرا مبتدا ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت
الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لا يتخلل بين الوقتين
المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد تهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع
فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رح انها اذا ردت الامر في اليوم
لها ان تختار نفسها غدا لانها لا يملك رد الامر كما لا يملك رد الايقاع وجه الظاهر
انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكما اذا اختارت زوجها

وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة صح

من جنسهما صح

زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف انه اذا قال
امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم
وان قال امرك بيدك يوم القيمة فلان ولم يعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها
لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل
فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم
فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من
يتصرف براي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم
ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها
لان هذا تمليك فيه معنى التطليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق
لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها
فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر
من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما
لم تقم ولم تاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان تاخذ ما يقطع
او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تاخذ في عمل
آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست
فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة
فاتكأت او متكأة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا
كما اذا كانت محتبية فتربعت **قال** رضي الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره
انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر
فكان اعراضا والاول هو الصحيح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان
عن ابي يوسف ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها
لان الاستشارة لتحري الصواب للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض وان كانت
تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان
سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير
مضاف الى راكبها الا يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر
فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة
فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد
اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق
وهو اسم جنس فيقع على الاولى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا

فعل التطليق صح

تعمل فيه نية الثلاث ويصرف الى الواحدة عند عدمها ويكون الواحدة رجعية لان
المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت
المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت بنت
نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم يطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق
الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت
ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو
تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزايد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة
بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى
انه لو قال لامرأته اخترت نفسي فقال الزوج اجرت لا يقع شئ الا انه اعم فيقع طلاقا
بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي بس تخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع
بقولها ابنت شئ لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال
لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق كطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا
قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس وتقبل الرجوع وان قال لها
طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة
في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال الرجل طلقي امرأتي
فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم و
لا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عامة لنفسها فكان تمليكا
لا توكيلا ولو قال الرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج
ان يرجع وقال زفر في هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف
عن مشيته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه
علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق
بخلاف البيع لانه لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثنتين فطلقت واحدة فهي واحدة
لانها ملكت ايقاع الثلاث فيملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ عند ابي حنيفة له وقالا يقع واحدة
لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة له انها
اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدية لا مجيبة وهذا لان الزوج ملكها واحدة
والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانا
بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة

في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث اما هنا فلم يملك الثلاث وما اتت بما فوض اليها
فلغى وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية
وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة
فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف
لما ذكرنا فيلغو الوصف وبقي الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة
بائنة فعمل طلقت نفسي واحدة رجعية فيقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها
لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في جنبها بعد ذلك لغا ايقاع الاصل ودون تعيين
الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وان
قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شئ لان معناه ان شئت
الثلاث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة ان شئت فطلقت ثنتين فكذلك عند ابي حنيفة له لان مشية الثلاث
ليست مشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلاث مشية للواحدة ج
كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت
فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها
بالمشية المرسلة وهي ما ثبت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو استعمال بما لا يعنيها فخرج ج
الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة
ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت
طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله
اردت طلاقك لانه لا تنبئ عن الوجود وكذا اذا قال شئت ان شئت ان شئت او
شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة
فلا يقع الطلاق ويبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت
لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت واذا ما شئت
او متى شئت او متيما شئت فردت الامر لم يكن لها ردا ولا يقتصر على المجلس انا كلمة
متى ومتيما فانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر
على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا
قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون
الافعال فيملك التطليق في كل زمان ولا يملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما
فهو وقتي سواء عند هما وعند ابي حنيفة به ان كان معنى الشرط كما سمي للوقت لكن الامر فهي ج
صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان

تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما تثبت تكرار الافعال الا ان التعليق يتصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شئ لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا يملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت وان شئت لم تطلق حتى تشاء ان قالت عن مجلسها فلا مشيئة لها لان كلمة حيث وان في اسماء المكان فالطلاق لا تعلق بالمكان فيلغو وبقي ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لانه تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت بطلقة ملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت شئت واحدة بائنة او ثلاثا وقال الزوج ذلك لو نويت فهو كما قال لان عند ذلك بثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا اراد ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب يقع واحدة رجعية لانه لغى نصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره البينة بعد مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التحبير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم يوقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التعليق اليها على اي صفة تشاء فلا بد من تعليق اصل التعليق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة له ان كلمة كيف للاستيصاف يقال اصبحت والتفويض في وصف يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت عن المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال ولو قال لها طالق نفسك في ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة له وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكم في التعميم وكلمة في قد تستعمل للتمييز فتجعل على تمييز الجنس كما اذا قال كل في طعامي ما شئت او طلق في نسائي في شئت ولابي حنيفة له ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيجعل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة وعموم الصفة وهو المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب من الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله ﷺ لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قايم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ثابت عن السلف كالشعبي وغيره واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا وايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون محيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين الامرين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها قد دخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا مضاف الى الملك وسببه فلا يتدرج واحد منهما **والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى وايما** لان الشرط مستدع للعلة وهذه الالفاظ يليها افعال فيكون علامات على الخطر ثم كلمة ان صرف في الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها محي بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مشى فولك كل عبد لي حر فهو فر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر له وسنقرره ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تطلق في كل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها في الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي الجزاء باقيا لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان يقيم المرأة بينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع

الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها
فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة
فقالت قد حضت طلقت هي ولم يطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسانا والقياس
ان لا يقع لانه شرط فلا يصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق
نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما في حق العدة والغشيان
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال
ان كنت تحبيني ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعندي ضرة فقالت
احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت
ولم يعتق العبد ولا يطلق صاحبتها لما قلنا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة
بغضها اياه قد تجب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان يعلق الحكم باخبارها
وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحنة فاذا حضت
فانت طالق فرات الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع
دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق حين حاضت
لانه بالامتداد عرفناه في الرحم فكان حيضا في الابتداء ولو قال لها
اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالها
هي الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكما لها بانتهائها وذلك
بالطهر وكذلك انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم
الذي يصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف
ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمقدار وقد وجد صوم بركنه وشرطه
ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت
جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايتهما اولا
لزمه في القضاء تطليقة وفي الشرع تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت
الغلام اولا وقعت واحدة فتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى
لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت
عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة
فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك
والاولى ان يأخذ بالثنين تحرزا واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان
قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت
عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة

الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك
فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني
في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك
والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما
في حق الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك شرط
حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصلح اليمين وعند تمام الشرط
ينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى
عن قيام الملك لبقاءه لتحققه وهو الذمة ولو قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق ثنتا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول
فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق بما بقي من الطلاق
وهو قول زفر وجه ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عنده فما فعود
اليه بالثلاث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثنتا ثم قال لها انت طالق ثنتا
فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر
يقع الثاني لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى
اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانتهاء لغة لان الظاهر عدم ما يحدث
واليمين يعقد للمنع والحل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجز الثلاث
المبطل للتحقيق فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء المحلية ولو قال
لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان ولم
ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك
فانت حرة عن ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام
عليه لانه لا يجب الحد للاتحاد ووجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام
للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة
الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن
احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا بالاتفاق عند ابي يوسف خلافا لمحمد لوجود
المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا به لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من
حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى
بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط لا يعلم ثبتا

فيكون اعداما في الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط
ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء وذكر الشرط بعده رجوعا
عن الاول **قال** وكذا اذا مات قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج
الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات
الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء واذا قال انت طالق ثلاثا الا واحدة
طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء
تكلم بالحاصل بعد الثنا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين
قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله لفلان عشرة الا تسعة فيصح استثناء
البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثنا الكل من الكل لانه
لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصار فا اللفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا
كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان
وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء
الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته
في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة
فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت
بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية
سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد قصده بتاخير عمله
الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة
يبقى في حق بعض الاثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء
لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه
خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت
نفسها او اخلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال
حقها والتاخير لحقها ولو قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان
الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم يكن بسوالها راضية ببطلان حقها
وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك
فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث
في قولهم جميعا الا على زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسوالها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا
على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا يرى

الا يرى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان
العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار النكاح والقرابة
ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قايمة لان المرأة قد تختار
الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان
على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها
وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة
عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام **قال**
ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان بارز رجلا
او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا
ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما ثبت حكم الفار لتعلق حقها بماله وانما
يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون
بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد ثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك
وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار والمحصور والذي في صف
القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت
به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا
اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما
اذا بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال
لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر
او اذا دخل فلان فانت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث
وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه
اما ان تعلق الطلاق بمجيء الوقت او بقول الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة
وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما
في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال
اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار
وصلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد
الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان
التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق
بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق
يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه

الثالث وسواء اذا عدم بفعل نفسه سواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض
او كانا في المرض والفعل مما لا بد منه بصير فارا لوجود قصد الابطال
اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض فان لم يكن له فعل الشرط بد فهو في التعليق
الف بد فرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه
بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض الفعل مما لها منه بد كلام زيد
ونحوه لم ترث لانها راضية ببذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام
وصلوة كفطهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها
في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى لارضا مع الاضطرار واما
اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث
لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد
في الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث لان الزوج
الجأها الى المباشرة فيستقبل الفعل اليه كانها اله له كما في الاكراه قال واذا
طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد
الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المريض اذا
يعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فيتبين انه لا حق
يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت
ثم مات في مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها
في الجماع ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهليتها لارث اذ المرتدة لا ترث
احدا ولا بقاء له بدون اهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية
لا بنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها
تثبت الفرقة فيكون راضية ببطلان السبب بعد الطلقات الثلث لا يثبت الحرمة
بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في
المرض ورثت منه قال محمد لا ترث وان قذف في المرض ورثت في قولهم
جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار
الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان ابى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء
وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان
الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر حال عن الوقاع فيكون
ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال وطلاق المريض عتقه
فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطئ

الوطئ فكان السبب قايما قال وكل ما ذكرنا انها ترث اذا مات وهي في
العدة وقد بيناه **باب الرجعة** واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية
او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن
بمعروف في غير فصل ولا بد في قيام العدة لان الرجعة استدامة الا يرى
انه سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد
انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة
ولا خلاف فيه بين الامة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او
ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع
القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده حتى يحرم عليه وطؤها وعندنا هي
استدامة النكاح على بنائه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع
دلالة على الاستدامة كما في استيفاء الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافعال
تختص بها خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح
كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المتكارمين والزوج
لباسها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فيقول لعدة عليها قال ويستحب
ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد
قوليه لا يصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب و
لنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست
شرطا فيه في حالة البقاء كما في القئ في الايلاء والا انها يستحب لزيادة الاحتياط
كيلا يجري التناكر فيها وما تلا محمول عليه الا يرى انه قرنها بالمفارقة وهو
مستحب فيها ويستحب ان تعلمها كيلا يقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال
كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قوله لانه
اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة
ولا يمين عليها عند ابي حنيفة له وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد
مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت كذبت لم تقد
انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا يصح الرجعة لانها صادفت
العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقه الرجعة ولهذا لو قال
لها طلقتك فقالت كذبت لم تقد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة
انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء
فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال

قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق
يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة
بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها
عند ابي حنيفة رح وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له وقد اقر
بما هو خالص ملكه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم
الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو
كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية
العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في الطالة بخلاف
الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها
ولا يظهر ملكه مع العدة واذا قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى
لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم
من الحيضة الثانية لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل واذا انقطع
لاقل من عشرة ايام لم ينقطع حق الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة
كامل لان الحيض لا مزيد لها على العشرة فمجرد الانقطاع خرجت عن الحيض فانقضت
العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد
ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من الاحكام الظاهرة
بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة
زايدة فاكتفى بالانقطاع وينقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت الرجعة وهذا قياس
لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال
فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف
الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات
والاحكام الثابتة ضرورة ايضا اقتضائية ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما
وقيل بعد الفراغ من الصلوة ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا
من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان
كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس
في العضو الكامل ان لا يبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون
العضو ان لا يبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وجه الاستحسان وهو الفرق
ان ما دون العضو مما يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول

فقد اقر

ات

وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف
العضو الكامل لانه لا تسارع اليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي
يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الكامل وعنه وهو قول محمد
بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته
وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة
يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر
وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا فاذا ثبت
الوطي تاكد الملك والطلاق في الملك المتاكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع
ولهذا ثبتت بهذا الوطء الاحصان فلان تثبت به الرجعة تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور
الرجعة بها خلا بها او غلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم
يملك الرجعة لان الملك انما يتاكد بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق في حق
نفسه والرجعة ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا
على قبضه بخلاف ما تقدم فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها
ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يوم صحت تلك الرجعة لانه ثبت النسب منه
اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا
قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق
لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت
فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون
بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق
عليها بالولد الاول ووجب العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة
لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق
فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا
جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه
يجعل العلوق من وطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان
اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا
ويقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقرار لانها حائل من
ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية مستحبة والتزين حامل
عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها
خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون مجردة فيقع بصره

تتشوق وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة صح

على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فيطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى
يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا كان له ان يغشاها
عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة
فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله
من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج
الا ان يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد
على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال
الشافعي يحرم لان الزوجية زايلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة
حتى ملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه
التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك
يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة
اجماعا او نظرا له على ما تقدم **باب فيما يحل له المطلقة** واذا كان الطلاق بائنا
دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق
لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع الغير في العدة لاشتباه
النسب ولا اشتباه في طلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او اثنتين في
الامة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها
والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد
الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف
لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما
تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على
الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم
الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للاول حتى
تذوق عسيلة الآخر وهي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد ابن المسيب
وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه
كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول
في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه على ما بيناه وفسره
في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب الغسل
عليها واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان يتحرك آلته ويشتهي
وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة

والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا
قال رضي الله عنه ووطء المولى لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها
بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له فان طلقها بعد
ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن
ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه لا يحلها على الاول لفساده
وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع
فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين
وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول عادت
بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة
بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عم لعن الله
المحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت
عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة
يحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة
لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول فيهما مقبول وهو غير مستنكر
اذا كانت المدة يحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب
العدة ان شاء الله تعالى **باب الايلاء** واذا قال لامرأته والله لا اقربك
او قال لا اقربك اربعة اشهر فهو مولي لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم
تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته
الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين يرتفع بالحنث
وان لم يقربها حتى مضى اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي تبين بتفريق
القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في الشرع كما في الجب
والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه
المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله
عنهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء
المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به و
ان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث ليرتفع به
الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها
عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها

وهدم الزوج الثاني

وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج
فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم تقربها
لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق هذا الملك وهي
فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان
وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا
لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها
في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك
شهرين بعد هذين الشهرين فهو مولي لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعة بلفظ الجمع
ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان
الثاني ايجاب مبتداء وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية
اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة
الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رح وهو يصرف الاستثناء الى اخرها اعتبارا
بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء
يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر
لتصحيحه فانه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم الباقي اربعة اشهر
او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة
وامرأته لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج **قال** ولو حلف
بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مولي لتحقق المنع باليمين وهو ذاكر
الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق
ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه
البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه
والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك
مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا
لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثاني ومحل الايلاء من يكون من
نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء
لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم
ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام
المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين
منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا

ثانيا ع

لتقييده بطلاق

اجلا للبينونة فيتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر
على الجماع او كانت المرأة مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما
مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء بفئة ان يقول بلسانه فئت
اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع
واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون
ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع
في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان
قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء
لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي
الثلث وقد ذكرنا في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن
فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال
اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف
لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم **باب الخلع** واذا تشاق
الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه
بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع
بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا
ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله
يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان
زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد
في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ اكثر مما اعطاها
وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بديا ووجه
الاخرى قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد
كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذا اذا اخذ والنشوز
منه لان مقتضى ما تلونا سيان الجواز حكما والاباحة وقد ترك في حق الاباحة
لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق و

ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا وقد علقه بقبولها
والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز
الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه
معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فيملك هي الآخر
وهي النفس تحقيقا للمساواة **قال** فان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على
خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان
رجعيا ووقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه
لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو
يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى
يصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم
الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار
مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان
ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج
غير متقوم على ما يذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم
والفقه فيه انه شريف فلم يشرع بملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط
فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال **قال** وما جاز ان يكون مهرا جاز
ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان
قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها
لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها
فلم تكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج
راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى
قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به
على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من
الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع
واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه
فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم
قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة
عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا
النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف

والفقه فيه وهو شريف

الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحد بثلث الالف وهذا
لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب
المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند
ابي حنيفة رح وتملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان
كلمة على بمنزلة الباقي والمعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان
لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان
شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا للشرط
فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر فاذا
لم يجب المال كان مبتديا فوقع وملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك
ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي
بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت
بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت
وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان
معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون
لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق
بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت
حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رح
وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق
والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم
بمنزلة قوله بدرهم وله انه جملة تامة فلا يرتبط بما قبلها الا بدلالة اذ الاصل فيها
الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار او على انك
بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة
وان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين جميعا والطلاق واقع و
عليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد
والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها
شرطها ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها و

واذا ع
وتملك ع
لم يقع ع
ومن جانبها شرط ع

ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اتفاقا في جانبه فيهما حتى لا يصح رجوعه منه ويتوقف على ما وراء المجلس والخيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق **قال** ومن قال طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم يقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين في جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط للصحة بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به وانكاره القبول رجوع عنه **قال** والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق كل واحد من الزوجين على الآخر مما يمكن بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيها الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع الحمل وهو مطلق كالمبارأة فيجعل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه **قال** ومن خلع ابنته وهي صغيرة بما لها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول لهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض مهر المثل من جميع المال اذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق بالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق لسائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها لوقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبل الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

خلاصتم ٤
فالكاره ٤

اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه الا محل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون فرنا هم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا وظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فتناسب الجزاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم بداعيه كيلا يقع فيه بحكم في الاحرام بخلاف الحايض والصايم لانه يكثر وجوده فلو حرم الداعي يفضي الى الحرج ولكذلك يحرم الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود وحتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع امرأته في ظهاره قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا تعد حتى يكفر ولو كان شيء آخر واجبا لبينه عليه **قال** وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه مسنوح فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظاهر ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن وينبئ الحكم في الشايع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو كما قال لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طالق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على معنى الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه ببعضو منها كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يحتمل ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين

ظهار ٤

يكون ظهارا ٤

لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم يكن له نية فعلى قول
ابى يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بينا هما ولو قال انت علىّ
حرام كظهر امى ونوى طلقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابى حنيفة وقالا
هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق
لا يكون ظهارا وعند ابى يوسف يكونان جميعا وقد عرف فى موضعه
لابى حنيفة انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال
ولا يكون الظهار الا فى الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله
من نسائهم ولان الحل فى الامة تابع فلا يلحق بالمنكوحة ولان كفارة الظهار
منقول عن الطلاق ولا طلاق فى المملوكة وان تزوج امراة بغير امر مولاها ثم ظاهر
منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادف فى التشبيه وقت
التصرف فلم يكن منكرا وكظهار رجين بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف عتاق
المشترى عن الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن على
كظهر امى كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا
اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت فى حق كل واحدة
والكفارة لانها الحرمة فتتعدد بتعدد ما بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة
فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم **فصل فى الكفارة** قال
وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعان فان لم
يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة
على هذا الترتيب قال كل ذلك قبل المسيس وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر
للتنصيص عليه وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها
على الوطى ليكون الوطء حلالا قال ويجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة
والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة مطلق على هؤلاء اذ هى عبارة
عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعى يخالفنا فى الكافرة يقول
الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ولنا قول المنصوص
عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم معارضة
المعصية بحال به الى سوء اختياره ولا يجزى العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين
لان الفايت جنس المنفعة وهو البصر والبطش او المشى وهو المانع ما اذا
اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء او مقطوعة احدى اليدين واحدى
الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانت مقطوعة

مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى وهو عليه متعذر و
يجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفايت جنس المنفعة
الا ان استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا اضيح عليه سمع حتى لو كان بحال
لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين
لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل لان
الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكانت المنافع والذى يجن ويفيق يجزيه لان
الاختلال غير مانع ولا يجزى عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان
الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذى ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن
ابى حنيفة انه يجزيه لقيام الرق فى كل وجه ولهذا يقبل الكتابة الانفاح بخلاف
امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفاح فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا
جاز خلافا للشافعى له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق
قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله ع المكاتب عبد ما بقى عليه درهم والكتابة لا تنافيه
لانه فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا انه يعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا
ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه سلم له الاكساب والاولاد لان العتق
فى حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضرورى فلا يظهر فى حق الولد والكسب وان
اشترى اباه او ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنهما وقال الشافعى لا يجوز وعلى هذا
الخلاف كفارة اليمين والمسئلة ياتيك فى كتاب الايمان ان شاء الله تعالى
فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر ضمن باقيه لم يجز عند ابى حنيفة له
ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة
وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابى حنيفة له ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه
بالضمان ومثله يمنع الكفارة فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه
عنها جاز لانه اعتقه بكلا مبنيين والنقصان يتمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف
ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابى حنيفة له اما
عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا
بكلا مبنيين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها ثم اعتق
باقيه لم يجز عند ابى حنيفة لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون
قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف

اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر بالعتق فكفارته صوم شهرين
متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق
اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال
ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل
فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا
استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يستانف
لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على
المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما
ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة
وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف
لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة
الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم
عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر
الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله
في حديث اوس بن الصامت وسهيل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان
المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك
هذا هنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير
جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره بان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق
بملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي
لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك
ادفع للحاجة فلا ينوب منابه اباحة ولنا ان المنصوص عليه الاطعام
وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما
الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما التمليك حقيقة
ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كلاما ولا بد من الادام
في خبز الشعير لتمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان
اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن
يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم

في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين
واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك
يتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص
وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام
ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق
او الصوم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد
منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف
اليه محل لهما فيقع منهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية
في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة
واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع
عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق بالدفع لانه في الدفعة الثانية
في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوب
عن احديهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا
جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام
شهرين متتابعين كان له ان يجعل ذلك عن ايتهما شاء وان اعتق عن ظهار وعن
واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعله في
في الفصلين له ان الكفارات كلها باعتبار العدد والمقصود جنس واحد وجه قول
زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما
لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف
مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا
صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني
اذا صام عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها
او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان
عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه
ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن شهداء الا انفسهم والاستثناء انما
من الجنس وقال الله فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا
الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم

فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم صح

مقام حد القذف وفي جانبها بالغضّ وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا
نقول لابدّ ان يكون في اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابدّ ان تكون هي
ممن يحدّ قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابدّ من احصانها ويجب بنفي
الولد لانه لما نفى ولده صار قاذفًا لها ظاهرًا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره
بالوطئ عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وبيان ان الاصل في النسب الفراش
الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى لطفل الملحق به
يشترط طلبها لانه حقها فلابدّ من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع عنه جبه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه حتى يأتي بما هو عليه
او يكذب نفسه بسبب يرتفع به الحد ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من
الآية يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او
تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج
عبدًا او كافرًا او محدودًا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان
بمعنى في جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الآية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة
او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحدّ قاذفها بان كانت صبية او مجنونة
او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها
وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك
قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة
تحت الحرة والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في القذف فعليه الحد لان
امتناع اللعان بمعنى في جهته اذ ليس في اهله **قال** وصفة اللعان ان يبتدئ
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن
الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان
من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ويشير اليها في كل مرة ذلك تشهد المرأة اربع
مرات فتقول في كل مرة اشهد الله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا
ويقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به
من الزنا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما
رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظ
المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال **قال** فاذا التعنا لا يقع
الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر يقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت

والاصل فيه ما تلونا من النص

يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف
فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعًا للظلم دل عليه قوله عليه السلام
لذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلاثًا له بعد اللعان
وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه
كما في العنين وهو خاطب اذا كذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف هو محرم مؤبد
لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدًا نفى على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع وشهادة
بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنان ولم يوجد التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب
فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد ينتفي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر
الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب
المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد
ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد امرأة هلال ابن امية عن هلال والحقه بها و
لان المقصود في هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويضمنه القضاء بالتفريق
وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد لزمتك امة واخرجه من نسب الاب
لانه ينفك عنه فلابدّ من ذكره فان عاد الزوج وكذب نفسه حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه وحل لها ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلًا
للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرنا فحد به لما بينا
وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان في جانبها واذا قذف امرأته وهي
صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحدّ قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن
الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق بالهجر كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى
عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان
وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر
وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا يتيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا
لم يكن قاذفا في الحال ليصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك حمل فليس مني
والقذف لا يصح تعليقه بالشروط وان قال لها زنيت وبك الحمل من الزنا تلاعنا لوجود
القذف حيث ذكرنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه نفى
الولد عن هلال قد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا يترتب عليه الا بعد الولادة
لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي واذا نفى الرجل

قوله لانه التعان الذي يترتب عليه

بالشرط

ولد امرأته عقيب الولادة او في حالة التي تقبل التهنية وتبتاع اله الولادة صح
نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد
يصح نفيه في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه
اثر الولادة ولو انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبر
ما يدل وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك
الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي
ذكرناها على الاصلين واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف
بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى
الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف
بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها
عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما
اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان
الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية
فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا
مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف
ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد
من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف
الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ
عندنا وانما يقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها
لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها
فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه
لم يصل اليها ولو حلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول
قوله لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف
بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كان بكرا نظر اليها النساء فان
قلن هي بكر اجل سنة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان
مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل
كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو **قال** واذا اجل العنين سنة فقال قد
جامعتها وانكرت نظرت اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن

شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج
فان نكل خيرت لتأييدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا
في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها
بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل يعتبر السنة القمرية وهو
الصحيح وتحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا تحتسب
بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار
للزوج وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن
لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع يؤيد بالشرع قال عم فر من الجذام فرارك من الاسد
ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى
وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون
او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لها الخيار
دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق
ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما
يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة
ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة
اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة
الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها **قال** والاقراء هي الحيض عندنا وقال الشافعي
الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما
جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق
يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عم وعدة
الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض الاية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الاية وان كانت
حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان
الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله لقوله عم
لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه
متجزي فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى
ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران
وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى

لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان صح

بالشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم
يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث
الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت مقدرة بمدة الحمل فانقرنا ولا يلزم امرأة الكبير
اذا حدث لها الولد بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقايم عند الموت حكما
قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق
والنكاح يقام مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض
لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل
فلا ينقص عنها قال واذا وطئ المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت
العدتان ويكون ما تراه في الحيض محتسبا منهما جميعا فاذا انقضت العدة
الاولى ولم تكمل الثانية فعليها العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي يبتدأ حملان لان المقصود هو العبادة فانه عبادة كف عن التزوج والخروج
فلا يتداخل كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ
الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى العبادة تابع الا يرى انها
تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت
بشبهة تعتد بالشهور ويحتسب بما تراه في الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان
قال وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة
فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فتعتبر ابتداؤها من وقت وجود
السبب وشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها في وقت الاقرار
نفيا للتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الوطئ على
ترك وطئها وقال زفر ابتداؤها عقيب الوطئات لان الوطء هو السبب الموجب ولنا
ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستنادها الكل
الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت
العدة مع جواز وجود غيره لان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة
الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة حكم في حق غيره واذا قالت المعتدة
انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك
وقد اتهمت بالكذب فيحلف كالمودع قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف له وقال محمد له عليه نصف المهر وعليها

واولات الاحمال ان يضعن حملهن وقال عبد الله مسعود رضي الله عنهما من شاء باهلته
ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة قال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان يتزوج واذا ورث
المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد له وقال ابو يوسف
ثلاث حيض معناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها
عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها
ثلث حيض وانما يجب عدة الوفاة اذا دام النكاح بالوفاة الا انه نفى في حق الارث
لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق
الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته
امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقبل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر
باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت
الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح
من كل وجه وان اعتقت وهي مبنونة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال
النكاح بالبينونة والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم
انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض معناه اذا رأت
على العادة لان عود الدم يبطل الايأس هو صحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان
الخلفية تخلق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالقدرة في حق
الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع
بين البدل والمبدل منه المنكوحة نكاحا فاسدا او الموطوءة بشبهة عدتها
الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها وجبت للتعرف عن براءة الرحم لاقتضاء
حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها بعدها
ثلاث حيض قال الشافعي حيضة واحدة لانها يجب بزوال ملك اليمين فشابهت
الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم انا منافية
عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها
ثلاثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع
حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله عدتها اربعة اشهر وعشر
وهو قول الشافعي لان الحمل لم تثبت منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما
اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل
في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت للتعرف عن براءة الرحم لشرعها بالاشهر

تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة
واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا
ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة
في يده حقيقة بالوطية الاولى وبقي اثره وهي العدة فاذا وجد النكاح كالغاصب
يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد
الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان العدة الاولى قد سقطت بالتزوج
فلا يعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا **قال** واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها
وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة
وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم
محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه
لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح
عليكم ان تنكحوهن ولان حيث وجبت كان فيها حق بني ادم والحربي ملحق
بالجهاد حتى كان محلا لتمليك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت
النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطأوها كالحبلى من الزنا والاول
اصح **فصل في المبتوتة والمتوفى عنها زوجها** وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها
اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها لقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر
وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا حداد عليها لانه وجب اظهارا
للتأسف على فوت زوج وفي بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة
فلا تأسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء
وقال الحناء طيب ولانه وجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي
هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان
لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان
ان يترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع
الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف
والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فيجتنبها
كيلا يصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عم لم يأذن للمعتدة
في الاكتحال والدهن لا تعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه

عند ابي ا

يمنع المحرم عنه **قال** الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت
الدهن فخافت وجعا فان ذلك امر ظاهر ابيح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير
اذا احتاجت اليه بعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا
مصبوغا بعصفر او زعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب **قال** ولا احداد على
كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى
الامة الحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج
لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته **قال** وليس في عدة ام الولد
ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانه ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف و
الاباحة والاصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى
فلا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا
الا ان يقولوا قولا معروفا قال عم السر النكاح وقال ابن عباس رض التعريض
ان تقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رح في القول المعروف اني
فيك لراغب واني اريد ان تجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من
بيتها ليلا او نهارا والمتوفى عنها زوجها يخرج نهارا وبعض الليل ولا يبيت في غير
منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين
بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد واما
المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد
يمتد ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو
اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها
فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى
حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف
اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان
يعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك
حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا تكفيها فاخرجها
الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها
الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او
كانت فيها باجر ولا تجد ما يؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث
لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لانه معرف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف
عليها فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها

وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليها المنزل
فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا
او مات عنها فان كان بينهما وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام ان شاءت رجعت
وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام ايضا
لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد
في منزل الزوج **قال** الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان
كان معها محرم فاباس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح
دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت
بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون
السفر بغير المحرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي
العدة اولى والله الهادي الى الرشاد

باب ثبوت النسب

ومن قال
ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها
فهو ابنه وعليه المهر واما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من
وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في
حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح
والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتاكد
المهرية ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر
بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر
وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق
في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده
فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق
بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة
يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما
وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب لان الحمل
حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام **قال** الا ان يدعيه
لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة
تجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى ياتي به لاقل من تسعة اشهر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها

لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة
ولهما ان للانقضاء عدتها جهة معينة وهي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء
وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة
طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت النسب الى تسعة اشهر وعشرين
شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم ياتي به لاكثر مدة الحمل
وهي سنتان وان كانت صغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة
سواء لان باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها
ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة
لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين
الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء
عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها
ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترف المعتدة بانقضاء العدة ثم
جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار
وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث
بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا
لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رح الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل
وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعترف من قبل الزوج فيثبت
النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة
واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين
الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي
باقرارها بوضع الحمل والمقتضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء
فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقتها
الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في
حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم اما في حق النسب فهل يثبت
في حق غيرهم قالوا اذا كان من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة وبهذا قيل يشترط
لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم
باقرارهم وما يثبت بقاء لا يراعى فيه الشرائط **قال** واذا تزوج الرجل
امرأة فجاءت بالولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق

سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف
به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة تثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج تلاعن لان النسب يثبت بالفراش
القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس في ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان
ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت بل منذ ستة
اشهر فالقول قولها لان ظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا فمن نكاح لا من سفاح ولم يذكر
الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة
على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة
تقبل فيما تبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة انها ادعت الحدث فلا يثبت الا بحجة تامة
وبهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا يظهر في حق الطلاق لانه يبتنى عضها
وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت بغير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما يشترط
شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحدث وشهادتها حجة فيه على بينا وله ان
الاقرار بالحبل اقرار بما يقضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها موتمنة فيقبل قولها
في رد الامانة **قال** واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في
البطن اكثر من سنتين ولو نقل مغزل واقل ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
ثم قال وفصاله في عامين فبقي لحمله ستة اشهر وهي اقل ما يقدر الاكثر بار بعة سنين والحجة
عليه ما روينا والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها
ثم اشترته فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشترته لا يلزمه والا لزمه لانه
في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة
لانه يضاف الى قرب وقته فلا يدخل دعوته وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا
او رجعيا اما اذا كان الطلاق بثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق
لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال
لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده للحاجة
الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام
هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه
وفي النوادر جعل جواب الاستحسان والقياس ان يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت
بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله
اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية او بكونها

ويكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك عادة ووضعا ولو لم يعلم انها
حرة فقالت الورثة انت ام الولد له فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار
حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث **باب الولد من احق به** اذا وقعت
الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان
ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينتزعه مني
فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان
الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له فشهد وعمل عندك يا عمر
قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته وبحضرة اصحابه حاضرون متوافرون والنفقة
على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها لانها عسى تعجز عن الحضانة فان لم يكن للام قام
الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الاب فان لم تكن ام الام
فام الاب اولى من الاخوات لانها من الاب والجد كالاب في هذا الاخوات سواء لان
شفقة الولد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لان بنات
الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة
والدة وصل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت
لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق من قبل الام
ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلت الاخوات معناه ترجح ذات
القرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء سقط
حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه
شزرا فلا ينظر **قال** الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه
فينظر اليه وكذلك كل زوج وهو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفع الزوجية لان المانع
قد زال فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاوليهم اقربهم تعصيبا
لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبته غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير
حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام
الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التاديب
التخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف والحضانة
تقدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض

لان بعد الاستغناء يحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد
البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها
تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة ليتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام
والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر
على استحداثها ولهذا لا تواجر بالخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتها
عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق
الولد لانها حرتان وان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن
الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم حتى يعقل الاديان
او يخاف ان يألف الكفر لانتظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا اختيار للغلام
والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خيره ولنا انه لقصور عقله يحار فيه
عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله
عنهم لم يخيروا واما الحديث فلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوق لاختيار النظر بدعائه
او يحمل على ما اذا كان بالغا

باب نفقة النفقة

النفقة واجبة للزوجة
على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها و
كسوتها وسكناها والاصل فيه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع و
لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس
فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصل القاضي والعامل
في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فيستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر
رضي الله عنه وبهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين
تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت
معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات
وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك
ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو النفقة فان النفقة تجب
بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن
نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه واثناقي دين في ذمته ومعنى
قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب
اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف لان ما

لان ما وجب كفاية لا تتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى
يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كالا
قامت فان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها

فصل

واذا اراد ت سفرا لطلقة ان كان يخرج بولدها من
المصر فليس لها ذلك ما فيه من الاضرار بالاب
الا ان تخرج به الى وطنها او قدر كان الزوج تزوجها فيه
من اهل بلده فهو منهم والا فلا يصير الوطن به وطنا
الا ان يكون الزوج قد اقام فيه شهرا وعزم ان يقيم فيه
المصغير ان لها ذلك لان العقد مبقى وجد رضا او لم يوجد
وهذا دليل على ان الولد لا يتبع الام في الوطن
فيه وفي الاصل ان الولد من الابوين يكون للاب
فلا بأس بأن يسافر بالولد دون الام وهذا صحيح والحاصل انه للاب من جميع
ضرر بالصغير لتخلفه باخلاق اهل المصر وليس
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى
احدهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة
الى اثنين ولانه لو تولى كفايتهما بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام

وكل الزوج اذا كان موسرا يجبر على نفقة الخادم والمدبرة

لان بعد الاستغناء يحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد
البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها
تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحتاج الحاضنة الى الصيانة ومن سوى الام

لان ما وجب كفاية لا تقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى
يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا
فات فان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها
وان عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف اذا امتنعت من التمكين في
بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها وان كانت
صغيرة لا تستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس
الموجب ليكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما
نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة
كملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان في معوض واحد
فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها
النفقة من ماله لان التسليم يتحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين
واذا حبس المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة
وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها
وعن ابي يوسف له ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس
ليس منه يجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن
ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر لكن يجب عليه نفقة الحضر دون
السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان
الاحتباس قايم لبقايه عليها ويجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا
وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان
مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قايم فانه
تستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع عارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف انها
اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لان التسليم لا يصح قالوا حسن وفي لفظ النكاح ما يشير اليه ويفوض على الزوج النفقة
اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض
النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها
واجبة عليه وهذا في تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى
احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة
الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام

123

نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والناتي دين في ذمته ومعنى
قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا محل للتقدير كما ذهب
اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف لان ما

نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى
الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رح لان الواجب
على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق
بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف
فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة
اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة
يصير دينا بفرض القاضي فيستوفى في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة
عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته
تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وما قضى به
تقدير لنفقة لم يجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم
ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها
النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة
صلة وليس بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء
كالهبة لا يوجب الملك الا بموكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته
على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضى
القاضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة
صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي يصير
دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون
وجوابه قد بيناه وان اسلفها بنفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد تحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي للزوج و
قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد
بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة
ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض فلا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما
في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع ومحمد انها اذا
قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال
واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن

باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى
فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين
الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قيل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحرة امة فبوأها
فلا نفقة منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس
والتبوية ان يخلي بينه وبينها في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة
لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته جارية احيانا
من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد
في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد
من اهله الا ان يختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجب الله تعالى مقرونا
بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن
على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان يختار ذلك
لانها رضيت بانتقاض حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا
ولو اسكنا في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع
والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه وله حق المنع من دخول
ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له
في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة
في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعها من
الدخول عليها في كل جمعة وفي حق غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح
واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك
المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي
ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حقها خذ
لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول
في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع
ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب
واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا
الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما
او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنس حقها لا يفرض النفقة فيه
لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانه
لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف

هنا ع
لانه ع

امتناعه **قال** ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة
او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم
بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا غيرنا فحيث لا يؤخذ منهم
الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج
ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب ولا يفرض بنفقته في مال غائب
الا لهؤلاء وجه كفرض وهو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا
كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم فهو المحارم فنفقتهم
انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي
بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يحلف ما لا فاقامت البينة
يفرض القاضي بنفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان
في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب
فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقام
بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا
انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل
مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل** واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى
في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة اي اذا كانت حائلا اما
الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطئ واما البائن فوجه
قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله
سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه
بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق
مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان
لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه
قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت
ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت
في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الشرع فان التربص عبادة منها
الا يرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس برأي فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها
عليه ولان تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة

فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها
حابسة نفسها بغير حق فصار كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد
التسليم في حق المهر بالوطئ وبخلافه اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية لخيار
البلوغ والتقابل لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة
كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان كنت ابن رددتها في نفسها فلها النفقة معناه تمكنت بعد
الطلاق لان الفرقة يثبت بالطلاق الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة
تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرقة **فصل**
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة
الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية والمولود له الاب وان كان الصغير
رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجر الرضاع كالنفقة
ولانها عسى لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى
لا تضار والدة ولده بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم
وذلك اذا كان لو جد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد يجبر على الارضاع صيانة للصبي
عن الضياع **قال** ويستأجر الاب من ترضعه عندنا اما استئجار الاب فلان الاجر
عليه وقوله عندنا معناه اذا اراد ذلك لان الحق لها وان استأجرها وهي زوجته
او معتدته لا رضاع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات
يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها اما اذا اقدمت عليه
بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في
المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في
رواية وفي رواية اخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى ان
النكاح باقية في حق بعض الاحكام ولو استأجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع
ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستأجرها يعني لارضاع
ولدها منه جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا
استأجرها وجاء بغير فوضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق
لانها اشفق نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها
دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له
بولده اي بالزامها اكثر من اجره الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان حالفه
في دينه كما يجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق

مانعونا ولانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة
فترتب عليه الاحتباس فوجب النفقة وفي جميع ماذكرنا انما يجب النفقة على الاب
اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في نفسه صغيرا كان
او كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا
فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما
يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم في الاباء والامهات ولهذا يقوم
الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سيتوالاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة
الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها
في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما مانعونا **قال** ولا يجب النفقة مع اختلاف
الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة
فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق مقصود له وهذا لا يتعلق
باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة
نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزءه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على
المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن المبرة في حق من بقاتلنا في الدين
قال ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب نفقة اخيه النصراني لان النفقة
متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث
ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودام ملك اليمين
اعلى في القطيعة فحرمان النفقة فاعتبرنا في الادنى العلة في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة
الموكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال
الولد بالنص لانا دللنا لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى
باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية
وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او
كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم
مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والعمى اما رة للحاجة لتحقق العجز فاما
القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور
بدفع الضرر عنهما فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب **قال** ويجب ذلك على مقدار

جزء فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه موجب

والبنت الى آخره

وولده ح

على الابوين ح

حقوق ح

تعلق ح

مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار و
لان الغرم بالغنم ويجبر لابقاء حي شخصي **قال** ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن
على ابويه اثلاثا على الاب اثلاثا وعلى الام اثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار
قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن في ظاهر الرواية كل النفقة
على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فصار كالولد الصغير ووجه الفرق
على الرواية الاولى وانه اجتمع للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه
صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فيشاركه الام
وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى يكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة
المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث
في الجملة لا احرازه فان المعتبر اذا كان له حال وابن عم تكون نفقته على حاله ومبرته
بحرزه ابن عمه **قال** ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من
اعتباره **قال** ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة ويستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة والولد
الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها ولا يعمل
في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف ومحمد عن
انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك في كسبه
الدايم كل يوم لان المعتبر في حق العباد انما هو القدرة دون النصاب لانه ليتيسر
والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان كصدقة **قال** واذا كان للابن
الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه **قال** واذا باع ابوه متاعا
في نفقته جاز عند ابي حنيفة له وعندهما لا يجوز ان باع العقار لم يجز وفي
قولها لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا
لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملكه الام
في النفقة ولابي حنيفة له ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا يرى ان
للوصي ذلك فللاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك
العقار لانها محضة نفعها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم
في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس
حقه وهو النفقة فانه للاستيفاء كما لو باع العقار والمنقول على الصغير حال كمال
الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقة لانه جنس حقه فان كان للابن الغائب مال في
يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء
على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن

القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امر القاضي امره مدين لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه كان متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة

فصل قال وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عم في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك فان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا تؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى الا انه عم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رح انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق قال الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمراة الامة يتحقق مقابلة الاعضاء قال العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه العقل وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المفيق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة متيقنة وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتملت لا يصح لانه ليس باهل لقول عزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاحبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار عن الماضي فهو كذب في الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو الاستحضار للمنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فتقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت في جهته فيقضي بثبوته تصديقا له وسنقرره في بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علم وسموا لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا ازاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا اعتقتك لانه ليس بنداء باسم علم فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد قرر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيانيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك او لا اني بعتك او احتمل لا اني اعتقتك فلا يتعين احدهما او اداه الا بالنية وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف رح بخلاف قوله طلقتك على ما بينا ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد بقي الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعناه المسالة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لان ولايته الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يسند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله لحقيقته ووجه المجاز يذكر في بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كالاسم الخاص له وهذا لان المولى لا يستنصر مملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الثاني والثالث لنوع مجاز والكلام بحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا لو قال لامته هذه مولاي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى

ولا يصدق قضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا
التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء
بهذا اللفظ وقال زفر رح لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة
قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه
ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق
لان النداء لاعلام المنادي الا انه اذا كان بوصف ممكن اثباته من جهته كان
لتحقيق ذلك الوصف في المنادي استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله
يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام
المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حال
النداء من جهته لانه لو اتخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان
بمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رح شاذا انه يعتق فيهما ولا اعتماد على
الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال
يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان
قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو
قول الشافعي رح لهم انه كلام محال فيرد ويلغوا كقوله اعتقتك قبل ان
اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه
اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما
اجماعا او صلة للقرابة او طلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة
تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من
طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه
له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما
صحيحين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب
المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال
في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن
اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه و
لو قال هذا ابي وامي ومثله لا يولد بمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا
جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك
الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب
بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا

هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه
ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه
ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه
في النكاح وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لا تعتق
وقال الشافعي تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الالفاظ الصريح والكناية
على ما قال مشايخهم له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما
العين اما ملك اليمين فظاهر وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان
التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين ما هو حقه وهو الملك ولهذا
يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا
يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان
الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات
وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح
مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك
اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون
حقيقته لا عما هو فوقه ولهذا امتنع في المتنازع فيه والتسع في عكسه واذا قال
لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع
الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على
وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه شبيه بحذف
حرفه ولو قال راسك رأس حر يعتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن
جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه هذا اللفظ مروي عن
رسول الله عليه السلام وقال عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم
كل مؤبدة بالمحرمية ولادا وغيره والشافعي رح يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير
مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة
الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد
ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه
وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغا لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى
وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار
الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه او من يجري مجراه لا يتكاتب عليه
لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان

العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع لتعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي
حنيفة رح يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما ولنا ان تمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك
ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما تثبت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق
وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة
ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق
من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين
الاخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق
وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك
ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في الطلاق اما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق
بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم
في عبيد طائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم
ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان عتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها
ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة و
لا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم
نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء
من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو عتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه
الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على
حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت
العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل **قال** وولد الامة من مولاها
حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها
وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او الاستهلاك
مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الولد ما رضي به
وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فتبعها في وصف الحرية كما تبعها في وصف
المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

قال واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاها
عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما
لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم
لان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي
ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح

ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه
والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره
والاصل ان التصرف يقتصر على موضع التصرفات والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك
متجزي كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل ويجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد و
المستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب المالكية في كله وبقاء الملك
في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية
كبدل الكتابة فله ان تستسعيه وله الخيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا
عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد
يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي
القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين
الشريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق
وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق موسرا
فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي
الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان
كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة بباقي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه
عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره
حتى الصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلناه فكذا
هذا الا ان العبد فقير فيستسعيه به ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر
قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنا لان به يعتد الى النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده
المعتق من القربة واتصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم
رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق
لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه
في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جاني عليه لافساد
نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه

على موضع الاضافة

والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الشاكت
باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق لانه ملكه باداء الضمان
ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فلان يعتق الباقي اولى بستسعى ان شاء
والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله في جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار
المعتق ان شاء اعتقه لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين
لان العتق في جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا يسعى لفكاك
رقبته اولا يقضى دينا على المعتق اذ لا شئ عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن
المعسر لانه يسعى في رقبته فدفكت ويقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه
وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يقى نصيب الشاكت على ملكه يباع و
يوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس
بجاني ولا راضي به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالشاكت فتعين ما عينا فلنا
الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية فلا يصار
الى الجمع بين القوة الموجبة للمكاتبة والضعف الساري لهما في شخص واحد **قال**
ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه
موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة له وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر
معسرا لان الكل واحد منهما نزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وهم
عليه لاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع فاسترقاقه ويستسعيه لانا بتقنا
بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعانه
ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في حد سواء لان يسار
المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر
وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما لهول عتق نصف صاحبي عليه باعتاقه
وولاؤه له وعتق نصيبي وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان
كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان
على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر
والبراءة قد تثبت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما
يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على بنياه او المعتق موسرا ان كان
احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره
وانما يدعي عليه السعاية فلا يبراء عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه
ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما

الا عتاق

منهما كيله على صاحبه وهو يبتراء عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما
ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان غدا هذه الدار فهو حر وقال الآخر ان دخل
فهو حر فمضى الغد ولا يدري انه دخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في نصف وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه
بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لعبده لك
على احدنا الف درهم فانه لا يقضى شئ للجهالة كذا هذا ولهما انا يتقنا بسقوط
نصف السعاية لان احدهما جانب يتقين ومع اليقين يسقط النصف
كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة يرتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق
احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان ويتأتى التفريع
فيه على ايسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على
عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا
المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي
معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب
لانه ملك يتقص قرينة ويبراوه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان
شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته
ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا
الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما
قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه يبطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء
القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه ولو انه
رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه
فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة
عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط
بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم
يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآخر ولا يعلم الآخر بملكه
وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصف الآخر وهو موسر فالاجنبي
بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساده نصيبه وان شاء استسعى الابن
في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق
لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار

المعتق يمنع السعاية عندهما ومن استرى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة له وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك
كله فلا يضمن لبايعه شيا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر
فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر فاراد والضمان فلشاكت
ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا و
لا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اول
مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى
عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبة فيكون معتبرا به ولما
كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين ولكل
واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعى العبد
او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكيه حيث سد عليه
طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه
وسقط اختياره غيره فتوجه للشاكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا
المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل
حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه
قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند
ذلك مكاتب اوحر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخ حتى
يقبل الانتقال ولهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا
لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان في جهة الشاكت لان ملكه ثبت مستندا و
هو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر
اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكيهما على هذا المقدار
واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه
لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد
بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا
كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فانكر صاحبه
فهي موقوفة لوما ولوما تحدم المنكر عند ابي حنيفة له وقالا ان شاء
المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه
لما لم تصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما
اذا اقر المشترى على البايع انه اعتق المبيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع

فيمتنع الحدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتجح الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني
اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الحدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له
نصف الحدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا حدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء
لانه يبتراء عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار ما مومنية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد ولا يمكن ان يجعل المقر فلة المستولد وان كانت
ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف
قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومعلوم عندهما وعلى الاصل تبتنى عدة من
المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطيا واجارة
واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر
الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها
ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان
الفائت منفعة البيع واما السعاية والاستخدام ما قيان ولابي حنيفة ان التقوم
بالاحراز وهي محرزة نسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم
ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان البتت فيها متحقق في الحال وهو الحرية الثابتة
لولدها على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملاك ضرورة
الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر بقي بعد السبب بعد الموت وامتناع
البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا
للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم والله اعلم **باب عتق**
احد العبدين ومن كان له ثلثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احد كما حر ثم خرج
احدهما ودخل الآخر فقال احد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي عبد عليه
القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين عند ابي ح وابي يوسف وقال
محمد رحمهم الله كذلك الا في العبد الذي دخل عليه القول فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول
دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبته بينهما لاستوائهما
فيصيب كل منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان
الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف
الحرية بالايجاب الاول فتاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب
المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع قمت له ثلثة الارباع
ولانه لو اريد به الثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد له يقول لما اراد الايجاب

الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يضيب الداخل
وهما يقولان انه داثر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت
لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل فرقبل فثبت
فيه النصف قال فان كان القول في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان
يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى
ثلثة الارباع فنقول يعتق في الثابت ثلثة سهم ومن الآخرين في كل واحد
سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها
الثلث فلابد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع
المال احدى وعشرين فيعتق في الثابت ثلثة ويسعى في اربعة وفي الباقيين
في كل واحد سهام ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث
والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق في الداخل عنده
سهم فنقضت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج
ماتر ولو كان في مطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان
سقط في مهر الخارجة ربعه وفي مهر الثابتة ثلثة اثمانه وفي مهر الداخلة ثمنه قبل
هذا قول محمد خلافا عند هما سقط ربعه وقيل هذا قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احد كما حر فباع احدهما او مات
او قال لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت
وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فيعتق الآخر ولانه بالبيع قصد
الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقا الانتفاع الى موته والمقصود ان بنافيان العتق
الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع
الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين
لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف
والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأته
احد يكما طالق ثم مات احدهما لما قلنا وكذا الوطئ احدهما لما بينته ولو قال لامته
احد يكما حرة ثم جامع احدهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطئ
لا يحل الا في الملك واحدهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة
فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق ولابي حنيفة ان الملك قائم بيانا فلهذا اعتمد
على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل
في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطئ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود

المقصود الاصلي في النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في
الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود في وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل
على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما
وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد
لان كل واحد منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط
والجارية لكونها تبعا لها او الام مرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا
ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما
الغلام ترق في الحالين فلهذا يكون عبدا فان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا
وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف
لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الجارية
الصغيرة معتبرة لكونها تبعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت
الجارية كبيرة لم تدع شيأ والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى حاصة دون
الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على
الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لبنوة ولادة
الغلام والام ساكتة ثبتت رقية الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف
على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من
الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه
فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة لجواز ان يكون في وصية استحسانا ذكره
في كتاب العتاق وان شهدا على رجل انه اطلق احدى نسائه جازت الشهادة
ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة
في العتق مثل ذلك ويؤمر بان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة
على عتق العبد لا يقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة وعندهما تقبل والشهادة
على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة
واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى
من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فيقبل الشهادة وان
انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها
ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا يقبل عند ابي حنيفة وان
لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج
فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار

كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه
اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في
مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير
حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية
انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق
يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه
قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا يقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ
فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ تقديره
يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر
قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي في ملكه حتى
دخل عتق لما قلنا **قال** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل
مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر
الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه
بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق
وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال في قيام الحمل وقت
اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان
اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو
من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا
قال رضي الله عنه فائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل
الحمل تبعا لها وان كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد
وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف لان قوله املكه
للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة و
في الاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقة للحال فكان الجزاء حرية المملوك
في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك
املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان
عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث
وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما
ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ

على ملكه

يوم اليمين

ان اللفظ حقيقة له على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون
الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايضا حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة
المنتظرة والحالة الراهنة الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية
وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك
او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة
فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضا يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة
المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التمليك استقبال محض فلا يدخل تحت
اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف
قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء
والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول
نعم ولكن بشيئين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك
مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة
المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول
العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى يصح الكفالة به
بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت من المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ
المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة
المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل
والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة **قال**
ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت
الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا
لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء
على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه
الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره
الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا
بالتخلية وقال زفر رح انه لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو
تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر
على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة
لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة

وصار العبد

نظرًا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد
شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضًا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقًا في الابتداء عملًا باللفظ ودفعًا
للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد حق بمكاسبه ولا يسري
الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء
دفعًا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل
نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول لانه لا يعتق ما لم يؤد
الكل لعدم الشرط كما اذا خط البعض ثم ادى البعض ثم ادى لفا اكتبها
قبل التعليق رجع المولى عليه عتق لاستحقاقها ولو كان اكتبها بعده لم يرجع
عليه لانه مأذون في جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان ادیت يقتصر على
المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا ادیت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة
متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت
لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف
درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول ليس في الحال
لان ايجاب التدبير في الحال لانه لا يحتمل لقيام الرق قالوا لا يعتق في
سلخ الكتاب وان قيل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة لان الورثة ليس لهم حل
الاعتاق وهذا صحيح قال ومن اعتق عبيده على خدمته اربع سنين فقبل العبد
عتق ثم مات في ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو
وقال محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في المدة المعلومة
عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين
لانه يصلح عوضا فصار كما اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف
فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها
ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما و
بقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء وهو انه كما يتعذر تسليم
الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد و
كذا بموت المولى فصار نظيرا ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي
على ان تزوجها ففعل فابت ان يتزوجها فالعتق جايز ولا شيء على الآمر لان
من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق
بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث تجب الالف

ثم لو ادى

الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جايز وفي العتاق لا يجوز
وقد قررناه فيما قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها فسمت
الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه
لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة
شراء وبالبضع نكاحًا فانقسم عليهما ووجب حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل
عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان
مهرًا لها في الوجهين **باب التدبير** قال اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر
او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صارت مدبرًا
لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر قال لا يجوز بيعه
ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه
تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر
المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة فيذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر
لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية
تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببًا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه
بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية
الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع في السببية فايتم قبل الشرط
لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق
وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية
والوصية خلافة في الحكم كالوراثة وابطال السبب لا يجوز في البيع وما يضاهيه
ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويوجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها
لان الملك ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات واذا مات المولى عتق المدبر
من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم
غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان
كان على المولى دين يسعى في قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن بعض العتق
فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله
عنهم وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي او سفري
او مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال ليرد
في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو

134

كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر ومعناه
من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه
فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما
ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه
كالكائن لا محالة **باب الاستيلاد** اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت
ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاق
فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ
والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز
بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما
لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية
حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن
حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته
بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها
لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان نصفها غير
مملوك له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله **قال** ويجوز له
وطئها واجارتها واستخدامها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة
ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع
لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اكثر اقتضاء اولى ولنا ان
وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة
بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة
الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف
منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج
بخلاف المنكوحة حتى لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج
وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه
ان يعترف به ويدعي لان الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه
روايتان اخراوان عن ابي يوسف وعن محمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها
فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة
حر وولد القنة قن ويثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذا

اذا الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعى المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت
النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امة ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من
جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عم امر بعتق امهات
الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فيقدم
على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج
ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن
بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه
مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة
المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال رضي الله يعتق في الحال والسعاية
دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم فبقي على حالها
له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق
وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة
لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على
الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو عتقت وهي مفلسة
تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده
ولانها ان لم يكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص
المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت
بلا سعاية لانها ام ولده ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت
اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت
ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين
ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد
المغرور وله انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت
من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حر
لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب
هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد
الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف
الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه
جزءه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب
اليه لواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه وجاءت

فادعاه يثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها
ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلايلها في كتاب النكاح في هذا الكتاب
وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلوق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل
الاستيلاد وان وطئ الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا
ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا يثبت النسب في الجد
كما ثبت في الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه
بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين الشريكين فجاءت
بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه
لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى
وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين وصارت ام له لان الاستيلاد
لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب
صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما
استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك
يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد
جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدم فصار وطئا
ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق
فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه
منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال ابو حنيفة رح يرجع الى القائف لان اثبات
النسب في شخصين مع علمنا ان الولد لا ينخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه
وقد نشر رسول الله ص بقول القائف في اسامة رضي الله عنه ولنا كتاب
عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة كتبا فكتب عليهما ولو بينا البينة
لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للذي منهما وكان ذلك بحضرة الصحابة
رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل
التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا
كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر وكان مسلما احدهما
والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله
فالحق في نصيب الابن وسرور النبي ع بما روى لان الكفار كانوا يطعنون في
نسب اسامة بن زيد رضي الله عنه وكان قول القائف مسقطا لطعنهم فسر به

اب هو

ولده

نصف عقرها

بنا لملك

فيتقدم

العام

فتسر به قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد
فيصير نصيبه فيها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا
بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة
في حقه ويرثان منه ميراث ابن واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة و
اذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت
نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب
يدعي ولد جارية ابنه ووجه ظاهر وهو قول ان المولى لا يملك التصرف
في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا تعتبر تصديق الابن
قال وعليه عقرها لانه لا يتقدره الملك لان ماله ذلك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكره
قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب به
فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له
لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب
لم يثبت لما بينا انه لا بد في تصديقه فلو ملكه لو ما يثبت نسبه منه لقيام المؤجب
وزوال حق المكاتب انه هو المانع والله اعلم

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين اللغو فالغموس هو
الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله ع
من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار
وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله
تعالى وقد تحقق بالاستشهاد باسمه كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة
والكفارة عبادة حتى تؤدى بالصوم ويشترط فيها البنية فلا تناط
بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار
مبتدإ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل
ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم
الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو
ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين
نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وفي اللغو ان يقول والله انه لزيد
وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله
باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء لاختلاف في تفسيره قال وهو
القاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله ع تجاوز

ولدها

يرثوا

جد هزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك
وسنتكلم في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان
الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو شرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط
حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة
الذنب **باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا قال** واليمين بالله تعالى او باسم
آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عادة كعزة
الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل
لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله
فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اغفر
علمك فينا اي معلومك ولو قال غضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله
لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة
والغضب والسخط يراد بها اثر العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي
والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ولذا اذا
حلف بالقرآن لانه غير متعارف **قال** رضي الله عنه معناه ان يقول النبي و
القرآن اما لو قال انا بري منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر **قال** والحلف
بحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله و
التاء كقوله تالله لان ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمن
الحرف فيكون حالفا كقوله الله لافعلن كذا لان فحذف الحرف عادة العرب
ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فيكون الكسرة دلالة على
المحذوفة وكذا اذا حلف وقال الله لان الباء تبدل بها قال الله تعالى امنتم به
امنتم له قال ابو حنيفة له اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى
الروايتين عن ابي يوسف له وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من
صفات الله تعالى وهو حقيقة فصار كانه قال الله الحق والحلف به متعارف
ولهما انه يراد به طاعة الله الطاعة حقوقة فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال
والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر
يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم بالله او احلف او اخلف بالله
او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الفاظ مستعملة في الحلف وهذه
الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة
يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانكم جنة و

والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج
الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية
سوكند مى خورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون
يمينا ولو قال سوكند مى خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف
قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه
ايمن الله وهو جمع يمين قيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف
بالتفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين
قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا
قال علي نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة
يمين ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا
لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد
امكن القول بوجوبه بغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك
لشيء قد فعله فهو الغموس لا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز
معنى وصار كما اذا قال هو يهودي وصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم
انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث
اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله وسخطه فليس
بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف
وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او اكل
ربوا لان حرمة هذه الاشياء يحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة
الاسم لانه ليس بمتعارف **فصل في كفارة اليمين قال** كفارة اليمين
عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وان شاء كساه عشرة مساكين
كل واحد ثوبا فما زاد ادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين
كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة
مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب فيه احد الاشياء الثلثة **قال** فان
لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يجزيه
التخيير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام
متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي
عن محمد وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله تعالى ان ادنى الكسوة ما يستر
عامة بدنه حتى لا يجوز السروايل وهو الصحيح لان لابسها عريان في العرف

لكن ما لا يجزيه في الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة
على الحنث لم يجز وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين
فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة تستر الجناية ولا جناية واليمين
ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من
المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او يكلم
اباه او ليقتلن فلانا فينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف
على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه
ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في
ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام فلا حنث
عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعتقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون
معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه
لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه
لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة
لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا
حنث ووجب الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم
اذا ثبت يتناول كل جزء منه ولو قال كل علي حرام فهو على الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا
وهو التنفس ونحوه وهذا على قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يتحصل
مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف
فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط
اعتبار العموم فاذا نواها كان ايلاء فلا يصرف اليمين عن المأكول والمشروب
وهذا كله جواب الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية
لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف
واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط
النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه
الوفاء به لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق نذره بشرط فوجد
الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده
وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة

سنة او صدقة مال املكه اجزاه عن ذلك كفارة يمين وهو قول رح ويخرج عن العهدة
بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع
وهو بظاهر الرواية نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد
كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال
ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه قال ومن حلف على يمين
وقال ان شاء متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله
فلا بد في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ دخول ولا رجوع في اليمين باب
اليمين في الدخول والسكنى ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة
او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا
دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة يكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز
بحيث لو اغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل
صفة يحنث لانها تبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل
هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفا فهم وقيل الجواب
مجرى على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا تدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند
العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غير عامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء
وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا تدخل هذه
الدار فخربت ثم بنيت دار اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها لم يبق دارا لاعتراض
اسم آخر عليها وكذا اذا دخلها بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به
وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخل بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت
فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف
وصف فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام من حلف لا يدخل
هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه
بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب
ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق
الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من
الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل
استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول

فدخل دارا

لاد وام له لانه انفصال في الخارج الى الداخل ولو خلف لايلبس هذا الثوب وهو
لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لايركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل
في ساعته او حلف لايسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة في ساعته وقال
زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين يعقد للبر فستثنى منه زمان تحقيقا
لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام لحدوث امثالها الا ترى انه
يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لايقال دخلت
يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابد الحالص يصدق لانه محتمل كلامه وان حلف
لايسكن هذه الدار فخرج ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد
ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقية في عادة نهاره في كسوق ويقول اسكن سكنى
كذا والبيت والحجرة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لاتوقف البر على نقل المتاع
والاهل فيما روى عن ابي يوسف لانه لايعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاهل
والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة لابد من نقل كل المتاع حتى لو ترك
وتد يحنث لان السكنى قد تثبت بالكل فبقي ما بقي منه شئ وقال ابو يوسف يعتبر نقل
الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كفاية لان ما وراء ذلك
ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى
لو تأخر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لايبر دليله في الزيادات ان من خرج لعيال
في مصره فلم تجد وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا **باب اليمين
في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك** قال ومن حلف لايخرج من المسجد فمر اقائما بحمله
فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابته فخرجت ولو اخرجه
مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لابامره لايحنث في الصحيح
لان الانتقال بالامر لابمجرد الرضا ولو حلف لايخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم
الى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو
حلف لايخرج الى مكة فخرج يريد مكة ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو شرط اذ
الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لاياتيها لم يحنث حتى تدخلها لانه
عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لايذهب اليها
قيل هو كالاول وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال حلف
لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك
مرجو ولو حلف ليباتنه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة
وفسره في الجامع الصغير قال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لايقدر على اتيانه

على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى به استطاعة القدرة القضاء دين فيما بينه وبين
الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات
وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح منه الاول ديانة لانه
حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لايصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف
لايخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولابد
من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراء ذلك داخل في
الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها
بغير اذن لم يحنث لان هذه كلمة عامة فينتهي اليمين بها كما اذا قال حتى اذن لك ولو اراد
المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد
رجل ضرب عبده فقال له ان ضربتك فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الغضب
ويفرد ابو حنيفة باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الضربة والحرجة
عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فقعد عندي فقال ان تغديت فعبدي
حر فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه جرى مجرى الجواب فيسقط على السؤال فينصرف
الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ
ومن حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبده له ماذون مديون او غير مديون لم يحنث
عند ابي حنيفة الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وان نوى لانه لا ملك فيه
للمولى عنده وان كان الدين عليه مستغرقا ولم يكن عليه دين لايحنث ما لم ينوه لان الملك فيه
للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث
فيحتمل الاضافة الى المولى ولا بد من النية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه
لاحتمال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لايمنع وقوعه
للسيد عندهما **باب اليمين في الاكل والشرب** قال ومن حلف لايأكل من هذه النخلة فهو على
تمرها لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن بشرط ان لايتغير بصنعة جديدة حتى لايحنث بالبسر والحل
والدبس المطبوخ وان حلف لايأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف
لايأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه
بخلاف ما اذا حلف لايكلم هذا الصبي وهذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المتكلم
الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لايأكل لحم هذا الجمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث
لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا وهم الكبش

المطبوع

139

ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا
أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث
في الرطب يعني البسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر
المذنب يسمى بسرا وصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب ما يكون في دينه
قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون أكله أكل البسر والرطب وكل واحد مقصود
في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيقع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا
فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان
اليمين على الأكل يحنث لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا
وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير أو أكله
يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث
والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن
اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وإن أكل لحم خنزير أو إنسان يحنث
لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام واليمين قد انعقد للمنع من الحرام وكذا إذا أكل كبدا أو كرشا لأنه لحم
حقيقة فإن نحوه من الدم استعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحما ولو حلف
لا يأكل أو لا يشتري شحما لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقالا يحنث في شحم الطيور أيضا
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله أنه لحم حقيقة ألا يرى أنه
يتسامن من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث
ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فأما اسم نبه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال
ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحما أو شحما فاشترى إليه أو أكلها لم يحنث لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل
استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها
لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضا لأنه مفهوم منه عرفا ولأبي
حنيفة أن له حقيقة مستعملة فإنها تقلى وتعلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الأصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار
وإليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث
لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز
مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير
لأنه هو المعتاد في غالب البلدان ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث لأنه لا يسمى خبزا مطلقا إلا
إذا نواه لأنه يحتمله وكذا لو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان
بطبرستان أو في بلده طعامهم ذلك يحنث لا بأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لأنه يراد

وإن حلف

يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق إلا أن ينوي ما شوي من بيض أو غيره لمكان الحقيقة ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما
طبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا
نوى غير ذلك لأن فيه تشديدا وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا ولو حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه
على ما يكنس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكنس وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رأس البقر والغنم عند
أبي حنيفة وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على
حسب العادة كما هو المذكور في المختصر وإذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل رطبا أو عنبا أو رمانا أو قثاء أو خيارا
لم يحنث وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا يحنث وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان
أيضا والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده هي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد
أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواتها فيحنث بها وغير
موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما أما العنب والرطب والرمان فهما يقولان معنى
التفكه موجود فيها فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رح يقول إن هذه الأشياء
مما يتغذى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو
من الأقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام والشواء ليس بإدام والملح إدام وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رح ما يؤكل مع الخبز غالبا إدام وهو رواية عن أبي يوسف رح لأن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة
وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض وغيره ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون
قائما فيه وفي أن لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولأنه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما
يضاهيه لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بإدام بالإجماع هو الصحيح وإذا حلف
لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلوة الظهر إلى نصف الليل لأن ما بعد الزوال
يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر إحدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر لأنه مأخوذ
من السحر وينطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت
فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره ولأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب
وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص وقال إن لبست ثوبا أو أكلت
طعاما أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لأنه نكرة في محل الشرط فيعم فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف
الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث بكرع منها كرعا
عند أبي حنيفة رح وقالا إذا شرب بإناء يحنث لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته
في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا وإن حلف لا يشرب
من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه وهو الشرط فصار كما إذا
شرب من نهر يؤخذ من دجلة ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في
الكوز ماء لم يحنث فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال

على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج
أيضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل

ابو يوسف رح يحنث في ذلك كله معنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله واصله ان من شرط
انعقاد اليمين وبقائه القصور عندهما خلافا لابي يوسف رح لان اليمين انما انعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه
وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الحلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت
اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رح يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في
في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة ولا يجب
الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا
بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث
في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت فيجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك
لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه ويبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن
حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح
الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى
واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لحلفه ثم حنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف
فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف
ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف ان لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع
الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينبه كان كما اذا ناداه
من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن
مشتق من الاذان الذي هو اعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح
لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يعم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر
وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر يتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فينبغي الذي يلي يمينه
داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان ذكره
لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحنث وان قرأ في غير صلوته
حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا
انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا
لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قاريا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا كامرأتي طالق فهو على الليل
والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام
لا يمتد وان عين النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح لا يدين في القضاء لانه خلاف
المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله
في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حين يقدم فلان او الا ان يأذن فلان

ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور لان صح

فلان او حين يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن
لم يحنث لانه غاية اليمين ما فيه قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان
سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رح لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت
منصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية يتابد اليمين ومن
حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت
منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة
ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رح هذا اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة
النسبة عند محمد رح يحنث كالمرأة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف
لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه
ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان
قال عبد فلان هذا او امرأة بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة
والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال محمد رح يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رح
وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله
ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرن ولغت الاضافة اليه وصار
كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى
لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا
كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب
هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا يحتمل التعريف لان الانسان لا يعادى
لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا
حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية
الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر
لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان
حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه
وهذا لان اليسر لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد
ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين
ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة
كلامه قال وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح الدهر ما ادري ما هو وهذا الاختلاف
في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين

دوامها وتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير صح

ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع صح

والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين لمعنى وابو حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات
لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام
لانه اسم جمع ذكر منكرا فينصرف الى اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده
وعندهما الى اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف
الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر
لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثير عند ابي حنيفة رح
عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين
بالفارسية ينصرف الى سبعة لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا
اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر
ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو
قال اذا ولدت ولد فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فينحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس
بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد يعتد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات
الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر اثره في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فينعقد بوصف
الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا
واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى
عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث
فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به
التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم
اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق من يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان
الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء
فتثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث
وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان
البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول
وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه
ينوي به كفارة يمينه لم تجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهو اليمين فاما الشراء فشرطه

فشرطه وان اشترى اباه ينوي كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشرى شرط
العتق فاما العلة هي القرابة وهذا لان الشرى اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافات ولنا
ان شراء القريب اعتاق لقوله عم لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشرى
اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظيره قوله سعاه فارداه ولو اشترى ام ولده لم تجز ومعنى
هذه المسئلة ان تقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد
فلا يضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة
يميني حيث تجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين
وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت
لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتناول
كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم يعتق خلافا لزفر رح فانه يقول التسري
لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير
التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر
بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء
حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان
مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة
المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان
الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة
فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة
وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولين ثم عطف
الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه
وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بيناه والله
اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع
ولا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه
ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر
انما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان
لا يتولى العقد بنفسه لانه يمتنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق
فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر و
حقوق العقد يرجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى

المعنى في العرف ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه
لان المالك له ولانه ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا
اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا آلي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق
وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والآمر بذلك مثل التكلم
واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل
حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالنسب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة
وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة
اليه وهو التأدب والشفقة فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الآمر بضرب العبد لان منفعة الايتمار بامره
فيضاف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب
الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله
بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا
مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه
فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته
فباعه على انه بالخيار وعتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري
ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه
وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت
الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأتي طالق فاعتق او
دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع واذا قالت المرأة
لزوجها ان تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف
انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو الطلاق غيرها فيتقيد به ووجه
ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتديا وقد يكون غرضه ايحاشها حين
اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء
لانه تخصيص

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في
غيرها علي المشي الى بيت الله الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واراق دما وفي
القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه
ولان الناس يعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا
فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج والذهاب
الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى

او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم
حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار
ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف
ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان
انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عنده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يعتق لان هذه
شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على
النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج وغاية
الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز من نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم
وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على
قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صاما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام
المعتبر شرعا وذلك بانتهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به وان حلف لا يصلي فقام
وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا
بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى
صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة
لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك
فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى
اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة
ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة تكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك
سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا
ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجل والتختم به
لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبست عقد لؤلؤ غير مرصع
لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا
ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن
حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قوام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه
فراش آخر فنام لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض
فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض
لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط وحصير حنث لانه يعد
جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو
على الحيوة لان الضرب اسم للفعل المولم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر
توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة
في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به السفر وقيل في الفارسية ينصرف الى اللبس
قال وكذا الكلام او الدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول
عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما
مات حنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف
لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام
وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأتي كذا
وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدث الله تعالى وهو متصور فينعقد
ثم يحنث للعجز العادي وان لم يكن عالما به لم يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور
فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح **باب
اليمين في تقاص الدراهم** ومن حلف ليقبضن دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى
بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دون الشهر يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا
يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقبضن فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد
فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط العبد وقبض المستحق صحيح ولا يرتفع
بردة البر المخفف وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز
التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه
المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين
لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه
درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه يوصف
التفرق الابدي انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث
الا به وان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وذلك ليس
بتعريف في العادة لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا العذر مستثنى
عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأتي كذا فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان
المقصود منه عرفا نفي ما زاد على مائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها وكذلك
اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف
لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فيعم الامتناع ضرورة عموم النفي ولو حلف ليفعلن

ليفعلن كذا ففعله مرة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام اثبات
فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل
واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه مكان كل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته لان المقصود
منه دفع شره او شر غير حد حجره فلا يصدق فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا
بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا
لزفر له فانه يعبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا
يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يعم به اما البيع فمعاوضة
فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه
اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا
للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق
وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج
قاض عليه والله اعلم بالصواب **كتاب الحدود** الحد لغة هو المنع ومنه
الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص
حدا لما انه حق العبد والتعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به
العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار
والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما
فيما يتعلق شومه مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة
ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة
يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه
والاشاعة وضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنى ما هو وكيف واين زنى وبمن زنى ومتى
زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك لانه عناه غير الفعل
في الفرج عناه او زنا في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها ولا الشهود
كوطئ جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها
في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ثم لم يكتف بظاهر
العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة
وتعديل السر والعلانية سنبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود
للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل
ظهور العدالة وسيأتيك الفرق من بعد ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر العاقل البالغ

على نفسه بالزنا في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان
قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربعة مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي
بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة
الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادات ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فان النبي عم اخر
الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت
الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنى
وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات
فعنده تحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه هو المروي عن ابي حنيفة
لان النبي عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا
ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه
الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع
الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه وان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة
الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد
باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا
ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس حد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد
هو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام
ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز رضي الله عنه لعلك مسستها
او قبلتها وقال في الاصل ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا
قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا
رجم بالحجارة حتى يموت فانه عم رجم ماعزا رضي الله عنه وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد
احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال يخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس
كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في
بدايته احتمال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع
مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد
لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ
الامام ثم الناس كما روي عن علي رضي الله عنه ورسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة و
كانت اعترفت بالزنا ويغتسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عم في ماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما
تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى عليه عم على الغامدية بعد
ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فجلده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما

منهما مائة جلدة الا انه نسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال يأمر الامام بضربه بسوط
لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير
المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون
الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمرها بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه
وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق
الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال
الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عم للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج
مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات شيء منها
بالضرب وذلك اهلاك فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف رح يضرب ايضا رجع اليه وانما
يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال
ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد في حربي كان يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا
ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض
ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط ويرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده
بعد الضرب وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله
تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منصف
للنعمة منقص للعقوبة لان الجناية عند توافر النعمة افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل
والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا تنزع من ثيابها الا الفرو والحشو
لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما
فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عم حفر للغامدية
الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضر لانه عم لم يأمر بذلك
وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر وتحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم
ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير
مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له
ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا
قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها
اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيسويه من هو نائب عن الشرع
وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع
عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما
على صفة الاحصان والعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما

ط من عادة الكفرة والاهلاك مستحق فيه ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه

مبنى اقامة

الثندوة ثدي الرجل او لحم الثديين

عم

يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من
جلايل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما
ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح من الوطي الحلال والاصابة
تشبع بالحلال والاسلام يمكنه من النكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا
والجناية عند توافر الزواجر اغلظ والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح
في رواية لهما ما روي ان النبي عم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ
يؤيده قوله عم من شرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه
يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة
او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات
وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة و
قلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع
الاختلاف في الدين وابو يوسف رح يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم لا تحصن
المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن هذه الجلد
والرجم لانه عم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة
اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رح يجمع بينهما حدا لقوله عم
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله عم
تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مولاة البقاء فربما يتخذ زناها مكسبة و
هو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ
كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال
الا ان يرى الامام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسيأتي بيانه لانه قد يفيد
في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم
واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده
الجلد لا يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت
الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فمتى تتعالى
من نفاسها فهي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم
لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رح يؤخر الى ان تستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد
يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عم قال للغامدية بعد ما وضعت
ارجعي حتى تستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار

الاقرار لان الرجوع عنه قابل فلا يفيد الحبس

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك
وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عم ادرؤا
الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل ويسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل ويسمى شبهة حكمية
فالاولى يتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه
والثانية يتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط
بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه
لان الفعل المحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر ولم يتمحض في الثانية
فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا
بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد و
الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها
تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة
طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض
والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع
لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح يثبت بالعقد وان كان
متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا يثبت اذا علم بتحريمه وتظهر ذلك في نكاح المحارم على
ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثيبا ثم وطئها في العدة وقال
علمت انها علي حرام حد لزوال الملك عن المحل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب
بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد
لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام
اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام
بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم
وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه
انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها
نشأت عن دليل وهو قوله عم انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الحد ويثبت النسب منه
وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد
عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين
هؤلاء انبساط في الانتفاع وظنه في الاستمتاع الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا قالت الجارية

ظننت انه تحل والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد ومن وطئ جارية عمه وقال ظننت انها تحل لي حد
لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولادة لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء
انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو
الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد
قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد
لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم
التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت
انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا تحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك
لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل
وهي من المحرمات ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم
قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث
الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن
وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل لوط
فلا حد عليه عند ابي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير وتودع السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي
الشافعي رح وقال في قول يقتلان في كل حال لقوله عم اقتلوا الفاعل والمفعول وفي رواية فارجموا الاعلى والاسفل لهما
انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا
لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الحجارة وغير ذلك
ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد
الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحيل الا انه يعزر عنده لما بيناه ومن وطئ
بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليها
نهاية السعة او فرط الشفق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه يذبح البهيمة او
يحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنا في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا تقام عليه الحد وعند الشافعي
يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عم لا يقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار
وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم ينعقد موجبه فلا ينقلب
موجبه ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده
بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي في دارنا بامان فزنى بذمية او زنى
ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني اذا
زنى بحربية فاما زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون

يحدون كلهم وهذا قول الآخر لابي يوسف رح ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما
انه ما دخل للقرار بل الحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم
ولا الذمي فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف
والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا
فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى وامتناع الحكم في حق الاصل يوجب امتناعه في حق البيع
اما الامتناع في حق البيع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة
من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رح فيه ان فعل المستأمن زنا لانه مخاطب بالمحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا
بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف
اذا زنى المكره بالمطاوعة يحد المطاوعة عنده وعند محمد رح لا يحد واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته
فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رح وان زنى صحيح بمجنونة
او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه
وكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الذي يتحقق منه والماضي محل الفعل
ولهذا يسمى هو واطيا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول
باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبح الزنا
وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد
ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رح يقول اولا يحد وهو قول زفر رح لان الزنا
من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وانتشار الآلة دليل الطواعية وجه الثاني ان سبب الملجئ قائم
ظاهرا والانتشار دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما في النائم فلا يزول اليقين بالمحتمل ثم رجع
وقال الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث الشبهة قال وان اكرهه غير السلطان
حد عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحد لان المانع الالجاء وخوف التلف ويتحقق ذلك من غير السلطان ولابي حنيفة
ان هذا اكراه من غير السلطان فلا يتحقق لانعدام الدوام لوجود الدافع وهو السلطان وذلك لان السلطان
انما شرع لدفع الظلم كقول القائل والله يدفع بالسلطان معضلة ولان الخوف من السلطان متحقق لغيره
فلم يبق مكرها قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لانه لم يكن في زمن ابي حنيفة رح يعني السلطان من القوة ما لا يمكن
دفعها بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب وزماننا كذلك فصلح شبهة في اسقاط الحد
ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا
وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو
يقوم بالطرفين فاورثت شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنا بجارية
فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه

لا حد عليه لان

وعن ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها
وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع
ولهما انه ضمان قبل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع
البضع لانها استوفيت والملك ثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا
زنى بها فاذهب عينيها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك ثبت في الجثة العمياء
وهي عين فاورثت شبهة وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به و
بالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف
حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها
واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن
الامام لم يقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب
خمر او بزنا بعد حين لم يوجد به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم
خلافا للشافعي رح هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حجتين بين
اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة
حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فيتعنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان
لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار
فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم
بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار
على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من
المالك فيجب على الشاهد اعلانه وبالكتمان يصير آثما فاسقا ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة
بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رح حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام
عليه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر
فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رح وابو حنيفة رح لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي
في كل عصر وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام
فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي
في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا
انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون

دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها
لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لا تخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان
انه زنا بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح
وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف
جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم وله انه اختلف المشهود عليه
لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد
عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك
وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان
المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يقم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد
الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد
الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب
لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية و
الانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم
ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما ترى عنده وان شهد اربعة انه زنى بها عند
طلوع الشمس بالنخيلة واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدهيد درئ الحد عنهم جميعا اما
عنهما لانا تيقنا بكذب احد الفريقين بغير عين اما عن الشهود لاحتمال صدق كل فريق وان شهد
اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسئلة
ان النساء نظرن اليها وقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا
سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون
في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت
بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت
شبهة الزنا لان الزنا ثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا
لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي
بشهادته ينفذ عندنا فثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق
فثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق
ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا
لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان
شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف
فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرر وان رجم

فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رحمه الله معناه
اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود ولا يضمنون عنده
وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم
الخارج وغيره فيضاف شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الحداد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح
ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير خارج ولا مهلك ولا يقع خارجا ظاهرا الا لمعنى في الضارب
وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة
الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة
الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لا يحد ايضا معناه شهدوا
على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في غير هذه الحادثة
اذ هم القائمون مقامه بالامر والتحميل ولا يحد المشهود لانهم عدد متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع
شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده
وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الرابع
ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان
شاء الله تعالى واما الحد فمذهب الثلثة رحمهم الله وقال زفر رح لا يجب الحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت
وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما ينقلب قذفا
بالرجوع لانه تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه
فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه
حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة
تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع واحد بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار
كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا
وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليهم لانه بقي من يبقى
بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما
الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف
فان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه
اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا
بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان
الشهادة انما تصير حجة وعامله بالتزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط

فكانت التزكية

الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا الحرية والاسلام اما اذا قالوا
هم عدول فظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون
حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب
رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه
الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورثت شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر
حجة بعد ولان ظنه مباح الدم معتمدا على دليل فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لانه عمد
والعواقل لا تعقل العمد ويجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت
المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف
ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح
النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان
وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب
منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها تعقب الرجعة والاحصان ثبت لمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه
بالاحصان رجل او امرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على اصله ان شهادة من غير مقبولة في غير الاموال
وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة
فلا تقبل شهادة افيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا
لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا لما ذكرنا فلا يكون
في معنى العلة فصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق ثبت بشهادتهما
وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان
لا يضمنون عندنا خلافا لزفر رح وهو فرع ما تقدم والله اعلم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد واذا
اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عم من شرب
الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع بقبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده
اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد يكون من غيره كما قيل شعر
يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول
ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجد ثمه رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة
على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن
للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار والتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا

على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا مدلول ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما ذكرنا فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به حتى صرفه الى الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وبين الكلام في حد السكر ومقدار المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد رائحة الخمر منه لتقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ودلبن الدماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا الحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا للمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الخمر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ويفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا نعتبرنا نيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو ظاهر لاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية ونهمة الفضل والنساء والسكران لا تجد هو الذي لا يعقل منطقا قبيحا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل والمرأة قال به هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله ولان تؤخذ فرائض الحدود بالقضاء درءا للحد ونهاية السكران ان يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز في شيء ويثبت دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في الفتوى السكر الذي حرمته ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحوط والشافعي له يعتبر ظهور اثره في مشيه وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي حقوقه عليه كما في تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

قال الرجل حلالا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة في الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويوقف على عصابته لما مر في حد الزنا ولا يجرد ويضرب لان سببه غير مقطوع به فلا تقام على

على الشدة بخلاف حد الزنا معبرا انه ينزع عنه الحشو والفرو لان ذلك يمنع ايصال الالم وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يتطلع عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب للاحرار والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست من فلان لابيه الذي يدعي انه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبه وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند ان شافعي له يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على نحو ان شاء الله تعالى وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومسه حد والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك يشتبه الاحكام واذا تعارض الجهتان فان غلب حق العبد كما في القصاص

ولا يثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية ونهمة الفضل والنساء والسكران لا تجد هو الذي لا يعقل منطقا قبيحا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل والمرأة قال به هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله ولان تؤخذ فرائض الحدود بالقضاء درءا للحد ونهاية السكران ان يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز في شيء ويثبت دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في الفتوى السكر الذي حرمته ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحوط والشافعي له يعتبر ظهور اثره في مشيه وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي حقوقه عليه كما في تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

قال الرجل حلالا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة في الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويوقف على عصابته لما مر في حد الزنا ولا يجرد ويضرب لان سببه غير مقطوع به فلا تقام على

لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه
مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
الا نيابة وهذا هو الاصل الممهد الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث
يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده
يصح ومنها انه لا يجوز الاعتياض منه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف رح في العفو
مثل قول الشافعي رح ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال
ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان المقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو
خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي ما نبطي لم يحد لانه يراد به التسبب في الاخلاق
او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف
لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه
او اخاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء لا يسمى ابا اما الاول لقوله تعالى واله ابائك
ابراهيم واسمعيل واسحق واسحق واسمعيل كان عماله والثاني قوله عم الخال اب والثالث للتشبيه ومن
قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة وقالت امرأة في العرب وارق الى
الخيرات زناء في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا
لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى
الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زاني
اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني ومن قال
لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان
وقذفها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود بالقذف ليس باهل له ولا ابطال
في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد واذا قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان
ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زنا لي
ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار
ويجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن
لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن فان نفاه ثم اقر به حد لانه لما كذب
نفسه بطل اللعان دون الحد لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف

القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا
او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني
ولا بابيك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة
ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها
بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت
العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام
امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط
الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد
بقذفه لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء
في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام بعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة
فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة
ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور ليكون ثابتة من غير تردد وبيانه اذا قذف رجلا او وطئ جارية
بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها
لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية
او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة
لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رح ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رح لان الملك
زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي
موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح
ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة
رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رح وقالا لا حد عليه وهذا
بناء على تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل
الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه
طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذى وموجبه اذاه اذا اذى واذا حد المسلم في قذف
سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها
بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث
لا يقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام
حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد
الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة

على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد
تتمة لحده فان اسلم قبلت
شهادته صح

صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد شهادته اذا لاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن
قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة
الحد حقا لله تعالى في الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق لان المقصود من كل جنس غير المقصود
من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال
الشافعي رحمه الله ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان
المغلب حق العبد عنده **فصل في التعزير** قال ومن قذف عبدا او امة
او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان
فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث
او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير
الا انه يبلغ في التعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الوجه الثاني الرأي
الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا
يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه تلحقهم
الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا
واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه
سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه
وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه
فقلده ثم قدر الادنى بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله
ان ادناه على ما يراه الامام بقدر ما يعلم انه يزجره لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف
انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد
الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وان رأى الامام ان يضم الى الضرب
في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان
ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير
قال اشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا تخفف من حيث الوصف
كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم تخفف من حيث التفريق على الاعضاء ثم حد الزنا لانه
ثابت بكتاب الله تعالى وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم
جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه

سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ
من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع
وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته
لانه مطلق فيه والاطلاق مقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله يجب

والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت الايدي
لا تقطع في عهد رسول الله عم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته

صفة له وعن ابي يوسف ليه انه يه تد شهادته اذا لاقل بيع للاكثر والاول اصح فاذا زنى
قذف او زنى او شرب غيرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصد منهما اقامة
الحد حقا لله تعالى في الازجار واحتمال حصولي بالاول قائم فتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وبهذا الخلاف اذا زنى وقذف وشرب وسرق لان المقصود من كل جنس غير المقصود

وجب القطع والبيع والاصل فيه قوله ﷺ لا قطع الا في ثمن المجن والبيع والبدن
والبدن والمجن الترس سمي بذلك لانه يستجن به اي يستتر به والقطع جزاء الجناية
فيقدر بقدر الجناية ولان الجناية لا تخفى فلا يتحقق كتمه والاخذ خفية يتحقق كتمه
دراهم فنقدر بها وعند الشافعي رحمه الله لا قطع الا في ثلثة دراهم لان القطع
يتنصف على عهد رسول الله ﷺ وابو بكر رضي الله عنه وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنه
بدينار او عشرة دراهم ثم رأى عمر رضي الله عنه ان يقوم الدينار على عشرة دراهم
ويجعل ثمن المجن فصار ربع دينار او عشرة دراهم والدليل على ان الاعتبار بالدينار
والدراهم بالدنانير ان الاخذ بالاخف متعين هذا اذا كان الاخف ربع دينار او عشرة
دراهم عند عدم الجناية وهي دارية وقد ثبت بذلك ان القطع لا يتنصف بتنصف
الدراهم بل يتعلق على الاصل وهو الدينار وعند الشافعي رحمه الله ثلثة دراهم
وهو قاله الرواية وهو الاصح وعند مالك رحمه الله ربع دينار او ثلثة دراهم
من غنم مضروبة لان القطع لا يجب الا بسرقة كاملة وذلك بهذا القدر
وقوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم استشارة الى ان الاشياء تعتبر فيها
ذهبا والابدان خوارا شبهة فيه لان الاشياء تعتبر فيها

ثبت بكتاب الله تعالى وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم
جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستتار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق
السمع وقد بدئ عليه وصاف في الشريعة على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي
مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الحرز على الاستتار واخذ المال من المالك
مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عن الامام لانه المتقدر بحفظ الطريق باعوانه
وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة
دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمتها بها وان كان ذهبا لا بد من حرز لا شبهة فيه لان
الشبهة دارئة وسنبينه فيما بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النقص لم يتصل
ولان التنصيف متعذر فيكمل صيانة لاموال الناس يجب القطع باقراره مرة واحدة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين وبه ورد عنه
انها في مجلسين مختلفين لانه احد الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة ولذلك اعتبر في الزنا
ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفي به كما في القصاص في حد القذف ولا اعتبار
بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا يفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة
وباب الرجوع في حق الحد لا ينبئ بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصلح اصلا لان صاحب
المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادتهما
شاهدين يتحقق الظهور بحكمها سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وما بينها
وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط لحكمها في الحدود ويجب الى ان يسأل عن الشهود للتهمة
قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه
اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بحنايته فيعتبر بحكم النصاب
في حقه والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد حقيرا

ساحاني دار الاسلام كالحطب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزنبيح
والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت الاترى
لا يقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد حنبه ساحاني الاصل يصير

غير مرغوب فيه حقير يقل الرغبات فيه والطباع لا يضن فيقل ان يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ماء ودن لنصاب ولان الحرز فيها فعل لا يتأتى الا بحفظ يبقى على الابواب دائما يدخل في الدار للعمارة لا لاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة الثابتة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة لو رث الشبهة والحد يندرئ بها وتدخل في السمك المالح والطري فيطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا والاطلاق قوله عليه لا قطع في الطير وعن ابي يوسف يجب القطع في كل شيء الا في الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليها ما ذكرناه ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كالبطيخ والرطبة والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي اي غصن النخل وقال لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالهريسة للاكل وما في معناه كاللحم واللبن لانه يقطع في الحفظة والسكر اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر واذا اواه الجرين او الجران قطع قلنا على وفق العادة والذي لم يوجد في العادة في الجرين هو اليابس من الثمر دون الرطب فيقطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها يباح في حالة بعضها اختلف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وشراؤه ولنا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفراده ما وجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا يعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربي على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعهم قال ولا في الصليب من الذهب والسطرنج ولا النرد لانه يتأول في اخذه بالكسر نهبا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المقتنى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال ولا عليه في الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي سكانه او حمله الى معلم صنعة وقال ابو يوسف انه يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اباقا فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يتمشى ولا يتكلم كيلا يكون في يده نفقة ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب واختلاع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدثا الا اذا كان يعتبر بخفته لانه والبالغ سواء في اعتباره وقال ابو يوسف لا يقطع وان

وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي متقوم وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه لتقوم الآدمية ولا قطع في الدواب كلها لان المقصود منها وذلك ليس بمال الا في حوافر الخف لان ما فيها لا يقصد الا لاخذ ذلك المقصود هو الكلام عند قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان فيه جنسا يوجد مباحا الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء رحمهم الله ظاهر والية الكلب قاصرة شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عند ما لا قيمة لها وعندنا يجب فيها اخذا بما تأول الكسر فيها ويقطع في الشاهين والقنا والآبنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها فاخرة الاموال وانفسها ولا يوجد مباحا الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصار كالذهب والفضة واذا اتخذ من الحشب اواني وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الآلة وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لان مجاهرته بفعله كيف كان وقد قال عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بفتح اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا لورثته لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من بيت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال المسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق متاعا لم يقطع لانه استيفاء لحقه بمقدار حقه يصير شريكا فيه لتأخر المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعها بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له اخذه عند بعض العلماء قضاء فحقه اوهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون انصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف انه وهو قول الشافعي لهما قوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية منكاملة كالاولى بل افحش لتقدم الزاجر فصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة

لان السرقة فيه لم تجب لحق المالك حتى يسقط بالتقادم

والمحال والمؤجل فيه سواء لان الحال يحتمل

وكان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف ان شاء الله تعالى وبالرد الى
المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام
الموجب وهو القطع فنه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الخيانة منه نادر
فتحله شبهة الزاجر فيعرى الآفة عن المقصود وهو تقليل الخيانة وصار كما اذا قذف المحدود ثم
القذف المقذوف الاول فان تغيرت عن حالها مثل ان كون عزل افسقه وقطع فرده
ثم نسج فعاد فسقه قطع لان العين قد تبدل فلهذا يحكم الغاصب وهذا هو علامة التبدل في
كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة عن اتحاد المحل فيه وجب القطع ثانيا **فصل**
في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول اذا هو
الولد للسوطة في المال في الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اتبع الشرع النظر الى المواضع
التي يظهر فيها خلاف الصديقين لانه عادة ابلسه فيه وفي الثاني خلاف الشافعي له لانه
الحقهما بقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت في الرحم المحرم متاع غيره
ينبغي ان لا يقطع لو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعنده وان سرق من الرضاع
الرضاع قطع وعن ابي يوسف له انه لا يقطع لانه يدخل عليها في غير استيذان وحشمة بخلاف
الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها
لا تحترم حكما اذا ثبت بالزنا والتقبيل عن شهوة وافر منه ذلك الاخت من الرضاعة وهذا
لان الرضاعة قل ما تشتهر فلا بسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف الزوجة واذا سرق احد الزوجين
من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول
عادة وان سرق احد الزوجين من الآخر خالصا لا يسكن فيه ذلك عندنا خلافا لمالك فهي لبسوطة
بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع
لان له في اكتسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال ليس في الخلسة ولا في الخيانة ولا في العبد الآبق ولا في المغنم قطع وهو قول عامة
اهل العلم وقال ابن عباس رضي الله عنه يقطع السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ما روي
عن علي رضي الله عنه انه قال في الآبق اذا جاء به فهو لك يا سلمان فجعله له وهذا يدل على
ان له في الكل حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال في الآبق اذا جاء به فهو لك يا سلمان فجعله له وهذا يدل على ان له في الكل حقا
وراء وتعليلا والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال له
الحرز لابد منه لان الاستتار لا يتحقق دونه ثم قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز
الامتعة كالدور والبيوت والصناديق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في
الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم
من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز
بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى
يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا باخراج لقيام يده
قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اظهر لزوال يد المالك بمجرد الاخذ
فيتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده

عنده هو الصحيح لانه بعد النوم عند متاعه حافظ له في العادة وعلى هذا الخلاف الموضع والمستغير بمثله
لانه ليس بمضيع بخلاف المستأجر على ما اختاره في النقاية وقال من سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحدى الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او بيت اذن للناس في
الدخول فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز وتدخل في ذلك حوانيت التجار
والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانتهاء بيت الاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن
سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني الا احراز الاموال فلم يكن
المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان
حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحفظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن نزل لان البيت لم يبن حرزا في حقه
لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة
فلم يخرج بها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها
في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرج بها من مقصورة
الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان خرج من منزل
المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص بيتا فدخل واخذ المال
ولم يخرج من البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة
على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف
ان اخرج الداخل مع ما دلها الخارج فالقطع على الداخل ان ادخل الخارج يده فيما دلها
فيد الداخل تعليها القطع وهي بناء على مسئلة ثانية بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق
وخرج ولم يأخذ وكذا الآخذ في الشكة لكما لو اخذ متعه ولنا ان الرمي حيلة يعتاد بها السراق للتعذر
الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة
فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال ولكنك اذا حملت عشرة
اصناف واخرجته لان سيرة مضاف اليه بوقوفه واذا ادخل الحرز حجارة فيولي بعضهم الآخذ قطعوا جميعا
قال رضي الله عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه
فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى ولان المتعاونين
ان يحمل بعضهم المتاع ويشم البواقون للدفع فلو امتنع القطع اذن الى سد باب الحد
من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف له في الابتداء انه
يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق
الصيرفي فاخرج الفطرين ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم
والكمال في الدخول فانه يمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيما
ادخال اليد دون الدخول بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طرحه

فان اخذه قطع وكان في معنى من لم يخرج لان الاخذ هو الموجب للقطع كما لو اخرج

خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الثياب في الخارج فلا يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط داخل فلا يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان الكم مكان الطرمل الرباط ثم الاخذ في الوجهين يقطع بخلاف ما لو نقل عن العمامة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصودا فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السابق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة منه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نايم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون حرزا لصاحبه لكونه مترصدا للحفظ وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذلك النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نايم عليه او جنبه يكون حافظا له وهذا بوكد ما قدمناه من القول المختار

حكم الجوالق بالضم والقرد بالفتح الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته قال يقطع يمين السارق في الزند والجسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله رضي الله عنه وفي الزند لان الاسم ساول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام قطع السارق في الزند والجسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يجب يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وحبس في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه وبه نأخذ ولانه هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل في قطعها فيكون ادعى الى الشرع الحق ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا احتج بقية الصحابة رضي الله عنهم فجمعهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى المالية في تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفي ما امكن حيرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله او نحمله على ما اذا كان السارق اشل اليد اليسرى او قطعت او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذلك اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبع منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام وان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان تفويت الواحدة

الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما بمنزلة الابهام في نقصان البطش قال واذا قال الحاكم للجلاد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر عليه يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واحلف جنسه وهو خير منه فلا يعد اتلافا لمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم ترجع وعلى هذا لو قطع يمين الجلاد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذا يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم قرار العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يبح حدا في الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالبه بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي له في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته ولهذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء في القضاء في باب الحدود للمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطع السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذلك للمغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمريض وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة منه ولا الا ان المرتهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه وان قضى الدين بناء على اصله اذ لا خصومة له ولا في الاستيداع عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عدلين خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاستيداع فيستوفي القطع والمفصود الخصومة احيانا حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر شبهة وهو نظير الاعراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة ولان قطع السارق بسرقة فرغت منه لم يكن للرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم يتقد موجبة في نفسها ولا ولاية الخصومة في الاستيداع في رواية

لحاجته اذا الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعده ما دام في القطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة وجوب القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة مرة ما على المالك وقبل الاداء ارتفع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه ظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها بقي تقديرا واذا قضى على رجل بالرد الى سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يبين قيام الملك وقت السرقة ولنا ان الامضاء القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء لان القضاء لاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك شرط قيام الخصومة عند الاستيفاء فصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا انقضت قيمتها في الغصب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله او نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطع لان الرجوع بعد الاقرار عامل في حق الراجع وهو سقوط الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرار واحد على الشركة فان سرقا غائبا احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول الشافعي خلافا لابي حنيفة له الآخر هو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما ادعى الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى المسروق منه وبه اخذ الشافعي رحمه الله وقال ابو حنيفة لا يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر له ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا لا يقطع في الوجهين وقال زفر له لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره بكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ولنا ان استهلاك تقول يصح اقراره من حيث انه

انه ادمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال لانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشمل عليه من الاضرار وعلى هذا يخرج ما لو اقر بقتل خطأ او بجناية خطأ فيما دون النفس انه يصح ويتعلق بذلك كله حكمه وهو وجوب الدية على عاقلته لانه اقرار على غيره ولو اقر بقتل عمد لا يصح اقراره على عاقلته لانه اقرار على غيره بما يوجب القصاص ولو اقر بجناية خطأ فيما دون النفس يصح اقراره في رقبته لانه اقرار على نفسه بما يوجب المال ولو اقر بجناية عمد فيما دون النفس لا يصح اقراره على عاقلته لانه اقرار على غيره بما يوجب القصاص ولو اقر بسرقة مال فاستهلكه ثم رجع لا يقبل رجوعه لانه اقرار على غيره بما يوجب المال ولو اقر بسرقة عبد فاستهلكه ثم رجع قبل رجوعه لانه اقرار على نفسه بما يوجب القطع

الحدود على الداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفر
كل الواجب لانه ارث يرجع نفعه الى الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصاب كلها للواحد
خاصم او البعض والله اعلم **باب ما يحدث فيه السارق في السرقة** ومن سرق ثوبا
فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع
لان له فيه سبب الملك وهو الحرز الفاسد فانه يوجب القيمة ويملك المضمون ويصير كالمشتري اذا سرق
مبيعا فيه خيار البائع وله ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك ثبت ضرورة اداء
كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا
باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان
واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت
الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وبهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا
يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها
لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب به القطع فصنعه دراهم
او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وبهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا سبيل للمسروق منه عليها واصل هذا الفصل هذه صفة مقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد
لا يشكل الى قوله لانه لم يملكه وقبل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقبل يجب لانه صار بالصنعة شيئا
آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وبهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ منه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا
قائما وكان الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن
ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق
بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا
من هذا الوجه ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود اخذه منه في المذهبين لان عند
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رحمهم الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده
كالحمرة وعند محمد له زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع عن المالك وعند ابي حنيفة له السواد
نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك **باب قطع الطريق** قال واذا خرج جماعة ممتنعين او
واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا
نفسا حبسهم الامام حتى يجدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ قائم
على حاله عندهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم
وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حتما او الاصل فيه قوله تعالى انما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة

اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعها ما ذكرنا ان شاء الله تعالى والجنايات تتفاوت
على هذه الاحوال فالاولى تغلظ الحكم بتغليظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه
نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط
القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه
وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على
المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناول له
مالا له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا تفوت جنس المنفعة
والحالة الثالثة كما بيناها ويقتلون جدا حتما او عفى الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم
لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم
وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد لا يقتل
او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس يدخل
في النفس في باب الحدود كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت
لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التأبيد بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد
والرجل معا في الكبر حدا واحدا وان كانا في الصغر حدين والتداخل في الحدود لا في
حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود الشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل
الشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيجمع بينهما ثم قال يصلب حيا ويطعن برمح الى ان يموت
وسئل عن الكيفي به وعن الطحاوي به انه يقتل ثم يصلب تنويعا عن المثلة وجه الاول وهو
الاصح ان الصلب على الوجه البليغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة
ايام لانه يتغير بعده فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط
ليعتبر بغيره فان الناس قد حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع
فللاولياء عليه في المال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم اجرى الحد
عليهم جميعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا ولت اقدامهم
نحاربوا اليهم وانما الشرط القتل في واحد منهم وقد تحقق قال واذا كان بعضا او بحجر او سيف
فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد
خرج اقتص منه تمامه القصاص واخذ الارش منه تمام منه الارش وذلك الى الاولياء لانه لاحق
في هذه الجناية فظهر حق العبد وما ذكرناه فيما تولى وان اخذ مالا ثم خرج فقطعت يده
ورجله وبطلت يده اجماعا لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا له عبد كما
تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا

عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة بالمستثنى المذكور في النص ولان التوبة
تتوقف على رد المال ولا قطع في مثل قطر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص
او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان قطع الطريق صبي او مجنون او ذو
رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن البالغين لما ذكرنا في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة و
زفر رحمهما الله وعن ابي يوسف انه لو باشر العقل الجد الباقون وعلى هذا السرقة الصغير له
ان المباشر اصل والرد تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالتبين في البيع وفي
مكاتبه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا
كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالرمي مع العامد وانما ذو الرحم
المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال يسيرا كان بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية
واحدة على ما ذكرناه فلا امتناع في حق البعض لوجوب الامتناع في حق الكل فان لم يقع فعل احدهم
فهم شتى لان الامتناع في حقه يحصل في العصمة وهو يحتمل انها ههنا الامتناع الحسي في الحر والقافلة
حر واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان
شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق عن البعض لم يجب الحد لان الحر
واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين
الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول
الشافعي له لوجود حقيقة ذكره ابو يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه
لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او للابة او بالخشب فهم قطاع الطريق
لان السلاح لا يبيت والغوث يبطئ بالليل وكن نقول ان قطع الطريق يقطع المارة ولا يتحقق
ذلك في المصر ويقرب منه لان ظاهر الغوث الا انهم يأخذون المال ايصالا الى
المستحق ويرتدعون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولا قتل فالامر فيه الى الاولياء لانه
ومن حمل رجلا حتى قتله الدية على عاقلته عند ابي حنيفة له وعندهما يستوفي القتل بالتعقل وبينهما
في الدية بيان ان شاء الله تعالى وان جنى في المصر غيره قتل به لانه صار ساعيا في الارض
بالفساد فيندفع شره بالقتل والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي
طريقة في الامور وفي الشرع يخص سير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام
به فريق من الناس سقط عن الباقين لما ان الفريضة فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه السلام
الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا قياده وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو فعل
في غيره وانما فرض لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن المسلمين فاذا حصل المقصود بالبعض
سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس
بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل بالقتال قطع مادة الجهاد فان الكل اعم وسلاح

والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير فرض الاعيان
كقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان
المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فقوله هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية
وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض
على الكل وقتال الكفار واجب وان لم يبدءوا بالقتال لانهم بالحرابة صاروا محاربين
فلا يحتمل ان يكون الامام مهادنا معهم ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي
ليس من اهل الرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا مقطوع
اليدين والرجلين من خلاف لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها
والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا تظهر
في حق فروض الاعيان كالصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيره يمكن القيام
فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج وكذا اذا دخل العدو بلدا للمسلمين فان اهل ذلك البلد
ولا ضرورة اليه لان بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس
بان يقترض بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالادنى لو يديه ان النبي عليه السلام
اخذ درعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزو العرب عن ذرى الخيل والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا
دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روي ان ابن عباس رضي الله عنهما
قال ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى الجزية به امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم امراء الجيوش لانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية
ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لانه لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل
منهم الا الاسلام او السيف قال الله تعالى يقاتلونهم او يسلمون فان بذلوا ما فيه هم المسلمين وعليهم ما على
المسلمين لقول عمر رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقبل
من لم يبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام فرب مبلغ اوعى من سامع فادعهم الى
شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال
وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فتكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي عن
الاغارة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان و
الصبيان ويستحب ان يدعوهم بلغته الدعوة مبالغة في الابتداء ولا يجب وذلك
لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى السائبة
رضي الله عنه ان يغير على بني صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال

فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن بريدة
فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم و
قاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا
عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة
قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا شجرهم وافسدوا زرعهم لان في جميع ذلك الحاق
الكب والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا فلا باس برميهم وان
كانوا فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام
وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره
لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصد
ولا بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان
قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو
السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع و
الفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عم
لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس ان يحمل معه المصحف اذا كانوا
يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن
كالبطيخ والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال
لا يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة
وان كانوا لا بد مخرجين فباء الاماء دون الحرائر ولا يقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد
الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا
ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة
ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة فالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا
امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق
منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى واليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي
رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عم
نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت
هذه يقاتل فلم قتلت الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او يكون المرأة ملكة
لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون

والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وعندهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه
الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل
اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه
بالاتفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود
يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده
الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا بهذا
اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا
منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها و
ذادع رسول الله عم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين
ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر وهو
حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا
لانه ترك الجهاد ضرورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم
وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ هذه الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت
كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقد قال النبي عم في العهود وفاء لا غدر لا بد من اعتبار مدة تبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى
في ذلك بمضي مدة يمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من ايفاء الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك
ينتفي الغدر قال وان بدأوا بجناية قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم
لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا
الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا
المسلمين علانية تكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم
لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى
وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت
الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن حاجة
لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم
بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو
غنيمة يخمسها ويقسم الباقي منهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم
الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم و
لا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما بينا فلو اخذه لم يرده لانه مال غير
معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم

لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام اذا خاف الهلاك
لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن ولا ينبغى ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يحمل
اليهم لان النبى ﷺ نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين
فيمتنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها
على شرف النقض او الانتقاض فكانوا احرابا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عفناه
بالنص فان النبى ﷺ امر بمير اهل مكة وهم حرب عليهم والله اعلم **فصل** اذا امن رجل
حرا او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين
قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون يسعى بذمتهم ويسعى به منهم ادناهم اى اقلهم
وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيجاف ونا اذ هو فى اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقات
محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وسوالا بما فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل
لولاية الانكاح قال الا ان يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه
ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وآمن واحدا لم يجز وفيه
مفسدة ينبذ الامان لما بينا ولو رد به الامام لافتئاته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه
ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان مغدورا ولا يجوز امان ذمى لانه متهم بهم وكذا الولاية
له على المسلمين قال ولا تأخير فيه على عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يجافونهما والامان
يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيغرى الامان عن مصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجددون الامان
او تاجر افيتخاصمون بامانه فلا ينفتح لهم باب الفتح ومن سلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه
لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان يأذن له مولاه وفى القتال قال رحمه الله
يصح وهو قول الشافعى رحمه الله وابو يوسف معه فى رواية ومع ابى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع قوله
امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعرى رضى الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيهم امانه اعتبارا
بالمأذون له فى القتال وبالمولى بخلاف الامان لان كونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع
لتحقق ازالة الخوف به والتبديد اخبار الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين اذ الكلام
فى مثله هذه الحالة واتما لا يملك السابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول
وقال ابو حنيفة رحمه الله انه مجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يجافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف
المأذون فى القتال الا ان الخوف منه متحقق ولانه اتما لا يملك السابقة لما انه تصرف فى حق المولى
على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ برأيه
الظاهر وفيه سد باب الاسترقاق بخلاف المأذون لانه رضى بالخطأ اذ هو مباشر به القتال وبخلاف
المؤبد لانه حلف عن الاسلام فهو بمنزلة الهدنة الى مدة لانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند
مسالتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فاقترن ولو امن الصبى فهو لا يعقل لا يصح كالمجنون ولو كان

وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له فى القتال فالصحيح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسم بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع الخراج كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمل من خالفه فى كل من ذلك فدوة فيتخير وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى وهذا فى العقار واما فى المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى رحمه الله لان فى المن بطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لفائته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة معانه يحطى بالاذن بالتأجير بعد والخراج وان قل صالحا فقد حل بالاله واله وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو فى الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل وان شاء استرقهم لان فيه خزم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين بما بينا الا من كان من العرب والمرتدين على ما بينا ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يصلحهم لانه دفع التربد ونه وله ان يسترقهم لوفور المنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف السلم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعى رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به ولان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربى مستفاد الاسير المسلم لانه اذا بقى فى يديهم كان ابتلافا فى حقهم غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال فجندة منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا وفى الاسير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة اليه لانا لا نأسارى بدر ولو كان الاسير فى ايدينا لا يفادى بمسلم اسير فى يديهم لانه لا يفيد الا اذا طاب به نفسه وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اى على الاسارى ملافا لمالك فى قوله يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه مواشى فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال ان فعل لا بأس به لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان

يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم تحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار
وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثله
وتحرق الاسلحة ايضا وهو الاجود ومنها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة
عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا
وعنده يثبت ويبتنى على الاصل عنده فمن المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى
له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات
اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه
والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني
منعدم لقدرتهم على الاستيفاء ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام
على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة
وهو كراهة تنزيه عند محمد لانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد لا يفضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه
تقاعد عن سبب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال الردي والقائل في العسكر سواء
لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره
لما ذكرنا واذا انهزم المدد في دار الحرب قبل ان يحرزوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا
للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا
بالاحراز بقسمة الامام في دار الحرب وبيعه المغانم فيها لان بكل منهما تم الملك فينقطع
حق شركة المدد وقال زفر لا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي له
في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا
انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو
القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه او تاويله ان يشهد ما على قصد القتال وان لم يمكن للامام حمولة يحمل عليها
الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ابداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها
قال رحمه الله هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان
الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل للغانم عليها لان الحمولة والمحمول لهم وكذا اذا كان في بيت
المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير
الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة
ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص ولا يجوز بيع المغانم
قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك فيها وفيه خلاف الشافعي له وقد بنينا الاصل ومن

وقال ان في هذا الاصل الملك

ومن بات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن بات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه
لورثته لان الارث يجري في الملك لا الملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي له من بات
بعد استقرار الغنيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا بأس بان يعلف العسكر
في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال لانه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية
ولم يشرطها في الاخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في النباتات والدواب
وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه
في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والمرة
منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه
فيغنيه حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز و
اللحم بما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب في بعض النسخ الطيب يدهنوا بالدهن
ويدخلوا به الدابة لماس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كالنبل والرمح
وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتموله
لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام
وقوله لا يتموله اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك
بان باع احدهم المدد في دار الحرب قبل ان يحرزوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا
للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا
بالاحراز بقسمة الامام في دار الحرب وبيعه المغانم فيها لان بكل منهما تم الملك فينقطع
حق شركة المدد وقال زفر لا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي له
في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا
انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو
القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه او تاويله ان يشهد ما على قصد القتال وان لم يمكن للامام حمولة يحمل عليها
الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ابداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها
قال رحمه الله هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان
الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل للغانم عليها لان الحمولة والمحمول لهم وكذا اذا كان في بيت
المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير
الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة
ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص ولا يجوز بيع المغانم
قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك فيها وفيه خلاف الشافعي له وقد بنينا الاصل ومن

ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم وما
كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة وما كان غصبا في
يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فيئا قال رحمه الله كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله لهما ان المال تابع للنفس فقد
صارت معصومة باسلامه فتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة
بالاسلام الا يرى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض
بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلف عرضة للامتهان فكان محلا للتملك
وليست في يده حكما فلم يثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة
ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد اندفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث
نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة
معناه اذا لم يقسم وعن الشافعي رح مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص
ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز وكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به
ان كانوا غانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت
الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله اعلم

فصل

في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى
الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لان النبي عم قسمها ثم للغانمين سهمان وللراجل
سهم عند ابي حنيفة رح وقالا رحمهما الله للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روى ابن
عمر رضي الله عنهما ان النبي عم اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق
بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات
لا غير ولابي حنيفة رح ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عم اعطى الفارس
سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال النبي عم للفارس سهمان
وللراجل سهم وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا
تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر جنس واحد فيكون غناه
على غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبارا لمقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار
الحكم على سبب ظاهر وللفارس شيئان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه
ولا تسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روي ان النبي عم اسهم لفرسين
ولان قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء ابن اوس قال فرسين دفعة واحدة فلا يكون
السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه
محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق

والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل
ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعرب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان
العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة
فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم
الراجل وجواب الشافعي رح على عكسه هكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمهما الله في الفصل الثاني انه استحق سهم
الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر
والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام
بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب
الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام
ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حالة التقاء
الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال
الشخص حالة المجاوزة فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان تستحق سهم الفرسان
بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
تستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات
يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان
لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر غرته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي
ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي ان النبي عم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد و
كان يرضخ لهم ولما استعان النبي عم باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد
عبادة والذمي ليس من اهله والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله
منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق
وتوهم عجزه فيمنعه المولى فصار الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى
فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال
فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما
يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة
اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله فلا يستوي
بينه وبين المسلم في حكم الجهاد والله اعلم واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابن السبيل تدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم قال
الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة

الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال ع بامعشر بني هاشم
ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس وان العوض انما تثبت في حق من
ثبتت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي ع اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لم تزالوا معي هكذا
في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب
القرابة قال فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي ع سقط
بموته كما سقط الصفي لان النبي ع كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان النبي ع
يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جاريته قال الشافعي يقسم خمس الخمس على
الخليفة وذي القربى وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ع بالنصرة
لا بالفقر وبعده بالفقر قال رحمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي يقسم سهم الفقير
منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه مع ذلك صدقة نظرا الى المصرف فيحرم بها عليهم
لعامة وجه الاول وقيل هو الاصح لما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع
انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون في اصناف الثلثة واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ
قهرا وغلبة لا احتلاسا وسرقة والخمس في ظنهما ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام
فيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد
فصار كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام لانه
مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذا لو خذلهم كان فيه وهن
المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم **فصل** في التنفيل قال
ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية
قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها
النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل كما ذكر وقد يكون بغيره الا انه
لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف
اليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز
قال الا في الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له
وقد قيل مقبلا لقوله ع من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه نعت له ولان القتال
مقبلا اكثر غنا فيختص سلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون
غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال النبي ع الجيش ان سلمة ليس لك من سلب
قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحمل التنفيل فيحمله على الاول
لما رواه وزيادة الغنا لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب على المقتول حق ثابت له ولا

وسلاحه ودرعه وكذا ما على مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة وفي حالته في حقيبته او على وسطه
وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلام على دابة اخرى فليس بسلب ثم حكم التنفيل قطع الباقين
وما الملك وانما ثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما قررنا قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له
فاصابها مسلم او استباعها لم يحل له وطئها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل ثبت به الملك عنده كما ثبت بالقسمة في دار
الحرب والمرأة من الجواري وجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف **باب الاستيلاء**
واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق
في المال المباح وهو السبب على ما بينا ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما اخذوه من ذلك اعتبارا
باموالهم واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها
لان الاستيلاء المحظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف في قاعدة
الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف
كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة ثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع
فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه
عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا والمحظور لغيره اذا صح سببا لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الاخذ فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون وجدت
المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة
ان احبوا لقوله ع فمن وجد ما قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجده بعد القسمة
فهو بالقيمة ولان الملك القديم زال لكونه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له
الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة
لتعتدل النظر من الجانبين وان الشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة
وان دخل دار الحرب بأمان فاشترى ذلك ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى
انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتبار العوض بمقابلته فكان اعتبار العوض بمقابلته ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة
العرض لو وهبه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة
ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعد ما لان الاخذ بالمثل
غير مفيد وكذا لو كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان شيئا يملك قدرا
ووصفا قال فان اشتروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام فقضيت عينه
واخذ ثمنها فان شاء يأخذه بالثمن الذي اخذه في العهدة واما الاخذ بالثمن فلما قلنا
ولا يأخذ الارش لان الملك منتزع فلو اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يخطر شئ في الثمن
لانه في الاوصاف والاوصاف لا تقابل بشئ في الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت

فتنبه

لك ٩

واخرجه الى دار الاسلام فما حكمه الاول
باعجبيا ان شاء يأخذه بالثمن
الذي اشتراه وان شاء ع

الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري في يده شراء فاسدا والاوصاف
تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا فان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم
فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه
من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد
على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا
كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب
بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ويملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما
يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه ثبت الحرية فيه من وجه بخلاف
رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد
لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام
يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج
من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت
يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام
يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح يأخذه المالك القديم
بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال
لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق
لانه عامل لنفسه او في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء
لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه
يأخذه بالثمن ان شاء فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله
واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل
فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر
عليه فيبقى في يده عبدا ولابي حنيفة رح ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو
تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق
فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار
فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف
اسلموا وخرجوا الى رسول الله عم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه ظهر على الدار و
اعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة

زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى والله اعلم **باب**
المستأمن واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشيء من اموالهم ولا من دمائهم
لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ
اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن
فيباح له التعرض وان اطلعوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر واخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود
الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به
وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان
فادانه حربي او ادان حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض
لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا
ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في
المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم
على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين
قضي بينهما بالدين ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي
والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه و
لا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا
ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر
بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد واذا
دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة
في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام
لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون
الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما يجب الدية في ماله في العمد
لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين
والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل
مسلم تاجرا اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رح وقالا في الاسيرين
الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه
وامتناع القصاص لعدم المنعة ويجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رح ان الاسر
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم
فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا ويخص الخطأ بالكفارة لانه
لا كفارة في عمد عندنا **فصل** واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة

ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يتمكن من اقامة
دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فيلتحق المصرة بالمسلمين ويتمكن
من الاقامة اليسيرة لان في منعها قلع المسيرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها
مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى
وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما قام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما
الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا
اقامها بعد مقال الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة
لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربيا علينا وفيه مضرة بالمسلمين وان دخل الحربي
دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج
الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير
ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة
لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فيعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه
الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت حربية
بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل
حربي بامان وتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما
المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم
او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام
من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما
الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين
فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد
العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فلذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه
او على ورثته من بعده قال وما اوجب المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها
والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي عنه عم
انه اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه
مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين
وبقوة المسلمين فاستحق الخمس لمعنى واستحقه الغانمون لمعنى وفي هذا البيت واحد
وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار

دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم
ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كفار وليسوا
بابتاع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واولاده الصغار فلان الصغير انما
يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتجب ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق
ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان
في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا
تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة
ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي
فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا
او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رح تجب الدية
في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة
وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال
الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور
فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام
بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن
بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس
فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان الغرة بالمنعة وكذلك
في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن
في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها والله اعلم **فصل** ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له
او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ
فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا
فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه
بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من
القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس
من النظر اسقاط حقهم من غير عوض **باب العشر والخراج** قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو
وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض الخراج وهو ما بين
العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عم والخلفاء

الراشد بن رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج فإن أرض العرب ولاية بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقرأهلها على الكفر كما في سواد العراق وشرطوا العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع عمار رضي الله عنه حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال وأرض السواد مملوكة لأهلها بخلاف أرض بيعهم لها وهو نصر فيها لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقرأهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى الابتداء بالتوظيف على المسلم والعشر البدء به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وإذا صالحهم الإمام الحاجة إلى الابتداء بالتوظيف على الكافر والخراج البدء به ومكة مخصوص من هذا فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل المياه إليها الأنهار فهي أرض خراج وإن لم يصل المياه إليها الأنهار فما خرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر يتعلق بالأرض النامية نموا وثمرا بما يسقيها فيعتبر السقي بما العشر أو بما الخراج قال ومن أحيى مواتا فهي عندنا بمنزلة أرض يعتبر فيها ما يسقيها فإن كان ماء خراج أرض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وإن كانت أرض العشر فهي عشرية والبصرة عندنا عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز البيع فيها تبعا وكذا لا يجوز إحياء من قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فيترك القياس لإجماعهم وقال محمد يؤتى أحيانا بئر حفرها أو عين استخرجها أو نهر كدجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية وكذا إن أحيا ما يسقى بماء السماء وإحياء ما بالأنهار التي حفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر بزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا فيعتبر الماء الذي هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرامة فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة الصغار والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب بلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم من جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم بهذا ورد المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف رضي الله عنه حتى يمسح سواد العراق ويجعل على كل جريب من كذا كذا درهما ففعل ذلك فبلغ ستا وثلثين ألف ألف جريب ووضع عليه ذلك فلما كان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعا منهم ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة لأن الرطب بينهما والرطبة يتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاه في الزرع أدناه وفي الرطبة أوسطها قال وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره لو وضع عليها بحسب الطاقة لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فيعتبر

فيعتبر ما فيها لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لأنه إذا زاد عليه لا يتأتى التنصيف بين الأصناف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض تحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار ودور وديار ونا وطفوا فالدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك لأن التقدير بحسب أن يكون بقدر الطاقة فأي شيء كان قال فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام فالنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا يطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت وبهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع فيجوز عند محمد بها اعتبارا بالنقصان وعند أبي يوسف لا يجوز لأن عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وبما اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري بترك بعض الحول وكونه نائبا في جميع الحول شرط لحمائي حال الزكاة أو بدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال وإن عطلها صاحبه فعليه الخراج لأن التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته فلا يمنع التحول إلى الأخس الأحقر فهو بمنزلة عذر فعليه الخراج الأعلى لأنه هو الذي فيتبع الزيادة وبهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فكمن يقاؤه على المسلم ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج فإنه الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وإنما يكره للمسلم شراء غير أرض الخراج ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأنه أحد إمامي العدل وقد مر الجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوظيفتان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أن يعتبر في العشر تخفيفا وفي الخراج تقديرا وهذا يضاف إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع أحد سببيها إذا تكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق إلا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على ألفي حلة وذلك لأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غيرها وضرب عليه وجزية يبتدأ الإمام وضعها إذا غلب على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر

درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا اما يعدل الدينار
والغني والفقير في ذلك سواء لقوله عم لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر
من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري
والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم
ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت
بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت
بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ويوضع
الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد الاية
ووضع رسول الله عم الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رح
وهو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى قاتلوهم الاية الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل
الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب
الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته
في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع
على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد يغلظ اما مشركوا العرب
فلان النبي عم نشأ بين اظهرهم والفرقان نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه
كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف
زيادة في العقوبة وعند الشافعي رح يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر
عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم
لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة
ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او القتال وهما لا يقاتلان ولا يقتلان لعدم الاهلية
قال ولا على زمن ولا على اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رح انه
يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رح
له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير
معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة
لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام
الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب
بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا يوضع على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يوضع عليهم اذا
كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة

القدرة على العمل هو الذي ضيعتها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا
كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر
السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له لانها
وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض
كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عم ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا
يسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام فلا يقام بعد الموت ولان شرع العقوبة
في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في
حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي سكن ملك نفسه فلا معنى
لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج
رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يؤخذ منه وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت
فقد ذكرنا وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجبت
عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها يستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي
السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رح انها وجبت عقوبة على الاصرار
على الكفر على ما بيناه ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي
به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعدا وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط
الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت
بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل
انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت
الغنية عنه ثم قول محمد رح في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ
رحمهم الله على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل
وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع
بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا
بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فيتعذر
ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة
في دار الاسلام لقوله عم لا خصاء في دار الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان
انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم
الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة
للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار

هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا
لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة و
في ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقريها لقوله عم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم ولا يركبون
الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب
على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم صيانة لضعفة
المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق لانه لو لم يكن علامة
يميزه فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان يكون خيطا عظيما من
الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان
تميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات وتجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل
يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في
مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس
يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عم او زنى بمسلمة
لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال
الشافعي رح سب النبي عم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه
ولنا ان سب النبي عم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يدفعه قال ولا ينتقض العهد
الا وان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة
عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته
في اللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصل**
ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون
الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسوانهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه جزية في الحقيقة
على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا
انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك
لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض
بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عم مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي ملحق به في حق حرمة
الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا
بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى الهاشمي في حقه ولا مولى الغني حيث لا تحرم
عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنا مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل لهذه الصدقة

الصدقة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وما جباه الامام من الخراج
من اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور
وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق
المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد
لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب
فلا تفرغوا للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا
يسمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي و
المدرس والمفتي **باب احكام المرتدين** واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله
عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعتراه شبهة فتزاح وفيه دفع شره
باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلثة ايام فان
اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل
فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لايلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه
يستحب ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة
ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عم من بدل
دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير
الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن
الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال
فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك
المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب فاما
المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل
مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فيناط به عقوبة متغلظة وردة المرأة يشاركها فيه
فيشاركها في موجبها ولنا ان النبي عم نهى عن قتل النساء لان الاصل تاخير الاجزية الى دار
الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر فاجر وهو الحراب ولا يتوجه
ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس
حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في
حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة تجبرها
مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل يوم
مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى
فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف

محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى
يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه
وترجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل
مسلما فلم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب
عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين و
كان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال
حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسب بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته
الى ورثته فيستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث
المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكنه الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة
وبقي وارثا له الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه
من كان وارثا له عند الردة ولا تبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة
الموت وعنه ان يعتبر وجود الولد من عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب
قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة
اذا مات او قتل وهي في العدة لانه تصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسباها
لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها
المسلم ان ارتدت وهي مرضعة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها
تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم
بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام
الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح تبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه
الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام لانقطاع ولاية الالتزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر
لحاقه الا بقضاء القاضي فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المنقطعة به وهي
ما ذكرناها كما في الموت ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو
السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا
بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام
مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رح
هذا رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فما لم يف بذلك تقضى من كسب الردة

الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار
السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه
الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم
الدين عليه اما كسب الردة ليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه
الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين
ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا ووجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب
الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب
الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري
الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او تصرف او اعتقه او وهبه فيه من امواله في حال ردته
فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد
والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد
الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمعاوضة لانها يعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم و
والمرتد ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة يعتمد الاهلية ونفاذ الملك ولا خفاء
في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذلك الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو
ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه
فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة
تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما
معرضا عما نشأ عليه فلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح
انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي
يدخل دارنا بغير امان فنؤخذ ويقهر بتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاق القتل لبطلان
سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك
جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار
الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه
فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه
لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينتقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك ولانه لم يزل مسلما لما ذكرنا
واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد
فادعاه فهي ام ولد والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات
على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد

تبع له لقربه الى الاسلام ليجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت سلمة فالولد يسلم تبعا لها لانها صارت حاد بنا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان لحق ثم رجع واخذ ماله وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك فوجد ته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول لم يخرج فيه لارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان لوارثه لكنه قد ما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جايزة والمكاتبة ولاء للمرتد الذي اسلم لانه لو جعل بطلان الكتابة لنفوذ ما يدل منفعة فجعلنا الوارث هو الذي يكون خلفه كما لو كيل من جهته وحقوق العقد فيه يرجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في ماله الكتسبه في حال الاسلام حالة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية في ال الكتسبه في الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعنده ما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين وهذا بخلاف الارث فيهما عنده ما وعنده ماله الملك في الاسلام لنفوذ تصرفه دون الملك في الردة لتوقف تصرفه وهذا كان الاول سببا ناعنه والثاني فتا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته فذلك او لحق بدار الحرب ثم جا مسلما فمات فذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة لان الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا بحقه الاعتبار المعتبر فقد بهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق بدار الحرب معناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حكاية في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال او ان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف رح وقال محمد رح في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة ابطل السراية فلا ينقلب الاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولها ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تخلل الردة وهذا لانه لا اعتبار بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمنزلة ذلك كله وصار كقيام الملك في حال البقاء اليمين واذا ارتد المكاتب والحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذه بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يؤدي في مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اما عند ابي حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا اكتسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقرار وهذا لان فكها بالاداء في بطن الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا او ولد ولد ولد ما وولد فظهروا عليهم جميعا فالولد ان في كل الارتداد سبوا فسبيهما ولد نا ويجبر الولد

الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يجبر تبعا للجد واصل هذه المسئلة في الاسلام وهي اربعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جز الولاء والاخرى الوصية للقرابة قال ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل باسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده ليس بارتداد لانه اسلام وقال الشافعي رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد وهي

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبههم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء لانهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به لا يبدأ بقتال حتى يبدأوه فان بدأوه قاتلهم حتى يفيؤ جميعهم قال رحمه الله هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهرزاده رح ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدأوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان باخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح فلو لزم السكون على حال عدم الامام اتاه اعانة الامام التي هي الواجب عند الغنا والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلتحقا وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لانه دفاع الشر دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليل الحقيقة ولا يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال هو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت فئة يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف

وله انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عثمان رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه
بالبصرة وكانت قسمته لحاجته الى التمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي
مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام ثمنه لهم ولا يرد ثمنا عليهم ولا يقسمها
حتى يتوبوا فيرد ثمنا عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم لكسر شوكتهم وقضاء يحبسها عنهم
وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر واير واما الرد بعد التوبة فلاندفاع
الضرورة ولا استقامة فيها قال وما حاربا اهل البغي فرسا الا وقد جعلوا عليها الخراج ولم ار ما خذه الامام منا
لان ولاية الاخذ له باعتبار الكفاية ولم تحققهم فان كانوا اصرفوه في حقه اجرى ما اخذه منه لوصول الحق الى
مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيد واذلك لانه لم يصل الى
مستحقه قال ولو قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي
الغزان كانوا فقراء كذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ما خذه الامام لانه يحبسها عنهم
لظهوره ولانه ومن قتل رجلا ببلاد عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فلبس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل
على القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل
المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يحكم على اهله احكامهم وارتجعوا قبل ذلك ولو
ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي
وقال كنت على الحق واما الان على حق ورثه وان قال قتلته واما اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف
نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب القصاص عندنا
ويأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا ارتد وقد اتلف نفسا او مالا
لانه اتلف مالا معصوما او اتلف نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه
المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالتزام او الالزام
ولا التزام لاعتقاد الا حق تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة
وعند عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقاد الخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشرع اذا ثبت
هذا نقول قبل العادل الباغي قتل بحق فلا تمنع الارث وقال ابو يوسف في قتل الباغي العادل
ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما قياس ان
الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته
فاذا قتل كفر على الثاني لم يأخذ الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عامة كتبنا لانه
اعانة لهم على المعصية وليس بيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم ير فر من اهل الفتنة يأس لان
الغلبة في الامصار لاهل السلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه

كتاب اللقطة مائة

اللقيط سمي به باعتبار حاله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء وان غلب على ظنه ضياعه فواجب
قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت
المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فيشبه
المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال فكذا الخراج بالضمان وهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع
في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان
التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدعي
انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقر للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب و
يعير بعده ثم قيل يصح في حقه قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف
في الاصول ان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى لان الظاهر شاهد له
لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو بينهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت
دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة
لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه
ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تتضمن النسب وهو تابع للصغير
وابطال الاسلام اثبات بالدار وهو يقره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره
وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب
فيما اذا كان الواحد ذميا او رواية واحدة وان كان الواحد مسلما في هذا المكان او ذميا
في مكان المسلمين اختلف الرواية ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان السابق وفي كتاب الدعوى
في بعض النسخ اعتبر الواحد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لان للقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين
فوق تبعية الدار حتى اذا بلغ الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخة اعتبر الاسلام نظرا
للصغير وفرق على ان للملتقط عبد لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده
فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تملك الحرة فلا يبطل الحرية الظاهرة
بالشك والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد والمسلم الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط
مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها ما ذكرنا ثم يصرف
الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرفه اليه فيصرف بغير امر القاضي لانه للملتقط
ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الارتفاق ولا يجوز ترويج
الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا تصرف له في مال اللقيط اعتبارا بالامة
وهذا لان ولاية التصرف لتنمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل

واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض وله هذا يملكه الصغير نفسه اذا كان عاقلا ويملكه الام
ووصيها قال وبسلمه في صنعة لانه لابد فيها من تثقيفه وحفظه حالة قال وبواجره قال لهو وهذا
رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية وهو الاصح ووجه
الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما ذكرنا في
الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو
الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه كذلك اذا تصادقا
انه اخذها للمالك ان تصادقا فهما حجة في حقهما وصارا كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمنه
بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد انه اخذه وقال آخذه لنفسي
وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له
لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما ان الظاهر وان قرب سببا للعدوان فهو يدعي ما يثبته بد وهو الاخذ لنفسه
وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره الظاهر معارض مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه
في الاشهاد ان يقول ممن سمعته يتشد لقطة فقد لوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس
قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال لهو وهذه رواية
عن ابي حنيفة لهو قولا يا مفاده على ما يرد قدوري ومحمد في الاصل الجواز من غير تفصيل بين القليل والكثير
وهو قول مالك وان في كل حمام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير
بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار فيما روى الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في القطع
القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف
بالحول احتياطا وما دون العشرة ليست في معنى الالف بوجه ما فوضنا الى رأي المبتلى به وقيل
الصحيح ان شأن هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها ان غلب على ظنه ان
صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف
ان يفسد تصدق به وينبغي ان يوقفها في الموضع الذي اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول
الى صاحبها فان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة ونحوها فشأنه ان ينتفع بها
العادة اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التملك في المجهول لا يتحقق
قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهذا يجب بقدر الامكان وذلك
بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض من الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها
وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها فهو بالخيار
ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم تحصل باذنه فيتوقف
على اجازته والملك ثبت له عقيب قبول الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف البيع الفضولي لشبوته

بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه بإباحة
من جهة الشرع وهذا لا بنافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين
اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز
الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء الترك
افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة لخافة الضياع واذا كان معها
ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بكراهة والندب الى الترك ولنا
انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة قال
وفضل الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصوره ولايته عن ولاية المالك وان انفق بامره
كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا وقد يكون النظر في الانفاق على
ما بينا وان رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كانت للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها
لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل العبد الابق واذا لم يكن
لها منفعة وخاف ان يستغرق النفقة قيمتها باعها وانفق ثمنها ابقاء له معنى عند
تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها
لانه نصب ناظرا وفي مد النظرين الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق بدين او تمكنه عن قرب من بيعها
ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان ورود النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة بعيدة
قال لهو وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه
بالانفاق وانما يأمر في الوديعة فلانه ظهر البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال الآخر
لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك وان كان صادقا ولا يرجع ان كان
غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد
ما حضر ولم يترك اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح
واذا حضر صاحب المالك فللملتقط ان يمتنعها منه حتى يحبس النفقة لانه هي بنفقته فصار
كانه استفاد الملك في جهة فاشبه المبيع واقرب من ذلك زاد الابق فانه له الحبس لاستيفاء
الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه
بالحبس شبيه الرهن واللقطة الحل والحرم سواء وقال ابن في لهو يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها في
الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة
من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائر ما وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان
انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه
حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه لا لجبر على ذلك في القضاء وقال مالك

والشافعي رحمهما الله يجبر والعلامة مثل ان تسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما
ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه
ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا
بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم
وان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور
وهو قوله عم البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا
وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غايب عنده له فاذا صدقه
قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع
مالك ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عم فان لم
يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة و
ان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي له يجوز لقوله عم في حديث
ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه
انما يباح للفقير حملا له على دفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح
الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فبقي ما رواه
على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال
استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جايز باذنه وان كان الملتقط
فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا
اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الابق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل
لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ الابق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر
على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الابق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه
لا يؤمن على الابق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام
فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس
ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي له لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا
ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب
ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر ما دونها فيما دونه توقيفا وتلفيقا ولان
ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع
ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الابق
لانه لا يتوارى والابق يختفي ويقدر الرجح في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى

الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كانت
قيمته اقل من اربعين يقضى بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد له وقال ابو يوسف
اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة
بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد له ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك
فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد
في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت
بخلاف القن ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على
الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال
وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده ولكن هذا اذا اشهد وقد ذكرنا في اللقطة
قال له وذكر في بعض النسخ لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البايع من المالك ولهذا كان له ان
يحبس الابق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البايع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء له
لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا لو باعه من الراد
لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه تبع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع
ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك
الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ واتهبه او ورثه فرده
على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع
في اداء الثمن فان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه حيي ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء
منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن
لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين
عليه والباقي على الراهن لان حقه المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان
كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين فان بيع بدأ بالجعل والباقي على الغرماء لانه مؤنة
الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء
لعود المنفعة وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له
وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك
الموهوب له التصرف فيه الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده
وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله اعلم بالصواب

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم هو حي او ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم
عليه ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار

كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقايم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لا خفاء انه بقبض غلاته
من الدين الذي اقر به غريم من غرمائه لان من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه
ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او في عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا حق من
حقوقه ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل
بالقبض من جهة المالك في الدين وان كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه
القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته
ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له
على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته
واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الاولاد والاصل ان كل من
يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون له
اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء
والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والف من الذكور الكبار ومن الثاني
الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا
لم يكن في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب
وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا معناه اذا كان المودع
والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند
القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار بما ليس احدهما ظاهرا والوديعة والدين او النكاح
والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير
امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما
اذا وقع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين
الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحق النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت
حقوقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته
وقال مالك له عليه اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم
تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله تعالى عنه هكذا قضى في الذين استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما
ولانه منع حقها بالغنيمة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي عدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا
الاعتبار اخذه المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهتين قلنا قوله عليه
الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله تعالى عنه فيها
هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان
النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه

عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا وكان موجبا
للفرقة ولا العنة لان الغربة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال اذا تم له مائة وعشرون سنة
من يوم ولد حكمنا بموته قال له وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ابي يوسف له بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء
والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ويقسم
ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي
معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت
حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت
مستصحب الحال وهو لا يصلح حجة في حق الاستحقاق وكذلك لو اوصى المفقود ومات الموصي ثم الاصل
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف
الباقي وان كان معه وارث يحجب ولا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن
وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث
تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف لنصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون
بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت
منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى لو كان معه وارث
آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه ان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان
كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به في المفقود ولقد شرحناه في كفاية المنتهى ثم
من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لان النبي عم بعث والناس
يتعاملونها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك
العين يرثها رجلان او يشتريانها لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا بامره
وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا
انتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير صنع احدهما او يخلطهما خلطا
يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه
الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب
الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك
في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد مال قابلا
للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه
مفاوضة وعنان وشركة الصانع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل

واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة
لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين ولا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك
في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما
تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما سنبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة
عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك رح لا اعرف المفاوضة وجه
القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه
الاستحسان قوله عم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك
القياس والجهالة منجملة تبعا كما في المضاربة ولا ينعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام
حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين
لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك
ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا
منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في الكفالة والوكالة ولا يعتبر بزيادة
تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الحنفي والشفعوي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف
متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف
فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين
ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم يصح المفاوضة لفقد شرطه
ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون
عاما قال وينعقد على الوكالة والكفالة الوكالة لتحقق المقصود وهو الشركة في المال لما بينا والكفالة
لتحقق المساواة فيما هو من موجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتري كل منهما
يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل
واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو
استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف
من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى
دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك
فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر
الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي
لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه متبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب

والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس لابي حنيفة انه تبرع ابتداء
ومفاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء
يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه
تبرع ابتداء وانتهاء فاما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو عارية فيكون لمثلتهما حكم
عينهما لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق مفاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى
المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند
ابي حنيفة رح لانه مفاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما لا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الايدي بطلت
المفاوضة وصارت عنانا بالفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيها ابتداء وبقاء وهذا
لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط
فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له لا تفسد المفاوضة وكذا العقار
لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه **فصل** ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير و
الفلوس النافقة وقال مالك رح يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها
عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن
فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما لم يضمن ولان اول التصرف في العرض
البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما
شيئا بماله على ان يكون المشترى بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج
الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز
بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف واما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز الشركة والمضاربة
بها لان ثمنيتها يتبدل ساعة فساعة ويصير سلعة ويروى عن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح والاول اقيس و
اظهر وعن ابي حنيفة رح صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر و
النقرة فيصح الشركة بهما هكذا ذكره في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا يجوز المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة
فمراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة يتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات وذكر في كتاب الصرف النقرة لا يتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم
فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول
اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف
الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا
ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي

المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته
وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رح
يصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر
الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رح انها ثمن من وجه
حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة
الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت
والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس واحد من ذوات
الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط
قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف
ماله بنصف الآخر ثم عقد الشركة قال رح وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس
مال الشركة وتأويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل
بقدر ما يثبت به الشركة قال واما شركة العنان فينعقد على الوكالة دون الكفالة
وهي ان تشترك اثنان في نوع بر او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة
وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق
من الاعتراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا يبتني على الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى
اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في
المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان
المال اذا كانت نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس
المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط بمنزلة نماء الاعيان فيستحق
بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان
الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر
عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه
يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه
لرب المال وهذا العقد تشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما
وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا بصحة اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة
حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض
لان المساواة في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح
للوجه الذي كما ذكرنا ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دراهم ومن الآخر دنانير وكذا من
احدهما بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط

الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى
قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون
الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال
نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك
الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال
واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد
الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض كما عرف
وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا
ليشركه في ماله واذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائدته فايهما هلك هلك
من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط
حيث يهلك على الشركة لانه يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال
الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة
وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح خلافا للحسن
بن زياد رح حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد
تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه
هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر بالمال
الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت
فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من
الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيهما كان المشترى الذي اشتراه خاصة
لان الوقوع على الشركة بحكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت تبطل ما في ضمنها بخلاف
ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال ويجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر و
الشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل
وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف
المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال ويستحق الربح عمالة على عمله اما
ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح
مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح
مسندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط
شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف

لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط
تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس
والتساوي في الربح ويصح شركة التقبل قال ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم
مسماة من الربح لانه شرط توجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في
المزارعة قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة
ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد
التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له
ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود
تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة
حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشرى من توابع
التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشرى حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد
خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله بخلاف قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال
باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع وتسمى
شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما يجوز
ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد
من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح يبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قدرناه ولنا
ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة
في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر والشافعي ومالك رحمهم الله فيهما
لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا
جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل والزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه
وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف
لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل متقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما يقوم
فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن
لا يجوز الا في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما
يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان
والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان
ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق
الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فيجري مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه
فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فيصح الشركة على هذا سميت به لانه

لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما يصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة و
الوكالة في الابدال واذا اطلقت يكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا
خلافا للشافعي رح والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر
فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فيتعين الاولى فان شرطا
ان المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى
بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال
يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا يرى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني
واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان
الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها
بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل

في الشركة الفاسدة ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد واما اصطياده
كل واحد منهما واحتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة
متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح
نائبا عنه وانما ثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله
بان قلعه احدهما وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به
نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي
عليها الماء والكسب بينهما لم يصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب
البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز
المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى
في منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد ويلزمه اجره وكل شركة فاسدة
فالربح فيها على قدر رأس المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره
لما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما يستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي للاستحقاق
على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها
تتضمن الوكالة ولا بد منها ليتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق
مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك
بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد
الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر لانه عزل قصدي

فصل

وليس لاحد الشريكين

ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان
يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالتاوي ضامن علم بادائه الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا ادى باعلى التعاقب اما اذا ادى بامعا ضمن كل واحد منهما
نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بادأ الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى
الامر بنفسه لها انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه
التمليك لانه في وسعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما بطلت منه ما في وسعه وصار كالمأمور
بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المأمور علم او لا عند ابي حنيفة
انه مأمور بادأ الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار محالفا وهذا لان المقصود من الامر
اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود
حصل بادائه وعسى ادأ المأمور عنه فصار معذورا علم او لم يعلم لانه عمل حكمي وانما دم الاحصار
فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل بينهما فرق وجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر
حتى يزول الاحصار في سنتنا الادأ واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه ودم الاحصار

قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية قبضا فاشتراها ففعل فهي بغير شئ عند ابي حنيفة
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة فيرجع عليه صاحبه بنصيبه
كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان التجارة
دخلت في الشركة على التباسط جريا على مقتضى الشركة اذ بها لا يحل الا بالملك فكان تقريره فاشبه حال عدم الاذن
غير ان الاذن تضمن هبة نصيبه منه لان الوطئ لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه
يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة انتهت في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك
مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه فيرجع في مال الشركة
وفي عيلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبايع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب
بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان
يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف لا يزول
الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف دينا ويسلمه الى القيم قال له الوقف لغة
هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين
على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم
لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية
وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود منفعة
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ يشتملهما والترجيح بالدليل لما قال النبي لعمر رضي الله عنه

وا وقفتها الخ

عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا توهب ولا يورث ولان الحاجة
ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى
اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة ما روينا ولان الحبس عن زايل شئ تعالى وشيخ ما
جاء محمد عم بيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به برزاعة وسكنى وغيره وذلك
والملك فيه للواقف لا يرى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه تصدق
بمنافعه فصار شبيه العارية ولان يحتاج الى التصدق بالغلة دايما ولا تصدق الا مع البقاء على ملكه ولانه لا يمكن
ان يزول ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كما في سائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد
جعله خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وبهذا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى
قال ابو حنيفة قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح
لانه قضاء في فصل مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية والمنافع مؤبدا فيلزم والمراد الحاكم المولى فاما الحكم فقيه خلاف المشايخ
رحمهم الله ووقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت وفي الصحيح انه لا يلزم
عند ابي حنيفة وعندهما يلزم لانه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك
يزول عندهما بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي هو بمنزلة الاعتاق لانه
اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى
العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيثبت
حكمه فيترل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا
استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل
في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه لان بيعه كبيراته وملكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط
الملك الاول كسائر املاكه قال هو قوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على
الوجه الذي بين تقريره قال ووقف المشاع جايز عند ابي يوسف لان القسمة عنده
من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط وكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان الاصل القبض
عنده شرط فكذا ما يتم به وبهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع
عند محمد ايضا لا يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم
مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة تمنع الخلوص
لله تعالى ولان المهايأة فيهما في غاية القبح بان يعتبر فيه المولى سنة ويزرع سنة ويصلي فيه
في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة و
لو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الكل عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة
بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض

وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق
جزء فتميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة
المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا
وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة ينقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة
يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا كالتوقيت في البيع
ولابي يوسف رح ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب
تارة يكون في الصرف الى جهة ينقطع ومرة بالصرف الى جهة يتأبد فيصح في الوجهين
وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة
الوقف والصدقة مثبتة منه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا
قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند
محمد رح ذكر التأبيد شرط لان هذه صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا
وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا يتصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف
العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رح
وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة بعقرها واكرتها
وهم عبيده جاز وكذا سائر الات الحراثة لانه تبع الارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت
من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز
افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رح يجوز بحبس الكراع
والسلاح معناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف رح معه فيه على ما قالوا وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز على ما بينا من قبل وجه الاستحسان الاثار المشهورة فيه منها قوله عم واما خالد فقد حبس
ادرعا له واقراسا في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى
اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب تجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل
عليها وعن محمد رح يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار
والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان
القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول قد
يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح
انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما
وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا
وقال الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه ويجوز وقفه لانه يمكن

فيقتصر

يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بينا
فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا مبطل من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل
القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى
فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا
عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا
واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون
معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا
وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف
وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي
من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في
القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون
بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم
يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء
ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على
الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه
واخره للفقراء فهو في ماله اي ماله شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته فانما
يستحق العمارة عليه قدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك
الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك
فليست بمستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفه الى شيء اخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء
فكذلك عند البعض وعند الاخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة
بقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان
الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها
الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية لحقين حق الواقف و
حق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها يفوت السكنى مطلقا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة
لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه
ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم
من بناء الوقف واليه صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج
الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة
اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود

وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرتة صرف البدل الى مصرف المبدل
ولا يجوز ان يقسم يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء العين فلا حق للموقوف عليهم فيه انما
حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف علية الوقف لنفسه
او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح قال له ذكر قطبين في شرط العلة لنفسه وجعل الولاية اليه
اما الاول فهو جايز عند ابي يوسف رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو هلال الرازي رح وبه قال الشافعي رح
الا وقيل ان الاختلاف بينهما بنا على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة
والخلاف فيها اذا كان شرط البعض لنفسه فبعضها وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل
لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء اولو وقف وشرط البعض والكل لامهات اولاده
ومدبره ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على
الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف
تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمنا فاشتراط البعض والكل لنفسه يبطله لان التمليك في نفسه
لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرطه بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عليه السلام
كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقة الموقوف ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان
الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه
فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جايز كما اذا بنى خانا او سقاية
او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصود القربة وفي
الصرف الى نفسه ذلك قال ء نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل بارضه
اخرى اذا شاء ذلك فهو جايز عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف جايز والشرط باطل ولو شرط
الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف
باطل وهذا بنا على ما ذكرنا ان فصل الولاية فقد نقض منه على قول ابي يوسف رح وهو قول هلال ايضا رح
وهو ظاهر المذهب وقد ذكر هلال رح في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان
لم يشرط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد رح لان من اصله ان التسليم
الى القيم شرط الصحة الوقف فاذا سلم لم يبق ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته
بشرط فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا
الوقف فيكون اولى الناس بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه
وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولاية لنفسه وكان
الواقف غير مأمون في الوقف فللقاضي ان ينتزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا
للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط
مخالف لحكم الشرع فيبطل والله اعلم **فصل** واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه و

ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رح عن ملكه اما الافراز فلانه
لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط
تسليم بقعته وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض لقيام حق المقصود معامه
ثم يكتفي بالصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل الجنس متكرر
فيشترط ادناه وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد لذلك يبنى في الغالب
وقال ابو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط
لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد كالعتاق
وقد بناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق
وعزله فله ان يبيعه وان مات لا يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به
ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروي الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال
اذا جعل الشارع دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لان المسجد معظم واذا
كان فوقه مسكن او مستغل بعد تعظيمه وعن ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل لكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رح انه حين
دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن
للناس بالدخول فيه بعد له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد لا يكون لاحد فيه حق المنع
كان ملكه محيطا لجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لله فلم يخلص لله
تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وعنه وهكذا عن ابي يوسف رح
انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار
مستحقا كما يدخل في الاجر غير ذكر ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه
ولا يورث عنه لانه يحرز عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها
لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له فيما رجع الى اصله فانقطع نصرفها عنه كما في
الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح لانه اسقط
منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته
لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا
ان ابا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال ومن بنى
سقاية للمسجد وحانا يسكنه سبل السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل
ملكه عن ذلك حتى يحكم به حاكم عند ابي حنيفة رح لانه لا ينقطع عن حق العبد الا بما ان له ان
ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في
المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد

لا حد واذا ج

لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى فهو حكم الحاكم وعندهما لو سقف يزول بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد له اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض لو سلم الى المتولي اصح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم البيت صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على قيل لانه لا متولي له عادة وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان ويصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغور العدو سكنى للغزاة وللابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ومضى ذلك الى والى يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة يجعل للفقراء دون الاغنياء وفي سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق وهو الفرق بين التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب قد تم الجلد الاول في الهداية والحمد لله على التمام وللرسول افضل الصلاة

كتاب البيع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع اثبات التصرف والاثبات يعرف بالزماع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت واعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس على الصحيح لتحقق الرضاء قال واذا وجب احد المتعاقدين البيع فلاحدهما الخيار ان رغبا في المجلس والا فلا وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر

اي المراد بالبيع هذا المعنى الشرعي الذي يثبت في المحل ويترتب عليه الاحكام واللفظ لانه ينعقد ذلك المعنى ويدخل الباء يدل عليه كذا في الفوائد الشاهية عفا الله عنه

هذا اذا لم يكن مع بيته البيع ما يدل على ان البيع فيه عقد وهو ان كان بلفظ الاستقبال او الامر كما سيذكر في تحفة الفقهاء وفقه الله عفا الله عنه

اي قوله والآخر اما الخيار سمي خيار القبول عفا الله عنه

وتحقيقا للبيع والكتابة كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا تعين ثمن كل واحد منهما لانه صفقتان معنى اذ لهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباينة لا بعدها او يحمله فيحمل على التفرق بقول الاقوال قال والاعواض المشار اليها للاحتراج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والايمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفا عند الفقيه والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمنع التسليم وكل جهالة تمنع صحة العقد تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما للاطلاق قوله تعالى واحل الله وعن النبي عليه السلام اشترى شيئا فهو دين الى اجل فهو ربوة ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان جهالته فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا كله نظائره في قرب المدة وبعدها يتسلم في بعدها ما قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحرز عن المنازعة فان كان فيه نقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها لما بينا وهذا اذا كانت النقود في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان يرتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب في الرواج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فاذا كانت سواء فهما كالنقد الواحد والثلاثي والثنائي في اليوم سواء والاختلاف بين العدالي بغرغانة جائز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا ويصرف الى الغالب من نقودهم ان تنوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام بالطعام مكايلة ومجازفة وهذا اذا اتحد الجنس بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فصار جهالة القيمة قال ويجوز بما دبغت به لا يعرف مقداره ولو رأى حجرا يعلم لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر

ثم هذا القيد وهو قوله اذا باعه بخلاف جنسه انما يفيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا لم يدخل تحت الكيل فيجوز بيعه بجنسه مجازفة ايضا كذا في الذخيرة عفا الله عنه

بان اشترى شيئا بدراهم ولم يرها قيمته ان زاد منه او انقص يجوز لان هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة عفا الله عنه

هلاكه قبله بخلاف السلم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيستحق المنازعة وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز
في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف الى الاقل وهو
معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة
بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار
ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة
عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه على ذلك الآن فله الخيار
كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع
في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم
جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده
ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا يفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي
اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع
لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة
اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذ بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى
انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان
فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه
بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان
وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان
بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة
كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن
وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن
فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع
بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن
فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه

وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم صح

بالاقل

بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام
فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة
سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون
المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه بين ما اذا علم
جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع والثمن
ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان ايضا
وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي
حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد
في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة
ونصف وقال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار
وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الاول
يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة وقال محمد رحمه الله في الاول
يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء ويخير لان
من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف
رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد
انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار
بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس
الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون
حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه فصل ومن باع دارا
دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف
ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخيل والشجر
وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية
لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته
للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة
للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء

كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح

فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك
المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال
الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصده الزرع لان الواجب انما هو
التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك بلا تسليم العوض ولا فرق
بين ما اذا كان الثمر حال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه
يجوز في اصح الروايتين على ما بينا فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت
الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت
ولم يصر له قيمة قد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز
بيعه قبل ان يتناول المشتري والصحيح انه لا يدخل الزرع والثمر مذكر لحقوق والمرافق
لانها ليست منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها ومن حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا
بلا خلاف وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر لجذوذ والزرع لحصود
بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتنصيص قال ومن باع نخلة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع
لانه مال منتفع به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها
والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال لتفريغ ملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا
او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل
ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة واجارة في بيع ولذا بيع الزرع بشرط الترك
لا يفسد وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف لا يفسد واستحسنه محمد رحمه
للعادة بخلافه اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه قطع المعدوم وهو الذي يزيد بعد في الارض
والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق
بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير حال لا يتحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل
الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة
فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك
وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها
مطلقا فاثمرت ثم افلس قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقدار ما في يده
وكذا في الباذنجان والبطيخ والمختار ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة على ملكه
قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله

لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم
بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي رحمهما الله
واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاثمار ما يجوز ارادة العقد عليه بانفراده يجوز
استثناؤه في العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فلذا استثناؤه بخلاف الحمل واطراف
الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها واكبا قلاء
في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر
وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا
يجوز لكن في الحمل له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة
اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الحنطة حتى يبيض وعن بيع
السنبل حتى يبيض وبأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير
والجامع كونه مأكولا مقتاتا بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال
الربوا اي كونه مأكولا بخلاف جنس آخر جائز وفي مسئلتنا لو باع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة
الربوا لانه لا يدري كم قدر ما في السنابل قال ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبناء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية
لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع
اما الكيل فلانه لا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعهذا اذا باع مكايلة وكذا اجرة
الوزان والذراع والعداد واما الناقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمهما الله
لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه
ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على
المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر به والجودة توقف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج
الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري انقد الثمن
المبيع فيقدم دفع الثمن ليستيقن حق البائع بالقبض لما انه لا يستيقن بالتعيين بحقيقتها
كما مر واه قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما
في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل
فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات
فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز
اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى
مدة معلومة لحديث بن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار

انما شرع للحاجة لان الترو في الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما روينا فيقتصر على مدة المذكورة فيه والثلث الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيصح و جائزا كما اذا باع بالرقم واعلم في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وبهذا على الوجه الاول قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر وان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى شرط الخيار اذ الحاجة مست الى الانتفاع عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقدر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد رحمه الله يجوز الزيادة في الثلاث وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي بعض المسئلة قياس اخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالرضاء ولا يتم مع الخيار ولهذا لا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولانفاذ بدونه المحل فبقي مقبوضا في يده على ثوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولابي حنيفة رحمه الله في الشرع ولان الخيار لو لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في زمن واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة يقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري كما يتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما يتعوق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لوجود القبض وهو انه اذا دخله

عيب يمتنع الرد والهلاك لا يتوى عن مقدمة عيب فيهلك وحال العقد قد انبرم فلزمه الثمن كما لو تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأة على انه بالخيار ثلاثة ايام فوطئها لم يكن قبضا لان الوطئ يحرم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطئ يتقرر بها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يرد بها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها يبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعندنا عتق المشترى على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملك عبد افهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجزئ به من الاستبراء ولو وردت بكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا رأت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فاباره البائع من الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يملكه وعندهما يبطل خياره لانه لما هلك كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى فتى مراهقا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهته صاحبه فلا يتوقف عليه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالدفع ولا يجري عن المغرة لانه عساه يعتقد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب السلعة مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علم وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيها ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في غيبة صاحبه وبلغه في المدة ثم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد

بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته
وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث
كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله
والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما
فكذا الوارث فاما نفس الخيار فلا يورث وخيار التعيين ثبت للوارث ابتداء
لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره
فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار من مواجب العقد
واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير
العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة من العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل نائبا
عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما
نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه
فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ
في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه
الثاني ان تصرف الفسخ اقوى لان الحجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما
ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني
قول ابو يوسف رحمه الله واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره
معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل وابو يوسف رحمه الله يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف
درهم على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها
ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة
الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني وهو ان يفصل
الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم
وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر ولكن
هذا الشرط غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث
ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة
المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار
ثلاثة ايام فهو جائز وكذلك ثلاثة وان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس
ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان

ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن للمختار وهو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا
النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه
البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع
بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاث
لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة
وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا
العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون على هذا الاعتبار
وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث
عنده وبمدة معلومة ايهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين
وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر
امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيبت لزمه البيع فيه
بثمنه وتعيين الاخر للامانة لامتناع الرد بالعيب ولو هلكا جميعا معا لزمه
نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط
له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي
خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث واما خيار الشرط
فلا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار
الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها
لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار
سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير
يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة قال واذا اشترى الرجلان على انهما
بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده
وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات
لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج من ملكه
غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس
من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع
عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه
ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد

بدون ذلك الوصف

بجرد العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة فاذا اخذه اخذ بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد

على ما عرف باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددته ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا لخيار العيب بخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد تمام الرضا والا دنو ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال وجه قوله المرجوع اليه انه معلق بالشرط المار وينا فلا يثبت دونه وروى عثمان بن عفان رضي الله عنه انه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تغيب او تعرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تعرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تعرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تعرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمأذون والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يرتفع على فرض الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه جارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج فتكفي رؤية واحد منها الا اذا كان الباقي ادنى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي فكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب فانه يعلم

على جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من امتناع ثبوت من له الخيار كالقبول فكأنه معلقا بها فالوجه قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ

على فان بالرؤية يحصل الاطلاع على ما تابع لا تحصل بالعبارة عنه

هلا قبل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضى

البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية النوعين والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة اللبن في رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود وقال ان رآه في صحن الدار فلا خيار له وان لم يره بيوتها وكذلك اذا رآه خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والصحيح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر الى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل لنظر المشتري حتى لا يرده لانه نائب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز وله ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكيل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب وخيار الشرط والاسقاط قصدا وصار كما اذا قبضه مستورا ثم رآه بعد ذلك واراد ان يسقط قصدا وله ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا في البيع والشراء قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بحجة المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا رآه فقال قد رضيت يسقط خياره لان التنحية تقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بقام القراءة في حق الاخرس والموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في رجح وقال الحسن بن زياد وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا شبيه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل عليه حرانقا قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما

فاما اذا اختلف بالصفة او ذكر كيلا او وزنا وهي واحدة وهذا بخلاف ما اذا نظر الى احدهما

والتسليم

كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا
من الاصل قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث
عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط وقال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة
فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل بالرؤية
السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به وان وجده
متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان
اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا
اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في
الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له قال ومن اشترى عدلا
زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط
لانه تعذر الرد فيما اخرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية
والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية
كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه
اعتماد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع
وهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل
من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب
كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاء به
قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول
في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده
بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله
ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب
هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة
وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما
بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال

قوله ولانه لم يرض بزواله دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان او قيمته او ارشه عنايه

لا ابق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد
البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر فلا يزول فلا بد من المعاودة للرد قال
والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون للاستفراش وطلب الولد
وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود منه الاستخدام ولا يخلان به الا
ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه
يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن مخل بالخدمة قال
والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات
فيختل الرغبة ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب قال فلو كانت
الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة
الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهي سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله
ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود الى ملكه معيبا
فامتنع فلا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه
بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بنقصان العيب
لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك
لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا
البائع فيصير هو بالبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه
او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد
بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه
معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع
لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد
ممتنع اصلا قبله فلا يكون حابسا المبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيبه لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا
يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم
اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق
فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان

يرجع لان العتق انهاء الملك لانه الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وبهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل حكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد وكان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور فيه ظاهر الرواية وعند ابي يوسف رحمه الله لان قتل المولى عبده ينزل منزلة حكم دنيوي فصار كالموت حتى انه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لاستحالة كاعتاق المعير عبد المشترك واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع احسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع ما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يفيد التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال وكان البيع باطلا ولا معتبر في بعض صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر بتسليط قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فلم يعتبر التسليط من جهة البائع من ملك المشتري فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل مما لا يخلو عنه يجوز عادة كالواحد او الاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل المشتري بقضاء القاضي باقرار منه او ببينة او بايمان له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن عاينه الاول او انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد

والموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثابت بينهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه باداء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله بظهر العيب فينقض القضاء فلا يتقيد صونا للقضاء عن النقض فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا ولم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه ابق عنده لان القول قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقام احلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما بهذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي الاول زهوق عنه وفي الثاني يوهم تعلقه بالشرطين فتناوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله انها ان ادعى معتبرة حتى يترتب عليها البينة ولذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمنا قال ومن اشترى عبدا وباعه من آخر ثم رد عليه بعيب فان كان قبض المشتري الاول قبل البيع الثاني فبفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثابت بينهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه باداء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله بظهر العيب فينقض القضاء فلا يتقيد صونا للقضاء عن النقض فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا ولم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه ابق عنده لان القول قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقام احلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما بهذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي الاول زهوق عنه وفي الثاني يوهم تعلقه بالشرطين فتناوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله انها ان ادعى معتبرة حتى يترتب عليها البينة ولذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمنا قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك بهذه فاخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قوله لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب

وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا وخرا شترى عبدين
صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة
تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن
ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر
وهو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يرى عن ضرر لان العادة بضم الجيد الى الردي
فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان القبض
تم الصفقة في خيار الرؤية والشرط لانه تم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له
ان يرد الآخر قال وخرا شترى شيئا مما يكال ويوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او امسكه
كله وحرادة بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لا ترى
انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان
في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو
استحق بعضه فلا خيار له في رد باقيه لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض
اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وان كان
ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان في قبة البيع حيث ظهر الاستحقاق
بخلاف المكيل والموزون وخرا شترى جارية ووجد بها قرحا فداواها او كانت دابة
فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستيفاء بخلاف خيار الشرط لان
الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها
على بايعها او ليسقيها او يشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب للرد
والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا بد منه اما لصونها
او لعجزه او كون العلف في محل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون
رضا ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده ويأخذ الثمن
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده بمنزلة العيب
عندهما لان الموجود في يد البائع سبب القتل والقطع وانه لا ينافي المالية فينعقد
العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اشترى جارية

حاملا فحملت في يده بالولادة فانه يرجع بنقصان ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل ولان
ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يضاف الى السبب السابق
وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بالجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر
من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بها يرجع بالنقصان
كما ذكرنا وعنده لا يرد بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله
البائع فبثلاثة الارباع لان اليد الادنى تنصف وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما
الرجوع فتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الآخر رجع البائع بعضهم على بعض عنده
كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه غير العيب
وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد
على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم جملة العيوب بعدنا وقال الشافعي رحمه الله
لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان جهالة في الاسقاط لا تفضي الى
المنازعة وانما كان في ضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل
في هذه البراءة العيب الموجود دون الحادث قبل القبض وقول ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله هو يقول ان البراءة تتناول الثابت
ولابي يوسف رحمه الله ان القرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث **باب البيع الفاسد** فاذا كان احد العوضين او
كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك
كالحر قال المصنف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل ننبئه ان شاء الله تعالى فنقول البيع
بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه
الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخنزير والخمر فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة
المال بالمال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلكا لم يضمن في يد المشتري فانه يكون
امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون
مضمونا لانه لا يكون اردى في حالة من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه
والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما ننبئه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك
عند اتصال القبض به ويكون البيع مضمونا في يد المشتري في رواية وفيه قال الشافعي رحمه الله وسنبينه
ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع
واما بيع الخمر والخنزير اذا كان بالدين الدراهم والدنانير فالبيع باطل واذا كان قبل القبض

بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر
مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانتهما
وبترك اعزازهما وفي تملكهما بالعقد مقصودا اعزاز لهما وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط
التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد
تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر
بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد والمكاتب
والمدبر فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد
الموت استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك
كله وانه لا يجوز ذلك ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان الاظهر الجواز والمراد
المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق
وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال
وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف
المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة
البيع انما تلحق حقيقته في محل تقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصار
كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما
فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه
كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا حظيرة
اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم في معناه اذا اخذه ثم القاه فيها
ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل
لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله
من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع
الحبل وحبل الحبلة لان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه تنازع
في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف
الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى
وبخلاف الفصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع

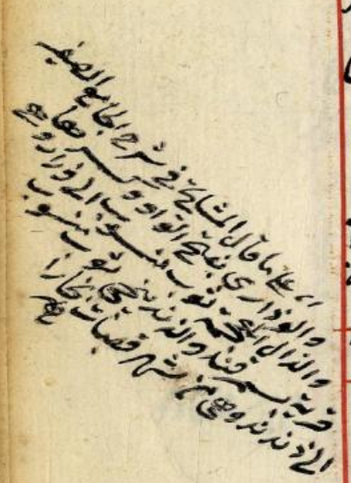
القطع

القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في الضرع
وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله فيما يروى في هذا الصوف حيث جوز
بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه
لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر
في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع
او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع
النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع
لان وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل
بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه
ولا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب على هذا
بالزبيب على هذا قال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى
عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق
قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان بيع المعرى له على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ
وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة
وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة يتساومان
فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع
فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام
عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين
لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد
ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء اما البيع فلانه ورد
على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز
فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان
محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان
لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه
لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعا له كذا ذكره الشيخ للكرخي ولا بيع دود القز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام

وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه الغرز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان
لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة
وقيل ابو يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن
تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه
لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق
مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهو غير آبق في حق المشتري
ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير
قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض
الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض
غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين
ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق لا يتم ذلك العقد
لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو
العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وكذا روي عن محمد رحمه الله ولا بيع لبن امرأة
في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء
الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر
الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها
فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة
في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين ولا يجوز بيعه اهانة له ويجوز
الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح
الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رحمه الله
لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع يغايرها
ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز
ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام الواصلة والمستوصلة
الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وزوايبهن قال
ولا يجوز جلود بيع الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس

لنجاسته

بيعها ولا انتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب
الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها
والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه
من قبل والفيل والخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او
سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان
المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ
لانه حظه من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرناه في كتاب
الشرب وقال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة
تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان
الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا
معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع
حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق
المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق
التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي
على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه
المنافع اما حق المرور يتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن
باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة
بحيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد
وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى
ويبطل العقد لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده
ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز واذا هو كاتب وفي
مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات
جنس واحد لتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان
والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية
بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن
الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها
بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول



[illegible]

او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت ستمائة
بعد ما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى
ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه
فاذا وصل المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة
ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها
من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها
منه فيكون مشتريا بالاخرى ما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى
في صاحبها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار
شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري
الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف
خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى
سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين
الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري
لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير
وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه ولا يوليه
غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجزيه
ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال
الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا
يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا
بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال
كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون
الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين او للمعقود
عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع

لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على
القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر
من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة
فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط
لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط
يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا
في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة
ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه
بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا
حتى تجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر
ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه
ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق
الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا
وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز وكان الحال قبل ذلك موقوفا قال
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه
المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان
الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن يكون اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام
عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد
لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع
ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل
ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل و
هذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة
والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة
ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة
وكذلك الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية

وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا
استثنى حملها لان الميراث لا يجري فيها وحر اشترى ثوبا على ان يقطعه الباقع
ويخيط قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد
المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة ما مر وحر اشترى نعلا على ان يحذوه البائع وشرط
البيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز
للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع فاما والبيع الى
النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك
لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا
يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فاما لا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك
الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو فعل الى هذه الاوقات
جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة عند
الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل لانه يحتمل الجهالة في اصل الدين
بان تكفل بما ذاب على فلان فتنتفي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل
الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
حيث جاز لان هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه
في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط
الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل
في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه جهالة
في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه منعقد
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان حزله الاجل
يستند باسقاطه لانه خالص حقه قال وحر جمع بين حر وعبد او شاة زكية وميتة
بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى
لكل واحد ثمنا جاز في العبد والزكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره
صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومزوكه
المسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد والمدبر له الاعتبار بالفصل الاول
اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعد

الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما
لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين لان الحر لا يدخل تحت العقد
اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا
فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخل
تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينعقد في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح
وفي المدبر بقضاء القاضي وكذلك في ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله
الا ان المالك باسقاطه البيع وهؤلاء باسقاطهم انفسهم رد والبيع فكان هذا
اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك قبل القبض هذا لا يكون شرطا للفساد
في غير البيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه وكذا
في احكامه واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد باذن البائع ولم يوجد العقد عوضا
كل واحد منهما مال تملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه
لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي يوجب المشروعية للتصاد بينهما
ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولانتفاء
في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يوجب المشروعية
عند بالاقتضاء التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك واما الحظر
ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا
يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالاستيلاء
عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لامكان اقترانه بالفسخ فيشترط
اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم
الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد جنى وشيء آخر ان في الخمر الواجب هو القيمة
وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر
الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبض في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع
تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم
التسليط الا بقي وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد بصح العقد استحسانا
وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والخنزير والبيع مع نفي الثمن
وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه
مضمون بفعله بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من القيمة

الاشباه والنظائر

معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر
لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب
العقد لقوته وان كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه
لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري
نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني
ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله
دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه
حصل بتسليط من جهة البايع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل
واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع
قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير وقبضه واعتقه او باعه او وهبه فهو جائز
وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه
القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع
لان لهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن
لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تنفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبايع في البيع
الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا
كالرهن وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن
ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع
الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ
مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب في الجامع ثم شك بعد ذلك في الرواية
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس
على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى
يحتاج فيه الى القضاء وتبطل بالتأخير بخلاف حق البايع ثم اضعف
الحقين لا تبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما
يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد
كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا تبطل بهبة
المشتري وببيعه وهذه ببنائه وشك يعقوب رحمه في حفظ الرواية

عن ابي حنيفة رحمه وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع في الثمن
والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث
فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك
عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة
وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد
الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة المعتبرة دون
النازل عنها قال وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء
وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين
وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين فصل
فيما يكره قال ونهى رسول الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء
ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يساوم
الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا
اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر
فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكر وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي
الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر
على الواردين فح يكره لما فيه من الغرور والضرر وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام
لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو بيع
من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به
لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال وكل
ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زايد لا في صلب العقد
ولا في شرايط الصحة قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرناه وقد صح ان النبي
عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة
اليه نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين واحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق
بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي رضي

غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك
ادرك ويروى اردد اردد لان الصغير يستانس بالصغير والكبير يتعاهده فكان
في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار
وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى يدخل فيه محرم غير قريب
ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد على
خلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد
الصغيرين له والاخر لغيره فلا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس
فيه كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر
عن غيره لا الاضرار به قال وان فرق بينهما كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله
لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر
بالادراك او الرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا
في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس
بالتفريق لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين
وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول
لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيامة ولان العقد
حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما وان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق
غيرهما الا ان لا يمكن جعلها فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
هو بيع الا ان لا يكون جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند
محمد رحمه الله هو فسخ الا ان تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل
ولمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر
عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا يرى انه بيع في حق ثالث
ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع
ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه
احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ
كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا
في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا
شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذا رفع

في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ صح

ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف
البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها
في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فح جازت
الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة
يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله
بيعا ممكن فاذا زاده كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف
لانه هو الاصل وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض
الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا
زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو قال بغير جنس الثمن الاول
عند ابي حنيفة رحمه الله وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة
ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون
بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده
لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع
صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم
بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع
فيه وان تقايضا يجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان
كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

قال والمرابحة
نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز
والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج
الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح
فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة
وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر
رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال
اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه
اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن
يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه
يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال

فهو فسخ بالثمن الاول صح

وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى الرأس المال اجرة
القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به
هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل
بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجر
التعليم ان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة
في المرابحة فهو في الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط
فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله لان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما
والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة
فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله لان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا
ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان
معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله لو لم يحط في التولية
لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط لا يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول
بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن
في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية
والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند
عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل
ربح كان قبل ذلك وان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عن ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة
وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة
على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح
بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب
والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل

يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل

ثالث

ثالث لان التأكد حصل بغيره قال ومن اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك
ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه
مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي اعتبار الاول فيصير كان العبد اشتراه
للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال
واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند
عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه يشتري ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف
وهو المقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا يرى انه وكيل في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت
او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن
لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وابي يوسف رحمه الله
في الفصل الاول انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله
فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار
مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء
من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه
مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل
لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة
يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم
لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين
رده لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان
استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا عن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك
من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن
الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط
وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري

وحاط

بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البايع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الالف لم يتقرر واذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الا مثله ونظيره بيع الشئ برؤيته اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز بيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولانه فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك وكذا بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدليل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري ذلك الا ولا ان يأكله حتى ان يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل انه يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لانه به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينا في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا انهى كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لا اجل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلوب وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق

ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر صح

الاستحقاق

الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يلتحقان على الاعتبار الاتي قبل على اعتبار ابتداء الصلة بهما لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراج بعضه مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد وصف ممنوع الى وصف ممنوع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقط الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بالعقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه وينظر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حق الثابت فلا يملكها ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا **قال** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل **قال** وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فانه تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالمدبرة والسكنى فيلزم حقا للموصى **باب الربوا** **قال** الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس **قال** رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح ذكر والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب عثلا ومعنى الاول

بيع الواحد بالاثنين نسيئة

الاستحقاق

بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا
ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص عن الحرمة والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة
وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار
الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط
المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه
اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن
التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال
التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى
والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا
هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر
الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات ولقوله عليه
السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها
الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكر اذا ثبت
هذا نقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة
في المعيار الا يرى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب
وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا
مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لان المساوات بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة
عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم
فما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه
يحل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل
والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل
ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير محرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء
باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت
الا شبهة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا
انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجب فضلا في المالية فيتحقق

وحقيقة الفضل صح

شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه وان جمعهما
الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو ثمن
يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود
موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا
اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فيتحول الشبهة فيه الى
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم
التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة وكل ما نص رسول الله
صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل
مثل الحنطة والشعير والملح والتمر لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر
العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت
هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب
بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار
فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام
في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواني لانها قدرت
بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكيلات واذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعند الصرف
ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة
هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفضة في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه
مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رحمه الله في بيع الطعام
بالطعام له قوله عليه السلام والحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب
القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف فيترتب ذلك
على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد
عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية
عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لوجود الطعم على ما مر
قال ويجوز الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله لا يجوز لان الثمنية يثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت
باصطلاحهما

والجوزة بالجوزتين صح

اثمانا لا يتعين فصار كما اذا كان بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما
ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية يتعين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في
نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية
خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالكالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما
اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق
ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل
لكن الكيل غير مسوى بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز
وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع
الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق
بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما
يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما
ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة مع المسوسة قال ويجوز بيع اللحم
بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه
لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة
السقط لانه لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم
فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن
عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك
المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن
الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا العنب بالزبيب
على ما قالوا وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم
فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا او
كل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جاز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع
باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال
وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه
بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او
الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

او غير المنقع

لا يجوز

لا يجوز ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال والوجه رحمه الله يعتبره
في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل
في بيع الرطب بالتمر بما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذا الفصول وبين
الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد
عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود
عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود
عليه فلا يعتبر قال ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفري حيث
يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول
ما ينعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز
للجهالة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم والشيرج حتى يكون الزيت والشيرج
اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك
يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان فيه لو كان اكثر او مساويا له
فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال
الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره
والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن
يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا
ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس فجنس واحد وكذا
المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك البان البقر والغنم
وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول
مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل
بالصنعة وكذا بخل الدقل لخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما
ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني
والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز
صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه
انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين وان كانت الحنطة نسيئة جاز
ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعليه الفتوى
وكذا في الخبز السلم جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا ووزنا عند ابي حنيفة رحمه
لانه تتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل

بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كماء النخل وهو اول ما ينشق من النخل نهاية الدهن صح

وعند ابو يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربوا
بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
ماذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك
المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق
الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لان
مالهم مباح في دارهم فيأخذ طريق اخذه المسلم اخذا مالا مباحا اذا لم يكن فيه
غدر بخلاف المستأمن منهم مالهم صار محظورا بعقد الامان باب الحقوق التي هي
ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بحر اقوه
او بكل قليل وكثير هو فيه ادمنه ومن اشترى بيتا فوق بيت بكل حق هو له لكن
البيت لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جميعا بين
المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما اريد عليه بحدود
والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه
والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل
بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه حرافح السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون
فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع
ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك
تبعا لان كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولانه عن علو وكما يدخل العلو في اسم
الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي
حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما الكل
مفتح في الدار يدخل من غير ذكر شئ مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف
قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان
يشتريه بكل حق هو له او بحر افقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع
ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل
تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالبيع ممكن بدونه لان المشتري
عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة باب الاستحقاق
ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها
وان اقر بها الرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة
فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون

خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب

صح هو قوله اولا

لا قال لا زفر

له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت به الملك في المحل ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت
باثبات الملك بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء
بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد والله تعالى اعلم فان القاضي اذا لم يعلم بالحبل
قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت
الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشتريتني فانا
عبدك فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شئ وان كان
البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجد حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وجه المسئلة الثانية ولهما
ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على اخره واقراره بالعبودية اذ عبد له اذ القول له
في الحرية فيجعل العبد بالاخبار بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا
للغرور ولا يتعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الاخبار
ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الاخبار
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول
المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر الاستحقاق
فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى
شرط في حرية العبد عنده والتناقض يبطل الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل
في الدعوى فيما ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع
لحقوق العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار
كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيم البينة على العتق
قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حق مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم
فاستحقت الدار او بعضها منها لم يرجع بشئ لان المدعى ان يقول دعواي هذا الباب وان
ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ رجع بحصته لان التوفيق غير ممكن فوجب
الرجوع ببدله عند فوات سلامة البدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على
معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة فصل في بيع الفضولي قال
ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رحمه
لا ينعقد لانه لم يصدر ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولانا بعقاد
الا بالعقد الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده

البايع للاب يرى ان ابنه هو رجع هو على العبد ورجع هو على البايع

رحمه الله

قوله ولهما ان المشتري

قوله ولانا ان البيع

اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث تمتنع مؤنة طلب المشتري واقرار
الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فيثبت
القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن دلالة لان العاقد
ثابت ح
ياذن في التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان
بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة
اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عنه
بخلاف الفضولي في النكاح لانه معتبر محض وهذا كان الثمن دينا فان كان عرضا عينا
انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا لان الاجازة اجازة لعقد
حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن
له مثل لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ
باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة
غيره ولو اجاز المالك في حوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رحمه الله
اولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رحمه وقال لا يصح حتى يعلم
قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال
ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال
عليه السلام فيما لا عتق فيه لابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة
لثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والصحة للاعتاق الملك الكامل ولهذا
ولهذا الاصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان يعتق المشتري والخيار
للبائع ثم يجيز البائع وكذا الاصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا
حتى ينفذ من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان وكذا الاصح اعتاق المشتري
من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف
مطلق موضوع لافادة الملك لا ضرر فيه على مالكه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ
بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب
بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع
لانه ليس بمطلق وقوان الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري
من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك باتم فاذا طرء على ملك موقوف

لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري من كذا ذكره
هلال رحمه الله الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشا ثم اجاز البيع فالارش
للمشتري لان الملك قد تم له من وقت البيع فتبين ان القطع حصل
على ملكه وهو حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون
الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع
ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بازاد
على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه وفيه شبهة عدم الملك قال
فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني
لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول
والبيع يفسده بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يوشك فيه الغرر قال وان
لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة
من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن
ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه ملك
للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات لا الى بدل بخلاف
البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع
قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره فاقام المشتري البينة
بمر ر ح
على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد المشتري البيع لم تقبل
بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة
مبينة على صحة الدعوى قال اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع الا ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يباعده على
ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر
في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع
انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وذلك
في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا تكون العين سالما للمشتري
قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول ابي يوسف رحمه الله اخيرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول
محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو المداينة فقد قال

حلال ابتدى

ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول
آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى
الآية وبالسنة وهي ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه ووجه القياس انه بيع المعدوم
اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه
السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد
بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا
فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود
المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح
انما يجب في محل اوجب العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه
يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط
صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا يتفاوت كالجوز والبيض لان العددي
المتقارب معلوما مضبوط الوصف مقدور السلم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء
باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده
تفاوتا فاحشا ويتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم
فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز
عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعد وتارة يعرف بالكيل
وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس التي
لا يتفاوت عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولا تعود
وزنا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان ولا في الرؤس وقال الشافعي رحمه الله
يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك
يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقل
ما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى
عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس
والاكارع للتفاوت فيها وهو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود ولا في
الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به

محل الاجل صح

الحزمة انه شبر او ذراع فح يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون
المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين محل الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا
عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله
يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله
عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل
فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل
قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح
والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم
في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور
التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك
الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى
لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه
انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير
في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة
معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه
وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضوع
منه وله ان مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على
اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم
ولا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض
وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف المقبوض به
في وقته اما الوصف فلا يكتفى به لان السمن يختلف باختلاف الاوقات قال
ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز لاطلاق الحديث ورخص
في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة
دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان
قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم
لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه
شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم
بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه تأخر
فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون

في اول البيوع

المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا
روي عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد يعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية
لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا كالحشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال
ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة
او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد
او ردي ومقدار معلوم كقولنا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم
والاصل فيه ما روينا والفقه ما ذكرنا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق
العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه
اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا
الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان
المقصود يحصل بالارشاد فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما
يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي ربما
لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد
كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقدار ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين
راس مال كل واحد او اسلم في جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد
يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير
نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه
ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين
فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد
من البيان وصار كجهالة الصفة ومن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه
عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية
العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا
اقتسما دارا او جعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط
اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار
ومكان تسليم الدابة للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان

مكان

مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في الذي اسلم فيه
قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء والاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب
في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين وقد نهى
النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ
الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق
معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم
ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام
القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار
الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة
الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله
وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة
مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات
القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ
اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو تعذر راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل
بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا يرى انه لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا تبطل البيع فينعقد صحيحا ولا يجوز التصرف في راس
مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق
بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
ولا يجوز الشركة ولا التولية لانه تصرف فيه وان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري
من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او راس
مالك اي عند الفسخ لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم

في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن
قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز
لانه اجتمع الصفقتان بشرط الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا
لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة
وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
قال وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة
ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يتحقق
الصفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر
رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف
ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر
منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا
ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها
صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا يرى
انه لو امره بالطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امر
ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري
ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب
عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله
في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير
الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا واجتمع
العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة
الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره
ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد عليه من عنده نصف
دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين
فلانه خلط بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع
وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو
بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فمات في يد

قضاء صح

كان الطحين صح

المشتري

المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم انما هو المسلم فيه فصحة الاقالة
حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها
ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا
بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد
بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف
بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ويبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد
منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه
شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا والقول قول المسلم اليه لان رب
السلم متعنت في انكار الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة
وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي
الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر
الصحة وسنقرر من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب
السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره
حقا له وهو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر
النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب المسلم
عندهما لانه منكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال
للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي
نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند
ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد
فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر
الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل
ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع
الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر
الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم
في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه
ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الحرز لان احد احادها
تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم

بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب
لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز
السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة ولا تضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس
بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط
السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا
من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز
لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما و
المعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل
العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار
ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له
اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز
وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل
لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير مسلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضربه
فيما لا تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف فيه يصير مسلما بالاتفاق لهما ان اللفظ
حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل
السلم وجواز السلم باجماع الصحابة لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان
الحمل على السلم اولى **مسائل منثورة** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير
المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي
وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه
فكان منتفيا ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه
لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة
العين ولو سلم فيحرم التناول دون المبيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله

والاكل

ان شاء اخذه وصح

وغير سان

مهر البغي ظ

تشعر بهوان المحل

فكان مالا سان

عليه السلام

عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد
ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون
كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عندهم على الخمر كعقد المسلم على
العصير وعندهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن
امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك
خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة
في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او رابحا
او خاسرا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد الثمن وهو يساوي المبيع
بدونها فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية
وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى
جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو
الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته
فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب
حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل
وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فاقام
البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه
يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر
اين هو بيع العبد وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره على الوجه
الذي اقر به مشغولا بحقه فاذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن
اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض المبيع بخلاف ما بعد القبض
لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
تبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله
ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شركة الثمن وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه
وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه

والمبيع لم يقبض سان

رحمه

وهو اجنبي عن نصيبه صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان المبيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه
والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى
جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما
على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم
وزن سبعة لانه اضافت الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود
في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا
وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه
وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف
مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة
له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير اليه فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء
ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها الا بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب
ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له واذا افرخ طير في ارض رجل فهو
لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه
ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذ وكذا البيض اصل الصيد
ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيبه وصاحب الارض لم يعد ارضه
لذلك فصار كنصب شبكة للجفان وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر
من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل
في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في
ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال رضي الله عنه الصرف هو البيع
اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان يسمى به للحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة كذا قاله
الخليل ومنه سمية العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب
مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها وردها
سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا
ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض

اذا تكنس صح

اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة صح

يدا بيد

احدهما

احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق
الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه
شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد
منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي
عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر
ما ذكرناه في قبض رأس المال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق
ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض
مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز
لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض
مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل
عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا يتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن
في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد منهما له ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد
منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا
ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير
مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال
بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض
حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذلك
اذا اشتراها بالفي مثقال الفا نسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل
في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر وكذا لو باع سيفا
محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة
الفضة وان لم يبين ذلك اذا قال خذه هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل على احدهما
لظاهر حاله فان تقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لم يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع

كالمصبوغ او لا يتعينان صح

وهو قوله عم الذهب بالذهب الخ

وهو قوله هاء وهاء

كالخدع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع صح

فصار كالطوق مع الجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت
مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين
فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء
فالمشترى بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب في الاناء
وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري شعير
وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف
كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعها مرابحة لا يجوز وان امكن صرف
الربح الى الثوب وكذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر
بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الى عبده وعبد غيره
الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير
قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة
المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق معين لتصحيحه
فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره
ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب
بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف
الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس
بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة
البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار
جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر
التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر
يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم يبلغ فمع الكراهية وان

لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له
على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع
الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين
ليس لهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا
يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا
ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه
ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف
وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان لاحقا
فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقيق
المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم
الفضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعضها الا متساويا
في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش
عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل
بالرداءة والجيد والردي سواء فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم
والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهي على الوجوه التي
ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنسين وهو في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس
لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز
عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي
والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا
ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت
تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد
فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا يتعين وان كانت لا تروج
فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف

لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البايع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها فلوسا
ثم كسدت فترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها آخر ما يتعامل الناس بها لهما
ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا
اشترى بالرطب فانقطع اوانه واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف
وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال
الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد وذلك لان الثمنية بالاصطلاح
وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما
وقيمته ان كان هالكا في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال
معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم يبين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا
لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة
عليه مثلها لانه اعارة وموجبها رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ الغرض
لا يختص به وعندهما يجب قيمتها ولانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض
فيجب رد قيمتها كما لو استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض
وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا
فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر للجانبين وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر
ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم
من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال
زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد
لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق
ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان
العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف رحمه
لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من
الفلوس وعند محمد رحمه الله انه لا يجوز فيما دون الدرهم لان في العادة
المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك
الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله استحسان وفي القياس قال ومن اعطى صيرفيا

درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاجنة جاز البيع في الفلوس
وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف
بنصف الاجنة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله يبطل في الكل
لان الصفقة متحدة والفاسد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ
الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني
نصف درهم فلوسا ونصفا الاجنة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع بنصف
بنصف درهم وبنصف درهم الاجنة فيكون نصف عبد وما وراءه بازاء الفلوس
فارضى الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله اعلم

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
اي ضمها ثم قيل هي ضم الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال
الكفالة قربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون
بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه
اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف كفالة بالمال لانه لا ولاية على مال نفسه
ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وبهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها
ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين
باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او برأسه او بدنه
او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان بهذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اذ حقيقة
الوجه والرأس والرقبة والبدن واحد عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما
اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة
الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي ان
صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام فمن ترك
مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان
الزعامة وهي الكفالة وقد رويا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك
قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة
قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه
في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء
حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة فلعله ما ذهب لحاجة ما وذلك ما لم يدع عليه ولو غاب المكفول

امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء
الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون
في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه
ما التزم التسليم الا مرة واحدة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه
في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها ولم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في السواد
لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله
للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن
وقد حبسه القاضي غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول
برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه
وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي
ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت ومن كفل بنفس اخر
ولم يقل اذا دفعت اليك فان برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين
ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع
وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على
انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن بما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا
التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله
لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه
يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح بمطلق الشرط كهبوب
الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافات
متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول
عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها
او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به
غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها
حتى يكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى

انه لم ينسبه الى ما عليه فلا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى
من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس فلا يصح بالمال
لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا
التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية
قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر
عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص
حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا كفالة في حد من غير فصل ولان معنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في
التعزير ولو سمحت به نفسه يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم
النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى
يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة
تثبت باحدى شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي
ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به فيمكن الاستيفاء
ويمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب
فاخذ منه كفيلا اخر لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به
او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه
او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة
بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك
في موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل
وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك
يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فح تنعقد حوالة اعتبارا
للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له
ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار

تضمين احد الغاصبين لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق
الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذايبك عليه فعلي
وما غاصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ولان
على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا
لوجوب بحو كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله او اغاب عن البلدة وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه فيلا يصح التعليق بحر والشرط كقوله ان هبت الريح
او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا
لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
فان قال تكفلت عنك بما لك عليه فاقام البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم يقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول
عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
في حق نفسه لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لطلاق
ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر
فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند اداءه وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى
عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤديه لانه متبرع بادائه
وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملكه
الدين بالاداء فتنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا
ملك المحتال عليه لما ذكرناه في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى
لانه لم يجب عليه شيء يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب
عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابراء الكفيل قال وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف
الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان
لزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابراء الطالب المكفول عنه او استوفى
منه براء الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في
الصحيح وان ابراء الكفيل لم يبراء الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على

الاصيل بدونه جائز وكذا اذا ابراء الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل
لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيبقيه بالابراء المؤبد
بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال موجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا
الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل دائرا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح الكفيل
رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برا الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح
الى الالف الذين وهي على الاصيل فيبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة
الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة اذا كانت
الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف
ولو كان صالح عما استوجب بالكفالة لا يبراء الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن
المطالبة قال وحق قال للكفيل ضمنت لك ما لك قد برئت الى اخر المال رجع الكفيل على المكفول عنه
معناه ضمنت له بامره لان البراءة التي تبدو منه من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون
الا بالايفاء فيرجع وان قال ابرائك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى
غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله يرجع مثل
الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اولا يرجع الكفيل للشك
وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتدؤها من المطلوب والية الايفاء
دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه
هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في نائب
البراءة ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا
محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصل وكل حق لا يملكه
استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لان
من عليه لا يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن
المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح مضمونا
بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي
لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب
لانها كانت مضمونة بغيره كالمبيع والمرهون ولا يكون امانة كالوديعة والمستعار
والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الثمن
بعد القبض الى الرابن او بتسليم المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا وهو استاجر
دابة ليحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت
بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والمحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا

للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له
في المجلس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز
ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه
تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية ووجه التوقف ما ذكرنا
في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم
بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي
ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان
هذا وصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال
او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا
حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف
المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل
للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب
لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع
به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين
ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه
في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة
الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل
او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف
عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع
فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة
ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض
على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده
وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين
فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه ويثبت له حق الاسترداد لانه وجب
على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى
وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب
قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع
الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فباعها

وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي
قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية
عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه سبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل واذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث
لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف
بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي
ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة
فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة
ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة فسمي به لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم
البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل
وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة
ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح الى الزيادة
عليه لانه هو العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له فغاب
المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
لم تقبل لان المكفول به مال يقضى به وهذا لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى
لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل
كقوله اطال الله بقاك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة
ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فان يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه
وان كانت الكفالة بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به
مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة
بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء وبدعواه
احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر يثبت امره وهو يتضمن الاقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام
الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى
على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول

صار مكذبا شرطا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في
نقض ما تم به من جهته وان لم يكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب
المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فتنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال
ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا يكون مشروطة
في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره
ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع
وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك وهو تسليم الا اذا كتب الشهادة
على اقرار المتعاقدين **فصل في الضمان** قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن
او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي
اليها فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في يديهما والضمان
تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا
عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز
ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل
نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن الآخر خراجه
ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها
مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان
اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز
الجيش وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها
ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ
الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
او حصة منها والرواية باو وقيل هي الثانية الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة
درهم الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك
عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه
الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل
وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة
بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض لا يثبت الا بشرط وكان القول

قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط
بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه
فيما روي عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه قال ومن اشترى جارية
وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع
لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقبض له بالثمن على
البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية
لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات
في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل
لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح
ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه
فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن
الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو
غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح **باب
كفالة الرجلين** واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع
على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف
اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة
لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادات
لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه
ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور قال واذا كفل رجلان عن رجل
بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه
بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل
وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبهما التزام
المطالبة فتصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا
فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض
بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل
لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه
لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان

ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله
على ما بينا فلهذا يأخذه به قال واذا افترقا المتعاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا
ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف
في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر
من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه
بنصفه ووجهه وهو ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل
كل واحد منهما اصيلا في وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا
بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء
الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما
ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما
جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال
الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح
الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف
وللمولى ان يأخذ بحصته الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه
بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد
عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق
ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة
الا انه لا يطالب لعسرته او جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به
والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل
لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع
عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل
رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان
ادعى رقبة العبد فكفل رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن
الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك
وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال
واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه

بعد العتق

بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الاول
ان يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته
عن العبد تصح على كل حال لتحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامر والمانع وهو
الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وكذا العبد على مولاه ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه
قال ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق
صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته
مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله
لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عليه السلام
من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت
بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضا
المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من
المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن
بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ
اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة
الفراش والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر
على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال
ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى
لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له
اذ هو المقصود وتفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في
المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف
ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى
في الحقيقة وقالا هذان وجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان المال غاد ورائح واذا
طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت له بدين لي عليك لم يقبل
قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل

بالتوى

يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر واذا طالب المحيل المحتال باعاله به فقال انما
احلتك لتقبضه لي وقال المحتال اعلمتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل
لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول
قوله مع يمينه قال وخرج ودفع رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر فهو جائز لانه اقدر
على القضاء فان هلكت برئ المقيد بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدا بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
ايضا وحكم المقيد قد مر في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به
حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوأ للغرماء فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي
له مطالبته فيأخذه منه فيبطل الحوالة وهي هو المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقوقه
بل بذمته ولا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه او عنده قال وبكره السفاتج وهو قرض استفاد به
المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام
عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا ينبغي ولاية القضاء حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستفاد في حكم الشهادة
لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء ومن شرط
الاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه
لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز
عندنا ولو كان القاضي عدلا فعزل باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويكره العزل
وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الثاني في رحمه الله الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعندهما الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال
بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق
لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا
قال بعضهم لا لانه خائن امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقال بعضهم يصلح
لانه يجتهد كل المجتهد في اصابة الحق تحرزا عن نسبته الى الخطاء وهذا الثاني في الصحيح
ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للثاني في رحمه الله هو
يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولنا انه
يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى المستحق
وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا
عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد
الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه

ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى
عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه احرازا بالمعروف
قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا للبلية
القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح
بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة
فلعلة تخلى ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان
هو الاصل للقضاء دون غيره فح يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد وخلاء
للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب
القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه
فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيسلم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز
من العادل لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه من معاوية والحجاج كان يبعث
علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان
لا يمكنه في القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه
قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الحوائط التي فيها سجلات
وغيرها لانها وضعت فيها ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء
ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يد المعزول لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال
القاضي وهو الصحيح لانه اتخذه ثمنا لا متمولا ويبعث امينين ليقبضاها
ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى شيئا منها وهذا قول
لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف
بحق الزمه اياه لانه الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة
لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان عليه
فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل
القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر
في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل بما تقوم به البينة او يعترف به من
هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف
الذي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه يثبت باقراره ان اليد

كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا ابداه بالاقرار لغيره فيسلم الى المقول له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقول له من جهة القاضي قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس النفس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد للذكر والصلوة والحكم وكان رسول الله عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عباده فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهر فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدار ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول فيها ويجلس بعد حين كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته قبل القضاء بمثلها اليه لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل يجري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للغريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا اراد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يجهر دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضر ولا يأخذ ما قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضر سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة كلعب الاخ فيترك حقه ولا يضحك في وجهها لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب هيبة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحضر بهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاستخراج والتكفيل **فصل الحبس** واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس

عزم لم يحبسه واجره يدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا الحق بافراره لانه لم يوجد كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او القرض بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على اداءه والمراد بالمهر معجله ودخل مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انا فقير الا ان تثبت عسرته ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قوله عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول قول المديون عليه الا في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان يؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قالاه في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى يسقط النفقة بالموت بالاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قوله علة يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر حاله لو كان يخفيه فلا بد ان يمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك حسب التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف الاحوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في روايته ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله والحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا لم يحبسه وان كان معسرا خلى سبيله وعلى هذا اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته فد بيناه فلا يفيد قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود والقصاص فان قيل اذا امتنع من الانفاق علله لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك ليسقوطها بمضي الزمان **باب قضاء القاضي الى القاضي** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا كان

عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو
المدعو سجلا وان شهدوا بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب
بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة
ويختص بشرائط نذكرها ان الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر
عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين
والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك
بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار
ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل
في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه
ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف
رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية ويجب
ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختم
بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ان علم
ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع
اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله
آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا الكتابة وخاتمه
وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء
وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله
قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة
فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال واذا سلمه
الشهود اليه نظر الى ختمه فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس
حكمه وقراءه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه
وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه
يقض الكتاب بعد ظهور العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة
الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه
اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لو يبق اهلا للقضاء

على الشهادة صح

قبل وصول

قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا
آخر في غير عمله وكذا اذا اوفى غير عملها وكذا اذا مات المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان
غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه
على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه
مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود
والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء
الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل
بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته
فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القاضي ولو قضى الثاني بمحضر
من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي
الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك
الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الاجماع او الكتاب
او السنة بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء
فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى
محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح
الاجتهاد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى في المجتهد فيه
لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان
ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه
قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا
والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض
وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل
شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا
اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي
العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب
الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة
فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه

حيث لا يجوز توكيل الوكيل الا اذا فوض اليه ذلك لانه ليس له ان يوكل غيره في عدم جواز توكيل غيره

او الاجماع صح

مخالفا صح

من الكتاب او السنة او الاجماع صح

يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيثبت وجه القضاء لان احكامهما مختلفة
ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه
خلاف ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا
لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة من الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر
به جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع الكبير قال ويقرض القاضي اموال
اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة
مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي
لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه
عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم
بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فتشترط اهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب
ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه
من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما
واذا رفع حكمه الى القاضي فان وافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه
ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم
التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا
لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم
في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم
المولى دفعا للتجاسر من العوام فان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم لعدم التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل
بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف
للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع
البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم يوافق الشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية
قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده
وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان

ضمن

مقلد صح

مخالف رأيه صح

التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه يقبل شهادته عليهم
لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج
فيه الى الرأي والله اعلم

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو
لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي
عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه
تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل
لا يجوز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير
فصار كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض عدم الضرر فاذا اشكل لا يزول
المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او لنقضه فيمنع عنه
قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة
فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور
ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع
فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع
من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لا يمكنه المنع
من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال
واذا كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق
المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بعت دار منها
قال ومن ادعى في دار دعوى فانكرها الذي هي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز وهي
مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى به وان كان
مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى
المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل
البينة فقال قد جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لم يقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون
به قبلها فان شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام
البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا ذكره في بعض
النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء
رجوع منه فيعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها
ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة

وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان

لان بعد الفتح صح

مشتري

عزم وقصد

وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ
وقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء
الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم
ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا
ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم
جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض
الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق
والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به
فيما ذكرنا لا يجوز والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة
ما يغلب عليه الغش قال ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه
بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني
دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه
لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد
فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على اخر مالا
فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء
قبلت بينته فكذا على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب
وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه
الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال
ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين
اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله
انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه
بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال ومن ادعى على اخر انه باعه
جاريته فقال ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة
فاقام البايع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البايع وعن ابي يوسف رحمه الله
انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء
وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف
الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا

الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه
ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله هو على
الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في كتاب الاقرار لان
الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد
وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة
عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة
قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت
وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها
لان الاسلام حادث فيضاف الى الاقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان
ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأته نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت
بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي
محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن
مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة وقال المستودع لرجل هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث
خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل
انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر
بقيام حق المودع وهو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف
المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا
على نفسه فيامر بالدفع اليه ولو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول
ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال
فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين
اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال واذا
قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء
احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ الكفيل
والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لا نعلم له
وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما

غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع اللقطة والآبق الى
صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر
ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت
الشراء في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له
مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو
معلوم فاما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع
بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان
له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله
ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل اقام آخر
البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له
بالنصف والنصف الآخر ترك في يد الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه ويجعل
في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما انه بالجحود صار خائفا فلا يترك المال
في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال
كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع
بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة
له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج
فيه الى الحفظ والنزاع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك
الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الاخ والام
والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر
لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل انه انشاء خصومة والقاضي انما نصب
لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه
النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق اليه
وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة فواحد
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه
لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا
قامت البينة بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد
الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه

الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل
وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة
من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال
ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع
في حال الاستغناء فتنصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه
لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد رحمه الله
لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ المؤنة راجحة عنده ولا يدخل فيه ارض الخراج
يتمحض مؤنة بالاجماع ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول
كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال
ولا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته
هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته
ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى
اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز
في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله
وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان
بطلان الانابة فلا تتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة
لقيام ولاية المنوب عنه فتتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر
لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر وهذا من باب المعاملات قال ولا يكون
النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه
وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر
ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف
الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال
وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم
الذي لم يهاجر الينا قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ

المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي
كالامام وكل واحد منهم لا تلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة
فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم عند تعذر
الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ~~عند تعذر الرجوع~~ ولهذا
يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه نيابة عن الميت وان كان
باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء
لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال
يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع
بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له **فصل**
واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه
او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا
وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطا والتدارك
غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية
لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة ووجه الظاهر
انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر
واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور الماتريدي ان كان عدلا
عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر
فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا
لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا عزل القاضي
فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها دينا عليك
وقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع
يدك في حق وهذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا
انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه
كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ
بما اقر القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي
صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل
قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند

فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا
مجنون والمجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل
بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع
الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به
القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه يؤخذ منه لانه اقر
ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها
ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله
ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب الدعوى لانها حقه
فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق قال والشهادة في الحدود يخير الشاهد فيها بين الستر
والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل
لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي
عليه السلام واصحابه رضي الله عنه دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد
بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة
على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع والضمان
فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة
من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم من لقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا يقبل فيها شهادة النساء
لحديث الزهري رضي الله مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها
شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح
والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة
النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل

في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة
والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا
ان الاصل فيها المقبول لوجود ما يبتنى اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط
والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم
للقاضي ولهذا تقبل اخبارها في الاخبار وتفصيل الضبط بزيادة النسيان الخبر
بضم الاخرى اليها فلم يوجد بعد ذلك الا الشبهة فلذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات
وبهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا
يكثر توجهن حال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع
لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة لضعف
النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث
احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة
فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها ربما تدعي زوالها
اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشترى بشرط البكارة فان قلن انها
ثيب يحلف البائع لينضم نكولها الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف
البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق
الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما
تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال
عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة
ولفظة الشهادة فان لم يذكر ان شهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن
لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هو المعنى للقصد لان من يتقي
عن الكذب حتى يتحاماه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان
وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يتهاون لوجاهته ويمنع عن
الكذب بمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا
والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها
اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد
من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله

في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى تشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة
النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام
حتى اختص بمجلس القضاء وتشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
يقنع الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسئل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك غير معمر
ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول
الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسئل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها
فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل
عنهم ايضا لانه تعارض الظاهران فيسأل عنهم طلبا للترجيح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسئل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبناه على الحجج وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضاياه
عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا
الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها الثقة
والخلي والمصلى ويرده المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يتعصب
وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره
وقد كانت العلانية وجدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا
لتحرز عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد
ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي
بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة باليد وهو الاصح وفي قول من رأى ان يسئل
عن الشهود ولم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعي عليه وعن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكية لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية اخر الى تزكيته لان
العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب
في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضع المسئلة اذا قال هم
عدول الا انهم اخطؤوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد
اعترف بالحق واذا كان رسول القاضي الذي يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثنان
افضل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا
اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم
وعن الشافعي رحمه الله ان التزكية في نفس الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور
العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط فيه العدالة وتشترط الذكورة

في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا تشترط فيها لفظة الشهادة
ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح
العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف
لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا تشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل وما يحتمله الشاهد على ضربين احدهما ما ثبت بنفسه مثل
البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه
ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق
الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع
من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا
كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس مسلك للبيت
غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه
بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد على شهادته الا ان يشهد عليها لان
الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة و
والتحميل ولم يوجد وكذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه
ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان
الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد
وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون
في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة
في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة
او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد
بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية القاضي
لانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس
ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل
فصار كالسمع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها احكام يبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل
فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع
لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر
او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان

لانه لم يشهده فلا يجوز شهادة الكاذب

او رجل

او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحدة
لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط
العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك
يطلق الشهادة اذا فسر لم يقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه
الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا
وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره
ومن شهد انه يشهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه ينبني على مر الاعصار
الا انا نقول الاعصار الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما
يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه
لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك
ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب
كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا
ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق قول محمد في الرواية وقال الشافعي رحمه الله
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة
وملك قلنا والتصرف ايضا يتنوع الى انابة واصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين
المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك
استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك
دون الملك لا يحل واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقا فكذلك
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران
يعبران عن انفسهما فكذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فتدفع
يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد
فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة في ذلك الى السماع ولا خلل فيه وقال
ابو يوسف رحمه الله والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم

لكن لا بد من بيان الجهة بانه وقف على هذا المسجد او المقبرة مثلا والا لا يقبل كذا في الذخيرة الكل

لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك صح

ولا خلل فيه بيان

بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة
كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين
المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز
عنها بجنس المشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود
والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا
خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت
وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وان تاب
وهو لا يلي على نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا
فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان
للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف
العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق
ولهذا لو شهد العبد ورد القاضي شهادته ثم شهد في تلك الحادثة بعد العتق تقبل
بخلاف الفاسق والزوج اذا ردت شهادتهما في حادثة ثم شهدا فيها بعد التوبة
والبينونة ولو ضرب الكافر بعض الحد ثم اسلم فاتم الحد تقبل شهادته لان المضروب
بعد الاسلام ليس بحد حتى يتبعه تمامه وهو الرد قال ولا شهادة الوالد لولده وولد
ولده ولا شهادة الابوين واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد
لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا
المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة
ولهذا لا يجوز صرف الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة
قال المص والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر
نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل
المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة
فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رحمه الله
تقبل لان الاملاك بينهما متميزة ولا يدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس

بالدين

بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه
المفلس او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة
المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه
اذا كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام
التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض
قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في التردي من الافعال لانه
فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة
ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فان النبي عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال
ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء
بصعود على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو
المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب الكبيرة قال ولا من
ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار
لان كشف العورة حرام قال ولا من ياكل الربوا والمقامر بالنرد والشطرنج لان كل
ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة لاشتغاله بهما واما مجرد اللعب بالشطرنج
فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساغ وشرط في الاصل ان يكون اكل
الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك
ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستخفة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه
تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة
من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث
الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به فصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا كذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية
فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة
لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمه الله لا تقبل لانه فاسق
لقوله تعالى والكافرون هم الظالمون اي الفاسقون فيجب التوقف في خبره
ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين وصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام

لا تقبل شهادته بجنسه وغيره

اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده
الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع
لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محرم الاديان بخلاف المرتد لانه
لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه
يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم
الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستامن لانه
لا ولاية له عليه لان للذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي
عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض
اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من اهل دارين مختلفين كالروم والترك
لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي
لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات
والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في
حد العدالة المعتبرة اذ لا بد توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا
فاما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة المشروطة ولا ترد به الشهادة المشروعة
لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة
الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا
الصنيع عدلا قال وتقبل شهادة الخصي فان عمر رضي الله عنه قبل علقمة الخصي ولانه قطع
عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب
فسق الولد ككفرهما وقال مالك رضي الله عنه لا تقبل في الزنا لانه يجب ان يكون
غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال
وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص
قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في شهادة الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على
الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال
واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز
استحسانا وان انكر الوصي لم تجز وفي القياس انها شهادة للشاهد لعود
المنفعة اليه ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان

لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس صح

طالبا

طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين
لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا
يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف
ما لو انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت
معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان
شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر
لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت
انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له
الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا
اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل
لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم
العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه
وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان
لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا
انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او كاذب
او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان
عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق
علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة
مجلس القاضي فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي
بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل
الشهادة فصار كلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط
في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن
فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام
عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة رحمه الله وابو يوسف رحمه الله يقبل قوله

مجرى صح
وان قام ثان
في جميع المسائل

باب الاختلاف في الشهادة

في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط لقبول الشهادة وقد وجدت فيما وافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لها انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما فصار كالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وكذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما بالف وخمسمائة والمدعي الفان وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف بغير الاول ونظيره الطلقة والنصف والمائة والمائتان والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فهو بمنزلة الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذب المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت لان دعوى الالف لا تتضمن التكذيب ظاهرا فلا يمنع من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة الا اني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهد بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما على الالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضموم شهادته ان للذي الخمسمائة وهو ما قلنا مختار ويبتني للشاهد اذا علم بذلك ان يشهد بالف حتى لو ان المدعي ابرأه عن خمسمائة كلا بغير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم وشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة على القرض جائزة لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت

احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقض بالبينة قال واذا شهد على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها فقال احدهما بقرة والآخر ثور لم تقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتباينان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان احد الجنسين بعيد والتوفيق ممكن لان النحل في الالوان من جنس واحد وهو في الذكورة والانوثة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا ومعنى اما لفظا فلان الالوان اجناس مختلفة والذكورة والانوثة صفتان لجنس واحد وهو الحيوان فصار كما اذا شهد احدهما على رجل انه اقر بالف درهم والآخر انه اقر بمائة دينار وهذا لان الشهادة بالاقرار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد والعقد مختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العقد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بيناه وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه تثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فصارت الشهادة على الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما في النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا مثل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله انهما اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل

لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف
فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان الزوج هو المدعي اجماع لانه
لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف
في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا تكلف
البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث
حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك الموروث فصارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين
حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى
وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر
قائمة مقام يد فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات
وهي في يد جازت الشهادة لان الايدي عند الموت ينقلب يد ملك بواسطة الضمان
والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت
وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف
رحمه الله انها تقبل لا اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا
هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر
القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه
معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به
وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة
في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد
المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا
استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض
العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة
وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة

احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص قال ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار
كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل
شهادة الاصل من الحقوق فهما شاهدان شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل
شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق
فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع
كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له
الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا
اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد
من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه
وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته
حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله
لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان
عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر
تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل
او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه
حضور مجلس الحاكم لان الجواز للحاجة انما تمس عند العجز من الاصل وبهذه
الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة
السفر بعيدة حكما حتى اديرت عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم
وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع
ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني
ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع
جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر
صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل
لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت
شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي

في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا
بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان المأخوذ
عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا يتعرف القاضي
العدالة كما لو حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة
لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط
قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية
بالف درهم وقالا اخبرانا انهما فجاءا بامراة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا
فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة
بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها
بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا
على المشتري لا بد من اخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا
اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب
القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال ديانته
وفور ولايته يتفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين فلانة بنت فلان
التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد
منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى
المحلة الكبيرة والى المصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام
الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله اعلم **فصل** قال ابو حنيفة رحمه الله
شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي
رحمه الله لهما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه
ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا
رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير ويكتفى به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا من الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى
هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين
والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا
او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر ليجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام

ويقول

فاحذروه وحذروه

ويقول انا وجدنا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس وذكر شمس الائمة السرخسي
انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها
في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران
وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق
الى اثبات ذلك البينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات **كتاب الرجوع عن الشهادات**
قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء
والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى
عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم يناقض اوله
فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول
باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم
بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى
قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والعلانية بالعلانية واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى
المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى
رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان التسبيب
صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب
على وجه التعدي سبب الضمان كما في حافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي
لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان
على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس
عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان
اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه مماثلة
بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر
في هذا بقاء من بقي لا رجوع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال
ثلثة فرجع واحد منهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان
الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع
فان رجع الاخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق
وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة
الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان شهادة الرجل بقي

نصف الحق قال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه
بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف
بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فيبقى ثلثة الارباع وان رجع الرجل
والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام
رجل واحد لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امرأتين
قامت مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن
بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة
العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان
وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشهادة
بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليها وكذا لو شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع
البضع غير متقومة وقت الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف
وانما يتضمن ويتقوم بالملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل
وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض
لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا
لان مبنى الضمان على المماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر
من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع
شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان
باقل من القيمة ضمن النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بغير عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند
سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته
قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف الزوال
الا يرى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة
قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب
نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما وان شهدا انه اعتق
عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق
لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدا بقصاص ثم رجعا
بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل

تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة
لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب
بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم الاقل
من الشبهة والشبهة دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي
يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس
القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا
لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا التسبيب وهو
الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما
قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع
لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان
على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه
بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة
الفروع من الوجه الذي ذكر او بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان
متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين قال وان قال شهود الفروع كذب
شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء
لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم وانما شهدوا
على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه
وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان
اعمال الشهادة ان القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة
بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين
وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب
والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا يرى ان القاضي يقضي
بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف
المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره
فيكون بسبيل منه دفعا لحاجته وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن

جارلان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكلا صبيا محجورا عليه
يعقل البيع والشراء او وكل عبد محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بوكلهما
لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينعقد تصرفه باذن وليه والعبد من اهل
التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس بتصرف في حقه الا
انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم
الموكل وعند ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي
او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا
ظهر خلافه يتخير كما اذا اعتر على عيب قال العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين
كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل
وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك
يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول وكالوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو
العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه
يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول
واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب فيسلم المبيع
ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم
لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل بالبيع
كالعبد يشتري ويبيع وهو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره
ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان
حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة
تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان
سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فانه
الصلح الذي هو عبارة عن البيع فمنهم من الحق الاول والوكيل بالهبة والصدقة والاعارة
والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي
محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا كالرسول اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة
والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف
الرسالة فانه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي
عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق يعود الى العاقد ولو دفع اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب

حرام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق
لحاجة الناس اليه اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد وكل عليا
رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما استحلفه وكل عبد الله بن جعفر وكذا بالقبض والاستيفاء
الا في الحدود والقصاص لان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس
لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للتهذيب
الشرعي بخلاف غيبة الشهود لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء
هذه الشبهة وليس لكل احد يحسن الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص واقامة الشهود
ايضا وقول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل مع ابي يوسف رحمه الله وقيل
هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضرته
لان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستعارة ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لانها الوجوب مضافة
الى الخصومة والظهور الى الزيادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا
الخلاف التوكيل بالجواب من جانب المدعى عليه وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه ظاهر لان الشبهة
لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير معتبر عليه لما فيه من شبهة عدم الاهلية
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل
مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقال لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير
رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في جواز اما الخلاف في اللزوم
لهما ان التوكيل تصرف في خالصة حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بقضاء
الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره القاضي وللناس تفاوت
في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك واذا
كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما
هناك ثم كما يلزم التوكيل عند زوال المانع يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة
ولو كانت المرأة محذرة لم تجز عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي
يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رحمه الله
وهذا الذي استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك
التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون
الموكل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة حتى لو وكل
صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل البالغ او المأذون ثم جنا

ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا
ولو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان عليهما دين تقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع
المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عندهما ولكنه يضمنه للموكل
في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

ومن وكل رجلا
بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما
فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر
الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في
الوكالة كجهالة الوصف استحسانا وفي القياس لا يجوز وان قلت الجهالة
اعتبارا بالبيع وهذا لان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل لان مبنى التوكيل
على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع
ثم ان كان يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين
الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة
وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن
يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله
بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فاذا بين النوع كالتركي والحبشي
والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع
او الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة جاز لانها جهالة
مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير
ومن قال لآخر اشتر لي دابة او ثوبا او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة
فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
تنطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما
هو في معنى الاجناس تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال وقال وان سمى ثمن الدار
ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال
فرس او حمار او نحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم فقال اشتر لي بها طعاما فهو
على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في
اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك

وفي الذخيرة قال القدوري اذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم ان مراده الخبز وان كثرت الدراهم
فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر ثم قال ما ذكر من انصراف الطعام الى الحنطة
ودقيقها عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها سوق الطعام عندهم واما في عرف غيرهم الى شراء كل مطعوم
حتى قال مشايخنا ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم
المطبوخ والمشتري ونحوه فينصرف اليه دون الحنطة ودقيقها والخبز قال الصدر الشهيد
وعليه الفتوى

وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على
الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله
ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه وان سلمه
الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقة
فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع
وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون
قبول السلم فان ذلك لا يجوز فان التوكيل ببيع طعاما في ذمته على ان يكون
الثمن لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود
الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد
قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي
والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض
وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال
واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل
لانه ان عقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان
ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع
عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله
فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده
كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك
لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا
لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان
الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق ولهما انه بمنزلة البائع منه
فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع
ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل

كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال
لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم
لزم الموكل منه عشرة ارطال بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه
العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رحمه الله انه امره بصرف الدرهم
في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا
وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رحمه الله انه امره
بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على
الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له
بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال
ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر
حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان
الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل
وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للموكل في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على
الموكل الاول لانه حضرة رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه
فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل
قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان
للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه
تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان
لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد
الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها
الآمر كان للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا
التوكيل وان تكاذبا في النية بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا
على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل يعمل لنفسه
الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه
مطلقا يحتمل الوجهين فبقي موقوفا فعن اي الحالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل
لصاحبه مع تصادقهما تحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما

في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر
رجلا بشرى عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته
لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه
الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول
للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان
العبد حيا حين اختلفا ان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه لا يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه
وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان شراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة
الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن
في يده هنا وان كان امره بشرى عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور
سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه
ولا تهمة فيه لان الوكيل بشرى شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته
على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة ومن قال لآخر بعني هذا العبد
لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق
اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له
لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة
لانه صار مشتريا بالتعاطي كما اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له
ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن
وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى احدهما جاز
لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه
لانه توكيل بالشرى وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر
لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة
فكان امرا بشرى كل واحد بخمسمائة ثم اشترى بها موافقة وباقل منها مخالفة
الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي
ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شرى الاول قائم وقد حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح
يفوقها وقال محمد وابو يوسف ان يشتري احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن

الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه
يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لابد ان يبقى من الالف ما يشتري
بمثله الباقي فيمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري
بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين
البايع يجوز على ما مذكره انشاء الله وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه
فجاء فرد به من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور
وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لها ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو باعا عينا بدين
ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فتبين
التوكيل ويلزم الآمر لان بدل الوكيل كبدله ولابي حنيفة انها يتعينان في الوكالات
الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بدون ان
يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امر اليصرف
ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت
بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره
بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشري
على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال و
من دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها
بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده
اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى ايراد الزوج عن عهدة الامانة
والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول
للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي الفا فيضمن قال وان لم
يكن دفع اليه الا الف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة
فظاهر لانه خالف وان كانت قيمتها الفا فعندهما انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل
في هذا بمنزلة لان منزلة البايع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال ولو
امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البايع المأمور فالقول قول المأمور

مع يمينه قبل للتحالف صورة
المسئلة الاولى وهو غائب
ذكر معظم يمين التحالف و
وقبله اجنبي عن الموكل ا
وهذا قول الامام ابي منص
قال واذا قال العبد لمو
وقال الرجل للمولى اشتريت
بيع نفس العبد منه اع
المأمور سفير عنه اذ لات
واذا كان اعتاقا اعت
اللفظ حقيقة للمعاوض
شري العبد نفسه لان ا
للمولى لانه كسب عبد
حيث لم يصح الاداء بخلا
بيانه لان العقدين يتم
العاقد اما ههنا احدهما
عاه لابرضاه وبرغ
قال لعبده اشتريت نفس
فعل فهو للآمر لان
مالية والبيع يرد عل
الحبس بعد البيع فاذا
وان عقد لنفسه فهو
والعبد وان كان وكي
مثله ينفذ على الوكيل
لان المطلق يحتمل الوجهين
لنفسه فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشري لا يجوز ان يعقد
مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه
منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان الوكيل مطلق ولا تهمة اذ
الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه

البقاع طلاق ہو ... فصل یکجا نذر

اعلم ان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به النهار واذا قرن بفعل غير ممتد يراد به
مطلق الوقت لان الظرف تتعلق بالفعل لا بالفظ فيكون معيار الحكومة قصة
السنة بخلاف صمت في السنة فاذا كان الفعل ممتدا كالامر باليد كان المعيار
ممتدا آخر اراد باليوم النهار واذا كان غير ممتد كوقوع الطلاق كان معيارا غير
ممتد فيراد باليوم مطلق الوقت وتمام تحقيقه في التلويح وقد اوضحنا نحوه
درر غرر
رجل تزوج امة غيره فقال لها انت طالق ثنتين مع اعتاق مولاك اياك
فاعتقها المولى فطلقت ثنتين فالزوج يملك الرجعة لان اعتاق المولى
شرط للتعليق فيكون مقدما عليه فالعتق يكون مقدما على وقوع الطلاق
وهي حرة فتصير طلاقها ثلثا فيملك الرجعة فان قيل كلمة مع للقران قلنا جاءت
للتاخير نحو ائتني مع العريس صدر الشريعة
في عالة الرضاء لا يقع الطلاق بشيء منها الا بالنية لاحتمال والقول
له مع يمينه في عدم النية
والرد بالنية لانه لما احتمل الجواب والرد ثبت الاذن بدون
النية وهو الرد لانه اثبات ما كان على ما كان واذا وجدت
تعين الجواب
اذا قال لامراته اعتدي اعتدي وقال نويت بالاول الطلاق
وبالباقين حيضا يصدق لانه نوى بها حقيقة كلامه وان قال
لم انو بها شيئا يقع الثلاث لانه لما نوى بالاول الطلاق صار الكل
حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقي للطلاق

الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله البائع جاز لان التوكيل مطلق لكنه
يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لابد ان يبقى من الالف ما يشتري
بمثله الباقي فيمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري
[illegible] تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين
[illegible] ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه
[illegible] مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له
[illegible] وهو لازم للآمر اذا قبضه المامور
[illegible] رف ما عليه لها ان الدراهم والدنانير
[illegible] وعينا الا ترى انه لو نبا يعا عينا بدين
[illegible] ار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح
[illegible] ولابي حنيفة انها يتعينان في الوكالات
[illegible] لدين منها ثم استهلك العين او سقط
[illegible] م الدين من غير من عليه الدين بدون ان
[illegible] دين على غير المشتري او يكون امر الصرف
[illegible] اذا قال اعط مالي عليك من شئت
[illegible] ه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره
[illegible] علوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشري
[illegible] منه لانعقاد البيع تعاطيا قال و
[illegible] جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها
[illegible] ف فالقول قول المامور مع يمينه
[illegible] وقد ادعى الزوج عن عهدة الامانة
[illegible] مر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول
[illegible] ساوي الفا فبضمن قال وان لم
[illegible] ر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة
[illegible] ناه انها بينهما نصفان لان الموكل والوكيل
وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
[illegible] ها فتلزم الجارية المامور قال ولو
[illegible] له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول قول المامور

مع يمينه قيل للمخالف صحها لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر وفي
المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد
ذكر معظم يمين المخالف وهو يمين البايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما
وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما عقد بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف
وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر **فصل في التوكيل بشري نفس العبد**
قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان
قال الرجل للمولى اشتريتها لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان
بيع نفس العبد منه اعتاق وشري العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل و
المامور سفير عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كانه اشتري بنفسه
واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان
اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف
شري العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف
للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثلها ثمنا للعبد فانه في ذمته
حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشري العبد من غيره حيث لا يشترط
بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو
العاقد اما هنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى
عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان قال ومن
قال لعبده اشتري لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعتك نفسي لفلان بكذا
ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شري نفسه لانه اجنبي عن
ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البايع
الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر
وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة
والعبد وان كان وكيلا بشري شئ معين ولكنه الى بجنس تصرف آخر وفي
مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعتك نفسي ولم يقل لفلان فهو حر
لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا
لنفسه **فصل في البيع** قال والوكيل بالبيع والشري لا يجوز ان يعقد
مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه
منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان الوكيل مطلق ولا تهمة اذ
الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه

لان ما في يد العبد للمولى وكذا اللولد حق فكسب المكاتب وينقلب الى الرق حقيقة
بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل
عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه
بالقليل والكثير والعوض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن
الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف
لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف في البيع بثمن
المثل والنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والحمد والاضحية بزمان
الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذلك
المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن
الفاحش او بالغبن متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتهم من الغبن
والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه يبيع من كل وجه
حتى ان من حلف ان لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يمكنانه مع انه بيع
لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة
فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان
وكيلا بشراء شيء بعينه تمالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه بنفسه وكذا
الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة
الى الموكل في العقد فلا يتهمان هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق
العقد قال والذي لا يتغابن فيه الناس مما لا يدخل تحت تقويم المقومين
وقيل في العروض دة نيم وفي الحيوانات دة يازده وفي العقارات دة دوازده
لان التصرف بكثرة وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط
وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند
ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا يرى انه لو باع
الكل بثمن النصف يجوز عندهما فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه
غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان بيع النصف الآخر قبل ان
يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه

جملة

جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول يتبين انه وقع
وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان
عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى
باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان عليه
مورود ثابين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي
قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق
لابي حنيفة رح ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وفرق اذا ان الآمر في
البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير
فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
وقبض الثمن اولم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله
بقضاء القاضي ببينة او باقراره او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي
يتيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
وتاويل اشتراطها في الكتاب اذ القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه
اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا
لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج
الى شيء منها ويرد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك
ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باقراره يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فيلزم
الآمر قال فان كان ذلك باقراره لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر
اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او
بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له
ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء
فسخ العموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له
ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد
بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد يتعين وفي
عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم
ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في
الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته

اى مبنى الوكالة على التقييد حيث لا يثبت الوكالة بدون التقييد اى ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيع ذلك الشئ الا يرى انه لو قال لغيره وكلتك بمالى او فى مالى تعين له ان يتصرف فيه بشئ بل يملك بهذا اللفظ فقط اما الرد فى المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما يدا له من التجارة ثم ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا ما هو الاصل فيها كان القول قوله ومن ادعى التقييد فى الوكالة كان مدعيا ما هو الاصل فيها فكان القول قوله

بنسيئة وقال المأمور امرتنى ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق **قال** وان اختلفا فى ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل فى المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف ذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فتنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اى اجل كان عند ابى حنيفة رح وعندهما يتقيد بالاجل المتعارف والوجه قد تقدم **قال** ومن امر رجلا ببيع عبد فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده واخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل فى الحقوق وقبض الثمن مبنى والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل** واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضى برأيهما لا برأى احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى **قال** او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او بردود وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو متعين بحض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقا ما ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه يملك مقتصرا على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضى برأيه و الناس متفاوتون فى الآراء **قال** الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا اجاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل لان بموت الاول وقد مر نظيره فى ادب القاضى **قال** فان وكل بغير اذن موكله فعند وكيله بحضرته جاز لان المقصود حصول راى الاول وقد حضر وتكلموا فى حقوقه وان عقد فى حال غيبته لم يجز لانه فانه رأيه الا ان يبلغه فاجازه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثانى فقد

بغيبته

بغيبته يجوز لان الرأى يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وبهذا الخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن **قال** واذا زوج المكاتب او العبد او الذى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لم يجز معناه التصرف فى ماله لان الرق والكفر يقطعا الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك النكاح نفسه فكيف يملك النكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا يقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق لتحقق معنى النظر والرق ينزل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما **قال** ابو يوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربى كذلك لان الحربى ابعد من الذمى فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه فى ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك بانقطاع الملة وهى متردده ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح **باب الوكالة بالخصومة والقبض** **قال** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح هو يقول رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيأ ملك اتمامه وتمام الخصومة والتبرأ بالقبض والفتوى على قول زفر رح لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على اصل الرواية لانه فى معناه وصفا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقضى الا معا لانه رضى بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابى حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على الاستيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابى حنيفة رح انه وكله بالتمليك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة

والرجوع في الهبة والوكيل بالشرى والقسمة والرد بالعيب وبهذا
اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل
الاخذ بهناك والوكيل بالشرا لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا وبهذا
لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال و
الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع لانه امين محض
والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له
فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر
الغايب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة
قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام
الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البايع تعاد البينة على البيع وصار
كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا
قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت امرأة البينة
على الطلاق والعبد او الامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده
حتى يحضر الغايب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل
بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء
لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف
رح يجوز اقراره عليه وان اقر في مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح
لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة
وهي منازعة والاقرار يضادها لانه سالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا الوكيل
بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا اختار فيما لا يهدى فالا يهدى
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بيانا وله ما يملكه قطعا
وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما يتبين
ان شاء الله فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن
ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان للمتنصص زيادة
دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب
والمطلوب ولم يصححه في الكل لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك
يقول ابو يوسف ان الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس
القضاء فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة

حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا لما انه خرج في
مقابلة الخصومة اولانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب
في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس
القضاء خرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار منا قضا وصار
كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن
كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم
الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا تقبل لكونه
مبرئا نفسه فيتعذر بانعدام الازمنة وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى
ضمن قيمته للغرماء وبطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال
عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض
دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقتضيه
خالص ماله فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم
يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيقف الاداء
ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل
فله ان ينتقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف
انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال
الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمه وبهذه
كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان
ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب
المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على
رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه
اياه في الوكالة وهذا اظهر مما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع
حتى يحضر الغايب لان المؤدى صار حقا للغايب اما ظاهرا او محتملا فصار
كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه
ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقر له بمال الغير بخلاف الدين فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا
له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانتفاء ماله بعد موته

فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها
وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من
اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى
الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد
ثبت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب
المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب قال وان
وكله بعيب في جارية فادعى البايع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف
المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه
اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على
الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري
عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب
على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء
وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف
المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل
عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة
بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرى والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه
كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل
القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرى فاما الانفاق يتضمن
الشرى فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل
عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان
كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير و
صار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على
وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته
او من حيث رجوع الحقوق اليه فينفذ من مال الموكل ويسلم المبيع
فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا يفيده قال وتبطل الوكالة
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل
التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر
وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله

بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم و
عنه اكثره من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار
كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به
احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات
المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار
الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا
ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير فان كان
الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب
لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او
المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة
على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل
بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي
فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل
او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته
وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رح وهذا
عند محمد رح فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق
لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة وانما عجز بعارض اللحاق
لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف
انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام
الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود
الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر
ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى
قايم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل رجلا آخر بشيء ثم تصرف بنفسه
فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله
باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله
بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق امرأته
فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها
بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة

يكونا بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها يكثر فاذا حضر شخص عند حاكم
وقال لي على فلان كذا وذكرها مثلا استحضر المدعى اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب
حضوره في مجلس الحاكم على هذا القضاة من اولهم الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا
الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماه
ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا حضر وجب الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره
ولزم عليه احضار المدعى به لما تلونا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكره وتجز
المدعي عن اقامة البينة وسنذكره اي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب عصامه

حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة
قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء
الحاجة وكذا الوكيل ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه
منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان
الوكالة باقية لانه اطلاق العجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل
عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا
عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق
بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق
الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد
وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال
محمد رح في الاصل المدعي عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان
المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد
صورة لانه ينكر الضمان قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في نفسه
وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول
لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى
وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وكذلك
بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف
ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور على هذا القضاة من اولهم الى آخرهم في كل عصر
ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره احضار العين المدعاة لما قلنا
واليمين اذا انكره وسنذكره انشاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر
قيمتها ليصير المدعى به معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به
وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان
القيمة ذكر الانوثة والذكورة قال وان ادعى عقارا احدده وذكر انه في
يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل

فيصار

فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء الاصحاب
الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل معروفا مشهورا يكتفي بذكره
فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفي به عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر بخلاف
ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط
التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى
عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي
ونصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم
القاضي هو الصحيح نفيا للتهمة المواضعة اذا العقار عاه في يده وغيرها
بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه
فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة
يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
قال وان كان حيوانا في الذمة انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضره
فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت
الدعوى سأل المدعي عليه عنها ليتكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها
لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة
لقوله ع ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة
فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من
طلبه

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب لم يستحلف
عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان
اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت
الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا تكون حقه دونه
كما كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الطحاوي
رح قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله ع البينة على المدعي واليمين على من
انكر والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء
الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك
المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح تقضى ببينة ذي اليد لاعتضاد
باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق

واذا كان فزاد المروح منه اخذ المال يستحلف بالله ماله عليك هذا المال لانه ثبت بالشبهات
فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقوله للمدعي ماذا يريد فان
قال اريد القطع يقول له القاضي الحد ودلا يستحلفه فيها فليس لك يمين
وان قال اريد المال يقول له ادع دعوى السرقة واتبعت دعوى المال قال المص فان نكل ضمن
ولم يقطع لان النوط بفعله يريد به النكول شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع
ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان يريد به الشهادة الحجة على الشبهة ويجوز ان يريد
بفعله فعل السرقة الكل

وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله
شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد
عليه رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف
الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق
عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق
لان ذلك دعوى المال ثم ثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا
ادعى حقا كالارث والجرح في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان
المقصود بهذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان
يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواه
الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على
غير محمد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه
القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة
رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة
عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص
لمعنى من جهته من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس
فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه
لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة فصار كقطع اليد
للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق
عليه يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل
لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه
والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى
استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا
لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يدعى عليه ويحال بينه وبين اشغاله
فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح
والفرق في الظاهر بين الحامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من
قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي
او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والامر بملازمته
ليلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل

قوله وفائدة الاستحلاف يعني ان البدل في هذه
الاشياء لا يجري فيها الاستحلاف لان
فائدته القضاء بالنكول والنكول بدل والبدل فيها
لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله
الا ان هذا بدل جواب سؤال تقديره لو كان
ما يملكه الكاتب والعبد المأذون لان فيه
معنى التبرع وهما لا يملكانه
وقد ذكرناه وجهه آنفا انهما
يملكان ما لا بد له من التجارة
وبدلها بالنكول من جملة ذلك الكل

او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان
قدر ما اثبت اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك
بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واخيه وعلى الولاء
الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه
ما ادعي عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا
حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن
اليمين الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي
دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولاه لاقدم
على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب
ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك
اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار
لا علامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات
قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة
في ابلاء العذر وقالا المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه
وهو الصحيح والاول اولى ثم بالنكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد
يكون حكميا بان سكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او
خرس وهو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة
رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد
والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف
في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان يقول الجارية
انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد
باقراره ولا يلتفت الى انكاره لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا
في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء
لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله
باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة
الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف لان هذا بذل كدفع الخصومة
فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين
بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه جر والبذل معناه هنا ترك المنع

الا آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة
على ذلك اضرارا به بمنعه من السفر والاضرر في هذا المقدار ظاهر وكيفية
الملازمة تذكر ما في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى **فصل في كيفية اليمين**
والاستحلاف قال واليمين بالله دون غيره لقوله ﷺ من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر وتؤكد بذكر او صافه وهو التغليظ وذلك
مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الذي يعلم
من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك صفة المال الذي ادعاه
وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه
الا انه يحتاط كيلا ينكر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة وانشاء
القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا رأى القاضي مساغا للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله قال ويستحلف اليهودي بالله
الذي انزل التورية على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى
لقوله ﷺ لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على
موسى ﷺ ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى ﷺ
والنصراني نبوة عيسى ﷺ فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه
ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة
انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي
والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله
تعالى تعظيمها وما ينبغي ان يعظم والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم
يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال
ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك
قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي
حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده
بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف بالله
ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله
ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ

بالهبة

بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال لانه قد يطرأ عليه
الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت و
لا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على
الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب ينتظر المدعى عليه وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رح واما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا اعترض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر
السبب عليه يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما
اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف
على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن
لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق
في يمينه رفع معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الامة والعبد الكافر لانه ينكر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه
ينقض العهد واللحاق لا ينكر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه
آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
فان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشرى
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فاقتدى
يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جايز وهو ما ثور عن عثمان رض وليس
له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه **باب التحالف**
واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البايع اكثر منه
او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما
البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان
اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما
بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع
وقيل للحاكم للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا
البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا اجرها فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ
فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى

الآخر

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعى زيادة الثمن
والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع
ينكره وكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان
المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم له بقى دعوى البايع فى زيادة الثمن
والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله ع اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشترى
وهذا قول محمد وابى يوسف ح واورواية عن ابى حنيفة رح وهو الصحيح لان
المشترى اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن اولانه يتعجل فائدة العقد
وهو الزام الثمن ولو بدا بيمين البايع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى
زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبتدئ بيمين
البايع لقوله ع اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر
واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين او ثمن بثمن بدأ القاضى بيمين
ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف
ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين وقال فى الزيادات يحلف بالله ما باعه
بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه
بالف بضم الاثبات الى النفى تاكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان
على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمنا له قاتلا قال
فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما وهذا يدل على انه لا يفسخ بنفس التحالف
لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى البيع مجهولا فيفسخه القاضى
قطعا للمنازعة ويقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد
ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه
دعوى الآخر فكذلك لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى
الآخر فلزم القول ببينته قال وان اختلفا فى الاجل او فى شرط الخيار
او فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف فى غير المعقود
عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف فى الخط والابراء وبهذا الان بانعدامه
لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه
حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك
يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل
لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول

قول من ينكر الاجل والخيار مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول
لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابى حنيفة و
ابى يوسف والقول قول المشترى وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهالك وهو قول الشافعى وعلى هذا اذا اخرج المبيع عن ملكه
او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد
الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان
كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابى حنيفة وابى
يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشترى
ما يدعيه وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى
الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه و
لانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى
من الفائدة او فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجبات وهذا اذا
كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع فى احد الجانبين
قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان
لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا
عند ابى حنيفة رح الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفى الجامع
الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند ابى حنيفة رح الا ان يشاء البايع
ان يأخذ الحى ولا شئ له وقال ابو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ
العقد والقول قول المشترى فى قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما
ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابى يوسف ان امتناع
التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة رح ان التحالف على
خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع اجزائها فلا تبقى
السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار
حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى
الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك
اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد
فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم
الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله رح فى الجامع الصغير باخذ الحى

ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ
يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما يأخذ الزيادة وعلى
قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما
اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير
التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء
فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري
برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح
ان يحلف المشتري بالله ما اشتريته بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى
البايع وان حلف تحالف البايع بالله ما بعتها بالثمن الذي يدعيه
المشتري وان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلفا يفسخان العقد
في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر
قيمته في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فالقول للبايع وايتهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما البينة
فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكره في بيوع الاصل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك
عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا
في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم
المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره
والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا
ظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا بالفقه وهو ان في الايمان
يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احدهما العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال فيبنى الامر عليها والبايع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله
وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال
فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدع ظاهرا فلهذا يقبل بينته ايضا
ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وبهذا يتبين لك معنى ما ذكرناه من
قوله ابي يوسف رح قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا
في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونعني ما اثبتنا
التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في
حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة

قبل

قال وقبل الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا
المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع ما يدعيه احدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر
شاهدا له ولنا القضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان البينة
لا يمكن اثباتها هنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباتها بمطلق العقد وهذا هو الفرق

قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيل الاجارة على البيع
قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه
غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال
ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول
قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض
لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال
السلم لو كان عرضا فرده بالعيب او هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود
السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال
واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجني بالفين فايتهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة و
ان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان
مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ
النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح
لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ
ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج
لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة
وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها
بمهر المثل لانها لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال
العبد الضعيف رح ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان
مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف
فلهذا يقدم رح الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح
تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري ويخرج الرازي بخلافه وقد استقصينا
في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على
هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الحالة فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان
قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها
لا يكون الا بالتراضي ولو لم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل لان التحالف
في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة

نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع
الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر بوجوب الاجرة
فان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤاجر وايتهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وايتهما اقام البينة قبلت ولو اقاما بينتين فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف
في الاجرة وان كان الاختلاف في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان
فيهما ببينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا
بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة قال وان
اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر هذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما
وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لان له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد
فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد
واذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان
اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي
وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد
فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف
المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان
ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ
فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العقد عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان
كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق البدل
والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء
فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف
الزوجان في متاع البيت مما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر
شاهد وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية شهادة الظاهر لها
وما يصلح لهما كالانية فهو للرجل لان المرأة وما في يد بارز في يد الزوج والقول
في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى
منه ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت

الفرقة

قبلت مح

الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء
فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم
في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر به والطلاق والموت سواء لقيام
الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان
للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل ولورثته من بعده لما قلنا
لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان
كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد
الممات لانه لا يد للميت فتحالت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا
معتبرة في الخصومات **فصل فيمن لا يكون خصما** واذا قال المدعى
عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه
واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه
واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن
شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغايب لعدم الخصم عنه ودفع
الخصومة بناء عليه فلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغا
ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فثبت وهو
كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل و
لا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما
بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق
الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف
ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه
يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا
اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا يندفع
الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى
معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه
بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني

يب

وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينة ان العين وصل اليه من
جهته غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن
يده يد خصومة وهو المقصود والمدعى هو الذي اخر بنفسه حيث
نسي خصمه او اخر به شهوده وهذه المسئلة مخمة كتاب الدعوى
وذكرنا الاقوال المخمة وان قال ابتعته مني الغايب فهو خصم لانه
لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى غصبته مني
او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة
لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق
لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى
الفعل وان قال المدعى سرق مني وقال صاحب اليد او دعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا
قال غصب مني على عالم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يسند عما الفاعل
لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه دراء للحد عنه عن كشفه
شفقة عليه واقامة لحبة الستر عليه فصار كما اذا قال سرقت بخلاف
الغصب لانه لا حد فيه فلا يحتر ز عن كشفه وان قال المدعى ابتعته من
فلان وقال صاحب اليد او دعنيه فلان ذلك اسقط الخصومة بغير بينة
لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه
لانه اثبت ببينة كونه احق بما كان

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة
قضى بها بينهما وقال الشافعي رح تتهاتران وقول يقرع بينهما لان
احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة
واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتران ويصار الى القرعة لانه عليه وقع
فيه وقال اللهم انت الحاكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين
اختصما الى رسول الله عم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى
بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان
المطلق للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما
سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن

وقد

وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب
الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما البينة
لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به الا ترى
بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان اما اذا وقتا فصاحب
الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته
لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار
ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد واقام البينة وقضى بها القاضي
ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح
فلا ينتقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهوده لما ذكرنا سابقا لانه
ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر
لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما
انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام البينة فكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه
تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيه ده ويأخذ كل الثمن وان
قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه
صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور
استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث
يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف
للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول
تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احديهما ولم يوقت
الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون
قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكر ا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه بدل
شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك
وكذا لو ذكرا الاخر وقتا كما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل
شراء صاحب اليد لان التصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما
شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما

فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة
مع القبض كما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى
يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح بمعنى قايم في
الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض
لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في
الشايع قال وان ادعى احدهما الشراء واقامت امرأته انه تزوجها
عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد
معاوضة تثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء
اولى ولهما على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء
اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه
وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن
اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة
وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع ابتداء والبيع
اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وكذا الهبة بشرط العوض وان
اقام الخارج ان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ
اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم
يتلق الاخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب
اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت
لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا
تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا
يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا
ولم يوقت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على
تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما
تاريخا بحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهم الشراء
من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه

والرابع

والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك
من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال وان
اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا
كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد وعنه
انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم
تتعرضا بجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ
متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته بعده لغيره
لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا
الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
رح الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت
اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ
اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث
وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت
في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه دعوى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوايد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف ان
التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية
والترجيح بالتيقن كما اذا ادعيا الشراء ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك
مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح
جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما
بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه
اليد فاستويا فترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق
القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده
فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك
المطلق والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى بهما كان لان البينة على
اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى

بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد
ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا
اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة قال وكذا
النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في
الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى
وجز الصوف وان كان يتكرر وقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل
الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل
الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته
هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان
اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على الشراء منه
كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه
وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام
كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان
ويترك الدار في يد ذي اليد قال العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل
بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان
القبض دلالة السبق على ما مر ولا بعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشرى اقرار
منه بالملك للبايع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع
كذا هنا ولان السبب يراد بحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا
بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت
البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن
فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع و
القبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من
البينتين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم يبينا
قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جايز وفي

النص صح

العقار

العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض
فبقي على ملكه وان بينا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جايزان
على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين
فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه
بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة وهما
سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد
رجل ادعاها اثنان احدهما جميعا والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا
لطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له
واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما وقالا هي
بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب
بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه
المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات
قال ولو كانت الدار في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه
القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته
والنصف الذي هو في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو
في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء
بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد
منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيرجح وان اشكل
ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا
وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم
الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده
قال واذا كان العبد في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة احدهما
بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبا
والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص
بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى

لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق لان المودع لما جحد صار غاصبا

نقل الناطفي هذه الرواية عن النوادر واما في ظاهر الرواية فهو بينهما نصفان اكمل

245

لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في الزرع والآخر
راديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كان احدهما راكبا حيث يكون بينهما لاستوائهما
في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى
لانه متصرف وهو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط
احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لاعلى طريق
القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس
الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال واذا كان الصبي في يد رجل
وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال
انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يديه لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق
وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يديه لانه لا يد له على نفسه لما كان
لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون
القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحايط لرجل
عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه صرادي فهو لصاحب الجذوع
والاتصال والصرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال
والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل والآخر
كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره
وقد يسمى اتصال تربيع وبهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
على بعض بناء هذا الحايط وقوله الصرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار
للصرادي اصلا وكذا البواري لان الحايط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا
في حايط ولاحدهما عليه صرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل
واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا يعتبر بالاكثر
منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب
الثلثة وللآخر موضع جذوعه وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته
ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون
بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الاول ان الاستعمال
من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحايط يبنى لوضع كثير
الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه

يبقى له

يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما
جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع
التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الاول ان الحايطين
بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له
بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه كما قلنا وبهذه رواية الطحاوي و
صححها الطرجاني رح قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي
يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو
المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يد على كل واحد منهما انها
في يديه لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما بينة انها ايديهما لان اليد
فيها غير مشاهد لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تتثبته
وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود
فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا
فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد بنى في الارض او بنى او
حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل
من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البايع وامه ام ولده له وفي القياس
وهو قول الشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد
فكان في دعواه مناقضا ولانسب بدون الدعوى وجه الاستحسان
ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم
الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيقضى فيه التناقض واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فينفسخ البيع
لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه
المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى لانها اسبق
لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به
لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال
العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت
النسب ويجعل الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان
العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه
دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة

الشهر

من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الآن يصدقه المشترى
لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلابد من تصديقه
واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في
المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعى
البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها
تابعة للولد ولم يثبت بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر
يثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب
فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد
ويستفيد الحرية من جهته لقوله عم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية
وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وما لتيهما غير متقومة
عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها
قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشترى فادعى البايع الولد وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه
يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشترى انما اعتق الولد فدعوته
باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر
وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع
وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في
ولد المغرور فانه حر وانه امة لمولاها وكما في المتولدة بالنكاح وفي الفصل
الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فتمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما
كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض لحق استحقاق النسب و
حق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشترى حقيقة
الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة و
الحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض
وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته
من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البايع
فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة

لا يحتمله

ف

لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كانت الولد او رهنه او آجره او كاتب
الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض
فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف
ما اذا ادعاه المشترى اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب
من البايع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال
ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن
ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان
بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق احدهما حادثا لانه لا حبل في اقل
من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولد اعنده فباع
احدهما واعتقه المشترى ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى
لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفته العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة
فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين
ان عتق المشترى وشراءه لاقى حرا الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا الان
هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وهنا ثبت بتعالحرية فيه
حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تخبر لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر
على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم
قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان محمد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
اذا صدق العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان وولد على فراشه
ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار يرتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار و
الاقرار بالنسب يرتد بالرد وله ان كان مما لا يحتمل النقض الا ترى انه يجعل فيه
الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشترى على البايع باعتاق المشترى فكذبه
البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد
ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب
صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له
حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد

برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب اللام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وبهذا يصلح ح جابرا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو ح لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه تحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا اثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم خاصم لانه ولد المغرور فان من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رفقا في حق مدعيه نظرا لها ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة

فلهذا

فاذا اعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شئ على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه ح الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامته بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البايع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا يرى كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولايته المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط اطرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح في الحدود والقصاص لان اقراره عهد موجب تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبني على اصل اطرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا يدري قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شئ لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه

هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما
يتمول به الا ان لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو
قال مال عظيم لا يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف
فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني
عظيم عند الناس وعند ابي حنيفة رح انه لا يصدق رح في اقل من عشرة
دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه
مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير
فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب
يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال
عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس سماه اعتبارا للادنى الجمع ولو قال
دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
لم يصدق رح اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه
مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم
الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهم فيكون هو الاكثر من
حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع
الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن
المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق رح اقل من احد عشر درهما لان ذكر
عددين بينهما واو ليس بينهما واو عطف واقل ذلك من المفرد احد عشر
ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق رح اقل من احد وعشرين لانه ذكر بينهما
واو العطف واقل ذلك من المفرد احد وعشرون فيحمل كل
وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو
ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة
واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال
له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ
عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر به وديعة ووصل صدق
لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا قال العبد الضعيف رح وروى في المختصر في قوله
قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمها حتى صار قوله لا حق لي
قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والاول اصح

ولو قال

ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بالامانة في وديعة
لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى المضمون والامانة فيثبت اقلها
ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
فهذا اقرار لان الباء في الاول والالف كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن
الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرار العدم انصرافه الى
المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء
كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين مؤجل
فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى
حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم
السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل
لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم
ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس
في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة
لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق
انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما
يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والمكيل
والموزون اما الثياب والحمال والدنانير فلا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على
الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة
اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف
العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا
قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفره في الاصل بقوله
غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء
وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمان وكذا الطعام في السفينة
والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع
فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة
خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف
فلم يدخل على قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر
لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر بسيف

فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر له بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا رفي منديل لزمه جميعا لانه ظرف فان الثوب يلف فيه ولذا لو قال علي ثوب رفي ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم رفي درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب رفي عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان التفصيل من الثياب قد يلف رفي عشرة الثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان حرف رفي يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي رفي عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين من الاول مجملا ولو قال لفلان علي خمسة رفي خمسة يريد الضرب رفي الحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه رفي الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل رفي الطلاق

فصل في الحمل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به رفي مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار رفي الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد به يصح لان الاقرار من الحي فيجب اعماله فقد امكن باعماله على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

قال

قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهته غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي لكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا والحاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه رفي الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال علي له مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وبهذا لا يتحقق رفي خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة رفي الاول ثابتة من حيث التثنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافها اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح

قال ومن اقر بحق وقال انشاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك امالان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط اولانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرناه رفي الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه رفي معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له رفي الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها للنفس فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل رفي هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف رفي الملفوظ والفص رفي الخاتم والنخلة رفي البستان نظير البناء رفي الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما

٢٥٠

بان قال هذه الدار لي والارض لفلان

اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض
اقرارا بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته
منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ
الالف والا فلا شيء لك قال العبد الضعيف رح هذا على وجوه احدها هذا
وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا
وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي
باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي
ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد
فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي
تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر
واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته
منه ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح
وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره
القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة
بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع فيمتنع
وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا
وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق
اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول
المقر له ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه
الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول
له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب
مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع
لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا
لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن
خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل
لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب
وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار

كما

كما اذا قال في اخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي
الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة
وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا صدق
وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص
وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشروط
والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق
بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه
وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان
يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع
عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه
سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع
يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه
مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع
لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية
الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل
المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع
والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق
لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال غصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة
صدق وصل ام لا فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له
في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد
المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق
انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان
ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق
وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم
يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم

251

قال الا انه ينقص كذا لم يصدق ان فصل وان وصل صدق لان هذا استثناء
المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لانه وصف واللفظ يتناول
المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بيناه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع
الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب
بعيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال للآخر اخذت منك
الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال لم
اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر
بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون
القول قوله مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب
الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ
والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه
فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت
ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها
منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ
لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان
وهو الوض والآخر ينكر فاقترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان
فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها
عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال اجرت ابتي هذه فلانا فركبها وردها
او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح ومحمد رح القول قول الذي اخذت منه الدابة والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاجارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي
هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على الاختلاف
في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وصو
الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء
المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا
له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة وان الايداع انابة
اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة
والاعارة والاسكان اليد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته
ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير

صنعه

صنعة حتى لو قال اودعتنيها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختياره لانه ذكر الاخذ
في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت
من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر
المقرله حيث يكون القول قوله لان الدين تقتضي بامثالها وذلك انما يكون
بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه
عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى
فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا ذرع هذه الارض
او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وهذا وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان
وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجرة فالقول
للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بحر فعل منه وقد يكون ذلك في ملك الغير بالغصب
وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم ينقل قبضه
منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط
ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته
بدين وعليه دين في صحته ودين لزمه في مرضه باسباب معلومة
فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين
الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين
ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة
ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض
ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا امتنع من
التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية
وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية
لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق
التغيير وهذه حالة العجز وحالة المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي
الصحة والمرض لان الاول حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما يقدم
المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذا المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال
ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا
الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بيناه ولو اقر بعين في يديه
لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي

دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين
وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد
ثمن ما اشتراه في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت يعني الديون
المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته
صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان
لم يكن عليه دين في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان
المقر له اوراثه من الورثة لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع
تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة
بشرط الفراغ ولهذا يقدم في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح
الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه
اظهر حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي
وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عم لا وصية
لوارث ولان اقراره بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
منع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين
ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق
لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو عجز عن الاقرار
بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه فلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر
في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا
صدقوه فقد ابطلوه فصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز اقراره وان
احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه
الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث
بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني
ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره
لها ووجه الفرق ان دعوة النسب مستندة الى وقت العلوق فتبين انه
اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي
اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها
الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب
الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره
لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر لغلام

يولد

يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام اثبت نسبه
منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد
مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع
ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر
عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج
الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة
والمولى لانه اقر بما يملكه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة
بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب
على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او
تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق
وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء
ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت
وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها
لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا
لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة
الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال و
من اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب
لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى
بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن
له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث
الا ترى ان له ان يوصي لاجنبي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه
من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى
لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين
لكنه بمنزلة ما لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثه ثم اوصى بماله كله
لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صح لان
النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت
نسب اخيه لابينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل
النسب على الغير والولاية له عليه والاشراك في المال وله فيه ولاية فيثبت

كالمشتري اذا اقر على البايع بالعتق ولم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن
ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم
فاقر احدهما ان اباه قبض منه خمسين فلا شئ للمقر وللآخر خمسون لان
هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه
اخوه استوفى الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون
المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لم يرجع القابض على الغريم
ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

الصلح صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر
وصلح مع انكار وكل ذلك جايز لاطلاق قوله ﷺ والصلح خير وقوله ﷺ كل
صلح جايز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال ان فعني
لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل
كان حلالا للمدعى عليه دافع حراما على الآخذ لان المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل
آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة
ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعى يأخذه
عوضا عن حقه زعم او هذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة
عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة
لدفع الظلم جايز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما اعتبر في
البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال
بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه الشفعة في البدلين
اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسد
جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه
يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع
يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهي تمليك المنافع بمال والاعتبار
في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة
لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين
وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف
حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا
في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت

كونه

كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة
معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال
دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث
يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكانها معاوضة في
حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان
الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك
من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا
وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته
عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده
غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع
بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح
عليه وكان الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه لا مبادلة وان استحق
بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى المدعي في كله
او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف
ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه
بالحق له ولا كذلك الصلح لانه دفع قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح
قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى
عقارا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض
لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض
عند ذلك عن شئ يقابله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة
منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه
فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه
فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جايز عن
دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة
فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها
به احتيالا للتصحيح بقدر العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ
اما الاول فلقوله ﷺ فمن عفي له من اخيه شئ الاية قال ابن عباس رضي الله عنهما
نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا واذا كل

واحد منهما

مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية
لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العقود
في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه هو الموجب الاصلي ويجب
مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس
وما دونه وبهذا انخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح
لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل
في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة
لا تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة
حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف
في موضعه واما الكفالة وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة
البيع الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز
ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وبهذا اذا
صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها
الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو
قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه
لا تعيين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما
على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على
ما تعين قال ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذه لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها
لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه
حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق
الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل
على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى
جاز كان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه
وفي جانبها بذل المال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه
وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال فان ادعت امرأة نكاحا
على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض
نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها

وجه

وجه انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى ثمنها
فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان
عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على
رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة
الاعتياض على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا
يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة
لانه يزعم انه في الاصل فجازا لانه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة
فتقبل فتثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له
ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالح جاز ووجه الفرق
ان رقبته ليست مني بتجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا
بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا
استخلاصا وهذا لان المستحق كالزايل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال
ومن غصب ثوبا يساوي قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على
مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يبطل الفضل
على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة
فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم
المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان
عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى
لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا رضيا
على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق
قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو
موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق
اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص
عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه
بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا
انه لا يظهر الفضل **باب التبرع بالصلح والتوكيل به** قال ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم
للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض

ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا او معبرا فلا ضمان
عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو موآخذ بعقد الضمان لا بعقد
الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل
فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير
امره فهو على اربعة اوجه ان صالحه بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى
عليه ليس الا البراءة في حقها هو والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كما
الفضولي في الخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء
الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح بشيء من المدعى واغا ذلك
للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا
او منكرا وكذا اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه
تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال
على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول
مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه
جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان
دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان
الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهته المطلوب فيتوقف على اجازته قال
قال العبد الضعيف وجه آخر ان يقول صالحتك على هذا الالف وعلى هذا
العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم
بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم
الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان
لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها او
دفعها ثم استحقت او وجد بها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصلا
في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم واذا لم يسلم له ما سلم رجع عليه
بمثله **باب الصلح في الدين** وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة لم يجعل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه كمن له على الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على الف
الف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض
حقه وهذا الان تصرف العاقل يجري تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه
معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى

وللبعض

وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وصار كانه اجل
نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز
فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة
بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع
الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلا يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة
فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق
بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان
له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحق
بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف الاخمسمائة وزيادة
وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة
المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه
الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه
امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل
معاوضة تصحيحا للعقد اولان معنى الاسقاط فيه اكثر قال ومن له على آخر
الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو
بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة
عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه
مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا
بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء
الخمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا حذارا فلاسه او توسلا الى تجارة اربح
منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فتحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا للتصرف اولانه متعارف
والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وسنخرج في البداية
بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت
بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها فالالف عليك على حالها وجوابه ان الامر
على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة
من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع (اعطى الخمسمائة
بالاجماع)

اولم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا و
لكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا ابدأ
باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا تقع
مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك
فافترقا وهو الرابع قال ادّ الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت
للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان بهذا ابراء مطلق لانه
اذا لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في
مطلق الازمان فلم يتقيد فيحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم
لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة
او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط
صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد
بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر
لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس
بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به **فصل**
في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه
على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء
اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك
بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه
ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وبهذه الزيادة راجعة الى اصل
الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق
على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه
حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا
بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والمورث
بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب
له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه
لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا
ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه
من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم
بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال ولو

اشتري

اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار
قابضا حقه بالمقاصة كما لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه
على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيخير القابض
كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بصفده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه
في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان
يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى على الغريم له ان يشارك القابض لانه
رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين
كان عليه من قبل ثم برجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة
الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي حنيفة ويوسف
اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض
ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شرى فاسدا وهلك في يده فهو قبض و
الاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف في والتزوج
به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشترى عبدا فقال احدهما
اخر في نصيبه ولهما انه لو جاز اخر في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة
ولو جاز اخر في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شركة العنان وهذا لان المسلم
فيه صار واجبا بالعقد قائما بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه
في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم
بعد سقوطه قالوا هذا اذا اختلط رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق **فصل في التخارج** قال واذا
كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار
او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا الا انه ان كان يصحبه بيعا وفيه
اثر عثمان رض فانه صالح ثمانية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها
على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا
فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض
في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان واحدا يكتفي بذلك

القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مفرا لابد من تجديد القبض
لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك
لصالحه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى
يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض
فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح
عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح
دراهم ودنانير ايضا جاز كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع
لكن يشترط فيه التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فاصطلحوا
في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لانه فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء
منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جايز لانه اسقاط او هو تمليك
الدين ممن عليه وهو جايز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يجعلوا قضاء نصيبه
متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يفوضوا المصالح بمقدار
نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين وبحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء
ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه
بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام
المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يكون
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث فان لم يكن مستغرقا
لا ينبغي ان يصالحوا امام يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا
قالوا لا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز
قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في
الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين من هو
في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع لينتظم مصلحة
الغبي والزكي والفقير والغني وبعث النبي عم والناس يباشرونه
فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب امانة
في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه

لانه

لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزاء من المال بعمله واذا فسدت
ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود
التعدي منه في مال الغير قال المضاربة عقد على الشركة بمالين احد الجانبين
ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب
الاخر والا فمضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة
وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز
لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا
اذا قاله اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا
التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للامر
فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق
احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد
الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا
هذا القدر فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل
لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح
المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم
المنافع والعمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة مع انها فوتها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك
اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في
الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها
وتبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال
مسلما الى المضارب ولا بد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم
اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل
من الجانب الاخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل
في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة
وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب
فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير

كالصغير لان يد المالك ثابت له وبقاء يده تمنع التسليم الى المضارب وكذا احد
المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل
صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب
والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه
عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من
صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى
ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة
من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر
وعنه عن ابي حنيفة انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول
له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص
عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل
غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه
وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم
فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل
به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم
وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص
له رب المال التصرف في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل
وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من
يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره
قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف
بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع
اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد
السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى
في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشرى بها هنا وهو رواية الجامع الصغير

وفي

وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشرى يتقرر الضمان
لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما
شرط الشرى للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير
السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا
او في مكان كذا او كذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له وقال
فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء
للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها
لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري بها من فلان
وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف اذا قال على ان
تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة و
تبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول
التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء
ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه
توكيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار
كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يقول على
رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف
مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شرى
ما لا يملك بالقبض كشرى الخمر والميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه
بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه
دون المضاربة لان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشرى اذا خالف قال وان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق
عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف
المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال
المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة
له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبه منهم يملكه
بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة

كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاختها شيئا لعدم الصنع منه اكمل

259

ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم كما اذا ورثه مع غيره
ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى
فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى
بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد باوى الفا فادعاه ثم
بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال
استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حلالا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام
والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها
تاوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر
الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة
لان ذلك ان شاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث
الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد
غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب وعتق الولد لقيام
ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب
والملك والملك آخرها فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا
من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح و
يستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال
والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا القدر ثم اذا قبض
رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ
لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها
ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت
بالنكاح وتوقف نفاذا لفقد الملك فاذا ظهرت الملك نفذت تلك
الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان
تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولدها جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وارثه يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان
الولد على ما مر **باب المضارب يضارب** قال واذا دفع
المضارب المال الى غيره مضاربة وما ذن له رب المال لم يضمن بالدفع

ولا ينصرف

ولا ينصرف المضارب الا حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية
الحسن عن ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا عمل به ضمن ربح
او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو
رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع
على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع و
بعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح
فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة
صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الا لانه اجير فيه وله اجر
مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب بضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي ان لا يضمن الا عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم
في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن
الا بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين
هذه وبين مودع المودع ان المودع يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا
اما المضارب الا يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول
صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه
الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الا رجع على الاول
بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته فرضي العقد
وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه
ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله
ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن
نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان
يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال
قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف
وللمضارب الا الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الا
مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهته المالك ورب المال شرط لنفسه
نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه
الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق
الا السدس ويطيب له ذلك لان فعل الا واقع للاول كمن استوجر

على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له
على ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين
المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه
نصف ما رزق الاول وقد رزق الاول الثلثين فهو بينهما بخلاف الاول
لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء
فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الاول ورب المال نصفان لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك
مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح
الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ما رزق الله فلي نصفه
او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى اخر مضاربة بالنصف
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه
جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع
نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استأجر ليخيط ثوبا
بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس
الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه
من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد تملكه
فقد ضمن له السلامة فيلزم الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه
بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد
رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد
يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون
للمولى اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من
عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال
لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب
بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين فهو
للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة
مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط
العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي

عنده

قال الكاكي قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد رب المضارب او الاجنبي على ان يكون له المكث سعدي

عنده على ما عرف **فصل في العزل والقسمة** قال واذا مات رب المال
او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل تبطل
الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب
المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق
بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرفه
مضاربة عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب
هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب
المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى
اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف
على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه بالعزل من ذلك
لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس وانما
ينص بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لا يعمل
ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فعمل العزل فان عزله
ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس
في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال العبد الضعيف رح وهذا
الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال
دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح
لا يظهر الا به وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها
قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء
الديون لانه بمنزلة الاجير لان الربح كالاجير له وان لم يكن في المال ربح لم يلزمه
الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل
رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد يرجع الى العاقد فلا بد من توكيله
وتوكيله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل
والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة
فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع
اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا
على المضارب لانه امين وان كان يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم
هلك المال بعضه او كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله لان

وصار كالعروض

اي لا بد من توكيل المضارب رب المال وتوكله اي قبوله رب المال الوكالة

ضمان

261

قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء
عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من
رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب
المال محسوب من رأس ماله واذا استوفا رأس المال فان فضل شيء
كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان
المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني
لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع
التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له
الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا
لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان
الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لا يضمن لان له ان يقاتل ثم
يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك واما عند ابي يوسف رح فلانه يملك
الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن
على الايسر او على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي
يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر
والاصل انما يفعله ثلاثة انواع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من
باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرناه ومن جملة التوكيل بالبيع والشرى
للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار
والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق
العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط
مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره
وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه
جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله
اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه الا ان ينص عليه رب المال وهو

الاستدانة

بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك صح

الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال
السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا على ما انعقد عليه المضاربة و
لا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار
المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع
من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال و
لا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة
لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة لهما
انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة و
الاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لم يدخل تحت المضاربة
كذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى
رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال
متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا
شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف فيه حقا
للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون
استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا
دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة
على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب
الموضوع واذا لم يصح عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الاول قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق
ان النفقة تجب باداء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب
في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق
النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق
من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه تبرع
قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق
ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله
فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال

هذا من مسائل الجامع الصغير

المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الرابحة وهو ما
ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابته بركبها والدهن في موضع
يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلع في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه
اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به
فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء
بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا
ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب
ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان
العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة
القيمة والثاني لا يوجبها قال وان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او
حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانه على رب المال
فلا ينتظم هذا المقال على ما مر فان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين
مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة
بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا لو فعله الغاصب ضاع
ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل
برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر** قال فان كان معه الف
بالنصف فاشترى برا بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقد حتى
ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون
ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال العبد الضعيف رح
هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له
حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبينه فيكون عليه في الاخرة
ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين
عبدا صار مشتريا باربعة اتساع وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام
الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع
الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد
على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة
لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه

ويظهر ذلك فيما اذا باع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف يرفع راس
المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال فان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقتضى
بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه يملكه الا انه فيه شبهة
العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين
ولو اشترى المضارب عبدا وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال
فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ
فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر
بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو
الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فدي خرج العبد عن
المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام
الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف
ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى
القسمة ولان العبد كالزايل عن ملكه بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشرى
فيكون العبد بينهما ارباعا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام
بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقد حتى هلك يدفع
رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون
بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن
مدفوعا اليه قبل الشرى وهلك بعد الشرى حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله
مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة
في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع
لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشرى امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك
يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء مرة على ما مر **فصل في الاختلاف**
قال فاذا كان مع المضارب الفان فقال قد دفعت الى الفاو نحت الفاو قال
رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه
الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب

لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ضمنا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار
الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من
جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات
قال ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد
ربح الفا وقال هو فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال
والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط
بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول
لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن فيه مستفاد من جهته والبينة
بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت
البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها
لقوله ﷺ ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان
ولان الناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه تمنع الناس عن قبول الودائع
فتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن يهون في عياله لان الظاهر
انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع
الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك
راضيا فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره
والموضع في حوز غيره ايداعه الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا لزنفه
قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة تخاف
الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتفع
المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد
تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها
فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما

طالبه

الوديع الترك وسمي الوديعة والامانة
لانها يترك عند الامين قال الامام
بدر الدين الفرق بين الوديعة
والامانة بالعموم والخصوص
فالوديعة خاصة والامانة عامة
وحمل العام على الخاص صحيح دون
عكسه فالوديعة هي التي يقع في
قصد او الامانة هي التي يقع في
يده من غير قصد بان بهت الريح
في ثوب انسان فاذا هو في حجرة غيره
او كما ذكره في الكفاية
او على ما ذكره يكون النسبة
بين الوديعة والامانة هي القصد
لا العموم والخصوص فانه اعتبر
في الوديعة القصد والامانة عدم
القصد وهما متنافيان فالاولى
ان يقال والامانة هي التي يقع
في يده سواء كان بالقصد او
بغير القصد

طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله
خلطا لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها
شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود او
الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه
صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى
ايهما شاء ولابي حنيفة رح انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى
عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها
ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا في
الدين وقد سقط وعندهما لا يبرأ لبقاء حقه في الضمان فتعين الشركة
في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق
المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر
القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز والقسمة
ولو خلط المايع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان كما ذكرنا وعند
ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجراءً وعند محمد شركة
بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط
الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مايعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من
فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم
الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله
مخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه
الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا
فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال
الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار
ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع
حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ
شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظه في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان
طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع

الجحود الوكيل لوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع اولان المودع
ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل
واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف
الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي
يوسف خلافا لزفر لان الجحود عنده غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع
الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف
ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان له حمل ومؤنة
عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومؤنة وقال الشافعي
ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا
كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلتزمه
مؤنة الرد فيملكه حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده
بالحفظ المتعارف وهو الحفظ بالامصار فصار كالاستحفاظ بالحق قلنا
مؤنة الرد تلتزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر
لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بالحق لانه
عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نواه المودع ان يخرج
بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا
قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع
اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير
ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده
وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه
طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك ولهذا لانه يطالبه بتسليم
ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر بالدفع اليه
ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في
المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة
وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها
قوله له ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان
له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف فانه ليس له ان يأخذه اذا
ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين

شيئا

شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ
كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر
وهذا عند ابي حنيفة رح وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرى
اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه
كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل
متى اضيف الى ما لا يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل
فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض
لان مودع المودع عنده لا يضمن وبهذا الخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما
ولا يمكنهما الاجتماع عليه انآء الليل والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا
بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا
تسلمها الى زوجتك فسلم اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير واذا نواه المودع
ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة
دابة فنواه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على ايدي النسآء فنواه عن
الدفع الى امرأته وهو محل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط
وان كان مفيدا فيلغو اوان كان له عنه بد ضمن لان الشرط مفيد فان كان
من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعنته
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح
التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها
البيتان عظيمة والبيت الذي نواه عن الحفظ فيه عودة ظاهرة صح به
الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر وهلكت فله ان يضمن
الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما
شآء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه
كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون متعديا بالتسليم
والكل بالقبض فيتخير بينهما غير انه ضمن الاول لم يرجع الكل لانه ملكه بالضمان
فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الكل رجع على الاول لانه عامل له فيرجع
عليه بما لحقه من العهدة ولانه قبض المال من يدامين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تتعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك

الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه
صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده
الف ادعاها رجلان كل واحد منهما انها له واودعها اياه وابى ان يحلف
لهما فالالف لهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد
صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف
لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر
الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما او نفيا
لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما لعدم الحجة
وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني
ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه
فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني
فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في
الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما السنة ويغرم الفا اخرى بينهما
لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف
اليها صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي
للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني
واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما
بنفسه او باختياره بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه
للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من
العلماء من قال يقضى للاول ولا ينظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما
لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان
يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع
بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع
فيه بعض الاطناب **كتاب العارية** قال العارية جائزة لانه نوع
احسان وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض
وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة
ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي
ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التملك فان العارية من

العرية

العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع
والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعير للتمليك كما في الاجارة
فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم
اللزوم فلا تكون ضايرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند
ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه
صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك
على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما عرفا لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة
يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن في استخدامه وداري
لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها
له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه
بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عم المنحة مردودة
والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك
فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت
من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن
استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا
كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشرى ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن
الزام الضمان لانه تمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع
فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير
لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرى مضمون بالعقد لان الاخذ في
العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يواجر
ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن
ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه ح يكون بتسليط من
المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء
مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان
غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه يصير قبضه بغير اذن المالك لنفسه
ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه اجر ملك نفسه وان ضمن

المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية فرده دفعا الضرر الغرور عنه
بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل
والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا
ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة
والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة
وانما لا يجوز فيما لا يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه
رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء علما بالاطلاق واكتفاء
ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه علما بالتقييد الا اذا كان
خلافا الى مثل ذلك او خيرا منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة
في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى
ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل
لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان المركوب مختلفا لانه لما اطلق فله
ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعيين ركوبه ولو اركب غيره
ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعيين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع
بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض
والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين
فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان
استعار دارهم ليعايربها ميزانا او ينزن بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة
المسماة وصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها او سيفا محلى ليتقلده قال
واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
بقلع البناء والغرس معا اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها معلومة
تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا الارض
المعير فيكلف تفريغه ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اقدم عند اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان

وقت

وقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما قلنا ولكنه يكره لما فيه من
خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور
من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا
للضرر عن نفسه كذا ذكر القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله
يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء
المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكونان له ذلك لانه ملكه قالوا اذا
كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى
يحصد الزرع وقتا ولم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الجانبين
بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال و
اجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه
والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه واجرة رد العين المستأجرة على المؤاجر لان
الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة
للمؤاجر فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب
لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه
قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وبهذا استحسن
وفي القياس يضمن لانه ما رد ها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالرد الى البيت
ولو ردها الى المالك فما لم يربطها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى
دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد العين المغصوب الى الوديع
الى دار المالك ولم يسلمها اليه ضمن لان الواجب على الغاصب نسخ فعله
وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك برد ها الى
الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري
لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عند جوهر لم يرد ها الا الى المعير لعدم
ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره
لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة
فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه
ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدار او اجيره لان المالك يرضى
به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي

يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه وان كان لا يدفع
اليه دائما يدفع اليه احيانا وان رد مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة
على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم
يملكه لانه دون الاعارة واولوا بهذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء
المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند
ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة
بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد
لانها تخص الزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت
الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم **كتاب**
الهبة قال الهبة عقد مشروع لقوله عم تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد
الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه
عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول لابد منه لثبوت الملك وقال
مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف
الصدقة ولنا قوله عم لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز
بدونه ثابت ولانه عقد تبرع ورفع اثبات الملك قبل القبض لزام المتبرع
شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت
الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهليته اللزوم وحق
الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس
بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا
ان يأذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين
لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح
بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف
عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصد منه اثبات الملك فيكون الايجاب
منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا
التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما
يلحق به بخلاف ما اذا رجع عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في
مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلتك واعطيتك
لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عم اكل اولادك نحلت
مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد
بقوله

بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء
وحملتك على هذه الدابة اذا نوى باحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام
اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف
اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عم من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا واما الرابع فلان
الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل
الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال
كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى وكسوتهم
ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت
عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة وهي
عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك
العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكنى او خلي سكنى
او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة
سكنى فهي هبة لان قوله سكنى مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه
على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا يجوز الهبة فيما
يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي
يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا
لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله
كالشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة
فيشترط كماله والمشاع لا يقبله لانضمام غيره اليه وذلك غير موهوب ولان
في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل
القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو
الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما يتبرع
به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض
وكذا البيع والصلح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها
غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة
والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون
القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب

من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استحق وجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل فلم يملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع في الارض والثمر في النخيل بمنزلة المشاع لامتناع الجواز للاتصال وذلك بمنع القبض كالشايع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض ههنا الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه قال واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عياله والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضايع فاولى ان يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو ابوه او وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جايز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي بربيه لان له عليه يدا معتبرة الا يرى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما هو للصغير يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض

الاب

الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلما جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين ولان هذه صفقة من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس وثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوافقهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثيها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا وهب لرجلين ونص على الابعاض **باب الرجوع في الهبة** قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأ له ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا

الاب

وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عم العايد في هبته كالعايد في قيئه وهذا استقباحه ثم للرجوع مواضع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان و لامع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او بموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو نماء او جبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال فان وهب لاخر ارضا بيضاء فابنت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شئ منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رح يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء اذ بالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض

ولم

يسلم له فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاذ وفي حصول المقصود حفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعد فاذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح رجوع الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلف العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة بسبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجعل بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجعلنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل** قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في

بطنها ثم وهبها جازت لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو
دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن بشبهة
الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة
شئ هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يرد بها عليه او على ان
يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد
عليه شيأ منها او يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه
الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها
الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام
نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في
المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء
غد فهو لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه
او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه واسقاط
من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه
كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه
يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة
للمعمر له في حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل
داره لمعمره واذا مات تردّ عليه فيصح التمليك وتبطل الشرط لما روينا وقد
بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى
شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عم اجاز العمرى وردّ الرقبى لان معنى الرقبى
عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته
وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما
لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة** قال والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا يجوز في مشاع يحتمل
القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني اتفاقا لانه قد يقصد بالصدقة على
الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل
قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن

نذر

نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع وبروى انه والاول سواء وقد
قدمنا ذكرهما الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه
على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب ما لا يتصدق بمثل ما انفق
وقد ذكرناه من قبل **كتاب الاجارات** الاجارة عقد على المنافع
بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود
عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا تصح الا انا
جوزناه جاز لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحته الآثار وهو قوله
عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه
اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت
مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله
يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى
تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود
عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان
يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن
المبيع وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان وبهذا اللفظ لا ينفي صلاحية
غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى
والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة
اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت
وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة
ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا
يدعي المستأجر ملكا وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة
بالتسمية كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل
عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون
الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على
العمل كاستيجار الخياط والقصار ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير
المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت
قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا
لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي

باب الاجر متى يستحق

يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد ويستحق الاجر بأحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تمليك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد بنفسه عقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة ثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع ثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقامه لتسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استأجر دارا فللموا جران يطالبه باجرة كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا الى مكة فليس له ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استأجر خباز ليخبز له في بيته ففيزه من دقيق يدر هم ليستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط

من يده

من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر المسمى لانه صار مسلما بالوضع في بيته والاضافة عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالفرق عليه اعتبار اللوف ومن استأجر انانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولابي حنيفة رح ان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولوجبه فضاح لا ضمان عليه عندابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين بعد هذا ان شاء الله وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الابوخ حيث يكون للمرء حق حبسه لاستيفاء الجعل والاثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البائع واذا شرط على الصانع

ان

ليحمل المفعول بضمن تعليل لقوله يضمن بالمفعول مقدر هكذا

في ملبن معلوم ح

قيد بهما لانه لا اجر له في الحالين

ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل
في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل
فله ان يستأجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استأجر رجلا
ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي
فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره
ومراده اذا كانوا معلومين وان استأجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة
ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة و
ابي يوسف وقال محمد رح له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو
قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب
لخفته ومؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة
اليه وهو العلم بما في الكتاب للان الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر
كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في
ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض
وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجد فلانا
ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل
الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رح لان المعقود عليه هناك
قطع المسافة على ما مر **باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها** قال
ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها
لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد
وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان
فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراء ذلك ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللساجر الشرب
والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في
مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع وفي
الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق
وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تتباين
للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع
المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت
الجهالة

الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستأجر الساحة ليبني فيها
او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت
مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لانهاية
لها ففي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت مدة الاجارة و
الزرع بقل حيث يأخذ المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن
رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا
ويتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعها
فحينئذ يتملكها بغير رضاه وفي الجامع الصغير واذا انقضت مدة الاجارة وفي
الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز
استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان
اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب
بنفسه او اركب واحدا ليس ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل
والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك
اذا استأجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت
الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان
فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فصح التعيين وليس ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحدا فله ان يسكن غيره لان التقييد
غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال وان
سمى نوعا وقدرا كحمله على الدابة مثلا ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله
ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو
اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استأجر ليحمل عليها قطنا
سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان
الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استأجر
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل
لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل
لعلمه بالفروسية ولان الاداوي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر
عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجر ليحمل عليها مقدارا

من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب لثقل فانقسم عليهما
الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم
الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة واذا كبح الدابة بلجامها او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا
لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا
يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق
بدونه وانما هما للمبالغة فيه فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق
وان استأجرها الى الحيرة فجاوزها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت
فهو ضامن وكذلك العارية قيل تاويل هذه المسئلة اذا استأجرها
ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودة
الى يد المالك وانما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع
مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل
الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا
للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود
وهذا اصح ومن اكترى حمارا برمج فقنع الرمج والرجه برمج يرمج
بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة
في التقييد بعينه الا اذا كان زايدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
وان كان لا يرمج بمثله الحمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار
مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في الرمج
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا
يضمن نحابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والرمج سواء
فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زايدا على الرمج في الوزن فيضمن الزيادة
لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه
ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس الرمج لانه للحمل والرمج
للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان
مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة وان استأجرها لا ليحمل له
طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان
عليه

عليه فان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند
ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان يضمن بصحة التقييد فانه تقييد مفيد
الا ان الظاهر عدم التفاوت واذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل
فان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا
وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف وان بقي صورة قال وان حمله في
البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله
الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة
لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن
ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررنا ومن دفع الى خياطة
ثوبا بالخيط فجيصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب و
ان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاز به درهما قيل معناه الوطء
الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى
على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمنه
من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص
من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموا
فقة والمخالفة الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة
الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة على ما نبين في بابه ان شاء الله تع ولو خاطه سراويل و
قد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست فضرب
فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسد بالشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه
عقد يقالي ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز
به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا يتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس اليها فيكتفى
بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسدة تتبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في
الصحيح عادة لكثرتها اذ الاتفاق على مقدار في الفاسد فقد اسقط الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف

البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد
فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة
كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان
الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض
الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز
لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهور الثاني صح
العقد فيه ولم يكن للمواجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر
سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي
ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رح وظاهر الرواية
ان تبقى لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار
الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم
يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار
كما جاء شهرا واحدا فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره
لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم
لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور
السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي
وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف الاول
بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها ولانه
متى تم الاول بالايام ابتدئ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى اخر السنة ونظيره
العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عم ما راه المسلمون حسنا فهو
عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عم احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه
استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس وهو ان يواجر فحله لينزو على الاناث لقوله عم ان من السحت
عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج و
كذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة تختص بها المسلم
لا يجوز الاستيجار عليها عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير

لانه

لانه استيجار على معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرءوا القران ولا تاكلوا
به وقوله ما عهد رسول الله عم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم
مما لا يقدر المعلم عليه الا بعضي من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشايخنا رح استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم
لظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه
الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه
استيجار على المعصية والمعصية لا يستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة
المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة و
صورته ان يواجر نصيبا من داره مشتركة من غير الشريك لما ان للمشاع
منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم يمكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما
اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر
على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية
اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن
في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما
للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط
العقد وشرط يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا اجر من شريكه فالكل
يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في
رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس
بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
يتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله
تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل كان جاريا في عهد
رسول الله عم وقبله فاقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي غذاء
للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب و
قيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة
لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف
الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع
بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة

اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها
للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة
التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة
بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع
الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها
فهو جايز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة
دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لان الجهالة فيه ولو سمى الطعام وبين
قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان
ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه
في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر و
الجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند
الاجل كما في السلم قال وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطيها لان
الوطئ حق الزوج ولا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ
الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنعه من غشيانها في
منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا
خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم
الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها
والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في هذا الباب فيما جرى به
العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على النظير اما
الطعام على والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والحناء على النظير فذلك
من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة من لبن شاة فلا اجر لها لانها
لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع
فانما يجب الاجرة لهذا المعنى وانه خلف العمل قال ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما
بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير
في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عم وهو ان يستأجر ثور البطحني
له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات
لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض

المنسوج

المنسوج والمحمول وحصوله بفعل الاخير فلا يعد هو قادرا
بقدرة غيره وهذا بخلاف اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار
حاملا طعاما مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا
بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يجعله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق
تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت
الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة
وهذا بخلاف اذا اشترى كارا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن
استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو
جايز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل الوقت للاستعجال تصحيحا
للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت
يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا
عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الكل ونفع الاجير في الاول فتفضي
الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد
سمى عملا لانه للظرف وكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد
مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او
يسقيها ويزرعها فهو جايز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتناول
الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل
شرط هذه صفته من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان
اشترط او يشترطها او يكربها انهارا او يسرقنها فهو فاسد لانه لا يبقى
اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مواجر الارض يصير
مستأجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالسنة ان يبردها مكروبة ولا شبهة في
فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الربع بالكرابة
مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته و
ليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح

276

لانه تبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجر ثالثا يزرعها بزراعة
ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جايز وعلى هذا اجارة السكنى
بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان
حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا تصير دينا بدين ولنا ان الجنس باتفاق
يحرم النساء وصار كبيع الفواكه بالنسيئة الى هذا اشار محمد رح و
لان الاجارة جوزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين
فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله
فلا اجر له وقال الشافعي رح المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع
العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره
ليصنع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره
انه استاجره لعمل لا وجود له لان فعل حتى لا يتصور في الشايع بخلاف
البيع لانه تصرف حكمي فاذا لم يتصور المعقود عليه لا يجب الا جر ولان ما من
جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم
بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها
بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو تملك
نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة
لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف
ضمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما
فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس
لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وجه
الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا
كما ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل
مضيه او الخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم
ولم يسم يد المستاجر فان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما
قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا
للفساد وقايم بعد باب ضمان الاجير قال الاجير على ضربين مشترك

اجير

اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار
والصباغ لان المعقود عليه اذا كان هو العمل واثره كان له ان يعمل
للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى
مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة
رح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب
والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان
الاجير المشترك ولان الحفظ يستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا
هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من
جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه
كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي
رح ان العين امانة في يده لان القبض حاصل باذنه ولهذا لو هلك
بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في
المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله
الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله
الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع
الحبل الذي يشد به المكاري للحمل وغرق السفينة من مده مضمون
عليه وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح
لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل
الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع و
لا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر
فامكن تقييده به وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وانقطاع الحبل من
قلة احتمامه فكان من صنعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في
السفينة او سقط من الدابة وان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان
العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنانا من الفرات فوقع
في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له
وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان

فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه
واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع
تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل
باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين
شاء وفي الوجه الذي له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما
استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد اوبزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ
دابة بدانق فتفقأت او جام جحم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي
كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية
لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من
العمل ولا كذلك دق الثوب وكوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجر
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استأجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم
وانما سمي اجيرا واحدا لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة
صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا له وان
نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من
عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة
اموال الناس والاجير الواحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة
فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر
فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه
كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه **باب الاجارة على احد الشرطين** اذا قال
للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا
فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا
اذا قال الصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين
وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بكذا او هذه
الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال
آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا والى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين
ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط

ذلك

ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع
يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لانه تنفع المنازعة الا بانيا
الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان
خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف
درهم وفي الجامع الصغير لا ينتقض من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال
ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جايزان فاسدان لان الخياطة شيء واحد
وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وبهذا الان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للتاخير فيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير
مقصود فتنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق
حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع
الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح
الاول ويجب المسمى وتفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه
هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم لان التسمية
الاولى لا تنعقد في اليوم الثاني فتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح وهو القياس
لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال
ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين
جاز وايا ما فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان سكن
حدادا فبدرهمين فهو جايز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استأجر
دابة الى الحيرة فبدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جايز
ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير
فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جايز في قول ابي حنيفة رح
وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذا الاجر
احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية
والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل
يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا اطرف وهو الاصل عندهما
ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة

الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اذ كانه الحداد الا ترى
انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخوانا والاجارة تعقد للانتفاع
وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين
للتيقن به **باب اجارة العبد** قال ومن استاجر عبد الخدمة فليس
له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة
مشقة فلا تنتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه
كالسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر
فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر
عبد المحجور عليه شهرا واعطاه الاجرة فليس للمستاجر ان ياخذه من
الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس
ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه
الاستحسان ان المتصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك
العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة فاذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ
منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه
اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان
التقوم به وبهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف
يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله
ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على
اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا بارجة
وشهرا بحنطة فهو جايز والاول منهما بارجة لان الشهر المذكور اولا
ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تعجل الحاجة فينصرف
اليه الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في
اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين
اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول
المؤاجر لانهما اختلفا في امر يحتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على ما قبله
من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان
ماء الطاحونة وانقطاعه **باب الاختلاف** واذا اختلف الخياط
ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط

بل

بل قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته
اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى
انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكنه يحلف
لانه انكر شيأ لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه
ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه
اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة
الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به
المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب
وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع بل باجر فالقول
قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم
بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف
رح ان كان الرجل ممن يليق له اي خليط له فله الاجر والا فلا لان سبق ما
بينهما يعين جهة الطلب باجر او ياعلى معنا دهما وقال محمد ان كان الصانع
معروفا بهذه الصفة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح باب المخانوت لاجل
جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو يوسف
لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا
الى الاسترفاق **باب فسخ الاجارة** قال ومن استاجر دارا فوجد بها
عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد
شيئا فشيأ فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم
المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل
كما في البيع وان فعل المواجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال
سببه قال واذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة او انقطع الماء
عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع بالخصوص
قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر
ومن اصحابنا رح من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه
يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد رح ان الاجر لو بنا ليس
للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على انه لا ينفسخ ولكنه
يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه
من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد

عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة
او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى
الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي
والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط
الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود
عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمواجر فلا يمكنه التسليم
ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع
الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب
فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة
فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المواجر بعد مضي
بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع
ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب
قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في
موجبه الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن
استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له
طعاما للوليمة فاختلعت منه ينفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر
زايد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله
وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها
الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على
موجب العقد الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لما انه قد
لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى
قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل
على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل
القبض في البيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل
مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر
ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء

لظهور

لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب
العقد يلزمه ضرر زايد لانه بما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة
فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد بنفسه ويبعث الدواب
على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المواجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الاصل
وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار
ومن اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما
يفوته الاسترباح وانه امر زايد قال واذا استاجر الخياط غلاما فافلس
وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات
مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي
يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس
فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه
ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل للصرف في ناحية وهذا
بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر
حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا
العامل شخصان فامكنهما العمل ومن استاجر غلاما ليخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زايد لان خدمة السفر اشق وفي المنع
من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر
انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه
استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه
من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصايد فاحترق شيء في ارض
اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر
في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الريا في هادية ثم تغيرت اما اذا كانت
مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد
الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جايز لان
هذه شركة الوجوه في الحقيقة وهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا
يحمل عليه محملا و[illegible] راكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس
لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه

غريمه

قال

الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والحمل تابع وما فيه
من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير
الوطاء والدثار قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة
واقرب الى تحقق الرضا ومن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل
منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا سمى في جميع الطريق
فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند
البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق **كتاب المكاتب** قال واذا
كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز
فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا فهذا ليس امر ايجاب باجماع بين
الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح ورفع الحرج على الاباحة الفاء الشرط
اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان
لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان
يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه و
لا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه
اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد رض ويعتق باداء ثانية وان لم يقل
المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا او نجوما
مؤجلا او منجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا غير مؤجل ولا بد من نجمين لانه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للروح بخلاف السلم على اصله لانه
اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت بها
ولنا ظاهر مانلو نا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به
فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على
لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على
المسامحة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال
كما امتنع من الاداء يترادف الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل
الشرى والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول و
التصرف نافع رفحه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة
اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشرى

لان

لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره
لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الف تؤديها
الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت
فانت رقيق فان نهد امكاتبه لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا
اديت الي الف اكل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابن
سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ
ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا اكتسب
الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده
فلتحقيق مقتضى الكتابة وهو الضم فيضم ما لكيته يده الى ما لكية نفسه
او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرى والخروج
الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد
معاوضة ومبناه على المساواة وبعدم ذلك يتجز العتق ويتحقق بناء حر
لانه ثبت له نوع ما لكية وثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه
عتق بعتقه لانه ما لك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه
الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته
لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة و
هو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء على منافع
البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية
لما بينا وان اتلف ما لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق الكتابة
ونفسه اذ لو لم نجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى
بالعقد **فصل في المكاتبة الفاسدة** واذا كاتب المسلم عبده على خمر
او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد
واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت
الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو
موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال وان ادى الخمر عتق و
قال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف
رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء قيمته ايضا لانه
هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا

قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب
على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين
الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه
وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط اما الميتة فليست بمال
اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص
عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في
البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة
كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه
على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد
فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت
العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه
لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق
بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواه الحسن انه يجوز حتى
لو ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على
التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود
عليها والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ
كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح
ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن
محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي
حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع
بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها يثبت للحاجة الى الاداء
منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه
وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه يجب تسليم عينه
وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه

مالا

مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا اداه
لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي
فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه
يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى
مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتب على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه
الروايتين في كفاية المنتهى قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى
اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
رح هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل
منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة
وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما
انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا
فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان
يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه
يشتمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف
فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل
فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة مال بغير مال او بمال
لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني على المسامحة
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على
خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة
الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب
عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث
يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح في الكتابة في الجملة فانه لو
كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على
القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق
لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم
العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما

حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق
وقد بيناه من قبل **باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله** قال ويجوز
للمكاتب البيع والشرى والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا بدا
وذلك بالقدرة على التصرف مستدابه نصر فما يوصله الى مقصوده و
هو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشرى من هذا القبيل وكذا السفر
لان التجارة بما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع
بالمحاباة لانه قلما من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة واحدة
ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا
لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ما لكية اليد على جهة الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في
صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع
والنكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط
عليه خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا
هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك
وهذا الشرط يخص العبد فاعتبره اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق
لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة
فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس
وسيلة ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا
بالشئ اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لتبرعه الا ان
الشئ اليسير من ضرورات التجارة لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع
المجاهزون ومن ملك شيئا ما هو من ضرورته وتوابعه ولا يتكفل
لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والكتاب لا يملكه
بنوعيه نفلا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من
توابع الكتاب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان
زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت
العقد وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر و
الشافعي رح لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على
مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة
وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد

وصول

وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملك الاب والوصي ثم هو نوع
للملوك مثل هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما
هو ثابت له فان ادى الثاني قبل عتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه
نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى
مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو
ادى الاول بعد ذلك عتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا
والولاء لا ينتقل عن المعتق فان ادى بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد
من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فثبت له قال وان اعتق عبده على مال
او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين
في ذمته المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف
تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب
والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب في ما ذكرنا لانهما يملكان الكتابة
كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما ولانه
نظير له قال فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح و
قال ابو يوسف رح له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض
والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما
ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الكتابة
وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة
اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من
اهل ان يكاتب حتى ان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للاصلة
بعقد المكاتبة الا ترى ان الحر تحته كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان
اشترى ذا رحم محرم منه لاولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا
يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية وله ان المكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي
لغيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت

بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقنا بالكتابة والعتق وبالاول في
الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد
الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه قال واذا اشترى امّ ولده دخل
ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول
الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم
قال عم اعتقها ولدها فان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول
ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح ولان القياس ان يجوز
بيعها وان كان معها ولدها لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد
بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد
له ولد من امته له دخل في كتابته لما بينا في المشتري فكان حكمه حكمه وكسبه كان
كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاصه وكذا اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها
موكدا فيسري الى الولد كالمدبر والاستيلاد قال ومن زوج امته من
عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبه لهما
لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب
باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد
ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له المولى بالتزوج وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر
في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه مارغب في نكاحها
الا لينال حرية اولاده ولهما ان مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا
لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر
باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة
ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق
به قال وطئ المكاتب امته على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه
العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق
وكذلك الماذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق
المولى لان التجارة ونوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها
لانه لولا الشراء لما سقط وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل

هما

لان الكتابة ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة
قال واذا اشترى المكاتب جارية فاستولدها وطئها فولدت له فادعاه
بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان
التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن
ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا ولدت
المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل
وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى لانه يملك وطأها
لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من
مولاها لاختصاصها بنفعها ولمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان مات هي و
تركت مالا يودى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى
الا ان يدعي لحمه وطئها عليه فلو لم يدّع ومانت من غير وفاء سعى هذا الولد
لانه تكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه
بمنزلة امّ الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى امّ ولده جاز لما جنحنا
الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه
تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها
بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الفرض من ايجاب البدل العتق
عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الفرض عليه فسقط وبطلت
الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه يسلم لها الاكتساب والاولاد
لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكتساب والاولاد
لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لانها باقية قال فان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة
ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق فان مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال
محمد تسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار
والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار

لما ثبت من المولى وهو ولاية
ان المولى يملك الاستيلاد
في ولد ها ع

اما الخيار فوجه تخيري الاعتاق عنده لما تخيري بقي الثلثان عبدا وقد تقلما تلفا هاجهنا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لامحالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلعجزه عن انه قابل البدل بالكل فقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده فرضي فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى احد مكاتبيه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال وان كان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على ضمانة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا

تليقها ما

من وجه

من وجه دون ليكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يبرد رقيقا عندنا رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يوخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف درهم الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل لها ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى لو اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانتقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيجاز ادعليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة اد ثلثي القيمة حالا او يبرد رقيقا لقولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والله اعلم

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عتقا وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتبت عبدك على الف درهم علي او علي ان ادیت الیك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا عتق باداء ثانية بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل علي او علي ان ادیت الیك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق عتقه باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر مولاه غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبتني بالف درهم علي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس تصح على نفسه لولايته عليها وتتوقف في حق

الالف سقط

او يبرد رقيقا صح

الغايب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد
الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا
الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى
عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ واذا امكن تصحيح العقد على
هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه
اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شئ لانه تبع فيه قال وايتهما
ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما
الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار
كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى تخلية
الرهن وان لم يكن الدين عليه قال وايتهما ادى لا يرجع على صاحبه لان
الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر فيه وليس للمولى
ان ياخذ الغايب بشئ لما بينا فان قبل العبد الغايب اولم يقبل فليس
ذلك بشئ والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير
قبول الغايب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه
لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة
عن نفسها وعن ابنيها الصغيرين فهو جايز وايتهم ادى لم يرجع على صاحبه
ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما
لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض
بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب
بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة
الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزى وفايدة
الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذن له بقبض
البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل
المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزى
فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك
بينهما فبقي كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها
فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما

ادعى

ثم وطئها الاخر
فجاءت بولد فادعاه

ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه امّ ولد له لان
الكتابة لا تقبل النقل من ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة
المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم
اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد
للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيئه سابق ويضمن شريكه نصف
قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيئه جارية
مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة
المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب
منه حرا بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايتهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها
لاختصاصها لمنافعها وابدالها واذا عجزت يرد الى المولى لظهور اختصاصه
وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول
ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد للاول لان
امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة فيما وراءه بخلاف
المدبر لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لانه رفع تجويزه ابطال
الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالكل وطئ
ام ولد الغير فلا تثبت نسب الولد منه ولا يكون هو عليه بالقيمة غير انه
لا يجب عليه الحد للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يجزى عن احدى
الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا رفعا لحق التملك
ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل ورفعا لبقائه في حقه نظرا للمولى
وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر
لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد الى المولى
الاول لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس
قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة
فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن
الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه

وبقي الكتابة ح
جواب عن قياس
ابي حنيفة رح

اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما
كتابة واحدة ثم اعتق احدهما
نصيبه يضمن المعتق لشريكه
نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف
لانه ضمان التملك وهو لا يختلف
باليسار والاعسار وعند محمد
يضمنه الاقل من نصف قيمته
من بدل الكتابة ومن نصف ما بقي
في نصف المرقبة لان حق شريكه

286

في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد
بينهما يجب اقلهما قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل
التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها
قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطئ فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب
لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية
مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة
والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا و
وجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا
لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب
فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق
وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي ح
رح لان الاعتاق لما كان تجزي عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق
كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لا يتجزى
يعتق الكل فله ان يضمنه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان
معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان
العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء
الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد
وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن
المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر
فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق
فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه
لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله
خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان
الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب
ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام

وامثاله

وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا
ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا
غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات
عنده فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما
فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف
باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن
وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم
يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا
ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف
باليسار والاعسار عندهما **باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى** قال واذا
عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم
لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين والثلثة
هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون
للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه
وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يعجزه
حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق
علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول
نجم فلا بد من امهال مدة استيسار او اولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا
لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن
راضيا دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منهما لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا
والاثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم
فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان احل نجم عند غير السلطان فعجز
فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر
فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم
تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز
المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب

لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه
وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة
وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي
فهو ميراث لورثته او يعتق اولاده وبهذا قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة
ويموت عبدا وما ترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض ولان
المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه
لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده
مستندا الاوجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو
الاداء الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند
ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا الموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق
بل اولى لان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى
للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باسناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كاداءه وكل ذلك
ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا
مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق
ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه كسبه
فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولد امشترى قيل
له اما ان تؤدي الكتابة حالة او تردد رقيقا قال رض وهذا عند ابي حنيفة
رح اما عندهما يؤدي الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع
انه تكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه
ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم تضف
اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه
فان اشترى ابنه ثم مات ولم يترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في اخر
جزء من اجزاء حيوته تحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا اخر ما ابرث عنه وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان

الولد

الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص
واحد فاذا حكم بحرية الاب بحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات
المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا ووفاء بمكاتبته فجنى المولد فقضي به
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء
يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب
العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب و
القضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب
في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في
الولاء مقصودا وذلك ينبني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا
فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد
فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا تعجيزا قال وما ادى المكاتب من
الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه
صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث
بريرة رض هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والها
لان المباح له يتناول على ملك المبيح ونظيره المشتري شرى فاسدا
اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى
فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا
عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يستقر ملك المولى عنده لانه لا خبث
في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك
للغني من غير حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من
المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى و
قد بقي في ايديهما ما اخذ من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا هو موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء
الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب
ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز
فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي

شمي

قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات في مختصره وجناية المكاتب على
نفسه دون سيده ودون العاقلة يحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارشها
الجناية فاذا حكم الحاكم عليه صارت دينا عليه وسقطت من رقبته
وما لم يحكم الحاكم وهو في رقبته لو عجز بعد الحكم باعه الحاكم في دينه وان عجز
قبل الحكم قبل للمولى ادفعه او افده بارش الجناية فاما الواجب
فهو دين عليه يؤديها من كسبه ما دام في الكتابة فان عجز بيع
في ذلك الى هنا عبارة الدراي في المختصر عامة النسخ

ومحدرج وقد رجع ايضا ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان
عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة
قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية
المدبر وام الولد ولنا ان المانع حق قابل للزوال للتردد ولم يثبت
الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد
المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده و
احتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما يقبلان
الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي
الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه
وقيل له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا
الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة فلا يتغير الا ان الورثة
يحلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم
يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك سائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
وان عتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن
بدل الكتابة فانه حقهم وتجري فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل
الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى لانه اذا اعتقه الورثة ابرأ عن نصيبه
لانا جعلنا ابراء اقتضاء نصحيحا للعتقة والاعتاق لا يثبت بابراء
البعض او دائنا في المكاتب لا في البعض ولا في الكل ولا وجه الى ابراء الكل
لحق بقية الورثة **كتاب الولاء** قال الولاء نوعان ولاء عتاقة
ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه
عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال
ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر
وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر رسول الله عز نناصرهم بالولاء بنوعيه
فقال عز ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة
لانهم كانوا يتوارثون بالموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه
فولاؤه له لقوله عز الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله ويغدا جناه
معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد لان الغنم بالغرم وكذا
المرأة تعتق عما رويناه ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنه وعن بنت
فجعل النبي عز المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره

لاطلاق

ويبيع بنت حمزة بنت المعتق

من قوله عم الولاء

من قوله عم الولاء الى هنا ساقط

لاطلاق ما ذكرناه قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق
وولاؤه للمولى وان اعتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بمباشر
من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى
بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعل
الميت كأنه على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما
بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد قال ومن
ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب
وهو العتق عليه واذا تزوج عبد لرجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة
وهي حامل من العبد عتق وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه
ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل وولاؤه عنه علا بما
روينا وكذا اذا ولدت ولد الاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت
الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توامان
ينعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا ولدت رجلا وهي حبلى والزوج والي غيره
حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا
لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها
بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق
مقصودا فان اعتق العبد جر الاب وولاء ابنه وانتقل من موالي الام الى
موالي الاب لان العتق هناك في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان
الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسب الى موالي الام كانت
لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينتسب
الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما
اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين
من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى موالي الام وان اعتق
الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة
الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير راجعا بالشك فاستند الى
حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع

ذكر بعض ألفاظ الجامع الصغير التي لا يعلم بيان المعقل وبينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم
على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا
بموالي الام ضرورة كملاعن وولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء
الاولاد الى نفسه لما بيّنا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم
حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه
مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا
الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج
من العجم بمعتقة العرب فولدت له اولادا فولاء ولدها لموالي امها عند ابي حنيفة
رح قال العبد الضعيف وهو قول محمد ايضا رح قال ابو يوسف حكمه حكم ابيه
لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا
لانه هناك سقط معتبرا لان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى
اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف
بخلاف اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال العبد الضعيف الخلاف
في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع انفاقا وفي الجامع الصغير
نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا
قال ابو حنيفة ومحمد رح موالي امهم وقال ابو يوسف رح موالي
ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب وصار كالمولود
بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان الولاء الموالاة اضعف حتى
يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي
ولو كان الابوان معتقين رح فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا
والترجيح لجانبه لشبهة بالنسب اولان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة
تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عم للذي اشترى
عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شرك فهو خير له وشر لك وان كفرك
فهو خير لك وشر له ولو مات ومن مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
ووارث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة
يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رض فان كان للمعتق عصبة

من

من النسب فهو اولى بالميراث لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله
عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث عصبة بدليل الحديث الكتاب
فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال فان كان للمعتق عصبة من النسب
فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق ثم ولده
اذا لم يكن صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة
على ما مر وبيناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
التناصر على ما مر والعصبة يأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه
لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق
من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن
النبي عم ورد آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت
الملكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها
من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش
وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث
المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ
عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من
قدم ابيها وجنايته بجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه
بنى ابن آخر ميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر وهو
المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي
الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب **فصل في ولاء**
الموالاة قال واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه و
يعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله
على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي
الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح رجوعه في حق وارث
آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للمولى وارث
حق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت
ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام

ولو قال والعصبة يأخذ الباقي بعد فرض غيره وجود
صاحب الفرض واهل عقله عند عدمه كان
اولى لان الكل على اعتبار قوله وان لم يكن له
عصبة من النسب فميراثه للمعتق ثم لعصبته
بعد الفرض وعدمه كما مر
وصورة جر ولاء معتقة بأن تزوج
عبد امرأة فولدت منه فولاء الولد يكون لمولى الام
فلو ان المرأة اعتقت هذا العبد
وجرت ولاء الولد الى نفسها
وجرت بعتق المعتق المعتقة
ولاء معتق المعتق امرأة
اشترت عبدا واعتقته ثم ان هذا
العبد اشترى عبدا فاعتقه فقوم
فولدت منه ولدا فولاء الولد لمولى
ام الام فلو ان المعتق اعتق هذا
العبد جر ولاء العبد ولاء ولده
ثم جرت المرأة ذلك الى نفسها
كذا في الهداية

اي لو ترك المعتق جد مولاه
اي ابا ابيه واخاه لاب وام او
لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة
لانه لا يورث الاخوة والاخوات
فالجد عنده اقرب في العصوبة
وعندهما الولاء بينهما نصفان
كذا في الهداية

عن رجل اسلم على يد آخر والاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا
يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث
يشار والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق الا انه مستحق قال
وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي
الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من
شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى
عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه
لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم
الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا
بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي
بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه
لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله
كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد
منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء لشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة
ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه
يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا
لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك
انما يكون من القادر والسلطان وغيره عنده تحقق القدرة سيان والذي
قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة
لا يتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع
ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه
من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شرى سلعته او على ان يقر
لرجل بالف او على ان يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد
او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء
فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى

الا ان

الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد
بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر
الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه
يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة
الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم
مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على
الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو
التراضي فصار كساير الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى
لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة
كما في ساير البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو
الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع وان
تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك بخلاف ساير البياعات الفاسدة
لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته
اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رض ومن
جعل البيع الجايز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري
من غيره لان الفساد لفوت الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين
ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جايزا
مفيدا لبعض الاحكام على هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم
طايعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره
على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره
الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على
ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه
مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد
قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبايع معناه
والبايع مكره لانه مضمون عليه لحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان
شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البايع الى المشتري
فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على

لانهما قصدا ان يكون المبيع محبوسا بالثمن المؤدي الى عين رد الثمن الى المشتري فكان رهنا ايضا ونقل في خلاصة الفتاوى ان حكم بيع الوفاء حكم الرهن عالم

اى لاينفقد ماكان قبله لان الاستناد ملك المشترى الى وقت قبضه بخلاف ما لو اجاز المكره المالك عقد امنها فانه ينفقد ما قبله وبعده
لان المانع من نفاذ حقه وقد اسقط حقه فيعود الكل جايزا وبخلاف ما اذا اجاز المالك فى بيع الفضولى واحد من المشترين
حيث يجوز ما اجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة فابطل الملك
الموقوف لغيره وهذا كل واحد منهم باع ملكه اذ بيع المكره يفيد الملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق
استرداد المالك فاذا اسقط حقه نفذ الكل ر

المشترى بالقيمة لقيامه مقام البايع وان ضمن المشترى نفذ كل شرى
كان بعد شرائه لوتناسخت العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه
ولاينفقد ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز
المالك المكره عقد امنها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه
وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** وان اكره على ان ياكل الميتة او
يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره
بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان
يقدم على ما اكره عليه وكذا على الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة
الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على
ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا الغيره على اهلاك نفسه
فيأثم كما فى حالة المخمصة وعن ابى يوسف رح انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة
فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم
بالحاصل بعد الثنيا فلا حرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم
بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه
كالجهل بالخطاب فى اول الاسلام او فى دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله
او بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك
اكراها حتى يكره بما يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته اشد
اولى واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويتورى فان
اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا ماثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضه
حيث ابتلى به وقد قاله له النبى ع كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان
فقال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى
الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل
ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رض صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول
الله ع سيد الشهداء وقال فى مثله يهور فيبقى فى الجنة ولان الحرمة
باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال

فان

فان اكره على اتلاف مال مسلم بما يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه
ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد
تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح
آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه
ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
بضرورة ما فكذا لهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا
قال العبد الضعيف وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وقال زفر رح يجب على
المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعى رح يجب عليهما لزفر
ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وفى الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف
الاكراه على اتلاف مال الغير لانه يسقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره و
بهذا يتمسك الشافعى فى جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب
الى القتل منه وللتسبيب فى هذا الحكم المباشرة عندكما فى شهود القصاص
ولابى يوسف ان القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم و
اضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة فى كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له
وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فبقى الفعل
مقصورا عليه فى حق الاثم كما نقول فى اكراه على الاعتاق وفى اكراه المجوسى
على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره والاتلاف دون الزكاة حتى تحرم
كذا هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره
عليه عندنا خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق قال ويرجع على الذى اكرهه
بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فاضيف اليه فله ان يضمنه
موسرا كان او معسرا والاسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى
الحرية او لتعليق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد
بالضمان لانه موآخذ بالتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول
وان لم يكن فى العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان
على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما تأكد بالطلاق فكان
اتلافا فالمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق
والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر فى فساد

العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا
لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه
لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا يطالب له في الدنيا فلا يطالب
به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ
وكذا الرجعة والايلاء والفيء بالقلب لانه يصح مع الهزل والخلع من
جانبه يمين او طلاق لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها
لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان كان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد
عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يلزمه الحد قال واذا اكره على
الردة لم تبن امرأته منه لان الردة يتعلق بالاعتقاد والاثري انه لو كان
قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر في اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة
بالشك فان قالت المرأة قد بنت مني وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي
مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي
بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف
الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام
في الحالين لانه يعلو ولا يعلا وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع
لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء
كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه
طايع بانيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطايع ما ذكرناه ولو قال اردت
ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ
بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكرهه على الصلوة
للصليب وسب محمد عم ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا
آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عم وقد
خطر ببالة الصلوة لله وسب غير النبي عم بانت ديانة وقضاء لما مر وقد
قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى **كتاب الحجر** قال الاسباب
الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه
ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال
اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية
حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به

غير

غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا يجامع الاهلية فلا يجوز تصرفه
بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي يترقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال
ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء
اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد حق
المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الرحم فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد
ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون
قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه
الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بيناه في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع
اما الشرى فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما
في شرى الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه
وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال لانه لا مرد لها لوجودها حسا
ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من
شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون
لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عم
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة و
لا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي
على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه
في اموالهما لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحايط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي
على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه كقيام اهليته غير نافذ
في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او
كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية
وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لبقاء المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه
مبني على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ
طلاقه كما روينا ولقوله عم لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه
عارف وجه المصلحة فيه فكان اصلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولانه يثبت
منافعه فنفذ **باب الحجر للفساد** قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ

السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا لماله فيما لاغرض له فيه ولا مصلحة وقالا وهو قول الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر لماله يصرفه لاعلى الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه مانع من يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته ايهدارا آدميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الا على لدفع الادنى حتى ان الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظرا له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة واجرى على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض اخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه قضاء وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقتضى له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوايل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول

من

من يرى الحجر عليه فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيجري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل الحجر جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر داير بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فصل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ مجبورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لانتقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا يجب السعاية لانه لو وجب انما يجب حقا للعتق والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يوسر منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد له وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة على الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره اذا ادعى المريض ولد جارية فهو على هذا التفصيل قال واذا زوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوايجه الاصلية وان سمى

والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا في رواية الاصل وفي رواية الجامع في قيمته قنا ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته مدبرا لان السعاية وجبت في قيمته قنا فعجز الميت عن اداء السعاية فعجز عن اداء قيمته مدبرا ان كانت الجارية حرة لا تسعى لاحد وان مات مدبرا وعليه دين

لما مهرا جاز بمقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل
لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف
في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع
نسوة او كل يوم واحدة لما بيّنا قال ويخرج الزكوة من مال السفيه
لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته وعلى من يجب عليه نفقته
من ذوي ارحامه لان احياءه ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي
الرحم واجب عليه حقا لقريبه والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان
القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها
عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع
الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وبهذا اندفع ما
اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر عن يمينه وظهاره
بالصوم لانه ما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا
الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام
لم يمنع منها لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم اليها
النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفق عليه في طريق الحج كيلا يتلف
في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا زاد على عمرة واحدة من الحج ولا يمنع من
القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع
بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرز عن موضع الخلاف اذ عند ابن
عمر لا يجزيه غيرها وهي جزورا او بقرة فان مرض او اوصى بوصايا في الوجوب
وابواب الخير جاز في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله
والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا
في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا
والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له
وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده
ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الاية وقد اوتي كل نوع رشد
فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا للاسلامه
فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا

وهو

وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يبصر عنها
لسلامة قلبه لما فيه من النظر له **فصل في حد البلوغ** قال بلوغ الغلام
والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة بالاحتلام
سنة عند ابي حنيفة رح وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان
لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا
تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة
رح وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة وقيل المراد ان يطعن سنة
في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية
لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة
فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال
وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ واقصى المدة لذلك
في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن
فلهم العادة الغالبة ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله
حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس
وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث
نشؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالها على
الفصول الاربعة التي بوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق
الغلام او الجارية الحلم واشكل امر هما في البلوغ فقال قد بلغت فالقول
قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا
اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما تقبل قول المرأة في الحيض
باب الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة رح لا حجر في الدين واذا وجبت
ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم يحجر عليه لان في الحجر اهدار
اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع
حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى
يبيعه في دينه او يفي لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى
لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر
للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من
البيع ان يكون باخل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء

والمنع لحقهم فلا يمنع قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه
بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه
حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الحبّ والعنة
قلنا التلجية موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك بخلاف الحبّ والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره
من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن
وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله
دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير
رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد
ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا والقياس
ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا
وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة
فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسكن
عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض يتعلق بصورها
واعيانها اما النقود وسائل فاشتركا ويباع في الدين النقود ثم العروض
ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المبادرة الى قضاء الدين مع
مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثيابه بدنه ويباع الباقي
لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لابدّ له من ملبس قال وان
اقر حالة الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق
الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه مشاهد لامر له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان
حقهم لا يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى
زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق
الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت
في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان تصرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد
كالمهر والكفالة وذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي
من هذا الكتاب فلا يفيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال
له يفني خلي سبيله لوجوب النظر الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه

ان كان له

ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه حرزا عن هلاكه والحرف
فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح لفضح قلبه فينبعث على
قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكن وطئها لا يمنع
منه لانه قضاء احدى الشهوتين فينعقب بقضاء الاخرى قال ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من البيع
والتصرف والسفر لقوله ﷺ لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة
وباللسان التقاضي قال ويأخذ فاضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص
لاستواء حقوقهم قال واذا افلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه
الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت
الغرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يستحق القضاء
بالافلاس لان ماله الله غادٍ ورايح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق
الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا
البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها
اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف
والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس
وليس له حق الحبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على
باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو
اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه
ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان
يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ
يجبره دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها
لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة يلازمها
قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه اتباعه منه فصاحب
المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري
بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن
فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه
عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فصار كالسلم ولنا ان
الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد
فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني

الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبالاة لان هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها
الا ترى موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى العين حكم
الدين **كتاب المأذون** قال الاذن الاعلام لغة وفي الشرع
فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجر عن
التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته
او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه
ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل الثابت
حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاط
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده
يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي والاصل
ان بيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا
او فاسدا الا ان كل من رآه يظنه مأذونا له فيما فعاقده فتضرر به لو لم يكن
مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا
اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات
ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة فلا يقيده و
وجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فبيع ويشتري ما يدله من
انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع واشترى بالفلس اليسير فهو
جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من
ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهليته
نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته
يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان
الاقتصار رفق على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان
كان الدين محيطا بماله يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا
فاردد المبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان
يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن
لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يستقبل
الارض مزارعة لان في ذلك تحصيل الزرع ويشتري طعاما ويزرعه

في ارضه لانه يقصد به الزرع قال وعم الزارع يتأجر به وله ان يشارك شركة
عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر
نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا تملك العقد على نفسه فكذا على
منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه
الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينجز به والرهن لانه
يحبس فلا يحصل به مقصود المولى اما الاجارة فلا تنجز بها ويحصل بها المقصود
وهو الزرع ليملكها قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في
جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى
هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة
من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون
العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصصه به كالمضارب ولنا
انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد
فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره
فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى
كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه
المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام
ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاصله وهذا
لانه لو صار مأذونا يتسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ
الى الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الى الفا وانت حر لانه طلب منه المال
ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن
بشرى ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال واقرار المأذون
بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة
اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينهما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم
دين الصحة كما في الخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج
مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها
فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة
ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب

والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة
اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة
الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان على مذهب ابي حنيفة المولى قد
ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل
في الكتابة سفير قال ولا يتبرع على مال لانه لا يملك الكتابة قال الا عتاق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض
وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام
او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب
المجاهرين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت
ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه
المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به
بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر لتضرر به
المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان يتصدق من منزل زوجها بالشيء
اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله
ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحطه التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب بخلاف ما اذا حط من غير
عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ذلك من صنيع التجار
ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها رح على ما بيناه
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه
متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر و
الشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض
المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له
وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين
تحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية و
استهلاك الرقبة بالجناية لا تعلق بالاذن ولنا ان الواجب
في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء
كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وبهذا الان
سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعليق الدين برقبته

استيفاء

استيفاء حاصل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر
في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة
فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء
وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله
في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناه كالبيع والشرى
والاجارة والاستبجار وضمان الغصب والودايع والامانات اذا جحدها
وما يجب من العقر بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى
المشترى فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم
بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به
بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا
كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشترى ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة
لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا
يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له
وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل
الكسب والزيادة على غلة المثل برد نا على الغرماء لعدم الضرورة
فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينجر حتى يظهر حجره فيما بين اهل سوقه
لانه لو انجر لتضرر الناس لتأخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
برقبته وكسبه وقد بايعوه على ما جاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينجر ولو بايعه
جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل
سوقه ينجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور
عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد
ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر
بحيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما
يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا
العبد ثم حجر عليه يعلم منه ينجر لانه لا ضرر قال ولو مات المولى او جن
او لحق بدار الحرب مرتدا صار ما ماذونا محجورا لان الاذن غير لازم و
ما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهذا هو الاصل

٢٩٨

فلابد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت و
الجنون وكذا بالحجر لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته
قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى
ماذونا لان الاباق لاينافي ابتداء الاذن فكذا لاينافي البقاء و
صار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه لايرضى بكونه ماذونا
على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة
معتبرة بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب متيقن قال
واذا ولدت المأذون لها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح هو يعتبر البقاء
بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يخضها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر
عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها
ان ركبها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع
وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت المأذونة لها اكثر من قيمتها ودبرها
المولى فهي ماذونة لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ماجرت
بتخصيص المدبرة ولامناقاة بين حكميها ايضا والمولى ضامن
لقيمتها لما قررنا في ام الولد واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز
فيما في يده من المال عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة
لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى بما في يده وقال ابو يوسف
ومحمد رح لايجوز اقراره لهما ان المصح لاقراره ان كان هو الاذن فقد
زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار
كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من
غيره ولهذا الايصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو
اليد ولهذا الايصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد
باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره
دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان
يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت
في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه
لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت
بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع واذا لزمه
ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه

لأن الانتزاع من يد الغاصب حجر

عبدا

عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه
قيمته لانه وجد بسبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا
يملك اعتاقه ووطئ الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف
الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده
عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله
ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يجامعه
فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق في رقبته واذا نفذ عندهما
يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا
بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما ظاهر وكذا عنده لانه لايرى
عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لايمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه
قال وان باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لاتهمة فيه وبخلاف ما اذا باع
المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده لان حق بقية
الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما
حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالعين فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان
باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء
نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه
ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم
وبهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر
بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين
التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في
البيع مع المولى للتهمة غير متبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لايجوز اصلا عندهما
ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لايجوز من العبد
المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي
وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وبهذا

وتعلق حق الغرماء به استغناء لا بمنع ملك المولى الرقبة الخ

الفرقان على اصلهما قال وان باعه المولى شيأ بمثل القيمة او اقل جاز
البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بينا ولانه
في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن
المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف
تستتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق
المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه بقي في الدين
ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه
يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده
حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا
كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان
يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض
البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تتعلق بها حق الغرماء قال واذا
اعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق
والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء
من ثمنه وما بقي من الدين يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته
وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان اقل
من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق
المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن
شيأ قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا
المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان
يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري
بالقبض والتغييب فتخير وا في التضمين وان شاءوا اجازوا البيع
واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق
كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى
ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال
وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المالك ويسترد القيمة كذا هذا

قال

قال ولو كان المولى باعه من رجل قد اعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء من رقبته وفي كل واحد
منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا وله اذا لم يصل اليهم
الثمن فان وصل لا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول
حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين
المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف
اذا اشترى دارا وقبضها وسلمها او غاب ثم اذا حضر الشفيع
فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة
الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من
ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون
الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا او قال انا عبد لفلان
فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار
دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب
حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على
الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة
لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه
فان حضر فقال هو ماذون لم يبع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى
وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا
اذن ولي للصبي في التجارة فهو في البيع والشري كالعبد المأذون اذا
كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره
لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه
حجره فلا يكون واليا للمناقاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصلنا فتحققت الضرورة
الى تنفيذه منه اما البيع والشري يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان
التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه
على ما عرف تقريره في الخلافيات فالصبا سبب الحجر لعدم الهداية
لا لذاته وقد ثبت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء

المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق
لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة
يؤهل له قبل الاذن والبيع والشرى دائر بين النفع والضرر
فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه
على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر
الولى في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصى والقاضى
والولى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط
ان يغلب كون البيع غابنا للملك جالبا للربح والتسمية بالعبد
المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق
لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهليته نفع عبدا كان او صبيا
فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في
العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية
كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده والكتابة كما في العبد و
المعتوه الذي لا يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبى يصير ماذونا
باذن الاب والوصى والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبى

كتاب الغصب

قال الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير
على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشرع
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان
استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط
ثم ان كان مع العلم فحكمه الاثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه
حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال
ومن غصب شيأ مما له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا
لان الواجب هو المثل لقوله ﷺ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس
والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته
يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له
فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب

المثل

المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا
لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي
فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه
مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال
وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة
لانه لما تعذر مراعاة الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا
للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب
مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له
وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى
ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان
اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب
اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا
لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد
العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان
الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه
الحاكم حتى يعلم انها عين لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها
لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فحبس
الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله
وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته
يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا
فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات
اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل
واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه
فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك
لا تزول باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا ابعد المالك

عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود
ممنوعة ولو سلم فالضمان هنا لترك الحفظ الملتزم وبالجحود
تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم
جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في
العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله فلو غصب
دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف
في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان
لانه اتلف البعض فيأخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر
الوجه من الجانبين ان شاء الله قال واذا هلك المنقول في يد الغاصب
بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب
والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل ويحول وبهذا لان
العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز
عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم
الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في
ضمانه بالغصب فلا تغدر رد عينه بخلاف سراجيع السوداء
رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء
وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رح ومراده غير الربوي اما
في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع السراية اذ الاصل لانه
يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله وقبضته الغلة
فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض وهذا عندهما ايضا
وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار
لان ابا يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر وكذا الملك
لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل
بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق
اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم
به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين
بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه

يباح له

يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في
يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء
الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره
لانه يحتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما
ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى
بالالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وبهذا
عندهما واصله الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة
وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت
الدلائل وجوابها في الوديعة اظهر لانه لا يستند الى ما قبل التصرف
لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما
يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب طيب
اشترى بها اشارة الى التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق
اطلاقا ونقد منها يطيب له وبهذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت
لاتفيد التعيين لابد من التأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا
رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشئ
وبهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتعين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل
الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه
عنها وملكها الغاصب وضمنها فلا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها
او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وبهذا كله عندنا وقال
الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه
اذا اختار الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا وعند
الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع ويؤدي دينه
وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ان العين باق فيبغي

على ملكه ويتبعه الصفة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة
فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما
عرف فصار اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وسلخها وادبها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا
من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في
الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل هو فائت من وجه ولا نجعله
سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة
بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول
المذكورة ويتفرع عليها غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع بها
يؤدي بدلها استحسانا والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن
وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت
الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان
قوله عم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها
الاسارى افاد الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع
للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب
فيحرم قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة
لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك
صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط
حقه وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة
فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رح يباح الانتفاع فيهما
قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام
العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده
خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها
دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة
رح فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها
لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى
انه لو كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات والمضروبات يصلح لذلك وله ان العين باق ومعناه الاصلي

الثمنية

من كل وجه الا ترى ان الاسم باق

الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره
وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة
فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال و
من غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه
وآخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه
الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او
ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر
انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة
ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال و
من ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها و
سلمها له وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما
هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت الاغراض
من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش
في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها
للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف
قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي مبقى
منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا
ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله
عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا بحيث تبطل عامة منافعه فلمالكه
ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه
قال رح ومعناه ترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه
النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض
المنافع قائم ثم اشاره الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة
ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء
من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع
الثوب نقصانا فاحشا والفايت به بعض المنافع قال ومن غصب

ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس ورد يا لقوله عم
ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض
لم تضمن بملكه والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب
فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان
كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء
والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله
قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه
اذلا قرار له فيقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر
او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال
ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه
بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه
للغاصب وان شاء اخذهما او غرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما
وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يسكه ويأمر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن
بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه
رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل
بخلاف الساحة يبنى فيها الان النقض بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ فيضمن
الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسئلة
وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمة ابيض وصاحب الصبغ
بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه
تعين رعاية الجانبين في البيع ويأتي هذا فيما اذا انصبغ الثوب
بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من
ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلة
فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة
كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد
فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف

في غير

في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين
درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب
يزيد فيه الحمرة فان كان الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم
لان احدى الخمسين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا
فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وقال الشافعي رح لا يملكها لان
الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه
ملك البدل بكماله والمبدل قابل للانتقال من ملك الى ملك فيملكه دفعا
للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للانتقال لحق المدبر نعم قد يفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة
قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكره والقول قول
المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة
قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة
اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه
تم له الملك بسبب الفصل برضا المالك حيث ادعى بهذا المقدار قال وان كان
ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان
شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي
الزيادة واخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها ما ضمنه او
دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح
خلافا لما قاله الكرخي رح لانه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه
والخيار لفوت الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت
ناقص لشبهة مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب
دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب
قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد
الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها
مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد الغصب مضمونة متصلة
كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه
كما في الظبية المخرجة من الاطم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه
ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا

في اول الغصب

306

ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت
ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه
يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او
ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك
قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود
المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رح ولو
اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب الاعانة
والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق
الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب
فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه
عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد
ملكه فلا يصح جابر الملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او
ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوايم شجرة
غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب
ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد
يحسب عن نقصان القطع يقطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت
الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي
اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة
فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة
ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان
القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة
سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح
والهلاك بعده لسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن
الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده
ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع

فولدت

فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن
وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك
فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في
يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت
الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها
لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل
الشرى الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا
سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب
قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله
فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في
المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر
المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن
بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها
في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا
لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان
وقد عرفت هذه المأخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل
تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص
باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين **فصل**
في لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان
اتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعي انه لا يضمنهما الذمي ايضا
وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له
انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع
لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان
التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ونحن
امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام
واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه
بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا
انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع

عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين
لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكه وبهذا بخلاف الربوا لانه
مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما
صنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية اذا كان ممن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال
فان غصب من مسلم خمرا فخللها او دبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل
بغير ثمن ويا خذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد
بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى
الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ ونحوذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه
اذ لا يثبت الملك به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب
كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يا خذ الخل بغير شئ ويا خذ
الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفي الى حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكها ضمن
الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا و
يعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل
فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله
لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى
كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك و
يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه
يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته
عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه فحولها
يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده فيطرح
عنه ذلك القدر ويوجد منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد
عليه وله ان التقوم حصل بصبغ الغاصب وصنعته متقومة لاستيعا
مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فيه فكان حقاله والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب

الرد

الا ترى حال قيامه لانه تبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك
لشيوعه قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان
التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه
قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا
تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على
هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه
بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شئ لانه بمنزلة غسل
الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا
مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصل فلا يضمنه وجه الاول
وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه وصار
الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند
ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه وعندهما اخذه المالك واعطى
ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن
الملح من الخل واذا اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قبل وقيل
في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في
دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رح ان صار خلا من ساعته
يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما
على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس
باستهلاك عند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شئ عليه
لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك
لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه
الاول لما بيناه ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ
رح اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد بينا هاهنا في كفاية المنتهى

لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لابد ان يكون الطريق والشرب
خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص
ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا يجرى فيه
السفن وما يجرى فيه فهو عام وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وعن
ابى يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قريتان او ثلثة
وما زاد على ذلك فهو عام فان سكة غير نافذة ينشعب منها سكة
غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفل فلاهلها
الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت فى العليا فلاهل
السكتين والمعنى ما ذكرنا فى ادب القاضى ولو كان نهر صغير
يأخذ منه نهرا اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال
ولا يكون الرجل بالجذوع على الحايط شفيع شركة ولكنه شفيع
جوار لان العلة هى الشركة فى العقار وبوضع الجذوع لا يصير
شريكا فى الدار الا انه جار ملاذق قال والشريك فى الخشبة
تكون على حايط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء
فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك
وقال الشافعى على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق
الملك الا ترى انها تكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد
والثمرة ولنا انهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال
فيستوون فى الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم
استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال
توزن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة فى الدليل لا بكثرته
ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل
ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم
حقه فهى للباقين فى الكل على عددهم لان الانتقاص للزاحمة
مع كمال السبب فى حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض
غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغايب لعلة لا يطلب
فان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر
ثالث فثلث ما فى يد كل واحد تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر
بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضى

بالكل

الفرق بين الشفعة والشركة فى الارض الشفعة فى الارض والبناء شفعة فى البناء دون الارض والشركة فى الارض والبناء جميعا

بالكل حتى الغايب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها
الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب
البايع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى
حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البايع بالبيع وان كان المشترى
يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك
رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى
ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى او حكم
بها حاكم لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى
او قضاء القاضى كما فى الرجوع فى الهبة وتظهر فايدة هذا فيما اذا مات
الشفيع بعد الطلبين او باع داره المشفوع بها الشفعة او
بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لكنه
لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية لانعدام
الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال
بالمال على ما بيناه انشاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة
اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم
حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عم
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة فى اوله او فى
اوسطه فقراء الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة
المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان
فى النوادر وبالثانية اخذ الكرخى لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان
التأمل كما فى المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول و
لا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول
احمد على الخلاص من جواره والثانى تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها
وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله فى الكتاب اشهد فى مجلسه ذلك

اذا قرأ ثلثة ارباع الكتاب الى قوله فقد بطلت شفعته

على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد
والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها
او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار اصم لم
يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل
عند ابي حنيفة رح وما لا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه بدلائله واخوانه فيما تقدم وهذا الخلاف في المخبر اذا اخبرت
عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم
فيه والعدالة غير معتبرة في الخصومة والك طلب التقرير والاشهاد لانه
محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على
طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشري فيحتاج بعد ذلك الى طلب
الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من
المجلس ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم
الى المشتري او على المتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت
شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم لان للاول اليد وللثاني
الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم
البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له
ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا
اشترى دارا في محلة كذا وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن
فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة و
التملك وسنذكر كيفيته من انشاء الله تعالى ولا يسقط الشفعة
بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وقال
محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه
اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس
من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد
انه لو لم تسقط بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه

التصرف

هذه الدار رح

التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه اجل وما دونه
عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر ظاهر المذهب
وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه
وهو التصريح بلسانه كما في ساير الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل
بما اذا كان غايبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم
انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير لانه
لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع
الى القاضي فادعى الشري وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه
فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر
محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رض يسأل القاضي المدعي قبل
ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها
فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف
اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن ثم ادعاه على ما قاله
الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا
وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد فان عجز عن البينة
استحلف المشتري بالله ما تعلم انه ملك للذي ذكره مما يشفع به
معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف
على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت
ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعي
عليه هل ابتاع املاكا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة
لا يجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف
المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار الشفعة
من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا
الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على
البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن
وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتسوى مال المشتري ووجه

ف

الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
كذا لا يشترط احضاره فاذا قضى بالدار للشفيع فللمشتري
ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه
فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن
بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة
عند القاضي قال وان احضر الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه
في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة
حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بها للشفيع
فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث
لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذا لم يبق له يد ولا ملك وقوله
فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في
حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه
ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الافاضة لامتناع قبض
المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه بقي اصل البيع
لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة
اليه ويصير كانه المشتري منه ولهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف
ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه بالقبض
لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب
الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله قال ومن
اشترى دار الغيبة فهم الخصم للشفيع لانه لا يهو العاقد والاخذ
بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى
الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان
الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البايع
الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قايم مقام الموكل
فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البايع
وكيلا الغايب فللشفيع ان ياخذها منه ان كانت في يده لانه عاقد
وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا
قضى للشفيع بالدار ولم يكن راآها فله خيار الرؤية وان وجد بها
عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ

بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بهما

بالشفعة

بالشفعة بمنزلة الشري الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه
الخيار ان كما في الشري ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري
ولا برؤيته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك اسقاطه **فصل**
في الاختلاف قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن
فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي
عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان
قال ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانه اكثر اثباتا فصار
كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل
كان الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف
البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول
وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج ببينة الوكيل لانه
كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد
واما المشتري من العدو فلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم قلنا ان تمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الك هنا لك الا بفسخ
الاول اما هنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع
اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا
عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة
به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البايع بعض الثمن وهذا الحط
يظهر في حق الشفيع على ما بينا ان شاء الله تعالى ولان التمليك على البايع
بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ
الشفيع بقوله ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما
نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا
يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البايع لان
فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن
اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما

استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي
بقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن
غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها
الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة
به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد
عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول
وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار
الثمن **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** قال واذا حط البايع عن المشتري
بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع
لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذه الشفيع بالثمن يحط عن
الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق
باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري
البايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع
لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة
اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان
يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض
اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل
او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع
اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر
الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع
عقارا بعقار اخذها الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو
من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال واذا باع بثمن موجل فللشفيع
الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل
ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر رح له
ذلك وهو قول الشافعي رح في القديم لان كونه موجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف
ولنا ان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع
او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع

لتفاوت

لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري
ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى
شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا
ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما
بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن
موجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع
فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه موجلا وان
اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية
وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ومراده الصبر على الاخذ
اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي ح
ومحمد خلافا لابي يوسف في قوله الآخر لان حق الشفعة انما ثبت
بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي
الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي
دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان
هذا البيع يقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي
والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة
قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق
بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف
قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو
اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد
حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع
بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** قال واذا بنى
المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء
اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه
وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع ويخير بين ان يأخذها بالثمن وقيمة
البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رح الا ان عنده
له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه
على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار

الا اذا كان في القلع نقصان واراد الشفيع ان يأخذها مع البناء والاغراس مقلوعة غير ثابتة فله ذلك نهاية

كالموهوب له والمشترى شرى فاسدا وكما اذا ذرع المشترى فانه
لا يكلف القلع وهذا الان فى ايجاب الاخذ بالقيمة وقع على الضررين
بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل تعلق
به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
كالراهن اذا بنى فى المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشترى
لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته
بخلاف الهبة وبخلاف الشرى الفاسد عند ابى حنيفة رح لانه حصل
بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة
كما فى الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا
لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه
بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب ولو اخذها الشفيع
فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه
بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البايع ان اخذها منه
ولا على المشترى ان اخذها منه وعن ابى يوسف رح انه يرجع لانه
متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشترى والفرق على ما هو المشهور
ان المشترى مغرور من جهة البايع ومسلط عليه ولا غرور ولا
تسليط فى حق الشفيع فى المشترى لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت
الدار او احترق بناؤها او جف شجرة البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس
تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ما لم يصر
مقصودا ولهذا يبيعهما مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف
ما اذا عرق نصف الارض حيث يأخذ الباقى بحصته لان الغابت
بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله قال وان نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ
العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف الاول
لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه
صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر
اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لا يدخل من

غير

من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه ليس
بتبع الا ترى انه لا يدخل فى البيع من غير ذكر فاشبه المتاع فى الدار وجه
الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار
وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس
فى النخيل ثمر فأثمر فى يد المشترى يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا
لان البيع سرى اليه على ما عرف فى ولد المبيعة قال فان جذه المشترى
ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعا لانه لم يبع تبعا للعقار
وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب فان جذه
المشترى سقط حصته قال وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل فى البيع
فيقابله شئ من الثمن اما فى الفصل الثانى يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان
الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله
شئ من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة
واجبة فى العقار وان كان مما لا ينقسم وقال الشافعى رح لا شفعة
فيما لا ينقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا
لا يتحقق فيما لا ينقسم ولنا قوله عم الشفعة فى كل شئ عقار او ربع
الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببه الاتصال فى الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما ينقسم وما لا ينقسم
وهو الحمام والرحا والبئر والطريق قال ولا شفعة فى العروض والسفن
لقوله عم لا شفعة الا فى ربع او حايط وهو حجة على مالك فى ايجابها فى السفن
ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك
فى المنقول لا يدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلحق به وفى بعض
نسخ المختصر ولا شفعة فى البناء والنخيل اذا بيعت دون العرصة
وهو صحيح مذكور فى الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو
حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة فى السفل اذا لم
يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم
والذمى فى الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان فى السبب
وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى
والصغير والكبير والباغى والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا
او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة

لانه امكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك المشترى
صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في دار يتزوج الرجل عليها
او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن
دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فلا يجب الشفعة
فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة
لان هذه الاعواض منقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر مثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأتى
فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده
الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد
الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق
غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب
ولا يتحقق فيها وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه
بمنزلة المفوض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها
بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان
ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا
يجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع
فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه
ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة
المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق
رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها
بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في
اكثر النسخ المختصر والصحيح ان يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها
لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه
وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء بيمينه
وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار
لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية
واما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع
ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه

قال

قال ولا شفعة في هبته لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع
انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا
لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثبت منها
فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه
يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال
المانع عن الزوال الملك عنده وملك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة
لانه لا يمنع زوال الملك عن البايع بالانفاق والشفعة تبتنى عليه على
ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع بعجز المشترى عن الرد ولا خيار
للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وان بيعت
دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء
ملكه في التي يشفع بها وكذا ان كان للمشترى وفيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا يفيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم ير
حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع في جنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل
بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاول له ان ياخذ بها
دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن
ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال
ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت
بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز
بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى في البيع الصحيح لانه صار اخص به
بتصرفه وفي الفاسد ممنوع عنه قال وان سقط الفسخ وجبت
الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فله
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك
له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا
باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد
الحكم بالشفعة ليس بشرط فتبقى الماخوذة بالشفعة على ملكه
وان استردها البايع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت
لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها
بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقسم الشركاء العقار

لان القسمة صح

فلا شفعة لجارهم بالقسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر
والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا
فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او
بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد
الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة
لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ وبيع جديد
في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع
ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان
بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار
رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا يصح
الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة
انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في
الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع
وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض
انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس
ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال
وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق
الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجايز من الشرط فبالفاسد
اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما
بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط
الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في
الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرفت في موضعه قال واذا
مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي معناه

اذا مات

اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي
قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف
في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره
ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه
للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه
وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه
ولا يباع في دين المشتري وصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى
المشتري بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه
ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به
قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشرى المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع
الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال
ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع
فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى
او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض
ما يتم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة
لانه مثل الشرى وكذلك لو ضمن الدرك من البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له
الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف
جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها
بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة
او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم
لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع
به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب
فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها
الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رح له الشفعة
لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل

وهو حادث بعد البيع وهو غير متعارف لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع

لم يعلم صح

قال في النهاية تقييده بانها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمته اقل مما اشترى من الدراهم كان التسليم باطلا ايضا وتكلف كذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما ظهر ان الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى

ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت
الجوار ولو علم ان المشترى هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان
التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شرى النصف فسلم ثم ظهر شرى
الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه
لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي
الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب
منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن
ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الكل لان الشفيع
جار فيهما الا ان المشترى في الكل شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة
ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن
ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن
هو العوض عن الدار قال رض وهذه اخرى تعم الجوار والشركة فيباع
باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة
يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الكل فيتضرر به والاوجه
ان يباع بالدراهم الثمن دينار رض اذا استحق المشفوع يبطل الصرف
فيجب رد الدينار لا غير ولا نكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
رح وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو اتحنا
الحيلة عاد فعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات الحق فلا يعد
ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** قال
واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم
وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه
الاول باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة
ولا فرق فيما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض
لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته كيلا
يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد
القبض لانه سقطت يد البايع وسواء سمى لكل بقدر ثمنا او كان
الثمن جملة لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن وهنا

تفريعات

تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم
فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشترى او يدع
لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم
القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان
له نفع فيه بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف
ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل صفو
تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق
الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشترى
في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشترى لا يملك ابطال
حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي
يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله
عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع
فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة الشرى
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه
بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رح هو على شفعته
اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغها شراء دار الجوار دار الصبي فلم
يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية
كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان
ابطاله كدينه وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به
ولهما انه في معنى التجارة فيما كان تركه الاتري ان من اوجب بيعا للصبي
صح رده من الاب والوصي ولانه دار بين النفع والضرر وقد يكون
النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكان فسوتها
كابطالها لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت
باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع
لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ ولا يملك
التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي رح انه لا يصح

التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف **كتاب القسمة** قال القسمة
في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عم باشرها في المغانم و
المواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة
لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة و
افرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت
حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى يكون لاحدهما اخذ
نصيبه حال غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه
مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبره القاضي على
القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب
القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش
التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال و
ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم
بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث
انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة
نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم
قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على
المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم
بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس
وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة
لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن
الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم
واحد معناه لا يجبرهم على ان استاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه
لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز

الا اذا

يعني اذا وجب الديون على رجل عند القاضي يجبر على قضاء دينه ان كان له مال فيجيبه حتى يبيعه في دينه فان كان دينه دراهم وله دراهم قضاها القاضي بغير امره وان كان دينه دراهم وله دنانير باعها القاضي في دينه استحسانا عنايه

الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه
ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجرة غالبة بتواكلهم و
عند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيترخص الاجر
قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر
الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان و
حفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل
بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل و
قد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف
حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن
ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل
بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل
وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا
حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته
وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب
القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار
وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه
قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع
لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا
لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه
قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على
الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها
ينفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان
قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد
لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره
كما في الوارث والوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف
المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه
ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف
المشترى لان البيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة

قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمة بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رض وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهم ثم قيل هو قول ابي حنيفة رح خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه والملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا بقبض نصيب الغايب وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظر للغايب والصغير فلا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة فيرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشرى ملك ابتداء ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغايب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز والفرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها وهو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي على الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها او طلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه

بعد

بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم** قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهما والاخر يتضرر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني انتفعت في طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف رح على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا برضاهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز برضاهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييز بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثيرا او قليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والانك بانفراده او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا او بر دونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا يتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتها لما بينا بخلاف ثلثة الثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جايز قال ابو حنيفة رح لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتها وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية

فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا تقسم كاللآلي
واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة
الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او يا قوتة
او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على
القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحا الا بتراضي الشركاء وكذا
الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب
منتفعا انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال
واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول
ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى
هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انهما جنس واحد اسما
وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد
ووجوه السكنى فيوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو
المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب
الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا
لا يجوز التوكيل بشرى دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما
هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان
في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي
تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان
في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رح انه تقسم
احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد
قال فان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على
حدة لاختلاف الجنس قال رضي جعل الدار والحانوت جنسين وكذا
ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان
او تنبئ حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني

يسويه

يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره
ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل
نصيب عن الباقي بطريقه او شربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام
ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج
القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني
والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها
اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه
مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب
بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة
الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فملك
الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة
في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل
في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها
لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رح انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكنه اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة
رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع
البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل
الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق
ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه
من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة
بقيمة البناء حينئذ ترد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الاصل الا لها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم
مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف
الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر
لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة
لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث قال
لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه تجامع تعذر

لانه قال يقسم الدار بذراعه ولا يجعل احدهما على الآخر فضل كذا في بعض الشروح اكمل

الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق
ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز
والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد امكن
تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف
البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل
لانه امكن تحقيق مع البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي
الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بانقطاع التعلق
على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث
يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
الا باد خال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق
بينهم في القسمة ان كان بتقديم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم
الحاكم من غير طريق برفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان
لا يتقديم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء
الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان
الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان
كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاوت جائزة بالتراضي قال
وان كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد
على حدته وقسم بالقيمة ولا يعتبر بغير ذلك قال رضي هذا عند محمد رح وقال
ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذراع لمحمد رح ان السفل يصلح لما
لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك
فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع
هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن
والمراعى التسوية رح والسكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما
في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهما
على عادة اهل عصره واهل بلده رح تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف
معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو

بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء
السفل وكذا السفل منفعة البناء والسكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على
علوه الا برضاء صاحب السفل فتعتبر ذراعا من هذا بذراع من
السفل ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان
فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر
على اصله ولمحمد رح ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما
فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يتفق
الى التغير وتفسير قول ابي حنيفة رح في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة
مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل
لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة
وستون وثلثان ومعه ثلثه وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت
مائة ذراع فساوى مائة ذراع من العلو المجرد وجعل بمقابلة مائة ذراع
من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلث ذراع لان
علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد
ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير
قول ابي يوسف رح ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة
ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد
القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رح لا يقبل وهو قول ابي يوسف الاول
وبه قال الشافعي رح ذكر الخصاف رح قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي
وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن
علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان
فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا به لما
انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فيقبل
الشهادة عليه وقال الطحاوي رح اذا اقتسما بانفسهما ولا تقبل شهادتهما
بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان ايفاء عمل

استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول
هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على
ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى اخر يقبل قول
الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا تقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا
والله اعلم **باب دعوى الغلط** في القسمة والاستحقاق فيها
قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيء في يد صاحبه
وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه
يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها ولا يصدق الا بحجة فان لم يقم له بينة
استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بحجة بين نصيب الناكل والمدعي
فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان
على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه
اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول
قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل
له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام
التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى
الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا
كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد
بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما
بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة
البينة لما قلنا وان اقاما البينة تؤخذ بينة المدعي لانه خارج وبينة
الخارج يترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض
تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة
قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع والله اعلم **فصل**
قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تنفسخ القسمة

عند

عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح
تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض
بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق
بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين
لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ
بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابو سليمان
مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله وهو الاصح لابي يوسف
رح ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا
لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه
فوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين ولهما
ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب
احدهما ولهذا جازت القسمة على هذه الوجه في الابتداء بان كان
النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف الاخر بينهما لا شركة
لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر
يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف
الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لقصور الثالث
بتفرق نصيبه في النصفين اما ههنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا
وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر
الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما
ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التنقيص وان شاء رجع على
صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع
اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره
ببيع البعض وعند ابي يوسف رح ما في يد صاحبه بينهما نصفان
فيضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة ينقلب فاسدة
عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة

نصيب

ثم ظهر في التركة دين محيط بطلت القسمة لانه وقوع الملك للوارث
وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة
ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء
حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين
محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين
دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة
تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع للتناقض
اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا **فصل**
في المهاياة المهاياة جايزة استحسانا للحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه خبر القاضي كما يجري فيه
في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع
في زمان واحد والنهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة
لانه ابلغ ولا تبطل النهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لا ستأنف نقضه الحاكم ولا فايدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا
في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا علوها
وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة
والنهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا
لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة
شرط ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في
عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت
الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان
والاول متعين ههنا ولو اختلفا في النهايؤ من حيث الزمان والمكان
في محل يجعلها بأمرهما القاضي بان يتفقا لان النهايؤ في المكان اعدل
وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين
على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا
الوجه جايزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة

لا يقسم

لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه
يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قل ما يتفاوت
بخلاف اعيان الرقيق لانها يتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم
ولو تهايئا فيها على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للتعامل
في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يباح فيها ولو تهايئا
في دار بين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه
عندهما ظاهرا لان الدار بين عندهما كدار واحدة وقيل لا يجبر عنده اعتبارا
بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز النهايؤ فيها اصلا بالجبر لما قلنا
وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتيهما لان
بيع بعض احدهما ببعض الاخرى جايز ووجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه الجبر القاضي ويعتبر افرازا
اما تكثير التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز
المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان
ولابي حنيفة رح ان التفاوت بين الراكبين فاحش بين حاذق وأخرق والنهايؤ
في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باضطا
فلا يحتمل زيادة طاقة والدابة تحتملها واما النهايؤ في الاستغلال يجوز
في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز
ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت
في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب
التغير فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما على عليها في
نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل فيما وقع عليه النهايؤ
حاصل وهو المنافع فلا يضره الا زيادة الاستغلال من بعد والنهايؤ
على الاستغلال في الدارين جايز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل
غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين
معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر فرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز النهايؤ في العبدين عندهما
اعتبارا بالنهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق
اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمنع الجواز والنهايؤ

321

في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقايسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما
بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا
على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او بقرا او ثيابا وشرب
البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها
وهذه اعيان باقية يرد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع
حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار
معلوم استقراضا للنصيب صاحبه اذ قرض الشاع جايز والله
اعلم **كتاب المزارعة** قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث
والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا
جايزة لما روى ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع
ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوايد لانه لا اثر هناك للعمل في
تحصيلها فلم يتحقق الشركة ولهما روى انه عم نهى عن المخابرة وهي
المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز
الطحان ولان الاجر مجهول ومعدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة
النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو
جايز واذا فسد عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر
مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب
الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج
في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاجر الاجر كما فصلنا الا ان
الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الائمة بها والقياس
يترك بالتعامل كما تقدم في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على
قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود
لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد

وهو

وعلى هذا قلنا اذا شرط صاحب البذر ان يرفع بذره من الخارج والباقي بينهما يفسد المزارعة
بالخلاف لان الارض ربما لا يخرج الا قدر البذر ولو شرط صاحب البذر ان يرفع بذره
قدر العشر من الخارج والباقي بينهما لا يصح المزارعة لان هذا الشرط لا يقطع الشركة
في الخارج لان الخارج وان قل يكون له عشر وهو الحيلة لصاحب البذر اذا اراد
ان يصل اليه ان يشترط قدر البذر باسم العشر او الثلث او ما اشبهه والباقي بينهما عامله

وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان
المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها
ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود
عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب
من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما
وما لم يعلم لا يتحقق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب
الارض بينهما وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد
لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد
شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن
بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عند هما على اربعة اوجه
ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة
لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط
وان كانت الارض لواحد والبقر والعمل والبذر لواحد جازت لانه استيجار
الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة
وان كان الارض والبقر والبذر لواحد والعمل من آخر جاز لانه استيجار
على العمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرة
او طيانا ليطين بمره وان كان الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر
فهي باطلة وبهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز
ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز كذا اذا شرط وحده وصار
كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض
لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية
يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة
لها بخلاف جانب العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة
العامل وههنا وجهان اخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما
والارض والبقر والعمل للآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد
به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند
الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية
اعتبارا بساير المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب البذر الارض
ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة

الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما شايعا تحقيقا لمعنى
الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به يقطع الشركة
لان الارض عساها لا تخرج الا هذا المقدار وصار كاشتراط دراهم
معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره
والباقي يكون بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين
او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج
والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض
عشرية قال وكذلك ان شرطا على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما
لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة
لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من
ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن
وللآخر الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب
لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطها الشركة فيما
هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه
لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال
مشايخ بلخ رح التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين
والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرط التبن للآخر فسدت
لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق
غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط
لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه
شركة في غير الخارج فان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف
ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال
واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق
الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان
البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا تزاد على مقدار ما شرط

ولا شركة صح

لانه

لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل
العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض
بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها و
هل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع
بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض
والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق
رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان
النماء حصل من ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ بذره واخذ
قدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج
من الارض وفساد الملك في منافع الارض او خبثا فيه فما سلم له بعوض
طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع
صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر
يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس
من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد
لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا تفسخ به المزارعة قال ولو امتنع
رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل
الكراب قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل
لانه غره في ذلك واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا
بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات ولو كان دفعها ثلاث سنين فلما
نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك في
يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنقض
المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى
مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه
ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه
ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما بينه ان
شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض

وهو ان لا يزاد على ما شرط عندهما خلافا لمحمد رحمه الله عنايه

الاجارة فيفسخ به صح

قال مشايخنا هذا الجواب في الحكم اما ديانة يفتى بانه يعطى اجر مثل عمله كذا في المبسوط عنايه

الارض صح

فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما
كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما يتقوم بالعقد وهو
انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ ولو نبت الزرع ولم
يستحصد لم تتبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع
ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال وخرجه القاضي من
الحبس ان كان يحبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن حبسه
ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع
لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد
والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد الزرع
لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه
وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل
في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل
حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك بقيتنا العقد في مدته
والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن
هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه ثم ان اتفق
احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه
ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار
بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذ بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع
فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه وانفق انت على الزرع وارجع بما تنفق
في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد
وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه
الخيارات لان وكل ذلك سعي في دفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقال ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب
الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا الا ان
بقينا العقد نظرا لهم فان اراد واقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما
بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت المزارعة وهذا الحكم ليس يختص بما ذكرناه من
الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يحصد بل هو عام في جميع

المزارعات

المزارعات ووجه ذلك ان العقد بيننا في الزرع لحصول المقصود
فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فتجب مؤنة عليهما واذا شرطا
في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد
كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا
شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار
مشايخ بلخ رح قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح
في ديارنا والحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ
فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في
ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان
بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك
الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك
كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرطا الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق
لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك
ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب المال الارض بالاجماع لعدم
العرف فيه ولو اراد تفصيل التفصيل وجزاء الثمر بسرا او النقاط
الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ
بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمر باطل وقالا هي جائزة اذا ذكر مدة معلومة
وسمى جزءا من الثمر شائعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار
والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة
ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة
اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط
الشركة في البذر دون الخارج شرط فعه من رأس الخارج وقد
جعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع
الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه
اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع
على اول ثمر يخرج لان الثمر لا دراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت
فيدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا
بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة

324

بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء
بناء عليه فيدخل الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق
ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت
بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا
او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة يفسد المعاملة
لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنموا ما تركت في الارض فجهلت
المدة وتشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط
جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر
فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا
مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لم نتيقن بفوات
المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد
وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة
المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان
الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل
واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رح في الجديد لا يجوز الا في
الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا
ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في
الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون
معلولة سميا على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر
لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل
بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال فان
دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت
لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك
لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة
اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد

بيناه

بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه
كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ورثة رب الارض استحسانا
فبقي العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل
الضرر تخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين
ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ
فرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم و
قد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا
عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه
بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا
جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافه في حق مالي
وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في
الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة
رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر
فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر
لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز
استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا
عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق
العمل عليه وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها
قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر
فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف
والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض الضرر الذي لم يلتزمه
فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في التزامه
استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل
ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احداهما ان يشترط
العمل بيده فيكون عذرا من جهته قال ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل
سنتين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الشجر والارض بين رب
الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا
قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة
غراسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض

غصن النخل او العفص بالتركي يبراق

325

ما يخرج من علبه وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها
بالارض فتجب قيمتها وابو مثله لانه لايدخل في قيمة الغراس لتقومها
بنفسها وفي تخريجها طريق اخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا
اصحها والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة
لقوله تع الا ماذكيتم ولانه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت
به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها ينبئ عنها ومنه
قوله عم ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالخرج فيما بين اللبة
واللحيين واضطرارية وهو الخرج في اي موضع كان من البدن
والثاني كالبدل عن الاول لانه لايصار اليه الا عند العجز عن الاول و
هذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه
فالمكلف عند العجز عن الاول اذا التكليف بحسب الوسع ومن شرطه
ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي
وان يكون حلالا آخارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تع قال وذبيحة
المسلم والكتابي حلال لما تلونا وهو قوله تع وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم ويحل اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحل
لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة
القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتاب
ينتظم الكتابي الذمي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما
مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم وآكلي ذبايحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت
الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما
انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله وهو قال والوثني لانه لا يعتقد
الملة قال والمحرم يعني الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح من الصيد في الحرم
والاطلاق في المحرم ينتظم المحل والحرم والذبح في احدهما يستوي فيه الحلال
والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنع محرم فلم يكن ذكاة
بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في احدهما غير الصيد لانه فعل
مشروع اذ الحرم لا يؤثر في الشاة وكذا ذبيحة لا يحرم على المحرم قال
وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا

اكل

اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك رح لا يؤكل في الوجهين
والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك
التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي
اقال الله عشيرته مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروكة التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر رض انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رض الله عنهم
انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والشافعي
رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى
القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له لقوله عم المسلم
يذبح على اسم الله تع سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت
شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله وهو
قوله تع ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهى والنهي للتحريم والاجماع و
هو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عم قال في
آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعلل الحرمة بترك
التسمية ومالك رح يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار
ذلك من الحرج ما لا يخفى لان النسيان كثير الوقوع والحرج مدفوع والسمع غير
جار على ظاهره اذ لو اريد به لحرمت المحاجة وظهر الانتقاد وارتفع الخلاف
في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا بدل عليها في حق العامد
ولا عذر له وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في الذكاة الاختيارية
شرط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي
على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الارسال دون الاصابة
فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها
بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الصيد وسمى واصاب غيره حل وكذا
في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل
ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله
شيأ غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل
احداها ان يذكر موصولا لا معطوفا فلا يكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما
قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن

326

الذبح واتعاله الا انه يكره لوجود القران صورة فتصور بصورة المحرم
والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله
واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او يقول بسم الله ومحمد رسول الله
بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا
عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وبهذا لا باس به لما روى عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر
الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو
قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او
سبحان الله بريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل
في اصح الروايتين لانه بريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تاولوه
الا لسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس
رضي الله عنهما في قوله تعا فاذكروا اسم الله عليها صواف قال الذبح بين
الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله عم الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه يجمع المجرى والعروق
فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله
عم افروا الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرئ
والودجين وهو حجة على الشافعي رح في الاكتفاء بالحلوم والمرئ الا انه
لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم تا قضائه وبظاهر ما ذكرنا
يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان
قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا
قول ابي يوسف رح وحده وفي الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم
ونصف الاوداج قبل ان تموت اكل ولم يجد خلافا واختلف الرواية
فيه والحاصل ان عند ابي رح اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه
كان ابو يوسف رح يقول اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح ان يعتبر
اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه

لانفصاله

لانفصاله عن غيره ولورود الامر بقطعه فيعتبر اكثر كل واحد منها
ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب
احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرئ
فانه مجرى العلف والماء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح
ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد
قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح
والتوجيه رفي اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام
ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا
لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا
حتى لا يكون باكله باسا لانه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح
ميتة لقوله عم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما
مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله عم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه
محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة
فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف
غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه
استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان
قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم
والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا نص محمد رح في الجامع الصغير
على انها ميتة لانه وجد فيه نصا ومالم يجد فيه نصا يحتاط رفي ذلك فيقول
في الحل لا باس به يقول يكره اولم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته
لقوله عم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا
القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عم انه راى رجلا اضجع
شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل
ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك
ويؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق
ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روينا عن النبي عم انه نهى عن ان

ان ينخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه
حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان تسكن من الاضطراب و
كل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة وهي منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج
اليه في الزكاة مكروه ويكره ما يحز ما يريد ذبحه بحر جله الى المذبح وان
ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده
لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زايد وهو زيادة الالم
قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال بوكل ذبيحته قال فان
ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت
بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم سئل عن غير حاجة فصار كما اذا ارجرها
ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت
بما هو ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الرمح
وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان زكاة الاضطرار انما
يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه
الاول دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة
الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا تحل بذكاة الاضطرار في الوجهين
لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى
البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما
توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها
العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تندفع عن نفسها فيمكن اخذها
في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانها يدفعان عن
انفسها فلا يقدر على اخذها وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال
كالندا اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب
في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز ويكره فالاستحباب فلموافقة
السنة المتوارثة والاجماع العروق فيها في المنحر وفيها في المذبح والكل
لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله
مالك رح انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا
مينا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر

والحسن

والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه
اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عم ذكاة الجنين ذكاة امه لانه جزء
من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها
ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى لا يدخل في البيع الوارد على الام و
يعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز
عن ذكاته كما في الصيد ولانه اصل في الحيوة حتى تتصور حيوة احد
موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق
باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو
المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو
ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل متعارفا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لانه سبب لخروج ناقصا فيقام مقام الكل فيه عند التعذر
وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل من الحرة ولدرقيق والله اعلم

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور
لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من
السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول
سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل
مختطف منتهب جارح عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم
كيلا يعد شيء من هذه الاوصاف الذميمة البهائم بالاكل ويدخل فيه الضبع و
الثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما والفيل ذو ناب
فيكره والير بوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث
لانهما يأكلان الجيف قال ولا بأس باكل غراب الزرع لانه يأكل الحب ويبس
من سباع الطير ولا بأكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال
ابو حنيفة رح لا بأس باكل العقعق لانه يخلط نباشة الدجاج وعن
ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع
والضب والزنبور والسلحفات والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا
واما الضب فلان النبي عم نهى عائشة رضي الله عنها حين سئلته
عن اكله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته والزنبور من الموزيات
والسلحفات من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء

وانما يكره الحشرات كلها اسند للاباحة بالمنع لانه منها قال ولا يجوز اكل
لحم الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رض ان النبي عم نهى عن
لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رض ان النبي عم اهدر المتعة وحرم
لحم الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو
قول مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد رح والشافعي رح لا بأس
باكله لحديث جابر رض انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل
من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها
ولانه آلة اذ باب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له سهم في
الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض لحديث
خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهية عند كراهة تحريم و
قيل عند كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس به اذ ليس
في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس باكل الارنب لان النبي عم اكل منه
حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه
وجلده الا الادمي والخنزير فان الزكاة لا تعمل فيهما فالادمي لحرمته وكرامته
والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الزكاة لا تؤثر في جميع
ذلك لانها تؤثر في اباحة اللحم اصلا في طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع
بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الزكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات اللحم والجلد فاذا زالت طهر
كما في الدباغ وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم ونعل المجوسي
امانة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع
في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل
قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه
ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل قال و
لا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة رحمهم الله
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب
والانسان وعن الشافعي رح انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل

لحوم

بات

والسبع

والبيع واحدلهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عم في
البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء
اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله
تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول
الله عم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان و
الصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل
والميتة المذكور فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى
عن ذلك عمومه عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه
وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة
البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رض الله عنه عن النبي عم
انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طغا فلا تاكلوا
وعن جماعة من الصحابة رض مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته
مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا بأس باكل الجريث والمار
ماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك رح لا يحل الجراد الا ان
يقطع الاخذ رأسه او شيء منه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالفعل كما في سائره ولنا ما روينا وسئل علي
رض عن الجراد يأخذ الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال يحل كله
وهذا عدد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك
اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا
انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وان مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي
وينسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التأمل
يقف عليه المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات فيحل اكل ما أبين وما بقي
لان موته بآفة وما أبين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت
بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على
كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب
فقول ابي حنيفة ومحمد رح وزفر والحسن واحد الروايتين عن ابي يوسف
رح وعنه انها سنة ذكر في الجامع وهو قول الشافعي رح وذكر
الطحاوي رح ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح

٣٢٩

سنة مؤكدة وهكذا ذكره بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عم
من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق
بالارادة تنافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على
المسافر لانهما لا يختلفان في الوظايف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة
ووجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل
هذا الوعيد لا يلحق الا بترك الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها
يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص
وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى
الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها
ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة والله اعلم
فيما روي ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام
في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية
لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا
وباليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر
وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين
مقداره ان شاء الله تعالى قال ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على
ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو
ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه
وهما موجودان في الصغير وهذه قربة مختصة والاصل في القرب ان
لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه
صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي
من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر
وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتأدى
بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه
ان يأكل كله والاصح انه يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما
ينتفع به بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بدنة او بقرة
عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي

القربة

وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال
نحرنا مع رسول الله عم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص
في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره
محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية
اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع
لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من السبعة
ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عم على كل اهل بيت
في كل عام اضحاة وعتيرة **قلنا** المراد منه قيم اهل البيت لان اليسار له
يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون
ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا
بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة
معه اجزأه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه اعدها
للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان
انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد
امكن لان بالشرى للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك
قبل الشرى ليكون ابعد عن الخلاف وصورة الرجوع في القربة وعن ابي
حنيفة رح انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بيناه **قال** وليس على الفقير
والمسافر اضحية لما بيناه وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة و
لا اضحية **قال** ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا
انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل
السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عم من ذبح قبل الصلوة
فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عم ان اول نسكنا
في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من
عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال

فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة صح

الث عمل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في حق القوى ولا صلوة عليه
وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة
قبل خطبة الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد المتصل في
المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري
اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي كما طلع الفجر وهذا لانها
تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر
كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لامكان الفاعل
اعتبارا لها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع
الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة
اجزأه استحسانا لانه صلوة معتبرة حتى لو كان اكتفوا بها اجزأهم
وكذا على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي
جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح
ثلثة ايام بعده لقوله عم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي
عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى التفاوت في الاخبار
تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان
فيه مسارعة الى ادا القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في
لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة
وايام التشريق ثلثة والكل مضى باربعة اولها نحر لا غير واخرها
تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها يفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى بها
في الاوقات كلها فتنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي
ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا
وقد اشترى للتضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة
اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني ويجب على الفقير بالشرى
بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له
عن العهدة كما جمعه تقضي بعد فواتها ظهرا والصوم بعد الفجر فدية
قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا يمشي الى المنسك

ولا العجفاء

ولا العجفاء لقوله عم لا يجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها
والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال
ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عم استشرفوا
العين والاذن اي اطلبوا سلامتها واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن ولانه اذا ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه
فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير
عنه ان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه
وان كان اكثر لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة
فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وبروى عنه الربع
لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عم في حديث
الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر
من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه
ابي الليث رح وقال ابو يوسف رح اخبرت بقول ابي حنيفة رح فقال قوله هو
قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من
قولك في كون النصف ملحقا والبيان عنهما كما في الكتاب في العضو عن ابي يوسف
ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا اشد العين المعيبة
بعد ان لا تعلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا
رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم يشرع عينها الصحيحة ويقرب اليها العلف
قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان
ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحى بالجماء
وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما
قلنا والخصي لان لحمه طيب وقد صح ان النبي عم ضحى بكبشين املحين موجوءين
قال والنولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعلف لانه لا يخل بالمقصود
واما اذا كانت لا تعلف لا يجزيه والبرباء ان كانت سمينة لان اطيب في الجلد
ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان اطيب في اللحم فانتقصى
واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها عن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان
الكثرة والقلة وعنه انه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود
والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز ان كان هذا لان مقطوع اكثر

الاذن لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشرى ولو اشترى سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان
كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني
بالشرع ابتداء لا بالشرى فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية التضحية
فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل
قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير
ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر
ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها
اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والش لان حالة الذبح ومقدماته
ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف
رح لانه حصل بمقدمات الذبح **قال** والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها
عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عم ولا من الصحابة رض
قال يجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ
لقوله عم ضحى بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن
وقال عم نعمت الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث
لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له
ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر
والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس
سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي
والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة
تضحى بالولد **قال** واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم
قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان كان شريك الستة
نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق ان البقرة
تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا يرى ان النبي عم
ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس
من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى

في حق

في حق القربة لم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسانا
والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه تبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها
عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بيناه انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها
الباقون بغير اذن الورثة فكان قربة **قال** ويأكل من لحم الاضحية ويطعم
الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا
منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يوكله غنيا ويستحب ان
لا تنقص من الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام
لقوله عم واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا **قال** ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة يستعمل في البيت
كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان
يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا
لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل
والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول
واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا
ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله
وقوله عم من باع جلد اضحية فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع
فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار منها
لقوله عم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار
منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز
صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف **قال** والافضل ان
يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل
ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه
لقوله عم لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك
باول قطرة من دمها كل ذنب **قال** ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو
قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الزكوة فالقربة

اقيمت بانابته وبنيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الزكاة
فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر
اجزأه عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية
غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن بقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس
وهو قول زفر رح وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس
انه ذبح شاة بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه
الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها
في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون
اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن
اقامتها ~~بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها~~ لعوارض فصار كما
اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها
بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس
مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطة غيره او رفع جرته فانكسرت
او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك
اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الزورق
وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في
الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطبخها او اعانه على رفع
الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه
الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة
الكتاب اذا ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر
بعينها ويأتي فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة
من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل
كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا
فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما اذا باع اضحيته وهذا لان
التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان
الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه
ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم

يثبت

يثبت الملك له الا بعد الذبح **كتاب الكراهية قال** رضي الله عنه تكلموا
في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد
فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب
قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف رح
ومحمد رح لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف رح انه لا باس بها للتداوي
وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب
في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عم في الذي يشرب في اناء
الذهب والفضة فلم يقبله وقال نهانا عنه النبي عم واذا ثبت هذا في الشرب
فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين و
تنعم بتنعم المسترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم
ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل ~~والشرب~~ بملعقة
الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة
والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال آنية الرصاص والزجاج و
البلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في
التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان تبقى موضع الفضة
ومعناه تبقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج
موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد يروى مع قول ابي حنيفة
وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما و
اذا جعل ذلك في السيف والمسجد وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا
او مفضضا وكذلك الاختلاف في اللجام والركاب والشفر اذا كان مفضضا
وكذلك الثوب فيه كتابة بالذهب والفضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص
فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة
رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم
في الثوب ومسمار الذهب في الفص ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما

فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه
اكله فان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن
عقل و دين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة
وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا
كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل
في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي
والجارية لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم
استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في
السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت
جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق
بينهما اذا اخبرت بابداء المولى غيرها او نفسها قلنا ويقبل في
المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات قال الا العدل وجه
الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا
شرطا زايدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج واما الديانات فلا يكثر
وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيه زيادة شرط فلا يقبل
الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس
له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا
الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة
ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل
قوله فيها رح على مذهبه انه يجوز القضاء به ورد في ظاهر الرواية هو الفاسق
سواء حتى يعتبر فيها اكبر الرأي ويقبل فيها قول العبد والطفل والامة اذا
كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه من المعاملات
ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر
مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى
فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم
كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة
اما التحري فبجد ظن وان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به لترجح جانب
الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط تيمم بعد الوضوء

لما قلنا

لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات
ذكرناها في كفاية المنتهى ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او
غناء فلا بأس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة رح ان ابتليت بهذا مرة
فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عم من لم يجب الدعوة فقد
عصى ابا القاسم فلا ينكرها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة
واجبة الاقامة وان حضرتها النياحة وان قدر على المنع وان لم يقدر
يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد
لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن
ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة
لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله لقمة فلا انتقعد مع القوم الظالمين
وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق
الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي
كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت
لان الابتلاء بالمحرم يكون والله اعلم **فصل في اللبس** قال لا يحل للرجل
لبس الحرير والديباج ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن لبس الحرير و
الديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنساء بحديث
آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين منهم علي رض
ان النبي عم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرام على
ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار
ثلث اصابع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روى انه عم نهى عن لبس الحرير
الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان
يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح
وقالا يكره ورد في الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رح وانما
ذكره القدوري وغيره من المشايخ رح وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليله
على الابواب لهما العمومات ولانه من ذي الاكابر والجبابرة والتشبه بهم
حرام وقال عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله ما روى انه عم جلس على مرفقة حرير
وقد كان على بساط عبد الله ابن عباس رض مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس
مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه ممنوعا
على ما عرف قال ولا بأس بلبس الديباج والحرير في الحرب عندهما لما روى

الشعبي رض ان النبي عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين
العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فضل فيما روينا والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو لحمته الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمخلوط
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس
ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز مسدا بالحرير ولان
الثوب انما يصير ثوبا بالنسج واللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى
وقال ابو يوسف رح اكره ثوب الخز يكون بين البطانة والظهارة
ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره
في غير لانعدامها والاعتبار اللحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي
بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج اغنت عن الذهب اذ هما من
جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير ولا تختم
الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى
رسول الله عم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى
على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس
من اطلق في الحجر الذي يقال يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل
الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب
على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب
ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت
بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر
بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان
لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي او السلطان لحاجته الى الختم فاما
غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه ولا بأس بمسمار الذهب
يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له
ولا يشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال محمد رح لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل واحد منهما
لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن

فامره

في الحرب وغيره لان الصحابة رض كانوا يلبسون الخز والخز صح

بين الفرو والظهارة صح

فامره النبي عم ان يتخذ انفا من الذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم
والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب
على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن
ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما
يثبت في حق الذكور وحرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها ويكره
الخرقة التي تحمل ويمسح فيها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التجبر يمسح الوضوء
او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان
عن تكبر فصار كالتربع في الجلوس ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه
او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب
قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقد روي ان النبي عم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من
الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل في الوطي والنظر والمس** قال
ولا ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا ما ظهر منها قال علي رض وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها و
ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال
اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى
قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رح
انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة وان كان لا يأمن
الشهوة ولا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن
امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف
لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا
شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس
وجهها ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة
والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امرأة
ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى
اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها
لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض كان يدخل على بعض القبائل
التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رض الله عنه

بها صح
والصحيح انه لا يكره لان للمسلمين قد استعملوا في البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الاذى وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن كافي

يجوز ان صح

اسم مفعول من استرضع اللبن اي استرضعته بتلك القبائل صح

استأجر ليمرضه وكانت تغمز رجليه وتغلي رأسه وكذا اذا كان شيخا
يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها
لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح
مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان
يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف
ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء
الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف
حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه
يشتهيها لقوله عم فيه ابصر صاحبه اجدى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض
منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس
اسهل فان لم تقدر يستر كل عضو منها سوى المريض ثم ينظر ويغض بصره
ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وصار كنظر
الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل
لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن ابي يوسف
رح لانه امارة المرض وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى
ركبته لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى
يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله
ابو عصمة والشافعي رح والركبة عورة خلافا لما قال الشافعي رح
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رح معتمدا فيه
العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي ان النبي عم
قال الركبة عورة من العورة وابدى الحسن بن علي رض سرته فقبلها ابو هريرة
رض وقال عم من لم يعد واري فخذك اما علمت ان الفخذ عورة لان الركبة ملتقى
عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح ورفضله يغلب المحرم وحكم الركبة
اخف في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه
برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج ويباح النظر

للرجل

للرجل من الرجل بياح المس لانها فيما ليس بعورة سواء ويجوز للمرأة ان تنظر
من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل و
المرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى
من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر
الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت
في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة
لم ينظر وبهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق
اعتبارا واذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك
اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا
فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الاقضاء الى المحرم اقوى
من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر
اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى
الرجل وكذا الضرورة قد تحققت في الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة
رح ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجال
يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح وينظر
الرجل من امته وزوجته الى فرجها وبهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن
شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك و
امرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان
الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا اراد احدكم الى
اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجرد تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر وكان ابن عمر رض يقول الاول ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل بغية
الذة وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين
والعضدين ولا ينظر الى بطنها وفخذها وظهرها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في
الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع
الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض
يدخل على البعض بغير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها
عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما يشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز

المناكحة بينه وبينها على التأبيد بسبب كان او بنسب كالرضاع والمصاهرة
لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح
لما بيناه قال ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة
الى ذلك في المسافرة وحلة الشهوة للمحرمية بخلاف الاجنبية وكفرها
حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة مكاملة الا اذا كان
يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عم العينان
تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فتجتنب
ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم لا تسافر المرأة فوق ثلثة
ايام ولياليها الا ان يكون معها زوجها او لا يخلون رجل بامرأة ليس منها
بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب
والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثياب او يأخذ ظهرها وبطنها دون
ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خاف على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا
فليتجنب ذلك بحمده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمنع عن ذلك اصلا وان
لم يمكنها ينكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضو ما فان لم يجد الثياب يرفع
الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر
منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب
مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق
محارمها الاقارب وكان عمر رض اذا رأى جارية متقنعة علايا بالدرة وقال القي
عنك الخمار يا فارا تتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها
خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه مباح الا الى ما دون السرة والركبة لانه
لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لغلبة الشهوة فيهن وكما في الاماء و
لفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما المجوسية بها والمسافرة فقد
قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال
اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال
ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي كذا
ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا
يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهاها للضرورة ولا يباح المس اذا
اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشرى يباح

النظر

ب النظر الى بطن ظهرها وبطنها

النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم يتعرض في
ازار واحد معناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة و
عن محمد انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في
ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل
لقول عايشة رض الخصي مسلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع
وكذا المجبوب لانه يستحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل
فاسق فالحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه والطفل
الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمولى ان ينظر من سيدته الا
الى ما يجوز للاجنبية النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم لدخوله عليها من غير
استيذان وهو احد قولي الشافعي ولقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان
الحاجة متحققة وهو الدخول من غير استيذان ولنا ان محل غير محرم ولازوج
والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه بعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء كما قال سعيد والحسن وغيرهما لا يغرنكم سورة
النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل
عن زوجته الا باذنها لانه عم نهانا عن العزل عن الحرة الا باذنها وعن
امته اعزل عنها ان شئت ولان الوطئ حق الحرة قضاء للشهوة و
تحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطئ فلهذا
لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره
فقد ذكرنا في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره** قال ومن اشترى جارية
حائضا لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها
والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن
حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على
المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك باليد لانه هو
الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة
للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة
الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب
على المشتري لا على البايع لان العلة على الحقيقة ارادة الوطئ والمشتري
هو الذي يريده دون البايع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار
الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطئ والتمكن انما يثبت بالملك واليد

337

وليس هو للاولاد الثلثة بداخلين تحت قوله الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم لانهم من اهل الاربع غير ان ولد الاماء

فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة
المؤكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال
الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطئها وكذا اذا كانت المشتراة
بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الحكم على السبب دون الحكم لبطونها
فيعتبر به تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ بالحيضة التي
اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من
اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض
خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق
السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان
كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد
قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص
فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة و
يجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان
كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد
السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع
كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة
او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد
وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيرة كتبناها
في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطئ حرم الدواعي
لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل
ودعوة البايع بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل
الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى
الوطئ والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه
ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانه لا يحتمل وقوعها
في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على
ما بيناه والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر
بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت
في اثنائها بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود

بالبدل

بالبدل كما في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او
ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحراير والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن
ابي حنيفة رح قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف رح
خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما
اذا علم البايع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة فيما
اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت
فالحيلة ان يزوجها البايع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق
به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلقها الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء
وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير

قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى
يكفر لانه لما حرم الوطئ الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل
ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة
بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا
فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور
مددها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صايم ويضاجع نساءه وهن حيض

قال ومن له امتان اختان فقبلها بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما و
لا يقبلها ولا يلمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين
المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا تعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز
الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطئ بمنزلة
الوطئ في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلها فكانه وطئهما ولو
وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما وكذا اذا قبلهما
وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بيناه الا ان يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا
وقوله وبملك اراد به ملك اليمين فينتظم التمليك لساير اسبابه بيعا او غيره

وتملك الشقص فيه كتملك الكل لان الوطئ يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذه الثبوت حرمة
الوطئ بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى
لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج
احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطئ الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فانه
لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما
حل له وطئ الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطئ الاخرى لا بوطئ
الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل ثم الرجل يده او شيئا منه او يعانقه وذكر
الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل
والمعانقة لما روي ان الناس عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل
بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي المعانقة وعن
وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس به بالاجماع وهو الصحيح قال و
لا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم
وحركة يده تناثرت ذنوبه والله اعلم **فصل في البيع** قال ولا بأس
ببيع السرقين ويكره بيع السرقين العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع
السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ
ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الارض لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل
للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط وهو
المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط
في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم جارية
انها لرجل فرآى آخر يبيعها فقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان
يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات
مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او
وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة
واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المجهول المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة
على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك
لان اكبر رأيه يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب

اليد

اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او شرائها منه والمخبر ثقة قبل قوله
وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة وان لم يخبره صاحب
اليد بشيء فان كان عرضها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك
الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها
وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق واليد العدل ولم يعارضه معارض
ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل
ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى له ان يكون
في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة
لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك
فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل ذلك قوله وان لم يكن
ثقة يعتبر اكبر الرأي فان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحجر فلا بد
من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة وان زوجها الغائب مات عنها او طلقها
ثلثا او كان غير ثقة وانها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه
ام لا الا ان اكبر رأيها انه حي يعني بعد النحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج
لان القاطع طارئ فلا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت
عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي
وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها
الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع
طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين
تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجها وهي مرتدة او اختك
من الرضاعة لم يتزوج باختها الى اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه
اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكاره فاده
فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج
انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع
طارئ والاقدام على الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا
وعلى هذا الخلاف بدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها
في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل
لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا

باع المسلم خمرا او اخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه
وان كان البايع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد
بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري
فلا يحل له اخذه من البايع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه متقوم في حق الذمي
فملكه البايع فحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر
فلا بأس به والاصل فيه قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه
تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر
عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم
يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي
على هذا وهو التفصيل لان النبي عم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا
هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والعلف
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان
كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف
اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود في
المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت
يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما
لقول النبي عم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله
منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل
وقد مر في غير موضع وقع التفاوت في الاثم بين ان يتربص العزة وبين
ان يتربص الخصب والعياذ بالله وقيل المدة للمعاتبة في الدنيا اما الاثم
وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن
احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلده او قريته فليس للمحتكر اما الاول فلانه
خالص حقه ولم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له
ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق
بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق الآثار وبنا
وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر لهم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم يجر العادة

بالحمل

بالجلب منه الى المصر لانه لا يتعلق به حق العامة حال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر
على الناس لقوله عم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق ولان الثمن حق العاقد واليه تقديره فلا ينبغي للامام ان
يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى
القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على
اعتبار السنة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان دفع اليه مرة اخرى حبسه
وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام
يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة
حقوق الناس الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي و
البصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي
وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون
الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على
البيع وهل بيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف
عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر
لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة لانه
معناه من يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه
في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل
ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم
انه يتخذه خمرا الان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح
في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه
بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به و
هذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه بشيء من ذلك لانه اعانة على
المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت وله هذا يجب الاجر بمجرد
التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فينقطع
نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها
بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل
الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها
ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة

و قالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية و قد صح ان النبي عم لعن في الخمر
عشرا حاملها و المحمول اليه و له ان المعصية في شربها و هو فعل فاعل
مختار و ليس الشرب من ضرورات الحمل و لا يقصد به و الحديث يحمل
على الحمل المقرون بقصد المعصية قال و لا بأس ببيع بناء بيوت مكة
و يكره بيع اراضيها و هذا عند ابي حنيفة و قالا لا بأس ببيع اراضيها ايضا
و هو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها
فصار كالبناء و لابي حنيفة قوله عم مكة حرام لا يباع رباعها و لا يورث
و لانها قبلة محترمة لانها فناء الكعبة و قد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر
صيدها و لا يختلى خلاها و لا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء
لانه خالص ملك المالك و يكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر ارض مكة
فكانما اكل الربا و لان اراضي مكة تستمي السوائب على عهد النبي عم من
احتاج الى سكناها و من استغنا عنها اسكن غيره و من وضع درهما عند
بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا و جر به نفعا و هو ان
يأخذ منه ما شاء حالا فحالا لان النبي عم نهى عن قرض جر نفعا و ينبغي ان
يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزاء فجزاء لانه وديعة و ليس بقرض
حتى لو هلك لا شيء على الآخذ **مسائل متفرقة** قال و يكره التعشير و
النقط في المصحف لقول ابن مسعود رض جردوا القرآن و يروى
جردوا المصاحف و في التعشير و النقط ترك التجريد و لان التعشير يخل
بحفظ الآي و النقط بحفظ الاعراب انما لا عليه فيكره قالوا في زماننا
لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ و هجر ان القرآن فيكون حسنا
قال و لا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه و صار كنقش المسجد و
تزيينه بماء الذهب و قد ذكرناه من قبل قال و لا بأس بان يدخل اهل الذمة
المسجد الحرام و قال الشافعي يكره ذلك و قال مالك يكره في كل مسجد
للشافعي قوله ع انما المشركون نجس فلا تقربوا المسجد الحرام بعد
عامهم هذا و لان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه
عنها و الجنب يجنب المسجد و بهذا يحتج مالك و التعليل بالنجاسة عام
فيعم المساجد كلها و لنا ما روى ان النبي عم انزل و قد ثقيف في مسجده
و هم كفار و لان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد
و الآية محمولة على الحضور استيلاء و استعلاء او طائفتين عزاه كما كان

عادتهم

عادتهم في الجاهلية قال و يكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم
حث الناس على هذا الصنيع و هو مثلة محرمة قال و لا بأس بخصاء
البهائم و انزاء الطير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة و الناس
و صح ان النبي عم ركب البغلة و لو كان هذا الفعل حراما لما ركبها
فيه من فتح بابه قال و لا بأس بعيادة اليهودي و النصراني لانه نوع
بر في حقهم و ما نهينا عن ذلك و صح ان النبي عم عاد يهوديا مرض
بجواره قال و يكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من
عرشك و للمسئلة عبارتان هذه و معقد العز و لا ريب في كراهية الاولى
لانه من الفعود و كذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش و هو محدث
و الله تعالى بجميع صفاته قديم و عن ابي يوسف انه لا بأس به و به اخذ الفقيه
ابو الليث لانه ماثور عن النخعي عم روى انه كان من دعائه اللهم اني
اسئلك بمعقد العز من عرشك و منتهى الرحمة من كتابك و باسمك الاعظم
و جدك الاعلى و كلماتك التامة و لكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط
في الامتناع و يكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك لانه لا حق
للمخلوق على الخالق قال و يكره اللعب بالنرد و الشطرنج و الاربعة عشر
و كل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص و هو اسم لكل قمار و ان
لم يقامر فهو عبث و لهو قال عم لهو المؤمن باطل الا في ثلث تأديبه
لفرسه و مناضلته عن قوسه و ملاعبته مع اهله و قال بعض الناس
اباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر و تزكية الافهام و هو
محكي عن الشافعي و لنا قوله عم من لعب بالشطرنج و النرد و الشير فكانما غمس
يده في دم خنزير و لانه نوع لعب يقصد عن ذكر الله و عن الجمع و الجماعات
فيكون حراما لقوله عم ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به سقط
عدالته و ان لم يقامر لا يسقط لانه متأول فيه فيكره و كره ابو يوسف و محمد
رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم و لم ير ابو حنيفة به بأسا لشغلهم
عما هم فيه قال و لا بأس بقبول هدية العبد التاجر و اجابة دعوته و استعارة
دابته و يكره كسوته الثوب و هدية الدراهم و الدنانير و هذا استحسان
و في القياس كل ذلك باطل لانه نوع تبرع و العبد ليس من اهله وجه
الاستحسان انه ع قبل هدية سلمان حين كان عبدا و قبل هدية بريرة
و كانت مكاتبة و اجاب رهط من الصحابة رض الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد

391

وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا تجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا
يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على
اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه
الهبة والصدقة له واصل ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع
هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال
القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان
من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الاظآر وذلك جايز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والام والعم و
الملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به
الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع
محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ
والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا
للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز
للملتقط ان يواجر ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
ذلك للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط
والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من
العمل لان ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور
يواجر نفسه وقد ذكرنا قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية و
يروى الراية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد
بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان
يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد
تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان
التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال
والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء
بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه عم بعث عتاب بن اسيد
رضي الله عنه الى مكة وفرض له الكفاية وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له
ولانه محبوس بحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال
وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر
بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه

استيجار

استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان
فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به
اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل
الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة
للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع
زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية
وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة
وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج
خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل
استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة
بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس ان تسافر
الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر و
المس بمنزلة المحارم على ما ذكرناه من قبل وام الولد امة لقيام فيها وان
امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
اما لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة
سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان
مملوكا في الاسلام الا انه لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف
انسان في اقصى العامر وصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال هكذا ذكره
القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان
لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا
فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة
المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن
القرية على ما قال محمد شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية
لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق
اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر
وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام
ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عم من
احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت اليه يده فيملكه كما في
الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه

وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مال مغنوم لوصوله الى
يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن
الامام كما في ساير المغانم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على
المسلم لا يجوز الا اذا اسقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على
اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان
الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان
الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة
فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط
الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق
الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال
ويملكه الذمي بالاحياء كما يملك المسلم لان الاحياء سبب الملك الا عند ابي ح
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام منه ودفعها
الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث
العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير
ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به
لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه بحجر غيرهم عن احيائه
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضه
ليس بمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد فيه من زمان يرجع فيه الى
وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث
سنين لان ما دونها من الساعات والشهور والايام لا تفي بذلك واذا لم
يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة واما اذا احياها
غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر
بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك
او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعله حولها وجعل التراب
عليها من غير ان يتم المسناة ليمتنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا
او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد
انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون

تحجيرا

تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها و
سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى اهل القرية ومطرحا
لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق
غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن
حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده
بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون
ذراعا لقوله عم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لما ثبت
ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي
رخوة ويتخلل الماء الى ما حفر دونها قال وان كانت للناضح فحريمها ستون
ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عم حريم
العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح
ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشا
وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله
ما رويناه من غير فصل والعام المتفق عليه قبوله والعمل به اولى عنده من
الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولانه القياس باي استحقاق الحريم
لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه
وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن
بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر
فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما
روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع ليجري فيها الماء ومن حوض يجتمع الماء فيه ومن موضع يجري
منه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو
المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في
اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل
الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه
والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به
فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احفر آخر بئرا في حريم الاول للاول ان

حقيقتها او دليلها صح

حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع ما لا غنا صح

او باذنه وصح

يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الكبس به قيل ان يأخذه بكبس لان ازالة
جناية حفره به كما في الكنايات يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ بدفعها
وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا
هو الصحيح ذكره في كتاب ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصا
وما عطف عليه في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر
وكذا اذا كان بغير اذن الامام عندهما والعذر لابي حنيفة انه يجعل الحفر
تحجيرا وهو سبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطف
في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملكه غيره وان حفر الكل
بئرا وراء حريم الاول فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد
في حفرها وللكل اطريم من الجوانب الثلثة دون الجانب الاول لسبوق ملك
الحافر الاول فيه والقناة له وحريم بقدر ما يصلحه وعن محمد انه بمنزلة البئر
في استحقاق اطريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها مام يظهر الماء لانه نهر
في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة
عين فوارة فبقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجر يغرس في ارض موات لها
حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم ليجد
فيه ثمرة ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما نزله
الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة
الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر
لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال
ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على
ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقى عليها طينه قيل هذه المسئلة
بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق اطريم عنده
وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا باطريم لحاجته الى المشي لسيل
الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى
مكان بعيد الا بحرج فيكون له اطريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه
على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى اطريم فيه فوقها اليه وفي النهر
لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون اطريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء
ولا استقاء الا باطريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق
اطريم يثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم

استحقاق

استحقاقه ينعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره وان كانت
مسئلة مبتدأة فلها اطريم فرد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك
صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى لاستوائهما
ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما
هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يديهما والمصراع الآخر
معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه
والقضاء في موضع الخلاف قضاء بترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء
انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهر
فالآخذ دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر
لا ملكه كالحايط الرجل والآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان يملكه
وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة والآخر خلف المسناة ارض فليس
وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب
النهر وهما تلقى طينه وغير ذلك قوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس
لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان
لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري
من غرسه فهي من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب
الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف
وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده
وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب
وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفع بالناس

فصل في مسائل الشرب وفصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس
له ان يمنع من ذلك شيأ من الشفة والشفة هو الشرب لبني آدم
والبهايم اعلم ان المياه انواع اربعة منها ماء البحار وللكل واحد من الناس
فيها حق الشفة وسقي الارض حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من
ذلك والانتفاع بماء البحر بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على
اي وجه شاء والماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات
للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الارض بان احيا واخذ ارضا
ميتة واكرى منها نهرا يسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك

احد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة
فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا
الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحا
عليه لان شق النهر للرحا كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم
فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم الناس شركاء في ثلث في الماء
والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه الاول وبقي
الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه
كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان
لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع
عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع قال واذا اراد رجل ان يسقي
بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه
حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب
والرابع الماء المحرز في الاواني صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره
كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو
ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا
لهم يقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان
يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب
من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان
تعطيه الشفة او يتركه يأخذه بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفرها في ارض مملوكة له
اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا
والحفر لاحياء حق مشترك فلا ينقطع الشركة في الشفة ولو منعه
من ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك
بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا
الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله
بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له
والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد
من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان

الابل

الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب
وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت
حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان
الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد
ان يسقي شجرا او حفرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه
ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان
يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب
بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب
النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة
فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة
كالماء المحرز في انائه **فصل في كري الانهار** الانهار ثلثة نهر غير مملوك
لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه
تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص
والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم و
يصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس
على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال
عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني
فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على
الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر
بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا
ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق
يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث
وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بيناه ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني
وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على
الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم

ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والاراضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولابي حنيفة ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسفلى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء من ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لانه لا رأي في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصامه وليس على اهل الشفة من الكرى شئ لانهم لا يخصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه** قال ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستحق له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او المشارف دار غيره لحكم الاختلاف فيما نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار والواسعة والضيقة على نمط وصفة واحدة فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما يتكسر به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحا ماء الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض

صاحبها

صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والناعورة نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يتخذ عليه ويستوثق منه لذلك وكان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك وليس له ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار السفل والرفع فهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا في دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا للفيض الماء عن ارضه كيلا يتنزه ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى قد تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة لبعده لانه اعادة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن

من بعده ح

الكوة ثقب البيت والجمع كوى بالتشديد وكوى مقصور وبناء الكوى للتكثير والكوة للواحد وبناء الثقب للتكثير والكوة للواحد وبناء الثقب للتكثير والكوة للواحد

اذا سقى من شرب غيره فاذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح
مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من
الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك
بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض
كما في حال حياته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها
فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف
التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت
ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف الثمن الى ثمن الارض
والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها
فسال من مائها في ارض رجل ففرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن
عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة سمي بها

وهي جمع شراب
لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب
اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو
الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب
اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان
ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو
المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر
لقوله عم كل مسكر خمر وقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر
ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر
استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية وانما سمي
خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان
النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم
اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي
ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف
بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في
الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد وسكونه
اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد

واكفار

واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يوجد في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل
الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه
رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عم
حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص
الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف ساير المطعومات
ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى ساير المسكرات والشافعي
يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية
الاسم والتعدية في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة
غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه
يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في
حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها
فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها
وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون
ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او هو امانة على حسب ما اختلفوا
فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب
يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع اقتراب والثامن ان
يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان
حكم القتل قد انتسخ فبقي الحد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة وتقديره
ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا تؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت
الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد
بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه
خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله وهذا هو الكلام في الخمر واما العصير
اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق
والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد

وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو
قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق مسكر
مطرب ولهذا يجتمع الفساق عليه فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به
واما نقيع التمر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام
مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تتخذون منه سكرا و
رزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
ويدل عليه ما رويناه من قبل ولان الآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة
مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه
سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا اشتد وغلى ويأتي فيه خلاف الاوزاعي وقد بيناه المعنى
من قبل الآن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها
ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة الخمر ونجاستها خفيفة في رواية
وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها و
يضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيها لانه مال متقوم وما بقي شبهة
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها
لاشتمالها على ما عرف فلا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين
وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا
هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان
يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة
ولا يحد شاربها عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة
النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه
اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه
ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ
عشرة ايام ولا يفد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول
مثل قول محمد ان كل مسكر حرام لانه تعذر بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ
يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفد لا يحمض ووجه ان بقاءه الى هذه
المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك

مروي

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة رحمه الله بعثر حقيقة الشدة على
الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصر شربه وفيما يحرم السكر منه على ما ذكره
وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا
الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه
انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي على ما ذكرنا
قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر
شربة فما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك
فقال زد ناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا
ولان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء فيحمل منه ومارويناه انه عم
نهاه عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة
وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة
والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير
لهو وطرب لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف
ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرناه
الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة
انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا
كاجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهته طبعية
لما في اباحته من قطع مادة الجهاد ولا حاجة اليه فلا يتعدى الى لبنه قال والعصير
العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وعند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال مالك ومحمد والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به
التقوي اما اذا قصد به التداوي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما
وعنه انه كره ذلك وعنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عم كل مسكر
حرام وقوله عم ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه صلى الله عليه وسلم

ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون
حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عم حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها
والسكر من كل شراب وخص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة
ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه
لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو
وهو في نفسه غذاء فيبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه
ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء
بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان
صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ
حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون
الذاهب ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة
في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ
وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغيير فصار كما بعد العصير ولو جمع في
الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب
ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان
يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب
ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع
فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من
مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ
قدح من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم
للاحتياط وهو في الحد في درءه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال
ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عم
في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الادعية فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر
عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء
عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة
وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة

بعد اخرى

بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخلل الخمر
حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل
بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل
به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب
ينافيه ولنا قوله عم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف
المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة
والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل
بنفسه بالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل
اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل
من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم املأ خلا يطهر في الحال على
ما قالوا قال ويكره بشرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر
والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبر دابة ولا
ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه للدواب
وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة
ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه
لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي
يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا قوله ان قليله لا يدعو الى كثرة لما في
الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد
فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج
ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب
الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها
بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه
بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل في طبخ العصير** الاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي
ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب
دورق بالزبد بطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

وكذا لا يسقيها صح

لان الذى يذهب ثلثاه هو العصير او ماؤه يمازجه وايما كان جعل كان العصير
تسعة فيكون ثلثاها ثلثة واصل اخوان العصير اذا صب عليه ماء قبل
الطبخ ثم طبخ بنائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقى
بعد ماذهب مقدار ماصب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب
الاول هو الماء وانما العصير فلا بد من ذهاب ثلثى العصير وان كان يذهب
معا يغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهاب الثلثين ماء
وعصيرا والثلث الباقى ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد
ماذهب من العصير بالغلى ثلثاه بيانه عشرة دوراق من عصير وعشرة
دوارق ماء ففى الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث
العصير وفى الوجه الثانى حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلى بدفعة
ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير مريا ولو قطع عنه النار
فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخوان العصير
اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه يطبخ البقية حتى يذهب
الثلث فالسبيل فيه ان يأخذ ثلث الجميع فتفرغ به فى الباقى
بعد المنصب ثم تقسمه على مابقى بعد ذهاب ماذهب بالطبخ قبل
ان ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال
عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال باخذ ثلث العصير
كله وهو ثلثة وثلث وتفرغ فيما بقى بعد المنصب وهو ستة فيكون
عشرين ثم يقسم العشرين على مابقى بعد ماذهب بالطبخ منه قبل ان
ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وثمان
فعرفت ان الحلال مابقى منه رطلان وثمان وعلى هذا يخرج المسائل
ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وبهداية الى تخريج غيرها من
المسائل **كتاب الصيد** الصيد الاصطياد وينطلق على ما
يصاد والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عم
لعدى بن حاتم الطائى اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك
كلبك كلب اخر فلا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك
وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق

لذلك

لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا
بمنزلة الاحتطاب ثم جملة مايجوز به الكتاب فصلان احدهما فى
الصيد بالجوارح والثانى فى الاصطياد بالرمى **فصل فى الجوارح**
قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر
الجوارح المعلمة فى الجامع الصغير فكل شئ علمته من ذى ناب من السباع
وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده والاخير فيما سوى ذلك
الا ان يدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين والجوارح الكواسب فى تأويل والمكلبين المسلطين
فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى رضى الله عنه والكلب
فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابى يوسف انه استثنى من ذلك
الاسد والدب لانهما لا يعلمان لغيرهما الاسد لعلوه همته والدب لخساسة
والحق بهما بعضهم الحداءة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين
ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق به
باشتراط التعليم والحديث به قال الارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيسترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يمتنع الاكل
ثلث مرات وتعليم البازى ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ما ثور عن
ابن عباس ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب
ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازى متوحش
متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو ألوف بمعنى الانتهاب
فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاسترسال ثم الشرط ترك الاكل
ثلثا وبهذا عندهما وهو رواية عن ابى حنيفة لان فيما دونه مزيدا لاحتمال
فلعله ترك مرة او مرتين شبعا فاذا ترك ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا
لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما فى مدة الخيار فى بعض
قصص الاخبار ولان الكثير هو الذى يقع امارة التعليم دون القليل والجمع
هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابى حنيفة على ما ذكر فى الاصل لا يثبت
التعليم مالم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير
لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راى المبتلى به كما هو
اصله فى جنسها وعلى الرواية الاولى يحل عنده ما اصطاده ثالثا وعندهما
لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلوم فكان

الثالث صيد كلب جاهل كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه اية تعليمه
عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام
فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه
المعلم او بازيه وذكر اسم الله عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل
اكله لما روينا من حديث عدي رض ولان الكلب والبازي آلة والذبح
لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فتنزل منزلة
الرمي وامرار السكين ولا بد من التسمية عنده وان تركه ناسيا حل اكله
ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الزكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان
من البدن بانيابه اما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر الرواية
قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من
الجرح بمعنى الجراحة فتاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه
ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى
التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال فان اكل منه الكلب او الفهد
لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم و
هو مؤيد بما روينا من حديث عدي رض وهو حجة على مالك وعلى الشافعي
في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل
منها ثم اكل من صيد لا يوكل لانه علامة الجهل ولما يصيده بعده حتى
يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي
اخذها من قبل مما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما لبس
بحرز بان كان في المفازة بعد يثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو بحرز
في بيته يحرم عنده خلافا لهما بقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل
فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه
بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم
الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى
اصلها فاذا اكل يتبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للتعلم وتبدل الاجتهاد
قبل حصول المقصود لانه بالاكل كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء
ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك

هذا الصيد ج

ما صار به

ما صار به معلما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم
الصيد ولم ياكل منه اكل لانه امسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح ولو اخذ الصيد من المعلم
ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا
فصار كما اذا القاها اليه طعاما غيره وكذا اذا اوثب الكلب فاخذه منه واكل منه
لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الصيد فصار كما اذا افترسه شاة بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نسي الصيد
فقطع منه بضعة فاكلها ثم تذكر الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه
صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو الفى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يوكل الصيد
لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضر فاذا اكل منه ما بان و
هو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد
فكان جاهلا مما كل نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليا كلها وقد يكون
حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فلا اكل قبل الاخذ
يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال واذا ادرك
المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل
وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا امكنه
من ذكاته اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في
المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو
قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا ارسل الماء ولم يقدر على
الاستعمال وجه الظاهر هو انه قدر اعتبارا لانه يثبت يده على الذبح وهو
قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح
فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه
ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع
وهو ميت والميت ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه
ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لتقصير لضيق الوقت لم يؤكل
عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة

الاضطرار وهذا اذا كان يئوسهم بقاؤه اما اذا اشوى بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت
شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة
لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل لابذكاة الاختيار رد الى
المتردية على ما ذكره ان هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو اتاه وذكاه حل
اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي يئس الذئب
بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله الا ما ذكيتم
استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش
مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه
حيا ولم يأخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم يثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه حيا فذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة
فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح وان ارسل كلبه
على صيد واخذه غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال
ما يختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره
ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل
بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط
التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الكل يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى
حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة بخلاف تسمية واحدة
ومن ارسل فهدا فمكث حتى يتمكن من اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه
ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذه آخر فقتله وقد ارسل صاحبه اكلا جميعا لان
الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر
ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل لانه
لانقطاع الارسال بمكثه اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة

بخلاف ما

بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد
فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للكلبين كما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله
ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال فلا يثبت
الاباحة بدونه قال انه خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على
ظاهر الرواية على ما ذكرنا وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة
انه اذا كسر عضوا فقتله فلا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة
الظاهرة وجه الاول ان المعتبر الجرح بنهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك
بالكسر فاشبه الخنق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب لم يذكر اسم الله
عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم
فيغلب جهة الحرمة نصا واحتياطا ولو رده عليه الكلب المعلم ولم يجرح
معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقد هذا الجرح
وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي
ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة ويتحقق بين فعلي الكلبين
لوجود المجانسة ولو لم يرد الكلب الكلب على الاول لكنه اشتد على الاول حتى
اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الكلب اثر في الكلب المرسل
دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف
الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما واذا
ارسل المسلم كلبه فزجره موجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد
بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار ظهور زيادة الطلب ووجهه ان
الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما يجوز فسخ الاي والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان
الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى
ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية
عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ
الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا
ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه فوقذه ثم ضربه فقتله
اكل وكذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن

او ٧ بمجوسي او كلب لم ٧ التخنيق ٧

الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل منهما
كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بيناه والملك للاول لان الاول
اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في
الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي** قال
ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب
صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد
وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت
الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر خص منها
ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم
الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح
في نفسه واباحة التناول ترجع الى محل فتثبت بقدر ما يقبله المحل لحما و
جلدا ولا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى
صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب
لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت
اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب
صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان
الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو
ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة
او جراد فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى لا يحل
لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو
صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب
اذا جرح السهم الصيد فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط
التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما بينا قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه
بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع
السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان
قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عم انه كره اكل الصيد
اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت

بسبب آخر

بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا
الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توارى ما يكون بسبب
عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت
يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه
موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في
ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا قال فاذا رمى المتردية
صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه
المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا
السقوط من علو يؤدي ذلك قوله عم لعدي رض وان وقعت رميتك في
الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك قال وان وقع على الارض
ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف
ما تقدم لانه يمكن الاحتراز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا
وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة يترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن
التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز
عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل
فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب
او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حدة هذه الاشياء قتله ومما
لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر
بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض
سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت
بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل غير حالة الانشقاق
وحمل شمس الائمة السرخسي على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك
وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصبه من الارض لو وقع
عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس
في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل وما اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عم
فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات
بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذا اذا رماه

بجرح وكذلك ان جرحه فقالوا نا وبله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله
بثقله وان كان الجرح خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان
الجرح خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه
ولو رماه بمروة وحديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا
اذا رماه بما فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق ينقطع بثقل
الجرح كما ينقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج
ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا الا اذا
كان له حدة يبضع فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه
المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا
كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح
او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده
فجرحه حل وان اصابه بحده فجرحه بقفاء السكين او بمقبض السيف لا يحل
لانه قتله دقا والحد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح
مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كان
الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او لغلظ الدم وعند
بعضهم يشترط الادماء لقوله عم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط
الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة
لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه
القولين دخل فيما ذكرنا وان اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فادماه
حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضو
منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات
الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين
الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم تمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا
قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة
وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام
الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره
الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم قوله ابين
بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند
زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال

فصار

فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما
يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا
القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فيخرج عليه المسائل
فيقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ركبة او ثلثه مما يلي القوائم
او اقل من نصف الرأس او اكثر منه لا يحرم المبان ويحل المبان منه
لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا او
الاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه
لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة فيه بعد هذا الجرح
والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال
بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة وابان رأسها يحل لقطع
الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفاء ان
مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب
صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا
مات حل اكله لانه بمنزلة سائر الجراحة وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا
بجلدة حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل
صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الكتاب الذكاة على ما بيناه
في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانه من
اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه
ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه صار
الآخذ وقد قال عم الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولا يؤكل لاحتمال الموت بالكل وهو ليس بذكاة للقدرة
على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال
يخرج منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول
بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده
وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول لا يعيش منه الصيد الا انه بقي فيه
من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى
قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا عبرة

لها

عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف
من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه
الصيد سواء ولا يحل قال والله ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته
لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا لانه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته
وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال تأويله اذا علم ان القتل حصل
بالكل بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والكل بحال لا يسلم
الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الكل وقد قتل حيوانا مملوكا للاول
منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت
حصل من الجراحتين او لا يدرى قال في الزيادات يضمن الكل ما نقصته
جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة
لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن
ما نقصه اولا واما الكل فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا
نصفه وهو مملوك غيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى
ما كانت يصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان
بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لو لاقى الله فهذا بالرمي الثاني
افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان
اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب
فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه
ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا ههنا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل
لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول
اللحم قال فانهم صيد المملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي
الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع
شره وكل ذلك مشروع **كتاب الرهن** الرهن لغة حبس الشيء
بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه
من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روى
انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بدرعه وقد انعقد على ذلك
الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة قال الرهن فينعقد بالايجاب والقبول ويتم
بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة

والصدقة

والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما بيناه وقال مالك يلزم بنفس
العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة
فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على
المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك
بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع
فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل
لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه تأول للقضاء
من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن
محوزا مفرغا غير مشغول تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد ومالم يقبضه
فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم
بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال
الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق
الرهن فالرهن ثالثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين
ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا
لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد
ما نفق فرسه الرهن عنده ذهب حقك وقول النبي عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه
معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك وكذا اجماع الصحابة
والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة
خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان
يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن بدا الاستيفاء
وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل
نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم
الوداع فاسمى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تتعلق على الالفاظ
على فوق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون
موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة
جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء
الدين بحاجته او لضجرة واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد

ن

ء

ان الرهن وقت الغرور

تنعطف بما

تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه
ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء
الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة
حتى كانت نفقته المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا
قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرا اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا
حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده
تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين
هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية
المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت
موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو
تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح
الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
وقال رض ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه
يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة
ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة
به وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق
ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه
فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة
قال وهو مضمون باقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته
والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر
فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان
كانت اقل سقط من الدين بقدره ويرجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء
بقدر المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته
يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة
له حديث علي رض قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مضمونة
مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا
مروي عن ابن عمر رضي الله عنه وعن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد

الاستيفاء

فانه يصح بالمغصوبة

والتراد ما يكون من الجانبين

الاستيفاء فلا يجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة
ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترداد
فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في
الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق
بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم
فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب
المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز
ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار
الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين
اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم
المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد
الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب
لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا
لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل و
مؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه
التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم
يلتزمه فلو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة
جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن الدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه
لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه
صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف
احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
لانه هو العاقد فيرجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين
يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر
باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل
العبد الرهن خطاء حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن
على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من
احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمته بفعله
وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا قال ولو وضع الرهن على
يد عدل فامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار

بالفتح اعم

الرهن

لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه من قدرته ولو
وضعه العدل على يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده
يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين
لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب
العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا قال ولو ان الذي اودعه
العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء
حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن
فتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به ولو كان الرهن في يده
ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى
ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع واذا قضاه الدين قيل له سلم
الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى المستحق فلو هلك
قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض
السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا
الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا تبطل الرهن الا بالرد على
الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك
في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك
لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن
وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط
غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل العقد بالتعدي قال وللمرتهن
ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال ومعناه
ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة
وان حفظه بغير من هو في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على
الاختلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن
في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة
والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن
لانه متعدي بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمين
واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع

كان

اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا

كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان
ان لبسه لبسا معتادا يضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه
سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة ويضمن في السيفين
لان المعتادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر
بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين
ضمن وان كان لا يتجمل ذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ
فيه الرهن على المرتهن وكذا اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن
والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان
في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له
فيكون صلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله
ومشربه قال واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة
الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وحداده والقيام
بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن
مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له فالحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه
وكذا اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا كما في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
رح ان كري المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا
القسم جعل الآبق على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له
ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء
وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة
عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع
فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها يجب
على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس
في الكل ثابت له في المحل فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيقدر بقدر المضمون
ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون
والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم
على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي
ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما من ما وجب على صاحبه فهو متطوع
وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي يرجع عليه كان صاحبه امره به
لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه

كالاولاد والاكساب
بمعنى المأكول والمشروب تسمية للمفعول باسم المصدر
اي من جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته عامة
الضمير في الموضعين راجع الى الرهن عامة
اي من القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن عامة

اي تعلق الدين بالعين والمالية جميعا وتعلق حق المرتهن بالمالية دون العين فكان العين مقدما على حق المرتهن كما

حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي فرع
مسئلة الحبس **فصل ولا يجوز رهن المشاع** وقال الشافعي رح يجوز
وله فيه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء
وهذا لا يتصور فيما لا تناول له العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل
ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم
لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق
من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يقضي اليه الا استحقاق
الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما
اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة
وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه
على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يكفي يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير
كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية
الاصل وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه
الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء
سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وهو
اعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة
البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن

قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل
في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشايع
وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم
بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لانه لا يمكن
قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جايز لان
الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن
الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة
بملك الراهن قال ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة ولا يمنع الصحة
ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا
للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جايز فلا ضرورة الى ادخاله من

غير ذكره لانه ليس بتابع بوجه ما وكذلك يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل
في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية
لما ذكرنا قال ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي
يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن
جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار
المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها
ولا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل بها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون
رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا
في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على الدابة او لجاما
في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه
منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير
ذكره قال ولا يصح الرهن في امانات كالوديعة والعواري والمضاربات ومال
الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع
القبض مضمونا ليتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان
المضمونة لغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك
العين لم يضمن البايع شيئا لكنه سقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن
فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه
مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان القضاء
متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب القيمة فكان رهنا بما
هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة
الفرق ان الرهن الاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك
الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال
يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب له على
فلان فلا يصح الرهن ولو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد
حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا
لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته
لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن
الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء
فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والسلم فيه

وقال زفر رح لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب
الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر وقال والرهن بالبيع باطل لما بيّنا انه غير
مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا
باذنه وان هلك المرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تمّ
الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما قال افتر قابل
هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما قال وان هلك المرهن
بالسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق
السلم ولو تقاسخا السلم وبالسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال
حتى يجب لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته
ولو هلك الرهن بعد التقاسخ يهلك بالطعام السلم فيه لانه رهنه به وان
كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلّم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع
له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بيّنا
وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادّى ثمنه له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
ثم لو هلك المشترى في يد المشترى يهلك بقيمته هكذا هذا قال ولا يجوز رهن
الحرّ والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء و
لا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحرّ وقيام المانع في الباقين
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه
لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كان الجناية خطأ لان استيفاء الارش ممكن
قال ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشترى ولا بالعبد
الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه
شيء ولا بأجر النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا قال ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرهنه من مسلم او ذمي لتعذر الاستيفاء والاستيفاء
في حق المسلم ثم المرتهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا
غصبه وان كان المرتهن ذميا لا يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه
بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم واما الميتة فليس بمال
عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين
بحال ولو اشترى عبدا ورهنه بثمنه عبدا وخلا او شاة مذبوحة
ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه

بدين

بدين واجب ظاهرا وكذا اذا اقتصّ عبدا ورهن بقيمته عبدا ثم ظهر انه حرّ وهذا
كله على ظاهر الرواية وكذا اذا اصالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تقاصّا
تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه وكذا قياسه
فيما تقدم من جنى قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبد الابنه الصغير
لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ
حيلة الغرامة قال ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي
بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيّنا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز
ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو
الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال
وفي هذا نصب حافظ لماله ناجز مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير
المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه
للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلّط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع
وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع
مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند
ابي يوسف رح لا يقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والمرهن نظير البيع
نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه
او من ابنه الصغير الذي لا دين عليه او عبدا له تاجرا لا دين عليه جاز لان الاب لوفور
شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى الطرفين العقد ولو ارتهنه
الوصي من نفسه او من ابنه او رهن عينا له من اليتيم لم يجز للتيم عليه لم يجز
لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما يتولاهما في
البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب
والرهن من ابنه الصغير او عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن
من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه ولاية له عليهم
بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن
لانه له حكما واحرازا فان استدان الوصي لليتيم فكسوه وطعامه فرهن به
متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق
فيجوز وكذلك لو باع لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تشميرا
لمال اليتيم فلا يجد بدّا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء قال واذا

رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده
حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه
بعد البلوغ لقيامه مقامه قال ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن
رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع
عليه قال ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جايزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفاء دينه من ماله
بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او الوصي
الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض
المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من
الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ
لانه استعارة لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال
دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد
في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي قال ولو استعاره لحاجة نفسه
ضمن للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال لحاجة نفسه قال
ولو غصبه الصبي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده
فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي
حق الصبي بالاستعمال لحاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان
كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم
عليه مثل ما وجب له عليه فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين
حتى ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون
عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر القيمة
الى المرتهن والفضل الى اليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن
له لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا
حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه فلو انه غصبه
واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه بحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ
لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب
او الوصي بغصب مال الصبي لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لان له

لما ان له

الصغير ؛

لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن بأخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان
كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع
الوصي على الصغير بذلك لما ذكرناه قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فاذا رهنت
بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة
عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون
رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة
فضاع فهو بما فيه ومعناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر بهذا الجواب
من وجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار
القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين
مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه
لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة
لانه يؤدي الى الربوا فصيرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض
فيجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جايز كما اذا تجوز به وقد
حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب
الضمان لانه لا بد له من مطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين
بتعذر القبض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت
ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا رح
فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف
ليستوفي من عينها والزيافة لا يمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن
ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين
قال ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند
ابي حنيفة وابي يوسف لا تجب على النكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين
لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الافتكاك مع النقصان
لما فيه من الضرر فصيرناه انشاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او
جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح

ولا الى ان يفتكه هيچ خلاف

ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد

وهو استثناء من قبض الاستيفاء

ان شاء افسخه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا بحالة الانكسار
بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا فيصير بمنزلة الهلاك وفي
الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا
الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع
المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين
بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
ثمانية فضمن قيمته من خلاف جنسه جيدا او رديا من جنسه ويكون رهنا
عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر
حالة الانكسار بحالة الهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رح يضمن قيمته ويكون
رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده للجودة والرداءة فان كان
باعتبار الوزن كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا
لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون
التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون
خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يوزن حتى لا يبقى الرهن شائعا
ويكون مع قيمته خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة
والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثني عشرة
وهذا لان الجودة متقومة رفرانا حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها
ورفرانا لمريض وان كانت لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه في المبسوط
والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري
شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
انه صفقة في صفقة وهي منهي عنه لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد
لان الكفالة والرهن للاستيفاء وانه يلايم الوجوب واذا كان الكفيل
حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح
العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا
حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة فالرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه

فيفسد

فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن
تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رح يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار
حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ولنا نقول
الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن
البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف
مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا
لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان بدل الاستيفاء يثبت على
المعنى وهو القيمة ومن اشترى شيئا بدراهم فقال البائع المشتري امسك
هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى
الرهن والحبس الى وقت الاعطاء والعبرة للعقود للمعاني حتى كانت
الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر
رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن و
يحتمل الايداع والشك اقلها فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك
او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة
احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما
يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون
محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في
يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به
فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات لان يقبضه اذا ادى ما سمى
له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني
انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا ترى
انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين
بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن
اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورة
محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد
منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه
قال فاذا اثبتها شائعا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال
والمضمون على كل واحد منهما حصة دينه لان عند الهلاك يصير كل

361

واحد منهما مستوفيا حصته اذا الاستيفاء مما يتجزى فان اعطى احدهما كان
كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق على
هذا الجنس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته فان رهن رجلان يدين
عليهما لرجل رهنا واحدا فهو جايز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن
ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير
شيوع فان اقام رجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه رحمه عبده
الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت بينة انه رهنه
كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد
يستحيل ان يكون كله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله
لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف
لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه
يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذ اجهل التاريخ بينهما وجعل في
كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف
ما يقتضيه الحجة لان لكل واحد منهما اثبت ببينة حبسا يكون وسيلة
الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى
شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه ان كان
قياسا لكن محمد رح اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان
الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما واقام كل واحد
منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا ببيعه
لحقه استحسانا وهو قولهما وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف
رح لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء
بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حال الحياة وجه الاستحسان ان العقد
لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره
وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره فصار كما
اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا
البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل
الانقسام والله اعلم **باب الرهن** يوضع على يد عدل اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك رح لا يجوز ذكر قوله
في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه

عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك
في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان و
المضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من
الرهن فانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في
حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه
لتعلق حق المرتهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به
استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك من ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن
او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق
المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا
ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلك المدفوع
اليه او هلك في يده لا يتدران يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا
ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذا منه ويجعلا رهنا
عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل
كذلك ولو فعل ذلك ثم قبض الراهن الرهن وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى المرتهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول
الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها
بالدفع الى المرتهن فالرهن باخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في
يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين
البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع
الرهن عند حلول الاجل فالوكالة جايزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت
في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها شرطت
في ضمن عقد الرهن فصار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة
الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطاله
كالوكيل بالخصومة عند القاضي بطلب المدعي قال ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع
بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما
وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو
بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه

بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه قال وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فبقي بحقوقه واوصافه قال وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملك الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لانه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب قال وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه قال وليس للراهن ان يبيعه الا باذن المرتهن لان المرتهن احق بعينه من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يد الراهن ان يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الذي وهو ان فيه ايتاء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان موكله يبيعه بنفسه فلا يتواحقه اما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الراهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل قال واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد المرهون الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لهما ودما قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمن غيره وكشف هذا ان المبيع المرهون اذا استحق اما ان يكون باقيا او قايما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع

والتسليم

والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة نفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع عليه فاذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه ورفع الوجه الثاني وهو ان يكون قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وبهذا تم حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن قال ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل الى الراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل قال ولو كان التوكيل بعد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة لا يرجع به على الراهن قبض الثمن المرهون ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المقيدة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي رح وبهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد المرهون ورد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض وان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الاداء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتفى

اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن
برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين
انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا
هذا طعن ابي خازم القاضي رح والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور
والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل
منه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق
يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين
انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى مرارا

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن
الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن
فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع
ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به
فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان
قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود
وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل قال واذا نفذ البيع باجازة المرتهن
ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم
المبدل فصار كالعبد المديون المرهون اذا بيع برضاء الغرماء يتبدل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا
وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان حق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك
فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ
بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه
وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء
المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان
شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم
وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل
القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرناه وكذا هذا قال ولو باع الراهن
من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف
ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني

قال

قال ولو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني قال ولو باع الراهن ثم آجر او رهن
او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق
ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه
لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل له في الهبة
والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في
مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع
فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن
نفذ عتقه وفي بعض قول الشافعي رح لا ينفذ لابطال حق المرتهن
فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله
لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة
تبقى مدتها اذا طرء يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب
اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض واعتق الآبق والمغصوب
ولا خفاء في قيام الملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ
عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في
اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى
من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ
في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد
الموصى برقبته لا يلغوا بل يؤخر الى السعاية عند ابي حنيفة رض قال واذا نفذ
الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا
والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة
بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد
وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين
فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس من حقه ورد الفضل وان
كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس
حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع
بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رض وتاويله ان كانت
القيمة اقل من الدين اما اذا كانت الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى
ثم يرجع على مولاه بما سعى اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر
فيه بحكم الشرع فرجع عليه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه

بما تحمل عنه

اذا كان المعتق معسرا لان في الرهن تنفيذه صح

اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا صح

يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله
وههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الرهن
ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي
اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرطا الاعسار لان الثابت
للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الملك الثابت للشريك الساكت
فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يو
رح والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه
في الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعادة
من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعادة من
الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيها لسوينا
بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له
رهنتك عبدك فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا
خلافا لزفر رح هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر
بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف
ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبر الراهن
صح تدبره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع
على اصله قال ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد
بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ملك الاب في جارية الابن فيصح
بالاعلى واذا صح خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين
منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه
في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد
في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى
في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده
ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه
الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه
من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر
وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته فنا لانه عوض
الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا

لانه

لانه يقضى به الدين قال ولو اعتق الراهن المديون وقد قضى عليه
بالسعاية او لم يقض ثم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق
ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى
قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه
بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين قال وان
استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة فتكون رهنا
في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه وكذا في استرداد ما قام مقامه
والواجب على هذا المستهلك قيمة يوم هلك فان كانت يستهلكه قيمته يوم
خمسمائة ويوم رهن الغاصم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين
خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة فالمعتبر في ضمان
الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك قال ولو استهلكه المرتهن او الدين
مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه قال واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن
منها قدر حقه لانه جنس حقه قال ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه ملكه
وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين يتراجع بالفضل الى خمسمائة
فقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط
من الدين خمسمائة لان ما انتقص كان هالكا فسقط الدين بقدره ويعتبر
قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب
عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن
للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة
يد العارية ويد الرهن قال فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات
القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق
الا ترى حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن
كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة
والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت
في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا
اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته كذلك لو اعاده
احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا

كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وبهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يبرأ عن الرهن فلا يعود الا
بعقد مبتدأ قال ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة
للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فتبطل به حكم الرهن
اما بالاعارة لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن
من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان المرتهن لبقاء
يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية قال ولو هلك
في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة لليد
الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه
ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه
متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو
قضاء الدين فيجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن
كما ينفصل رد والارفع حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعا
لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة قال ولو عين قدرا لا يجوز للمستع
ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير
مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس و
بالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض
وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ قال واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء
المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن
بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان
رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن
بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على
الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون
القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه و
وجب مثله لرب الثوب على الراهن لما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين
ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيته دينا للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه

قال

قال ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن
للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه
متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب
ان لا يقبله قال ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد
ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه قال
ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك رهنا ثانيا
الحالين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول
قوله في الانكار اصلا فكذا في انكار وصفه قال ولو رهنه المستعير بدين موعود
وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة
سواء يضمن قدر الموعود والمسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن
بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة بيراءة ذمته
عنه قال ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم
المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء
ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون
رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد
العين قال ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة
قبل ان يرهنها ثم رهنها مثل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضها حتى هلكا عند
المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنها فانه كان
امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد
الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك
وقد عاد الى الوفاق فبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد
نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود
الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء وجناية الراهن
على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال كجعل
المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا
اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد ايقوم مقامه قال وجناية

المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين
وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه وجناية
الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال
اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان
الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء
الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على
غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه
وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال
المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبر
للمرتهن كان عليه تطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب
الضمان له مع وجوب التخليص عليه قال وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر
بالاتفاق اذا كان قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه
لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت قيمته اكثر من الدين فعند
ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه
جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو
الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن
الراهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال
ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطأ وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن
يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء قال واصله ان النقصان
من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رح هو يقول ان
المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة
عن فتور رغبات الناس وكذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء
فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر
بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم
الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه

بدل

بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على
دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية
فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء
من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا
للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي
الى الربوا فيصير مستوفيا المائة ويبقى تسع مائة في العين فاذا هلك يصير
مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا
الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا وان كان امر الراهن ان يبيعه
فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسع مائة لانه لما باعه باذن
الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن
ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك ههنا وان قتله عبد وقيمته مائة فدفع
اليه مكانه افتكه بكله بجميع الدين وهذا عندهما وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء
افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح
يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف
بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر رح ان العبد الثاني
قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رح في الخيار
ان المرهون يتغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل القبض
والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا
ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني عند مقام الاول لحما ودما كما
ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه
ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان
الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تمليكه باداء الضمان مشروع
قال ولو كان العبد يراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي
مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ
فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى
ظهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية
حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل
للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما صار

الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم
الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق بعضه في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا اذا افدى لان
العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن
اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في
الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء
من الدين كما لو هلك في الابتداء قال وان فداه فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين
الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في
الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في
الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين
العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال
فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن
وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن
فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر
دين العبد وبطل دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد
يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه
وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ
الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده
لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله قال وان كان قيمة العبد الفين
وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لمولاه افد بالان النصف منه مضمون
والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن قال وفي الامانة على
الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يكون
في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما يتم الرضاء به فان تشاحا فالقول
لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال
حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا
في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك
يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض

صحيح

صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن
ولاية الدفع لما بيناه فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة
الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما
الزمه والحالة هذه كان متبرعا وعلى هذا ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع
مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى قال ولو ابى المرتهن ان يفدي
وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه لان سقوط الدين
امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف
الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف
الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه
الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه
فيبقى العبد رهنا بما بقي قال ولو كان المرتهن فدى وهو والراهن حاضر فهو متطوع
وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول ابي حنيفة رح وقالا والحسن بن زياد
وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه
الاجنبي ولابي حنيفة رح اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن
فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج
الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا
مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى به الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى
الوصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصي وان لم يكن له
وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا للخصوم والمسلمين
اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره
ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة
عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء
الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه
جاز لزوال المانع لوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن
اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده
واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال
رضي الله عنه وفي ارتهان الوصي تفصيلات ذكرناها في كتاب الوصايا انشاء
الله تعالى **فصل** ومن رهن عصير العشرة قيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع

368

يكون محلا للرهن اذا الحلية بالمالية فيهما والحمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء
فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد
الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب قال ولو رهن
شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو
رهن بدرهم كما كنا لانه الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حبي بعض المحل يعود
حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث
لا يعود البيع لينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن
يتقرر بالهلاك على ما بيناه فمن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول
يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن مثل اللبن والثمر والصوف والولد
لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري
اليه قال فان هلك هلك بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل
لانها لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها قال وان هلك الاصل
وبقي النماء انفكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير
مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد
المبيع فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما
اصاب النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل يخرج على هذا الاصل وقد
ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات قال ولو رهن شاة
بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت
فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شئ من ذلك اما الاباحة مقصودة
فتصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع
الخطر ولا يسقط شئ من الدين لانه اتلفه باذن الراهن فان لم يفك الشاة
حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب ثم على قيمة الشاة
فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان
اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط
من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له
حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله
وكذا جميع النماء الذي على هذا القياس ويجوز قال ويجوز الزيادة في
الرهن ولا يجوز في الدين عندهما ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف

لان البيع لم

يجوز الزيادة

يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز فيهما والخلاف
معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في
البيوع ولابي يوسف رح الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في
البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب
الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا
بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع من الدين والالتحاق باصل العقد
غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق
على الرهن وكذا يبقى بعد انفاخه والالتحاق في اصل العقد في بدلي العقد بخلاف
البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وسمى بهذه
زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة
يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول
يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين
وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتها في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان
في كل واحد منهما يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض
قال واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل
واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد
الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام قال ولو كانت الزيادة مع
الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال رهن
عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول
فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخرين حتى يجعله مكان الاول
لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن
الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه با
لقبض لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما تراضيا بدخول احدهما فيه واذا رد الاول دخل الثاني
في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة
ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى
زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة

قال ح

لا يدخل ح

ويجدد

في يده ما لم يرده الزيوف وقيل تجديد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن
تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة
ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة
عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم
هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن
مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق
الدين بالابراء او الهبة ولا جهة لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه
يصير به غاصبا اذا لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا
بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا
كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء قال ولو استوفى المرتهن
الدين بايفاء الراهن متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين فيجب عليه
رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء
ووجه الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء
لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب
مطالبته مثله فاما هو في نفسه فهو قائم فاذا هلك تعذر الاستيفاء الاول
فانتقض الاستيفاء الثاني فكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين
لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء بطريق الاداء لانه يزول
به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن
للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان
لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على
قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل القتل على خمسة اوجه عمد وخطأ وشبه عمد وما اجري
مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال
فالعمد ما يتعمد ضربه بسلاح وما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب
وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد و
لا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا
فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم

خالدا فيها

خالدا فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع
الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد
بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل
وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك
قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا
وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان
له حق العدول الى المال من غير رضاء القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك
فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره
لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من
الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة
والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين
وفي الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم
قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا
وعند الشافعي تجب الكفارة لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه
في الخطاء فكان ايجابها ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى
العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع
الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله لا ميراث
للقاتل وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولا اجري مجرى السلاح وقالا وهو احد قولي الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم
او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه
يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد به غيره
كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه
لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصاء وفيه مائة
من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها
على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى
الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصاء الصغيرة وموجب ذلك
على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ
والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء

تتكامل

لها

لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء فتجب في ثلث
سنين لقضية عمر رضي فتجب مغلظة وسنبين التغليظ من بعد ان شاء
الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في
سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبهة
العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد
وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم
وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة
والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي
على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه فلا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا
المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة
والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى فيحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد
الضرب موضعا في جسده فاخطأ واصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص
لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد وما
اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فقتله حكم الخطاء في الشرع
قال واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف
فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعدي فيه قال فانزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث
وقال الشافعي رح يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل
منه معدوم قاتلا حقيقة والحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على
الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه
كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها
لا يختص اتلافه بآلة دون آلة **باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه** قال
القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية
فلما بيناها واما حقن الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الاباحة ويتحقق
المساواة ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى
الآية ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص

على المساواة

على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر
بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر
لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساوات في العصمة
وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين
يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه
قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه
لا مساوات بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا
ما روي ان النبي عم قتل مسلما بالذمي ولان المساوات في العصمة ثابتة
نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بيناه ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا على المساوات ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح قال ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء
العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه
لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رح في قوله يقاد
اذا ذبحه ذبحا ولانه تسبيب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا
لا يجوز به قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن و
القصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء
وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذلك الوالدة والجدة من قبل الاب او الام
وان علت او سفلت لما بيناه قال ويقتل الولد لعدم المسقط قال
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه
لان القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصا على ابيه سقط بحرمة الابوة
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما يفعل
ان كان فعلا مشروعا فان مات والا يجز رقبته لان مبنى القصاص
على المساوات ولنا قوله لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان
فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجز

فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس لمولاه وارث
الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح هو لا يرى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فان له الولاء
ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا
ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم و
الحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى
به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح قال ولو
ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع المولى
لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا
اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم في موته على نعت الحرية
او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيها فان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب
لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل او لم يترك وفاء فان العتق
في البعض لا ينفسخ بالعجز قال واذا قتل عبد الراهن لم يجب القصاص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن فيشترط لان المرتهن لا ملك له فلا ولاية والراهن
لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق
المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلا بيه ان يقتل لانه من الولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه لانه من الولاية
كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان
فيه ابطال حقه ولذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا كما ذكرنا والوصي بمنزلة
الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من
قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص
في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح
لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور
ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب
بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو
لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك
الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي

وفي

وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت
وقاية للنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال
والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى
ان من قتل الولي له يستوفيه السلطان والقاضي عنزلته فيه قال ومن
قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق
الصغار فيتوقف الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان
بين المولييين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
واحتمال العفو من الصغير منقطع فثبت لكل واحد كملا كما في الولاية لانكاح
بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو ثابت من الغائب ومسئلة المولييين
ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بحجر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان
اصابه بالعود فعليه ديته وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فتكمل
السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح
اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما
نبينه انشاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود
فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر
الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف
ابي حنيفة رح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقيل هو بمنزلة السوط ففيه
خلاف الشافعي رح وهي مسئلة الموالات له ان الموالات في الضربات الى
ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ
العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالات
قد تستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعزى اول
الفعل عنه وعساه اصابه المقتل والشبهة دارئة للعقوبة فتجب
الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وقالا
يقتص منه وهو قول الشافعي رح غيران عندهما يستوفى جزاء وعنده
يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عم من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة
فاستعمالها امارة العمدية ولابي حنيفة رح في العصمة وله قوله عم الا ان قتيل
خطأ العمد قتيل السوط العصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة

للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان
القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة
للجلمين ولا تماثل بين الجرح والرق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر فكذا لا تماثلا
في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب والمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع
القصاص وجب الدية وهو على العاقلة وقد ذكرناه اختلاف الروايتين في
الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب الفراش حتى مات فعليه
القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال
واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه
مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه
والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به
نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما يجب بالدية اذا كانوا مختلطين
فان كان في وصف المشركين لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من
كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس
واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في
الاخرة حتى ياثم فيه وفي النوادر ان عندهما يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف
رح عليه هدر ولا يصلى عليه وفي شرح سير الكبير ذكر في الصلاة عليه
اختلاف المشايخ على ما بيناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا
وكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس
فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد
منهما ثلثة فيجب عليه ثلث الدية **فصل** ومن شهر على المسلمين
سيفا فعليهم ان يقتلوه ولا شيء عليهم لقوله عم من شهر على المسلمين
سيفا فقد احل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين
طريقا لدفع القتل عن نفسه وله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رح في
الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى
وجوب دفع الضرر وفي سرقة جامع الصغير قال ومن شهر على رجل
سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر

فقتله

فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في
الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في
الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله رجل كان دمه هدرا قالوا فان كان
عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون
على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح عليه انه
يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا
عن نفسه قتله فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله
فاشبه المكره ولابي يوسف رح ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق
لا يجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة بحق مالكها فكان فعلهما مسقطا
للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا
معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان
عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقيق الفعل
منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود
المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر
فضربه ثم قتله الاخر فعليه القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من
ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل على غيره ليلا
واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم قاتل دون مالك و
لانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل
المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل **باب القصاص
فيما دون النفس** ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان
كان يد اكبر من يد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة
فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع
من المفصل فاعتبر ولا يعتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف
بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال
ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع
فان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال

بالقتل صح

373

في الكتاب يجعل له المرآة فيجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فذ هب ضوءها وهو المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن الاية وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الاخر لان منفعة السن لا يتفاوت بالصغر والكبر وفي كل سنخة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا ولا قصاص في عظم الا في السن وبهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم وقال عم لا قصاص في عظم والمراد غير السن لان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد قال ولو قلع من اصله فبقلع الكل فيتماثلان وليس فيما دون النفس شبه عمد وانما هو عمدا وخطأ لان شبه العمد يعود الى الالة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الالة فلم يبق الا العمد والخطأ قال ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رح في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله بخلاف النفس لان المتعلق اذهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر ولنا بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسير العظم ولا ضابط في الجائفة فيه وكذلك البرء نادر فيقضي الباقي الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فللمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انقطع عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد قال ولو سقطت الموقة قبل اختيار المجني عليه او قطعت خطأ فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت يحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب الدية وهو الارش لانه اوفى حقا فصارت سالمة له معنى قال

يجب عليه الارش صح

ومن شج

ومن شج رجلا فاستوعب الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار الشجة يبتدئ من اي جانب شاء وان شاء اخذ الارش كملا لان الشجة موجبة لكونها مشينة وتزداد الشين بزيادتها وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر ما يلحق المشجوج فينقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفاء الشاج فهو بالخيار ولان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في قفاء الشجة في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتباره بالمساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لانه موضع القطع معلوم كالمفصل قال ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يوقف فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل** واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف الاية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا لاشتماله على احد الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكر حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو كالمهر والثمن بخلاف الدية لانه ما وجب بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر مولى العبد رجلا بان يصالح عن دمها على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما وقال واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا

لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب
دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عم بتوريث امرأة اشيم
الضبابي من عقد زوجها اشيم ولاية حق يجري فيه الارث حتى ان من
قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن
الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق
الارث او يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع
فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف
ما اذا قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من
غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط
القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل
وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من
المال في ثلث سنين وقال زفر رح يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين و
عفى احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر كما اذا قطعت يده خطأ ولنا
ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه والواجب
في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا
قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه
اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من
جزة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال واذا قتل واحد جماعة فحضر
اولياء المقتولين قتل بجماعهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل
له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم فيجب للباقين
المال قال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم وقيل
يقرع بينهم فقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات
والذي يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول
الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل
اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل
واحد جرح صالح لازهاق الروح فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله
واكتفى به قال ومن وجب عليه قصاص اذا مات سقط القصاص لفوات

محل

محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي
اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد
فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية قال ش يقطع يداهما و
المفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما
والمحل صحري فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان
الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات
بطيئة فيلحقه الغوث وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها
قال وان قطع واحد يمين رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف
الدية يقتسمان نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال ش في
التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت
الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي
بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل فثبوته مع المنافي فلا يظهر
الا في حق الاستيفاء اما المحل خلو منه فلا يمتنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب
يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية
لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى
لم يبق محل الاستيفاء فتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا
قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه
يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه
لانه مضر به فيقتل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية
حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى حق بطريق
الضمن فلا يبالي به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه
القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان قتل الاول عمد والثاني احد نوعي
الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده

او قطعه عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع
يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع
بين الجراحات واجب ما امكن بينهما تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع
بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح الا ان لا يمكن الجمع
فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف
حكم الفعلين وفي الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد
تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة
وان كان قطع يده عمدا قبل ان يبرأ يده فان شاء الامام قال اقتلوه ثم
اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا يقطع
يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع
متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود والتعمد ساوا
في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او
لان آخر القطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود
على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد و
بخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار
المساوات ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بآخر القاطع
للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجرح في حالة واحدة ولا يجتمعان قال ومن ضرب
رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من العشرة ففيه دية واحدة لانه
لما برأ منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي
الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة
رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكومة عدل وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب
قال وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له اثر يجب حكومة العدل لبقاء
الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفى
المقطوع يده عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس
ثم ان كان خطأ فهو من الثلث المال وان كان عمدا فهو من جميع المال
وهذا قول ابي حنيفة رح وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا
وعلى هذا الاختلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرت الى النفس ومات لها
ان العفو عن القطع موجبه عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل
اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع

يتناول

يتناول الباري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن احد نوعيه
وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا
ولهما ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو يتناوله
بعذره لانه عفى عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه
فيه فحين وجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا ان في الاستحسان يجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة
وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الباري نوع من القطع وان السراية صفة
له بل الباري قتل من الابتداء وكذا الايوجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله
العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس فبخلاف العفو عن الشجة
وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القتل خطأ فقد
اخرأه فجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن في ذلك اطلاقه الا انه ان كان
خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق
به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال
وحق الورثة يتعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث واذا قطعت المرأة يد رجل
فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان
عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن القطع اذا لم يكن عفوا عما
يحدث عنده فالمتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا
كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا الا بما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج و
ان كان يتضمن العفو على ما بيناه ان شاء الله تعالى وان كان القطع خطأ يكون
هذا تزوجا على ارش اليد لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى
تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية في مالها لانه عمد والقياس
ان يجب القصاص على ما بيناه قال واذا وجب لها مثل مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان فضل في الدية يرده على الورثة وان كان في المهر
يرده الورثة عليها واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان
لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على ما يحدث
منها او على الجناية ثم مات من ذلك او القطع عمدا فلها مهر مثلها لان هذا تزوج
على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها

على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه
بجهة المهر فسقط اصلا كما اذا سقط القصاص بشرط ان لا يصير مالا فانه
يسقط اصلا فان كان خطأ يرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها ولهم
ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي يصلح مهرا الا انه يعتبر
بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج
الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم
بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا
بقتلة فان كان يخرج من الثلث تسقط وان لم يكن يخرج من الثلث فسقط ثلثه
وقالا كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو
عما يحدث عنه فاتفق جوابها في الفصلين قال ومن قطعت يده
فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود
اذا استوفاه طرف من عليه القود وعن ابي يوسف رح انه سقط حقه في القصاص
لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه
ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مسريا بدون العلم
قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى وقد قضي له بالقصاص او لم
يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى
حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه
فكذا اذا سرى او عفى وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده
وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن وله
انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذه قطع وابانة وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا قال واذا
سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية
فيكون مستوفيا حقه فملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا
عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك
لا يظهر لعدم ضرورته بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم
يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع
وما عفى وبرأ الصحيح انه على الخلاف قال واذا قطع ثم حز رقبته

قبل البرء

قبل البرء استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع
وان كانت تابعة قياما والكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف اذا استوفاه
لانه تابع للنفس من كل وجه قال ومسئلة القصاص في الاطراف اذا استوفاه
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه فهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من
سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السلامة ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في
القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى
الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما اذا استشهد به من المسائل
لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات
لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام و
لا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبهه
الاصطياد

باب الشهادات في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر
وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب وانه يعيد البينة
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيدها بالاجماع وكذلك
الدين يكون لابيهما على الآخر لهما في الخلافية ان كان القصاص طريقه طريق
الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك لمن له الملك في المعوض
كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا سقط بعفوه بعد
الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقي وله ان القصاص
طريق الخلافة دون الورثة الا يرى انه ثبت بعد الموت والميت
ليس من اهل بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب
شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه للاثبات ابتداء
لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام
القاتل البينة ان الغائب قد عفى فالشاهد خصم وسقط القصاص لانه
ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات
العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين
قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا فان كان الاولياء ثلثة
فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفى فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما

لانهما يجران شهادتهما الى انفسهما معنا وهو انقلاب القود مالا فان
صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما فقد اقر بثلثي
الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو
ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية
ومعناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط
القصاص فقبل واد عيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة و
ينقلب نصب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف
اليهما فان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه
لاقراره له بذلك قال فاذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش
حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت بالمعاينة
وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه
لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات
وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء خارج قال واذا اختلف شاهد القتل
في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل او قال احدهما انه
قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان القتل لا يعاد
ولا يتكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل
بالعصا غير القتل بالسلاح لان الكل عمد والاول شبه العمد ويختلف
احكامها فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا و
قال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد وان
شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله فعليه دية استحسانا والقياس
ان لا يقبل بهذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل الشهود
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمحل فيجب اقل
موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالشهود
عليه ستر اعليه واولو اكذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح
ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله
لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل
واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان
شهد واعلى رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا

بطل

بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود
المقر له كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له
والمشهود له غير انه تكذيب في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب
المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب
تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما الفسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار القتل

فاما قتل ومن رمى مسلما فارتد الرمي اليه
والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا
لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون منهدرا للرامي عن
موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت ولان الضمان يجب بفعله وهو الرمي
اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمى اليه فيهما متقوم ولهذا يعتبر
حالة الرمي في حق الحل حتى لا يجب بردة الرامي بعد الرمي اليه وكذا في حق الكافر
في حق التكفير حتى جاز بعد الموت اجراء قبل الموت والفعل وان كان عمدا
فالقود ساقط للشبهة ووجبت الدية قال ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ووقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم
لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته
متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به
فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمى وقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رضي الله عنه له ان العتق قاطع
للسراية قال واذا انقطعت بقي حكم الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى
اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت
الرمي لان فعل الرامي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع
والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو
وجب شيء وجب للعبد ابتداء مخالفة للنهاية فما رمى قبل الاصابة ليس باتلاف
شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما فات الرغبات فيه فلا يجب به الضمان
فلا تخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى فرق رح وان كان يخالفنا
في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالجناية عليها متقنا باعلى ما بيناه
ثم رجع احد الشهود ثم وقع السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح
الدم فيها قال واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ووقعت الرمية بالصيد لم يؤكل
فيها قال وان رماه مسلم ثم تمجس والعياذ بالله يؤكل لان المعتبر حالة الرمي

378

قوله قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة اي قال القدوري في مختصره وانما اشترط الايمان في كفارة القتل دون سائر الكفارات لانه منصوص عليه بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة والنص وان كان ورد في الخطاء ولكن شبه العمد فيه معنى الخطاء ثبت فيه حكم الخطاء قوله فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص اي ان لم يقدر على اعتاق الرقبة المؤمنة فعليه صوم شهرين على التتابع بالنص المذكور في الخطاء لان شبه العمد في معنى الخطاء وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله عليه البيان

في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فيعتبر الاهلية وانسلابها عنده
قال ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء قال وان
رمى اليه وهو حلال ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي
وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال
فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة
على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته
عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين الآية بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص
والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء
او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به
والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته
وهو الكفارة في الخطاء لما تلونا وديته عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما
مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله
ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها
اولادها لقوله عم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة
من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك
فيما قلنا قوله عم في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت
لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ
ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال رضي الله عنه ولا يثبت
التغليظ الا في الابل خاصة لان التوفيق فيه فان قضى بالدية في
غير الابل لم يتغلظ لما قلنا وقيل الخطاء يجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بيناه من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا به والشافعي عليه
لروايته ان النبي عم قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال و
لان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور غير ان
عند الشافعي بعض بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه
ما ذكرنا ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال

الشافعي

الشافعي رح عليه من الورق اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان
النبي عم قضى بذلك ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عم قضى
بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم تاويل ما روي انه قضى من دراهم كان
وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلاثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة
ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل
مال منها وله ان التقدير انما يستقيم لشيء معلوم المالية وهذه الاشياء
مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتا حلة ومائتا
بقرة لا يجوز وهذا آية التقرير بذلك ثم قيل وهو قول الكل فيرتفع الخلاف
وقيل قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي رح عليه ما دون
الثلاث لا يتنصف واما مرفوعا زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه
لعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها اعتبارا بها وبالثلاث وما فوقه قال
ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة
آلاف درهم قال ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح عليه دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم دية عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل
عنده اثنى عشر الفا وللشافعي رح ما ان النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني
اربعة آلاف درهم وقال ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عم دية كل
ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه
الشافعي رح لم يعرف رواية ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر ما وراه
مالك رح فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال
في النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى
سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عم قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية هكذا هو الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعمر رضي الله لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس
منفعته على الكمال اذا ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية
لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله

مطلب دية المرأة

اي عدم جواز الصلح على الزيادة

اي نصف دية الرجل فيجب في قتلها خمسة آلاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة بما روي ان عمر وعليا وابن مسعود قالوا كذلك

وفي اللسان الدية صح لان في قطعه تفويت منفعة الايلاج وكذا لو قطع حشفة لانها الاصل في منفعة الايلاج والدفق

قيد بالكمال في المنفعة او في الجمال احترازا عما ليس بكمال فيهما حيث لا يجب كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان اخرس فانه لا يجب الدية لانه لم تفت جنس منفعة ولا فوت جمال على الكمال كذا في الذخيرة

379

قضاء رسول الله ﷺ بالدية كاملة في اللسان والانف وعلى هذا ينبغي ان تجب في كل شفر الدية كاملة لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن والارنبة لما ذكرنا قال ولو قطع المارن من القصبة لانه اداء على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا اذا قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسم الدية على عدد الحروف المتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقبل ان قدر على اداء الاكثر ما يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كمل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطئ والايلاد والسماك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الايلاد عادة وكذا الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والرفق والقصبة كالتابع له وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ابهت سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر حال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفوت به منفعة الجمال وفي شعر الرأس الدية كاملة وقال مالك رح وهو قول الشافعي رح فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا يرى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعند ابي حنيفة رح انه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج اذا كان النابت على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ في حلقه لان وجوده كعدمه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك بان كان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا قدرت المنبت

وان نبت

وان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل قال وان نبت بيضاء وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجب شئ في اطراد لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل في اطراد ايضا لانه في غيرا وانه يشينه ولا يزينه ويستوفي الخطاء والعمد على هذا الجمهور قال وفي الحاجبين وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام من قبل في اللحية قال وفي العينين الدية وفي البرجليين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الاشفيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال في كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتب النبي ﷺ لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية لان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية وفي ثدي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة كما بيناه بخلاف ثدي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع واسماك اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدهما ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رضي الله عنه في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه تفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب قال واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان في احدهما ربع الدية وفي ثلثة منها ثلث اربا عها وفي يحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا وقال ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل شئ واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله ﷺ في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر عشر فينقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع ثلث مفاصل وفي احداهما ثلث دية الاصبع والتي فيها مفصلان ففي احداهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وفي كل سن خمس من الابل

وما فيه مفصلان

الا شعر هكذا روي عن جماعة من الصحابة منهم ابو موسى رضي الله عنه اخرجه ابو داود والنسائي عنه عن النبي عليه السلام

وفي التحفة اذا قطع الاجفان التي لا اشفار لها يجب حكومة عدل

380

لقوله عم في حديث ابي موسى الاشعري رح وفي كل خمس من الابل خمس
والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض
الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء
فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا
ففيه القصاص وقد مر في الجنايات وقال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته
ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق
تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة قال ومن ضرب صلب غيره فانقطع
ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على
الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص
الجلد اي تخدشه ولا يخرج الدم قال والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله
كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم قال والباضعة وهي التي
تبضع الجلد اي تقطعه قال والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم قال والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس قال
والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه قال والهاشمة وهي التي
تكسر العظم قال والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله
قال والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ ففي الموضحة
القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة
ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص
قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساوات فيها
لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص
فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية
يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساوات فيه اذ ليس
فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ
حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن
اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن النخعي رح وعمر بن عبد
العزيز رح وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة
عشر الدية وفي المنقلة خمس عشر الدية قال وفي الآمة ثلث الدية

ونصف عشر الدية

وفي الجائفة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي
في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية
وقال عم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم
في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة
الجائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة
ثلث الدية ولهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل
المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم فيه ويسود وما ذكرناه
بدئا مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم محمد
وبعد هذا شجة اخرى ثم تسمى الدامغة وهي التي تصل الى دماغ وانما
لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة
ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الراس والوجه
يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرها نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير
بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي
يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان
هذان لاستوائهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك
رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق
من المواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما من غير فاصلة
فقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس
او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم
مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم به هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع
عشر وقال الكرخي رح عليه ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية
على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه
ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليد الدية وفي احديهما نصف الدية

لان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد
ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن
ابي يوسف رح انه ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع المنكب والى الفخذ
لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة البطش والبطش
يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق
التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال فان قطع الكف
من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين
فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف
والاصبع فيكون عليه الاكثر ولا يدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع
بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل
من وجه فرجحناه بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة منهما
وشرعا لان البطش يقوم بهما واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل
والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب
قال ولو كان في الكف ثلثة اصابع حقيقة شرعا يجب ارش الاصابع ولا يجب شيء في الكف
بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف
كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا
للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك سن الشاغية
لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعرف صحته حكومة عدل و
قال الشافعي رح يجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع
المارن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها
لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالتزام بخلاف المارن
والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك
لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد الصوت ومعرفة الصحة
فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد
ذلك حكمه حكم البالغ قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل
ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء
فصار كما اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت

في العمد والخطأ

يسقط

يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في
الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل
واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما
ذكرنا من قبل قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع
الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رح ان الشجة
تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية
فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه الثاني ان السمع والكلام
مبطن فيعتبر بالعقل والبصر والبطن ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير
ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه
قالوا وينبغي ان يجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي
ان يجب الدية في العينين قال وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل
ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان يجب الدية
في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي
ولم يحك خلافا وينبغي ان يجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل
واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان
الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه
موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في المحلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في احديهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
وتعدى الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله ان الجراحة
في الاولى سارية والجزاء بالمثل قال وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال
احدهما بالآخر فاورثت شبهة نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على
الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر رحمهم الله يقتص من الاول وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في المسئلة الاولى وهو ما
اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية

يعني قوله لان بفوات العقل تبطل جميع منفعة الاعضاء عنايه

مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان
الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان السراية
ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى
النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق
التسبيب الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة
رح قال ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين قال ولو قطع
سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة
من الله وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما لو اذا قطع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع لانه عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه يجب
حكومة عدل لمكان الالم الحاصل قال ولو قطع سن غيره فردها صاحبها في مكانها
ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش لكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق
لا يعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه
قال ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبت سن الاول
فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين استوفى بغير حق لان الموجب
فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا
يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك القصاص الا ان
في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه نبتت فيه ظاهرا قال
فاذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص واذا نبت تبين انا اخطأنا
فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال ولو ضرب
انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه
فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة
فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا يورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك
بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاصل الذي وقته القاضي
لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يو

سف

رح عنه يجب حكومة عدل الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله ولو لم يسقط
ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص
عليه لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر ففيه روايتان قال ومن شج
رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر فنبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح
لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم وهو حكومة
عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه
يجب اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ
ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رضي الله عنه يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم
الا بعقد او شبهة ولم يوجد في حق الجائز فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه الارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق
اثره فهو على الاختلاف وقد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد و
الموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس
كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى تبرأ وقال الشافعي
رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد يتحقق
فلا يعطل ولنا قوله عم يستأنى في الجراحات سنة لان الجراحات يعتبر فيها
مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل
وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال
القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عم لا يعقل العاقلة عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء
فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع
قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح
يجب في ماله حالا لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف
في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه
حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ
ويشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل و
التقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما
الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا قال

ومعنى قوله قتله اي خطأ ايضا لانه اذا كان القتل عمدا يؤخذ بالامرين جميعا عامة

وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان
الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته على غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال
وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكل كذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى يجب الدية
في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص
فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفارة به فيحرم
عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روى علي رضي الله عنه انه
جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبا مظنة
المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة
فالصبي اعذر واولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها يترتب على
العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى
يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من
اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لستره لانهما مرفوعا
القلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا
ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية معناه دية الرجل وكذا في الذكر وفي الانثى
عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن
بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي انه
عم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة نحو مالك والشافعي رح
وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رح هو في ماله لانه
بدل الجزء ولنا انه عم قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا
سماه عم دية حيث قال دوه وقالوا اتدي من لا صاح ولا استهل الحديث
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة فيجب في سنة وقال الشافعي
في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما
روي عن محمد بن الحسن رح انه قال بلغنا ان رسول الله عم جعل على العاقلة
في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة العضو من حيث
الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل
الى سنة لان بدل العضو ان كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر
يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث
سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الجنين انما

ظهر

ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيتقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة وان القت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا
بالضرب السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة
بالقائها وقد صح ان النبي عم قضى في هذا بالدية والغرة قال وان ماتت الام
من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين
لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في
الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما
اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها
اذ تنفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك وما يجب في الجنين موروث عنه
لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأة فالقت
ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة
ولا ميراث للقاتل وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا
وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه
وضمان الاجزاء يقدر يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان
الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل
نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انقصت الام اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره
فصح الاعتبار على اصله قال فان ضربه فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا
ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب
السابق وكان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه
صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما
وعند محمد رح يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق
قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي يجب
الكفارة لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها
معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل
البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان
افضل به ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة
الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق
امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم

ولان بهذا القدر تميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا هذا في حق المشترك ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له ذلك لقوله عم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم قال وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فيجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا شرع في الطريق روشنا او ميزابا ونحوه فسقط على انسان فعطب والدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه قال وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة قال ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال قال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب قال ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه قال ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه

لنسخ

لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه وبعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم قال وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك منها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا حيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به يضمن قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه قال واذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء قال وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في خشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه قال ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا قال واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الآمر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته قال وان تلف بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة يتحمل النفس دون المال فكان الضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة كما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة

في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه لشغله قال ولو وضع
حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه
لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني
في موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان
امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد فيه حيث
فعل ما فعل بامره من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو
متعد فيه اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو
مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما
فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان
حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك
لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكة له او كان
له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان
في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح قال ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رضي
الله عنه لانه مات من معنى في نفسه والضمان انما لا يجب اذا مات من الوقوع
وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه
لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن
في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا
منه قال وان استأجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر
ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا بها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا
اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين وصار كما اذا امر آخر
بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المأمور
ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن
ويرجع للغرور وههنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه قال وان علموا بذلك فالضمان
على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان
فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي
الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له
لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب

وبناء

يعني اذا كان بامر السلطان لا يضمن وان كان بغير امره يضمن عامة البيان

وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك
لنقل الفعل اليه ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها
فعطب فلا ضمان على الذي قنطره وكذا ان وضع خشبة في الطريق فتعمد
رجل المرور عليها لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشر
فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان ذلك تخلل فعل فاعل مختار يقطع
النسبة كما في الحافر الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان
فعطب به فهو ضامن فكذا اذا سقط فتعثر به انسان فان كان رداء
قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين
والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة
واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه
مباحا مطلقا وعن محمد رح انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل الا ان
الحاجة لا يدعوا الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل
منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان
كان الذي فعل من غير العشيرة فعلق رجل من غيرهم ضمن لان هذه قالوا
هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الوجهين من القرب وكل واحد مأذون
في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد
ولابي حنيفة رح وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم
كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم
بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا
اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان
من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان
الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن
على كل حال قال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه
في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على الاختلاف
قال واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان
المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان
الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او كان المنتظر للصلوة في الصلوة
حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة

قوله عم المنتظر للصلوة فهو للصلوة ما دام ينتظرها نهاية

وهذا الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للصلوة
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان تجبر
وان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى
الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا اوطأ غيره والنوم
فيه اذا انقلب الى غيره قال وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل
به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان
كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه
وحده **فصل في الحايط المائل** قال واذا مال الحايط الى طريق
المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه فمضت مدة يقدر
على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس ومن مال والقياس ان لا يضمن
لانه لا صنع فيه مباشرة ولا مباشرة شرط متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه
والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد ووجه الاستحسان
ان الحايط لما مال الى الطريق فقد اشغل هواء المسلمين بملكه ودفعه في يده
فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما
لو وقع ثوب انسان في حجره بصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به
كذا هذا حتى يضمن اذا هلك في يده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك
الثوب قبل الطلب ولانا لو لم يجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة
حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجبات وله تعلق
بالحايط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام
منه قال ثم ما تلف به من النفوس يجب فيه الدية وتتحملها العاقلة
لانه في كونه جناية دون الخطأ فيتحق فيه التخفيف بطريق الاولى
كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب
والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط والتقدم
اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته
عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل
اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد
قبل ان يرى الحايط لانعدام التعدي قال ولو بنى الحايط مائلا فانه الابتداء
فالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدى ابتداء
كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم ٧

لان

لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها
لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا قال ويستوي ان يطالبه بنقضه
مسلم او ذمي لان الناس كلهم في المرور شركاء فيصح التقدم اليه من
كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند
السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان
مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص
قال وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل
الدار فاما ما شغل هواءها قال ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل
ذلك ساكنوها فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم
بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح
لان الحق لجماعة المسلمين وليس لبعضهم ابطال حقهم قال ولو باع الدار بعد
الاشهاد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع
تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم
ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه
ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب
به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهواء
ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمستأجر والمرتهن والمودع وساكن
الدار قال ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى
الوصي والى اب اليتيم او امه في حايط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات
والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له
والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولايته انتقض له ثم التالف
بالسقوط ان كان مالا فهو على مولى العبد وان كان نفسا فهو على عاقلته المولى
لان الاشهاد من وجه وعلى المولى وضمان المال اليقي بالعبد وضمان النفس
بالمولى قال وتصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من
نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
قال ولو سقط الحايط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل
غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض
ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض
لان المقصود امتناع الشغل قال ولو عطب بحجر كانت على الحايط فسقطت

صفحة ٣٨٨

بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملكه غيره لا يضمن
لان التفريغ الى مالكها قال واذا كانت الحائط بين خمسة رجال اشهد على
احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته قال وان كانت
دار بين ثلثة نفر فحفر احدهما فيها بئرا او بنى حائطا بغير اذن صاحبه فعطب
انسان فعليه ثلثا الدية على العاقلة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه
نصف الدية على العاقلة في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد
معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر
في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة
وهو الثقل المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة
فيجتمع العلل اذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها
بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او
كبرت على ما عرف الا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها
او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت
برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط
السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي غير حقه من وجه لكونه مشتركا بين كل
الناس فقلنا بالاباحة مقيدا لما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد
بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه
من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الابطال وما يضاهيه
ممكن فانه ليس من ضرورات التيسير فقيدنا بشرط السلامة عنه والنفحة
بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف ان
لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال
وان اصابت بيدها او رجلها حصاة لو نواتا او اثارت غبارا او حجرا
صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن قال وان كان حجرا كبيرا ضمن
لان في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدابة لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن
لانه ينفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا
كالراكب لان المعنى لا يختلف قال وان رأت او بالت في الطريق وهي تسير
فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز وكذا اذا اوقفها

لذلك

لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها بغير ذلك
فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في الايقاف لانه ليس من
ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق
به قال والسائق ضامن كما اصاب بيدها او رجلها والقائد ضامن كما اصابت
دون رجلها والمراد النفحة هكذا ذكر القدوري رح في مختصره واليه مال بعض
المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز به
بخلاف الكدم لامكان كبحها بلجامها ولهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح
وقال الشافعي رح عنه يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة
عليه ما ذكرنا وقوله عم الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل
بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء
ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف
وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها و
لا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه
لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له
وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء و
الكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب
حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة
ولو كان راكب وسائق لا يضمن ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه
كما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما
لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل
واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح عليهما تجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف الدية وروي عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله
وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه
كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او
حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح

لان الراكب صاحب علة والسائق صاحب سبب والاصل في الاضافة الحكم هو العلة عامة البيان

وهو الشيء في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة فوجب الضمان كما لو شي اذا
لم يعلم بالبئر وقع فيها ليهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن
الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي
رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فوجبنا
بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان المحضوران فوضح الفرق بهذا الذي
ذكرنا اذا كانا جارحين في العمد والخطأ قال ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ
لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير
فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما
جنى ولم يخلف بدلا قال ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ يجب على
عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر فيبطل حق
الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رح
يجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذ
ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف قال
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في
العمد وبهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف
دية الحر يسقط بموته لانه قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال
ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على سائر ادوات
كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعدٍ في هذا التسبيب لان الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في
العادة ولانه قاصد بحفظ هذه الاشياء كما في الحمولة على عاتقه دون اللباس
على قامته من قبل فيقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن
لما اوطأ فان وطئ بعيرا انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه
حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه
والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة
فيه وضمان المال في ماله ان كان معه سائق فالضمان عليهما لان القائد
الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق
في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو
خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق
لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل

بعيرا

بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة
القائد الدية لامكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار
متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون
بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان
عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب
من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار
سيّر لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه
قاد بعير غيره بغير اذنه لامرا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه ومن ارسل
بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فوره بضمن لان الفعل انتقل اليه
بواسطة السوق وان ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق
ان يد السائق في البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار
وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا اذا ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لا يضمن
ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق
ان البهيمة مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى
غيره وهذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى
المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في ضمان العدوان
وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي
الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب في
فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها
ولو انقطعت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال
في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل
لانه لا يمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وكذا
ما اذا ارسله الى صيد فاصاب انسانا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي
الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدٍ فيضمن ما تولد منه اما
الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة
فاقدرت ذرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا او له طريق
آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا

389

لا ضمان على صاحبها لقوله عم جرح العجماء جبار قال محمد رح هي المنفلتة
ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال
واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود
اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا
في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا
اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عم قضى في عين الدابة بربع القيمة
وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب
والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد تمسك للاكل
فمن هذا الوجه يشبه الماكولات فعملنا بالشبهين يشبه الآدمي في ايجاب الربع
وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين
عيناها وعينا المستعمل وكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع لفوات احداها
ومن سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا
او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون
الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب
مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان
الناخس متعدي في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي
حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه
متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان
القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة
ولو وثبت بنخسه على رجل او وطأته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب
لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان
على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة
والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه
اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه بمعنى الامر ولو وطئت
رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا
كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن
يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه
والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة

للسير

للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا
فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق فمات والدية عليهما لما ان الحفر شرط
علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن
في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها
فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امر
بالتسيير والايطاء منفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن
لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون
السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس
فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل
فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان
لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته
واذا كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب
في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد
بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم بالصواب

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية
خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته
في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع
الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل
في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه
ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه
فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال
ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا
عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في
العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية
على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي
اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع

في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل الواجب وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني اطرّ لان الواجب
لا يتعلق باطرّ استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه
ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان
التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه
جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا استمّ فداء
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله
لا شيء لولي الجناية اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين
الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم
العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجنيّ عليه لفوات محل حقه
على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرء لتحول الحق من رقبته
العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية بالفداء جملة كان
لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان يدفعه
الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل
واحد منهما لان تعلق الاول برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون
الملاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنيّ عليه
الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان
كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه
بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقسمانه اثلاثا
لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى
ان يفدي من بعضهم بمقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق تختلف
باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له
وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد
لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم
بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش لان في الاول فوّت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير
مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق
يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع

والهبة

والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك بخلاف
الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له
يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز الامر كما قاله المقر والحقه
الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه وكذا المعنى لا يختلف
واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا
كان الخيار للبائع ونقضه بخلاف القرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه
بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة
لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير نقضا مختارا ولو باعه مولاه من
المجنيّ عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير
عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنيّ عليه بأمر المولى بمنزلة
اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو
مختار اذا كان عالما بالجناية لانه جنى جزاء منه وكذا اذا كان بكرا فوطئها
وان لم يكن معلما لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف
وطئ الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اغلاق وبخلاف
الاستخدام لانه لا يختص بالملك فلهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير
مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوّت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع
من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال
لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان
فعل ذلك وقال زفر رح لا يصير مختارا الان وقت تكمله لجناية ولا علم له
بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق
الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط
ويثبت العتق والطلاق لا يحنث رح يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق
الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا
اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا
اقربك يصير ابتداء الايلاء مني وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت
فانت طالق ثلاثا فمرض طلقت وماتت من ذلك المرض يصير فارا لانه
يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتق

يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه
ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر
انه بفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع
اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية و
ان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان
الصلح كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينهما وبين اطراف
الحر فاذا استوى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان
الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ
المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف
ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح
لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح
الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به
يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون رضي
بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء
واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد
الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ
رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه
فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر
ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد
ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب
قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس
والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان
الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان
بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فيكفي لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح
لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم
يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من
قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه
المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة

لاولياء الجناية

لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع و
يمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي
الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي
حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى للغرماء لان الاجنبي
انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلة الحق لانه دونه وههنا
يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجح فيظهران فيضمنها قال واذا
استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين
وان حنث جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها
واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة
بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها
اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد
وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية
على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا
اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر
فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى
دفعا او فداء وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وانا صبي
او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه
معروفا كان القول قوله لما ذكرنا ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك
وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها
الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
رح لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده
الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي و
الغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى الملك
عليها وهي منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى
وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة

او قال بعت داري وانا مجنون صح

اشارة الى قوله واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد عامة الكتاب

392

فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن
يدها لو قطعها وهي مدبونة وكذا يضمن مال اطرافه اذا اخذه وهو مسنا من
بخلاف الوطئ والغلة لان وطئ المولى امته المدبونة لا يوجب العقر وكذا اخذه
من غلتها وان كانت مدبونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة
معهودة منافية للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله
فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأوه سواء على
ما بينا من قبل ولا شئ على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان
باقوالهما لان الموآخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة
الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال لانتقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر
الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمامور عبدا
محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب ان يرجع بعد العتق بما قل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر
في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والقاتل عبد صغير
لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص طريانه بين العبد والحر قال
واذا قتل العبد رجلين عمدا وكل واحد منهما ولي ان فعفى ولي كل واحد منهما
فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفى
احد ولي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب ما لا فصار كما لو وجب المال
من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عين الفاء وقد سقط نصيب
العافي بين وهو النصف وبقي النصف فكان احدهما عمدا والآخر خطأ
فعفي احد ولي العبد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف
للذي لم يعف من ولي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ لانه انقلب العمد
مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد ولي العمد
في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه ارباعا ثلثه ارباعه لولي
العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منا
زعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا
وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة

اصله

اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف ولهذه
المسئلة نظائر واضدادها ذكرناها في الزيادات قال واذا كان بين عبدين
بين رجلين فقتل مولاهما اي قريبا لهما فعفى احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
وقال يدفع الذي عفى نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في
بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رح وفي اكثرها مع ابي يوسف رحمه الله

فصل

ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف
درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف العشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف لا عشرة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رح يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو
غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت
بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد
الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه
ببقاء المالية اصلا او بدلا او صار كتعليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة
الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما
فيجب اعتبارها بها بدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة
المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدة حتى يبقى بعد
قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية ورد قليل القيمة
الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا تسمح فيه فقدناه بقيمته رأيا بخلاف كثير
القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف وتنقصانها في العبد اظهار
لخطر رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال وفي
يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف لان اليد من الآدمي
نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لخطر رتبته وكل ما يقدر
من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو
بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فانت في يده فعليه
تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه
المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص
هذا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى
القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه فيبطل الفضل وانما لا يجب القصاص

في الفصل الاول

في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا
الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة
الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب
على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في
الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل
واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت واذا اجتمعا
زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى
المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين و
الوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يخطأ
فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك
لا يحل له وطئها لان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية
للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول
بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول فوقع القول و
لا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف المسئلة لان
ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل
لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا
للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت
يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد
فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق
له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وراثة له سواه فلا اشتباه فيمن له
الحق فاذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما
نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه و
يبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الثاني
قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشها
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا
مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق
ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا
للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر

بخلاف

بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم
نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى
ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة
التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقدر بقدر
الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فيبقى مملوكا في حقها قال ومن
فقأ عين عبد فانشاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وانشاء امسكه
ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا انشاء امسك العبد واخذ
ما نقصه وانشاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة
ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع
احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي
معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا
كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه
لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال وانشاء امسك
فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا انشاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه
قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت
معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا
لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية
لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان
لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم
ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حفظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته
ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه
ولانه صار مانعا في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار
كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن
الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر

من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره
الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير
بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا يوجب الا قيمة واحدة
لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك
لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد
في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى
وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على
الدفع قال وان كان دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى
وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى
لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه
وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رح ان المولى جان بدفع حق ولي
الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير فهذا لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما
من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق
التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما
وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة
المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر
المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان وجوب جناية
الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

فصل

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده
ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى
قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق
ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية
فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة
الى البداية فصار المولى متلفا فتصير مستردا كيف وانه استولى عليه
وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه
عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله
قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده

جناية اخرى

جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق
اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء
الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين
ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته
على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا
استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع
بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يرجع
بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما يسلم
لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل
واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان الحق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى
في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد
في يد المالك فارغا باخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب
لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه
رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة
على الغاصب كما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية
الثانية اذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به
على الغاصب وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول ثم وضع المسئلة في العبد قال
ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين
ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له
وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف
قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع
ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال
ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى
المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانت في يد الغاصب فيدفع
نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره
وانما انتقض بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق
بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية

لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل على ذلك اليه ثم قيل هذه
المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في
الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية لان الثانية كانت في يد
المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل
عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال
ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة
او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن
في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق
الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حر يدا
ورقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا
اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان فاذا نقله الصواعق
وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان فاذا نقله اليه
وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل
منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى
لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى و
الامراض نقول انه يضمن ويجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال
واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله
يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه
لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق
وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الاختلاف الاقراض
والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل
وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشر سنة وهذا يدل
على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما
انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت
الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه
وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه
لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما

وبخلاف

وبخلاف ما اذا كان الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في
حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة
بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره قال فان استهلك مالا ضمن
يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق
العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا
وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى
لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كان الدعوى او خطأ وقال مالك رح يقضى بالقود
اذا كانت الدعوى في قتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون
هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او
شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية
عليهم للشافعي رح في البداية بيمين الولي قوله عم للاولياء فيقسم منكم خمسون
انهم قتلوه ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له
كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عم البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه وروى
ابن المسيب ان النبي عم بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود
القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق
به النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح
على العلم بابلغ مما يفيد يمين الصالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية و
لا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا يجب الدية لقوله عم في حديث
عبد الله بن سهيل رضي الله عنه يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين
عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا

انه عم جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث
زياد بن مريم رضي الله عنهما وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على ما ادعته وقوله عم
شركم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئ عما
وجب له اليمين والقسامة ما شرعت ليجب الدية اذ انكلوا بل شرعت ليظهر
القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص ثم الدية يجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتل بين اظهرهم
لا بتكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم
اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا
يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل من اصل حقه
فلهذا تسقط ببذل المدعو وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية بهذا الذي
ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى في العمد اوفر الخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو
ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه
اطلاق الجواب في الكتاب فهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح
في غير رواية الاصول ان في القياس يسقط القسامة والدية عن الباقين
من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا استحلف المدعا عليه
يمينا واحدا ووجهه ان القياس بابا فان قال لاحتمال وجود القتل من غيرهم
وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعا عليهم والمدعى يدعي
القتل عليهم ففيما وراه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل
على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة
لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص
لا بالقياس وبخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبنا
اوجبناها لاوجبناه بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان ثبت ما ادعاه
اذا كان له بينة فان لم تكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة
لانعدام النص وامتناع القياس ثم يبرئ وان نكل فالدعوى في المال تثبت
به وان كان في القصاص فهو على اختلاف قد مضى في كتاب الدعوى سنذكره
ان شاء الله تعالى قال وان لم يكن اهل المحلة كررت اليمين الايمان عليهم
حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى البه
تسعة واربعون رجلا انكر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين

ثم قضى

ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك لان الخمسين واجب
بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم ليس له ذلك لان النصب الى التكرار ضرورة الاكمال قال
ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح
واليمين قول قال ولو امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين
على اهلها وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل
في العرف من فاتت حيوته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه
والقسامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم
فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة
او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خروج الدم من عينه او اذنه لانها لا تخرج منها
الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج الدم من فمه او دبره او ذكره لان
الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد
ولو وجد القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف مع الرأس في محلة فعلى
اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من
النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا
حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي
بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة ولانا
لو اعتبرناه ينكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتولى القسامة
والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة
لا يجب في الموجود وان كان بحال لو وجد الباقي لا يجري فيه القسامة
يجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة ترد على هذا الاصل
لانها لا يتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء
على اهل المحلة لانه لا يفوت الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق
ووجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا
وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان
اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان

مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روى ان النبي عم الى
بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رض الله عنه انه لما كتب اليه
في القتيل الذي وجد بين واديتين وارجب كتب بان يقيس بين قريتين
فوجد القتيل الى واديته اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول
على ما اذا كان بحيث يبلغ اهل الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة بلحقه الغوث
فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال و
لا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال
ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما يكون بالملك يكون بالسكنى
الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا لخيبر
ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك
لزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل
خيبر والنبي عم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على
اهل الخطة دون المشترين وبهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل
مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ مني له ولاية الحفظ وبهذا
الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه
ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل
والمشتري رخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما
شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يفتى من اهل اهل الخطة لما
بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يقدمهم او يزاحمهم واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكر رعليه الايمان
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة
لان رب الدار اختص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم
فيها عواقلهم ولهما ان لحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار
فيشاركونه في القسامة قال واذا وجد القتيل في دار مشتركة نصفها
لرجل وعشرها لرجل والآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير

فيكون

فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها
حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البايع وان كان في البيع خيار لاحدهما
فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه
خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه
انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ
والولاية يستفاد بالملك ولهذا كان الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار
الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى
انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات
اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار ولاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو احق الناس بالنصرة ولو
كان الخيار للبايع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ
به يقدر على الحفظ قال ومن كان في يديه لاحة دار فوجد فيها قتيل لم يعقله
العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يديه لانه لابد من الملك لصاحب
اليد حتى يعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة
فلا يكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلابد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة
على من فيها من التركاب والملاحين لانهم في ايديهم واللفظ يشتمل اربابها حتى يجب
على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يدهما الملاك في ذلك وغير الملاك
سواء وكذا البجلة وبهذا على ما روى عن ابي يوسف رح وظاهر والفرق لهما
ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة
بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة
على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع
الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم
وكذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في
السوق ان كانت مملوكة فعند ابي يوسف رح يجب على السكان وعندهما على الملاك
وان لم يكن مملوكة كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه
لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف
رح الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم

والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مشهورون
فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق
المسلمين فاذا كان عثمة يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه
قريعة المالك والساكن وهي مختلفة فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح قال
وان وجد في بريته ليس لغيرها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع
الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته وان
وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به
الماء فهو هدر لانه ليس لاحد ولا في ملكه وان محتبا بالنائي فهو على اقرب
القريتين ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو
كالموضع على الشط والشط في يد من يهو يقرب منه الا ترى انهم يستقون منه
الماء ويردون بها دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص
اهله به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى الولي على
واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم وقد ذكرنا فيه القياس و
الاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه القياس
وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء
الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم
وهم لا يعلمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم
ولان اهل المحلة لا يقومون بحجة ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا
ادعى القتيل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا
التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين
اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء او على رجل منهم بعينه فلم يكن
على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة المحلة عن القسامة قال
ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذي رويناه اما سقط به الحق على اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد
في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من
الفسطاط فعلى اقرب الاجنبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان
القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان

على اولئك ح

العدو

العدو قتله فكما هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك
فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه
قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له
قاتلا غيره فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف
على ما ذكر لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه
فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل
لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية
ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم
فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء
بانزال القاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة
الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه
وعلى الاصلين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس وان ادعى على واحد
من اهل المحلة بعينه فشهد شاهد من اهلها عليه لم يقبل الشهادة لان الخصومة
قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطع منها من نفسه فكان متهما وعن ابي
يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا نعلم ادون على ذلك لانهم اخبروا
انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من ذلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة
او المحلة ما دون النفس فلا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش
وله ان الجرح اذا اتصل به الموت فصار قتلا ولهذا وجب القصاص فان
كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير
الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى اهله
فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس
قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها
وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا
في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل
نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل للورثة فيجب على عاقلتهم

بخلاف الكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار
على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت
وليس معهما ثالث وجدا احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رح يضمن الاخر
الدية وقال محمد رح لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر
فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه
فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلته ولو وجد قتيل في قرية لامرأة
فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القامة عليها يكبر عليها الايمان والدية على
عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القامة على العاقلة
ايضا لان القامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من
اهلها لما شبهت الصبي ولهما ان القامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة
متحققة قال المتأخرون رحمهما الله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في
هذه المسائل لانا انزلنا ها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد
رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها
قال هو على صاحب الارض لانه احوج بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وسميت الدية معقلة
لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمنع قال والدية في شبه العمد
والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين تعقلون
اي يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها
على العاقلة قوله عم في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان
النفس محترم لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه
العمد نظرا الى الالة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم
الجانية واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما
خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا
هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة ان كان من اهل
الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات
وهم الجيش الذين كتبت اسماءهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي
رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي عم ولانه
ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه
لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رض

من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك نسخ بل تقدير معتبر
لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت انواع بالقرابة والحلف والولاء
والعقد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله انتباعا للهدى
ولهذا قالوا لو كان قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرف وان كان
بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها صلة وهو العطاء اولى فاعقله
منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عم وعلي
عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل
سنة مرة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلثة اخذ منها او اقل ليحصل المقصود
وتأويله اذا كانت العطايا بالسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو
اجتمعت بالسنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها
لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث
عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية ولو اذا كان
جميع الدية في ثلث سنين وكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالعقل
ثلث دية النفس او اقل كانت في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام
الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل عمدا فهو في ماله في ثلث سنين
وقال الشافعي ما وجب على القاتل عمدا فهو حال في ماله فهو حال لان التأجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس
يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل رجل عشرة خطأ قتل كل
واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للبعض بالكل اذ هو بدل النفس
وانما تعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب
الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما
في الولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرتهم
به وهي معتبرة في المعاقل ويقسم عليهم في ثلث سنين لانه يزاد الواحد على
اربعة دراهم وينقص منها قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكره القدوري
رحمه الله في مختصره وبهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص
محمد رح على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة
فلا يؤخذ كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح وان لم يكن
بينهم قبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك

لمعنى التخفيف وبضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم
فاما الآباء والابناء فيقتل بهم خلون وقيل لا يقتل خلون لان الضم لنفي الحرج وحتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وبهذا المعنى انما يتحقق عند
الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الدرايات اذا لم يتسع
القبيلة لذلك اهل رايه ضم اليهم لقرب الدرايات بمعنى اقربهم نصرة اذا
جز بهم الى آخر الاقرب فالاقرب يفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم
به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي على كل واحد نصف دينار فيسوى
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك لان خمسة دراهم نصف
دينار ولكن نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال
فينقص منها تخفيفا لزيادة التخفيف ولو كان عاقلة الرجل اصحاب
الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث
لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا فايم مقامه اذ كل منها صلة في بيت
المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم يخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ
منه الثلث بمنزلة العطايا فان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد
القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق
بحصة من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج
بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك السهم بحصة الشهر
وان كانت لهم ارزاق في كل شهر وفي كل سنة فرضت الدية في
الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق
لكفاية الوقت فتيسر اما الآدمية والاعطيات يكون في الديوان
فايمن بالنصرة فتيسر عليهم واد خل القاتل مع العاقلة فيكون فيها
يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومواخذة غيره وقال
الشافعي رح لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للخبر وبالكل في النفي
عنه والجامع كونه مقدورا فلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب
الخبر ولو كان الخاطئ مقدورا فالسرى عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر
وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية فمن كان له حط في الديوان
عقل لقول عمر رضي الله عنه لا تعقل العاقلة صبيا ولا امرأة ولان العقل
انما يجب على اهل البصرة لتركهم مراقبته والناس ولا يتناصرون بالصبيا
والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو حلف عن النصرة وهو اطرح به

وعلى

وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل
لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه
ينصر نفسه وبهذا لا يوجد منهما والفرض لهما من العطايا اللمعونة لا للنصرة
كفرض ازواج النبي عم ورضي عنهن ولان تعقل اهل مصر آخر يريد به
اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من مصر
آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم فيعقلون مع اهل المصر
باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزلا بالنصرة وديوانه بالكوفة
عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا يجبر انه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة
والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة
بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من مسائل العاقل ومن جنى
جناية من اهل المصر وليس في عطاء واهل البادية اقرب اليه وسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين
اهل الديوان اقرب هو الصحيح لان الدين يدفنون عن اهل المصر
ويقومون بنصرتهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء
وقيل تأويله اذا كان قريبا وفي الكتاب اشار اليه حيث قال واهل
البادية اقرب من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر
اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير المسئلة الغيبة
المنقطعة ولو كان البدوي نازلا بالمصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر
لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له كما ان اهل البادية لا يعقل عن
اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل
معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته بمنزلة المسلم لانهم
التزموا احكام الاسلام في المعاملات لاستجمار في المعاقل العاصمة عن
الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن له عاقلة معروفة فالدية
في ماله في ثلث سنين يوم نقصانها عليه كما في حق المسلم لما بيناه ان الوجوب
على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم يوجد بقي عليه
بمنزلة باجرين مسلمين في دار الحرب قبل احدهما صاحبه يقضي بالدية في
ماله لان اهل دار الاسلام يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس

بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار
يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كلهم ملة واحدة
قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف
لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فجعل ديوانه
في البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة و
قال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا
جعل بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب بعد القضاء لما ذكرنا ان الواجب
هو المثل وبالقضاء ينقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه
عاقلته فاذا كان لذلك يتحمل عنه ومن يكون عاقلته عند القضاء بخلاف
ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينقل بعد ذلك لكن حصة
العاقل يؤخذ من عطائه بالبصرة لانها يوجد من العطايا وعطاؤه بالبصرة
بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء حيث يضم اليهم اقرب القبائل في
النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المحتملين
لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل ممكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى البصرة قضي على اهل البصرة بالدية
ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا الحق بالديوان
بعد النقل قضي القاضي يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على
عاقلته بالبادية ولا يتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من البادية قضي
بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم العام في العطاء حيث تصير
الدية في اعطائهم وان كان قضي بها في اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه
نقض القضاء الاول لانه قضاء بها في اموالهم واعطائهم اموالهم غير ان الدية
يقضي من ايسر الاموال والاداء من العطايا ايسر اذا صاروا من اهل العطاء
الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل و
العطاء دراهم حينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول
لكن يقضي ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلته مولاه
لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عم مولى القوم منهم ومولى الموالاة تعقل
عنه مولاه وقبيلته لانه ولاسا صرهم فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي

وقد

وقد مر في الولاء ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية ويتحمل نصف العشر
فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل
للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل
بالشرع وما يقضى من ذلك في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين
القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي ان التسوية
في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روى انه عم او جب
ارش الجنين على وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه
سلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ولهذا
كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا يعقل العاقلة جناية العبد لانها لزم
بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا لانه لا ناصر بالعبد والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوهم لانه ثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولا ية على انفسهم ومن اقر بصل خطا ولم يرتفعوا
الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي
لان التاجيل من وقت القضاء الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو
تصادق وولي الجناية الجاني على ان قاضي بلد لك قضى بالدية على عاقلته بالكوفة
بالبينة فكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
ولو لم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقرر على العاقلة بالقضاء
وتصادقهما حجة تر في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون عطاء معهم فحينئذ يلزمه
بقدر حصته لان في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم واذا جنى
الحر على العبد فقتله خطا كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا
وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله العاقلة لانه سلك به مسلك
الاموال على ما عرف في احد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا
رحمهم الله القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا يوجب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله العاقلة واذا مات كان ميراثه
لبيت المال وكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية

شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة يتحملها تخفيفا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب وان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما بين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب تبين ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام يتحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم فلم يؤد كتابته حتى عقل عنه وعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم امه من وقت جناية الاب وهو اخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا منهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان الديات يجب مؤجلة بطريق السير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرناها مجموعة متفرقة والاصل الذي يخرج عليها ان يقال حال القتال اذا تبدل حكما فانتقل ولا ارى ولا سبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حاله خفية مثل دعوة الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء او لم يقع ولو لم يتحلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاول الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاول فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل مثلا فلا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير والاضداد والله اعلم

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأباها جوازا لانه تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قبل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مفرور بامله يقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى يلاقي بعض ما فرط منه

منه من التفريط بماله على وجه لو مضا فيه يتحقق مقصوده الحال ولو ارضه البر وتصرفه الى مبطله الحالي وهو مشروع الوصية فيرغبا ومثله في الاجارة بيناه وقد بقي الملكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة قوله عم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها كيف شئتم او قال حيث اجبتم وعليه اجماع الامة ثم صح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما قلنا وسنبين ما هو الافضل ان شاء الله ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عم في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما بقي وصية بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم الا ان الشرع لم يظهر في حق الاجانب بقدر الثلث لتدارك تقصيره على ما بيناه واظهر في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما ينفق من الايثار على ما بينه وقد جاء في الحديث في الوصية من اكبر الكباير وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وبهم اسقطوه ولا عبرة باجازتهم في حال حيوته فانها قبل ثبوت الحق اذ الحق ثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يراجعوا عنه لان الساقط مثلا شيء غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القايم وهذا قد مضى وتلاشى لان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله سبب مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضاء ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرنا وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرط القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع المرابهن قال ولا يجوز عمدا او خطأ بعد ان كان مباشرا قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لقوله عم لا وصية للقاتل ولانه استعجل اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي

يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قبل الموصى تبطل
الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه
ولو اجارها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز
لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة
لان يقع ببطلانها يعود اليهم كيقع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها
للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز لوارثه لقوله عم ان الله
اعطى لكل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه ينادي البعض
ففي تجويزه قطعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه
وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى
ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا
نظير الوصية لانه وصية حكما حتى يتعدد من الثلث واقرار المريض للوارث
على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه
الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم
فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعضهم ورد بعضهم يجوز على المجيز بقدر
حصته لولايته عليه ويبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر
خلافا لاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية و
لان الله يعقد الذمة بينهم في المعاملات ولهذا جاز البر
من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او رد ها
فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت لتعلقه بها فلا يعتبر قبله كما
لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء
كانت الورثة اغنياء او فقراء الا ان في النقص صلة القريب بتركها ماله عليهم
بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية
بافل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء او لا يستغنون
بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقال عم افضل
الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء جميعا وان
كانوا اغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك صلة من القريب والاول اولى لانه ينبغي ان يوجه الله

وقبل

وقد قيل في هذا الوجه يتخير لاشتمال كل واحد منهما على فضيلة وهو الصدقة
او الصلة فيتخير بين الخيرتين قال والموصى والموصى به يملك بالقبول خلافا
لزفر وهو احد قولي الشافعي رحمهما الله وهو نقول الوصية اخت الميراث
اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية
ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه
بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة بخلافه حتى
يثبت فيه هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة
واحدة وهو ان يموت الموصى له ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في
ملك ورثته استحسانا والقياس ان يبطل الوصية لما بيناه ان الملك موقوف
على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البايع والاستحسان
ان الوصية من جانب الموصي قد تم بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته اغا توقف
نحو الموصى فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا
مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم يجز الوصية لان الدين
مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين لانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم
فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته
اليها ولا يصح وصية الصبي وقال الشافعي رح يصح اذا كان ذا في وجوه الخير لان
عمر رض الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له
يصرفه الى النفع في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس
من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول
على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كان وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك
جايز وعندنا وهو تجزيه الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع
والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما ينفق بحكم انفاقه الحال اعتبره
بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان ينفق نافعا في بعض الاحوال وكذا
اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا
ادركت فغلامي لفلان وصية لقصور الاهلية فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في
الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتها مستتمة والمانع حق
المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا يصح وصية المكاتب وان ترك
وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا يصح وعندهما يصح ردا
لها الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف

فيها معروف عرف في موضعه وتجوز الوصية للحمل او بالحمل اذا وضع لاقل من
ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه
لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية
اذ هي اخته الا انه يزيد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة المحض ولا ولاية
لاحد عليه لتملكه شيئا لانه تمليك واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما
اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح
الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه
يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراد الحمل بالوصية
فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه منه
اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع
قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة
وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب
يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل على الصريح فقام
مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي
كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل لو فعله
يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا
فعله مثل السويق ثلثة سمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به
والبطانة يبطن بها والطهارة يطهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة
ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى له من جهته بخلاف تخصيص
الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف اوجب زوال الملك الموصى فهو
رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان
الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها
رجوع لانه للصرف لا حاجة عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله
عادة وكان تقديرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح
وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي

في الماضي

في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي
والانتقال في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود
لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح
فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون
رجوعا لان الوصف يستدعي نفي الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة
لانه الذاهب التلاشي لو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس
للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال فهي باطلة تركت لانه اسقاط
ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع
الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة
واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول
لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا
حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فبقي الاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله
وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما
اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق
فيتساويان في سبب الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان
اوصى لاحدهما بالثلث والآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد
منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر
حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل بينهما ثلثة فصارت ثلثة اسهم
لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله والآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان
ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث لان في المحابات والسعاية
والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فثبت كما في المحابات
واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة
اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا فالتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق

فيبطل بيعه لانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان
لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في
التفاصيل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وبهذا يخلاف ما اذا
اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث
وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان تهيأ ذلك الحق تعلق
بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي
الالف المرسلة لو هلكت التركة ينفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا
بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية
باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير ولان
نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت واما الوصية بمثل نصيب الابن ومثل
الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الاول
ايضا فينظر الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهام
من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على
الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهام يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما
في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه لانه لا مزيد عليه الا اذا زاد على الثلث
ويرد اليه وانه لا مزيد عليه عند عدم اجازت الورثة ولان السهام هو السدس
هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عم فيما يروى
ولانه يذكر ويراد به السدس فان اناسا قال السهام في اللغة عبارة
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى لاقل منهما قالوا هذا كان
في عرفهم واما في عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة
لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فالبيان الى من قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي
واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس
لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس
واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني غير الاول وهو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثاذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله

فله

فله جميع ما بقي من ماله وقال زفر رح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشتركة بينهم و
المال المشتركة يبتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليهما وصار كما اذا
كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جميع حق احدهم
في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة
فجعلنا ما في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة
لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا هكذا انقدما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها
وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب
من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل و
الموزون بمنزلة لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من
رقيقه فمات اثنان لم يكن الا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول
ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما
للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكورة
قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
دفع اليه لانه اسهل ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج
دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف
لان الموصى له شريك الوارث ورضي بتخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين
فضلا على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما تصير مالا عند الاستيفاء
فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فمات عمرو
ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي
هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم بموته
فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث
بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو عنده فكان راضيا بكل الثلث للحي
وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان
قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من
قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان و
سكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له فاكتسب مالا
استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى
ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا
كان له مال فاهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم

406

قبل موته اولم يكن له غنم رفالاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت
فيعتبر قيامه حينئذ وبهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند
الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لان الوصية لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وبهذا
لان وجوده قبل الموت فصل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة
من مالي وليس له غنم يعطى قيمة الشاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان
مراده الوصية بمالية الشاة اذ مالية يوجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة
ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال بدونها
تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه
شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم
بخلاف ما اذا اضاف الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى
بثلث ماله لامهات اولاده وبين ثلثة وللفقراء او المساكين فلهن ثلاثة
اسهم من ستة اسهم قال رضي الله عنه وبهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
وعن محمد رح يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله
ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وقد ثبتا
في الزكوة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان بحد ذلك
في القرآن وهو قوله فان كان له اخوة فلامه السدس المراد منه اثنان فكان
من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان
الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيبلغ الحاصل
والثلاثة للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان
ونصف للمساكين عندهما وعند محمد رح لثلثة لفلان وثلثاه للمساكين
ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا
الى مسكين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بالف درهم والآخر بمائة
درهم ثم قال للآخر قد اشتركتك معها فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة
لغة وقد امكن اثباتها بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه نصيب كل واحد
منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة والآخر بمائتين كان الاشتراك
لانه يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على ما قلنا انه

كل واحد

كل واحد ينتصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال
لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه تصدق الى
الثلث وبهذا استحسن وفي القياس لا يصدق لان الاقرار
بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه
صار مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرار
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة
وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية
جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال واذا حكم فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء وبهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم ولدا الوصايا معلومة وبهذا المجهول
فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الاقرار فائدة اخرى وهو ان احد
الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما و
عاهم يختلفون في الفصل اذا ادعاه الخصم وبعد الاقرار يصح اقرار كل
واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه
فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق الموصى
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق شيء ظهر ان في التركة وفاء شائعا
في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا
بتنفيذ الاقرار كل فريق بقدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم
ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما يجري بينه وبين غيره قال
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية
الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وما لا يملك فصح في الاول وبطل
في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح
باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للفاسق والاجنبي وبهذا الخلاف
ما اذا اقر بعين اودين لوارثه ولاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي
لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما فيصح في من
يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اجنبي بوصف الشركة

407

في الماضي ولا الى وجه الى اثباته بدون الوصف لانه خلاف ما اخبر به و
لا الى اثبات الوصف لانه تصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض
الاجنبي شيئا كان للوارث ان شاركه فيبطل في ذلك القدر لا يزال
بقبض وشاركه الوارث حتى تبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة
احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلثة
اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب و
لا يدري ايهما هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم
ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك
فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصد
فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين فان سلموا زال المانع وهو الجحود
فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد
وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد
لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما
وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون وسطا
او جيدا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى
في محله الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد
وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار
بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد رح نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح مثل ذرع نصف
البيت له اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ
الاول وتوقف الثاني وهو ان تملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة
لا ينفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها
وقع البيت في نصيب الموصي تنفيذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف
البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصيب البيت تنفيذا
للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قبلت
تنفيذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث
لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية يبطل بالاقدام على البيع على

مابيناه

على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة
لان الظاهر انه تقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون
بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت
اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع و
انما المقصود الاقرار تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الاقرار يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر
ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه لان مراد الموصي من ذكر
البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع
في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير
او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين التمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر
كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق
مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة
اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له
بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة و
اربعون فيحمل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم من الثلث
~~وكل مرض صح منه فهو حال الصحة~~ على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب العشرة
وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان
مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له
ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم
الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح
وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب
المال بعد موت الموصي بان دفعه فهو جائز وله ان يمتنع لان هذا تبرع بمال الغير
فيتوقف على اجازته وان اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم
بخلاف ما اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها
صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازها سقط
حقهم فينفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر
احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا
استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لان اقراره

408

بالثلث له تضمن اقراره بما واته اياه والتسوية في اعطاء النصف فيتبين له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بما تعذر عليه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد بتبعها حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاه على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صوره قال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا تساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عندهما وعندهما له ثلثا كل واحد لهما مما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حال الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل الولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى ناما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فاما ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل في حالة اعتبار الوصية** واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الموت تأخر عنه بخلاف

الوصية لانه ايجاب عند الموت وهو وارثه عند ذلك والوصية للوارث والهبة ان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قايم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا او معتقا لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقر له فهو ابنه والوصية لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تملك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات فهي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا يصح قال والمفعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طبايعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من يومه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يبدأ بوصاياه فيكون مرض الموت **باب العتق في المرض** قال ومن اعتق عبدا في مرضه او بتاتا او حابا او وهب وذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث ويضرب بقيمة مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جايز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك يبدأ بما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا لحالة الاضافة دون حال العقد وما بعده من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو بحال الصحة

409

لان بالتبر وتبين انه لاحق للاحد في ماله قال فان جاني ثم اعتق وضاق
الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم جاء
فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعا والاصل فيه
ان الوصايا اذا لم يكن فيه ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب
بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع
في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي
في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق وانما قدم
العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى وانه لا يلحقه الفسخ من جهة
الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي
واذا اقدم ذلك ما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من هو لها
من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لها في الخلافية ان
العتق اقوى لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى
لانها يثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا معناه لا بصيغته
والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا المحاباة اولى لدفع الاضعف
فاذا وجد العتق اولا ويثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورة المزاحمة
وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حاباه ثم اعتق ثم جاء قسم الثلث بين
المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حاباه ثم
اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة ما اصاب العتق قسم
بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان
يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه ما بقي عند ابي حنيفة
رح وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث ما يبلغ وان لم يهلك منها
شيء وبقي شيء من الحجة يبرء على الورثة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا
بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن
يشترى بافل منه تنفيذ في غير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج
لانها قربة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى

لرجل

لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقبل هذه المسئلة بناء على
اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل
عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل
البينة من غير دعوى واختلف المستحق وبهذا الشبه قال ومن ترك
ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فجاء
الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم
الوصية وقد وقع باكثر من الثلث الا انها يجوز باجازة الورثة لان
الامتناع لحقهم وقد اسقطوه فلهذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع
قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى له فكذا على حق الموصى له
لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول الدفع فان خرج
به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية
لان العبد ظهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفيذ الوصية قال ومن
اوصى بثلث ماله لاخ فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول
قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له
البينة ان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث و
الحوادث مضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهد الوارث
فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد
الا انه لا مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة وهو خصم في اثباته حقه قال ومن ترك عبدا
فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم
فقال صدقهما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى
في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام
واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار

490

بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان
يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يجعل باطلا فدفع من حيث
المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة لان
الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية على هذا الخلاف
اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال للرجل لي على الميت الف درهم دين
وقال الاخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما
سواء **فصل** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض
منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من
النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم ان تساوت في القوة يدوى بما
قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي
رح انه يبتدئ بالزكوة وتقدمها على الحج وهو احد الروايتين عن ابي يوسف
رح وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى وهو انهما وان استويا
في الفرضية والزكاة يتعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام
بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة
والحج على الكفارات لمزيتها عليها في القوة اذ قد جاء فيها من الوعيد ما لم يات
في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقران دون صدقة الفطر مقدمة على الاضحية الاتفاق
على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس بعض الواجبات على البعض
قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك
قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد ما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع
كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحد في نفسها
مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله الحج من بلده ولهذا يعتبر
فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال
راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان
لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه
لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي

قصد

قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن الممكن فيه ما ذكرناه وهو
اولى من ابطالها راسا وفرقناه بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق اوصى ان يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج
عنه من حيث يبلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في
الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة
بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى فيبدا من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف
سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى
الحج من بلده على ما ذكرناه اذ الواجب على الوجه الذي وجب عليه

باب الوصية للاقارب وغيرهم قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم
سكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس
لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص
وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد
تأيد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل
من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق
وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي
رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي
فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم
فيدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له
وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امرأته لما روي ان النبي عم لما تزوج صفية رضي الله عنها اعتق كل
من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا
التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من
زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار
ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق
الوصية وان كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهر به
ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية

لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا المحارم الازواج لان الكل يسمى خئنا
قيل هذا في عرفهم واما في عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويتنوى
فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن
اوصى لاقربائه فهي الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه
الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام
وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب
ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي
طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما مشتق من القرابة فيكون
اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت
الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه
اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب
الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون
اقرباء ومن سمى والده فربما يكون منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف
الناس من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه
لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على انه كذا فان عنده
يفيد ما ذكرناه وعندهما بالاب الاقصى في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب
الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة
رح اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم اربا عا اذ هما لا يعتبران الاقرب
ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد
من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى
لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيجبر الواحد كلما
اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما
وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما
وهي اقوى والعمة وان لم يكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب
رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذي قرابته او لاقربائه او لانسابه في جميع
ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة
بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهو على زوجته عند ابي حنيفة رح
وقال لا يتناول كل من يعولهم ويضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد

بالنص

بالنص حال الله تعالى وانوثة باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في
الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته
لان الآل القبيلة التي يثبت البر بها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب
عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه اهل
بيت ابيه دون امه لان الانسان بجنس بابيه بخلاف قرابته حيث
يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لابناء بني فلان او لعيالهم او لزمناهم
او لارامله هم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكرهم
وانثاهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا
لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي
في سد الخلة وذا بالجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة
فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في
اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه
تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم في الوصية للفقراء
والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في
الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان دخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح
اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال لا يتناول
الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث اذا تجوز والكلام
بحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور
والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجاز والانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان
فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما
واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى لانه لما نفى
مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده
التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لموالية وله موالي اعتقهم وموالي
اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية
لهم جميعا وذكر في مواضع اخر انه موقوف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم

412.

لان كل منهم يسمى مولى فصار كالاخرة ولنا ان الجهة مختلفة لان
احدهما يسمى مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمها
لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف ان لا يكلم موالي فلان حيث
يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا ينافي فيه ويدخل في هذه الوصية
من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء
يثبت بعد الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون
لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت
حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي واولاد
الموالي وموالي المولات يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالات
وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم
على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد
الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي
لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق
واحد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف
اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة لو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي
اعتقهم لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة
بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاد **باب الوصية بالسكنى والخدمة**
والثمرة ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنينا معلومة ويجوز
ويجوز بذلك ابدا لان المنافع تصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل
فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة
حتى يقللها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم
ملك الواقف يجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض
لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها و
المعنى يشملها قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث فسلم اليه ليخدمه
لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره
خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين
كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لا يتجزى وصرنا الى

والوصية يضاف الى حال الموت صح

المهاياة

المهاياة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث
حيث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه لا يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا
الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو
الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ~~الدار~~ ما في ايديهم من ثلثي الدار
وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له
ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر ويخرج من الثلث
وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال
ذلك فمنعوا عنه قال فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب
الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الى وارث الموصى له
استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وامره وذلك لا يجوز ولو مات
الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل لو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها
بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح
انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا
استيفاء المنافع وهما يتغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو
ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم
من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى يؤخر
العبد او الدار وقال الشافعي رح له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك
تمليكا من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه على
اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت
فلا يملك تمليكا ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة
على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان
التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا تملك الاقوى بالاضعف
والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره و
المتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وصفه غير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية
فيها تحقيقا للمساوات في عقد المعاوضة وانما يثبت هذه الولاية لمن
يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون تمليكا لها بالصفة

الدار صح

التي يملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر
مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا
ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هناك
اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود
الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون
ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد
الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه
بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم ودنانير فكان بالجواد اولى ولو لم يكن مال غيره كان له ثلث غلة
تلك السنة لانه عين مال تحمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يشتغل بتسلمها لم يكن ذلك
الا في رواية عن ابي يوسف رح فانه يقول الموصى له شريك الوارث والشريك
ذلك فكذلك للموصى له لانا نقول المطالبة بالقسمة ينبني على ثبوت الحق
للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه
في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى ان يخدمه عبده ولآخر
بر قبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليهما لصاحب
الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر
فيعتبر بهذه الحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في
الرقبة صارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى
كذا ان اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من ان الملك
يثبت فيما بعد الموت ولها نظائره وهو ما اذا اوصى بالامة لرجل وبما في
بطنها لآخر وهي يخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم والآخر بفصه او قال
هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب
الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احدهما الجانبين
عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له
بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه
في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له
بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية
لا يلزم شيء في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول

سواء

سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رح ان اسم الخاتم يتناول الحلقة و
الفص وكذا اسم الجارية يتناول لها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك
ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص
وقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل
الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن
الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة
لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه
فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام
موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب
الخاتم الحلقة خاصة دون الفص مال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم
مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان مال له ثمرة بستانه ابدا
فله بهذه ثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه
فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه
لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما
الغلة ينتظم الموجود وما يكون بعوض الموجود مرة بعد اخرى عرفا يقال
فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولها
غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا
يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها
او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على
ظهورها من الصوف يوم موت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب
عند الموت فيعتبر قيامه هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان
القياس بان تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدوم
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية
بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه لا يجوز ايراد العقد
عليها اصلا فلا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لانه يجوز استخلافها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا
بالوصية **باب وصية الذمي** واذا اوصى يهودي او نصراني بيعة
او كنيسة رح صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح

والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية
فلا يصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية
فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار
المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصية باطلة لان هذه معصية
حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها
من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا ان نتركهم وما
يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة
معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه
ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية بان
البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك المالك وانما يزول ملكه بان يصير محرزا
خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزا لله تعالى حقيقة
فيبقى ملكا للمالك فيورث عنه ولانهم يبنون فيها البيوت ويسكنونها
ولم تتحرز لتنقطع حق العباد به وهي في هذه الصورة يورث المسجد
ايضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت
مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فينزل
ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون
قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه واما اذا اوصى الذمي
بان يذبح حمارا بيره ويطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان القوم غير
مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا
ولا يكون قربة في حقهم كما اذا اوصى بالحج وبان يبنى مسجد للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون بخلاف
والجهة مشهورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا
اوصى بان يسرج في بيت المقدس او بغزة الترك وهو من الروم وهذا جائز
سواء كان القوم باعيانهم او بغزا باعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة
وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم
كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا

وفي حقهم

وفي حقهم الان يكون القوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى
اذا كان لا يكفر فهو جائز في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء
الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف
في تصرفاته بين ابي حنيفة رح وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي
دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد
على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم
في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان ملكه باعتبار الامان والامان كان
لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي
على ورثته وذلك في حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت
او دبره عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا
لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في
حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه من اهل
الحرب او هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة
الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او البعض ورثته لا يجوز اعتبارا
بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى بخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام
لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه ومن اوصى

الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورد بالغير في غير وجهه فليس برد ولان الميت
مضى لسبيله معتمدا عليه ولو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته
صار مغرورا من جهته فترد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او بيع
ماله حيث يصح رده في وجهه لانه اضرب لاضرر هناك لانه حي قادر على
التصرف بنفسه قال وان رد بالغير في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه
التصرف فلا غرور فيه لانه يمكنه ان يثبت غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات
الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية
الالزام فبقي مخيرا ولو انه باع شيئا من تركته فقد لزمه لان ذلك دلالة
الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من
الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل

فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت
فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لم يتوقف على العلم كالوراثة اما
التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علم كاثبات
الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم
من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك
ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور
بالثواب ودفع الادنى وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية
يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك
فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال
الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه ولو قال
بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية
بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي
عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعدها وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه
الصور ان الوصية سيبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم
ولايته واستبداده وفي غيره معناه سيبطل وقيل في الكافر باطل
ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر
ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر
في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه
من الحجر بعدها والمعادات الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق
المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره
مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه
في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى
عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع
نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته
وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز
عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه ويروى مرة
مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح وجه القياس ان الولاية منعدمة

لما ان

لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب
المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه
تتجزيها لانه لا يملك مع رقبته وهذا نقض الموضوع وله ان يخاطب
مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان
الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا المولى
اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو
المروي عن ابي حنيفة رح او نقول فيصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله
ويعتبر الوصف بتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام
بالوصية ضم القاضي اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل
النظر يحصل بضم الاخرى اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة
غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تحقيقا على نفسه فلو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل
به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه
فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان
يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي
له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استيفاء الولاية من الميت غير انه
اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان
في الاحياء لاخرجه منها وعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له
قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة و
محمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة سنبينها ان شاء الله
تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء
لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت
كل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة
وانما يتحقق اذا انقلبت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي
وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد بالشفقة فتنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان
الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجماع
اذ هو شرط مقيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس المثنى الواحد كالمثنى

بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت لكل
واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته
بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهناك حق التصرف للموصي ولهذا
يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني
استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليها ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ولا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال
الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه
الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا
وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء
فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية
فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه
من يقع في يده فكان من باب الاعانة لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
وتنفيذ وصيتها بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد
بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التأخير خيفة الفوات ولانه تملكه
الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وقبول ما يخشى عليه التوى و
التلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التأخير
خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية
قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما
جميعا في القبض ولانه في معنى المبالغة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما
عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد قيل
ينفرد كل واحد منهما في التصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على
الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في
الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان
الوكالة يتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما
عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر
نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي منهما وان كان يقدر على التصرف

فالموصي

فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك يمكن التحقيق بنصب وصي
آخر مكانه الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده
في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر فلا يحتاج القاضي الى
نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح
لا ينفرد بالتصرف لان الموصي يتصرفه وحده بخلاف اذا اوصى الى غيره لانه
ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى قال واذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي
رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حال حيوة
والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي
كانت ثابتة للموصي ينتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد
قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة
غيره فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني
فيه منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تصيبه المنية
قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه
الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه
فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له
عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة
الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي
خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته
عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما
الموصي ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد
بالعيب ولا يرد عليه فلا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون خليفة عنه عند غيبته
حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك
بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيستوي ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال
فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له وضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا
قال وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده يحج عن الميت

تصيبه

من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف
رح ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع تمام الثلث وقال
محمد رح لا يرجع بشيء كان القسمة حق الموصى ولو افرز الموصى بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية وكذا اذا افرزه وصيه الذي
قام مقامه ولابي يوسف رح ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها فيما بقي
محلها واذا لم يصح بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لانفراد
الوارث بل لقصورها وهو تاديه الحج فلم يعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل
القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المستحقة اذ لا
قابض فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن
اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له
غايب فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل
القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا للايتام وحق
الميت والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح
حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال
واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض الموت
فهو جايز لان الوصي قايم مقام الموصى ولو ترك تورا حيا بنفسه يجوز فيه
بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام
مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل
المالية لفوائها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما هاهنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق
بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق
العبد ضمن الموصى لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة
لان المشتري منه ما رضي ببدل الثمن لا ليسلم له المبيع ولم يسلم فعند
اخذ الوصي البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك
الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول لا يرجع
لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رح
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين
يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة

عليه

عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الاعمال
حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة
قد هلكت ولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال فان
قسم الوصي الميراث فاصاب صغير امن الورثة عبدا فباعه وقبض الثمن فهلك
واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لاستيفاء القسمة باستحقاق ما اصاب به قال واذا احتال
الوصي بمال اليتيم وان كان خير اليتيم جاز وهو ان يكون املى واذا الوا اليسر
فظربة وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض
الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله
لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه فبقي اعتبارا
انسداد بابه والصبي المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن
الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف
الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بوضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا
من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشرى على حده
لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل
فيصير ذلك حجة له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب
من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية يعلم ظاهرا قال
وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما
سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار
ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغايب الا انا استحسناه لما انه حفظ
لتارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار
محفوظ بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب
بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا
الجواب في تركة هؤلاء لان الوصي قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من
باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال
الشافعي رح الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز

اليتيم ح

الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه
فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار
الموصى مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابنه
قال وان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه
واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصى غير انه يقدم وصى الاب
في التصرف لما بيناه **فصل في الشهادة** واذا شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيما
لانهما قاما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له و
هذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون
شهادتهما فسقط باشتراطهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت
بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه واذا شهدا ان الميت اوصى
الى رجل وهو بكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة
ولو شهد ابنا الوصيين لوارث صغير بشئ من مال الميت او بغيره
فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في الشهود
عليه قال واذا شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في
غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهد الوارث كبير
يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت
الورثة كبارا فغربت عن التهمة بخلاف شهادتهما وله انه يثبت لهما
ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة
بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد الوارث
رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل
ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق منهم للآخرين
بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف
مع ابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف مثل قول محمد رح ووجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا
لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر هو المشاركة ووجه

الرد

الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا
لو استوفى احدهما حقه من التركة يشارك الآخر فيه فكانت
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال
ولو شهد انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما
ان الميت اولد الشاهد بن عبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة
فلا تهمة ولو شهد انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد
المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه
الصورة مثبتة للشركة **كتاب الخنثى فصل في بيانه** قال
المصنف رح اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من
الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل
عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي كرم الله وجهه مثله
ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي
الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان
ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي فان كانا في السبق سواء فلما
بالكثرة عند ابي حنيفة رح وقالا يعتبر اكثرهما بولا لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيرجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج لا يدل على القوة لانه قد يكون
لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء
فهو مشكل بالاتفاق لانه لا يتزوج قال واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته
او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له
ثدي مستوى لان هذه من العلامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي
المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه
من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى
هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه العلامات
المعالم **فصل في حكم الخنثى** قال رح الاصل في الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاوثق والاحوط في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم

نعتبر

419

وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال
والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم
ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف
النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف
الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن شماله والذي خلفه
بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان
يصلي بقناع لاحتمال انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه
ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة قد
ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع
امر به ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد
جاز قال ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر
اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه
امرأة لانه عساه رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع
الامام له جارية من بيت المال تختنه لانه اعد لوايب المسلمين فاذا
اختتنه باعها في بيت المال ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء
عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان يكشف قدام الرجال
او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير
محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف
رح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى
يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لانه ترك لبس المخيط وهو امرأة
افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شيء حتى
تستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي
حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى تستبين امره لما قلنا
وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل
وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا
لانه دعوى يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل
قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان تستبين امره لم يغسله
رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجل والنساء فيتوقى

احتمال

احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا
غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو
احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية
لا يضره وان مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي
الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال
انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر
واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل
بينهما حاجزا من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه
رجل وان جعل على السرير نقش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه
عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في
خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا
فقد زادوا على الثلث ولا بأس بذلك قال ولو مات ابوه وخلف
ابنا والمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن سهمان والخنثى سهم وهو
انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر
ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله وقال
محمد رح المال بينهما من اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة
وقال ابو يوسف رح المال بينهما سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة
لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة
الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة
وذلك يضرب باربعة وذلك سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون
المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون بينهما اثلاثا فاحتجنا الى
حساب له ثلث ونصف واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما
نصفان وفي حال لكل واحد ثلاثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن
اربعة فسهمان ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزايد فينتصف
فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب
من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة
ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما
زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك
فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه

بالمتيقن كذا هذا الا ان يكون نصيبه الاقل بان مات رجل وترك خنثى
لاب وام وزوجة واما للخنثى اسوأ الحالين ولو قدرناه ذكرا
فحينئذ يعطى له نصيب الابن رح تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو
ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وامّ هى خنثى او امرأة
واخوين لامّ واختا لاب وامّ وهى خنثى فعندنا رح الاول للمزوج
النصف وللامّ الثلث والباقى للخنثى اقل النصيبين ورح الثانية
للمرأة الربع وللاخوين لامّ الثلث والباقى للخنثى لانه اقل
النصيبين فيهما **مسائل شتى** قال رح واذا قرئ على الاخرس
كتاب وصيته فقيل له اتشهد عليك بما فى الكتاب فاومى برأسه
اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز
ذلك الذى يعتقل لسانه وقال الشافعى رح يجوز فى الوجهين ٧
لان الجواز انما هو العجز وقد يشتمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى
والعارضى كالوحشى والمتوحش من الاهلى رح حق الزكاة والفرق
لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما يعتبر اذا صارت معهودة
معلومة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك
وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط
جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط
منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلى فلا ينقاسان ورح
الآية عرفناه بالنص قال وان كان الاخرس يكتب كتابا او يومئ
ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه و ٧
يقتص منه وله ولا يحد له بالقذف ولا قاذفه اما الكتابة فلانها من نائى
بمنزلة الخطاب ممن ذكرنا الا ترى ان النبى عم ادّى واجب التبليغ مرّة
بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوّز رح حق الغائب العجز
وهو رح حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين
مرسوم وهو بمنزلة النطوق رح الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير
مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح
الكتابة فلا بدّ من النية وغير مستبين كالكتابة على الهوى والماء وهو
بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت
حجة رح الاخرس رح حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد

ولا يختص

ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق
العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندرئ ٧
بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحدّ له للشبهة ولا يحدّ ايضا
بالاشارة رح القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق
بين الحدود والقصاص ان للحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انه
لو شهدوا بالوطئ الحرام او اقرّ بالوطئ الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق او اقرّ بالقتل يجب القصاص وان يوجد لفظ التعمد و
هذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فحان ان يثبت
مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد اما الحدود التى لله
تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع ٧
الشبهة لعدم الحاجة وذكر رح كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب
ليس بحجة رح قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك
فيكون فيها روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول
الى نطق الغايب رح الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس
لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان
الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة
بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الكتابة مع القدرة على الكتابة
لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع بينهما فقال اشار او كتب
وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية ففى الكتابة زيادة بيان
ولم توجد رح الاشارة زيادة امر لم توجد رح الكتابة لما انه اقرب الى النطق
من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذى صمت يوما او يومين يعارض
لما بيّنا رح المعتقل لسانه انه آلة النطق قائمة وهذا تقرير معتقل اللسان
قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر
يجرى فيها فاكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا
اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما حالة الضرورة يحل له التناول رح جميع
ذلك لان الميتة المتيقنة رح حالة الضرورة فالذى يحتمل ان يكون ذكية
اولى غير انه يتحرّى لانه طريق يوصله الى الذكية رح الجملة فلا يتركه من غير
ضرورة وقال الشافعى رح لا يجوز الاكل رح حالة الاختيار وان كانت
المذبوحة اكثر لان التحرّى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة

ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة
الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه و
الاستطاع والامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج
كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا
نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه
والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب والحمد لله وحده
وكفى والصلوة والسلام على خير خلقه محمد المجتبى
وسلم تسليما تم الكتاب بعون الله الملك
الوهاب في مدينة القسطنطنية المحمية عن يد
العبد الفقير محمود بن احمد القجوي القاضي
بقضاء ورادين سابقا نال الله مقاصد
ما يتمناه بمنه ولطفه وكرمه
وقع الفراغ في وقت الضحى
من يوم الجمعة في آخر ذي القعدة
الشريفة
لسنة تسع وثمانين
والف من الهجرة
النبوية عليه
افضل
التحية
سنة
١٠٨٩

II И. Бр. 43.633