

التكملة الثانية

المجموع

شرح المهدب

الجزء الثالث عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال المصنف رحمه الله :

باب بيع المزابحة

(من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ، ويجوز أن يبيعها مزابحة ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول : ثمنها مائة ، وقد بعنكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة ، لما روى عن ابن مسعود رضی الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده ^(١) ولأنه ثمن معلوم لجاز البيع به ، كما لو قال : بعنك بمائة وعشرة ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول : رأس مالها مائة ؛ وقد بعنك برأس مالها ووضع درهم ^(٢) من كل عشرة لأنه ثمن معلوم لجاز البيع به ، كما لو قال : بعنك بمائة إلا عشرة ، ويجوز أن يبيع بعضه مزابحة ، فإن كان مما لا يختلف أجزاءه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيبعه منه بحصته ، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبيدين قومها وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما ، ولهذا لو اشترى سيفاً وشقصاً بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته .

(١) قوله « لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده ، ده عشرة بالفارسية ، ويازده أحد عشر ودوازده اثنا عشر ، أى لا يرى بأساً أن يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشر أو باثني عشر (٢) قوله « ووضع درهم ، أى حط درهم . يقال وضع له في البيع من الثمن أى حط عنه

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله ، وآله وصحبه ومن والاه ،
وبعد فيقول محمد نجيب المطيعي عفا الله عنه بهذا القيل :
(الشرح) الحديث أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث عبادة
ابن الصامت بلفظ : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء بدأ بيد ، فاذا اختلفت هذه
الأصناف فبيعوا كيف شقتم ، إذا كان يدا بيد ،
ورواه أبو داود بنحوه وفي آخره : وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر
بدا بيد كيف شقنا ،

وحديث عبد الله بن مسعود سبق تخريجه ، وابن مسعود هو سادس من أسلم
روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ٨٤٨ حديثا اتفق الشيخان على ٦٤ منها
وانفرد البخارى بـ ٢٠ ومسلم بـ ٣٥ وكان يشبه النبي صلى الله عليه وسلم في سمته
وهديه ، ولى القضاء بالكوفة وبيت مالها في خلافة عمر وصدر من خلافة عثمان
أما أحكام الفصل فإن المراجعة بصورتها المعروفة جائزة بالاتفاق . ولكن كره
ذلك ابن عباس وابن عمر ، ولم يجوزها اسحاق بن راهويه ، واتفقوا على أنه إذا
اشترى ثمن مؤجل لم يجوز بمطلق بل يجب البيان . وقال الاوزاعي : يلزم العقد
إذا أطلق ويثبت الثمن في ذمته مؤجلا ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد
يثبت للمشتري الخيار إذا لم يعلم بالتأجيل ، ووجه هذه المسائل بواعث مختلفة بينهم
بين مشدد ومخفف على البائع أو على المشتري بحسب مداركهم
قالشافعي يجوز بيع السلعة برأس مالها أو أقل منه أو أكثر من البائع وغيره
قبل نقد الثمن وبعده . وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد لا يجوز بيعها من بائعها
بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في المبيع الأول ، ويجوز أن يبيع
ما اشتراه مراجعة بالاتفاق ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح
قال في مجمع البحر : المراجعة بيع ما شراه بما شراه به وزيادة ، والتولية بيعه
بلا زيادة ولا نقص ، والوضيمة بيعه بأنقص منه ،
قلت ويجوز أن يضيف الى الثمن الاول نفقات الصناعة والطرارز والنقل مع
بياتها وإيضاحها لمن يبتاعها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به البيع ، فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه ، أو ألحق به زيادة ، انظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد ، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه ، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد ، لأن البيع استقر بالثمن الأول ، فالخط والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن ، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الخط والزيادة . وقال أبو علي الطبري : إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده ، والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر ، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به . وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم ، قال هو علي بثلاثة عشر ، أو قام علي بثلاثة عشر وما أشبه ذلك ، ولا يقول اشتريت بثلاثة عشر ، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر ، لأن ذلك كذب

وإن قال رأس مالى ثلاثة عشر ففيه وجهان ، أحدهما ، لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن ، والثمن عشرة ، والثاني ، يجوز لأن رأس المال ما وزن فيه ، وقد وزن فيه ثلاثة عشر ، وإن عمل فيه ذلك بيده قال : اشتريته بعشرة ، وعملت فيه ما يساوى ثلاثة . ولا يقول هو علي بثلاثة عشر ، لأن عمله لنفسه لا أجره له . ولا يتقوم عليه

وإن اشترى عينا بمائة ووجد بها عيبا وحدث عنده عيب آخر فرجع بالارش وهو عشرة دراهم . قال هو علي بتسعين أو تقوم علي بتسعين ، ولا يجوز أن يقول الثمن مائة ، لأن الرجوع بالارش استرجاع جزء من الثمن ، فخرج عن أن يكون الثمن مائة ، ولا يقول اشتريتها بتسعين ، لأنه كذب ، وإن كان المبيع عبداً جنى ففداه بأرش الجنائية لم يضاف ما فداه به إلى الثمن ، لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضاف إلى الثمن كعلف البهيمة ، وإن جنى عليه فأخذ الارش ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يحط من الثمن قدر الارش ، لأنه كما لا يضيف ما فدى به

الجنابة الى الثمن لا يحط ما أخذ عن أرش الجنابة عن الثمن (والثاني) أنه يحط
لأنه عوض عن جزء تناوله البيع لحط من الثمن كأرش العيب

وإن حدثت من العين فوآمد في ملكه كالولد واللبن والتمر لم يحط ذلك من
الثمن لأن العقد لم يتناوله ، وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنا كان
موجوداً حال العقد حط من الثمن ، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ،
فأسقط ما قابله ، وإن أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد ، فإن قلنا إن الحمل له
حكم فهو كاللبن والتمر ، وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئاً ، وإن ابتاع
بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق ، لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن ، فإن باعه
مراحمه ولم يخبره بالأجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار لأنه داس عليه
بما يأخذ جزءاً من الثمن . فثبت له الخيار ، كما لو باعه شيئاً وبه عيب
ولم يعلمه بعيبه .

وإن اشترى شيئاً بعشرة وباعه بخمسة ، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا
يضم ما خسر فيه الى الثمن ؛ فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ، ثم اشتراه
بعشرة أخبر بعشرة ، ولا يحط ما ربح من الثمن ، لأن الثمن ما ابتاع به في العقد
الذي هو مالك به ، وذلك عشرة ، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه
ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله ، لأنه لو صرح
بذلك في العقد فسد العقد ، فاذا قصده كره ، فإن أخبر بالعشرين في بيع المراحمه
جاز لأن يبعه من الغلام كبيعته من الاجنبى في الصحة لجاز أن يخبر بما اشترى به
منه ، فإن علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار ، لأن شراءه بعشرين صحيح

(الشرح) قوله « لأن ذلك كذب ، هذا جريماً على قاعدة « تبايعا وقولوا
لا خلافة ، وحديث ابن مسعود « لا تحل الخلافة لمسلم ، وعلى هذا يقول
أبو حنيفة : لا يقول شريكه بكذا ، وإنما يقول قام على بكذا .

وقال في مجمع الأبحر « ولا يضم نفقته ولا أجر الراعى أو الحارس أو بيت
الحفظ فان ظهر المشتري خيانة في المراحمه «خير في أخذه بكل ثمنه ، وعند
أبي يوسف يحط من الثمن قدر الخيانة مع حصتها من الربح وعند محمد بخير . اهـ

وقد عني شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاواه الكبرى بهذا النوع من الحديعة فأبطل العقد وحمل على مجيزه بالرأى والقياس

وفي الترغيب في الصدق عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء» رواه الدارمي وقال: لا علم لي به أن الحسن سمع من أبي سعيد . وقال أبو حمزة : هذا هو صاحب إبراهيم بن ميمون الأعور . ورواه الحاكم والترمذي وحسنه . وفي هذا الحديث بحث طويل سنعرض له في كنز العمال إن شاء الله تعالى

قوله « ولا يضمن ما خسر فيه إلى الثمن » كذا هو مقرر في المذهب أنه لا يراجح إلا على الثمن الأخير ، وعند أبي حنيفة تمتنع المراجعة إذا شراه ثانية بأقل مما باعه أولاً ، وعند الصحابين محمد وأبي يوسف موافقة المصنف من جواز المراجعة على الثمن الأخير .

(فائدة)

إذا اشترى مديون ماذون بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر أو بالعكس ، فإنه يراجح على عشرة ، لأن العقد بينهما وإن كان صحيحاً ولكن له شبهة العدم ، لأن العبد ملكه ، وما في يده لا يخلو عن حقه ، فصار كأنه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لا غير . وقولنا مديون ، فمن باب أولى أن يراجحه مع عدم الدين لوجود ملك المولى فيه بالإجماع ، والمسكاتب كالعبد الماذون له .

أما المضارب بالنصف لو شري بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يراجح رب المال اثني عشر ونصف ، ويراجح بلا بيان لو أعورت المبيعة أو وطئت وهي ثيب ، أو أصاب الثوب قرض فأرة أو حرق نار ، فلا يجب عليه البيان عند أبي حنيفة . أي لا يجب أن يقول إنى شريتها سليمة بكذا فأعورت في يدي ، أو أصاب الثوب قرض فأرة مثلاً ، لأن جميع ما يقابله الثمن قائم ، لأن الفاتت وصف فلا يقابله شيء من الثمن إذا فاتت بلا صنع أحد . هذا فيما يتعلق ببيان أن الثمن قبل العيب . أما العيب نفسه فيجب بيانه بالكتاب والسنة والاجماع لحديث العلاء بن خالد الذي رواه الجماعة ، كتب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم

وهذا ما باع محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم العداة بن خالد يبيع المسلم المسلم
لا داء ولا خبيثة ولا فائنة ،

فيجب بيان العيب بغير أن يبين أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه
العيب ، وهذا كله فيما إذا كان العيب يسيراً . أما إذا كان العيب كبيراً كبيراً يتغابن
الناس فيه فإنه لا يجوز بيعه مراوحة .

أما إذا وطئت وهي بكر أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان ، وإن
اشتري بنسيئة وراجح بلا بيان خيبر المشتري ، فإن أتلفه ثم علمه لزم كل ثمنه ،
وكذا التولية . وهو أن يقول : ولني ما اشتريته بالثمن ، فقال وايتك ، صح إذا
كان الثمن معلوماً لهما فإن جهله أحدهما لم يصح

(فائدة) لو اشتري ثوبين صفقة كلا بخمسة لا يجوز بيع أحدهما مراوحة
بخمسة بلا بيان ، لأنه لو كان واحداً جاز بيع نصفه مراوحة اتفاقاً ، ولو باع بالزائد
على الخمسة لا يجوز .

ولا يصح بيع المنقول قبل قبضه ، ويصح في العقار ، خلافاً لمحمد بن الحسن
من أصحاب أبي حنيفة .

ومن اشتري كيلياً لا يجوز له بيعه ولا أكله حتى يكيله ، ويكفي كيل البائع بعد
العقد بحضرة المشتري لا في غيبته ، ومثل ذلك الوزني والعددي لا المذروع ولا
المقيس بالامتار أو الياردة ، فقد مر في كلام السبكي رحمه الله في عدم وجوب ذلك
في الاثواب المنضدة المختومة لما يترتب على قياسها من تكسير وإتلاف ويتعلق
الاستحقاق بكل ذلك فيراجح ويولى على كل ذلك إن زيد ، وعلى ما بقى إن حطاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال رأس المال مائة وقد بعته برأس المال ورجح درهم في كل
عشرة أو برجح ده يازده ، فالثمن مائة وعشرة ، وإن قال بعته برأس المال ووضع
ده يازده ، فالثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم
لأن معناه بعته بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهماً ، فسقط من
تسعة وتسعين درهماً تسعة دراهم ، لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس

المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً ، فيكون الباقي أحداً وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم .

وإن قال بعثك على وضع درهم من كل عشرة في الثمن وجهان ، أحدهما ، أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم ، وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني رحمه الله ، والثاني ، أن الثمن تسعون درهماً ، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري ، وهو الصحيح ، لأن المائة عشر مرات عشرة ، فإذا وضع من كل عشرة درهماً بقي تسعون

(الشرح) هذه الصور التي عرض لها المصنف تناولنا حكمها في الفائدة السابقة ذكرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أخبر أن رأس المال مائة ويبيع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال : أخطأت أو قامت البيعة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح . وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر أن البيع باطل ، لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة ، وهذا كان مجهولاً حال العقد ، فكان العقد باطلاً ، والمذهب الأول ، لأن البيع عقد على ثمن معلوم ، وإنما سقط بعضه بالتدليس ، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرشف العيب . وأما الثمن الذي يأخذه به فقيه قولان :

(أحدهما) أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء ، كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً .

(والثاني) أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل مالك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حظ الزيادة كالشفعة والتولية ، ويخالف العيب ، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد ، وهما الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة

فإن قلنا ان الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال . وهذا أكثر من رأس فثبت له الخيار .

وان قلنا ان الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أن له الخيار ، لأنه ان كان قد أخطأ في الخيار الاول لم يأمس أن يكون قد أخطأ في الثاني ، وأن الثمن غيره ، وان كن قد خان في الاول فلا يأمس أن يكون قد خان في الثاني ، فثبت له الخيار (والقول الثاني) وهو الصحيح أنه لا خيار له ، لأن الخيار انما يثبت لنقص وضرر ، وهذا زيادة ونفع ، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع الى تسعة وتسعين ، فلا وجه للخيار .

ومنهم من قال : ان ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له ، وان ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا ؟ فيه قولان ، لأنه اذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته ، فلم يتهم في خيانة أخرى . واذا ثبتت بالبينة كان متهما في خيانة أخرى فثبت له الخيار .

قال أصحابنا : القولان اذا كانت العين باقية ، فأما اذا تلفت العين فانه يازم البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً ، لأننا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيباً لم يملك الفسخ ، فإن قلنا لا خيار له ، أو قلنا له الخيار فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت له الخيار ؛ لأنه لم يرض الا بالثمن المسمى وهو مائة وعشرة ، ولم يسلم له ذلك (والثاني) لا خيار له لأنه رضى برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك

(الشرح) قوله « فالبيع صحيح » هذا قول عند الاصحاب أو وجه ، وعند الحنابلة كراهة بعض ما مر جوازه عند الشافعية وأصحاب أبي حنيفة . قال ابن قدامة في المغنى : وان قال بعثك برأس مالى فيه ، وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً . أو قال : ده يازده أوده داوزده فقد كرهه أحمد ، وقد رويت كراهته

عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار . وقال إسحاق : لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب . قال ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولأن رأس المال معلوم فأشبهه ما لو قال وربح عشرة دراهم . ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كراهاه ولم نعم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرز عنها أولى . وهذه كراهة تنزيهه والعقد صحيح ، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب : كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم . وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل إذا ثبت هذا فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبهه أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن ، فلم يمنع صحة العقد كالمعيب وللشترى الرجوع على البائع بما زاد في رأس المسال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهماً ، وهذا قال الشافعي في الجديد ، وبه قال الثوري وابن أبي ليلى

وقال أبو حنيفة : هو مخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب وحكى الشافعي في أحد قولييه أنه إذا باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فإذا بان رأس ماله قدرأ كان مبيعاً به ، وبالزيادة التي اتفقا عليها ؛ والمعيب كذلك عند الحنابلة فإن له أخذ الأرش ، ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور ، وهما رضي فيه برأس المال والربح المقرر .

وهل للشترى خيار ؟ فعند الشافعي في أحد قولييه نعم لأن المشتري لا يأمن الحيانة في هذا الثمن أيضاً ، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفاً أو وكيلاً أو غير ذلك . والمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصلته من الربح ، وبين تركه قولاً واحداً . نقله حنبل

قال في المعنى :

وظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له (قلت) وهو مخالف للإمام كما نقله حنبل والقول الآخر عند الشافعية لا ؛ لأنه رضي بمائة وعشرة فإذا حصل له بتسعة

وتسعين فقد زاده خيرا ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب فإن صحيفا ، أو أمى فبان صانعا ، أو كاتباً ، أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك .

وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها لخط له بائعها من ثمنها بعد لزوم العقد أخبر بشئها قبل أن يحط البائع منها . قال الشافعية وأصحاب أحمد وأبو حنيفة : أنه أن يخبر بالثمن الاول لا غير ، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً وقال أبو حنيفة : يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة

أما إذا كان هذا الخط في مدة الخيار وقبل لزوم العقد وجب الإخبار به في المراجعة باتفاق . وفي تغيير السلعة بنقص ، كأن تتغير بتلف بعضها أو بولادة أو عيب أو أخذ البائع بعضها كالصوف واللبن الموجود ونحو ذلك فإنه يخبر بالحال على وجهه ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه .

وقال أبو الخطاب من الجناية يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي ، لأن أرش العيب عوض ما فات به ، فيسكن ثمن الموجود هو ما بقي ، وفي أرش الجناية وأرش العيب ، قال الشافعي يحطها من الثمن ويقول تقوّم على بكذا ، لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبهه ما لو أخبر بالحال على وجهه

فأما إن جنى المبيع فقده المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المراجعة لأن هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ، فأشبهه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية ، والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبهه الدواء كما قلنا .

وأما التغير بالزيادة فكأن زيادة في ثمنها أو سمنها أو تعلم صنعة أو ولادة أو ثمرة مجتناة ، أو كسب عمل يدوي ؛ فهذا إن أراد أن يبيعها مراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذي اشتراها به .

وان أخذ النماء المنفصل كالولد أو الثمرة المجتناة أو استخدم الامة أو وطىء الثيب أخبر برأس المسال ولم يلزمه تبين الحال لأن ذلك بمنابة الجدة . وروى

ابن المنذر عن احمد أنه يلزمه تبيين ذلك كله . وهو قول اسحاق . وقال أصحاب
الرأى فى الغلة يأخذها : لا بأس أن يبيع مراوحة ، وفى الولد والثمرة لا يبيع
مراوحة حتى يبين ولأنه من موجب العقد .
وعند ابن قدامة من الحنابلة أنه إن كان صادقاً من غير تغرير جاز ، كما لو لم
يزد : ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المراوحة بدون
ذكره كالغلة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخبر أن الثمن مائة وربعه عشرة ، ثم قال أخطأت والثلث
مائة وعشرة لم يقبل قوله ، لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمى فلم يقبل ،
كما لو أقر له بدين . وإن قال : لى بيته على ذلك لم تسمع ، لأنه كذب بالإقرار
السابق بيته فلم تقبل .

فإن قال أحلفوا لى المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة ، ففيه طريقان
(أحدهما) أنه إن قال ابتعته بنفسى لم يحلف المشتري لأن إقراره يكذبه ، وإن
قال ابتاعه وكيل لى فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لى أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف
لأنه الآن لا يكذبه إقراره .

(والثانى) أنه يبنى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه ،
فإن قلنا إنه كالبيته لم يعرض اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على بيته ، والبيته
لا تسمع . وإن قلنا : أنه كالإقرار عرضنا اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على
الإقرار ، وإقراره مقبول

(الشرح) ثم انتقل المصنف رحمه الله الى التغير بالزيادة :

ومن التغير بالزيادة أن يعمل فيها عملاً ، كأن يقصرها تجميلها أو يرفوها
أو يحكمها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مراوحة أخبر بالحال على وجهه .
وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مراوحة ، أو اشترى
اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما يبيع نصيبه مراوحة بالثمن الذى أداه فيه ،

فذلك قسبان (أحدهما) أن يكون المبيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء ، كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا ، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه . هكذا نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه ، لا يبيع أحدهم مرابحة إلا أن يقول : اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه . وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

قال الشافعي : يجوز بيعه بخصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ، بدليل ما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً أخذ الشفيع الشقص بخصته من الثمن . ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيباً رده بخصته من الثمن .

وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به

قال ابن قدامة : ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه ، فصار هذا كالحرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه ، وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه .

وكونه لا طريق له سوى التقويم ، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذ الناس طريقاً لإسقاطها فيؤدى إلى تفويتها بالكفاية ، وهمنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة . هكذا ملخصاً من السبكي وابن الرفعة وشارح المنهاج من الشافعية وابن قدامة وابن عساكر والخزقي من الحنابلة وجمع البحر ومرآة الفلاح من الحنفية ، والبغية والكفاية والشرحين السكبر والعزيز من المالكية ، ونيل الأوطار وفتح الباري وشرح القسطلاني على البخاري والفتاوى السكبري لابن تيمية والمحلل لابن حزم من كتب المحدثين

قال المصنف رحمه الله :

(باب النجش والبيع على بيع أخيه ، وبيع الحاضر للبادي ، وتاقى الركبان والتسمير ، والاحتكار)

ويحرم النجش ، وهو أن يزيد في الثمن ليغر غيره ، والدليل عليه ما روى

ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش ، ولأنه خديعة ومكر ، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح ، لأن النهى لا يعود الى البيع فلم يمنع صحته ، كالبيع في حال النداء ، فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدليس . وإن كان النجش بمواطاة من البائع ففيه قولان .

(أحدهما) أن له الخيار بين الإمساك والرد ، لأنه دلس عليه فثبت له الرد ، كالمو دلس عليه بعيب

(والثاني) لا خيار له ، لأن المشتري فرط في ترك التأمل وترك التفويض الى من يعرف بمن المتاع

الشرح : -

هذا الباب يشتمل على الأنواع الآتية :

(النجش) وهو في اللغة بفتح النون وسكون الجيم بعدها شين معجمة ، وهو تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد .

يقال : نجشت الصيد أنجشته - من باب نصر - وفي الشرع الزيادة في السلعة ويقع ذلك بمواطاة البائع فيشتركان في الاثم ، ويقع ذلك بغير علم المشتري ، فيستفيد الناجش ، وقد يختص به البائع ، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشترى بها لغيره .

قال الشافعي : النجش أن يحضر السلعة تباع فيعطى بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتمدى به السوءام ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه . وقال ابن قتيبة «النجش الختل والخديعة ، ومنه قيل للصائد ناجش ، لأنه يخلل الصيد»

(١) في حاشية الاصل «الناجش الذي يحوش الصيد . والنجش أن تزيد في البيع ليقع غيرك وليس من حاجتك ، وفي الحديث لا تناجشوا

قال ابن بطال : أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله ، واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك : ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على ذلك ، وهو قول أهل الظاهر ، ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أو صنعته : والمشهور عند المالكية في مثل ذلك ثبوت الخيار وهو قول الحنفية ، وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع بما تقدم ، وقد فسره ابن عبد البر وابن حزم وابن العربي بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل ووافقهم على ذلك بعض المتأخرين من الشافعية وهو تقييد للنص بغير مقتض لتقييد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول : افسخ فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن ، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا ن في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل ، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع ، لما ذكرناه في النجش .

(الشرح) أما حديث ابن عمر فقد رواه البخارى ومسلم . وأما حديث أبي هريرة فهو متفق عليه ، وللنسائي : من طريق ابن عمر لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر .

وفي رواية أحمد عن ابن عمر لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له ، وقد تنابعت أحاديث النهى عن أبي هريرة عند الشيخين وعن عقبة بن عامر عند مسلم .

وقوله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع ، إلا كثر بإثبات الياء على أن لا نافية ، ويحتمل أن يكون استثناء من الحكمين ، ويحتمل أن يختص بالآخر ، والخلاف في ذلك وبين الراجح مستوفى في الاصول .

ويدل على الثاني في خصوص هذا المقام رواية البخارى التي ذكرناها

(قوله) لا يخطب الرجل إلخ ، وسيأتي الكلام على الخطبة في المناكحات إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يدخل على سوم أخيه ، وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده لبييع منه ، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسم على سوم أخيه ، ولأن في ذلك إفساداً أيضاً وإنجاشاً فلم يحل ، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له ، جاز لغيره أن يطلبه ، لأنه لم يدخل على سومه وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان .

أحدهما : يحرم ، والثاني : لا يحرم ، كالتولين في الخطبة على خطبة أخيه ، وأما إذا عرضت السلعة في النداء جاز لمن شاء أن يطلبها وي زيد في ثمنها ، لما روى أنس رضي الله عنه عن رجل من الانصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ذلك له فقال : ما عندى شيء ، اذهب فأقن بما كان عندك ، فذهب لجماء مجلس وقدح ، فقال يا رسول الله هذا المجلس والقدح ، فقال من يشتري هذا المجلس والقدح ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال من يزيد على درهم ؛ فسكت القوم . قال من يزيد على درهم ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين ، قال : هما لك ، ثم قال ان المسألة لا تحل إلا لثلاثة لذي دم موجه ، أو فقر مدقع ، أو غرم مفضع ، ولأن في النداء لا يقصد رجلاً بعينه ، فلا يؤدي إلى النجش والافساد .

(الشرح) قوله « ولا يسوم » صورته أن يأخذ شيئاً ليشتريه فيقول المالك رده لا يبيعه خيراً منه بثمنه ، أو يقول للمالك : استرده لا اشتريه منك بأكثر ، وإنما يمنع من ذلك بعد استقرار الثمن ، وركون أحدهما إلى الآخر . فان كان ذلك

تصريحا فقد قال في فتح الباري : لا خلاف في التحريم ، وان كان ظاهراً فقيه
وجهان في المذهب .

وقال ابن حزم : إن لفظ الحديث لا يدل على اشتراط الركون ، وتعقب بأنه
لا بد من أمر مبين لموضع التحريم في السوم لأن السوم في السلعة التي تباع فيمن
يزيد لا يحرم اتفاقاً كما حكاه في الفتح عن ابن عبد البر فتبين أن السوم المحرم
ما وقع فيه قدر زائد على ذلك ، وأما صورة البيع على البيع ، والشراء على الشراء
فهو ان يقول لمن اشترى سلعة في زمن الخيار : افسخ لأبيعتك بأنقص ، أو يقول
للبيع افسخ لأشترى منك بأزيد . قال في فتح الباري : وهذا يجمع عليه .

وقد اشترط بعض الشافعية في التحريم أن لا يكون المشتري مغبوناً غيبنا
فاحشاً وإلا جاز البيع على البيع ، والسوم على السوم لحديث : الدين النصيحة .
وأجيب عن ذلك بأن النصيحة لا تنحصر في البيع على البيع والسوم على
السوم لأنه يمكن أن يعرفه أن قيمتها كذا فيجمع بذلك بين المصلحتين كذا
في الفتح .

قال الشوكاني : وقد عرفت أن أحاديث النصيحة أعم مطلقاً من الأحاديث
القاضية بتحريم أنواع من البيع فيبني العام على الخاص .

واختلفوا في صحة البيع المذكور فذهب الجمهور إلى صحته مع الإثم وذهبت
الحنابلة والمالكية إلى فساده في إحدى الروايتين عنهم وبه جزم ابن حزم في المحلى
وابن تيمية في فتاواه الكبرى .

والخلاف يرجع إلى ما تقرر في الأصول من أن النهي المقتضى للفساد هو النهي
عن الشيء لذاته ، ولو وصف ملازم لا الخارج .

وأما حديث أنس فقد رواه أحمد والترمذي وحسنه وقال لا نعرفه إلا من
حديث الأخصر بن عجلان عن أبي بكر الحنفى عنه ، وأخرجه أيضاً أبو داود
والنسائي ، وأعله ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفى ، ونقل عن البخارى أنه
قال لم يصح حديثه ، ولفظ الحديث عند أبي داود وأحمد أن النبي صلى الله عليه
وسلم نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه ، فقال رجل هما على بدرهم ، ثم قال
أحرهما على بدرهمين ، وفيه إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة ، .

والجلس بكسر الحاء المهملة وسكون اللام كسواء رقيق يكون تحت برذعة البعير
قاله الجوهري ، والجلس البساط. أيضاً ومنه حديث كن جلس بينك حتى يأتبك
يد خاطئة أو مية قاضية ، كذا في النهاية لابن الاثير قوله « فيمن يزيد ، فيه دليل
على جواز بيع المزايدة وهو البيع على الصفة التي فعلها النبي (ص) .

وحكى البخارى عن عطاء أنه قال أدركت الناس لا يرون بأساً في بيع المغانم
فيمن يزيد ، ووصله ابن أبي شيبه عن عطاء ومجاهد وروى هو وسعيد بن منصور
عن مجاهد قال لا بأس ببيع من يزيد ، وكذلك كانت تباع الاخماس .

وقال الترمذى عقب حديث أنس المذكور : والعمل على هذا عند بعض
أهل العلم لم يروا بأساً ببيع من يزيد في الغنائم والموارث .
قال ابن العربي : لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث فإن الباب
واحد والمعنى مشترك .

قال الإمام الشوكاني : ولعلمهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن
الجارود والدارقطنى قيداً لحديث أنس المذكور وليسكن لم ينقل أن الرجل الذي
باع عنه صلى الله عليه وسلم القدح والجلس كانا معه من ميراث أو غنيمة فالظاهر
الجواز مطاقاً ، إما لذلك ، وإما لإلحاق غيرها بهما ويكون ذكرهما خارجاً مخرج
الغالب لهما الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايدة ، ومن قال باختصاص
الجواز بهما الاوزاعى وإسحاق .

ثم قال الشوكاني رحمه الله تعالى : وروى عن النخعي أنه كره بيع المزايدة ،
واخرج بحديث جابر الثابت في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال في مدبره من
يشتريه منى ، فاشتراه نعيم بن عبد الله بشاة مائة درهم ، واعترضه الاسماعيلي
فقال ليس في قصة المدبر بيع المزايدة . فإن بيع المزايدة أن يعطى به واحد ثم
ثم يعطى به غيره زيادة عليه ، نعم يمكن الاستدلال له بما أخرجه البزار من
حديث سفيان بن وهب قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع المزايدة
لكن في اسناده ابن لهيعة وهو ضعيف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يبيع حاضر لباد ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس اليه في البلد ، فإذا باع اتسع ، وإذا لم يبع ضاق ، فيجىء اليه سمسار فيقول : لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا ، وأزيد في ثمنها ، لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع حاضر لباد ، قلت ما لا يبيع حاضر لباد ؟ قال : لا يكون سمساراً ، وروى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإن خالف وباع له صح البيع ، لما ذكرناه في النجش ، فإن كان البلد كبيراً لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجمان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لأن المنع لحوف الاضرار بالناس ، ولا ضرر ههنا .

(الشرح) حديث ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ . أخرجه الجماعة إلا الترمذى . وقوله : حاضر لباد ، الحاضر ساكن الحضر والبادى ساكن البادية . قال في القاموس : الحاضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية ، والحضارة الإقامة في الحضر ، وتبدي أقام في البادية ، والنسبة يداوى وبدوى ، وبدا القوم خرجوا الى البادية وأما حديث جابر فقد رواه الجماعة إلا البخارى ؛ وفي مسند أحمد من طريق عطاء بن السائب عن عبيد بن عمير بالعين المهملة ابن أبي يزيد عن أبيه حدثني أبي قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإذا استنصح الرجل فلينصح له ، ورواه البيهقي من حديث جابر مثله

قال الشافعى في الأم بعد سوق الحديتين ، حديث ابن عمر وحديث جابر ، وليس في النهى عن بيع حاضر لباد بيان معنى ، والله أعلم لم نهى عنه ، إلا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالاسواق ، ولحاجة الناس الى ما قدموا به . ومستغلي المقام فيكون أدنى الى ما يبيع الناس من سلعمهم ، ولا بالاسواق فيرخصوها لهم ، فنهوا — والله أعلم — لئلا يكون سبباً لقطع ما يرجى من رزق المشتري من أهل

البادية لما وصفت من إرخاصه منهم . فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث ، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه ، لأن البيع لو كان مفسوخا لم يكن في بيع الحاضر للبادى إلا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلى هو أو باد مثله بيعها ، فيكون كسدا لها ، وأحرى أن يرزق مشتره منه بإرخاصه إياها يا كسادها بالأمر الأول من رد البيع وغرة البادى الآخر ، فلم يكن ههنا معنى يمنع أن يرزق بعض الناس من بعض فلم يجوز فيه — والله أعلم — إلا ما قلت من أن بيع الحاضر للبادى جائز غير مردود ، والحاضر منهى عنه . اه

والشوكانى يرى أن أحاديث الفصل تدل على أنه لا يجوز للحاضر أن يبيع للبادى من غير فرق بين أن يكون البادى قريباً له أو أجنبياً ، وسواء كان فى زمن الغلاء أو لا ، وسواء كان يحتاج إليه أهل البلد أم لا ، وسواء باعه له على التدرج أم دفعة واحدة .

وقالت الحنفية : أنه يختص المنع من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج إليه أهل المصر . وقالت الشافعية ووافقهم الحنابلة أن الممنوع إنما هو أن يحىء البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت فى الحال فىأتمه الحاضر فىقول : ضعه عندى لا يبعه لك على التدرج بأعلى من هذا السعر .

وقال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى : فجعلوا الحكم منوطاً بالبىادى ومن شاركه فى معناه ، قالوا وإنما ذكر البادى فى الحديث لىكونه الغالب فألحق به من شاركه فى عدم معرفة السعر من الحاضرين ، وجعلت المالكية البادى فبدأ .

وعن مالك لا يلتحق بالبدوى فى ذلك إلا من كان يشبهه ، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والأسواق فليسوا داخلين فى ذلك .

وحكى ابن المنذر عن الجمهور أن النهى للتحريم إذا كان البائع عالماً ، والمبتاع بما تعم الحاجة إليه ، ولم يعرضه البدوى على الحضرى ، ولا يخفى أن تخصيص العموم بمثل هذه الأمور من التخصيص بمجرد الاستنباط . وقد ذكر ابن دقيق العيد فيه تفصيلاً حاصله أنه يجوز التخصيص به حيث يظهر المعنى لا حيث يكون خفياً على أن الشوكانى رحمه الله من مجتهدى الهادوية يتردد فى قبول هذه القاعدة

التي أخذ بها الجمهور فيقول: فاتباع اللفظ أولى ولكنه - أي الاستنباط - لا يطعن
 الخاطر إلى التخصيص به مطلقاً، ثم يقول: فالبقاء على ظواهر النصوص الأولى
 فيكون بيع الحاضر للبادي محرماً على العموم، وسواء كان بأجرة أم لا .

وروى عن البخاري أنه حمل النهي على البيع بأجرة لا بغير أجرة، فإنه من
 باب النصيحة . وروى عن عطاء ومجاهد وأبي حنيفة أنه يجوز بيع الحاضر للبادي
 مطلقاً، وتمسكوا بأحاديث النصيحة . وروى مثل ذلك عن الهادي وقالوا: إن
 أحاديث الباب منسوخة . واستظهروا على الجواز بالقياس عن توكيل البادي
 للحاضر فإنه جائز، وردد الشوكاني رفضه لهذا الجواز بقوله ويجاب عن تمسكهم
 بأحاديث النصيحة بأنها عامة مخصصة بأحاديث

ثم قال: فإن قيل إن أحاديث النصيحة وأحاديث الباب بينها عموم وخصوص
 من وجه؛ لأن بيع الحاضر للبادي قد يكون على غير وجه النصيحة، فيحتاج
 حينئذ إلى الترجيح من خارج كما هو شأن الترجيح بين العمومين المتعارضين؛
 فيقال المراد ببيع الحاضر للبادي - الذي جعلناه أخص مطلقاً - هو البيع الشرعي
 بيع المسلم للمسلم الذي يفنه الشارع الأمة، وليس بيع الغش والجداع داخل في
 مسمى هذا البيع الشرعي، كما أنه لا يدخل فيه بيع الربا وغيره مما لا يحل شرعاً،
 فلا يكون البيع باعتبار ما ليس ببيعاً شرعياً أعم من وجه حتى يحتاج إلى طاب
 مرجح بين العمومين، لأن ذلك ليس هو البيع الشرعي

ويجاب عن دعوى النسخ بأنها إنما تصح عند العلم بتأخر الناسخ، ولم ينقل
 ذلك؛ ويرفض الشوكاني القياس لأنه فاسد الاعتبار لمصادمته النص، ثم يجعل
 حكم البيع حكم الشراء مستنداً إلى ما أخرجه أبو عوانة في صحيحه عن ابن سيرين
 قال: لقيت أنس بن مالك فقلت لا يبيع حاضر لباد، أنهم يتم أن تبيعوا أو تباعوا
 لهم؟ قال نعم، قال محمد، صدق، إنها كلمة جامعة

على أن الشافعي رضي الله عنه في تصحيحه للبيع مع الإثم يستدل بالحديث
 نفسه ولا يستدل بقياس أو قرينة فيقول، فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم
 الحديث، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه. لأن البيع لو كان يكون

مفسوخا لم يكن في بيع الحاضر للبادي الا الضرر على البادي من أن يجبس سلعته
الى آخر ما أورد في الأم ، وسبق نقله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم تلقى الركبان ، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم
من المتاع ليغبنهم ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله (ص) نهى أن
تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل ، فإن
خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجس ، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن
كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال
لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق ، ولأنه
غرم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب .

وان بان لهم أنه لم يغبنهم فقيه وجهان ، أحدهما ، أن لهم الخيار للخبر
والثاني ، لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس ، وان خرج الى خارج البلد لحاجة
غير التلقى فرأى القافلة فهل يجوز أن يبتاع منهم ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، يجوز ،
لأنه لم يقصد التلقى ، والثاني ، لا يجوز ، لأن المنع من التلقى للبيع ، وهذا المعنى
موجود وان لم يقصد التلقى فلم يحز

(الشرح) أما فصل تحريم تلقى الركبان فان حديث ابن عمر رواه الشيخان
ورواه أيضا من طريق عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بلفظ ، نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن تلقى البيوع ، ورواه الجماعة الا البخارى عن أبي هريرة
رضى الله عنه بلفظ ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الجلب ، فان تلقاه
انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق ، وقد ذكره الشافعى
في الأم بسنده .

أما لغات الفصل فقوله ، بكساد ، من باب قتل كساداً لم يتفريق أقله
الريجات ، فهو كاسد وكسيد ، ويتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله . وكسدت
السوق فهى كاسد بغير هاء فى الصحاح ، وبالهاء فى التهذيب ، ويقال أصل
الكساد الفساد .

قوله « الجلب » بفتح اللام مصدر بمعنى اسم المفعول المجلوب ، يقال جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة .

قوله « الركبان » جمع ركب ، والمراد قافلة التجارة التي تجلب الأرزاق والبضائع . وذكر الركبان خرج مخرج الغالب في أن من يجلب الطعام يكونون عدداً ركبانياً ، ولا مفهوم له ، بل لو كان الجالب عدداً مشاةً أو واحداً ، راكبياً أو ماشياً لم يختلف الحكم .

أما الأحكام في هذه الأحاديث دليل على أن التلقي محرم ؛ وقد اختلف في هذا النهي هل يقتضى الفساد أم لا ؟ فقيل يقتضى الفساد وقيل لا ، وهو الظاهر وقد عقب الشيخ مجد الدين أبو البركات ابن تيمية (الجسد) في كتابه المنتقى على حديث أبي هريرة بقوله : وفيه دليل على صحة البيع قال الشوكاني رحمه الله تعالى : لأن النهي هنا الأمر خارج ، وهو لا يقتضيه كما تقرر في الأصول ، وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة ، وقال بعضهم بعدم الفساد لما سلف .

قال الشافعي في الأم : وقد سمعت في هذا الحديث - يعني حديث أبي هريرة بعد أن ساقه أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا السلم - فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق ، وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً . ففي هذا دليل على أن الرجل إذا تلقى السلعة فاشترها فالبيع جائز ، غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار لأن تلقيها حين يشتري من البدوي قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرر له يوجد النقص من الثمن ، فإذا قدم صاحب السلعة فهو بالخيار بين انقاز البيع ورده ولا خيار للمتلقى لأنه هو الغارر لا المغرور . اهـ

قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحسكية في السياسة الشرعية : « ومن المنكرات تلقي السلع قبل أن تجيء إلى السوق ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك لما فيه من تغرير البائع ، فإنه لا يعرف السعر فيشتري منه المشتري بدون القيمة ، ولذلك أثبت له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار إذا دخل السوق ، ولا نزاع في ثبوت الخيار له مع الغبن . وأما ثبوته بلا غبن فقيه عن أحمد روايتان

(إحدهما) يثبت وهو قول الشافعي لظاهر الحديث (والثانية) لا يثبت لعدم الغبن، ولذلك ثبت الخيار المشتري المسترسل إذا غبن، وفي الحديث «غبن المسترسل ربا» وفي تفسيره قولان (أحدهما) أنه الذي لا يعرف قيمة السلعة (والثاني) وهو المنصوص عن أحمد أنه الذي لا يماكس؛ بل يسترسل إلى البائع ويقول: أعطى هذا.

وليس لأهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر ويبيعوا المسترسل بغيره. وهذا مما يجب على وإلى الحسبة إنكاره؛ وهذا بمنزلة تلقي السالع، فإن القادم جاهل بالسعر. ثم قال ابن القيم:

ومن هذا تلقى سوقة الحجيج الجلب من الطريق، وسبقهم إلى المنازل يشتررون الطعام والعلف ثم يبيعونه كما يريدون فيمنعهم وإلى الحسبة من التقدم لذلك حتى يقدم الركب، لما في ذلك من مصلحة الركب ومصلحة الجالب، ومتى اشتروا شيئا من ذلك منعهم من بيعه بالغبن الفاحش

ومن ذلك نهى النبي (ص) «أن يبيع حاضر لباد، دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض، قيل لابن عباس: ما معنى قوله «لا يبيع حاضر لباد»؟ قال: «لا يكون له سمساراً». وهذا النهى لما فيه من ضرر المشتري فإن المقيم إذا وكله القادم في بيع سلعة يحتاج الناس إليها، والقادم لا يعرف السعر أضرب ذلك بالمشتري كما أن النهى عن تلقي الجلب لما فيه من الأضرار بالبائعين، اهـ

(قلت) وقد ذهب إلى الأخذ بظاهر الحديث الجمهور فقالوا: لا يجوز تلقي الركبان، واختلفوا هل هو محرم أو مكروه فقط. وحكى ابن المنذر عن أبي حنيفة أنه أجاز التلقي وتعقبه الحافظ ابن حجر بأن الذي في كتب الحنفية أنه يكره التلقي في حالتين (الأولى) أن يضر بأهل البلد (والثانية) أن يلبس السعر على الواردين. والتنصيص على الركبان في بعض الروايات خرج مخرج الغالب، وحكم الماشي حكم الراكب من غير فرق. دليلنا حديث أبي هريرة المذكور فإن فيه النهى عن تلقي الجلب من غير فرق. وكذلك حديث ابن مسعود المذكور، فإن فيه النهى عن تلقي البيوع. وقد أوضحنا في الخيار قول ابن القيم، ونزيدك إيضاحاً بما قاله الشوكاني. قال:

اختلفوا هل يشبث له الخيار مطلقاً أو بشرط أن يقع له في البيع غبن ، ذهب
 الحنابلة إلى الأول وهو الأصح عند الشافعية وهو الظاهر ، وظاهره أن النهي
 لأجل صنعة البائع ، وإزالة الضرر عنه ، وصيانته من يحدعه . قال ابن المنذر :
 وحله مالك على نفع أهل السوق لا على نفع رب السلعة ، وإلى ذلك جنح
 الكوفيون والاوزاعي : قال : والحديث حجة للشافعي لانه أثبت الخيار للبائع
 لا لأهل السوق اه .

وقد احتج مالك ومن معه بما وقع في رواية من النهي عن تلقى السلع حتى
 تهبط الأسواق ، وهذا لا يكون دليلاً لمدهام لأنه يمكن أن يكون ذلك رعاية
 لمنفعة البائع ، لانها إذا هبطت الأسواق عرف مقدار السعر فلا يحدع ولا مازع
 من أن يقال : العلة في النهي مراعاة نفع البائع ، ونفع أهل السوق .

واعلم أنه لا يجوز تلقىهم للبيع منهم ، كما لا يجوز للشراء منهم لان العلة التي
 هي مراعاة نفع الجالب أو أهل السوق أو الجميع حاصلة في ذلك ، وبدل على ذلك
 ما رواه البخاري بلفظ . لا يبيع ، فإنه يتناول البيع لهم والبيع منهم ، وظاهر
 النهي المذكور في الباب عدم الفرق بين أن يتلقى المتلقي الجالب بطلب الشراء
 أو البيع أو العكس ، وشرط بعض الشافعية في النهي أن يكون المتلقي الجالب
 بطلب الشراء أو البيع أو العكس ، وشرط بعض الشافعية في النهي أن يكون
 المتلقي هو الطالب ، وبعضهم اشترط أن يكون المتلقى قاصداً لذلك ، فلو خرج
 للسلام على الجالب أو للفرجة أو للحاجة أخرى ، فوجدهم فبايعهم لم يتناوله النهي
 ومن نظر إلى المعنى لم يفرق . وهو الأصح عند الشافعي ، وشرط امام الحرمين
 في النهي أن يكذب المتلقى في سعر البلد ويشترى منهم بأقل من ثمن المثل .

وشرط المتولي من الاصحاب (١) أن يخبرهم بكثرة المشونة عليهم في الدخول ،
 وشرط المصنف رحمه الله تعالى أن يخبرهم بكساد ما معهم . قال الشوكاني : والكل
 من هذه الشروط لا دليل عليه ، والظاهر من النهي أيضاً أنه يتناول المسألة القصيرة
 والطويلة ، وهو ظاهر إطلاق الاصحاب .

(١) إذا قلت : الاصحاب أو اصحابنا في عزو الاقوال قصدت الاثمة من
 فقهاء المذهب .

وقال بعض المالكية : ميل . وقال بعضهم أيضاً : فرسخان ، وقال بعضهم
 يومان . وقال بعضهم : مسافة قصر . وبه قال الثوري ، وأما ابتداء التلقي فقبيل
 الخروج من السوق ، وإن كان في البلد ، وقبل الخروج من البلد ، وهو قول
 أصحابنا ، وبالأول قال أحمد وإسحاق والليث والمالكية .

وقول المصنف رحمه الله تعالى : ولأن هذا تدليس وغرر ، قلت : التدليس
 كتم البائع عيب السلعة من المشترى وإخفائه ويقال أيضاً : دلس دلساً من باب
 ضرب والتشدبب أشهر في الاستعمال ، قال الأزهرى : سمعت أعرابياً يقول :
 ليس لي في الأمر وليس ولا دلس : أى لا خيانة ولا خديعة ، والدلسة بالضم
 الخديعة أيضاً ، وقال ابن فارس وأصله من الدلس وهو الظلمة .

أما التدليس عند المحدثين فهو إما تدليس في الاستناد وهو بأن يروى عن
 معاصر مالم يحدثه به ويأتى بلفظ يوهم إتصلاً كعن ، وأن وقال فإذا قال الراوى
 عن فلان فإن كان يروى ذلك عن شخص لم يعاصره أو عاصره وثبت أنه لم يلاقه
 جزئياً بأن روايته منقطعة ، وإن كان معاصراً له — ولم نعلم أن كان لقيه أو لا :
 أو علمنا أنه لقيه ولكن كان الراوى مدلساً توقفاً في روايته ولم نحكم لها بالاتصال
 إلا إذا ثبت اللقاء والتحديث .

وأما تدليس الأشياخ أن يسمى شيخه أو شيخ شيخه باسم أو كنية أو لقب
 غير ما اشتهر به وعرف وذلك لستر ضعفه وفي ذلك تفصيل عند المحدثين .
 أما الفرر فهو في اللغة الخطر ، وغرته الدنيا غروراً أى خدعته فهم غرور
 مثل رسول اسم فاعل مبالغة ، وفي اصطلاح الفقهاء كل بيع يحتمل فيه غبن المبتاع
 لحديث أبي هريرة الذى رواه الجماعة إلا البخارى ، أن النبي (ص) نهى عن
 بيع الحصاة وعن بيع الفرر ، وحديث ابن مسعود عند أحمد وفي روايته يزيد بن
 أبي زياد عن المسيب بن رافع ، وقال البيهقي . فيه ارسال بين المسيب وعبد الله
 والصحيح وقفه على ابن مسعود كما قال ذلك الدارقطنى فى العلل والخطيب وابن
 الجوزى ولفظه لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر ، وقد روى أبو بكر بن
 أبي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً وفيه النهى عن بيع السمك فى الماء
 وهو شاهد لهذا .

وقد مر في أول البيوع من شرح المهذب تفسير وتفصيل بيع الحصة ، وهو أن يقول بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصة ويرى الحصة أو في الأرض ما انتهت إليه الحصة .

والغرر ثبت النهى عنه في أحاديث منها المذكور عن أبي هريرة وابن مسعود ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني ، ومن جملة بيع الغرر بيع السمك في الماء ، وبيع الطير في الهواء ، وبيع المعدوم ، وبيع المجهول ، وبيع الغائب ، وبيع الآبق وكل ما دخل فيه الغرر بوجه من الوجوه .

قال النووي النهى عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً ، ويستثنى من بيع الغرر أمران . أحدهما ما يدخل في المبيع تبعاً بحيث لو أفرد لم يصح بيعه ، والثاني ما يتسامح بمثله ، أما الحقارته ، أو للمشقة في تمييزه ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين بيع أساس البناء والمبنى في ضرع الدابة والحمل في بطنها والقطن المحشو في الجبة اه .

(قلت) ومن جملة الغرر بيع حبل الحيلة فقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه أحمد ومسلم والترمذي من حديث ابن عمر ، وفي رواية عند أبي داود لفظها أكثر تفصيلاً منهم حيث فيها نهى عن بيع حبل الحيلة ، وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت ، وعند الشيخين رواية أكثر تفصيلاً من أبي داود لفظها ، كان أهل الجاهلية يتناعون لحوم الجوزور إلى حبل الحيلة ، وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم يحمل التي نتجت فنهى صلى الله عليه وسلم عن ذلك . والأحاديث المذكورة تقضى ببطلان البيع لأن النهى يستلزم ذلك كما تقرر في الأصول .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية الحفيد :

ومن القواعد التي أدخلها قوم من العلماء في الغرر المنهى عنه أنواع من الإيجارات والمشاركات ، كالمساقاة والمزارعة ونحو ذلك . فذهب قوم من الفقهاء إلى أن المساقاة والمزارعة حرام باطل ، بناء على أنها نوع من الإجارة ؛ لأنها عمل بعوض ، والإجارة لا بد أن يكون فيها الأجر معلوماً لأنها كالنحر .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يحل للسلطان التسعير ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس : يا رسول الله سعر لنا ، فقال عليه السلام : إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يظلمه في نفس ولا مال

(الشرح) أما فصل تحريم التسعير على السلطان فإن حديث أنس رواه أبو داود والترمذى وصححه .

أما لغات الفصل فإن التسعير جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشيء وأسعرته بالآلاف لغة ، ويقال له سعر إذا زادت قيمته ، وليس له سعر إذا فرط رخصه والجمع أسعار مثل حمل وأحمال .

أما أحكام الفصل فقد قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة :

وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز ، بل واجب

فأما القسم الأول فمثل رواية أنس (التى ساقها المصنف) فإذا كان الناس يبيعون سلعتهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم . وقد ارتفع السعر - إما لقلة الشيء - وإما لكثرة الخلق - فهذا إلى الله ، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها ، إكراه بغير حق

وأما الثانى فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس اليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى :

ومن ذلك أن يلزم ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها بما يريدون ، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب : فهذا من البغى في الأرض والفساد ، والظلم الذي يحبس به قطر السماء وهؤلاء . يجب التسعير عليهم ، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء . لأنه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه ، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا ، كان ذلك ظلماً للناس ، ظلماً للبايعين ، الذين يريدون بيع تلك السلع : وظلماً للمشتريين منهم .

فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع ، وحقيقته الزامهم بالعدل ومنعهم من الظلم ، وهذا كما أنه لا يجوز الإكراه على البيع بغير حق ، فيجوز أو يجب الإكراه عليه بحق ، مثل بيع المسائل لقضاء الدين الواجب ، والنفقة الواجبة ، ومثل البيع المضطر إلى طعام أو لباس . ومثل الغراس والبناء الذي في ملك الغير فان ارتب الأرض أن يأخذ بقيمة المثل ، ومثل الأخذ بالشفعة . فان للشفيع أن يمتلك الشقص بثمانه قهراً . وكذلك السراية في العتق ، فانها تخرج الشقص من ملك الشريك قهراً ، وتوجب على المعتق المعاوضة عليها قهراً . وكل من وجب عليه شيء من الطعام واللباس والرقيق والمركوب - بحج أو كفارة أو نفقة - فتمى وجده بثمان المثل وجب عليه شراؤه . وأجبر على ذلك . ولم يكن له أن يمتنع حتى يبذل له مجاناً ، أو بدون ثمن المثل . ثم عقد ابن القيم فصلاً آخر قال :

ومن مهننا منع غير واحد من العلماء كأبي حنيفة وأصحابه القسامين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتروا . فانهم إذا اشتروا ، والناس يحتاجون إليهم ، أغلوا عليهم الأجرة ، ثم قال :

(قلت) وكذلك ينبغي لو ألى الحسبة أن يمنع مغسلي الموتى والحالين لهم من الاشتراك ، لما في ذلك من إغلاء الأجرة عليهم ، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم ، كالشهود والدالين وغيرهم ، على أن في شركة الشهود مبطلاً

آخر ، فإن عمل كل واحد منهم متميز عن عمل الآخر ، لا يمكن الاشتراك فيه ، فان الكتابة متميزة والتحمل متميز والأداء متميز ، لا يقع في ذلك اشتراك ولا تعاون ، فبأى وجه يستحق أحدهما أجره عمل صاحبه ؟ وهذا بخلاف الاشتراك في سائر الصنائع فإنه يمكن أحد الشريكين أن يعمل بعض العمل والآخر بعضه ، ولهذا إذا اختلفت الصنائع لم تصح الشركة على أحد الزوجين ، لتعذر اشتراكهما في العمل ، ومن صحيحها نظر إلى أنها يشتركان فيما تم به صناعة كل واحد منهما من الحفظ والنظر إذا خرج الحاجة ، فيقع الاشتراك فيما يتم به عمل كل واحد منهما ، وإن لم يقع في عين العمل .

وأما شركة الدالين ففيها أمر آخر ، وهو أن الدلال وكيل صاحب السلعة في بيعه ؛ فإذا شارك غيره في بيعها كان توكيلا له فيما وكل فيه ، فان قلنا ليس للوكيل أن يوكل ، لم تصح الشركة ، وان قلنا له أن يوكل صححت . فعلى والى الحسبة أن يعرف هذه الأمور ويراعيها ، ويراعى مصالح الناس ، وهيمات وهيمات ، ذهب ما هنالك . والمقصود أنه إذا منع القسامون ونحوهم من الشركة : لما فيها من التواطؤ على إغلاء الأجرة ، فمنع البائعين الذين تواطؤوا على ألا يبيعوا إلا بشئ من قدر أولى وأحرى .

وكذلك يمنع والى الحسبة المشتريين من الاشتراك في شئ لا يشتريه غيرهم ، لما في ذلك من ظلم البائع .

وأياها إذا كانت الطائفة التي تشتري نوعا من السلع أو تبيعها ، قد تواطؤوا على أن يهضموا ما يشترونه ، فيشتروه بدون ثمن المثل ، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ، ويقسموا ما يشتركون فيه من الزيادة . كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان ، وقد قال تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان ،

ثم قال ابن القيم رضى الله عنه : ولا ريب أن هذا أعظم إثما وعدوانا من تلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، ومن التجش
ثم عقد ابن القيم فصلا لتسمير الأجور خلص منه الى أن الناس يحتاجون

إلى صناعة طائفة متخصصة ، كالفلاحة والنساجية والبناء وغير ذلك ، فلولى الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، فإنه لا تتم مصالحة الناس إلا بذلك .
 والمقصود أن هذه الأعمال متى لم يقم بها إلا شخص واحد صارت فرضاً معيناً عليه ، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صارت هذه الأعمال مستحقة عليهم ، يجبرهم ولى الأمر عليها بعوض المثل ، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم ، كما إذا احتاج الجنود المرصدون للجهد إلى فلاحة أرضهم . وألزم من صناعته الفلاحة أن يقوم بها ، ألزم الجنود أن لا يظلموا الفلاح . كما يلزم الفلاح بأن يفلح . ولو اعتمد الجنود والأمراء مع الفلاحين ما شرعه الله ورسوله وجاءت به السنة وفعله الخلفاء الراشدون ، لا كلوا من فوقهم ومن تحت أرجامهم ، وافتح الله عليهم بركات من السماء والأرض ، وكان الذى يحصل لهم من المغل أضعاف ما يحصلونه بالظلم والعدوان ، ولكن بأبى جهامهم وظلمهم إلا أن يرتكبوا الظلم والإثم ، فيمنعوا البركة وسعة الرزق ، فيجتمع لهم عقوبة الآخرة ونزع البركة فى الدنيا (فإن قيل) وما الذى شرعه الله ورسوله ، وفعله الصحابة ، حتى يفعله من وفقه الله ؟

قبل المزارعة العادلة التى يكون فيها الحُـقـُـطـُـع والفلاح على حد سواء من العدل لا يختص أحدهما عن الآخر بشئ . من هذه الرسوم التى ما أنزل الله بها من سلطان " وهى التى خربت البلاد ، وأفسدت العباد ، ومنعت الغيث وأزالت البركات ، وعرضت أكثر الجنود والأمراء لأكـل الحرام . وإذا نبت الجسد على الحرام فالنار أولى به .

(١) يصف الفقيه ابن القيم حال البلاد الشامية والمصرية على عهد أمراء المماليك حين يسخرون الفلاحين فى خدمة الأرض ويستغل المقطعون أو ذوو الاقطاعات جهود الفلاحين أسوأ استغلال ، تمنص الأرض عرقهم ، وياكلونهم وطبقتهم ثمرات هذا العرق ، حتى ألهم الله ابن القيم أن يلهم ظهورهم بسوط الشرع كالأهبوا ظهور الفلاحين بسياط الجيروت ، فرحى لابن القيم مرحى ، (المطيعى ،

ومضى ابن القيم في هذا الاستطراد من أمور المساقاة والمزارعة والجمالة ما ندعه لسوقه في موطنه ، لأنه يقول :

وهذه المسألة ذكرت استطراداً ، والا فلما قصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات - كالفلاحين وغيرهم - اجبروا على ذلك بأجرة المثل ، وهذا من التسعير الواجب ، فهذا تسعير في الاعمال .

وأما التسعير في الأموال ، فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد وآلات فعلى أربابه أن يبيعه بعوض المثل ولا يمكنوا من حبسه إلا بما يريدونه من الثمن ، والله تعالى قد أوجب الجهاد بالنفس والمال ، فكيف لا يجب على أرباب السلاح بذله بقيمته ؟ ومن أوجب على العاجز بيده أن يخرج من ماله ما يجب به الغير عنه ولم يوجب على المستطيع بماله أن يخرج ما يجاهد به الغير فقوله ظاهر التناقض . وهذا أحد الروايتين عن أحمد وهو الصواب

ثم قال الفقيه العلامة مستطرداً

(فصل) وإنما لم يقع التسعير في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء ، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً ، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم ، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد ، بل يشتريه الناس من الجالين ؛ ولهذا جاء الحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »

وكذلك لم يكن في المدينة حائك ، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها . ثم قال (فصل في التسعير)

وقد تنازع العلماء في التسعير في مسألتين

(احدهما) إذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأعلى من ذلك

فإنه يمنع من ذلك عند مالك ، وهل يمنع من النقصان ؟ على قولين

واحتج مالك رحمه الله بما رواه في موطنه عن يونس بن سيف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيداً له بالسوق . فقال له عمر : أما أن تزيد في السعر وأما أن ترفع من سوقنا ،

قال مالك : لو أن رجلا أراد فساد السوق فخط عن سعر الناس ، لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت ، وأما أن يقول للناس كلهم : لا تبيعوا إلا بسعر كذا فليس ذلك بالصواب ، وذكر حديث عمر بن عبد العزيز في أهل الأبله ، حين خط سعرهم لمنع البحر ، فكتب : دخل بينهم وبين ذلك ، فإنما السعر بيد الله .

قال ابن رشد في كتاب البيان :

أما الجلابون فلا خلاف في أنه لا يسعر عليهم شيء مما جلبوه ، وإنما يقال لمن شد منهم فباع بأعلى مما يبيع به العامة : أما أن تبيع بما تبيع به العامة ، وأما أن ترفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب بحاطب بن أبي بلعة ، إذ مر به وهو يبيع زبيباً له في السوق فقال له : أما أن تزيد في السعر وأما أن ترفع من سوقنا ، لأنه كان يبيع بالدم الواحد أقل مما كان يبيع به أهل السوق .

وأما أهل الحراثيت والأسواق الذين يشترون من الجلابين وغيرهم جملة ، ويبيعون ذلك على أيديهم مقطعا مثل اللحم . والأدم ، والفواكه ، فقيل : انهم كالجلابين : لا يسعر لهم شيء من بياعاتهم ، وإنما يقال لمن شد منهم وخرج عن الجمهور : أما أن تبيع كما يبيع الناس وأما أن ترفع من السوق ، وهو قول مالك في هذه الرواية .

ومى روى عنه ذلك من السلف عبد الله بن عمر ، والقاسم بن محمد . وسالم ابن عبد الله قبلهم في هذا بخلاف الجلابين ، لا يتركون على البيع باختيارهم إذا أغلوا على الناس ، ولم يقتنعوا من الربح بما يشبهه .

وعلى صاحب السوق الموكل بمصلحته أن يعرف ما يشترون به ، فيجعل لهم من الربح ما يشبهه ، وينهاهم أن يزيدوا على ذلك . ويتفقد السوق أبداً ، فيمنعهم

(:) في كلام ابن رشد هما ما رسم صورة صادقة لما يقوم به مفتشو وزارة اتقون في القضاء على السوق السوداء واختزان السلع وحجبتها عن محتاجها لإغلاء سعرها واحتكارها وهي ظاعمة يظنون أنها حصارية عصرية وهم في الحقيقة لم يبلغوا شأواً الإسلام في رسم أسباب العدل والرحمة وبأخذ الناس في طرائق العيش أخذ أسلافهم لانعدام الجشع الأشمعي بين التجار .



من الزيادة على الربح الذي جعل لهم فن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق وهذا قول مالك في رواية أشهب ، واليه ذهب ابن حبيب . وقال به ابن المسيب ويحيى بن سعيد ، والليث وربيعة ، ولا يجوز عند أحد من العلماء أن يقول لهم لا تبيعوا إلا بكذا وكذا ، ربحتم أو خسرتم ؛ من غير أن ينظر الى ما يشترون به ولا أن يقول لهم فيما قد اشتروه لا تبيعوه إلا بكذا وكذا ، مما هو مثل الثمن أو أقل . وإذا ضرب لهم الربح على قدر ما يشترون ، لم يتركهم أن يغلوا في الشراء وإن لم يبدوا في الربح على القدر الذي حدد لهم ، فإنهم قد يتساهلون في الشراء إذا علموا أن الربح لا يفوتهم .

وأما الشافعي فإنه عارض ذلك بما رواه عن الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر رضى الله عنه ، أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة بسوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعرهما ، فقال له : مدين لكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بعير جاءت من الطائف تحمل زيبباً ، وهم يفترون بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر وأما أن تدخل زيببك البيت ؛ فتبيعه كيف شئت ، فلما رجع عمر حاسب نفسه : ثم أتى حاطباً في داره فقال : إن الذي قلت لك ليس عزيمة منى ، ولا قضاء إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبيع وكيف شئت فبيع .

قال الشافعي : وهذا الحديث مستقضى وليس بخلاف لما رواه مالك . ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه . وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول . لأن الناس مسلطون على أموالهم . ليس لأحد أن يأخذها أو شيئاً منها بغير طيب أنفسهم إلا في المواضع التي تلزمهم . وهذا ليس منها .

وعلى قول مالك فقال أبو الوليد الباجي : الذي يؤمر به من حط عنه أن يلحق به . هو السعر الذي عليه جمهور الناس . فإذا انفرد منهم الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمر باللاحق بسعر الناس أو ترك البيع فإن زاد في السعر واحد أو عدد يسير . لم يؤمروا باللاحق بسعره . لأن المراعى حال الجمهور . وبه تقوم المبيعات . وهل يقام من زاد في السوق — أى في قدر المبيع بالدراهم — كما يقام من نقص منه ؟

قال ابن القصار من المالكية : اختلف أصحابنا في قول مالك ، ولكن من حظ سحراً ، فقال البغداديون : أراد من باع خمسة بدرهم والناس يبيعون ثمانية ، وقال قوم من البصريين : أراد من باع ثمانية ، والناس يبيعون خمسة فيفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغب والخصومة .

قال : وعندى أن الأمرين جميعاً ممنوعان ، لأن من باع ثمانية - والناس يبيعون خمسة - أفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغب والخصومة فمنع الجميع مصلحة .

قال أبو الوليد الباجي : ولا خلاف أن ذلك حكم أهل السوق .

وأما الجالب ، ففي كتاب محمد - يعنى ابن الحسن - لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس . وقال ابن حبيب : ما عدا القمح والشعير يسعر الناس وإلا رفعوا ، وأما جالب القمح والشعير ، فيبيع كيف شاء ، إلا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق ، إن أرخص بعضهم تركوا ، وإن أرخص أكثرهم ، قيل لمن بقى أما أن تباع كبيعهم ، وأما أن ترفعوا .

قال ابن حبيب : وهذا في المكييل والموزون ، ما كولا كان أو غيره ، دون ما لا يكال ولا يوزن ، لأنه لا يمكن تسعيره ، لعدم التماثل فيه .

قال أبو الوليد : هذا إذا كان المكييل والموزون متساويين : فإذا اختلف لم يؤمر صاحب الجيد أن يبيعه بسعر الدون .

وأما المسألة الثانية التي تنازعوا فيها من التسعير ، فهي أن يحدل أهل السوق حدا لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب فهذا منع منه الجمهور . حتى مالك نفسه في المشهور عنه . ونقل المنع أيضاً عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد . وروى أشهب عن مالك في صاحب السوق يسعر على الجزارين : لحم الضأن بكذا ولحم الإبل بكذا . وإلا أخرجوا من السوق . قال : إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به . ولكن أخاف أن يقوموا من السوق .

واحتج أصحاب هذا القول بأن في هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم ولا يجر الناس على البيع . وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده ولي الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشتري .

وأما الجمهور فاحتجوا بما رواه أبو داود وغيره من حديث الملا بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : بل أدعو الله ، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال بل الله يرفع ويخفض ، وإنى لا أرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي مظلمة ،

قالوا ولأن إجبار الناس على ذلك ظلم .

وأما صفة ذلك عند من جوزه : فقال ابن حبيب : ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم ، استظهاراً على صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد حتى يرضوا به ، ولا يجبرهم على التسعير ولكن عن رضى .

قال أبو الوليد الباجي : ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشتريين ، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سعر عليهم من غير رضا ، بما لا يرجح لهم فيه ، أدى ذلك إلى فساد الاسعار وإخفاء الاقوات وإتلاف أموال الناس

قال شيخ الإسلام (١) ابن تيمية (الحفيد) فهذا الذي تنازعا فيه ، وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بشئ المثل فامتنع . قال ابن القيم : ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله هو المسعر القابض الباسط ، وإنى لا أرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قيل له هذه قضية معينة وإيست لفظاً عاماً ، وإيست فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب

(١) قصدنا بالحفيد شيخ الإسلام واسمه أحمد ، لقبه تقي الدين ، كنيته أبو العباس بن عبد الحلیم بن عبد السلام وهو ابن تيمية الجد فاسمه عبد السلام ، كنيته أبو البركات ، لقبه مجد الدين

الناس في المزايدة فيه ، فإذا بذله صاحبه - كما جرت به العادة ، ولكن الناس تزايدوا فيه - فهنا لا يسعر عليهم

وقد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل في عتق الحصاة من العبد المشترك فقال : من أعتق شريكاً له في عبد - وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط ، فأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد ، فلم يكن المالك أن يساوم المعتق بالذي يريد فإنه لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذي لم يعتقه لتكميل الحرية في العبد ، قدر عوضه بأن يقوّم جميع العبد قيمة عدل ويعطيه قسطه من القيمة ، فإن حق الشريك في نصف القيمة ، لا في قيمة النصف عند الجمهور

وصار هذا الحديث أصلاً في أن مالا يمكن قسمة عينه فإنه يباع ويقسم ثمنه إذا طلب أحد الشركاء ذلك ، ويجبر الممتنع على البيع . وحكى بعض المالكية ذلك إجماعاً . وصار ذلك أصلاً في أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل ، لا بما يريد من الثمن . وصار ذلك أصلاً في جواز اخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة كما في الشفعة ؛ وأصلاً في وجوب تكميل العتق بالسراية مهما أمكن .

والمقصود أنه إذا كان الشارح يوجب اخراج الشيء عن ملك مالكة بعوض المثل ، لمصلحة تكميل العتق ، ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة ، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم ، وهم إليها أعوز ؟ مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره .

وهذا الذي أمر به النبي صلى الله عليه وسلم من تقويم الجميع قيمة المثل ، هو حقيقة التسمير . كذلك سلط الشريك على انتزاع الشقة المشفوع فيه من يد المشتري بثمنه الذي ابتاعه به لزيادة عليه لأجل مصلحة التكميل لو اُخذ فكيف بما هو أعظم من ذلك ؟ فإذا جوز له انتزاعه منه بالثمن الذي وقع عليه العقد لا بما شاء المشتري من الثمن لأجل هذه المصلحة الجزئية ، فكيف إذا اضطر إلى ما عنده من طعام وشراب ولباس وآلة حرب ؟

وكذلك إذا اضطر الحاج إلى ما عند الناس من آلات السفر وغيرها ، فعلى

ولى الأمر أن يجبرهم على ذلك بضمن المثل . لا بما يريدونه من الثمن ، وحديث العتق أصل في ذلك كله .

ثم عقد ابن القيم فصلاً نختم به بحثنا في التسعير قال :

(فصل) فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان لا يجدون سواه ، أو النزول في خان مملوك ، أو استعارة ثياب يستدفنون بها ، أو رضى للطحن ، أو دلو لنزع الماء ؛ أو قدر أو فأس أو غير ذلك ، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ، فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد . ومن جوز له أخذ الاجرة حرم عليه أن يأخذ زيادة على أجره المثل قال شيخنا - يعنى شيخ الاسلام ابن تيمية - : والصحيح أنه يجب عليه بذل ذلك مجاناً ، كما دل عليه الكتاب والسنة . قال تعالى (فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يرامون ، ويمنعون الماعون)

قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة : هو إعارة القدر والدلو والفاطس ونحوها ، وفي الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم - وذكر الخيل - قال : هي لرجل أجر ، ولرجل ستر ، وعلى رجل وزر . فأما الذى هو له أجر فرجل ربطها في سبيل الله ، وأما الذى هو له ستر . فرجل ربطها تغنياً وتعففاً . ولم ينس حق الله في رقابها ، ولا في ظهورها ،

وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أيضاً : من حق الإبل إعارة دلوها ، وإطراق فحلها ، وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن عصب الفحل ، أى عن أخذ الأجرة عليه ، وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يمتنع جار جاره أن يفرز خشبة في جداره ،

ويعضى شيخ الاسلام ابن تيمية فيقول كما يحكيه عنه تلميذه وصنو حياته وعلمه : ولو احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره من غير ضرر لأصحاب الأرض ، فهل يجبر على ذلك . روايتان عن أحمد ، والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم .

وقد قال جماعة من الصحابة والتابعين : إن زكاة الحلى عاريتة ، فإذا لم يعره فلا بد من زكاته ، وهذا وجه في مذهب أحمد .

قال ابن القيم عقب هذا

(قلت) وهو الراجح ، وانه لا يخلو الحلى من زكاة أو عارية
والمنافع التي يجب بذلها نوعان ، منها ما هو حق المال كما ذكرنا في الخيل
والابل والحلى ، ومنها ما يجب لحاجة الناس .

وأبضا فإن بذل منافع البدن تجب عند الحاجة ؛ كتعليم العلم ، وإفناء الناس ،
وأداء الشهادة والحكم بينهم والجهاد ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير
ذلك من منافع الابدان . وكذلك من أمكنه إنجاز إنسان من مهامه وجب عليه
أن يخلصه ، فإن ترك ذلك — مع قدرته — أثم وضمنه ، فلا يتمتع وجوب بذل
منافع الاموال للمحتاج . وقد قال تعالى (ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله
فليكتب) وقال تعالى (ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا)

وللفقهاء في أخذ الجعل على الشهادة أربعة أقوال ، وهي أربعة أوجه في
مذهب أحمد (أحدها) أنه لا يجوز مطلقاً (والثاني) أنه يجوز عند الحاجة (والثالث)
أنه لا يجوز الا أن يتمين عليه (والرابع) أنه يجوز ، فإن أخذه عند التحمل لم
يأخذ عند الأداء .

والمقصود أن ما قدره النبي صلى الله عليه وسلم من الثمن في سراية العتق هو
لأجل تكميل الحرية ، وهو حق الله تعالى وما احتاج اليه الناس حاجة عامة ،
فالحق فيه لله . وذلك في الحقوق والحدود .

قال ابن القيم ، فأما الحقوق فمثل حقوق المساجد ومال النبي . والوقف على
أهل الحاجات ، وأمور الصدقات والمنافع العامة ، وأما الحدود فمثل حد المحاربة
والسرقة والزنا وشرب الخمر المسكر

وحاجة المسلمين الى الطعام واللباس وغير ذلك مصلحة عامة ، ليس الحق
فيها لواحد بعينه ، فتقدير الثمن فيها بثمان المائل على من وجب عليه البيع أولى من
تقديره لتكميل الحرية ، لكن تكميل الحرية وجب على الشريك المعتق ، ولو لم

يقدر فيها الثمن لتضرر بطلب الشريك الآخر ، فإنه يطلب ما شاء ، وهنا عموم الناس يشترون الطعام والشياب لأنفسهم وغيرهم . فلو تمكن من عنده سلع يحتاج الناس اليها أن يبيع بما شاء كان ضرر الناس أعظم ، ولهذا قال الفقهاء : إذا اضطر الانسان إلى طعام الغير ، وجب عليه بذله له بضمن المثل ،

وأبعد الأئمة عن إيجاب المعاوضة وتقديرها هو الشافعي ، ومع هذا فإنه يوجب على من اضطر الانسان إلى طعامه أن يبذله له بضمن المثل ، وتنازع أصحاب الشافعي في جواز تسعير الطعام إذا كان بالناس إليه حاجة ، ولهم فيه وجهان .

وقال أصحاب أبي حنيفة : لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعاق به حق ضرر العامة ، فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله ، على اعتبار السعر في ذلك ، ونهاه عن الاحتكار ، فإن أبي حنيفة وعززه على مقتضى رأيه ، زجرأ له ودفعاً للضرر عن الناس

قالوا فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعدياً فاحشاً ، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، سعره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة .

وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر حيث لا يرى الحجر على الحر

ومن باع منهم بما قدره الامام صح لأنه غير مكره عليه
قالوا : وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه . على الخلاف

المعروف في بيع مال المدين

وقيل يبيع ههنا بالاتفاق ، لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر العام والسعر لما غلا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وطلبوا منه التسعير فامتنع ، لم يذكر أنه كان هناك من عنده طعام امتنع من بيعه ، بل عامة من كان يبيع الطعام إنما هم جالبون يبيعونه إذا هبطوا السوق ، وليكن نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ، أي أن يكون له سمساراً . وقال دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ،

فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للابادى الجالب للسلعة ، لأنه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلى الثمن على المشتري فنهاه عن التوكل له ، مع أن جنس الوكالة مباح لما في ذلك من زيادة السعر على الناس ، ونهى عن تلقى الجلب وجعل للبائع إذا هبط السوق الخيار ، ولهذا كان أكثر الفقهاء على أنه نهى عن ذلك لما فيه من ضرر البائع هنا ، فإذا لم يكن قد عرف السعر ، وتلقاه المتلقى قبل إتيانه إلى السوق اشتراه المشتري بدون ثمن المثل فغيبه ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم لهذا البائع الخيار .

ثم فيه عن أحمد روايتان كما تقدم ، إحداهما : أن الخيار يثبت له مطلقا : سواء غبن أو لم يغبن وهو ظاهر مذهب الشافعى .

والثانية : أنه إنما يثبت عند الغبن وهي ظاهر مذهب الحنابلة .

وقالت طائفة : بل نهى عن ذلك لما فيه من ضرر المشتري إذا تلقاه المتلقى فاشتري منه ، ثم باعه ، وفي الجملة . فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع والشراء الذى جنسه حلال حتى يعلم البائع بالسعر ، وهو ثمن المثل ، ويعلم المشتري بالسلعة .

وصاحب القياس الفاسد يقول : للمشتري أن يشتري حيث شاء ، وقد اشترى من البائع كما يقول : فله أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر ، وليكن الشارع راعى المصلحة العامة ، فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلا بثمن المثل ، فيسكون المشتري غارأ له .

والحق أحمد ومالك بذلك كل مسترسل ، فإنه بمنزلة الجالب الجاهل بالسعر فتبين أنه يجب على الإنسان ألا يبيع مثل هؤلاء إلا بالسعر المعروف ، وهو ثمن المثل ، وإن لم يكونوا محتاجين إلى الابتياح منه ، لكن لكونهم جاهلين بالقيمة أو غير مأكسين ، والبيع يعتبر فيه الرضا ، والرضا يتبع العلم ، ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى ، وقد لا يرضى ، فإذا علم أنه غبن ورضى فلا بأس بذلك .

وفي السنن أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره ؛ وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فسكا ذلك إلى النبي (ص) ، فأمره أن يقبل

بدلها أو يتبرع له بها فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقطعها ، وقال لصاحب
الشجرة : إنما أنت مضار .

وصاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها
ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقطعها ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ،
وإجبار على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن
يبيعها لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذنه بدخول صاحب
الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة . وإن كان عليه في ذلك ضرر
يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم
يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وإن أباه
من أباه . والمقصود : أن هذا دليل على وجوب البيع عند حاجة المشتري . وأين
حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره ؟

والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها - كمنافع الدور . والطحن
والخبز ، وغير ذلك .. حكم المعاوضة على الأعيان . وبعد فقد استعرضنا لمخصاً وأفياء
مركزاً لما عرض له ابن القيم وشيخه .

قال ابن القيم : وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير . سعر
عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط . وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصالحتهم
بدونه لم يفعل . وبالله التوفيق .

وقد قال الشوكاني في المنتقى في باب النهي عن التسعير : وقد استدل بالحديث
وما ورد في معناه على تحريم التسعير ، وأنه مظلمة ، ووجهه أن الناس مسلطون
على أموالهم والتسعير حجر عليهم والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين وليس
نظيره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظيره في مصلحة البائع بتوفير الثمن
وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم وإلزام صاحب
السلعة أن يبيع بما لا يرضى به منافع لقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض
منكم) وإلى هذا ذهب جمهور العلماء . وروى عن مالك أنه يجوز للإمام التسعير
وأحاديث الباب ترد عليه . ثم قال بشرح وجهة نظره في منع التسعير : وفي وجه

للاشفافية جواز التسمير في حالة الغلاء . وهذا الرأي في نظره مردود وما أوردناه فيه القول الفصل الذي يجعل التسمير يدور مع المصلحة حيث دارت ويقيد ولي الأمر بمراعاة طرفي المتبايعين واحقاق العدل بينهما وعدم تغليب طرف على آخر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم الاحتسار في الأقوات ، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه . ومن أصحابنا من قال : يكره ولا يحرم ، وليس بشيء . لما روى عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله (ص) : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ، وروى معمر العدوي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر الا خاطيء ، فدل على أنه حرام . فأما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه لبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي (ص) قال : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ، وروى أبو الزناد قال : قلت لسعيد بن المسيب : بلغني عنك أنك قلت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يحتكر بالمدينة الا خاطيء ، وأنت تحتكر ؟ قال ليس هذا الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيبالي بها ، فأما أن يأتي الشيء وقد اتضع فيشتره ، ثم يضعه فإن احتاج الناس إليه أخرجه ، فذلك خير وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره ، لما روى أبو أمامة رضي الله عنه قال نهى رسول الله (ص) أن يحتكر الطعام ، فدل على أن غيره يجوز ، ولأنه لا ضرر في احتسار غير الأقوات فلم يمنع منه .

(الشرح) أما فصل الاحتسار فحديث عمر رضي الله عنه ، رواه ابن ماجه بلفظ : سمعت رسول الله (ص) يقول من احتسار على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس ، وفي اسناده الهيثم بن رافع ، قال أبو داود روى حديثاً منكراً قال الحافظ الذهبي : هو الذي أخرجه ابن ماجه ، يعني هذا ، وفي اسناده أيضاً أبو يحيى المسكي ، وهو مجهول .

وللحديث شواهد أخرى أقوى منه وأصح ، كحديث سعيد بن المسيب عن
 معمر بن عبد الله العدوي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحتسركر إلا خاطيء ،
 رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم . وحديث معقل بن يسار قال
 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلبه
 عليهم كان حقا على الله أن يقرمه بعظم من النار يوم القيامة رواه أحمد والطبراني
 في معجميه الكبير والأوسط ، وفي إسناده زيد بن مرة أبو المعلى ، قال في مجمع
 الزوائد : ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح .

وحديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من احتسركر
 حكرة يريد أن يغلب بها على المسلمين فهو خاطيء ، رواه أحمد والحاكم وزاد وقد
 برئت منه ذمة الله ، وفي إسناده أبو معشر ، وهو ضعيف ، وقد وثقه بعضهم .
 وحديث ابن عمر مرفوعا ، الجالب مرزوق ، والمحتسركر ملعون ، رواه ابن ماجه
 والحاكم وإسحاق بن راهويه والدارمي وأبو يعلى والعقيلي في الضعفاء وضعف
 إسناده الحافظ ابن حجر .

ومنها حديث آخر عند ابن عمر عند أحمد والحاكم وابن أبي شيبة والبخاري
 وأبي يعلى بلفظ : من احتسركر الطعام أربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه ،
 زاد الحاكم ، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ،
 وفي إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والأول يختلف فيه والثاني قال ابن حزم
 إنه مجهول ، وقال غيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة ،
 واحتج به النسائي .

قال الحافظ ابن حجر : ووهب ابن الجوزي فأخرج هذا الحديث في الموضوعات
 وحكى ابن أبي حاتم عن أبيه أنه منسكراه .

أما أحكام الفصل : فهذه الأحاديث بمجموعها لا شك أنها تنتمض حجة
 للاستدلال على عدم جواز الاحتسكار لو فرض عدم ثبوت شيء منها ، وأخذت
 بمجموعها ، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم ، والتصريح بأن
 المحتسركر خاطيء كاف في إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطيء هو المذنب المعاصي وهو

فاعل من خطىء من باب علم إذا أثم في فعله قاله أبو عبيدة وقال : سمعت الأزهري يقول : خطىء إذا تعمد ، وأخطأ إذا لم يتعمد .

قال الأصحاب من الشافعية : إن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ، ولا مقدار الكفاية منها ، وإلى ذلك ذهب الزيدية أيضاً .

وذهب الشوكاني إلى أن الأحاديث ظاهرها يحرم الاحتكار من غير فرق بين قوت الأدمى والدواب ، وبين غيره ، والتصريح (بالطعام) في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، ويمكن الرد عليه بأن المقرر في قواعد الأصول أن المطلق يحمل على المقيد وأن العام يحمل على الخاص إلا أن الشوكاني يخرج من هذا المأزق بقوله أنه من باب التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق ، وذلك لأن نفي الحسك عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول أيضاً .

وبفرق العلماء بين الاحتكار والادخار ، فالاحتكار اختزان السلعة وحبسها عن طلابها حتى يتحكم المحتزن في رفع سعرها لقلّة المعروض منها أو انعدامه ، فيتسنى له أن يغلّيها حسبما يشاء وهذا حرام بالإجماع في ضرورات الحياة . مكروه في كمالياتها .

ويمكن أن يلحق بالأقوات ما يترتب على احتكاره من تلف وهلاك يصيب الناس ، كاحتكار الثياب في وقت البرد الشديد مع حاجة الناس إليه ، وحبس وسائل النقل للجنود في أبان الجهاد لما في ذلك من اضعاف لقوة المسلمين واطاحة الفرصة لتفوق العدو عليهم وغلبته . أما الادخار فقد قال ابن رسلان في شرح السنن ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به اهـ .

ويقول الشوكاني نقلاً عن أئمة الشافعية : إنما المحرم هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ولا مقدار الكفاية منها ، ويدل على ذلك ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطى كل واحدة من زوجاته مائة وسق من خبير .

قال ابن رسلان في شرح السنن : وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره .

قال أبو داود : قيل لسعيد - يعني ابن المسيب - فإليك تحتكر . قال ومعمر كان يحتكر . وكذا في صحيح مسلم :

قال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا - يعني ابن المسيب ومعمر - يحتكران الزيت ، وحمل الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه . وكذلك حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون .

قال الشوكاني : وبدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله في حديث معقل « من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم ، وقوله في حديث أبي هريرة « يريد أن يغلب بها على المسلمين ، قال أبو داود : سألت أحمد بن حنبل ما الحكمة ، قال ما فيه عيش الناس ، أي حياتهم وقوتهم . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله - يعني أحمد بن حنبل - يستدل عن أي شيء الاحتكار ، فقال إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره . وهذا قول عمر

وقال الأوزاعي : المحتكر من يعترض السوق ، أي ينهب نفسه للتردد إلى الأسواق ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكروه .

قال السبكي ، الذي ينبغي أن يقال في ذلك أنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم . وإن كانت الأسعار رخيصة وكان القدر الذي يشتريه لا حاجة بالناس إليه فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى ، قال القاضي حسين والرويانى « وربما يكون هذا حسنة لأنه ينفع به الناس ، وقطع المحاملى في المقنع باستحبابه .

قال أصحاب الشافعي ، الأولى ببيع الفاضل عن الكفاية ، قال السبكي ، أما إمساكه حالة استغنائه أهل البلد عنه رغبة في أن يبيعه اليهم وقت حاجتهم إليه فينبغى أن لا يكره ، بل يستحب .

قال الشوكاني ، والحاصل أن العملة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار الأعلى وجه يضر بهم ، ويستوى في ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع ، وقال الغزالي في الأحياء « ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهى

اليه ، وان كان مطعوما وما يعين على القوت كاللحم والفواكه وما يسد سد شيء من القوت في بعض الاحوال ، وان كان لا يمكن المداومة عليه فهو في محل النظر فمن العلماء من طرد التحريم في السمن والعسل والشيرج والجن والزيت وما يجرى مجراه . وقال السبكي ، اذا كان في وقت قحط كان في ادخار العسل والسمن والشيرج وأمثالها اضرار ، فينبغي أن يقضى بتحريمه ، واذا لم يكن اضرار فلا يخلو احتكار الاقوات عن كراهة .

وقال القاضي حسين ، اذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة فذكره لم عنده ذلك امساكه ، قال السبكي ، ان أراد كراهة تحريم فظاهر ، وان أراد كراهة تنزيهه فبعيد .

وحكى أبو داود عن قتادة أنه قال ، ليس في التمر حكرة ، وحكى أيضا عن سفيان أنه سئل عن كبس القوت فقال ، كانوا يكرهون الحكرة ، والسكس بفتح الكاف واسكان الباء الموحدة ، والقوت بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية ، وهو اليابس من القضب . قال الطيبي ، ان التقييد بالاربعين يشير الى حديث ادخار الطعام أربعين يوماً ، اليوم غير مراد به التحديد ، قال الشوكاني ، ولم أجد من ذهب الى العمل بهذا العدد .

ونختم هذا الفصل بما أورد الامام النووي رضى الله عنه في شرحه لصحيح مسلم عند حديث معمر بن عبد الله مرفوعا ، من احتكر فهو خاطى . ، قال النووي قال اهل اللغة ، الخاطى ، بالهمز هو العاصى الآثم ، وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار في الاقوات خاصة ، وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال بل يدخره ليغلو ثمنه . فأما اذا جاءه من قريته أو اشتراه في وقت الرخص وادخره ، أو ابتاعه في وقت الغلاء لحاجته الى أكله ، أو ابتاعه ليبيعه في وقته فليس باحتكار ولا تحريم فيه .

قال وأما غير الاقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال ، هذا تفصيل مذهبنا قال العلماء ، والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس ، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند انسان طعام واضطر الناس اليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس .

وأما ما ذكر في الكتاب - يعنى في صحيح مسلم - عن سعيد بن المسيب ومعمرو
راوى الحديث أنهما كانا يحتكران ، فقال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا يحتكران
الزيت ، وحملنا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة اليه والغلاء ، وكذا حمله
الشافعى وأبو حنيفة وآخرون . وهو الصحيح والله تعالى أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع)

و إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، ولم تكن بينة تحالفا ، لما روى
ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه قال : لو أن الناس أعطوا
بدعائهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ، لكن اليمين على المدعى
عليه ، فجعل اليمين على المدعى عليه والبايع مدعى عليه يبيع بألف والمشتري مدعى
عليه يبيع بألفين ، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لأن كل واحد منهما
مدعى عليه ولا بينة فتحالفا ، كما لو ادعى رجل على رجل ديناراً وادعى الآخر
على المدعى درهما ،

(فصل) قال الشافعى رحمه الله في البيوع : يبدأ بيمين البائع . وقال في
الصداق : إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج ، والزوج كالمشتري . وقال في
الدعوى والبيعات إن بدأ بالبائع خير المشتري ، وإن بدأ بالمشتري خير البائع ،
وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشتري ، فمن أصحابنا من
قال فيها ثلاثة أقوال (أحدها) يبدأ بالمشتري : لأن جنبته أقوى ، لأن المبيع
على ملكه فكان البداية أولى (والثاني) يبدأ بمن شاء . منهما لأنه لا مزية لأحدهما
على الآخر في الدعوى فتساويا ، كما لو تداعيا شيئا في يديهما (والثالث) أنه يبدأ
بالبائع وهو الصحيح ، لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع ، والمبتاع بالخيار ، فبدأ بالبائع
ثم خير المبتاع ، ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع اليه فكانت
البداية به أولى . ومن أصحابنا من قال هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف

••
الزوج في الصداق لأن جنبته أقوى من جنبه الزوجة ، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى ، وها هنا جنبه البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم أولى ، والذي قال في الدعوى والبيئات ليس بمذهب له ، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتماده لأنه موضع اجتهاد فقال : إن حلف الحاكم البائع باجتماده خير المشتري ، وإن حلف المشتري خير البائع ،

(الشرح) حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه مسلم في صحيحه بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى » وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه . وهكذا روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحيهما مرفوعاً من رواية ابن عباس . وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم ، قال الإمام النووي رضي الله عنه في شرح مسلم : قال القاضي عياض رضي الله عنه ، قال الاصبلي : لا يصح مرفوعاً ، وإنما هو قول ابن عباس ، كذا رواه أبوب ونافع الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال القاضي قد رواه البخاري ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعاً هذا كلام القاضي . قال النووي (قلت) وقد رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعاً . قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البيعة على المدعى ، واليمين على من أنكر ، اهـ »

أما حديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بيعة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان ، وزاد ابن ماجه « والبائع قائم بعينه ، وكذلك أحمد في رواية « والسلعة كما هي ، وللدارقطني عن أبي وائل عن عبد الله قال « إذا اختلف البيعان والبائع مستهلك فالقول قول البائع ، قال ابن تيمية الجدد . ورفع الحديث إلى النبي

صلى الله عليه وسلم . ولا أحمد والنسائي عن أبي عبيدة : وأتاه رجلان تبايعا سلمة فقال : هذا أخذت بكذا وكذا . وقال هذا بعث بكذا وكذا ، فقال أبو عبيدة : أتى عبد الله في مثل هذا فقال : حضرت النبي صلى الله عليه وسلم في مثل هذا فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ،

وحدیث ابن مسعود أخرجه أيضاً الشافعي من طريق سعيد بن سالم عن ابن جريج عن اسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود ، وقد اختلف فيه على اسماعيل بن أمية . ثم على ابن جريج ، وقد اختلف في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه .

ورواه من طريق أبي عبيدة أحمد والنسائي والدارقطني ، وقد صححه الحاكم وابن السكن ، ورواه أيضاً الشافعي من طريق سفیان بن عجلان عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود ، وفيه أيضاً انقطاع ، لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود . ورواه الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده . وفيه اسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة . ورواه أبو داود من طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده عن ابن مسعود

وأخرجه أيضاً من طريق محمد بن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن عبد الله بن مسعود ، ومحمد بن أبي ليلى لا يحتاج به وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه . ورواه ابن ماجه والترمذي من طريق عون بن عبد الله أيضاً عن ابن مسعود ، وهو منقطع

قال العلامة ابن القيم : وأما الحديث المشهور على السنة الفقهاء البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فهذا قد روى ولكن ليس له إسناد في الصحة والشهرة مثل غيره ، ولا رواه عامة أصحاب السنن المشهورة ، ولا قال بعمومه أحد من علماء الأمة ، إلا طائفة من فقهاء السكوفة مثل أبي - نيفة وغيره ، فإنهم يرون دائماً اليمين في جانب المنكر ، حتى في القسامة يملفون المدعى عليه ولا يقضون بالشاهد واليمين ، ولا يردون اليمين على المدعى عند النكول ، واستدلوا بعموم الحديث .

ثم ساق ابن القيم نماذج من أحكام الرسول صلى الله عليه وسلم توافق معنى هذا الحديث في المعاملات : ولا تأخذ به في الجنایات .

قال البيهقي : وأصح إسناد روى في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده ، ورواه أيضاً الدارقطنى من طريق القاسم بن عبد الرحمن ، قال الحافظ ابن حجر : ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف في سماعه من أبيه .

ورواية التراد رواها أيضاً مالك بلاغا والنزمدى وابن ماجه بإسناد منقطع ورواه أيضاً الطبرانى بلفظ . والبيهقي إذا اختلفا في البيع ترادا ، قال الحافظ ابن حجر : رواه ثقات لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح يعني الراوى له عن فضيل بن عياض عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال : وما أظنه حفظه . فقد جزم الشافعى أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موعول . ورواه أيضاً النسائى والبيهقى والحاكم من طريق عبد الرحمن ابن قيس بالإسناد الذى رواه عنه أبو داود كما سلف ، وصححه من هذا الوجه الحاكم ، وحسنه البيهقى ، وزواه عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده بلفظ : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا ، ورواه من هذا الوجه الطبرانى والدارمى ، وقد انفرد بقوله : والسلعة قائمة ، محمد بن أبى ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه .

قال الخطابى : إن هذه اللفظة يعنى : والسلعة قائمة ، لا تصح من طريق النقل مع احتمال أن يكون ذكرها من التغليب ، لأن أكثر ما يعرض النزاع حال قيام السلعة ، كقوله تعالى (فى حجوركم) ولم يفرق أكثر الفقهاء بين القائم والتالف انتهى .

قال ابن عبد البر إن هذا الحديث منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة تلقوه بالقبول ، وبنوا عليه كثيراً من فروعه ، وأعله ابن حزم بالانتطاع وتابعه عبد الحق ، وأعله ابن القطان بالجمالة فى عبد الرحمن وأبيه وجده .

وقال الخطابي : هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله ، وذلك يدل على أن له أصلاً وإن كان في إسناده مقال ، كما اصطلحوا على قبول : لا وصية لو ارت و إسناده فيه ما فيه اه .

أما لغات الفصل : فقوله (جنبته) أى جانبه ، و (البضع) بضم الباء الموحدة وسكون الضاد المعجمة وجمه أبعاض مثل قفل وأقفال يطلق على الفرج والجماع وقيل البضع مصدر أيضاً مثل السكر والكفر . وأبضعت المرأة إبعاضاً وزوجتها وتستأمر النساء في أبعاضهن ، ويقال ملك بضعها أى جماعها ، والبضاع الجماع وزنا ومعنى ، وهو اسم من باضعها مباضعة .

أما أحكام الفصل . فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا حصل بين المتبايعين اختلاف في قدر الثمن ولا بينة تحالفا ، هذا ما وجدته من مسائل الاتفاق في هذا الفصل .

وأما ما اختلفوا فيه ، فن ذلك قول الإمام الشافعى إنه يبدأ بيمين البائع ، وهو ما عبر عنه المصنف بقوله . ولأن جنبته أقوى ، أما أبو حنيفة وبعض الأصحاب من الشافعية أنه يبدأ بيمين المشتري . ويبدو أن اختلاف المتبايعين يحول كل واحد منهما يريد أن يكون له الحظ الأوفر من حكم القاضى لنفسه دون أخيه ومثل ذلك أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، فقال البائع بعثك بعشرين ، وقال المشتري بل بعشرة

ولأحدهما بينة حكم بها وإن لم يكن لهما بينة تحالفا وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك في رواية عنه ، وشرح ، وفي رواية عن مالك القول قول المشتري مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر ، لأن البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشتري ، والقول قول المنكر . وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان .

قال ابن قدامة في المغنى ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً ، وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فرضى المشتري بذلك أخذ به ، وإن أبى حلف أيضاً وفسخ البيع بينهما ، لأن في ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي (ص) قال : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا ، ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فالبائع يدعى عقداً بعشرين ينكره المشتري ،

والمشتري يدعى عقداً بعشرة ينكره البائع ، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين
فشرعت اليمين في حقهما .

قال الرملي في نهاية المحتاج شرح المنهاج عند الاختلاف في قدر الثمن أو صفة
المبيع : والأصح تصديق البائع أو الأجل بأن أثبتته المشتري ونفاه البائع أو قدره
كشهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة ، مثلاً بدرهم ، فيقول :
بل مدين ولا بينة لأحد — مدعها يعول عليها ، فشمّل ما لو أقام كل بينة وتعارضنا
لإطلاقها أو لإطلاق أحدهما فقط ، أو لسكونها أرختا بتاريخين متفقين تحالفاً ،
لخبر مسلم (اليمين على المدعى) وكل منهما مدع ومدعى عليه اه .

وأما ما استند اليه القائلون بعدم التحالف كابن المقرئ في بعض نسخ الروض
من إمكان الفسخ في زمنه فقد رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين
رجاء أن يتكلم الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

فإذا اختلفا في الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما سيأتى من
كلام المصنف ، فإذا كان لأحدهما بينة قضى بها ، فإن كان لهما بيتان مؤرختان
بتاريخين مختلفين فإنه يقضى بالأولى منهما ، ولو اختلفا في الثمن أو المبيع بعد
التقبض مع الإقالة أو التلف الذى يفسخ به العقد فلا تحالف ، بل يحلف مدعى
النقص ، لأنه غارم ، ولهذا زاد بعضهم قيداً ، وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع
احترازاً عما ذكر .

وأورد على الضابط اختلافهما في عين المبيع والثمن معاً مثل : بعتك هذه
السيارة الركوب بمائة دينار فيقول : بل النقل بمائتي دينار فلا تحالف جزماً إذا
لم يتواردا على شيء واحد ؛ مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا في كميته
فيحلف كل على نفي ما ادعى عليه على الاصل .

قال الشافعى في مختصر المزني بعد أن أورد حديث ابن مسعود من طريقى
سفيان ومالك الذى رواه مالك بلاغاً — يعنى قال : بلغنى عن ابن مسعود الخ .
قال الشافعى ، قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن البينة على المدعى واليمين
على المدعى عليه ، فإذا تبايعا عبداً فقال البائع : بألف والمشتري بخمسة مائة قال بائع

يدعى فضل الثمن ، والمشتري يدعى السلعة بأقل من الثمن ، فيتحالفان ، فان حلفاماً قبل المشتري : أنت بالخيار في أخذه بألف أو رده ، ولا يلزمك ما لا تقر به ، فأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له .

قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم وهما متصادقان على البيع ومختلفان في الثمن بنقض البيع ، ووجدنا الفئات في كل ما نقض فيه القائم منتقضاً فعلى المشتري رده إن كان قائماً أو قيمته إن كان فائتاً ، كانت أول من الثمن أو أكثر .

قال المزني : يقول : صار في معنى من لم يتبايع ، فيأخذ البائع غيبه قائماً أو قيمته متلفاً ، قال : فرجع محمد بن الحسن إلى ما قلنا وخالف صاحبيه — يعني أبا حنيفة وأبا يوسف — وقال : لا أعلم ما قالوا إلا خلاف القياس والسنة . قال والمعقود إذا تناقضا والسلعة فائتة تناقضاه وهي فائتة ، لأن الحكم أن يفسخ العقد فقائم وفائت سواء .

قال المزني : ولو لم يخلفا وقال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض فالتذي أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن يؤمر البائع بدفع السلعة ، ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته ، فان غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فاذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس والبائع أحق بسلعته ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات ، لأنه يدعى عقداً وينسب عقداً ، فوجب أن يحلف عليهما ، ويجب أن يقدم النفي على الإثبات . وقال أبو سعيد الاصطخري : يقدم الإثبات على النفي كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان ، والمذهب الأول . لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي ، وهي يمين المدعي عليه ، فوجب أن يبدأ ههنا أيضاً بالنفي ، ويخالف اللعان فإنه لا أصل له في البداية بالنفي ، وهل يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يجمع بينهما يمين واحدة ، وهو المنصوص في الآم ، لأنه أقرب إلى فصل القضاء ، فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبيع بألف ، ولقد باع بألفين ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين ولقد اشترى بألف ، فان نكل المشتري قضى للبائع وإن حلف فقد تحالفا .

والثاني أنه يفرد النفي بيمين والاثبات بيمين ، لأنه دعوى عقد وإنكار عقد فافترق إلى يمينين ، ولأننا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الاثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي ، وذلك لا يجوز . فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف ، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين ، فان نكل المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ، وقضى له ، فان حلف المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف . فان نكل قضى للبائع ، وان حلف فقد تحالفا

(الشرح) هذا الفصل بين كيفية اليمين ومضمونها لان كل واحد من المتبايعين ينطوى موقفه على حالتى اثبات ونفى ومن ثم ينبغي أن يكون حلفه مشتملا على أركان الدعوى من اثبات ونفى فهلا المبتدىء باليمين يحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين ، فان شاء المشتري أخذه بما قال البائع ، والا يحلف ما اشترته بعشرين ، وإنما اشترته بعشرة وهذا قال الشافعى فى الآم .

وقال أبو حنيفة يبتدىء بيمين المشتري لأنه منكر واليمين فى جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكيم ، وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، قال قول ما قال البائع ، وفى لفظ ما قال البائع . والمشتري بالخيار ، رواه أحمد ومعناه ان شاء أخذ وان شاء حلف ولان البائع أقوى جنبه . لانها اذا تحالفا عاد المبيع اليه . فيكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر من وجه فيتساويان فى هذا الوجه . والبائع اذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء .
وإذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه . وان نكل البائع حلف المشتري وقضى له . وان حلفا جميعا لم يفسخ البيع لأن العقد صحيح .

والتحالف لا يفسخ العقد ، كما لو أقام كل واحد منهما بيعة بما ادعاه ، لكن إن رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا فاكل واحد منهما الخيار ، أما على المذاهب تفصيلا فهل يستحب الحلف من البائع أولا أم المشتري على أربعة أقوال (أصحابها) يبدأ في اليمين بالبائع لأن جانبه أقوى بعود المبيع الذي هو المقصود بالذات اليه بالفسخ الناشئ عن التحالف . ولأن ملكة على الثمن قد تم بالعقد ، وملك المشتري على المبيع لا يتم إلا بالقبض ، ولأنه يأتي بصورة العقد ، وصورة المسألة أن المبيع معين والثمن في الذمة ، ومن ثم بدى بالمشتري في عكس ذلك لأنه أقوى حينئذ ، ويخير الحاكم بالبداية بأيهما أداه اليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو في الذمة . والزوج في الصداق كالبايع ، فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له ، ولأن أثر التحالف يظهر في الصداق إلا في البضع وهو باذله فكان كبائعه . والخلاف في الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير (الثاني) يبدأ في اليمين بالمشتري لقوة جانبه بالمبيع : وهو قول أبي حنيفة ووجه عند الأصحاب باعتبار أن رب السلعة في الحال هو المشتري ؛ وللحديث : قال قول ما يقول رب السلعة .

(الثالث) يتساويان لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح فيتخير الحاكم فيمن يبدأ به منهما
(الرابع) يقرع بينهما فمن قرع بدى به . وذلك لأن القرعة سبيل لحسم النزاع عند التشاح .

قال الغزالي في الوجيز : أما كيفية اليمين فالبداية بالبائع ؛ وفي السلم بالمسلم اليه وفي الكتابة بالسيد . لأنهما في رتبة البائع ، وفي الصداق بالزوج لأنه في رتبة بائع الصداق ، وأثر التحالف يظهر فيه لا في البضع . وقيل أنه يبدأ بالمشتري وهو مخرج ، وقيل يتساويان فيقدم بالقرعة أو برأى القاضى . اهـ
وفي كيفية اليمين أقوال :

(أحدها) أن يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة مدلقا ، والصفة التي اتفقوا عليها أن يقول : والله ما بعث بكذا ولقد بعث بكذا . ويقول المشتري : والله ما اشتريت بكذا ، ولقد اشتريت بكذا ؛ أو يأتي بلفظ (وإنما) بدل (ولقد)

وأباه بعضهم لما فيه من إيهام اشتراط الحصر، وفي رأى شمس الدين الرملي - وهو الملقب بالشافعي الصغير - لا يكفي قوله ما بعث إلا بكذا، لأن الأيمان لا يكفي فيها باللوازم، بل لا بد من الصريح. لأن فيها نوعاً من التعبد، ومن هنا كان قولاً ثانياً وهو:

(ثانيتها) أن يبدأ بالنفي ثم بالإثبات بيمين واحدة لكليهما

(ثالثتها) أن يبدأ بالإثبات ثم بالنفي بيمين واحدة لكليهما، لأنه دعوى عقد

وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين

(رابعها) أن يبدأ بالنفي بيمين ثم بالإثبات بيمين أخرى، وهو المستحب في

قول الرملي في نهاية المحتاج (خامسها) أن يبدأ بالإثبات بيمين ثم بالنفي بيمين أخرى

(سادسها) أن يبدأ بما شاء منهما بيمين والآخر بيمين أخرى

والصواب أن يبدأ القاضى - إذا ترافعا إليه أو أحدهما - بيمين البائع وحسبه

في ذلك أن يقول والله ما بعث بكذا ولقد بعث بكذا، والله تعالى أعلم

على أن الاختلاف يشمل المبيع والتمن؛ لأن قوله إذا اختلف المتبايعان

مع حذف المتعلق مشعر بالتعميم في مثل هذا المقام، على ما قررده علماء المعاني،

فيعم الاختلاف في المبيع وفي الثمن وفي كل أمر فرجع إليهما، وفي سائر الشروط

المعتبرة، والتصريح بالاختلاف في الثمن في بعض الروايات، كما وقع في أحاديث

الباب لا ينافي هذا العموم المستفاد من الحذف

وفي حديث ابن مسعود عند أحمد قال قول ما يقول صاحب السلعة، وصاحب

السلعة هو البائع كما وقع التصريح به في سائر الروايات، فلا وجه لما روى عن

البعض من أن رب السلعة في الحال هو المشتري

والاختلاف بين المتبايعين في أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع

فإذا حلف المشتري فقد تحالفاً ولا يكون لهما خلاص من هذا النزاع إلا التماسخ

على أن سبب الاختلاف بين الفقهاء هو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على

المدعى واليمين على المدعى عليه، لأنه يدل بعمومه، على أن اليمين على المدعى

عليه والبينة على المدعى من غير فرق بين أن يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً

أو لا . وحديث ابن مسعود يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبيئنة على المشتري من غير فرق بين أن يكون البائع مدعياً أو مدعى عليه ، فبين الحديثين عموم وخصوص من وجه ، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق . وهي حيث يكون البائع مدعياً فينبغي أن يرجع في الترجيح إلى الأمور الخارجية ، وحديثه أن اليمين على المدعى عليه ، رواه أحمد ومسلم ، وهو أيضاً في صحيح البخاري في الرهن وفي باب اليمين على المدعى عليه . وفي تفسير آل عمران . وأخرجه الطبراني بلفظ البيئنة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وأخرجه الاسماعيلي بلفظ : ولكن البيئنة على الطالب واليمين على المطلوب .

وأخرجه البيهقي بلفظ : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر ، وهذه الألفاظ كلها في حديث ابن عباس من رام الترجيح بين الحديثين لا يصعب عليه ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا تحالفاً وجب فسخ البيع لأنه لا يمكن إتمام العقد مع التحالف وهل يفسخ بنفس التحالف أم لا . فيه وجهان (أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف كما يفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف ، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولاً والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن يفسخ (والثاني) أنه لا يفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لأن العقد في الباطن صحيح لأنه وقع على ثمن معلوم فلا يفسخ بتحالفهما ، ولأن البيئنة أقوى من اليمين . ثم لو أقام كل واحد منهما بيئته على ما يدعيه لم يفسخ البيع ، فلأن لا يفسخ باليمين أولى . وفي الذي يفسخه وجهان (أحدهما) أنه يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالغيب (والثاني) أنه يفسخ بالمتعاقدين لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كإرد بالعب

(الشرح) قوله : وإذا تحالفاً وجب فسخ البيع ، سبق قولنا أنه يشجب التراضى المنصوص عليه في قوله عز وجل : عن تراضٍ منكم ، ولقوانا : والاختلاف بين المتبايعين في أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع ،

فإذا حلف البائع ثم حلف المشتري فلا يكون لهما مناصر من التماسخ ليخرجا من محارج النزاع . ولكن هل يفسخ بنفس التحالف أم لا ؟ وجهان (أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف لأنه ذرورة النزاع المفضى إلى الفسخ كما يفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف ، واللعان من العقود التي تفسخ بالتحالف فيقع الفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه فسح لاستدراك الظلامة ، ولأن الثمن بعد التحالف صار متردداً بين ادعاءى كل من المتبايعين مما يسبغ عليه جهالة تخل بالعقد خللاً ينقضه ، لأن الثمن حينئذ يهير مجهلاً لا مجهولاً ، لأنه معلوم عندهما باطناً ، ولكن عراه التجميل باختلافها عليه إن كان الاختلاف في مقدار الثمن . وكذلك اختلافها في مقدار المبيع كما سيأتى إن شاء الله تعالى ، ولأن الثمن عوض عن المبيع فلا يثبت العقد مع جهالة الثمن (والثاني) أنه لا يفسخ بمجرد التحالف ولكن يفسخه قصداً بعده ، وهو المنصوص في المذهب .

قال المزني في المختصر في باب اختلاف المتبايعين : والمعقول إذا تناقضاها والسلعة قائمة تناقضاها وهي قائمة لأن الحكم أن يفسخ العقد فقامت وقامت سواء . ولنا أن العقد لا يفسخ بنفس التحالف ، لأن كل واحد منهما يقصد بيمينته إثبات الملك فلم يجوز أن تكون موجبة لفسخ الملك لأنها ضدان فعلى هذا لو فسخه المتبايعان فأيهما فسح صح اعتباره بفسخ العيوب التي تكون موقوتة على المتعاقدين دون غيرها والوجه الثاني : أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين لأنها عن اجتهاد .

فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم يفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم بعد تحالفهما عنده ، وتخيير كل منهما في قبول قول الآخر . فإن قبل صح البيع قال الشافعي في الأم فيما يتعلق باختلاف المتبايعين :

« وإذا تباع الرجلان عبداً وتفرقا بعد البيع ثم اختلفا ، فقال البائع : بعك على أنى بالخيار ثلاثاً . وقال المشتري بعتنى ولم تشتط خياراً تحالفاً : وكان المشتري بالخيار في فسخ البيع ، أو يكون للبائع الخيار وهذا والله أعلم باختلافهما

في الثمن ، نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن وننقضه بادعاء هذا أن يكون له الخيار . وأنه لم يقر بالبيع إلا بخيار ، وكذلك لو ادعى المشتري الخيار كان القول فيه هكذا . اهـ

ومرادنا من سوق هذا النص : قوله رضى الله عنه : نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن . والنقض هنا نقض الظاهر ، أما النقض في الباطن فلا ؛ لأنه يمكن أن يتراضيا بغير عقد جديد فيمضى العقد على سنته . وذلك هو قول المصنف (لأن العقد في الباطن صحيح) قوله ، ولأن البيئنة أقوى من اليمين ، لأنها مقدمة عليه ولأنه بقيامها لا يسوغ اليمين لأن وسائل الإثبات إذا كانت كناية ومعمورة بخاتم أو توقيع البائع أو المشتري أو كليهما كان لا محل لليمين هنا ولأن العقد وقع بين المتبايعين بالقواعد العامة المقررة شرعا من التراضي بين ذوى أهلية للتعاقد ، وبكفيئنا أن نقول : انه يجب أن يقع التراضي على الأمور الثلاثة وهي : ماهية العقد ، والمبيع ، والثمن

فيجب لانعقاد البيع أن تتجه الإرادتان إلى البيع والشراء ، أما إذا لم تتقابل الإرادتان في هذا المعنى بأن قصد أحد المتبايعين البيع والثاني عقداً آخر لم ينعقد عقد بيع ولا عقد آخر ، وإذا قصدوا معاً إلى عقد آخر غير البيع طبقت أحكام هذا العقد ولو سمياه بيعاً .

ومن هنا كان اتفاق الإرادتين على الشيء المبيع ذاته ، كان العقد صحيحاً باطنا وظاهراً ، فإذا اختلفا فقد أخلا بظاهره دون باطنه لسبق النقاء إرادتيهما على عقده . أما إذا كانت هناك بيئنة ثم اختلفا وترافعا إلى القاضى ؛ فإن القاضى يفسر بحكمه إرادة المتعاقدين ، فإذا تعذر على القاضى ذلك لعدم توفر الخصائص الذاتية المميزة للتعاقد بموجب البيئنة المقدمة إليه ، كما لو كانت وثيقة مزورة ، أو شهادة مفتعلة ، أو أمارات لا ينتهض لإقناعه بتوفر العناصر الأساسية للعقد واستحال على القاضى إعطاء الوصف الشرعى لصحة العقد أمر بفسخه ، وهل يأمر بفسخه على الفور ؟ أم على التراخى ؟

الصحيح أنه إذا خشي تلف المبيع ، أو فوات مصلحة تتعلق بنفوقه أو كساده كان قضاؤه على الفور . أما إذا ترتب على التراخى عدم ما ذكرنا من توقع تقدم أحد

طرفي النزاع أو كليهما بالبينة أو (المستندات) كان له إصدار الحكم مع توقيت
حينه بتأجيل النطق به إلى الوقت المناسب مناسبة مطابقة لجميع الاحوال مع انقضاء
المضارة . وغنى عن البيان أن عوض المبيع لا يشترط أن يكون نقداً مع الرجوع
إلى أحكام الربويات التي مرت للمصنف والشارحين النووي والسبكي رحمهما الله .

ورجح ابن الرفعة أن لا يكون فسخ القاضي على الفور ، ولا يشكل عليه
ما مر من إلحاقه بالعيب وبقاء المنازعة ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر
بالرضا للاختلاف في وجود المقتضى بخلافه . ومنازعة الاسنوي في قياس ما تقرر
على الاقالة الذي نقله المزني والبويطي وأقراه . بأن كلا لو قال - ولو بحضور
صاحبه بعد البيع : فسخته ، لم يفسخ ولم يكن إقالة ، اذ لا تحصل الا ان صدرت
بإيجاب وقبول ، بشرطه المسار مردودة بأن تمسكين كل بعد التحالف من الفسخ
كتراضيهما به . أي بلفظ الاقالة ، فالقياس صحيح ، وأن لكل الابتداء بالفسخ ،
وبه صرح الرافعي على ما سيأتي

قال الرملي في النهاية ، وهو الملقب بالشافعي الصغير ، رحمه الله تعالى :

وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا يفسخ بنفس التحالف ، لأن البينة أقوى
من اليمين . وللخبر الثاني فإن تخييره فيه بعد الخلاف صريح في عدم الانقاسح به
ولو أقام كل منهما بينة لم يفسخ ، فبالتحالف أولى . بل ان أعراضا عن الخصومة
أعرض عنهما ولا يفسخ ، وان تراضيا على ما قال أحدهما أقر العقد وينبغي
للحاكم ندهما للتوافق ما أمسك . ولو رضى أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر
الأخر عليه . والا بأن لم يتفقا على شيء واستمرا على النزاع ، فيفسخانه أو
أحدهما ، لأنه فسح لاستدراك الظلامة ، فأشبه الفسخ بالعيب ، أو الحاكم
لقطع المنازعة .

ثم فسح الحاكم والصادق منهما ينفذ ظاهراً وباطناً كلاقالة ، وغيره
ينفذ ظاهراً فقط .

ورجح ابن الرفعة عدم وجوب الفور هنا ؛ ولا يشكل عليه ما مر من إلحاقه

بالعيب ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف في وجود
المقتضى ثم .

قال : وقيل انما يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعنة ، وكانهم
اقتصروا في الكتابة على فسخ الحاكم احتياطاً لسبب العتق المتشوف اليه الشارع
وبعده أيضاً على أوجه الوجوه لبقاء ملكه ، بل قضية تعليلهم جوازه بعد الفسخ
اذالم يزل به ملك المشتري وهو كذلك

على أن لليمين فوائد :

(منها) تخوير المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب ، فيحمله
ذلك على الإفراز بالحق .

(ومنها) القضاء عليه بتسكوله عنها على ما قدمنا من القضاء عليه اذا
نكل عن اليمين .

(ومنها) انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال ، وتخفيض كل من الخصمين
من ملازمة الآخر ، ولكنها لا تسقط الحق ، ولا تبرئ الذمة باطنا ولا ظاهرا
فلو أقام المدعى بيته بعد حلف المدعى عليه ، سمعت وقضى بها ، وكذا لو ردت
اليمين على المدعى فنكل ، ثم أقام المدعى بيته ، سمعت وحكم بها

(ومنها) اثبات الحق بها اذا ردت على المدعى أو أقام شاهداً واحداً .

(ومنها) تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق ، فإن اليمين الغموس
تدع الديار بلاقع ، فيشتفي بذلك المظلوم عوض ما ظلمه بإضاعة حقه .

(١) نكل عن الشيء امتنع عنه خوفاً أو جبناً ، ومشروعية اليمين هنا الحكمة
كبرى ، وهي اعطاء المتخاصمين فرصة من الوقت يراجع فيها ضميره اذا كان
على غير الحق .

ومنها أن تشهد قرآن الحال بكذب المدعى ، فذهب مالك أنه لا يلتفت الى دعواه ، ولا يحلف له ، وهذا اختيار الإصطخري من الشافعية ، ويخرج على مذهب أحمد مثله ، وذلك مثل أن يدعى الدنيء استئجار أمير أو ذى هيئة وقدر لعلف دوابه ، وكنس بابه ، ونحو ذلك .

وروى عن شيخ الاسلام ابن تيمية أنه كان عند نائب السلطان في دمشق " يجلس الى جانبه ، فادعى بعض الحاضرين أن له قبل ابن تيمية وديعة ، وسأل اجلاسه معه واحلافه فقال لقاضي المالكية — وكان حاضراً — أتسوغ هذه الدعوى ؟ وتسمع : فقال : لا ، فقال ابن تيمية : فما مذهبك في مثل ذلك ، قال تعزير المدعى .

قال ابن تيمية : فاحكم بمذهبك ، فأقيم المدعى وأخرج .

(فرع)

إذا أقيمت الدعوى وقدمت البيعة لا يفسخ العقد الا بصدور حكم القاضى بالفسخ وهنا كان عدم انفساخه باليمين أولى .

وقوله : وفي الذى يفسخه وجهان ، وعند الحنابلة طريقتان .

أولهما : وهو الأصح عند الشافعى وأصحابه أن الذى يفسخه هو الحاكم لانه مجتهد فيه ، أعنى لأن أمر النزاع محل اجتهاد فافتقر الى من يبذل وسعه ؛ ومن يبلغ بعلمه واحاطته تغطية عناصر النزاع ، ومن هنا افتقر أمر الفسخ الى الحاكم كما يفتقر فسخ النكاح بالغيب اليه .

قال ابن قدامة فى المعنى :

ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه فى الحكم ،

(١) كانت مصر والشام والحجاز واليمن يحكمها سلطان واحد مقره فى القلعة بمصر وله نائب على دمشق ونائب على حلب ونائب على الحجاز ونائب على اليمن وذلك على عهد المهالك الأيوبيه وهم أبناء قلاوون .

فأشبهه نكاح المرأة اذا زوجها الوليان ، وجعل السابق منهما اه .
 وأما الوجه الثاني على المذهب أو الطريق الأصح عند أحمد فهو أن يفسخه
 المتعاقدان ، لأنه يقع منهما صحيحا كالرد بالعيب ، وكل ما كان فيه استدراك
 للظلمة وهو ظاهر الحديث واذعان له ، أو يترادان البيع ، وظاهره استقلالهما
 بذلك ، وفي قصة بيع ابن مسعود الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة ،
 فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفا . فقال الأشعث اشتريت منك بعشرة آلاف ،
 فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا اختلف البيعان
 وليس بينهما بيعة ، والمبيع قائم بعينه ، فالقول قول البائع . أو يترادان البيع ، قال
 فإني أرد البيع ، رواه سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن
 ابن القاسم عن ابن مسعود ، ومن هنا لا يتوقف ذلك على فسخ الحاكم . الا اذا
 لجأ أحدهما الى المرافعة لديه .

وحديث عبد الملك بن عبيدة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا
 اختلف المتبايعان استحلقت البائع ، ثم كان المشتري بالخيار ، ان شاء أخذ وان
 شاء ترك ، وهذا ظاهر عند الحابلة في أنه يفسخ من غير حاكم ، لأنه جعل
 الخيار اليه ، فأشبهه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ، ولأنه هنا لا يشبهه النكاح
 لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق .

ويمكن أن يرد على مفهوم هذين الخبرين على هذا النحو بما يأتي :
 أولا : ان متعلق النزاع بين ابن مسعود والأشعث هو رقيق الامارة ،
 والامارة كانت لعبد الله بن مسعود ، فكان هو بمثابة القاضى الذى طبق النص ،
 وأوضحه لصاحبه ، اذ لم يكن بهما من حاجة الى حاكم وصاحب الشأن ، حاكم
 ثقة يحمل الدليل اللائح فلا يفيد الخبر استقلال المتبايعين بالفسخ عند التحالف
 وليس نصا قاطعا في هذا المفهوم .

ثانيا : خبر عبد الملك بن عبيدة لا يفيد ذلك أيضا — أعني ليس دليلا على
 استقلال المتبايعين بالفسخ دون الرجوع الى القاضى — فان الخبر ينص بمنطوقه
 ومفهومه أيضا على عكس ذلك ، فقوله (استحلقت) دليل على طلب الحلف

المستفاد من السبب والنساء ، ولا يكون الطالب إلا من غيرها ، وليس سوى الحاكم هو الذي يستحلف البائع والله أعلم .

(مسألة) قال الشافعي في باب المكاتب : إذا اختلف الزوجان في المهر وتحالفا بدأت بالزوج اه .

قلت : وهذا مخالف لقاعدة البدء بالبائع لأن الزوج يحل محل المشتري .
وقال الشافعي في كتاب الدعوى والبيئات وآداب القضاء : إن بدأ البائع باليمين خير المشتري ، وإن بدأ بها المشتري خير البائع ،

قلت : وهذا يدل على أن للحاكم تقديم أيها شاء . ولعل أقوال الشافعي في الأم جعلت الأصحاب يخرجون المسئلة على الأقويل الثلاثة المعروفة ،

أحدها : أن يبدأ الحاكم بإحلاف البائع لأنه أقوى جانباً .

والثاني : بإحلاف المشتري لأنه أقوى جانباً لمشابهته الزوج .

والثالث : وهو أصح الأقوال عند الأصحاب أن الحاكم يبدأ بإحلاف البائع قبل المشتري ويمكن أن يجاب عن اختلاف الأقويل بأن ظاهر النص في البيوع بإحلاف البائع قبل المشتري وظاهر النص في الصداق بإحلاف الزوج قبل الزوجة ، والفرق بينهم أن تحالفهما في البيع رد المبيع إلى يد بائعه فبدىء بإحلافه ، وتحالفهما في المهر لا يرفع ملك الزوج عن البضع ، وهو بعد التحالف على ملكه فبدىء بإحلافه .

وأما ما قاله الشافعي في الدعوى والبيئات فإنما أراد به أن الحاكم إن أداه اجتهاده إلى تقديم المشتري جاز ، وإن أداه اجتهاده إلى تقديم البائع جاز ، لأن تقديم أحدهما طريقه الاجتهاد دون النص ، فجاز أن يؤدي الاجتهاد إلى تقديم كل واحد منهما ، وليس كاللذان الذي ورد النص بتقديم الزوج ولا يجوز خلافه

فإذا ثبت أن يبدأ بيمين البائع على ما شرحتنا من المذهب فهل تقديمه في اليمين من طريق الأولى إلى طريق الاستحقاق ؟ على وجهين .

أحدهما : أن تقديمه على طريق الاستحقاق ، فإن قدم عليه المشتري لم يجز إلا أن يؤدي اجتهاد الحاكم إلى ذلك .

وأوجه الثاني : تقديمه على طريق الأولى ، فإن قدم عليه المشتري جاز وان لم يؤده اجتهاده اليه ولما كان الحاكم منصوباً لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ، ولأنه مجتهد ، يجب تسليم المبيع والتمن اليه حتى اذا قضى بينهما سلم المبيع اما الى المشتري واما رده الى بائعه وسلم الثمن اما الى البائع واما رده الى المشتري .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واذا فسخ أو انفسخ فهل ينفسخ ظاهراً وباطناً أم لا فيه ثلاثة أوجه ، أحدها ينفسخ ظاهراً وباطناً لأنه فسخ بالتجالف فوقم ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح بالامان ، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب .

والثاني : أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن ، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالتمن ، والتمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر ، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن .

والثالث : أنه ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ، لأنه يمكنه أن يصدق المشتري ، ويأخذ منه الثمن ، ويسلم اليه المبيع ، فإذا لم يفعل كان ممتدماً من تسليم المبيع بظلم ، فلم ينفسخ البيع ، وان كان البائع مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله ، كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله . فإن قلنا : ان الفسخ يقع في الظاهر والباطن عاد المبيع الى ملك البائع والى تصرفه . وان قلنا : ان الفسخ في الظاهر دون الباطن نظرت ، فان كان البائع هو الظالم لم يجوز له قبض المبيع والتصرف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع اليه ، وان كان مظلوماً لم يجوز له التصرف في المبيع بالوطء والهبة ، لأنه على ملك المشتري ، ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري ، ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه ، كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئاً من ماله .

(الشرح) العقد له ظاهر وهو الايجاب والقبول والتقابض من اللامات
الظاهرة أما الباطن فهو النقاء ارادة كل من المتبايعين ؛ ووجود العلم بحقيقة النزاع
ولكن في ضمير كل منهما . ومن هنا اذا انفسخ العقد بصورة مما أسلفنا فهل ينفسخ
ظاهرا وباطنا ؟ أم ظاهرا فقط ؟ على ثلاثة أوجه عند الشافعية ، ووجهان عند
أصحاب أحمد ، ووجه عند أحمد .

أولها : ينفذ الفسخ ظاهرا وباطنا بهذا التحالف ، كفسخ النكاح باللعان .
ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فوقع ظاهرا وباطنا وهو كالرد بالعيب . أو
فسخ عقد بالتحالف . وهذا الوجه هو ظاهر كلام أحمد بن حنبل .

ثانيها : ينفذ الفسخ في الظاهر دون الباطن لان سبب الفسخ هو الجهل بالثمن
والثمن معلوم في ضميرها مجهول في الظاهر . ولأن انفساخ العقد سببه الجهالة
بالثمن . ولان الجهالة قاصرة على الظاهر دون الباطن انحصر الانفساخ في ظاهر
العقد واختص البطلان بالظاهر . وكان العقد في الباطن صحيحا . وكان القاضى
الذى يحاسب المتبايعين على هذا التحالف والنزاع هو الله رب العالمين .

وكأى عقد من العقود التى فى ذمة المسلم واجبة الوفاء يكون للعقد طرفان
ظاهران وطرف آخر فى الباطن يعلمه الذى لا تخفى عليه خافية . ولقوله تعالى
« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وهو الذى يتولى جزاء الناكثين والناقضين
بغير حق يسوغ لهم النقض . ولأنه لو أراد أحد طرفى النزاع أن يوافق الآخر
على رأيه ويتنازل عن دعواه . فانهما لا يفتقران الى عقد جديد أو ايجاب وقبول
آخرين . ومن هنا يتحرك العقد المنقذ من ضميرها الى تنفيذ وامضاء فى الظاهر
ولأنه يحرم عليه أمام الله التصرف فى المبيع ان كان طالما لصاحبه . وهذا الوجه
هو وجه عند أصحاب أحمد أيضا .

قال أبو الخطاب من الجنبلة : ان كان البايع طالما لم ينفسخ العقد فى الباطن
لأنه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد فى الباطن ولا يباح
له التصرف فى المبيع لأنه غاصب . فان كان المشتري طالما انفسخ البيع ظاهرا
وباطنا لعجز البايع عن استيفاء حقه . فكان له الفسخ . كما لو أفلس المشتري .

قال الماوردي في الحاوي^١ في المجلد الخامس من النسخة الخطية بمصر، وهي ذات الأربعة والعشرين مجلداً بالخزانة العربية: لا يفسح العقد بنفس التحالف لأن كل واحد منهما يقصد يمينه لإثبات الملك لأنهما ضدان؛ فعلى هذا بماذا يكون الفسح بعد التحالف؟ فيه وجهان

(أحدهما) أن الفسح يكون لكل واحد من المتبايعين، فأيهما فسح صح اعتباراً بفسخ العيوب التي تكون موقوفة على المتعاقدين دون غيرها والوجه الثاني أن الفسح لا يقع إلا بفسح الحاكم كالفسح بالعنة وعبوب الزوجين، لأنها عن اجتهاد، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم يفسح حتى يفسخه عليهما الحاكم، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بغير تحالفهما بعد عرض ذلك على كل واحد منهما، كما يعرض على الثاني بعد تخيير الأول، ثم يفسخه بينهما - ينتد، فلو تراضيا بعد تحالفهما صح البيع

وهل يقع الفسح ظاهراً أو باطناً؟ ويقع في الظاهر دون الباطن، على ثلاثة أوجه (أحدها) أن الفسح قد وقع ظاهراً وباطناً، سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً، كالفسح باللعان، وكالفسح عند تحالف الزوجين في نكاح الولى. فإن ذلك يقع ظاهراً وباطناً، كذلك في البيع، فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرف فيها بما شاء من أنواع التصرف كما يفعل في سائر أحواله وإن كانت جارية جاز أن يطاها

والوجه الثالث: أن الفسح يقع في الظاهر دون الباطن، سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً لأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن لقوله صلى الله عليه وسلم وإنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر،

فعلى هذا إذا عاد المبيع إلى البائع قبل له: إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله

(١) المجلد الخامس من النسخة الخطية بدار السكتب تحت رقم ٨٢ فقه شافعي على أن هناك نسخة خطية أخرى تقع في أربعة عشر مجلداً تحت رقم ٨٣ وهي غير كاملة.

أنك كاذب ، وأن المشتري صادق ، فليس لك أن تتصرف في المبيع بوجه لأنه ملك لغيرك ، وأنت غير ممنوع من ثمنه فإن تصرفت فيه كنت كن تصرف في ملك غيره متعديا ، وإن كنت تعلم أنك صادق وأن المشتري كاذب فالمبيع للمشتري وأنت ممنوع من ثمنه فليس لك أن تطأه إن كان المبيع جارية وأن لا تهب ، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه أو أى شيء من ماله فيتبع السلعة لتصل إلى حقه من ثمنها وفي المتولى لبيعهما ؛ والثاني تولاه الحاكم ، فإذا بيعت فإن كان الثمن بقدر حقه فلك أخذ حقه ، وإن كان أكثر من حقه فعليك رد الباقي ، وإن كان الثمن أقل من حقه فالباقي دين لك في ذمة المشتري

والوجه الثالث : ان كان البائع مظلوما والمشتري ظالما وقع الفسخ في الظاهر والباطن . وقد أشار الى هذا الوجه أبو إسحاق المروزي تعليقا بأن الملك للمشتري بالعقد ، وان كان لم ينتقل ملكه .

وان كان ظلما صار بالظلم مانعا من ثمنها فصار أسوأ حالا من الجنس الذي يزال ملكه بالاولى لتعذر الثمن . فكذاك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذر الوصول الى الثمن . فعلى هذا إن كان البائع مظلوما فقد وقع الفسخ ظاهرا وباطنا وجاز للبائع اذا عادت السلعة اليه أن يتصرف كيف شاء . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري ، تحالفا وفسخ البيع بينهما ، لأن التحالف يثبت ارفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة ، فوجب ان يثبت التحالف ، فإذا تحالفا رجع بقرينة ومتى تعتبر قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب قيمته يوم التلف (والثاني) يجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد ، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك . وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال : ما زاد على الثمن لا يجب ، لأن البائع لا يدعيه فلم يجب ، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه ، والمذهب الأول . لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة ؛ فالقول قول المشتري لأننا غارم . فكان

القول قوله كالأغاصب ، فإن تقايلا أو وجد بالمبيع عيبا فرده واختلفا في الثمن .
فقال البائع الثمن ألف ، وقال المشتري الثمن ألفان فالقول قول البائع ، لأن البيع
قد انفسخ ، والمشتري مدع ، والبائع منكر ، فكان القول قوله

(الشرح) إذا هلكت السلعة في يد المشتري واختلفا في الثمن تحالفا ، ولا
اعتبار باليد ، إلا أن يكون تلفها قبل القبض . أما إذا كان تلفها بعد القبض
وتلفت في يد المشتري فأبو حنيفة يرى أنه إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد
لزوم العقد فالقول قول المشتري ولا تحالف لأن تلف السلعة يمنع من التحالف
ويوجب قبول قول المشتري لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : إذا اختلف المتبايعان ولا بينة لواحد منهما والسلعة قائمة
تحالفا أو ترادا . فشرط التحالف بقاء السلعة فاقضى عدم قيام التحالف مع تاف
السلعة . قال ولأنه فسخ ثبت مع نقل المبيع ، فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد
بالعيب . قال ولأنه تاف عن عقد صحيح فوجب أن يبقى عند الفسخ .

قال : إذا تاف المبيع في خيار الثلاث بعد لزوم العقد ، فهل يستمر العقد أو
ينفسخ ؟ قال ولأن المبيع أقبض وصار في يد المشتري فهو مضمون على مشتريه
بالثمن ، فلو جاز تحالفهما بعد الثمن اصرار مضمونا عليه بالقيمة دون الثمن .
وهذا مما يتنافى ضمان العقد .

ولنا أن الدلالة على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع نقل السلعة وتلفها
ماروى في الخبر :

د البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ،

وقد مر لنا بيان طريقه ودرجته وتعيد العمل به ، وكل واحد من المتبايعين
منكر ومدع ، لأن البائع يقول بعث بألف ولم أبيع بخمسمائة ؛ ويقول المشتري
عكس ذلك ، فكل واحد منهما يجوز أن يقيم البينة والبينة إنما تسمع من المدعى
دون المنكر ، فدل على أن كل واحد منهما مدع منكر فوجب أن يتحالفا ، لأن
التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد ذلك
السلعة ، فوجب أن يثبت التحالف

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الذي رواه الشافعي وغيره عن ابن مسعود
 وإذا اختلف البيعان فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار ، ولم يفرق بين بقاء
 السلعة وتلفها . فإن قيل : فقد شرط بقاء السلعة في التحالف في الخبر الآخر ،
 فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك التقييد ، كما حملتم إطلاق العتق في كفارة الظهار
 على تقييد العتق في كفارة القتل ، قيل : هذا ليس من المقيد الذي يحمل
 إطلاق جنسه عليه لأن إطلاق خبر ربما يوجب تحالفها مع بقاء السلعة وتلفها
 فصار قوله : إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا مع استواء الحكم في قيامها وتلفها ،
 قيل : يحتمل وجوها :

أحدها : البينة على حكم التحالف مع التلف ، لأن بقاء السلعة يمكن معه
 اعتبار قيمتها ، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ، ومع التلف لا يمكن
 فلما سقط اعتبار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة ، كان وجوب التحالف
 مع تلفها أولى .

والثاني : أنه نص على بقاء السلعة ، إسقاطا لاعتبار اليد ، بخلاف مالك ،
 حتى إذا تحالفا مع وجوب اليد كان تحالفها مع زوال السلعة ، لأن تلفها قد يكون
 مكتملا للعقد - إذا كان قبل القبض - وبقاؤها ليس يبطل العقد معه ، فيتحالفا
 مع بقاءها ، ولا يتحالفا مع تلفها .

فإن قيل : فلا دلالة لسك في هذا الخبر لأنه جعل القول قول البائع ، وأنتم
 لا تقولون به ، قيل قد جعل المشتري بعده بالخيار : ومن جعل القول قول البائع
 على الإطلاق لم يحمل المشتري خياراً ، وإذا ثبت خيار المشتري بعد يمين البائع
 فخياره في قبول السلعة بما حلف عليه البائع ، أو يحلف بعده ، ويقسخ البيع ،
 وكذا نقول في تحالفها .

وإنما خص رسول الله صلى الله عليه وسلم البائع بالذكر لأنه المبتدىء باليمين
 ويدل عليه المسئلة من طريق المعنى أنه اختلف في صفة عقد بيع صحيح فاقضى
 أن يوجب التحالف فإذا كانت السلعة قائمة ، ولأن ما يوجب فسخ العقد يستوي
 فيه الباقي والتالف كالاستحقاق ، ولأنه فسح لا يفتقر الى تراضيهما . فإذا صح
 مع تراد الأعيان صح مع تراد القيم .

وإذا اشترى عبداً بجارية وتقايباً ثم تلفت الجارية فوجد بالعبد عيباً فله رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لفسخ العقد بعد تلفها كما كان له فسخه مع بقائها .

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بحديث ابن مسعود فقد مضى في معارضته الخبر الذي رواه الشافعي .

وأما الجواب عن قياسه على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب مما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالوافق فلم يفسخ ، وليس كذلك في اختلافهما ، لأن كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف ، لحاز أن يتحالف مع التلف ، ولا وجه لقوله : إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ ، كما لا تقبل ابتداء العقد . وإن إقالة العبد الأبق لا تصح ولا تقبل الإقالة ، كما لا يقبل ابتداء العقد ، لأنه يقول فيمن ابتاع عبداً وقتل في يد البائع إن المشتري بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن ، أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد ، فقد جعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كذلك فيما جعلناه أصلاً معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً أن له رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لجعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كما قبل التلف .

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث لمحك العمل غير مسلم فلم نسلم .
وأما الجواب عن قولهم أن المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة فهو أن هذا الاستدلال باطل بمبتاع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً لأن الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذي هو الثمن ، ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة دون الثمن .

ومقصد الفصل أن المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري تحالفاً وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع إن كان متقوماً ، وإن كان مثلياً وجب على المشتري مثله . وهذا هو قول الشافعي ، ومالك وأحمد في إحدى روايتيهما ، متى اعتبر قيمته ، وهل يقوم من حين قبضه . أم يقوم من حين هلاكه ؟ وجهان .

أحدهما : يقوم ، وتجب قيمته يوم التلف . وقد مر بيان ذلك في هلاك السلعة في البيع الفاسد .

فإذا زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك خلافاً لأبي علي بن خيران بناء على قاعدة عدم إعطاء البائع ما ليس بدعيه وليس بمذهب .

(مسألة) إذا كان الهلاك معنوياً بأن وقف المشتري المبيع أو اعتقه أو باعه أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحة - كما سيأتي في المكاتبة إن شاء الله تعالى - أو كان حسياً كأن مات لزمه قيمته إن كان متقوماً ، وكثيراً ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعاً ، ولو تلف بعضه رد الباقي وبدل التالف وهذه القيمة هي قيمة يوم التلف في أنظر الأقوال كما رجحه الرملي في نهاية المحتاج ، وإن كان المصنف رحمه الله ذكر قولاً ثانياً وهو وجوب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف .

وموضوع الفسخ العين ، والقيمة بدل عنها ، ثم تعتبر عند فوات أصلها ، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش بأقل قيمتي العقد والقبض ، والنظر إليها هناك لا للغرم بل ليعرف منها الأرش ، وهنا المغرور بالقيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق . قاله الرافعي . وجعل الرملي القول الأول للمصنف قولاً ثانياً عنده فقال :

والثاني : قيمة يوم القبض لأنه يوم دخوله في ضمانه .

والثالث : أقل القيمتين يوم العقد والقبض .

وجعل الرملي القول الثاني للمصنف قولاً رابعاً فقال :

والرابع : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم ، وإن تعيب - أي أصابه عيب - رده مع أرشه وهو ما نقص من قيمته لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة ، فكان بعضه مضموناً ببعضها .

(مسألة) فرق بين اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين ما لو باع عيناً فردت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوم بيد البائع فإنه يضمه بالأقل من العقد إلى القبض بأن سبب الفسخ هنا حاف البائع ، فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر ليوم التلف .

وتم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد ، فتعين النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض .

(مسئلة) وطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له ، وإن كان قد رهنه أى المبيع خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار فكاهه ، ولا ينافى ذلك ما ذكر في الصداق أنه لو طلقها قبل الوطاء وكان الصداق مرهوناً ، وقال : أنتظر الفسكك للرجوع فلما إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان ، فقياسه هنا إجباره على أخذ القيمة ، لأننا نقول : المصلحة قد حصل لها كسر بالطلاق ، فناسب جبرها بإجابتها بخلاف المشتري وذلك للرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر .

وإن كان قد أجره رجع فيه مؤجراً ، ولا ينتزعه من يد الميكترى حتى تنقضى المدة والمسمى للمشتري ، وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها ، ولو كان زكاة معجلة - وتعيب - فلا أرش أو جعله للمشتري مثلاً - صداقاً - وتعيب في يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر فلا أرش فيه ، ولو دبره المشتري لم يمنع رجوع البائع أخذاً بما ذكره المصنف في الفلاس على ما سيأتى من أنه لا يمنع فيه .

قال في الحاوى :

إذا فسخ البيع وجب رد السلعة على بائعها سواء قيل : إن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً ، أو قد وقع في الظاهر دون الباطن ، فإن كانت السلعة تالفة فلا يتخلو حالها من أحد أمرين إما أن تكون مما لها مثل أو مما لا مثل لها ، فإن كانت مما لا مثل لها وجب رد قيمتها وفي اعتبار القيمة وجهان ،

أحدهما : وقت التلف . والثاني : مما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف ، فإن اختلفا في قدر القيمة فالقول قول المشتري مع يمينه اعتباراً بها في ذمته ، وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما ادعاه واستحقاق المبيع ، وإن كانت السلعة المبيعة مما له مثل كالخنطة والشعير ففيه وجهان .
أحدهما : عليه رد مثله كالمغصوب . والثاني وهو الأصح أن عليه غرم قيمته لأنه لم يضمه وقت القبض بالمثل ، وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب

قال : فأما ما أخذه المشتري من المبيع قبل الفسخ من غلة أو ثمرة أو نتاج فلكه على مالك المشتري لا يلزمه رد شيء منه على البائع ، لأنه كان مالكا حين استغله ، وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ . اهـ

وإن تقايلا ، وأعني كل منهما صاحبه من التزامه ، أخذ البائع سلعته وأخذ المشتري ثمنه ، فإذا اختلفا في الثمن ؛ فقال البائع : الثمن ألف ، وقال المشتري ألفان فالقول قول البائع ، لأنه لا يربطهما عقد لانفساح البيع ، فيكون المشتري بمجرد فسخ البيع مدعياً عليه البيئته ، فإن أتى بالبيئته كان القول قوله ، فإن لم تكن له بيئته كان القول قول البائع لأنه منسكراً بيئته .

ومثل التقابل الرد بالعيب ، وذلك إذا اختلفا في الثمن ، فإن العقد بمجرد الرد بالعيب يعد مفسوخاً وبمسحوب على كل منهما من الوصف ما ذكرناه في التقابل فالمشتري مدع عليه البيئته والمشتري منسكراً .

قال ابن قدامة رحمه الله :

وإذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فمن أحد روايتان . إحداهما : يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر ، وهذا قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث ، والسلعة قائمة .

ففهو مذهبنا لا يشرع التحالف عند تلفها ؛ ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري ، واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة ، البائع يدعيها والمشتري ينسكرها ، والقول قول المنسكراً ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس .

ووجه الرواية الأولى عموم قوله ، إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع . والمشتري بالخيار .

وقال أحمد : ولم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هرون ، قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواية الحلف عن المسعودي ، لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها في حديث معن ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنسكراً ، فيشرع اليمين كحال لقيام السلعة ،

وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها . وقولهم تركناه للحديث . قلنا ليس في الحديث تحالفا . وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار

قال ابن المنذر . وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه . اه ، وعلى أنه إذا خولف الأصل للمعنى وجب تعديته بتعدى ذلك المعنى فنقيس عليه ، بل يثبت الحكم بالبيئنة ، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة ، فع تعذر ذلك أولى فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسح العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه ، كما له ذلك في حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذى قبضه البائع إلى المشتري ، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا

وينبغى أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه ، لأنه لا فائدة من يمين البائع ولا فسخ البيع ، لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع فى الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة

ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا فى قيمة السلعة رجعا الى قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم ، والقول قول الغارم وان تقابلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا فى قدره فالقول قول البائع لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد ، فأشبهه مالو اختلفا فى القبض .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفا لأنه يمين فى المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين فى دعوى المال ، وان كان البيع بين وكيلين

واختلفا في الثمن ، ففيه وجهان (أحدهما) يتحالفان لأنهما عاقدان فتحالفنا
لـالكين (والثاني) لا يتحالفان لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما
فيرجع . والوكيل اذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه

(الشرح) اعلم أن هذا الفصل يتضمن ما يقع من الاختلاف بين من يحل
محل المتبايعين والحال محل المتبايعين اما أن يكون وارثا واما أن يكون وكبلا

وفي هذه الحال يقوم الوارث مقام الموروث قولا واحداً

أما الوكيلان فوجهان (أحدهما) يتحالفان كلما الكين والوارثين (والثاني)
لا يتحالفان لعدم وقوع الظلم من أحدهما الآخر

وقد يموت أحد المتبايعين وله وكيل فيجرب عليه الوجهان ، أو وارث فهو
حال محل الموروث في الظلامة والتحالف ، فيكأن الوارث يأخذ مال موروثه
فله أن يأخذ ما عساه يكون حقاً له ، ويلزمه ما عساه بصير لازماً عليه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اختلفا المتبايعان في قدر المبيع تحالفنا لما ذكرنا في الثمن .
وان اختلفا في عين المبيع بأن قال البائع : بعثك هذا العبد بألف . وقال المشتري
بل اشتريت هذه الجارية بألف ، ففيه وجهان

(أحدهما) يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعى عقداً ينسكه الآخر ، فأشبهه
اذا اختلفا في قدر المبيع

(والثاني) أنهما لا يتحالفان ، بل يخلف البائع أنه ما باعه الجارية ويخاف
المشتري أنه ما اشترى العبد . وهو اختيار أبي حامد الاسفراييني رحمه الله ،
لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينسكه
كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبداً والآخر جارية من غير عقد ، فإن أقام البائع
بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن ، فإن كان العبد في يده أقر في يده ، وان
كان في يد البائع ففيه وجهان (أحدهما) يجبر المشتري على قبضه ، لأن البينة قد
شهدت له بالملك (والثاني) لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه ، فلم يسلم
إليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه

(فصل) وإن اختلفا في شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن ، فإن اختلفا في شرط يفسد البيع ففيه وجهان ، بناء على القولين في شرط الخيار في السكفالة .

أحدهما : أن القول قول من يدعى الصحة ، لأن الأصل عدم ما يفسد ، والثاني : أن القول قول من يدعى الفساد ، لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك ؛ فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق ، فقال أحدهما : تفرقنا قبل القبض ، وقال الآخر : تفرقنا بعد القبض ، ففيه وجهان ، أحدهما أن القول قول من يدعى التفرق قبل القبض ، لأن الأصل عدم القبض ، والثاني أن القول قول من يدعى التفرق بعد القبض ، لأن الأصل صحة العقد ، وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر تفرقنا عن فسح البيع ففيه وجهان .

أحدهما أن القول قول من يدعى التراضى ، لأن الأصل عدم الفسح وبقاء العقد ؛ والثاني أن القول قول من يدعى الفسح لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف ، فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشتري بل حدث عندك ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل عدم العيب فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع ، وقال البائع : الذى بعته غير هذا فالقول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ، وبقاء العقد ، فكان القول قوله ، فإن اشترى عدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة الثالف ففيه قولان ، أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع . لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن . فإن القول قول المشتري ، لأنه ملك الشقة فلا يزال إلا بما يقر به ، والثاني أن القول قول المشتري لأنه كالغارم فكان القول قوله . فإن باعه عشرة أقرزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان .

أحدهما : أن القول قول المشتري ، لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه .

والثاني : أن القول قول البايع ، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه لجعل القول قول البايع .

(الشرح) اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين ، أحدهما أن يختلفا في أصل العقد ، والثاني في صفته ، فإن كان اختلافهما في أصل العقد مثل أن يقول البائع بعتك هذا الشيء بألف فيقول الآخر ما اشتريت ، أو يقول المشتري : اشتريت منك هذا الشيء بألف ، ويقول المالك : ما بعث ، فالقول قول منسكرك العقد مع يمينه بتماماً كان أو مشترياً إلا أن يقيم مدعى العقد بينة ولا تحالف بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على من ادعى » .

وإن كان اختلافهما في صفة العقد ، كاختلافهما في قدر الثمن أو صفته أو في قدر المئمن أو في صفته .

والضرب الثاني أن يكون اختلافهما بما قد يخلو من العقد كاختلافهما في الاجل وفي قدره أو في الخيار أو في قدره أو في الرهن أو في التمييز أو في عينه .

فأما الضرب الاول وهو أن يكون اختلافهما بما يكون يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته فقد مر تفصيل ذلك في الفصول السابقة ، وأما ما يكون من اختلاف في قدر المئمن أو صفته ، فالاختلاف في صفة المئمن أن يقول البائع ، بعتك عبداً ، ويقول المشتري . بل جارية ، فإن كان اختلافهما فيما ذكرنا وشبهه فقد اختلف الفقهاء في العقد على خمسة مذاهب قد جئنا عليها في الفصول السابقة قال في نهاية المحتاج ما حاصله :

وإن اختلفا في الأجل بأن أثبتته المشتري ونفاه البائع ، أو قدره كسهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة مثلاً بدرهم ، فيقول . بل مدين به ولا بينة لأحدهما يعول عليها ، فشمع ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لسكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفا لخبير مسلم ، البين على المدعى عليه ، ولا يشكك الخبران المتقدمان لأنه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهي حليف المشتري أيضاً فأخذنا بها وشمل كلامه مالو وقع الاختلاف في زمن الخيار فيتحالفان ، وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنسائي والأذرعى

وغيرهم ، وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها في حق الرقيق ، وفي القراض والجمعة مع جوازها من الجهتين ، وأما ما استند إليه القائل بعدم التحالف كإن المقرئ في بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ في زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن يشكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

والاختلاف في الأجل أو الرهن أو في قدرهما أو في شرط الخيار أو غير ذلك من الشروط لصحيفة فنيها للمعهاه طريقان .

أحدهما : وهو قول الشافعي يتحالفان ، لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن .

والثاني : القول قول من ينفي ذلك مع يمينه ، وهو أبي حنيفة ، لأن الاصل عدمه ؛ فالقول قول من ينفيه ، كأصل العقد لأنه منسكرك ، والقول قول المنسكرك ، فإن اختلفا في شرط يفسد العقد فقال : بعثك بخمر ، أو خيار مجهول ، فقال : بعثني بنقد معلوم أو خيار ثلاث ؛ فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه ، لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للكافر ؛ وإن قال بعثك مكرها ، فأنسكه فالقول قول المشتري ، لأن الاصل عدم الإكراه وصحة البيع ، وإن قال بعثك وأنا صبي فالقول قول المشتري ، كل ذلك قول الشافعي وأحمد والثوري وإسحاق ، إلا أن الشافعي يسوي بين المسلم والكافر في تعاطي الصحة . قالوا : لأن المتبايعين اتفقا على أصل العقد ، واختلفا فيما يفسده ، فكان القول قول مدعى الصحة .

ويحتمل أن يقبل قول من يدعى الصغر لأنه الاصل . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين : أحدهما : أن الاصل عدمه ، وهما الاصل بقاؤه .

والثاني : أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح ، وهما ما ثبت أنه كان مكلفا ، وإن قال بعثك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري . لأن الاصل عدمه . وإن ثبت أنه كان مجنونا فهو زلصبي .

قال شمس الدين الرملي :

ولو ادعى أحد العاقدين صحة البيع أو غيره من العقود وادعى الآخر فساده لانتفاء ركن ، أو شرط على المعتمد ، كأن ادعى أحدهما روثيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضا ، كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما في فتاوى الشيخ ، فالأصح تصديق مدعى الصحة بيمينه غالباً ، مسلماً كان أو كافراً ، لأن الظاهر في العقود الصحة : وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه عدم الفساد في الجملة . ومن غير الغالب ما لو باع ذراعاً من أرض معلومة الذرع ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع ، وادعى المشتري شيوعه فيصدق البائع بيمينه أيضاً لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضاً لأنه الغالب ، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن ، أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه أيضاً كما ذكره الروياني .

ثم قال : وأما كلام الأصحاب في الجنائيات والطلاق فليس من الاختلاف في صحة العقد وفساده ، وفارق ما ذكرناه ما سيأتي في الضمان بأن المعاوضات يحتاج فيها غالباً ، والظاهر أنها تقع بشروطها

وفي البيان للعمراني : لو أقر بالاحتلام لم يقبل رجوعه عنه ، ويؤخذ من ذلك أن من هب في مرضه شيئاً فادعت ورثته غيبية عقله حال الهبة لم يقبلوا إلا إن علم له غيبية قبل الهبة وادعوا استمرارها إليها وجزم بعضهم بأنه لا بد في البيئنة بغيبية العقل - إن تبين ما غاب به - أي لثلاث تكون غيبته بما يؤخذ به كسكر تعدى به ، وما لو قال المرتن : أذنت في البيع بشرط رهن الثمن . وقال الراهن بل مطلقاً ، فالمدق المرتن ، كما قاله الزركشي وغيره ، وهو كما قال ، وليكن ليس هذا مما نحن فيه ، لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولا نائبيهما

ولو أتى المشتري بخمر أو بما فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض كذلك صدق بيمينه ، ولو أتى المشتري بخمر أو بما فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض صدق بيمينه ، ولو صبه في ظرف المشتري فظمرت فيه فأرة فادعى كل أنها من عند الآخر صدق البائع لدعواه الصحة ، ولأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن ؛ والأصل أيضاً برامة البائع كما في نظيره من السلم إذا اختلفا

هل قبض المسلم اليه رأس المال قبل التفرق أو بعده ؟ فلو أقاما في المستلين بيئتين قدمت بيئة مدعى الصحة . وقول ابن أبي عسرون إن كان مال كل بيئته حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود . وقال الرملي :

ولو اشترى عبدا مثلا معيننا وقبضه فجاء بعبد معين ليرده فقال البائع ، ليس هذا المبيع ، صدق البائع بيمينه ، لأن الأصل السلامة وبقاء العقد ، وفي مثله في المبيع في الذمة والسلم بأن قبض المشتري أو المسلم المدفوع عما في الذمة ثم أحضر معيناً ليرده ، فقال البائع أو المسلم اليه ليس هذا المقبوض يصدق المشتري والمسلم بيمينه في الأصح أنه المقبوض عملاً بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم اليه الى وجود قبض صحيح ، ويجرى ذلك في الثمن ، فيحلف المشتري في المعين ، والبائع فيما في الذمة ، ومقابل الأصح يصدق المسلم اليه كالبيع

ولو قبض المبيع مثلاً بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر ما يقع مثله في الكيل أو الوزن عادة صدق بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولا نهما اتفقا على القبض وانما يضر يدعى الخطأ فإليه البيئة كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تازمه البيئة ، ولو باع شيئاً فظن كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف ، كان قال الابن « باع أبي مالي في الصغر لنفسه متعمداً ، وقال الموكل « باع وكيلي مالي متعمداً ، وقال المشتري « لم يتعد الولي ولا الوكيل ، صدق المشتري بيمينه ، لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتم إلا بحجة . انتهى

أما لغات الفصل فالشقص القطعة من الارض والطائفة من الشيء . قوله فإن باعه عشرة أفرزة من صبرة فالقفيز مكيال . قال في الصحاح هو ثمانية مكايك والجمع أقفرة وقفزان ، قال والمكوك مكيال هو ثلاث كيلجات . والكيلجة منا وسبعة أثمان منا ، والمنا رطلان ، ويمكن بهذا أن نعرف أن الكيلجة هي الكيلو بلغة العصر فيكون القفيز أربعة وعشرين كيلو جراماً تقريباً بالوزن ، وقد مر في قاعدة مدعجوة أن الوزن مقدم على الكيل لأنه أدق وأعدل إلا ما كان اطراد الكيل فيه لحفته يجعله غير صالح للوزن ، فتتطبق عليه قاعدة الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن .

قال الشافعي في باب جماع السلف في الوزن :

والميزان مخالب المكيال في بعض معانيه والميزان أقرب من الإحاطة وأبعد من أن يختلف فيه أهل العلم من المكيال ، لأن ما يتجافى ولم يتجافى في الميزان سواء : لأنه إنما يصار فيه كله إلى أن يوجد بوزنه ، والمتجافى في المكيال يتباين تباينا بينا فليس في شيء مما يوزن اختلاف في الوزن ، ثم قال الشافعي : فإن قال قائل : كيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : الله أعلم ، أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه : فأما ما قل منه فيبيع كيلا والجملة الكثيرة تباع وزنا ، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه . قال عمر رضي الله عنه : لا آكل سمنًا ما دام يباع بالأواق ، وتشبه الأواق أن تكون كيلا . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع : فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال .

أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع ، والمشتري على إحضار الثمن ، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة ، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما ، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لهما على الآخر دراهم ، والآخر عليه دنائير .

والثاني : لا يجبر واحد منهما ، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه ، لأن على كل واحد منهما حقا في مقابلة حق له ، فإذا امتنعا لم يجبر واحد منهما ، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل .

والثالث : أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يجبر المشتري وهو الصحيح ، لأن حق المشتري متعلق بعين ، وحق البائع في الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرض الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة ، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع ، ومن أصحابنا من قال : المسألة على قول واحد ، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه ، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ، ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه

فان كان المشتري موسراً نظرت ، فان كان ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال وان كان في داره أو دكانه حجب عليه في المبيع ، وفي سائر أمواله ، الى أن يدفع الثمن لانه اذا لم يحجب عليه لم تأمن أن يتصرف فيه ، فيضر بالبائع .

وان كان غائبا منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله ، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع الى عين ماله ، كما لو أفلس المشتري ، وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان . أحدهما ليس له أن يختار عين ماله ، لانه في حكم الحاضر . والثاني له أن يختار عين ماله لانه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد ، وان كان المشتري معسراً ففيه وجهان .

أحدهما . تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها ، والمنصوص أنه يرجع الى عين ماله لانه تعذر الثمن بالإعسار . فثبت له الرجوع الى عين ماله كما لو أفلس بالثمن وان كان الثمن معيناً ففيه قولان . أحدهما يجبران . والثاني لا يجبر واحد منهما وبسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لان الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض .

(الشرح) في هذا الفصل بيان حكم اختلافهما عند البيع بثمن في الذمة فيه ثلاثة أقوال عند المصنف (أصحابها) يجبر البائع على تسليم السلعة ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن . وذلك أنهما ان تمانعا أجبر الحاكم كل واحد منهما على احضار ما عليه من مبيع أو ثمن ثم ينصب عليهما أميناً عدلاً يأمر كل واحد منهما بتسليم ما بيده إليه . حتى اذا صار الجميع معه سلم المبيع الى المشتري والثمن الى البائع . قال الماوردي . وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم القداح . وقال أبو اسحاق المروزي . يجعل هذا القول الأول واحداً . وتخرج المسألة على ثلاثة أقاويل . وامتنع سائر أصحابنا من جعلهما واحداً ، وأن كل واحد منهما مخالف لصاحبه . قلت : والقول الأول الذي أراد أبو اسحاق المروزي مزجه بقول سعيد بن سالم القداح هو قول المصنف .

أحدها يجبر البائع على تسليم المبيع والمشتري على تسليم الثمن ثم أعطى كل

واحد منهما ماله دفعة واحدة في لحظة واحدة لتساوى الوجوب في التسليم وعدم اختصار أحدهما بقدر أكثر من الإذعان من صاحبه ، وامتنع أكثر الأصحاب من جعلها قولاً واحداً لما يأتي :

(أولاً) لأن حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة ، فقدم ما تعاق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع (ثانياً) إن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه ، وهامنا الحكم منه في ذمة الأمين والأمر بالتسليم منه

ومن هنا كان قول المصنف : من الأصحاب من قال فيه ثلاثة أقوال يذكرنا بقول الماوردي فيه أربعة أقوال . ذلك القول الرابع هو تعيين الأمين العدل . وهذا القول وإن كان قولاً رابعاً عندنا فإنه ظاهر مذهب الحنابلة فيما إذا كان عرضاً بعرض أو عيناً بعين .

قال ابن قدامة في المغني :

وإن اختلفا في التسليم ، فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن . وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ثم يسلم إليهما ، وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق ، وهو قول ثابن للشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن البائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمترين . ثم قال رأيه الذي يدل على موافقته لما ذهبنا إليه من تساوى المبيع ، سواء أكان الثمن عيناً أم نقداً فقال

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه ، وتعلق حق البائع بالذمة ، وتقديم ما يتعلق بالدين أولى لنا كده . ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما يتعلق بالذمة ، ويخالف

الرهن فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن ، والتسليم ها هنا يتعلق به مصاحبة عقد البيع . وأما إذا كان الثمن عينا فقد تعلق الحق بعينه أيضا كالبيع فاستويا . وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه . اهـ

قوله « وما سواه من الاقوال » ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه .

(قلت) الذي في المزمع يدل على اختيار الشافعي لهذا الرأي وتعبيره بكلمة (أحب الشافعي من أقاويل) قال المزمع في باب اختلاف المتبايعين ، وإذا قال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض ،

« ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض فالذي أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن البائع يدفع السلعة ويحجر المشتري على دفع الثمن من ساعته فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فإذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس ، والبائع أحق بسلعته ، ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم ، قوله « وإن كان غائبا » قال الماوردي :

وإن كان ماله غائبا فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون على مسافة أقل من يوم وليلة ، فهذا في حكم الحاضر ، وينتظر له حضور ماله بعد الحجر عليه في المبيع وسائر ماله ، فإذا حضر الثمن فك حجره وأطاق تصرفه (والثاني) أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله بعده عنه ، وأنه في حكم المعسر .

(والثالث) أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين .

(أحدهما) ينتظر حضور ماله ، كما لو كانت على أقل من يوم وليلة ، ويحجر عليه في المبيع حتى يحضر الثمن (والوجه الثاني) لا ينتظر لبعده المسافة ، وأنها في حكم ما زاد على الثلاث ، فعلى هذا ما الذي يستحقه البائع إذا لم ينتظر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع

بغير ماله وبين أن يصير بالثمن في ذمة المشتري إلى حين وجوده (والوجه الثاني) أن حكم المفلس منفي عنه لوجود المسال ، وإن بعد منه ، ولكن تباع السلعة المبيعة ليصل البائع إلى حقه منها ، فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع إليه ذلك وقد استوفى حقه . وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشتري . وإن بيعت بأقل كان الباقي ديناً للبائع في ذمة المشتري .

(قلت) فإن هرب المشتري ولم يكن له مال فسخ البيع لأنه إذا جاز فسخه مع حضوره للإعسار ففي هربه أولى .
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن باع من رجل عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر البائع على تسليم شيء من البيع ، لأنه محبوس بدين ، فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن (والثاني) أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن ، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته ، وبخلاف الرهن في الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفى جميع الدين ، وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن ، فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع ، كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها . والله أعلم

(الشرح) هذا الفصل يبنى على أن العقد إذا لزم في الصفقة كلها كان بعض ما أداه المشتري من ثمنها غير مسوغ لتجزئ المبيع بقدر ما أدى المشتري فلا يجبر على تسليم ما يقابله أم يجبر على تسليم ما يساوي ما أداه المشتري ؟ فيقع الثمن منجماً والمبيع منجماً ؛ وذلك لمخالفته الرهن ، لأنه إذا احتجز الصفقة عنده كلها في مقابلة ما بقي من الثمن فقد أشبه الرهن

(قلت) إذا ترتب على تجزئ الصفقة تلف باقيها أو نقصه نقصاً يخس بثمنها كما لو أدى بعض الثمن من كتاب له أجزاء مطبوعة فإذا أخذ ما يساوي ما أداه من الثمن من أجزاء ترتب على ذلك خرم الكتاب عند البائع لم يجبر البائع على تسليم بعض الكتاب وجاز له - بحسه - أن يستوفى الثمن كله . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل اما أن يكون ثمرة أو غيرها ، فإن كان غير الثمرة نظرت ، فإن كان تلفه بأفة سماوية انفسخ البيع ، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو اصطرقا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بأكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن ، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن ، لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن ، وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان .

(أحدهما) أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو تلف بأفة سماوية .

(والثاني) أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة ، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض ، فإن كان عبداً فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته

فإن أتلفه البائع ففيه طريقتان . قال أبو العباس فيه قولان كالأجنبي . وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولاً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي ، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن لجواز أن يضمنه بالقيمة ، فإن كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان .

قال أبو العباس والمبتاع بالخيار إن شاء ففسخ البيع ورجع بالثمن وإن شاء أجاز رجوع على البائع بنصف القيمة ، وقال أكثر أصحابنا هو بالخيار إن شاء ففسخ البيع وإن شاء أجاز له ولا شيء له لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض : كما لو ذهب بأكلة فإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن لأن الإلتاف كالقبض ، ولهذا لو أعتقه جعل اعتاقه كالقبض فيكذلك إذا أتلفه ، فإن كان عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله ، فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على

المشتري بأرش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يدهم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع
بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص
من القيمة وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه وإن كانت
على الشجر نظرت فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض
وقد بيناه ، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان (أحدهما) أنها تناف من ضمان
المشتري ، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل في ضمانه كالنقل فيما
ينقل (والثاني) أنها تلف من ضمان البائع ، لما روى جابر رضي الله عنه أن
النبي (ص) قال : إن بعث من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ
منه شيئاً ، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق ، وروى جابر أيضاً أن النبي (ص) أمر
بوضع الجوائح ، فإن قلنا بهذا فاختلفاً في الهالك فقال البائع الثلث ، وقال المشتري
النصف ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل عدم الهلاك ، وإن بلغت الثمار وقت
الجداد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشتري ، لأنه وجب عليه
النقل فلم يلزم البائع ضمانها ، والله أعلم

(الشرح) حديث جابر الأول رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه .
وحديث جابر الثاني رواه الشافعي في الام . قال سمعت سفيان يحدث هذا الحديث
كثيراً في طول مجالستي له ، لا أحصى ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه ، أمر
بوضع الجوائح ، لا يزيد على أن النبي (ص) نهى عن بيع السنين . ثم زاد بعد ذلك
، وأمر بوضع الجوائح ،

قال الشافعي ، قال سفيان : وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل وضع
الجوائح لا أحفظه ، فسكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لاني لا أدري كيف
كان الكلام . وفي الحديث أمر بوضع الجوائح . أخبرنا سفيان عن أبي الزبير عن
جابر عن النبي (ص) مثله ، قلت ، وحديث ، أمر بوضع الجوائح ، رواه مسلم وأحمد
والنسائي وأبو داود . وروى عن أنس وعائشة ، وقد مر في بيع الثمرة قبل بدو
صلاحها . قال الربيع ، أخبرنا الشافعي قال أخبرنا مالك عن أبي الرجال محمد بن
عبد الرحمن عن أمه عمرة أنه سمعها تقول : ابتاع رجل ثمر حائط في زمان

رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وأقام فيه حتى تبين له النقضان ، فسأل رب الحائض أن يضع عنه خلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله (ص) فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً ، فسمع بذلك رب المال ، فأتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له ،

أما لغات الفصل فالآفة العاهة ، وقد إيف الزرع بالبناء المجهول أى أصابته آفة فهو متوف على وزن مقول ومعوف ، والجوائح جمع جائحة ، وهى الآفة التى تصيب الثمار فتهلكها . يقال حاجهم الدهر واجتاحهم بتقديم الحيم على الحاء فيها إذا أصابهم بمكروه عظيم والآفة كلة

أما الاحكام فقال الشافعى ، قال سفيان فى حديثه عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى وضع الجوائح : ما حكيت فقد يجوز أن يكون الكلام الذى لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصالح على النصف . وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعاً - ضاً على الخير لا حتماً ، وما أشبه ذلك

ثم قال الشافعى وحديث مالك عن عمرة مرسل . وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسل ، ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه - والله تعالى أعلم - دلالة على أن لا توضع الجائحة لقولها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً ، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف ، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه إذا امتنعت من حق فأخذ منك بكل حال (قال) ولو لم يكن سفيان وهن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة ، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جنابة أحد عليه ، فأما أن يوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول .

فان قال قائل : فما منعك أن تجعل ثمرة النخل قياساً على ما وصفت من كراه الأرض ، وأنت تجيز بيع ثمر النخل فيترك إلى غاية فى نخله كما تجيز أن يقبض الدار ويسكنها الى مدة .

قال : فقيل له : إن شاء الله الدار أكثرى سنة ثم تهدم من قبل تمام السنة مخالفة للثمرة تقبض من قبل أن سكنها ليس بعين ترى وإنما هي بمدة تأتي ، فكل يوم منها يمضى بما فيه وهي بيد المكتري يلزمه الكراء فيه وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها والثمرة إذا اقبلت وقبضت وكما في يد المشتري بقدر على أن يأخذها كلها من ساعته ، ويكون ذلك له ، وإنما يرى تركه إياها اختياراً لتبلغ غاية يكون له فيها أخذه قبلها وقد يكون رطباً يمكنه أخذه وبيعه وتبيسه ، فيتركه ليأخذه يوماً بيوم رطباً ليسكون أكثر قيمة إذا فرقه في الأيام وأدوم لاهله فلو زعمت أنى أضغ الجائحة بعد أن يرطب الحائط كله أو أكثره ويمكن فيه أن يقطع كاه فيبياع رطباً ، وإن كان ذلك أنقص لمالك الرطب أو يبيس تمراً ، وإن كان ذلك أنقص على مالكه زعمت أنى أضغ عنه الجائحة وهي تمر ، وقد ترك قطعه وتميزه في وقت يمكنه فيه إحرازه . ثم قال : وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جنابة آدمى .

ثم قال الشافعى : وكان شبهها أن يكون جملة القول فيه أن يكون الثمر المبيع في شجره المدفوع إلى مبتاعه من ضمان البائع حتى يستوفى المشتري ما اشترى منه لا يبرأ البائع من شيء منه حتى يأخذه المشتري أو يؤخذ بأمره من شجره ، كما يكون من ابتاع طعاماً في بيت أو سفينة كاه على كيل معلوم ، فما استوفى المشتري برى منه البائع ، وما لم يستوف حتى سرق أو تصديه آفة فهو من مال البائع ، وما أصابه من عيب فالشترى بالخيار في أخذه أو رده .

ويجعل الشافعى المشتري مسئولاً عن المبتاع إذا كان مسلطاً عليه مسيطراً على المبيع ، وليس على البائع من الضمان شيء مادام يملك أخذها وقطعها وبقائها فلو تلفت - في يد البائع بآفة سماوية - فلا ضمان على البائع : لأن المشتري مقصر في قبضها ، وفي الأبواب السابقة من البيوع مزيد تفصيل فليرجع إليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب السلم

السلم جائز لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أجله الله في كتابه وأذن فيه فقال « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » .

(فصل) ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جاز التصرف كالبيع : قال الشافعي رحمه الله : ويصح السلم من الأعمى . قال المزني رحمه الله أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى . قال أبو العباس هذا الذي قاله المزني حسن ، فأما الأكمة الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح ، وقال أبو إسحاق يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمة لأنه يعرف الصفات بالسمع

(الشرح) قال الشافعي رحمه الله في باب السلف والمراد به السلم :

قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل » إلى قوله « وليتق الله ربه » قال الشافعي : فلما أمر الله عز وجل بالكتاب ثم رخص في الإشهاد إن كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً ، احتمال أن يكون فرضاً وأن يكون دلالة ، فلما قال الله جل ثناؤه : فرهان مقبوضة والرهن غير الكتاب والشهادة ، ثم قال « فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه » دل كتاب الله عز وجل على أن أمره بالكتاب ثم الشهود ثم الرهن إرشاداً لا فرضاً عليهم ، لأن قوله « فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته » إباحة لأن يأمن بعضهم بعضاً : فيدع الكتاب والشهود والرهن ، قال : وأحب الكتاب والشهود لأنه إرشاد من الله ونظر للبائع والمشتري ، وذلك أنهما إن كانا أمينين فقد يموئان أو أحدهما ، فلا يعرف حق البائع على المشتري فيتلطف على البائع أو ورثته حقه ، وتكون التباعة على المشتري

في أمر لم يردده ، وقد يتغير عقل المشتري فيكون هذا والبائع ، وقد يغاظ المشتري فلا يقر فيدخل في الظلم من حيث لا يعلم ويصيب ذلك البائع فيدعى ما ليس له فيكون الكتاب والشهادة قاطعا هذا عنهما وعن ورثتهما ، ولم يكن يدخله ما وصفت انبغى لأهل دين الله اختيار ما ندمهم الله اليه ارشادا ، ومن تركه فقد ترك حرما وأمر لم أحب ركة من غير أن أزعم أنه محرم عليه بما وصفت من الآية بعده .

قال الشافعي : قال الله عز وجل . ولا ياب كاتبا أن يكتب بما علمه الله ، يحتمل أن يكون حتما على من دعى للكتاب ، فإن تركه تارك كان عاصيا ، ويحتمل أن يكون كما وصفنا في كتاب جماع العلم : على من حضر من الكتاب أن لا يعطلوا كتاب حق بين رجلين ، فاذا قام به واحد أجزأ عنهم ، كما حق عليهم أن يصلوا على الجنازة ويدفنها فاذا قام بها من يكفئها أخرج ذلك من تخلف عنها من المائم ولو ترك كل من حضر من الكتاب خفت أن يائسوا ، بل كافي لا أراهم يخرجون من المائم : وأيمهم قام به أجزأ عنهم وهذا أشبه معانيه به والله تعالى أعلم .

أما حديث ابن عباس فقد قال الشافعي : أخبرنا سفيان عن أيوب عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : أشهد الى آخر ما أورده المصنف هكذا موقوفا على ابن عباس ورواه سعيد بن منصور أيضا هكذا أما لغات الفصل : فإن السلم بفتح الحين هو الاستسلام ، وسلم اليه الشيء بتشديد اللام تسليما فتسليمه أي أخذه . والتسليم بذل الرضا بالحكم . والتسليم أيضا السلام وأسلم في الطعام أسلف فيه : والتسالم التصالح ، ولما دة السمين واللام والميم معانيهما الكثيرة من السلامة والسلامي والسلم واستلام الحجر ما مكانه معاجم اللغة . وقال الماوردي : السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق ، والآكمة هو الذي يولد أعمى .

وفي الاصطلاح الفقهي : السلم أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة الى أجل ، ويسمى سلما وسلفا وهذا السلف يهمز ويجرد فيقال : أسلف وسلمت ، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقد ذكرناه والمصنف من آية الدين ولفظها يصلح للسلم ويشمله
بعمومه . وأما السنة فقد روى الشيخان عن ابن عباس رضى الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلف في شيء فليسلف في كميل معلوم ووزن
معلوم ، إلى أجل معلوم .

وروى البخارى عن محمد بن أبي المجالد قال : أرسلنى أبو بردة وعبد الله بن
شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبي أوفى فسألتهما عن "سلف" ؟ فقالا
كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا أنباط من أنباط
الشام فنسألهم في الخنطة والشعير والزبيب ، فقلت : أكان لهم ؟ أم لم يكن لهم
زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك .

وفى رواية عند الترمذى والنسائى وابن ماجه : كنا نسلف على عهد النبي صلى
الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر في الخنطة والشعير والزيت والتمر وما نراه عندهم ،
وعن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« من أسلم فى شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه .

وعن ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من
أسلم شيئاً فلا بشرط على صاحبه غير قضاءه » وفى لفظ « من أسلف فى شيء
فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله » رواهما الدارقطنى ، وفى إسناده عطية
العوفى ، قال ابن المنذر : لا يحتج بحديثه وهو وارد فى عموم السلم متابع لهذا
العموم .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن
السلم جائز ، قلت : وخالف سعيد بن المسيب فى جوازه .

وقد اتفق الأئمة — ماعدا ابن المسيب — على أن السلم يصح بستة شروط
أن يكون فى جنس معلوم ، بصفة معلومة ويقدر معلوم وبأجل معلوم ، ومعرفة
مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لخملة مؤونة لكن أبا حنيفة
يسمى هذا التابع شرطاً وباقى الأئمة يسمونه لازماً .

قوله : لا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، أى أنه لا يصح لإسلام الكافر

في الرقيق المسلم كما سبق في شرح المجموع للنورى ورد النووى على الماوردى في تصحيحه له وتبعه السبكي ، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر في البيوع ومثل ذلك كل ما يمنع تملك الكافر له كالمصحف وكتب العلم والسلم في السلاح من الحربى . أما صحة السلم من الأعمى الذى يعرف الصفات إذا كان عماه مسبقا بإبصار أو كاتب أكمه يعرف الصفات بكثرة السماع فإنه إذا كان الأمر كذلك ، فإن بيان ذلك ما يأتى :

إذا عرفنا أن التنازع والاختلاف يحتمل أن يقع بين المتبايعين مع توفر صحة الإبصار فلأن يقع فى السلم أولى ، ولأن يقع التنازع مع فقدان البصر أيسر ، وأيسر منه وقوعه مع الأكمه .

ولذلك استشكل بعض فقهاء الشافعية صحة السلم من الأعمى واتفقوا على أنه إذا صح سلمه فإنه لا يصح قبضه بل قد يتعين توكيله ، ويرد الإشكال آخر وهو اشتراط معرفة المتعاقدين الصفات ، ويمتنع هذا الإشكال بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه من وجوه التصور ، والأعمى يتصورها كذلك ، وينبغى لاشتراط صحة العقد وجود عدلين بمحل التسليم أو أكثر ، ويكتب العقد بلغة يفهمها العاقدان وعدلان ثم يقع الحتم به بعد كل ذلك ، ليكون مناطا عند التنازع وليست الكتابة واجبة فى قول الشافعى ، وإنما هى اذعان مباح لقوله تعالى « فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، وقوله تعالى « وأشهدوا إذا تباعتم » . ونعود الى آية الدين فنقول عما تناولته من أحكام مستقنين الى تفصيل السنة لما أجملته فنقول : فى هذه الآية اثنتان وأربعون مسألة .

الاولى : قال سعيد بن المسيب . بلغنى أن أحدث القرآن بالعرش آية الدين . وقال ابن عباس . هذه الآية نزلت فى السلم خاصة . قال القرطبي . معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية ، وقد استدلل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل فى القروض على ما قال مالك إذ لم يفصل بين القرض وسائر العقود فى المدائيات ، وخالف فى ذلك الشافعية . وقالوا : الآية ليس فيها جواز التأجيل فى سائر الديون وإنما فيها الأمر بالشهاد إذا كان ديننا مؤجلا ، ثم يعلم جواز التأجيل فى الدين وامتناعه بدلالة أخرى .

(الثانية) قوله تعالى « بدين ، للتأكيد ، وحقيقة الدين عبارة عن معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسبية . وقد بين الله هذا المعنى بقوله « إلى أجل مسمى » ،

(الثالثة) قوله تعالى « إلى أجل مسمى » ، قال ابن المنذر : دل قوله تعالى على أن السلم إلى الأجل المجهول غير جائز (الرابعة) حدث العلماء السلم فقالوا هو بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم

(الخامسة) السلم والسلف عبارتان عن معنى واحد ، والسلم بيع من البيوع الجائزة مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك ، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها ، فظهر أن يبيع السلم من المصالح الحاجية ، وقد سماه الفقهاء ببيع المحاويج ، فإن جاز حالاً بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصاحبة ، ولم يكن لاستثناء ما ليس عندك فائدة .

(السادسة) شروط السلم المنفق عليها والمختلف فيها وهي تسعة ، ستة في المسلم فيه وثلاثة في رأس مال السلم . أما الستة التي في المسلم فيه ، فإن يكون في الذمة ، وأن يكون موصوفاً ، وأن يكون مقدراً ، وأن يكون مؤجلاً ، وأن يكون الأجل معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند محل الأجل وأما الثلاثة التي في رأس مال السلم فإن يكون معلوم الجنس مقدراً نقداً .

وهذه الشروط الثلاثة متفق عليها إلا النقد يخالف فيه المالكية قال ابن العربي في أحكام القرآن : وأما الشرط الأول وهو أن يكون في الذمة فلا إشكال في أن المقصود منه كونه في الذمة لأنه مداينة . ولولا ذلك لم يشرع ديناً ولا قصد الناس إليه رجحاً ورفقاً ، وعلى ذلك اتفق الناس . بيد أن مالكاً قال لا يجوز السلم في العين إلا بشرطين (أحدهما) أن يكون قرية مأمونة (والثاني) أن يشرع في أخذه كاللبن من الشاة والرطب من النخلة ، ولم يقل ذلك أحد سواه وهاتان المستلтан صحیحتان في الدليل لان التعيين امتنع في السلم مخافة المزابنة والغرر لثلا يتعذر عند المحل

(السابعة) ليس من شرط السلم أن يكون المسلم إليه مالاً كما للسلم فيه لما رواه البخارى عن محمد بن المجالد قال : بعثنى عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى - إلى قوله (قلت) إلى من كان أصله عنده ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك . ثم بعثنى إلى عبد الرحمن بن أبزى فسأله فقال : كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يسلفون على عهد النبي (ص) ولم نسألهم لهم حرث أم لا ؟ وشرط أبو حنيفة وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل ، مخافة أن يُطالب المسلم فيه فلا يوجد فيكون ذلك غرراً ، وخالفه سائر الفقهاء ، وقالوا المراعى وجوده عند الأجل

وشرط السكوفيون والثورى أن يذكر موضع القبض فيما له حملٌ ومؤنة ، وقالوا السلم فاسد إذا لم يذكر موضع القبض . وقال الأوزاعي هو مكروه . وعند المالكية لو سكتوا عنه لم يفسد العقد ؛ ويتعين موضع القبض ، وبه قال أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث لحديث ابن عباس وليس فيه ذكر المكار الذي يقبض فيه السلم ، ولو كان من شروطه لبيته النبي (ص) كما بين السكيل والوزن والأجل ، ومثله حديث ابن أبي أوفى

(الثامنة) حديث أبي سعيد مرفوعاً عن أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، وفيه عطية العوفي .

وقد أخذ به مالك ، مستدلاً بأنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو يبيع طعام قبيل أن يستوفى ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

(التاسعة) قوله تعالى « فاكتبوه » يعنى الدين والأجل ، وقد أمرنا بالكتابة لئلا ننسى . روى أبو داود الطيالسى في مسنده عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن يوسف بن مهران عن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول الله عز وجل « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » إلى آخر الآية « إن أول من جحد آدم ، إن الله أراه ذريته ، فرأى رجلاً أزهر ساطعاً نوره ، فقال يارب من هذا . قال هذا ابنتك داود . قال يارب فاعمره ، قال ستون سنة قال يارب زد في عمره . قال لا إلا أن تزيد من عمرك ، قال وما عمرى . قال

ألف سنة ، قال آدم فقد وهبت له أربعين سنة . قال فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته ، فلما حضرته الوفاة جاءته الملائكة . قال انه بقي من عمري أربعون سنة . قالوا انك قد وهبتما لابنك داود . قال ما وهبت لأحد شيئاً . قال فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته ، في رواية ، وأتم لداود مائة سنة ولآدم عمره ألف سنة ، خرجه أيضا الترمذي

وفي قوله تعالى « فاكذبوه » إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفته المبينة له المغربية عنه للاختلاف المتوهم بين المتعاملين . المعرفة للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعها اليه (العاشرة) هل الكتابة في الديون واجبة ، اختيار الطبري وجوبها . وقال ابن جريج « من اذان فليكتب ، ومن باع فليشهد ، وقال الشعبي كانوا يرون أن قوله « فإن أمن ، ناسخ لأمره بالكتب . وحكى نحوه ابن جريج ، وذهب الربيع إلى أن ذلك واجب بهذه الألفاظ ، ثم خففه الله تعالى بقوله (فإن أمن بعضكم بعضاً) . وقال الجمهور الأمر بالكتابة نذب إلى حفظ الأموال ، وإزالة الريب ، وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب ، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف له في دينه ، وحاجة صاحب الحق .

(الحادية عشرة) قوله « وليكتب بينكم كاتب بالعدل » قال عطاء وغيره واجب على الكاتب أن يكتب . وقال الشعبي وذلك إذا لم يوجد كاتب سواه ، فواجب عليه أن يكتب (الثانية عشرة) قوله تعالى « بالعدل » أي بالحق والمعدلة أي لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل ، وإنما قال بينكم ولم يقل أحدكم ، لأنه لما كان الذي له الدين ينهم في الكتابة الذي عليه الدين ، وكذلك العكس ، شرع سبحانه كاتباً غيرهما يكتب بالعدل ، لا يكون في قلبه ولا قلبه انحياز لأحدهما (الثالثة عشرة) الباء في قوله تعالى « بالعدل » متعلقة بقوله « وليكتب » وليست متعلقة بكاتب لأنه كان يلزم أن يكتب الوثيقة كتب عدل في نفسه ، وقد يكتبها صبي وعبد إذا فقهوا ، أما المنتصون للكتابة — من الكتبة « هموميين — فلا يجوز الترخيص لهم بالكتابة إلا إذا كانوا عدولاً مرضيين . قال مالك « لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها عدل في نفسه مأمون ، لقوله تعالى « وليكتب بينكم كاتب بالعدل »

الرابعة عشرة : قوله تعالى « ولا يَأْب كاتب أن يكتب ، نهي الله الكاتب عن الإباء ، فقال الربيع واجب على الكاتب إذا أمر أن يكتب ، وقال الحسن : ذلك واجب عليه في الموضوع الذي لا يقدر عليه كاتب غيره فيضرب صاحب الدين إن امتنع ، فإن كان كذلك فهو فريضة ، وإن قدر على ذلك غيره فهو سعة إذا قام به غيره ، وحكى المهدي عن الربيع والضحاك أن قوله : « ولا يَأْب منسوخ بقوله ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وللقراطي بحث لطيف في ذلك حيث يقول :

هذا — الوجوب — يتمشى على قول من رأى أو ظن أنه قد كان واجب في الأول على من اختاره المتبايعان أن يكتب ، وكان لا يجوز له أن يمتنع حتى نسخه قوله تعالى « ولا يضار كاتب ولا شهيد » وهذا بعيد ، فإنه لم يثبت وجوب ذلك على من أراده المتبايعان كائنا من كان ، ولو كانت الكتابة واجبة ما صح الاستنجار بها لأن الإجارة على فعل الفروض باطلة ، ولم يخالف العلماء في جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة .

الخامسة عشرة : قوله تعالى « كما علمه الله فليكتب ، المعنى كتبها كما علمه الله ، أي فليفضل كما أفضل الله عليه .

السادسة عشرة : قوله تعالى « وليلل الذي عليه الحق ، وهو المدينون المطلوب يقر على نفسه بلسانه ، والاملاء والاملال لغتان أمل وأمل ، فأمل لغة الحجاز وبني أسد ، أما تميم فنقول : أمليت ، وجاء القرآن باللغتين « فمى تملى عليه بكرة وأصيلا » وأمره تعالى بالتقوى فيما يمل ، ونهاه عن أن يبئس شيئا من الحق ، واليبئس النقص .

السابعة عشرة : قوله « فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل فالذي عليه الحق إما مستقل بنفسه فهذا يمل ، وإما سفيه مهلهل الرأى في المال لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء مأخوذ من الثوب السفيه وهو الخفيف النسيج الثامنة عشرة : والضعيف قد مر في بابي البيوع والربا مزيد إيضاح له في سوق حديث أبي داود والترمذي عن أنس أن رجلا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كان يبتاع وفي عقله ضعف ، فأتى أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا نبي الله

احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقله ضعف فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع ، فقال : يا رسول الله انى لا أصبر عن البيع ساعة ، فقال رسول الله (ص) : ان كنت غير تارك فقل : ها وها ولا خلافة ، وهذا الرجل هو حبان بن منقذ الانصارى والديحى وواسع ابني حبان وذكره البخارى فى التاريخ .
التاسعة عشرة : والذى لا يستطيع أن يمل كالأخرس ، والعبي ، والأبلة وما أشبه ذلك واختلاف العلماء فيمن يمدح فى البيوع وعمدتهم فى ذلك الروايات المستفيضة لقصة حبان بن منقذ .

واختصاصه بالخيار ثلاثا كما أورد ذلك النووى فى الجزء الثامن من المجموع الموافية عشرين : قوله تعالى ، فليمل وليه بالعدل ، ذهب الطبرى الى أن الضمير فى ، وليه ، عائد على الحق ، وأسند فى ذلك عن الربيع وعن ابن عباس وقيل هو عائد على الذى عليه الحق وهو الصحيح ، وكيف تشهد البيعة على شىء وتدخل مالا فى ذمة السفهيه باملاء الذى له الدين ؛ الا أن يمل صاحب الحق ويسمع الذى عجز عن الإملاء اذا لم يعجز عن الاعتراض اذا تحبف صاحب الحق الحادية والعشرون : قوله ، فليمل الذى عليه الحق ، يدل على أنه مؤتمن فيما يورده ويصدره ؛ وسيأتى فى الرهن قبول قول الراهن مع يمينه اذا اختلف هو والمرتهن فى مقدار الدين والرهن قائم ان شاء الله تعالى .

الثانية والعشرون : اذا ثبتت سفة الولى كان اقراره جائز على يمينه كما سيأتى فى الرهن والفرائض ان شاء الله تعالى .

الثالثة والعشرون : فساد تصرف الصبى والمهجور عليه وفسخه كما سيأتى فى الحجج ان شاء الله تعالى .

الرابعة والعشرون : قوله تعالى ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، اختلف الناس هل هى فرض أو ندى ، والصحيح أنها ندى .
قال الشافعى فى باب السلم وأحب الشهادة فى كل حق لزم من بيع وغيره نظراً فى المتعقب لما وصفت وغيره من تغير العقول .

الخامسة والعشرون : قوله تعالى ، شهيدين ، كل ما يترتب على الشهادة من المحقوق المالية والبدنية والحدود جعل لها شهيدين ماعدا الزنا .

السادسة والعشرون : قوله تعالى « من رجالكم ، نصر في رفض الكفار والصبيان والنساء والعبيد ، واختار القاضي أبو إسحاق المرزوي أن المراد به الأحرار لنقص الرق وأجاز الشعبي والنخعي في الشيء اليسير وقوله « من رجالكم ، يعني الذين يتدانون ولمم إرادة كاملة في التصرف ، ولا يتفق هذا مع الرقيق وفي الشهادة بحث سيأتي .

السابعة والعشرون : قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، وفي شهادة المرأة فيما لا يحسن الشهادة فيه غيرها بحث سيأتي إن شاء الله تعالى .

الثامنة والعشرون . جواز شهادة الصبي عند بعض الفقهاء لشهادة الصبيان في الجراح ، وهو قول مالك فيما إذا لم يختلفوا ولم يفترقوا في شهادتهم على الكبير أما شهادتهم فيما بينهم فقد قضى بها عبد الله بن الزبير ، ومنع الشافعي شهادة الصبيان وكذلك أبو حنيفة وأصحابه وسيأتي مزيد إن شاء الله تعالى .

التاسعة والعشرون . عند الشافعي ومالك لما جعل الله سبحانه شهادة امرأتين بشهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه وسيأتي حكم اليمين في الشهادة واختلاف الفقهاء في ذلك .

المرفقة ثلاثين . شهادة النساء محصورة في المال المحض من غير خلاف . لأن حقوق الأموال أحفظ من حقوق الأبدان ، ولا تقبل شهادتهن في النكاح والطلاق المحضين على تفصيل سيأتي .

الحادية والثلاثون . قوله تعالى « من ترضون من الشهداء ، هذه الآية وإن كان الخطاب فيها لجميع الناس ولكن المتلبس بحكمها هم ولاية الامور ، الثانية والثلاثون . يدل أيضاً قوله تعالى « من ترضون من الشهداء ، على أن في الشهود من لا يرضى ، على تفصيل سيأتي .

الثالثة والثلاثون . الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة شريفة هي قبول قول الغير على الغير ، ولذا شرط فيها الله تعالى الرضا والعدالة ، لأنه يحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته .

الرابعة والثلاثون : « أن تضل إحداهما ، والضلال عن الشهادة نسيان جزء منها وذكر جزء ، ومن نسي الشهادة جملة فليس يقال بضالا .

الخامسة والثلاثون . فتذكر ، خفف الذال والكاف ابن كثير وأبو عمرو وعليه فيكون المعنى أن تردها ذكراً في الشهادة وفيه بعد ، إذ لا يحصل في مقابلة الضلال الذي معناه النسيان إلا الذكر ، وهو معنى قراءة الجماعة بالثديد .

السادسة والثلاثون . قوله تعالى « ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا » قال الحسن جمعت هذه الآية أمرين وهما ألا تأتي إذا دعيت إلى تحصيل الشهادة ، ولا إذا دعيت إلى أدائها قاله ابن عباس وفي استدعائهم أو الحجى إليهم ، قال الشافعي في باب السلم . ويحتمل أن يكون فرضاً على من حضر الحق أن يشهد إيمانهم من فيه الكفاية للشهادة ، فإذا شهدوا أخرجوا غيرهم من المآثم ، وإن ترك من حضر الشهادة خفت حرجهم بل لا أشك فيه ، وهذا أشبه معانيه به والله أعلم

السابعة والثلاثون . أداء الشهادة مندوب إذا لم يدع لقوله صلى الله عليه وسلم « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » فإذا خيف ضياع الحق وجب أدائها بغير استدعاء لقوله تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وقوله تعالى « إلا من شهد بالحق وهم يعلمون » وفي الحديث « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » .

الثامنة والثلاثون . من وجبت عليه شهادة فلم يؤدها ، وترتب على ذلك الذهاب بحق من الحقوق سقطت عدالته فلا يصح أدائه الشهادة بعد ذلك ، قال في الأثر . فأما من سبقت شهادته بأن شهد أو علم حقاً لمسلم أو معاهد فلا يسعه التخلف عن تأدية الشهادة متى طلبت منه في موضع مقطع الحق .

التاسعة والثلاثون . قوله تعالى « ولا تساموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله » فهذا النهي عن السأمة إنما جاء لتردد المدابنة عندهم تخيف عليهم أن يملوا الكتابة ، ويقول أحدهم . هذا قدر يسير لا احتياج إلى كتابته ، فأكد الله تعالى حفظ القليل والكثير .

المرقية الأربعين . قوله تعالى « ذلكم أقسط عند الله » يعني أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه ذلك أعدل وأحفظ .

الحادية والأربعون . قوله تعالى « وأقوم للشهادة » دليل على أن الشاهد لا يؤدي إلا ما يعلم : فإذا لم يعلم قال : هذا خطي ولا أذكر الآن ما كتبت .

الثانية والأربعون : قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم) في هذه الآية رفع الجناح عن عدم الكتابة في كل مبيعة بنقد ؛ يداً بيد ، وقد مر في البيوع المرسلة .

الثالثة والأربعون : قوله تعالى « تديرونها بينكم ، يقتضى التفاضل والبيئونة بالمقبوض ، ولا يتسنى ذلك في الرباع والأرض وكثير من الأشياء الثينة لا يقبل البيئونة ولا يقاب عليه ، لذلك حسن الكتابة فيها ، ولحققت في ذلك مبيعة الدين والسلم . قال الشافعي : البيوع ثلاثة ، بيع بكتاب وشهود وبيع برهان وبيع بأمانة وقرأ هذه الآية . وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، وإذا باع بنسيئة كتب الرابعة والأربعون ، قوله تعالى « وأشهدوا » سبق بيان ذلك في أول الباب . وقد روى عن ابن عباس أنه قال لما قيل له إن آية الدين منسوخة . قال لا والله ، إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ .

قال الطبري : والإشهاد إنما جعل للطمأنينة ، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقاً ؛ منها الكتاب ومنها الرهن ومنها الإشهاد ، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق النذب لا بطريق الوجوب ، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد ، وما زال الناس يتبايعون حضراً وسفراً ، وبراً وبحراً ، وسهلاً وجبلاً من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير تكبير ؛ ولو وجب الإشهاد ما تركوا التكبير . اهـ . وقد مر تفصيل ذلك في البيوع وما ورد فيه من الأحاديث الخامسة والأربعون ، ولا يضار كاتب ولا شهيد ، قد تشمل هذه الآية دره كل ما يؤدي إلى مضارة الشاهد . كأن يوقف أمام الحكام زمناً يلحقه من جرائمه مضارة ، أو يخاطب بلهجة تتم عن ازدرائه وخذش حياته إن كان من أهل الفضل والعلم ، فإذا دعى الشاهد إلى الشهادة واعتذر بمشاغله ، فلا يهان أو يعنف ، أو يكره على الشهادة

السادسة والأربعون ، وان تفعلوا فإنه فسوق بكم ، يعنى مضارة الشاهد . قال سفيان الثوري : إن أذية الكاتب والشاهد إذا كانا مشغولين مصيبة وخروج عن الصواب من حيث المخالفة لأمر الله .

وقوله « بكم ، أي فسوق حال بكم

السابعة والاربعون: قوله تعالى ، واتقوا الله وبيدكم الله والله بكل شيء عليم، وعد من الله بأن من اتقاه علمه وجعل في قلبه نورا يفهم به ما يلقى اليه . وقد يجعل في قلبه فرقانا وفيصلا بين الحق والباطل . والله تعالى أعلم

والحق أن هذه الايات في السلف بلغت من شمول الاحكام واستيعاب صور العمل مع السنة الشريفة ما جعل الشافعى يقول ، قال الشافعى : وما كتبت من الاثار بعدما كتبت من القرآن والسنة والإجماع ليس لان شيئا من هذا يزيد سنة رسول الله (ص) قوة ولا لو خالفها ولم يحفظ معها يوهنها ، بل هي التي قطع بها العذر ، ولكننا رجونا الثواب في ارشاد من سمع ما كتبنا ، فإن فيما كتبنا بعض ما يشرح قلوبهم لقبوله ، ولو تمنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا في الاستغناء بكتاب الله عز وجل ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم وما احتاجوا اذا أمر الله عز وجل بالرهن في الدين الى أن يقول قائل هو جائز في السلف ، لأن أكثر ما في السلف أن يكون ديننا مضمونا . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينعقد بلفظ السلف والسلم ، وفي لفظ البيع وجهان من أصحابنا من قال لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس ، لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ، ومنهم من قال ينعقد لأنه نوع يبيع بقتضى القبض في المجلس فانهقد بلفظ البيع كالمصرف

(الشرح) هذا الخلاف لفظي : لأن صورة السلم يمكن أن تكون نوعاً من أنواع البيوع مستثنى منها باطلاق لفظ السلف أو السلم عليه ، ولا يؤثر الخلاف اللفظي في جوهره إلا أنهم قضوا في حالة ما اذا عقد بلفظ السلم ولم يقبضه في المجلس خرج بذلك عن أن يكون سلماً . وكلام الشافعى في السلم في كل أنواعه يطلق عليه لفظ البيع فهو نوع خاص من أنواع البيوع أبيع فيه بعض ما هو ممنوع في صور البيوع الاخرى ومنع فيه بعض ما أبيع في البيوع الاخرى .

قال الشافعى في (باب السلف في السلعة بعينها حاضرة أو غائبة)

ولو سلم رجل رجلا مائة دينار في سلعة بعينها على أن يقبض السلعة بعد يوم أو أكثر كان السلم فاسداً ، ولا يجوز بيع الاعيان على أنها مضمونة على بائعها بكل حال ، لأنه لا يمتنع من فوتها ولا بأن لا يكون لصاحبها السبيل على أخذها متى شاء هو لا يحول بائعها دونها إذا دفع اليه ثمنها . وكان إلى أجل لأنها قد تناب في ذلك الوقت ، وإن قل ، فيكون المشتري قد اشترى غير مضمون على البائع بصفة موجودة بكل حال يكافئها بائعها . ولا ملسك البائع شيئاً بعينه يتسلط على قبضه حين وجب له وقدر على قبضه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويثبت فيه خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار مالم يفترقا ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض فلو أبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه .

(الشرح) حديث المتبايعان بالخيار رواه الشيخان عن ابن عمر وحكيم بن حزام ورواه الشيخان وأصحاب السنن إلا ابن ماجه بلفظ « البيع والمبتاع ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ورواه أبو داود عن أبي برزة ، وعن سمرة عند النسائي ، وعن ابن عباس عند ابن حبان .

أما الأحكام فإنه لا يجوز في عقد السلم أن يتفرقا قبل توفر شروطه أن يكون في جنس معلوم بصفة معلومة ومقدار معلوم وأجل معلوم وتسليم رأس المال في المجلس وتسمية مكان التسليم .

قوله : ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض ، وذلك العوض هو رأس المال وهو الثمن الذي يجب تسليمه في المجلس الذي وقع العقد به قبل التفريق منه وقبل لزومه لأن لزومه كالتفريق إذ لو تأخر ليكان في معنى بيع الدين بالدين أن كان رأس المال في الذمة ، ولأن في السلم غرراً ، فلا يضم اليه غرر تأخير رأس المال ، فلا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضي أبو الطيب كالصرف ، ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو الزمناه بطل العقد

وكذلك إذا سلم بعضه بطل فيما لم يقبض ، وفيما يقابله من المسلم فيه ، وصح في الباقي بقسطه ، كما لو اشترى شيئين فنلف أحدهما قبل القبض فبوخذ منه ثبوت الخيار هذا ما أخذ به الرملي عن صاحب الأنوار وخالف فيه السبكي ، ولو اختلفا فقال المسلم : أقبضتك بعد التفرق ، وقال المسلم اليه : قبله ، ولا بينة صدق مدعى الصحة ، كما علم عامر فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم اليه : لانها مع موافقتها للظاهر ناقله والأخرى مستصحية ، ولا يكفي قبض المسلم فيه الحال في المجلس عن قبض رأس المال لان تسليمه فيه تبرع ، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات وكذا لو قال : أسلمت اليك المائة التي في ذمتك مثلا في كذا فإنه لا يصح السلم . قال الرملي : فلو أطلق رأس المال عن تعيينه في العقد ، كأسلمت اليك ديناراً في ذمتي في كذا ثم عين وسلم في المجلس قبل التخيير جاز ، أى حل العقد وصح ، لان المجلس حريم العقد فله حكمه .

فلو أحال المسلم به المسلم اليه أو عكسه على ثالث له عليه دين فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم ذلك في بابه .. أعنى الحوالة - فإذا قبضه المحيل وهو المسلم اليه في الصورة الأولى في المجلس نص عليه ليعلم منه حكم ما لم يقبض فيه بالأولى فلا يجوز ، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتمل بعد قبضه بإذنه له وسله في المجلس صح بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم اليه ، لان الانسان في ازالة ملكه لا يصير وكيله لغيره ، اسكن المسلم اليه حينئذ وكيل للمسلم في القبض فيأخذه منه ثم برده كما تقرر ، ولا يصح قبضه من نفسه خلافاً للقول . قال : ولو قبضه المسلم اليه وأودعه المسلم وهما بالمجلس جاز ، ولو رده اليه قرضاً أو عن دين جاز أيضا على المعتمد من تناقض فيه ، لان تصرف أحد المتعاقدين في مدة خيار الآخر انما يمتنع اذا كان مع غير الآخر ، ولان صحته تقتضى اسقاط ما ثبت له من الخيار أما معه فيصح ، ويكون ذلك اجازة منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز مؤجلا للاية ويجوز حالا لانه اذا جاز مؤجلا فلان يجوز حالا وهو من الفرر أبعد أولى ويجوز في المعدوم اذا كان موجوداً عند المحل ،

لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم بسلفون في اثمة السنتين والثلاث فقال أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو لم يحز السلم في المعدوم لنهائم عن السلم في الثمار السنين والثلاث ويجوز السلم في الموجود لأنه اذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الفرر ،

(الشرح) قوله : للآية قصد قوله تبارك وتعالى د الى أجل مسمى ، أما حديث ابن عباس فقد رواه الجماعة .

أما الاحكام لجوازه مؤجلا أمر بجمع عليه ، أما جوازه حالا لجمهور المذاهب على خلافه ، ويستدلون بحديث ابن عباس د الى أجل معلوم ، على اعتبار الاجل في السلم شرطا وفقهاء المذهب لم يختلفوا على جوازه حالا وهم يجيبون على استدلال المخالفين بأن ذكر الأجل في الحديث ليس للاشتراط ، بل معناه ان كان لا أجل فليسكن معلوما ، وتعقب بالكتابة فان التأجيل شرط فيها ، وأجيب بالفرق لأن الأجل في المكتوبة شرع لعدم قدرة العبد غالباً ، واستدل المخالفون بما أخرجه الشافعي عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون الى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ قوله تعالى د يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .

وأجيب بأن هذا يدل على جواز السلم الى أجل ، ولا يدل على أنه لا يجوز الا مؤجلا ، واستدل المخالفون بما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه قال د لا تسلف الى العطاء ولا الى الحصاد واضرب أجلا .

وأجيب بأن هذا ليس بحجة لانه موقوف على ابن عباس وكذلك يجاب عن قول أبي سعيد الذي علقه البخارى ، ووصله عبد الرزاق بلفظ د السلم بما يقوم به السعر ربا وليس السلف في كيل معلوم الى أجل .

وقد اختلف الأئمة في مقدار الاجل من ساعة الى الميسرة ولو بلغت سنين ، والحق ما ذهبنا اليه من عدم اعتبار الاجل لعدم ورود دليل يدل عليه ، وأما ما يقال من أنه يلزم مع الاجل أن يكون بيماً للمعدوم ولم يرخص فيه الا

في السلم ولا فارق بينه وبين البيع الا الأجل ، فيجاب عنه بأن الصيغة فارقة ، وذلك كاف .

قوله : ويجوز السلم في الموجود إلخ قلت : قال ابن رسلان أما المعدوم عند المسلم اليه وهو موجود عند غيره فلا خلاف في جوازه اه . وقد اختلف العلماء في جواز السلم فيما ليس بموجود في وقت السلم إذا أمكن وجوده في وقت حلول الأجل ، فذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه قالوا ولا يضر انقطاعه قبل الحلول ، وقال أبو حنيفة : لا يصح فيما ينقطع قبله بل لا بد أن يكون موجوداً من العقد إلى المحل ، فلو أسلم في شيء فانقطع في محله لم يفسخ عند الجمهور وفي وجه عندنا يفسخ ، واستدل أبو حنيفة ومن معه بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر ، أن رجلاً أسلم رجلاً في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاخصمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : بم تستحل ماله ؟ اردد عليه ماله ، ثم قال : لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه ، وهذا نص في النمر وغيره يقاس عليه ، ولو صح هذا الحديث لكان المصير اليه أولى لدلالته على المطلوب بخلاف حديث عبد الرحمن بن أبى وعبد الله بن أبى أوفى فليس فيه الا مظنة الاقرار منه صلى الله عليه وسلم ، ولكن حديث ابن عمر هذا في اسناده مجهول فإن أباداود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان عن أبى اسحاق عن رجل نجراني عن ابن عمر ومثل هذا لا حجة فيه . ولو صح هذا الحديث لمحل على بيع الأعيان أو على السلم الحال الذي يقول به أصحابنا ، أو على ما قرب أجله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والشمار والشياب والدواب والعبيد والجوارى والأصواف والاشعار والأخشاب والأحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلور والزجاج وغير ذلك من الأموال التي تباع وتضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس في الشمار ، وروى عبد الله بن أبى أوفى قال كنا نسلف ورسول الله صلى الله عليه وسلم فينا في الزيت والحنطة ، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه

ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة .

وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال في السلم في السكر ايبس إذا كان ذرعا معلوما إلى أجل معلوم فلا بأس ، وعن أبي النضر قال سئل ابن عمر رضى الله عنه عن السلم في السرقة قال : لا بأس والمرق الحرير فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبتت بالأخبار لأنه في معناه .

(الشرح) حديث ابن عباس في الثمار ؛ وحديث عبد الله بن أبي أوفى مر ذكرهما في أول الباب مع تخريجهما ، أما حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما فقد رواه أبو داود في سننه ، وله شاهد عند سعيد بن منصور في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد أن عليا باع بعيرا يقال له : عصيفر بأرومة أبعرة إلى أجل ، والأثران عن ابن عباس وابن عمر رواهما أصحاب السنن أما لغات الفصل فقوله : الأشعار جمع شعر والواحدة شعرة والمقصود هنا ما يثبت على جلود المعز والوبر ما يثبت على جلود الإبل ، وقوله : فنفدت الإبل أى ذهبت ولم يبق منها شيء ، وقوله : قلاص جمع قلوص وهو من الإبل بمنزلة الشابة من النساء ، وقوله : السكر ايبس جمع كرباس وهو نسيج خشن ، وقوله : السرقة هى شقوق الحرير .

أما الأحكام : فقوله : فى كل مال يجوز بيعه بذلك الخمر والحسنيزر والكلب وكل ما هو غير محترم من الحيوان ، وقوله : وتضبط صفاته ، يعنى مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت ، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتهما قال الشافعى فى باب ما يجوز من السلف : وأن يشترط عليه أن يسلفه فيما يكال كيلا أو فيما يوزن وزناً ومكيال وميزان معروف عند العامة ، فأما ميزان يربه إياه أو مكيال يربه فيشترطان عليه فلا يجوز وذلك لأنهما لو اختلفا فيه أو هالك لم يعلم ما قدره ، ولا يبالي كان مكيالا قد أبطله السلطان أو لا إذا كان معروفاً وإن كان تمرأ قال : تمر صيحان أو بردى أو عجوة أو جنيب أو صنف من التمر

معروف فإن كان حنطة ، قال شامية أو ميسانية أو مصرية أو موصلية أو صنفياً من الحنطة موصوفاً ، وان كان ذرة قال : حمر ، ثم قال : وان كان في بعير قال : بعير من نعم بنى فلان ثنى غدير مودن نقي من العيوب سبط الخلق أحمر مجهر الجنين الخ ، وهذه الدواب يصفها بفتاجها وجنسها وألوانها وأسنانها وأنسابها وبراءتها من العيوب الا أن يسمى عيباً يتبرأ البائع منه ثم قال : وهكذا النحاس يصفه أبيض أو شبيهاً أو أحمر ، ثم قال : وأقل ما يجوز فيه السلف من هذا أن يوصف ما سلف فيه بصفة تكون معلومة عند أهل العلم ان اختلف المسلف والمسلف ، فكل ما وقعت عليه صفة يعرفها أهل العلم بالسلعة التي سلف فيها جاز السلف ؛ وكذلك قال الشافعي في باب السلف في السكيل : ولا خير في السلف في مكيل الا موصوفاً ، ثم قال في السلف الذرة : والذرة كالحنطة توصف بجنسها ولونها وجودتها ورداءتها وجدتها وعتقها وصرام عام كذا أو عام كذا ومكيلتها وأجلها ، فإن ترك من هذا شيئاً لم يجز ، وقال : لا يجوز السلف في الحنطة في أكمامها وما يكون من الذرة في حشرها لان الحشر والا كمام غلافان فوق القشرة التي هي من نفس الحبة التي هي انما هي للحبة بقاء لانها كمال خلقتها كالجلد تتكامل به الخلق لا يتميز منها الى أن قال : فإن شبه على أحد بأن يقول في الجوز واللوز يكون عليه القشر فالجوز واللوز مما له قشر لا صلاح له اذا رفع الا بقشره ، لانه اذا طرح عنه قشره ثم ترك عجل فساده .

وقال : وان سلف في وزن ثم أراد اعطاء كميلاً لم يجز من قبل أن الشيء يكون خفيفاً ويكون غيره من جنسه أثقل منه فإذا أعطاه اياه بالمكيال أقل أو أكثر مما سلفه فيه فكان أعطاه الطعام الواجب متفاضلاً أو مجهولاً ، وانما يجوز أن يعطيه معلوماً ، فإن أعطاه حقه فذلك الذي لا يلزمه غيره ؛ وان أعطاه حقه وزاده تطوعاً منه على غير شيء كان في العقد فهذا نازل من قبله ، فإن أعطاه أقل من حقه وأبرأه المشتري مما بقي عليه فهذا شيء تطوع به المشتري فلا بأس به .

وقال في تفريع الوزن من العسل : فإن سلف في عسل لجأه بعسل رقيق أريه أهل العلم بالعسل ، فإن قالوا : هذه الرقة في هذا الجنس من هذا العسل عيب

ينقص ثمنه لم يكن عليه أن يأخذه . وإن قالوا هكذا يكون هذا العسل . وقالوا
 رق لحر البلاد أو لعله غير العيب في نفس العسل لزمه أخذه
 وقال : ألا ترى أنى لو أسلمت في سمن ووصفته ولم أصف جنسه فسد من
 قبل أن سمن المعزى مخالف سمن الضأن ، وأن سمن الغنم كلها مخالف البقر
 والجواميس ، فإذا لم تقع الصفة على الجنس فسد السلف
 وقال في باب السلف في السمن : والسمن فيه ما يدخن وما لا يدخن ، فلا
 يلزم المدخن لأنه عيب .

وقال في السلف في الزيت : وما اشترى وزنا بظروفه لم يجز شراؤه بالوزن
 في الظروف لاختلاف الظروف ، وأنه لا يوقف على حد وزنها إلى أن قال :
 وإن لم يراضيا وأراد اللزم لهما وزنت الظروف قبل أن يصب فيها الإدام ثم
 وزنت بما يصب فيها ثم يطرح وزن الظروف ، وإن كان فيها زيت وزن فرغت
 ثم وزنت الظروف ثم ألقى وزنها من الزيت ، وما أسلف فيه من الإدام فهو له
 صاف من الرب والعكر وغيره مما خالف الصفاء .

(قلت) والظرف يشبه العلب التي يباع فيها الزيت في زماننا هذا

وقال في السلف في اللبن : يجوز السلف في اللبن كما يجوز في الزبد . ويفسد
 كما يفسد في الزبد بترك أن يقول ما هو ماعز أو ضأن أو بقر ، وإن كان إبلا أن
 يقول : لبن غواد أو أوراك ، ويقول في هذا كله ابن الراعية والمعلفة لاختلاف
 ألبن الرواعى والمعلفة ، وتفاضلها في الطعم والصحة والثن ، فأى هذا سكت عنه
 لم يجز معه السلم ، ولم يجز إلا بأن يقول حليبا ، أو يقول لبن يومه ، لأنه
 يتغير في غده .

وقال في السلف في اللبن رطبا ويابسا : والسلف في اللبن كالسلف في اللبن
 لا يجوز إلا بأن يشترط صفته حين يومه - إلى أن قال - ولا خير فيه إلا بوزن
 - إلى أن قال - وبشترط فيه جهن ماعز أو بقر أو ضائن - إلى أن قال -
 وكل ما كان عيبا في اللبن عند أهل العلم من إفراط مالح أو حوضه طعم أو غيره
 لم يلزم المشتري .

وقال في الصوف والشعر : ولا خير في أن يسلم في صوف غنم بأعيانها ، ولا شعرها إذا كان ذلك إلى يوم واحد فأكثر وذلك أنه قد أتى الآفة عليه فتذهب أو تنقصه ، إلى أن قال : ولا خير في أن يسلم في ألبان غنم بأعيانها ولا زبدها ولا سمنها ولا لبنها ولا جبنها .

قال البلقيني : المراد ألا يسلم في صوف غنم معينة أو شعرها أو في غير معينة غير الصوف والشعر اه .

قال الشافعي : ولا بأس أن تسلف في شيء ليس في أيدي الناس حين تسلف فيه إذا شرطت محله في وقت يكون موجوداً فيه بأيدي الناس .

وقال في صفة اللحم وما يجوز فيه وما لا يجوز : من أسلف في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه : لحم ماعز خصى أو ذكر ثني فصاعداً أو جدي رضيع أو فطيم إلى أن قال : ويشترط الوزن إلى أن قال : وإن شرط موضعاً من اللحم وزن ذلك الموضع بما فيه من العظم لأن العظم لا يتميز من اللحم كما يتميز التبن والمدر والحجارة من الخنطة (وقاسه على النوى في التمر) .

وقال الشافعي في الأم كثيراً عن لحم الوحش والحيتان والرووس والأكارع والسلف في العطر وزنا ومتاع الصيدلة واللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجوهر والتبر غير الذهب والفضة وصمغ الشجر والطين الارمني وطين البحيرة والمختوم إلى أن وصل إلى السلف في الحيوان قال :

أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف بكرة إبل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكرة ، فقلت : يا رسول الله إنى لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء ، فهذا الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أخذ وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمن بعيراً بصفة وجنس وسن فكان دينار بصفة وضرب ووزن ، وكالطعام بصفة وكيل ،

وفيه دليل على أنه لا بأس أن يقضى أفضل مما عليه متطوعاً من غير شرط ، وفيه أحاديث سوى هذا .

ثم روى بإسناده عن أبي الزبير عن جابر قال : جاء عبد فبايع رسول الله (ص) على الهجرة ولم يسمع أنه عبد ، فجاء سيده يريد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعه ، فاشتره بعبدين أسودين ، ثم لم يبايع أحداً بعده حتى يسأله : أعبد هو أم حر ؟ قال وبهذا نأخذ ، وهو إجازة عبد بعبدين ، وإجازة أن يدفع ثمن شيء في يده فيكون كقبضه .

ثم روى الشافعي بإسناده « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث مصداقاً له فجاءه بظهر مسان ، فلما رآه النبي صلى الله عليه وسلم قال : هلكت وأهلك ، فقال يا رسول الله إنى كنت أبيع البكرين والثلاثة بالبعير المسن يدا بيد ، وعامت من حاجة النبي (ص) إلى الظهر ، فقال النبي (ص) فذاك إذن ،

ومذهبنا أنه لا ربا في الحيوان ، وإنما النهي عن المضامين والملاقيح وحبل الحبل مما كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، وهو مفصل في أبواب الربا التي سبقت في موطنها .

(فرع) اختلاف الفقهاء في السلم في الحيوان ؛ فروى لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني ، لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : إن من الربا أبوأباً لا تخفى ، وإن منها السلم في السن ، ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن ، مثل أزوج الحاجبين ، أكحل العينين ، أقى الأنف أشم العينين ، أهدب الأشفار ألمى الشفة ، بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفات ومذهبنا ومذهب أحمد صحة السلم فيه

قال ابن المنذر : وعن رويناه عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وحكاها الجوزجاني عن عطاء والحكم ،

لأن أبا رافع قال : أسئلت النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا ، رواه مسلم
وقد سقناه عن الأم قبل

فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم
يشرطون من ضراب فحل بنى فلان . قال الشعبي : إنما كره ابن مسعود السلف
في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم . رواه سعيد ابن منصور . وقد
روى عن علي أنه باع جملا يدعى عصيفير بعشرين بعيرا إلى أجل ، ولو ثبت قول
عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا من وافقنا

قال الشافعي : وإن كان السلف في خيل أجزاء فيها ما أجزأ في الإبل وأحب
إن كان السلف في الفرس أن يصف شيته مع لونه ، فإن لم يفعل فله اللون بهيما
وإن كان له شية فهو بالخيار في أخذها وتركها ، والبائع بالخيار في تسليمها وإعطائه
اللون بهيما ، إلى أن قال : وإن أتى على السن واللون والجنس أجزاء ، وإن ترك
واحدا من هذا فسد السلف ، إلى أن قال : ولا يحل أن يسلف في ذات رحم من
الحيوان — على أن يوفها وهي حبلية — من قبل أن الحمل مالا يعلمه إلا الله ،
وأنه شرط شيئا فيها ليس فيها ، وهو شراء مالا يعرف ؛ وشراؤه في بطن أمه
لا يجوز ، لأنه لا يعرف ولا يدري أبكون أم لا . ولا خير في أن يسلف في
ناقة ومعها ولدها موصوفا ولا في وليدة ولا في ذات رحم من حيوان كذلك .
ولكن إن أسلف في وليدة أو ذات رحم من الحيوان بصفة ووصف بصفة ؛
ولم يقل ابنها أو ولد ناقة أو شاة ، ولم يقل ولد الشاة التي أعطها جاز ، وسواء
أسلفت في صغير أو كبير موصوفين بصفة وسمن تجمعهما أو كبيرين كذلك

قال ولو سلف في ذات لبون على أنها لبون كان فيها قولان (أحدهما) أنه
جائز ، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له واللبن يتمير منها ولا يكون بتصرفها ؛
إنما هو شيء يخلقه الله عز وجل فيها ، كما يحدث فيها البعر وغيره ، فإذا وقعت
على هذا صفة المسلف كان فاسدا كما يفسد أن يقول أسلفك في ناقة يصفها ،
وإن معها غير مكبل ولا موصوف

قال وكل ما أسلفت من حيوان وغيره وشرطت معه غيره فإن كان المشروط

معه موصوفاً يحل فيه السلف على الانفراد فسد السلف ، ولا يجوز أن يسلف في حيوان موصوف من حيوان رجل بعينه أو بلد بعينه ولا تناج ماشية رجل بعينه ، ولا يجوز أن يسلف فيه إلا فيما لا ينقطع من أيدي الناس كما قلنا في الطعام وغيره . قل الشافعي في باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسبة أو بهام منه إثنان بواحد .

خالفنا بعض الناس في الحيوان فقال ، لا يجوز أن يكون نسبة أبداً ، قال وكيف أجزتم أن جعلتم الحيوان ديناً وهو غير مكبل ولا موزون ، والصفة تقع على العبدین ومعهما دنائير وعلى البعيرين وبينهما تفاوت في الثن ؟ قال نقلناه ، قلنا أولى الأمور بنا أن نقول به السنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في استسلافه بعيراً وقضائه إياه ، والقياس على ما سواها من سنته ، ولم يختلف أهل العلم فيه .

قال فاذا ذكر ذلك (قلت) أما السنة النص ، فإنه استسلاف بعيراً . وأما السنة التي استدللنا بها فإنه قضى بالدية مائة من الإبل ؛ ولم أعلم المسلمين اختلفوا أنها بأسنان معروفة ، وفي مضي ثلاث سنين ، وأنه صلى الله عليه وسلم اقتدى كل من لم يطب عنه نفساً من قسم له من سبي هوازن بإبل سماها ست أو خمس إلى أجل قال ، أما هذا فلا أعرفه ، قلنا فما أكثر ما لا تعرفه من العلم . قال أفتأبى ؟ قلت نعم ، ولم يحضرنى إسناده . قال ولم أعرف الدية من السنة . قلت وتعرف مما لا تخالفنا فيه أن يكاتب الرجل على الوصفاء بصفة ، وأن يصدق الرجل المرأة العبيد والإبل بصفة ؟ قال نعم . وقال ولكن الآية تنزيم الإبل ، إبل العاقلة وسن معلومة وغير معيبة ، ولو أراد أن ينقص من أسنانها شيئاً لم تجز ، فلا أراك إلا حكمت بها مؤقتة ، وأجزت فيها أن تكون ديناً . وكذلك أجزت في صدق النساء لوقت وصفة ، وفي الكتابة لوقت وصفة . ولو لم يكن رويها فيها شيئاً إلا ما جامعنا عليه من أن الحيوان يكون ديناً في هذه المواضع الثلاث أما كنت محجوجاً بقولك ، لا يكون الحيوان ديناً وكانت علتك فيه زائلة ؟

قلت : قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناً في السلف والدية : ولم تخالفنا في أنه يكون في موضعين آخرين ديناً في الصداق والسكناية ، فإن قلت : ليس بين العبد وسعيده ربا ، قلت : أيجوز أن يكاتبه على حكم السيد ، وعلى أن يعطيه ثمرة لم يبد صلاحها ، إلى أن قال ، قال الشافعي : وقلت لمحمد بن الحسن : أنت أخبرتني عن أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن أبي البحتري أن بني عم لعثمان أنوا وادياً فصنعوا شيئاً في إبل رجل قطعوا به لبن إبله ، وقتلوا فصالحها ، فأتى عثمان وعنده ابن مسعود فرضى بحكم ابن مسعود لحكم أن يعطى بواديه إبله مثل إبله وفصالاً مثل فصاله فأنفذ ذلك عثمان فيروى عن ابن مسعود أنه يقضى في حيوان بحيون مثله ديناً لأنه إذا قضى به بالمدينة وأعطيه بواديه كان ديناً ويزيد أن يروى عن عثمان أنه يقول بقوله ، وأنتم تروون عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أسلم لعبد الله بن مسعود في وصفاء أحدهم أبو زائدة مولانا ، فلو اختلف قول ابن مسعود فيه عندك فأخذ رجل ببعضه دون بعض ألم يكن له قال : بلى ، قلت : ولو لم يكن فيه غير اختلاف قول ابن مسعود ؟ قال : نعم قلت فلم خالفت ابن مسعود ومعه عثمان ومعنى السنة والإجماع ؟ قال : فقال منهم قائل فلو زعمت أنه لا يجوز السلم فيه ويجوز إسلامه ، وأن يكون دية وكتابة ومهرأ وبعيراً ببعيرين نسبيته ، قلت : فقله إن شئت قال : فإن قلت ؟ قلت يكون أصل قورك لا يكون الحيوان ديناً خطأ بحاله . قال فإن انتقلت عنه ؟ قلت فأنتم تروون عن ابن عباس أنه أجاز السلم في الحيوان ، وعن رجل آخر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : إنا لنرويه .

قلت : فإن ذهب رجل إلى قولها أو قول أحدهما دون قول ابن مسعود أيجوز له ؟ قال : نعم قلت : فإن كان مع قولها أو قول أحدهما القياس على السنة والإجماع ؟ قال فذلك أولى أن يقال به ، قلت أفترجد مع من أجاز السلم في الحيوان القياس فيها وصفت ؟ قال نعم .

وقال الشافعي في السلف في الثياب : فإن شرطه صفيقا ثخيناً لم يكن له أن يعطيه دقيقاً وإن كان خيراً منه . لأن في الثياب علة أن الصفيق الثخين يكون أدفاً في البرد

وأكن في الحر ، وربما كان أبقى فهذه علة تنقصه ، وإن كان ثمن الأذق أكثر فهو غير الذي أسلف فيه وشرط لحاجته .

وتسكلم الشافعي عن السلف في الأهب والجلود فلم يجره سلما ولا بيعا إلا منظورا إليه ؛ قال . وذلك أنه لم يجر لنا أن نقيسه على الثياب لانا لو قسناه على الثياب لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال وسيأتي في الفصل التالي إن شاء الله .

وأجاز الشافعي السلف في الخشب وأجازه خشبا بخشب ، بناء على قاعدة لا ربا فيها عدا السكيل والوزن من الماء كول والمشروب كاه والذهب والورق ، وما عدا هذا فلا بأس بالفضل في بعضه على بعض بدأ بيد ونسيئة ، سلما وغير سلم كيف كان إذا كان معلوما ، والسلف في الخشب مذروعا ومقيسا بالسنتي أو البوصة أو المتر ؛ وفي الكثير منها بالطن والمتر والقليل منها بالوزن والقياس .

وتكلم الشافعي عن السلف في الحجارة والأرحية وغيرها حتى تسكلم على أصنافها ومنع أن يسلف في أنقاض البيوت للمجازفة وعدم الدقة في قدرها أما السلف في العدد فقد جعله الشافعي لا يجوز إلا مع مراعاة ما وصف من الحيوان الذي يضبط سنه وصفته وجنسه والثياب التي تضبط بجنسها وحليتها وذرعها والخشب الذي يضبط بجنسه وصفته وذرعه وما كان في معناه ولم يجر الشافعي السلف في البطيخ ولا القناء ولا الخيار ولا الرمان ولا السفرجل ولا الموز ولا الجوز ولا البيض — أى بيض كان ، دجاج أو حمام أو غيره — ولا البرتقال ولا اليوسفي ، وكذلك ماسواه مما يتبايعه الناس عددا وما كان في معناه لاختلاف العدد ، واختلافه في الوزن لأن بعضها قد يزن السكيلو منها عددا يختلف بعضه عن بعض فلا يضبط بعدد ولا وزن ، وما كان مما لا يضبط من صفة أو بيع عدد فيكون محمولا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالسكيل والوزن كان يقال أسلفتك في طن من الموز المغربي يزن اثني عشر ألف أصبع أو طن من البطيخ لا تزيد حباته على مائتين من النوع الفلاني ، لأن هذه الأنواع كلما قل عددها وزنا دل ذلك على كبر حجمها وجودة نوعها غالبا ، وتلحق بالما كول من

البقول حيث قال : وإن كان منه شيء يختلف صفاره وكباره لم يجز إلا أن يسمى صغيراً أو كبيراً كالقنبيط تختلف صفاره وكباره ، وكالفجل وكالجزر وما اختلف صفاره وكباره في الطعم والثن اه .

وكذلك لا يجوز في القصب عدا ويجوز وزنا على الصفة التي أسلفناها كل ذلك فور قطعه ، ولو حفظ شيء من ذلك بالثلاجات فزاد وزنه من فعل الرطوبة فسد السلف . وإن جف في الشمس فنقص ذلك من وزنه أو من مذاقه فسد السلف ولا يجوز السلف فيما يفسد من تلقاء نفسه بمرور الزمن ، إذ لم يتميز عن حديث العهد بصنعيته كالاسمنت فإنه يفسد من تلقاء نفسه فلا يصلح للبناء ولا يمكن تمييزه من الصالح للبناء للاتفاق في الصفات الظاهرة والله تعالى أعلم .

(تنبيه) تركنا التفصيل في الطين والرجاج والحجارة لما يمكن للفقهاء أن يعرف حكمها مما سبقناه من تفصيل في أشياء كثيرة يؤخذ بقواعدها العامة ويقاس عليها وخشية الإطالة والله الموفق .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز ، قال الشافعي رحمه الله : ولا يجوز السلم في النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا يضبط بالوصف ولا يجوز السلم في الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا يضبط قدر رفته وغلظه ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز في الرق لأنه لا يضبط رفته وغلظه ويجوز في الورق لأنه معلوم القدر معلوم الصفة .

(الشرح) قوله : الفيروزج هو من الجواهر الثمينة سماوى اللون والنسبة إليه فيروزي ، والمرجان صفار اللؤلؤ ، والرق بفتح الراء وتشديد القاف جلد رقيق يكتب عليه .

أما أحكام الفصل في باب السلف في الأهب والجلود : ولا يجوز السلف في جلود الإبل ولا البقر ولا أهب الغنم ولا جلد إهاب من رق ولا غيره ولا يباع إلا منظورا إليه ، قال : وذلك أنه لم يجوز أن نقيسه على الثياب لانا لو قسمناه عليها لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه الذرع لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال ، ولو ذهبنا نقيسه على ما أجزنا بصفه لم يصح لنا ، وذلك أنا إنما نجيز السلف في بعير من نعم بنى فلان فنى أو جذع موصوف فيكون هذا فيه كالذرع في الثوب ، ويقول : رباع وبازل ، وهو في كل سن من هذه الاسنان أعظم منه في السن قبله حتى يتناهى عظمه وذلك معروف مضبوط كما يضبط الذرع وهذا لا يمكن في الجلود — إلى أن قال رحمه الله : — هكذا الجلود لا حياة فيها وإنما تفاضلها في تخانتها وسعتها وصلابتها ، ومواضع منها ، فلما لم نجد خيرا نتبعه ولا قياسا على شيء مما أجزنا السلف فيه لم يجوز أن نجيز السلف فيه .

أما الجواهر الثمينة فقد قال الشافعى رحمه الله في باب السلف في اللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجواهر : لا يجوز عندى السلف في اللؤلؤ في الزبرجد ولا في الياقوت ولا في شيء من الحجارة التي تكون حليا من قبل أنى لو قلت : سلفت في لؤلؤة مدحرجة صافية وزنها كذا وكذا وصفها مستطيلة وزنها كذا ، كان الوزن في اللؤلؤة مع هذه الصفة تستوى صفاته وتباين ، لأن منه ما يكون أثقل من غيره فيتفاضل بالثقل والجودة ، وكذلك الياقوت وغيره ، فإذا كان هكذا فيما يوزن كان اختلافه لو لم يوزن في اسم الصغير والكبير أشد اختلافا . ولو لم أفسده من قبل الصفاء ، وإن تباين وأعطيته أقل ما يقع عليه اسم الصفاء أفسد من حيث وصفت ، لأن بعضه أثقل من بعض ، فيكون الثقبلة الوزن بينا وهى صغيرة وأخرى أخف منها وزنا بمثل وزنها وهى كبيرة ، فيتباينان في الثمن تباينا متفاوتا ولا أضبط أن أصفها بالعظم أبدا إذا لم توزن اه .

قال النووي في المنهاج : ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ السكبار والياقوت وجارية وأختها أو ولدها .
وخرج بقوله اللؤلؤ السكبار ، الأنواع الصغيرة الدقيقة التي لا تستعمل في

الزينة ، وإنما التي تطلب للتداوى ، وضبطها الجويني بسدس دينار ، ولا يصح في العقيق كما قال الماوردي ، بخلاف البللور ، فإنه لا يختلف ، ومعياره إن كان مسطوحاً بقياس مساحته وسنمكه .

(فرع) السلف في الروس والأكارع فيها قولان (أحدهما) لا ، وهو أحد قولي الشافعي وقول أبي حنيفة لعدم انضباطه بكيل أو وزن ، ولا عدد منفرد . وذلك قد يشبهه ما يقع عليه اسم الصخير وهو متباين ، وما يقع عليه اسم الكبير وهو متباين .

(والقول الثاني) نعم . وهو قول أحمد ومالك والاوزاعي وأبي ثور ، لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه ، لجواز السلم فيه كبقية اللحم ، وهو أحد القولين عند الشافعي . قال في الأتم :

ولا يجوز عندى السلف في شيء من الروس من صفارها ولا كبارها ولا الأكارع — إلى أن قال — ولو تحامل رجل فأجازه لم يجز عندى أن يؤمر أحد بأن يجيزه إلا موزوناً . ثم قال ولا جازته وجه يحتمل بعض مذاهب أهل الفقه ما هو أبعد منه ، اهـ

قوله « ويجوز في الورق » قلت إذا كان السلم فيه في نوع مقدور عليه للناس جاز ، ولا يجوز أن يسلم في ورق ياباني حيث لا يوجد إلا (راكنا^١) ولا يسلم في وزن من الورق الراكنا لا يقوم المصنع بإشاعته في السوق وتمكين من أراده من نيته . وصفات الورق ومصادره وأوزانه وأحجامه في زماننا هذا ينبغي أن يتحرز التجار فيها ، وأكثرهم يشيع بينهم السلم في تجارة الورق ، فلا يصح إلا موصوفاً بوزنه وبلده ولونه وعلامته^٢ إن قدر عليه ، وإلا فسد السلم ، لأن العلم إما بالرؤية وإما بالوصف — لأنه في الذمة — فينبغي مراعاة ما ذكرنا وهو متفق عليه عند الشافعي وأحمد ومالك وأبي حنيفة قولاً واحداً

(١) ورق أبيض مصنوع في الجمهورية العربية المتحدة ، حرسها الله
 (٢) العلامة التي يقال لها الماركة كالبوريجار والفيريانو والمانيغولد والستانية
 والطبع إلى آخر أصناف الورق التي لا حصر لها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالحبز والشواء ، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط ، واختلاف أصحابنا في اللبأ المطبوخ ، فقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله لا يجوز لأن النار تعقد أجزائه فلا يضبط ، وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله يجوز لأن ناره لينة .

(الشرح) قوله « لا يجوز فيما عملت فيه النار ، وهو قول الأصحاب . قال النووي رحمه الله تعالى :

ولا يصح في المطبوخ والمشوى ، ولا يضر تأثير الشمس ، والأظهر منعه في رهوس الحيوان

والظاهر أن منع السلم فيما مسته النار علمته عدم انضباط تأثير النار فيها ، وإلا لو أمكن انضباط ذلك صح السلم فيه لجواز السلم في الصابون والسكر والغانيد واللبأ والدبس ، وقد نبه النووي على تصحيح ذلك في كتابه التنبيه في كل ما دخلته نار خفيفة ، ومثل ببعض المذكورات ، وإن خالف في ذلك ابن المقرئ تبعاً للأسنوي ، ويؤيد صحة ذلك تصحيحهم للسلم في الأجر المطبوخ . قال الشريفي الخطيب في المغني من كتب المذهب : وعليه يفرق بين بابي الربا والسلم بضيق باب الربا .

فإن قيل قول النووي كغيره « إن نار ما ذكر لطيفة خلاف المشاهد . وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر ، أجيب بأن مراده اللطيفة المضبوطة ، كما عبرت به ، وصرح الإمام ببيع الماء المغلي بمثله ، فيصح السلم فيه وفي ماء الورد لأن ناره لطيفة كما جزم به الماوردي وغيره وكذلك أجازوا السلم في العسل المصفي بالنار ، لأن تصفيته بها لا تؤثر ؛ لأن ناره لطيفة للتمييز .

ويجوز في الشمع والقند وهو السكر الحام - والحزف والفحم وقول النووي « والأظهر منعه في رهوس الحيوان ، وذلك لاحتوائها على

أجزاء مختلفة من المناخ والمساكن وغيرها - ويتعذر ضبطها - أي حرارة الشمس وتأثيرها .

وقد منع النوى السلم في البرمة المعمولة ، وهي القدر ، ولا يصح في القمقم والطنجير والكوز والطست أو الطشت ونحوها كالأباريق والحايية والاسطال الضيقة الفتحات لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها إما لاختلاف الأجزاء في الدقة والغلظ فتكون كالجلد ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ، أما الجلد المقطع فقد قال الشريفي الخطيب في المغني يجوز فيها وزناً لانضباطها لأن جملتها مقصودة ، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً ، ولا يصح في الرق لما ذكر .

(مسألة) إذا كانت البرمة المعمولة لا يجوز فيها السلم ، فهل يصح في البرمة المصبوبة في قالب ؟

الراجح جوازه . قال الأشموني ، والمذهب جواز السلم في الأواني المتخذة من الفخار ، وهذا محمول على ما إذا ضبط بالقوالب ولم تختلف أجزاؤه اختلافاً يصعب وصفه منضبطاً ، وذلك لأن المعمولة هي التي تحفر بالآلات . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز فيها يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالفالية والند والمعجون والقوس والخف والخنطة التي فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه ، ولا يجوز فيها خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والخنطة التي فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود ، وذلك غرر من غير حاجة فمنح صحة العقد ، ويجوز فيها خالطه غيره للحاجة ، كخل التمر وفيه الماء والجبن ، وفيه الانفحة والسّمك المملوح ، وفيه الملح ، لأن ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز في الأدهان المطيبة ، لأن الطيب لا يخالطه وإنما تبعق به رائحته ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبيغ لأنه سلم في ثوب وصبيغ مجهول ، ويجوز فيها صبيغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبيغ الأصل ، ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقروبي لأن ذلك لا يضبط ، واختلف أصحابنا

في الثوب المعمول من غزلين ، فمنهم من قال لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبهه الغالية ، ومنهم من قال يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ، وفي السلم في الروس قولان ، أحدهما يجوز لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم ، والثاني لا يجوز لأنه يجمع أجناساً مقصودة لا تضبط بالوصف ، ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود

(الشرح) قوله « الغالية » طيب مختلط فيه المسك بماء الورد والكافور والعنبر ؛ وأول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك « والند » بفتح النون نوع من الطيب معرب ، وهو من العود كما في المصباح ، والصواب أنه مزيج من المسك والعنبر والعود ، أما الزوان فهو حب يخالط الحنطة فيكسبها رداة ، والمعجون خليط كثيف من الطيب ، والقوس معروف

أما الأحكام فقد قال الشافعي في باب السلف في الشيء المصالح لغيره :

كل صنف حل السلف فيه وحده فخالط منه شيء بشيء غير جنسه مما يبقى فيه فلا يزاله بحال سوى الماء ، وكان الذي يخالط به قائماً فيه ، وكان مما يصلح فيه السلف ، وكانا مختلطين لا يتميزان ، فلا خير في السلف فيهما من قبل أنهما إذا اختلطا فلم يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا وهذا ، فكنت قد أسلفت في شيء مجهول ، وذلك مثل أن أسلم في عشرة أرطال سويق لوز فليس يتميز السكر من دهن اللوز ، ولا اللوز إذا خلط به أحدهما ، فيعرف القابض المتباع كم قبض من السكر ودهن اللوز واللوز . فلما كان هكذا بيعاً كان مجهولاً ، وهكذا إن أسلم اليه في سويق ملتوت مكيل ، لأنني لا أعرف قدر السويق من الزيت ، والسويق يزيد كبله باللذات ، ولو كان لا يزيد كان فاسداً ، من قبل أني ابتعت سويقاً وزيتاً والزيت مجهول . وإن كان السويق معروفاً . اهـ

(قلت) ويجوز أن يسلف في لحم مقعد كالسطرمة إذا تحدد صنفها من الحيوان ؛ وكونها سمينة أو حمره مع فصل ما يغشاها من البهار ، ويفسد السلم إذا أخفي هذا البهار أو صافها ، ويعنى عنه إذا لم يخفب أو صافها ، لأنه كالمالح في السمك المالح وهو مما يصلح له لجاز به . ويعنى عن مس الشمس له والظاهر منعه

في رموس الحيوان لتعدد أجزائها وأشجارها كما نص على ذلك النووى في المنهاج .
ولا يجوز في لحم مشوى أو مطبوخ (أولا) لدخوله النار (وثانيا) لحقائه
أوصافه ولعدم تقدير ما أخذت منه النار . وخالف أصحاب أحمد ومالك
والاوزاعى وأبو ثور ، فجعلوا حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ما عدا بعض
الحنابلة وهو ضعيف عندهم

ويجوز في الثياب كالقطن أو الكتان أو الصوف إن كانت هذه الأصناف
خالصة من الخلط ، أو كان خلطها بما يمكن تقديره وضبطه بدقة . على أن يذكر
في العقد النوع والبلد الذى ينسج فيه أن يختلف به الغرض . وقيل بغنى ذكر
النوع عنه وعن الطول ، وهو اختيار الشريفي الخطيب ، على أن يذكر الطول
والعرض والغلظ والدقة ، والصفاء والرقعة ، والنعومة والخشونة ، لاختلاف
الغرض بذلك .

وذكر في البسيط اشتراط اللون في الثياب . وقال الأذرعى هو متعين في
الثياب كالحرير والقز والوبر . وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر
خلقة ، وهو عزيز ، وتختلف الأغراض والقيم بذلك ، ويجوز فيها صبغ غزله
قبل النسج . قال الماوردى يجوز إذا بين ما صبغ به وكونه فى الشتاء أو الصيف
واللون وبلد الصبغ

أما المصبوغ بعد النسج فقد ذهب النووى فى المنهاج الى أنه الاقبر ولبس
الأصح ، والأصح منعه ، وبه قطع الجمهور ، وهو المنصوص فى البوطى ،
وفرق فى الأم بينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بأن الغزال إذا صبغ ثم نسج يكون
السلم فى الثوب ، وإذا صبغ بعد النسج فكانه أسلم فى الثوب والصبغ معاً
والصبغ مجهول . وهو قول أصحاب أحمد .

قال الماوردى : ولا يجوز السلم فى الكتان على خشبه ويجوز بعد دقه ، أى
وبعد نفضه . ويجوز أن يكون قصده النفض ، فيذكر بلده وطوله ونعومته
وخشونته ، ويصح السلم فى القز ولا يصح فى الكتان منه كالعجوة فى القواصر
كما نقله الماوردى عن الأصحاب ، ولو أسلم فى تمر منزوع النوى فى صحته وجهان
فى الحاوى يظهر منهما الصحة

قال النووي: والحنطة كسائر الحبوب كالتمر، أعني في الشروط المطلوبة فيبين نوعها كالشامي والمصري والصعيدى والبحيرى، وأبيض أو أحمر أو أسمر. قال السبكي وعادة الناس اليوم - أى على عهد ربه الله تعالى - لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها، وهى عادة فاسدة مخالفة لنصر الشافعى والأصحاب، فينبغى أن يذبه عليها. اهـ

ولأصحاب أحمد فى ذكر الصفات واستقصائها، قال ابن قدامة: ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهى الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه، إذ بعد تسليم المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التى يختلف الثمن بها ظاهراً.

قلنا: يجمعنا مع القائلين بذلك ما هو مقرر عندنا وعندهم من اشتراط أن يكون السلم فى عام الوجود عند المحل، فإذا تحقق هذا مع الصفات كلها مستقصاة صح السلم. أما إذا تعذر وجوده عاماً فلا يصح التعاقد ابتداءً، والصفات التى نذكرها إنما ترد إذا كان لذكرها أثر فى القيمة أو الثمن أو الجودة أو الرداءة، فبطل الخلاف، والله أعلم

قال النووي فى المنهاج: ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده. اهـ وإذا رجعنا إلى تفصيل الصفات فى المسلم فيه عند ابن قدامة رحمه الله وجدناه يقول: ويصف البر بأربعة أوصاف، النوع، فيقول سبيلة أو سمدوني، والبلد فيقول حوراني أو بلقاوي أو سمالي، وصغار الحب أو كباره. وحديث أو عتيق وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى، وكذلك الحكم فى الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(قلت) وبهذا قلنا. قال النووي بعد ذلك الصفات فى الحيوان تفصيلاً، وكله على التقريب. اهـ

قوله والخنف وكذلك النعل بالاولى لعدم انضباط أجزائها، ولأن النعل يشتمل على الجلد وغير الجلد من القماش والورق والحيط والمواد اللاصقة. لأن بها ظهارة وبطانة وحشواً، والعقد لا يبقى بذكر أوضاعها وأقدارها. قال الشريفي الخطيب فى المعنى.

وأما الحنّاف المتخذة من شيء واحد مثلها النعال فيصح السلم فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد كالشباب المخيطة والامتعة ، وكذلك لا يجوز السلم في القسي - جمع قوس ويجمع على أقواس - وهي تصنع من خشب وعظم وعصب وكذلك النبل المريش - بفتح الميم وكسر الراء - لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة ؛ وتعذر ضبطه ، وهو أحد القولين عند الحنابلة ، أما النبل قبل خرطه وتريده فيصح لتيسر ضبطه قولا واحداً .

ولا يصح السلم في السكشك - وهو بفتح الكاف ، وتنطقه العامة بكسرهما - لعدم ضبط حموضته .

ولا يصح السلم في الخبز وذلك عند أكثر الأصحاب ، وإن صح عند مالك والشافعي وأحمد وأبي ثور والأوزاعي بناء على اعتبار أن ما مسته النار لا يفارق ما لم تمسه النار إذا انضبط ، قال الأصحاب في الخبز : لا يصح لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ، ولأن ملحه يقل ويكثر ، والقول الثاني صحته ، وصححه الشافعي ومن تبعه ، وحكاها المزي عن النص الصحة لأن ناره مضبوطة والملح غير مقصود والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز السلم في الطير لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في جارية وأختها لأنه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف ، وفي الجارية الحامل طريقتان : أحدهما لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول .

والثاني : يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول في بيع الجارية الحامل وفي السلم في شاة لبون قولان . أحدهما لا يجوز لأنه سلم في شاة ولبن مجهول والثاني : يجوز لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة كما نقول في بيع شاة لبون .

(الشرح) فقد قال النووي - خلافاً للمصنف - ويصح السلم في الطير ويذكر النوع والصغر ، وكبر الجثة .

قال الشريبي في شرح المنهاج : والسمن إن عرف ، ويرجع فيه للبائع كما في
الزريقى ؛ والذكورة أو الانوثة إن أمكن التمييز وتعلق به الغرض .

(فرع) قال الأذرى : الظاهر أنه لا يجوز السلم فى النحل ، وإن جوزنا
بيعه ، لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل وأنه يجوز السلم فى أوزة
وأفراخها ، ودجاجة وأفراخها إذا سمى عددها . قال الرملى وتابعه تلميذه الشريبي
وما قاله فى هذه مردود ، يعنى فى الأوزة والدجاجة وأفراخهما إذ هى داخله فى
قولهم : حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها .

قوله : لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول ، قال الشافعى : أخبرنا مالك عن
ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : لاربا فى الحيوان وإنما هى من الحيوان
عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله ، والمضامين ما فى ظهور الجمال
والملاقيح ما فى بطون الإناث وحبل الحبله بيع كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، كان
الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج ما فى بطنها . قال الشافعى ولا خير
فى أن يسلم فى جارية بصفة على أن يوقها وهى حبل ، ولا فى ذات رحم من
الحيوان على ذلك من قبل أن الحمل لا يعلمه الا الله اه .

قوله : وفى السلم فى شاة لبون قولان ، قال الشافعى فى باب صفات الحيوان
إذا كانت ديناً : ولو سلف فى ذات در على أنها لبون كان فيها قولان ، أحدهما
أنه جائز ، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له ، كما قلنا فى المسائل قبلها ، وإن
تفاضل اللبن كما يتفاضل المشى والعمل . والثانى : لا يجوز من قبل أنها شاة بلبن
لأن شرطه ابتياع له ، واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها ، إنما هو شىء يخلقه
الله عز وجل فيها كما يحدث فى البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف
كان فاسداً ، كما يفسد أن يقول : أسلفك فى ناقة بصفها ولبن معها غير مكيل
ولا موصوف ، وكما لا يجوز أن أسلفك فى وليدة حبل ، وهذا أشبه القواين
بالقياس والله أعلم اه .

(فرع) قال النووى فى المنهاج : ولا يصح السلم فيما يندر وجوده ك لحم الصيد
بموضع العزة ، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ والسكبار والياقوت
وجارية وأختها أو ولدها اه .

ويُلحق بالجرارية وولدها والشاة وولدها أو سخلتها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل كالابريق والمنارة والسكران وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود (والثاني) يجوز لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالاسطال المربعة والصحاف الواسعة ، واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق فمنهم من قال : لا يجوز وهو قول أبي القاسم الدارمي رحمه الله لأنه لا يضبط ، والثاني يجوز لأنه يذكر النوع والنعمومة والجودة فيصير معلوما ولا يجوز السلم في العقار لأن المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة .

(الشرح) قوله : السكران - بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم ألف فزاي - زنة غراب ورمان ، وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس .

أما الأحكام فقد قال النووي رحمه الله تعالى : ولا يصح في مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطسي وققم ومنارة وطنجير ونحوها ، ويصح في الاسطال المربعة وفيما صب منها في قالب .

قلت : عدم صحة السلم فيما ذكر بسبب اختلاف بعض الآئمة من حيث شكلها وقوامها في البرمة المعمولة وهي المحفورة بألة وفي الإبريق الذي يختلف أسفله عن أعلاه في سعته من أسفل ثم ينساب ضيقه إلى أعلاه قليلاً قليلاً ثم يبلغ غاية الضيق المناسب لشكله عند الرقبة ثم يعوج صنبوره إلى الامام كرقبة الأوزة وذلك مع امتداد عنقه إلى أعلاه ، وقد يكون له غطاء متحرك ، وفي السكران كذلك لتساع من أسفل وضيق من وسطه وأعلاه ، وفي الطسي أو الطست حافة كالطوق تتدلى من طرفه الأعلى مع اختلاف في أسفله عن أعلاه . كل هذه الاصناف التي وصفناها هل يجوز فيها السلم ؟ قولان . أحدهما : لا ، وذلك لعدم استطاعة المتنافدين تحديد وصفها بالعبرة ، وهذا قول أصحاب أحمد . أما الاسطال المربعة والصحاف الواسعة فيجوز فيها قولاً واحداً .

قال ابن قدامة : وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها ، كالاسطال القائمة الحيطان والسطوت جازاها .

قلت : لا يشترط ذكر الجيد أو الرديء في العقد ويحمل مطلقه على أجودها (فرع) اختلف الأصحاب في الدقيق فذهب أبو القاسم الداركي إلى عدم الجواز لانه لا يضبط ، والقول أنه يجوز لإمكان ذكر النعومة والجودة والنوع وبذلك يصير معلوما مقدورا عليه ، فلو أسلم في دقيق (علامة أو زيرو (١)) جاز لا يضبط النوع وإمكان القدرة عليه لدى عامة النبالس فإذا تعذر ذلك على الناس فسد السلم فيه والله أعلم .

(فرع) استحدثت في أزماننا هذه من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين رضوان الله عليهم كالمدايح والمرناة وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت (تليفزيون) من بعيد والثلاجة الكهربائية والغسالة الكهربائية وكل نوع من هذه الأنواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الأجزاء ما يصعب على المفادين ضبطه ، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزائه ومقاديرها وأبعادها وقوتها وكان المتعاقدان خبيرين بأمرارها كوكيل لمؤسسة لصنع الأجهزة أو توزيعها جاز السلم بينهما ، أما إذا لم يكن عليهما بدقاتن هذه الأجهزة بحيث يمكن تغيير مضباح ، أو محرك جيد ووضع بدله أقل جودة أو قد يفسد السلم لانعدام العلم والاحاطة بدقاتن الجهاز ويؤخذ من قول الشافعي في الأم في باب حُم الوحش جواز سؤال أهل العلم به ، فإن بينوا عيبا ردا بالعيب ، وإلا فلا .

(فرع) لا يجوز السلم في أنواع الآثات إذا كان يشتمل على الخشايبا والاسلاك اللولبية والقطن والجلد والقماش والطلاء وما أشبه ذلك لعدم إمكان اضبطاطه وتشابه الرديء منها بالجيد والله أعلم .

(١) الدقيق العلامة أو الزيرو وهو أجود الدقيق وأعلاه صنفاً ويصنع منه القطائر وأنواع الحلوى .

(فرع) العقار يختلف مكانه من شارع كبير إلى أزقة ضيقة إلى نواصي الطرقات إلى واجهة في ميدان فسيح مما يجعل كل مكان يختلف ثمنه باختلاف موقعه ، وقد يكون مكان مكنتظ بالسكان والأهلين وهو أقل سعراً من مكان لا كثافة فيه بالأهلين ، ومن هنا كان اختلاف الثمن مع اختلاف الغرض يجعل ثبوت العين بالصفات المطلوبة في الذمة أمراً مستحيلاً ، ومن ثم لا يجوز السلم في العقار كما قال المصنف .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز السلم إلا في شيء عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل فان أسلم فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتاً لا بأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن زيد بن سعدة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا محمد هل لك أن تبغى تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بنى فلان فقال لا يا يهودى ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد .

(الشرح) حديث عبد الله بن سلام مر ذكره في البيوع وبيان درجته وفي بابہ لانس في الطبراني في الكبير والبخاري وفيه موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف أورده الهيثمى في مجمع الزوائد ، وزيد بن سعدة كان من أحرار اليهود ، أسلم وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم مشاهد كثيرة وتوفى في غزوة تبوك مقبلاً إلى المدينة روى عنه عبد الله بن سلام ، وكان عبد الله بن سلام يقول : قال زيد بن سعدة — بالياء — ما من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفته في وجه محمد صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، وهذه الرواية وقعت قبل أن يسلم زيد ، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل ليهودى بعد إسلامه : يا يهودى فعرف أنها كانت قبل إسلامه .

أما أحكام الفصل : فإنه مكمل لما سبق أن بيناه من أقوال الفقهاء في أن السلم لا يصح في شيء بندر وجوده ، ونتيجة لذلك لا يصح إلا في عام الوجود مأمون

الانقطاع في المحل المحدد لتسليمه فيه وفي الوقت المدين ، فإن كان موسمياً — أعني
يكثر في وقت من العام إلى أجل ما . ثم يقل في الأسواق أو يندر أو ينقطع فيصح
السلم فيه إلى موسمه الذي يكثر فيه ويعم الأسواق
ويصح السلم في الأصناف المستوردة في وقت السلم ، وتعرض السفز في البحار
المخاطر نادر الحدوث ، وهو أشبه بتعرض القوافل التي تحمل السلع في الماضي
لمخاطر الطريق ، ولم يمنع ذلك من السلم ، أما وقت الحروب فيمتنع السلم فيها ،
والله تعالى أعلم .

قال النووي : ولو أسلم فيما يعم فانقطع في محله لم يفسخ على الأظهر ، فيتخير
المسلم بين فسخه وبين الصبر حتى يوجد ، فلو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا
خيار قبله في الأصح . اهـ

أما السلم في الصيد فقد أجازته الشافعي في لحمه كالحم الأنيس . قال في الأم :
ولحم الوحش كله كما وصفت من لحم الأنيس إذا كان ببلد يكون بها موجودا
لا يختلف في الوقت الذي يحل فيه بحال جاز السلف فيه . وإذا كان يختلف في
حال ويوجد في أخرى لم يجز السلف فيه إلا في الحال التي لا يختلف فيها . قال
ولا أحسبه يكون موجودا في بلد إلا هكذا . وذلك أن من البلدان ما لا وحش فيه
وإن كان به منها وحش فقد يخطئ صائده وبصيه . والبلدان وإن كان منها
ما يخطئه لحم يجوز فيه في كل يوم أو بها بعض اللحم دون بعض ، فإن الغنم تكاد
أن تكون موجودة والابل والبقر ، فيؤخذ المسلف البائع بأن يذبح فبوف في
صاحبه حقه ، لأن الذبح له ممكن بالشراء ، ولا يكون الصيد له ممكن بالشراء فيه
في الوقت الذي يتعذر فيه لحم الأنيس أو شيء منه في الوقت الذي يسلف فيه ،
لم يجز في الوقت الذي يتعذر فيه ، ولا يجوز السلف في لحم الوحش إذا كان
موجودا ببلد إلا على ما وصفت من لحم الأنيس أن يقول : لحم ظبي أو أرنب
أو تيتل أو بقر وحش أو حمر وحش أو صنم بعينه ويسميه صغيرا أو كبيرا ،
ويوصف اللحم كما وصفت ، وسمينا أو منقيا كما وصفت في اللحم لا يخالفه في شيء
يكون معه لحم غير طيب ، شرط صيد كذا دون صيد كذا ؛ فإن لم بشرط مثل
أهل العلم به ، فإن كانوا يبينون في بعض اللحم الفساد ، فالفساد عيب ولا يلزم

المشترى ، فإن كانوا يقولون : ليس بفساد وليكن صيد كذا أطيب فليس هذا بفساد ، ولا يرد على البائع ، ويلزم المشتري
قال الشافعي : ويجوز السلم في لحم الطير كله لسن وسمانة وإنقاه ووزن غير أنه لا سن ، وإنما يباع بصفة مكان السن بكبير أو صغير ، وما احتمل أن يباع مبعضا بصفة موصوفة وما لم يحتمل أن يبعض لصغره وصنف طائرته وسمانته وأسلم فيه بوزن لا يجوز أن يسلم فيه بعدد وهو لحم : إنما يجوز العدد في الحى دون المذبوح ، والمذبوح طعام إلا يجوز الأوزنا . وإذا أسلم في لحم طير وزنا لم يكن عليه أن يأخذ في الوزن رأسه ولا رجليه من دون الفخذين ، لأن رجليه لا لحم فيهما ، وأن رأسه إذا قصد اللحم كان معروفا أنه لا يقع عليه اسم اللحم المقصود قصده . انتهى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، فإن كان في مكيل ذكر كيلا معروفا ، وإن كان في موزون ذكر وزنا معروفا ؛ وإن كان في مندروع ذكر ذرعا معروفا ، فإن علق العقد على كيل غير معروف كمل زبيل لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أو زنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال لأنه لا يؤمن أن يملك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه . وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه ، وإن أسلم فيها يكال بالوزن وفيها يوزن بالكيل جاز لأن القصد أن يكون معلوما والعلم يحصل بذلك ، وإن أسلم فيها لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرموس إذا جوزنا السلم فيها أسلم فيها بالوزن . وقال أبو اسحق يجوز أن يسلم في الجوز كيلا لأنه لا يتجافى في المكيال والمنصوص هو الأول .
(الشرح) حديث ابن عباس مر ذكره ، وقد رواه الجماعة بصيغة الإخبار لا بصيغة الإنشاء كما ساقه المصنف ولفظه : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم

المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : من أسلف فإيسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ،

أما الأحكام فقولها : فإن كان مكبلا ذكر كيلا معلوماً ، أعني معروفا للناس ؛ ولو كان السلطان قد أبطله ، إلا أن الناس ظلموا يتعاملون به فيما بينهم كان السلم فيه صحيحا ، ولا يصح في كيل أو وزن غير معروفين للناس ، ولو كان السلطان فرضها ولكن الناس لم يتعاملوا بهما ، والعبارة بشيوع المكبال والميزان عند عامة الناس ، فإذا أعطى السلطان مهلة للناس لتصفية ما عندهم من موازين ومكبال وحددها بأجل ينتهى فيه العمل بهذه المكبال وجب على الناس طاعة للسلطان ألا يسلفوا في المكبال أو الميزان اللذين تحدد أجل العمل بهما إلا فيما قبل مهلة الإبطال لاحتمال أن يتعرضوا للعقاب عند المخالفة

قوله «وان كان في مذروع» أى كان القياس فيه بالذراع ، ومثله المتر والياردة والقدم في عصرنا هذا ، ويجرى على المقياس ما يجرى على الميزان والمكبال .
(فرع) لا يجوز أن يسلم في المذروع وزناً ، ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف فعله .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الشيا بذرع معلوم . اهـ

وفيما عدا المكبال والموزون والمذروع فعلى ضربين ، معدود وغيره ، فالمعدود نوعان (أحدهما) لا يتباين كثيراً كالبيض والبقل والردوس من الأنواع التي ذكرها المصنف ؛ لأن القثاء والبطيخ يباعان في زماننا هذا بالوزن في أكثر البلدان ، فيسلم في الأنواع المذكورة عدداً ، وقد نص الفقهاء على جواز السلم في الجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عدداً .

قال النووي : ويشترط الوزن في البطيخ والبادنجان والقثاء والسفرجل والمان ، ويصح في الجوز واللوز بالوزن في نوع يقل اختلافه ، وكذا كيلا في الأصح . قال السبكي : ويجوز السكيل والوزن في البندق واللوز والفسق ، قال ولا أظن فيها خلافاً (قلت) ويجوز في المشمش كيلا ووزنا وان اختلف نواه كبرا وصغرا . والله أعلم

قالذي لا يتباين كثيرا من المعدود يسلم فيه عددا ، وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي . وقال الشافعي يسلم في البيضر والجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عددا لأن ذلك يتباين ويختلف فلم يجوز عددا كالبطيخ ، فإن فيه الكبير والصغير ولا صحاب أحد قول أنه إذا كان التفاوت يسيرا ويذهب باشرط الكبر والصغر والوسط ، ذهب التفاوت وان بقى شيء يسير عفى عنه ، وبفارق البطيخ فإن التفاوت فيه كبير فلا ينضب بالعدد

(الضرب الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عددا ويضبطه بالصغر والكبر لأنه يباع هكذا ، وهو قول أحمد ومالك (والثاني) لا يسلم فيه الا وزنا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه لا يمكن تقديره بالعدد ، لأنه يختلف كثيرا ويتباين جدا فلم يمكن تقديره بغير الوزن ، فتعين تقديره به . والله أعلم

(فرع) لا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه . قال ابن المنذر : ابطال السلم اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم ، ومن حفظنا أنه قال ذلك الثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي والشافق ، وهو مذهب أحمد . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر ، والطول والعرض ؛ والدور والسلك ، والنعومة والخشونة ، واللين والصلابة ، والرقة والصفاقة ، والذكورية والانوثية ، والشوية والبقارة والبياض والحمر ، والسواد والسمر . والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة ، وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان ، ويرجع فيما لا يعلم من ذلك الى نفسين من أهل الخبرة ، وان شرط الاجود لم يصح العقد ، لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه ، وان شرط الاردا ففيه قولان (أحدهما) لا يصح لأنه ما من ردي الا ويجوز أن يكون

دونه ماهو أردأ منه فيصير كالأجود ؛ والثاني أنه يصح لأنه ان كان ما يحضره و
الأردأ فهو الذي أسلم فيه ؛ وان كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب
قبوله فلا يتعذر التسليم .

وان أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن ، وشرط أن يكون وزنه قدرا
معلوما ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني
لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المثلثروط إلا نادرا فيصير كالمسلم
في جارية وولدها كالمسلم فيما لا يعم وجوده (والثاني) أنه يجوز ، لأن الشافعي
رحمه الله نص على أنه إذا أسلم في آنية وشرط وزنا معلوما جاز فكذلك ههنا .
(الشرح) هذا الفصل أحكامه مستوفاه في باب تسليم المسلم فيه بعد هذا الباب
وان كان المطلوب هنا عدم جواز العقد خاليا من ذكر الصفات في المسلم فيه ،
وقد مر بك تفصيل هذا . قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم
ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات والأجل
المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم وأعياد
المسلمين والنيروز والمهرجان ؛ فإن أسلم الى الحصاد أو الى العطاء أو الى عيد
اليهود والنصارى لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر ، وان جعله
الى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الاول منهما . ومن أصحابنا من قال لا يصح
حتى يبين ؛ والمذهب الاول لأنه نص على أنه إذا جعل الى النفر حمل على النفر
الاول ، فإن قال الى يوم كذا كان المحل اذا طلعت الفجر . فإن قال الى شهر كذا
كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال ، فإن قال محله في يوم
كذا أو شهر كذا أو سنة كذا ففيه وجهان : قال أبو علي ابن أبي هريرة : يجوز
ويحمل على أوله ، قالوا قال لامرأته أنت طالق في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة
كذا فإن الطلاق يقع في أولها (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح لأن ذلك يقع على
جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة ؛ فإذا لم يبين كان مجهولا ويخالف الطلاق فإنه
يجوز الى أجل مجهول واذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم . فان ذكر شهورا مطلقا حمل على

شهور الأهلة لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة فحمل المتداعيين فإن كان العقد في الليلة التي رؤى فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة وإن كان العقد في أثناء الشهر اعتبر شهراً بالعدد وجعل الباقي بالأهلة فإن أسلم في حال وشرط أنه حال صح العقد وإن أطلق ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد محلي السلم فوجب بيانه كالمؤجل (والثاني) أنه يصح ويكون حالاً لأن ما جاز حالاً ومؤجلاً حمل إطلاقه على الحال كالتن في المبيع وإن عقد السلم حالاً ثم جعله مؤجلاً أو مؤجلاً فجعله حالاً أو زاد في أجله أو نقص نظرت فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن العقد استقر فلا يتغير وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد ، وقال أبو علي الطبري إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الأول وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن .

(الشرح) حديث ابن عباس سبق تخريجه وضبطه لفظاً .

أما أمات الفصل : فشهور العرب هي المحرم وصفر وربيع الأول وربيع الآخر وجمادى الأولى وجمادى الآخرة ورجب وشعبان ورمضان وذو القعدة وذو الحجة أما شهور الفرس فقد كان معمولاً بها في الدولة العباسية وتبدأ سنتها من عيد النيروز وهو نزول الشمس برج الميزان ، والمهرجان بكسر الميم نزولها برج الحمل أما الشهور الرومية فهي كانون الثاني (يناير) وشباط (فبراير) وآذار (مارس) ونيسان (إبريل) وأيار (مايو) وحزيران (يونيو) وتموز (يوليو) وآب (أغسطس) وأيلول (سبتمبر) وتشرين الأول (أكتوبر) وتشرين الثاني (نوفمبر) وكانون الأول (ديسمبر) وهذه أسماءها بالسريانية والفرنجية ، أما الأحكام ، فقد قال النووي في المنتهاج : فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز ، وإن أطلق حمل على الهلال ؛ فإن انكسر شهر حسب الباقي بالأهلة ، وتم الأول ثلاثين .

قلت : يشترط لصحة السلم في شهور الفرس معرفة المسلمين بها فإن كانت قد أهملت وترك الناس العمل بها كما هو واقع في زماننا لا يصح التوقيت بها في السلم ؛ والعبرة بمعرفتها لدى المسلمين ، ولذلك قال الشريبي في المغنى : يجوز بعيد

الكفار (كالسكر يسهاس) وكفصح النصارى و فطير اليهود إن عرفها المسلمون ، ولو عدلان منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختصر الكفار بمعرفتها إذ لا يعتمد قولهم اه .

قال الرملي في النهاية : نعم إن كانوا عددا كثيرا يمنع توطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم اه .
نعم لو انعقد في أول ليلة آخر الشهر اكتفى بالاشهر بعده بالاهلة ، وان نقص بعضها ولا يتمم الاول مما بعدها لانها مضت عربية كوامل ، هذا إن نقص الشهر الاخير ، والا لم يشترط انسلاخه ، بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ .

فاذا قال : أسلفك الى شهر ربيع أو جمادى ولم يبين أى الربيعين أو أى الجماديين ، حمل على الأول أعنى على ربيع الاول وعلى جمادى الاولى ، وكذلك اذا قال الى العيد فان كان بعد الفطر وقبل الاضحى حمل على الاضحى ، وان كان بعد الاضحى حمل على الفطر ، ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين ، والمذهب الاول ، وهو اختيار المصنف والنووى والرملي والشربيني أرجح ودليل ذلك أنه نص على أنه اذا جعله الى النفر حمل على النفر الاول واقه أعلم :

كل هذا لأن العلم بالأجل شرط فلو قال : الى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس لم يصح ، ولو قال : أول فصل الشتاء وقصدا يوم الثاني والعشرين من كانون الثاني وهو أول الشتاء على ما قرره علماء الهيئة ، أو قال : أول فصل الربيع ، وقصدا الجمادى والعشرين من آذار ، أو أول فصل الصيف وقصدا الثاني والعشرين من حزيران ، أو أول الحريف وقصد الثالث والعشرين من تشرين الاول لم يصح لاحتمال أن يجحد أحدهما ، ولان أول الفصل قد يبلغ الشهر أو أكثر فلم يصح الا على قول على بن أبي هريرة في حمل الإطلاق على الاول قياسا على النفر والعيد وربيعة وجمادى وهو قياس غير مقبول عند الاصحاب .

فاذا قال : الى أول أو آخر رمضان ، قال الإمام والبيهقي : ان قال الى أول أو آخر رمضان ينبغي أن يصح ويحمل على الجزء الاول من كل نصف كما في النفر

قال في الشرح الصغير : وهو الأقوى . وقال السبكي : وهو الصحيح ، ونقله الأذرعى عن ذكر وغيره عن نص الأم وقال : إنه الأصح نقلاً ودليلاً . وقال الزركشى : إنه المذهب ، وقد سوى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله ، فان قال : إلى أول يوم من الشهر حل بأول جزء من أول اليوم ، وكذا الماوردى .

وقال الرملى : وما ذكرناه آحرأ بعد الصحة من حمله على الجزء الأول من كل نصف رأى مرجوع فى آخره ، أما على الراجع فيحمل على آخر جزء منه ، ولو قال : فى رمضان لم يصح . لأنه جعل جميعه ظرفاً فكأنهما قالا : يحل فى جزء من أجزاءه وهو مجهول ، وإنما جاز ذلك فى الطلاق ، لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به ، فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف .

وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام ، وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثانى بعينه فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنته ، لأنه لم يوضع لكل منهما بعينه ، بل لزمان مبهم منها اه .

وقال الشافعى فى الأم : وكذلك لو قال : أجلك فيه شهر كذا أوله وآخره لا يسمى أجلاً واحداً ، فلا يصلح حتى يكون أجلاً واحداً ، ولو سلفه إلى شهر كذا ، فإن حبسه فله كذا كان بيعاً فاسداً ، وإذا سلف فقال : إلى شهر رمضان من سنة كذا كان جائزاً والأجل حين يرى هلال شهر رمضان أبداً حتى يقول : إلى انسلاخ شهر رمضان أو مضيه أو كذا وكذا يوماً يمضى منه إلى أن قال : ولو قال إلى عقب شهر كذا كان مجهولاً فاسداً .

وكلام المصنف مشعر ببطلان العقد إذا أطاق الشهر ولم يحدد اليوم خلافاً لابي على بن أبى هريرة لان الإطلاق فى الشهر يقع على جميع أجزائه وإذا أطاق فى السنة يقع على جميع أجزائها وقد رفض الاصحاب هذا القول .
(فرع) إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه قبل محله — بكسر الحاء — أى وقت حلول الاجل فامتنع المسلم من قبوله لفرض صحيح ، كان كان حيواناً يحتاج لمؤونة

ونفقة إلى حلول الاجل ، أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل - فيما يظهر -
أو وقت إغارة لو قبلها هلكت ، أو كان يريد أكله طريبا في محله إن كان في لحم
ونحوه - وكان المؤدى في ذلك كاه يريد أن يفوت على المسلم مصلحة أو يلحق به
ضررا - لم يجبر على قبوله .

وان كان المؤدى غرض صحيح ، كفك رهن ، أو براءة ضامن - كما لو كان
المسلم فيه توقع عليه حجز وأراد استئصال هذا الحجز ، ثم يرفع قضية استرداد
لتسليم المسلم فيه المحجوز عليه للمسلم ، أو كان يخاف انقطاع الجنس عند حلول
الاجل ، أو كان المسلم ليس له غرض صحيح في الامتناع ، أو كان يريد الحاق
الضرر بالمؤدى ، أو كان المؤدى يريد مجرد ابراء الذمة ، أجبر المسلم لان امتناعه
حينئذ للتعنت . وفي حالة ارادة مجرد ابراء الذمة فما قررناه فيها هو أظهر القولين
والثاني لا يجبر للذمة ، وسيأتى مزيد في باب تسليم المسلم فيه ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا أطلق المنعاقدان في محل - بكسر الحاء - السلم فلم يذكر اوقتا ولم
يحدد اجملا انصرف الى كونه حالا ، لان ما جاز حالا وموجلا حمل اطلاقه على
الحال ، وهذا هو قول الشافعي وابن المنذر وأبي ثور .

(فرع) اذا أراد أحدهما أن يجعل الحال مؤجلا ، أو أراد أن يزيد في الاجل
نظرت ، فان كان ذلك بعد التفرق وهو لزوم المقدم لم يلحق بالعقد ، لأن العقد
استقر فلا يتغير .

واذا أراد أحدهما أن يجعل المؤجل حالا - نظرت - فان كان ذلك من المؤدى
وهو المسلم اليه ؛ أجرينا عليه ما قلناه فيما اذا حضر المسلم فيه قبل محله في فرع
سبق من هذا الفصل ، وان كان بتقص في الاجل وكان ذلك بعد لزوم العقد أو
بعد التفرق فلا يلحق بالعقد لان العقد قد استقر ؛ وان كان ذلك كاه ، أعنى الزيادة
في الاجل أو التقصان فيه أو جملة حالا ، قبل التفرق أو قبل لزوم العقد لحق
ذلك بالعقد والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أسلم في جنسين الى أجل أو في جنس الى أجلين ففيه قولان
(أحدهما) أنه لا يصح لان ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر وما يقابل

أحدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز (والثاني) أنه يصح وهو الصحيح لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين كبيع الأعيان ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان فإنه يجوز إلى أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما .

(الشرح) إذا أسلم في جنسين إلى أجل ، وصورة ذلك أن يسلم ديناراً في قيص وكتاب ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة ، فقد جوزة مالك وأحد القولين عند الشافعي ومنعه أحمد ، والقول الآخر عند الشافعي ، والقول المجيز يحتاج بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيع الأعيان لما يشتمل عليه من مياتي وغيرها على النحو الذي سبق في بيع الأعيان وهو كالو بين ثمن أحدهما .

وبقول المانعون إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفردا بثمن مجهول ، ولأن فيه غرراً أثر مثله في السلم وبمثل هذا عملوا معرفة صفة الثمن وقدره ، والوجه الآخر أنه لا يشترط لأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين ، ولا يبين ثمن كل واحد منهما ، كذا ههنا ، قال ابن موسى ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كراخنة حتى يبين حصه ما لكل واحد منهما من الثمن ، والأولى صحة هذا ، لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما وأمكن معرفة ثمن كل منهما مادام موصوفاً بصفاته من ثمن مثله في أجله ، كذلك إذا أسلف في جنس واحد إلى أجلين فقد قال الشافعي : إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين ففيه قران ،

أحدهما : لا يصح ، لأن ما يقابل أحدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز ، قلت : ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل واحد جاز في أجلين ، وقد أجازته أحمد وأصحابه في أكثر من أجلين إلى آجال ، كبيع الأعيان ، فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلاً عن المقبوض ، لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فيقسط على أجزائه بالسوية كالو اتفق أجله والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه ، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه :
 (أحدها) يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات
 (والثاني) لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الأعيان
 (والثالث) أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه لأنه يختلف الثمن باختلافه
 فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم
 يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف
 الثمن باختلافها .

(الشرح) قال النووي رحمه الله تعالى المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح
 للتسليم أو يصلح ، ولحمله مؤنة اشترط محل التسليم وإلا فلا . قال الرملي في النهاية
 المذهب أنه إذا أسلم سلما حالا أو مؤجلا وهما بموضع لا يصلح للتسليم ، أو سلما
 مؤجلا وهما بمحل يصلح له وليكن لحمله ، أي المسلم فيه مؤنة اشترط بيان محل ،
 بفتح الحاء ، أي مكان التسليم للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيها يراد من الإمكانة
 في ذلك ، والأبأن كان صالحا للتسليم ، والسالم حال أو مؤجل ، ولا مؤنة لحمل
 ذلك إليه فلا يشترط ما ذكر ، ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه ، فإن عينا
 غيره تعين بخلاف المبيع ، لأن السلم لما قبل شرطا يقضى تأخير التسليم ، ولو
 خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له ، ولو أبعد منه ، ولا
 أجر له فيها يظهر لاقتضاء العقد له فهو من تنمة التسليم الواجب ، ولا يثبت
 للمسلم خيار ، ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال ، ولو لحلاص
 ضامن وفك رهن خلافا للبلقيني ومن تبعه

(قلت) والمسألة فيها ثلاثة أوجه عند المصنف في الصالح فقط وستة طرق
 عند الرملي في الصالح وغيره ، وسبعة عند الشبرايملي ، فالمنصوص الاشتراط
 وعدمه ، فقيل هاهنا مطلقا ، وقيل هاهنا في حالين . قيل في غير الصالح ومقابله . وقيل
 هاهنا في الصالح ، ويشترط في غيره . وقيل هاهنا فيهما فيهما لحمله مؤنة ، ولا يشترط في مقابله

وقيل هما فيما ليس لحمله مثنوية ، ويشترط في مقابله .

والمدار هنا على ما يليق بحفظ المال والمؤمن ، والغالب استواء المحلة فيهما .
ويشهد لذلك قولهم : المراد بمحل العقد هنا محلته لا خصوص محلله فيهما ؛ ولهذا
قالوا : لو قال تسلمه لى في بلد كذا وهي غير كبيرة كفى إحضاره في أولها وإن بعد
عن منزله ، أو في أى محل شئت منه صح ما لم يتسع ، ومتى اشترط التبعين فتركه
لم يصح العقد ، ومن ثم عرف صحة كلام ابن الرفعة : إن محل قولهم أسلم الحال
يتعين فيه موضع العقد للتسليم مطلقا حيث كان صالحا له ، وإلا كأن أسلم في كثير
من الشعير وهما سائران في البحر ، فالظاهر اشتراط التبعين كما هو ظاهر كلام
الأئمة ، وإن توقف فيه بعضهم ، إذ هو ظاهر ، وجزم به غيره لأن من شرط
الصحة القدرة على التسليم وهو حال وقد عجز عنه في الحال ، وحينئذ فلا فرق بين
الحال والمؤجل إذا لم يكن الموضع صالحا في اشتراط التبعين . ويدل عليه كلام
المأوردى أيضا ، والكلام في السلم المؤجل . أما الحال فيتعين فيه موضع العقد
للتسليم ، أى إذا كان صالحا وإلا اشترط بما فيه من التفصيل ، وحينئذ فقد افرق
الحال والمؤجل من بعض الوجوه ، وذلك كاف في صحة المفهوم .

وقد اختلف أئمة المذاهب في تعيين مكان الإيفاء ، فقال ابن المنذر : لا يشترط
تعيين مكان الإيفاء . وحكاه عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث . وبه
قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولى الشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم : فى كبل معلوم
أو وزن معلوم إلى أجل معلوم ، ولم يذكر مكان الإيفاء ، فدل على أنه لا يشترط
وفى الحديث الذى فيه : ان اليهودى أسلم الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال
النبي صلى الله عليه وسلم : أما من حائط بنى فلان فلا . ولكن كبل مسمى إلى
أجل مسمى ، رواه ابن ماجه ولم يذكر مكان الإيفاء ، ولأنه عقد معاوضة فلا
يشترط فيه مكان الإيفاء كبيع الأعيان

وقال الثورى : يشترط ذكر مكان الإيفاء ، وهو القول الثانى للشافعى ،
وقال الاوزاعى هو مكروه ، لأن القبض يجب بحلولة ولا يعلم موضعه حينئذ ،
فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا ، وقال أبو حنيفة وهو قول أصحابنا : إن كان
لحمله مثنوية وجب شرطه ، والا فلا يجب ، لأنه إذا كان لحمله مثنوية اختلف فيه

الغرض بخلاف مالا مثنوثة فيه ، وقال ابن أبي موسى : ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء ، وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن ، وان لم يذكره كان الايفاء مكان العقد ، فإذا ترك ذكره كان مجهولا ، وان لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكان العقد ، فاكتفى بذلك عن ذكره . وللفقهاء أقوال حول هذا أجمعناها بما يوفى المقصود والله أعلم

قال المصنف — رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم : أسلفوا في كيل معلوم ، والأسلاف هو التقديم ، ولأنه إنما سمي سلفا لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلفا فلم يصح ، ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه ، ويجوز أن يكون معيننا ، فإن كان في الذمة نظرت فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد ، وان كان في البلد نقود حمل على الغالب منها ، وان لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم . وان كان رأس المال عرضا وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كاملا فيه ، وان كان رأس المال معيننا ففيه قولان (أحدهما) يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن يفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه ، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده

(والثاني) لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض في عقد لا يقتضى رد المثل فوجب أن تغنى المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمر والبن في البيع وان كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها ، فعلى القواين إن قلنا يجب ذكر صفاته لم يجوز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته وان قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال ، لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم (الشرح) الحديث هو حديث ابن عباس الذي دار عليه أكثر الفصول السابقة وأضحناه بلفظه وتخرجه فيما سبق ، أما الأحكام فإنه لا يجوز تأخير قبض رأس المال عن مجلس العقد لأن الأسلاف هو التقديم فكان لازمه تسليمه قبل الصيغة . وقال الخرق من الحنابلة : ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق

قوله : ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس خلافا لابن المنذر الذي قال : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله مسلماً في طعام إلى أجل لم يصح اه . وحكى هذا ابن قدامة عن مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك ، وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإن جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك ، قلت وقد مر بك في أول الباب مناقشة هذا الرأي .

والمهم في هذا جواز أن يكون رأس المال في الذمة ولكن يجب إحضاره إلى المجلس بعد تعيينه ، فإن كان ما في الذمة من الأثمان حمل على نقد البلد ، وإن كان في البلد أكثر من نقد حمل على النقد الغالب فيها وإن لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم ، وما دام رأس المال حاضراً في المجلس فإن المشاهدة تغني عن ذكر صفاته ومقداره ، كما لو كان رأس المال من الجواهر والأحجار الكريمة مما يصعب وصفه ، فإن كان من الجواهر الثمينة وقلما بأنه يجب ذكر صفاته لم يجوز أن يكون ذلك رأس مال لتعذر وصفه ، وإن قلنا لا يجب جاز لمشاهدته في المجلس . والله تعالى أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب تسليم المسلم فيه)

إذا حل دين السلم وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمراً لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق . فإن أحضر حشفاً أو رطباً لم يقبل منه ، فإن كان رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الإطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصف ولا مذنب ولا مشدخ ، وإن كان طعاماً لزمه ما نقي من التبن ؛ فإن كان فيه قليل تراب نظرت ، فإن أسام فيه كيلاً قبل منه لأن القليل من التراب لا يظهر في السكيل ، وإن كان أسلم فيه وزناً لم يقبل منه لأنه يظهر في الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه ، وإن كان عصلاً لزمه ما صفي من الشمع ، فإن أسلم اليه في ثوب فأحضر ثوباً أجود منه لزمه قبوله ، لأنه

أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فازمه قبوله ، فإن جاءه بالأشجود وطاب عن الزيادة عوضاً لم يجوز لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع ؛ فإن أتاه بثوب ردىء لم يجز على قبوله لأنه دون حقه ، فإن قال خذه وأعطيك للجودة درهما لم يجوز لأنه بيع صفة ولأنه بيع جزء من المسام فيه قبل قبضه فإن أسام في نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقل عن البرني والهرودي عن المروى ففيه وجهان . قال أبو إسحاق لا يجوز لأنه غير الصنف الذى أسام فيه فأم يجوز أخذه عنه كالزبيب عن التمر . وقال أبو علي بن أبي هريرة : يجوز لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد . ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر ، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة . فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسام فيه فأحضره ففيه وجهان أحدهما لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثمن ، والعقد يقتضى أن يكون الثمن غير المثمن .

والثاني أنه يجوز لأن الثمن هو الذى أسام إليه والمثمن هو الموصوف ، وإن أسام إلى محل فأحضر المسام فيه قبله أو شرط أن يسام إليه في مكان فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان فامتنع المسام من أخذه ، نظرت فإن كان له غرض صحيح فى الامتناع من أخذه بأن يلزمه فى حفظه مؤن أو عابه فى حمله مشقة أو يخاف عابه أن يملك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه ، وإن لم يكن له غرض صحيح فى الامتناع لزمه أخذه ، فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه ، والدليل عابه ما روى أن أنساً رضى الله عنه كاتب عبداً له على مال إلى أجل فجاهه بمال قبل الاجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر (رض) فأخذه منه وقال له : اذهب فقد عتقت ، ولأنه زاده بالتقديم خيراً فازمه قبوله . وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال : أنتقصني من الدين حتى أقدمه ففعل لم يجوز لأنه بيع أجل والاجل لا يفرد بالبيع ، ولأن هذا فى معنى ربا الجاهلية ، فإنه كان فى الجاهلية يقول من عليه الدين : زدنى فى الاجل زدك فى الدين .

(الشرح) الخبر الذى ساقه المصنف عن أنس المذكور فى الفصل لم أحفظه بهذه الصورة ، وإنما الذى أحفظه ما رواه الاثرم عن أبي بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر فقال : يا أمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا وانى أيسرت بالمال فأثبتته به

فزعم أنه لا يأخذها الا نجوماً ، فقال عمر : يا أباي ؟ وأمر عامله على بيت المال : فخذ هذا المال فاجده في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا ، فلدارأي ذلك سيده أخذ المال ، ورواه عثمان بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً والذي ثبت فيه ذكر أنس حديث أخرجه البخاري عن موسى بن أنس ، أن سيرين - أبا محمد وإخوته - سأل أنس بن مالك المسكانية ، وكان كثير المال ، فأبي ، فانطلق إلى عمر فقال : كاتبه ، فأبي فضربه عمر بالدرّة وتلا عمر : فبكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ، وأحاديث أخرى من باب المسكاتيه ستأتي في الباب إن شاء الله تعالى .

أما لغات الفصل : فالبسر من ثمر النخل ما قبل الرطب وبقية لغات الفصل في الأحكام أما أحكام الفصل : فإنه إذا حل دين المسلم وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما افترضه العقد فإن كان المسلم فيه تمراً ، قال الشافعي رحمه الله تعالى : فليس على المسلم أن يأخذه إلا جافاً . قال أصحابنا : ولم يرد بهذا أن يكون مشمساً وإنما أراد به إذا بلغ إلى حالة الادخار فعليه أن يأخذه ، وهو إذا وقع عليه اسم الجفاف ، وإن لم يتناه جفافه ، وإن كان المسلم فيه رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب ، ولا يلزمه أن يقبل بسراً ولا مذنباً ، ولا منصفاً : ولا مشدخاً ، فأما المذنب فهو الذي أرطب في أذنايه لا غير . وأما المنصف فهو الذي صار نصف بسره رطباً ونصفها بسراً . وأما المشدخ فقد ذكر الشيخ أبو حامد أن المشدخ هو الذي ضرب بالخشب حتى صار رطباً فلا يلزمه قبوله لأنه لا يتناوله اسم الرطب وإن تناوله فيكون رطباً مقنوتاً .

وقيل : إنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكسي صوف غليظ وما أشبهه فيصير طعمه طعم الرطب ، يفعلون ذلك استعجالاً لآكل الرطب من البسر قبل الإرطاب ، وادل الشيخ أبو حامد أراد أنهم يضربون البسر بالخشب ليصير طعمه طعم الرطب : وإن كان المسلم فيه طاماً لزمه أن يدفع اليه طاماً نقياً من الشعير والزوان وعمد التبن ، لأن هذه الأشياء تنقصه عن السكيل والوزن .

وإن كان فيه قليل تراب أو شيء من دقاق التبن - نظرت - فإن أسلم فيه كيلاً لزمه قبوله ، لأن ذلك لا يؤثر في السكيل ، وإن أسلم فيه وزناً لم يلزمه قبوله لأن ذلك يؤثر في الوزن فيكون المقبوض دون حقه .

فإذا أسلم اليه في شيء فأتى المسلم اليه بالمسلم فيه لم يخل من ثلاثة أحوال :
 إما أن يأتيه بالمسلم فيه على الصفة المشروطة .
 وإما أن يأتيه بأردأ منه .
 وإما أن يأتيه بأعلى منه .

فإن أتى به على الصفة المشروطة وعلى صفة المسلم فيه ، بأن أسلم اليه في طعام جيد فأتاه بطعام يقع عليه اسم الجيد ، وإن كان غيره أجود منه لزمه أن يقبل منه وإن أتاه بأردأ من المسلم فيه ، بأن أتاه بطعام ردى لم يلزمه قبوله ، لأنه دون ما شرط ، وإن قال المسلم اليه : خذ هذا وأعطيتك عن الجودة عوضاً لم يجز ، لأنه يبيع جزءه من المسلم فيه قبل القبض ، وإن أتاه بأعلى من المسلم فيه فلا تخلو الزيادة من أربعة أحوال :

إما أن تكون زيادة في الصفة ، أو في العدد ، أو في الجنس ، أو في النوع ، فإن كانت الزيادة في الصفة مثل أن يسلم اليه في طعام ردى فجاءه بطعام جيد ، فإن رضى المسلم اليه بتسليمه عما في ذمته لزم المسلم قبوله ، لأنها زيادة لا تتميز أى لا تنفصل عن الطعام لأنها صفة فيه .

فإذا رضى المسلم اليه بتسليمها لزم المسلم قبولها كما لو أصدق إمرأته عيناً فزادت في يدها زيادة تتميز ، ثم طلقها قبل الدخول ، ورضيت المرأة بتسليم نصف العين مع زيادتها فإن الزوج يلزمه قبولها .

وإن لم يتطوع المسلم اليه بتسليمها بل طلب عن الجودة عوضاً لم يصح لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد ، وإن كانت الزيادة في العدد مثل أن يسلم اليه خمسة أرادب من القمح فجاءه بعشرة أرادب من القمح لم يلزم المسلم قبول ما زاد على الخمسة ، لأن ذلك ابتداء هبة فلم يجبر على قبولها .

وإن كانت الزيادة في الجنس مثل أن يسلم اليه ذرة فأعطاه عن الذرة قمحاً أو عدساً لم يلزمه قبول ذلك ، فإن قبله لم يصح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره .
 وإن كانت الزيادة في النوع مثل أن يسلمه على قمح هندي فجاءه بقمح شامي ، أو ذرة صفراء فجاءه عنها بذرة بيضاء ، فحكى الشيخ أبو حامد وجهين ، أحدهما

يلزم المسلم قبوله ، وهذا الوجه يستند أصحابه إلى دلالة قول الشافعي رحمه الله وأصل ما يلزم المسلف قبول ما سلف فيه هو أن يأتيه به من جنسه ، وهذا قد أتى به من جنسه ، ولأنه قد أعطى من جنس حقه ، وفيه زيادة لا تتميز ، فأشبهه ما أسلم في نوع ردى فأعطاها من ذلك النوع جيداً ، فإنه يلزمه قبوله ؛ ولأنه يمكنه إكمال نصاب الزكاة به .

والوجه الثاني . لا يلزمه قبوله ، لأنه لم يأت به على الصفة التي اشترط عليه فلا يلزمه قبوله ، كما لو أتاه بجنس آخر ، وهذا الوجه يقول أصحابه : إنه يجوز أن يقبله إن رضى بغير إلزام لأنه من جنس حقه .

قال العمراني في البيان :

قال القاضي أبو الطيب : الوجهان في الجواز . فأما الوجوب فلا يجب عليه قبوله وجهاً واحداً ، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق في المهذب ، وإن أسلم إليه بذرة بيضاء فجاءه عنها بذرة حمراء فلا يلزمه قبولها وجهاً واحداً .

قال العمراني : وهل يلزمه قبولها ؟ يحتمل أن يكون على وجهين اهـ . قلت : وقوله — أعنى المصنف رحمه الله في الفصل — وإن أسلم إلى محل الخ ، قلت : إن أسلم إليه في شيء إلى محل فجاءه المسلم إليه به قبل المحل فامتنع المسلم من قبضه ، فإن كان المسلم فيه مما يلحقه التغيير والتلف إلى وقت المحل ، بأن كان لحماً أو رطباً ، أو من أنواع الفواكه الرطبة لم يلزم المسلم قبوله ، لأن له غرضاً في تأخيرها أن يحتاج إلى أكله أو اطعامه في ذلك الوقت ، وكذلك إذا كان المسلم فيه حيواناً لم يلزمه قبوله قبل المحل لأنه يخاف عليه التلف ، ويحتاج إلى العلف إلى ذلك الوقت .

وإن كان لا يخاف التغيير ولا التلف ولكن يحتاج إلى مكان يحفظ فيه وكان يلزمه عليه مؤنة حفظه كالقمح والقطن لم يلزمه قبوله ، لأن عليه ضرراً في المؤنة في حفظه إلى وقت المحل ، فإن كان يحتاج إلى مؤنة في حفظه كالحديد والنحاس وغيرها من المعادن وكانت مغلفة محفوظة مأمونة يلزمه قبوله . لأنه لا ضرر عليه في قبوله ، فإن لم يقبله قبله الحاكم ، لحديث أبي بكر بن حزم الذي رواه الأثرم

ورواية عثمان بن منصور عن عمر وعثمان ، وحديث أبي سعيد المقبري الذي رواه الدارقةطني بنحو حديث أبي بكر بن حزم ،
وان سأل المسلم المسلم اليه أن يقدم المسلم فيه قبل المحل لم يلزم المسلم اليه تقديمه ، لأن ذلك يبطل فائدة التأجيل .

فان قال المسلم اليه : أنقصني من الدين حتى أقدمه لك ففعل لم يصح القبض لانه بيع أجل والاجل لا يفرد بالبيع . فان جاء المسلم اليه بالمسلم فيه بعد حلول الدين على صفته فامتنع المسلم من قبضه قال له الحاكم : اما أن تقبضه أو يبرأ المسلم اليه منه ، وان كان غرض ، وسواء كان للمسلم غرض في الامتناع أو لا غرض له ، لأن للمسلم اليه غرضاً في الدفع ؛ وهو أن يبرأ عما عليه من الحق ، وقد حل الحق ، فان لم يفعل المسلم ذلك قبضه الحاكم عنه ، وبرئ المسلم اليه ، لان الحاكم ينوب عن الممتنع ، ولا يملك الحاكم الإبراء لانه لا نظر للمسلم في الإبراء عنه ولا حفظ له في حفظ ماله عنده .

(فرع) اذا تعين موضع التسليم باطلاق العقد أو بالشرط لانه اذا أطاق العقد تعين موضع التعاقد واذا اشترط موضعاً بعينه فقد تعين بالشرط فاذا جاءه به في غير ذلك الموضع لم يلزمه قبوله ، ولم يجوز له أخذ الاجرة ، لان بدل العوض عن المسلم فيه لا يجوز ؛ فكذلك في تسليمه في موضع . وان جعله نائباً عنه في حمله الى ذلك الموضع ، لم يكن المسلم قابضاً له بهذه النيابة ، بل يقتدر الى تسليمه في الموضع المعين أو في غيره اذا رضى المسلم بذلك .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أسلم اليه في طعام بالكيل أو اشترى منه طعاماً بالكيل فدفع اليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض ، لان المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل ، فان كان المقبوض باقيارده على البائع ليكيه له ، وان تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه ، لانه قبض عن حقه ، وان ادعى أنه كان دون حقه فاقول قوله ، لان الاصل أنه لم يقبض الا ما ثبت باقراره ، فان باع الجميع قبل الكيل لم يصح ، لانه لا يتحقق أن الجميع له ، وان باع منه القدر الذي

يتحقق أنه له فقيه وجهان (أحدهما) يصح ، وهو قول أبي إسحاق ، لأنه دخل في عثمانه فنقد بيعه فيه كما لو قبضه بالسكيل (والثاني) لا يصح ، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة ، وهو المنصوص في الصرف ، لأنه باعه قبـل وجود القبض المستحق بالعقد : فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه ، فإن دفع اليه بالسكيل ثم ادعى أنه دون حقه فإن كان ما يدعيه قليلا قبل منه ، وإن كان كثيرا لم يقبل لان القليل يبـخس به ، والاصل عدم القبض والكثير لا يبـخس به فكان دعواه مخالفا للظاهر فلم يقبل .

(الشرح) إذا أسلم اليه في شيء كيلا فأعطاه إياه وزناً ، أو أسلم فيه وزناً فأعطاه كيلا لم يصح القبض ، لان السكيل والوزن يختلفان ، لان الرزين الرصين الثقيل يقل كيـله وبكثر وزنه ، والخفيف يقل وزنه وبكثر كيـله ، وهذا ما اتفق عليه أئمتنا وأئمة المذاهب .

قال ابن قدامة في المغنى من الخنابلة : ولا يقبض المكيل إلا بالسكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن ، ولا يقبضه جزافا ولا بغير ما يقدر به ، لان السكيل والوزن يختلفان ، فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ، فيقدره بما أسلم فيه ، وبأخذ قدر حقه ويرد الباقي ، وبطالب بالعوض ، وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين - مضي ذكرهما في بيوع الاعيان - وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه اه .

وقال الشافعي رضى الله عنه : لو أعطاه طعاما فصدقه في كيـله لم يجز ، فإن قبض فالقول قول القابض مع يمينه ، وجملة ذلك أنه إذا كان له في ذمة رجل طعام أو اشترى منه عشرة أفقرة (١) من صبرة (٢) بعينها ، فسلم اليه من عليه الطعام طعاما من غير كيل ، وأخبره بكيله فصدقه على كيـله أو لم يصدقه لم يجز له

(١) القفيز مكيال معتبر عندهم كانوا يقولون عنه : إنه ثمانية مكايك .

(٢) الصبرة السكومة من أى شيء وقد نجد في أسواق القرى من يبيعون التمر أو العنب أكواما جزافا بغير كيل ولا وزن فهذه هي الصبرة .

قبضه بغير كيل ؛ لأن المستحق عليه القبض بالكيل ، فإذا قبض من غير كيل لم يصح القبض .

فإن كان الطعام باقيا رده على البائع ثم يكبله على المسلم ، فإن كان أكثر من حقه كانت الزيادة للمسلم إليه ، فإن تلف الطعام في يد القابض قبل أن يكال عليه ، تلف من ضمانه ، لأنه قبضه لنفسه ، فإن اتفقا على قدره فلا كلام . وإن اختلفا في قدره ، فادعى القابض أنه كان دون حقه ، وادعى مالك الطعام أنه قدر حقه أو أكثر فالقول قول القابض مع يمينه ، سواء ادعى نقصانا قليلا أو كثيرا ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الصرف ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق فلا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا من القدر الذي يقر به القابض ، فإن قيل : كيف سمعت دعوى القابض في النقصان ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه في المسألة فيصدقه في كيله ؟

قلنا : لم يرد الشافعي رحمه الله أنه اعترف بصحة الكيل ، وإنما هو قول قول المخبر ، وحمله قوله على الصدق ، فإذا بان له خلافه سمعت دعواه . قال الشيخ أبو حامد فيما نقله عنه العمراني في البيان :

إذا ثبت هذا : فإنه يكون قبضا فاسداً ، فإن المسلم إذا قبضه وكان قدر حقه وزيادة عليه ، فإنه يملك قدر حقه بالقبض ، وينتقل الضمان إليه ؛ وتبرأ ذمة البائع عنه اهـ .

وهل يجوز للقابض التصرف فيه نظرت . فإن أراد أن يتصرف في الجميع أم يجز ، لأن للبائع فيه تعلقا ، لأنه ربما إذا كيل ، خرج زيادة على قدر ما يستحق القابض ، فلم يصح تصرفه في الجميع ، فإن أراد أن يبيع منه قدر ما يتحقق أنه له بأن باع نصف قفيز منه وله قفيز ففيه وجهان :

الأول : قال أبو اسحاق : يصح ، لأن ذلك الشيء في ملكه وانتقل الضمان إليه ، ويعلم أنه قدر حقه لحاز بيعة فيه .

الثاني : قال أبو علي بن أبي هريرة : لا يصح بيعه ، وهو المنصوص في الصرف عند الشافعي في الام ، لأن العلقة باقية بينه وبين البائع فيه ، لأن ماله غير متميز عن مال البائع فلم يصح بيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لأن الحوالة بيع ، وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض . وإن قال لي عند رجل طعام فأحضر معي حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ صاع البائع وصاع المشتري ، وهذا لم يجر فيه الصاعان ، وهل يصح قبض المسلم اليه لنفسه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكتاتب فقبض منه المشتري ، فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح ، وهل يصح القبض للسيد فيه قولان :

(أحدهما) يصح لأنه قبضه بإذنه فصار كالو قبضه وكيله (والثاني) لا يصح لأنه لم يأذن له في قبضه له ، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له ، ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله ، فإن قلنا ان قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم ، وإن قلنا ان قبضه يصح كاله للمسلم ؛ فإن قال أحضر معي حتى أكتاله لنفسى وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم اليه لأنه قبضه لنفسه قبضا صحيحا ، ولا يصح للمسلم لأنه دفعه اليه من غير كيل ، وإن اكتاله لنفسه وسلم الى المسلم وهو في المكيل ففيه وجهان . (أحدهما) لا يصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ وهذا يقتضى كيلا بعد كيل ، وذلك لم يوجد (والثاني) أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولو ابتداء بكيله جاز فيكذلك إذا استدامه .

(الشرح) حديث جابر رواه ابن ماجه والدارقطنى
أما الأحكام فقد قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولو أسلم في طعام وباع طعاماً
آخر فأحضر المشتري من اكتاله من بائعه وقال : أكتاله لك . لم يجز ، لأنه يبيع
الطعام قبل القبض .
واختلاف أصحابنا في صورة هذه المسألة ، فمنهم من قال : صورتها أن يسلم

زيد إلى عمرو في طعام ، فلما حل الأجل باع زيد الطعام الذي له في ذمه عمرو من خالد قبل قبضه ، فان هذا لا يصح ، لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، ولأن بيع الطعام المشتري قبل القبض لا يصح ، وإن كان معيناً ، فبان لا يصح فيه قبل القبض أولى .

قال وتعليقه يدل عليه ، لانه باع ذلك الطعام من آخر . وقال أكثر أصحابنا : ما ذكره القائل صحيح في الفقه ، وليكن ليس هذا صورة المسألة التي ذكرها الشافعي رضي الله عنه ، وإنما صورتها لزيد طعام في ذمه عمرو سلم ، وفي ذمه زيد لخالد طعام سام . فقال زيد لخالد : احضر اكتبالي مالي عند عمرو لا أكتاله لك فانه لا يصح ، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري ، ولو كان الشافعي يريد على ذلك الطعام لقال : وباع ذلك الطعام آخر ، ولانه قال بعدها ، ولو قال أكتاله لنفسى وحده بالكيل لم يجز ، ولو كان قد باعه لم يكن لحضوره واكتياله لنفسه معنى

قالوا وأما تعاليه قائماً أراد أن هذا مثل بيع الطعام قبل القبض ، لانه يقبضه قبل أن يضمه بقبضه خالصاً له ، كما لا يجوز بيعه قبل قبضه . إذا ثبت هذا ففيه خمس مسائل

(الأولى) يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتاله لك ، فآكتاله زيد لخالد من عمرو فلا يصح القبض لخالد وجهاً واحداً لحديث جابر أن النبي (ص) نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري ، وهذا لم يجر فيه الصاعان ، ولانه لا يستحق على عمرو شيئاً فلم يصح القبض له منه وهل يصح القبض لزيد من عمرو ؟ فيه وجهان بناء على القواين في السيد إذا باع نجوم المكاتب وقائنا لا يصح البيع فقبض النجوم ، فهل يعتق المكاتب ؟ فيه قولان ، فان قائنا يصح قبض زيد ما كاله لخالد مرة ثانية . وإن قائنا لا يصح قبض زيد لنفسه رد الطعام إلى عمرو ليكيه لزيد ثم يكيه زيد لخالد ، فان اختلف زيد وعمرو في المقبوض فالقول قول زيد مع يمينه ، وإنما يقبل قواه مع اليمين

إذا كان ما يدعيه محتمل ، فأما إذا ادعى تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن هذا القدر لا يتفاوت كثيراً ، وهكذا لو اختلف زيد وخالد فيما قبض خالد فالقول قول خالد مع يمينه ، إذا كان ما يدعيه تفاوتاً يسيراً . وإن كان تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن مثل ذلك لا يتفاوت

(المسألة الثانية) أن يقول زيد لخالد اذهب فاكتل لنفسك من عمرو ففعل ، فإن قبض خالد لنفسه لا يصح وجهاً واحداً : لأنه لا شيء له في ذمة عمرو وهل يصح قبض خالد من عمرو لزيد ؟ على الوجهين طبقاً لما ذكرناه في المسألة الأولى .

(المسألة الثالثة) أن يقول زيد لخالد أحضر معي حتى أكتال من عمرو لنفسى ثم يأخذ بذلك الكيل فحضرا فاكنته زيد لنفسه ثم سلمه زيد الى خالد جزافاً من غير كيل صح قبض زيد لنفسه ، لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً ، ولا يصح قبض خالد من زيد لأنه قبضه من غير كيل

(المسألة الرابعة) إذا اكتاله زيد لنفسه من عمرو ، ثم كاله زيد لخالد مرة ثانية صح القبضان ، لأن الطعام قد جرى فيه الصاعان

(المسألة الخامسة) أن يكتاله زيد لنفسه من عمرو ثم يسلمه الى خالد عما عليه له وهو في المكيال ، فإن قبض زيد لنفسه من عمرو صحيح ، وهل يصح قبض خالد من زيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لحديث جابر حتى يجرى فيه الصاعان ، وهذا يقتضى كيلاً بعد كيل (والثاني) يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، بدليل أنه لو أسلم اليه بذهب طعاماً ، فابتدأ المسلم اليه وكاله المسلم صح ، ولو كان الطعام في الذهب عند السلم فسلمه اليه صح ، فكذلك ها هنا . والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن دفع المسلم اليه الى المسلم دراهم وقال اشتر لي بها مثل مالك على واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه ، وهل يصح للمسلم اليه على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب ، فإن قال اشتر لي واقبض لي ثم واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للمسلم اليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه

(الشرح) الأحكام : لو كان لزيد في ذمة عمرو طعام من سلم فدفعت عمرو إلى زيد دراهم وقال اشترى بها لنفسك طعاماً مثل الطعام الذي لك على ففعل لم يجز ، لأن الدراهم ملك لعمرو فلا يجوز أن تسكون . عوضاً . ملكاً لزيد ، فإن اشترى الطعام بقيمة الدراهم لم يصح الشراء ، وإن اشترى زيد الطعام بدراهم في ذمته ثم سلم تلك الدراهم عما في ذمته صح الشراء لنفسه ولا تبرأ ذمته بتسليم تلك الدراهم لأنه لا يملكها وعليه ضمانها .

وإن قال عمرو لزيد اشترى بها لي طعاماً واقبضه لنفسك فإن الشراء يصح لعمرو لأنه اشتراه له ، ولا يصح القبض لزيد لأنه لا يصح أن يكون قابضاً لنفسه . من نفسه . وهل يصح القبض لعمرو؟ فيه وجهان كالوجهين في المسألة قبلها .

(فرع) وإن كان لزيد في ذمة عمرو طعام من جهة القرض ، وخالد في ذمة زيد طعام من جهة السلم ، وأحال زيد خالداً بالطعام الذي له عليه على عمرو لم تصح الحوالة ، لأن خالداً يبيع طعامه الذي له على زيد من السام بالطعام الذي لزيد من جهة القرض ، وقد بينا أن بيع المسلم فيه قبل القبض لا يصح ، فالفاسد ها هنا من جهة خالد : فإن كان الطعامان من جهة القرض ، فهل تصح الحوالة بهما فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يصح . وهو الصحيح . لأن بيع العوض قبل القبض يصح . وكل واحد قرض ، وكل واحد منهما مستقر في الذمة فجاز أن يعتاض من ذمة إلى ذمة بخلاف السلم ، والباقي لا يصح لأن الحوالة لو صححت في الطعام إذا كان من جهة القرض لصحت .

وإن كانت من جهة البيع كالدراهم والدينانير لما جازت الحوالة بهما : إذا كانا من جهة القرض جازت أيضاً إذا كانا من جهة البيع ، فلما لم تجز الحوالة بالطعام إذا كان من جهة البيع إذا كان من جهة القرض

(فرع) ولا تجوز التولية والشركة في المسلم فيه قبل القبض ، والشركة أن يقول لغيره أشركتك في النصف المسلم فيه بنصف الثمن . فيكون ذلك بيعاً لنصف المسلم فيه . والتولية أن يقول ولينك بجميع الثمن أو ولينك نصفه بنصف الثمن ،

(فرع) ذكر الشافعي في الصرف أربع مسائل :

الأولى : لو كان في ذمة رجل لغيره طعام ، فسأل من عليه الطعام من له الطعام أن يبيعه طعاماً بشرط أن يقبض ماله عليه منه فباعه منه بهذا الشرط ، فالبيع باطل ، لأن هذا تباع بمقتضى العقد فأبطله .

الثانية : إذا اشترى منه طعاماً مطلقاً وسها أن يقبضه منه صح البيع لأنه بيع مطلق . الثالثة : أن يقول من له الطعام لمن عليه : أفض مالي عليك على أن أبيعك فقضاه صح ، لأن هذا قبض مستحق عليه ، فإذا قضاه وقع عن المقبوض والقابض بالخيار ، بين أن يبيعه منه أو لا يبيعه ، لأن هذا وعد وعده ، فكان بالخيار في الوفاء به .

الرابعة : أن يقول من له الطعام : أفضني أكثر مما أستحقه ، أو أجد منه بشرط أن يبيعه منك فقضاه كذلك لم يصح القبض ، لأن هذا مستحق عليه فكان قبضاً فاسداً ، فيجب عليه أن يرد الزيادة ، وإن قضاه من غير جنس حقه رده وأخذ قدر حقه من جنسه ، ثم إن شاء باعه منه ، وإن شاء لم يبيعه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن يرده لأن إطلاق العقد يقتضى مبيعاً سليماً فلا يلزمه قبول المعيب فان رد ثبت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما في الذمة فاذا رده رجع إلى ماله في الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذ ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الأرش .

(الشرح) الأحكام : إذا قبض المسلم فيه فوجد به عيباً فهو بالخيار بين أن يرضى به معيباً وبين أن يرده ويطالب بالمسلم فيه سليماً ، لأن إطلاق العقد يقتضى التسليم ، فإذا أخذ المعيب ورده رجع إلى الذي في ذمة المسلم إليه ، وإن حدث عند المسلم بالمقبوض عيب آخر فله أن يطالب بأرش العيب الموجود قبل القبض إلا أن يرضى المسلم إليه بأخذه معيباً فلا يثبت للمسلم المطالبة بالأرش وقال أبو حنيفة رحمه الله : ليس للمسلم المطالبة بالأرش لأن رجوعه بالأرش

أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لايحوز ، دليلنا أنه عوض يحوز رده بالعيب فإذا سقط الرد لحدوث عيب ثبت له الرجوع بالأرش كبيع الاعيان وأما قوله : إن الرجوع بالأرش أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لايحوز مثل القبض فغير صحيح ، لأن بيع المبيع المعين قبل القبض لا يصح ، وقد جاز أخذ الأرش عنه ، ولأن ذلك فسخ العقد في الجزء الفائت ، وليس يبيع ، ولهذا يكون بحسب الثمن المسمى في العقد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم اليه فلم يظهر حتى نفذت ثمرة ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة (والثاني) أنه لا يفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فبأخذ لأن المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام ، والدليل عليه أنه لو أسلم اليه في ثمرة عامين فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز وما في الذمة لم يتأخر وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبداً فأبق .

(الشرح) الأحكام : إذا أسلم في شيء مؤجل إلى وقت : الغالب فيه وجود المسلم فيه في ذلك الوقت فجاء ذلك الوقت ولم يوجد ذلك الشيء كالثمرة إذا انقطعت أو تعذر القبض حتى نفذ ذلك الشيء المسلم فيه ، ففيه قولان ، أحدهما يفسخ السلم ، لأن المعقود عليه قد تعذر تسليمه فانفسخ العقد كما لو اشترى منه قفيزاً من صبرة فتلفت الصبرة قبل القبض ، ولأنه لو أسلم اليه في ثمرة بلد معين كبغداد أو أسيوط صح السلم ، ولم يكن المسلم اليه أن يدفع اليه من ثمرة غير أسيوط أو بغداد ، فكذلك إذا أسلم اليه في ثمرة عام لم يكن له أن يدفع اليه من ثمرة غير ذلك العام .

والقول الثاني لا يفسخ السلم ولكن يثبت للمسلم الخيار بين أن يفسخ العقد وير أن لا يفسخ ويصبر إلى أن يوجد المسلم فيه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ،

لأن المفقود عليه في الذمة لم يتلف ، بدليل أنه لو أسلم اليه في الرطب من ثمرة عامين فندم المسلم اليه في العام الأول ما يجب فيه ، وفي العام الثاني جاز ، وإن انقطع بعض المسلم فيه ووجد البعض ، فإن قلنا : السلم يفسخ إذا عدم جميع المسلم فيه انفسخ السلم هاهنا في قدر المفقود من المسلم فيه ، وهل يفسخ في الموجود منه فيه طريقة ان ، يا قلنا فيمن اشترى بقرتين فتلفت إحداهما قبل القبض ، من أصحابنا من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : لا يفسخ قولاً واحداً .

فإذا قلنا : يفسخ فلا كلام ، وإذا قلنا : لا يفسخ ثبت للمسلم الخيار في الفسخ ، لان الصفقة تفرقت عليه ، فإن فسح فلا كلام ، وإن لم يفسخ أخذ الموجود ، وهل يأخذه بجميع الثمن أو بحصته ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . قلت : وعلى قياس ما ذكره المصنف أنه يأخذه بحصته من الثمن وهو رأس مال السلم قولاً واحداً ، فإذا قلنا : يأخذه بحصته فهل للمسلم اليه الخيار ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

وإن قلنا : ان المسلم فيه اذا انقطع جميعه لا يفسخ ، بل يثبت للمسلم الخيار ، ثبت له أيضاً هاهنا الخيار ليأخذ بعض حقه ، فإن اختار فسح السلم في المفقود والموجود جاز ليفرق حقه عليه ، وان اختار أن يفسخ السلم في المفقود ويقره في الموجود فهل له ذلك ؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة ، فإن قلنا : يجوز فسح السلم في المفقود ، فيبكم يأخذ الموجود ؟ فعلى ما مضى من قولنا حكاية عن الشيخ أبي حامد وابن الصباغ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) يجوز فسح عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا باسقاطه فإذا فسحاً أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسح في القول الآخر رجع المسلم الى رأس المال فإن كان باقياً وجب رده وان كان تالفاً ثبت بدله في ذمة المسلم اليه ، فإن أراد أن يسده في شيء آخر لم يحز لأنه بيع دين بدين وان أراد أن يشتري به عينا نظرت فان كان تجمعها علة واحدة في الربا كالدرهم بالدنانير والحنطة بالشعير لم يحز أن يتفرقا قبل القبض كما لو أراد أن

بيع أحدهما بالآخر عينا بعين وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدرهم بالحذوة والثوب بالثوب فقيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينا بعين أن يتفرقا من غير قبض (والثاني) لا يجوز ، لأن المبيع في الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) الأحكام : الإقالة فسخ وليست يبيع على المشهور من المذهب سواء كان قبل القبض وبعده ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لأنه يقول : هي بيع في حق غير المتأفدين ، فثبت بها الشفعة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان قبل القبض فهي فسخ ، وإن كان بعد القبض فهي بيع ، وقال مالك رحمه الله : هي بيع بكل حال .

وحكى القاضى أبو الطيب أنه قول قديم للشافعى رحمه الله ، وأما أبو حامد فحكاه وجهها لبعض أصحابنا . دليلنا أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسحا كالرد بالعيب .

إذا ثبت هذا : فإن سلم رجل إلى غيره شيئا في شىء ثم تقايلا في عقد السلم صح ، وقد وافقنا مالك رحمه الله على ذلك وهذا من أوضح دليل على أن الإقالة فسخ ، لأنها لو كانت بيعا لما صح في المسلم فيه قبل القبض ، كما لا يصح بيعه ، وإن أقاله في بعض المسلم فيه صح في القدر الذى أقاله .

وقال ابن أبى ليلى . يكون إقالة في الجميع . وقال ربيعة ومالك لا يصح . دليلنا أن الإقالة مندوب اليها بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : من أقال نادما في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة ، وما جاز في جميع المبيع جاز في بعضه كالإبراء والإنظار ؛ وإن أقاله بأكثر من الثمن أو بأقل منه إلى جنس آخر لم تصح الإقالة . وقال أبو حنيفة تصح الإقالة ، ويجب رد الثمن المسمى في العقد ، دليلنا أن المسلم والمشتري لم يسقط حقه من المبيع إلا بشرط العوض الذى شرطه ، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط العوض الذى شرطه ، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط أن يبيعه سيارته بألف .

(فرع) وإن ضمن ضامن عن المسلم اليه المسلم فيه ثم إن الضامن صالح المسلم عما في ذمة المسلم اليه بمثل رأس مال المسلم يصح الصلح ، ولأن الضامن لا يملك المسلم فيه فيعوض عنه ، فأما إذا أكد المسلم اليه بمثل رأس مال المسلم ، قال أبو العباس صح الصلح وكان إقالة ، لأن الإقالة هو أن يشتري ما دفع ويعطى ما أخذ . وهذا مثله .

(فرع) وإذا انفسخ عقد السلم بالفسخ أو لانفساخ سقط المسلم فيه عن ذمة المسلم اليه ، ورجع المسلم إلى رأس مال السلم ، فإن كان باقياً أخذه ، وإن كان تالفاً رجع إلى مثله إن كان له مثل ، وإن كان لا مثل له رجع إلى قيمته ، وإن أراد أن يسلم في شيء آخر لم يحز لأنه يبيع دين بدين .

وإن أراد أن يأخذ ما هو من جنسه جاز أن يأخذ مثله ، ولم يحز أن يأخذ أكثر منه ولا أقل منه ، ولا يصح أن يتفرقا قبل قبضه ، وإن أراد أن يأخذ عنه من غير جنسه إلا أنه لا يصح أن يتفرقا قبل قبضه كما قلنا في البيع ، وإن أراد أن يأخذ منه عوضا ليس من أموال الربا ، كالثياب والدواب ، أو كان رأس المال من غير أموال الربا صح ذلك أيضا .

وهل يشترط فيه القبض قبل التفرق ؟ فيه وجهان

أحدهما : أنه يشترط ذلك ؛ فلا يفترقان والعوض المعوض في ضمان واحد والثاني لا يشترط ذلك ، كما لو اشترى أحدهما بالآخر ، وإن اختلفا في قدر رأس مال السلم فالقول قول المسلم اليه مع يمينه ، لأن الأصل برائة ذمته مما زاد على ما أقر به ، وإن اختلفا في قدر المسلم فيه أو الاجل أو في قدره تحالفا ، وإن اختلفا على الاجل واختلفا في انقضائه وادعى المسلم انقضاء الاجل ، وادعى المسلم اليه بقاءه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لأن الأصل بقاؤه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب القرض

القرض قرينة مندوب اليه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص)

قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ،

وعن أبي الدرداء . رضى الله عنه أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما ، وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما أنهما قالوا : قرض مرتين خير من صدقة مرة ،

(فصل) ولا يصح إلا من جاز التصرف لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جاز التصرف كالبيع ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمى فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة ؛ ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع ورد بهما ، ويصح بما يؤدي معناه ، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد عليّ بدله .

فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة ، فإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه ؛ فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر وإن قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفا ، فإن لم يطل الفصل جاز لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب ، وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل .

(الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه مسلم بلفظ : من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة . ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة . ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة . والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه . ومن سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا إلى الجنة . وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفتهم الملائكة ، وذكروهم الله فيمن عنده ، ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه ،

وفي حديث طويل عن ابن عمر رضى الله عنه : ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة . ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ،

رواه البخارى ومسلم ، والاشتر عن أبي الدرداء فى مسند أحمد .
 وأما ما روى عن ابن مسعود فقد جاء مرفوعاً وموقوفاً بلفظ « ما من مسلم
 يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة ، المرفوع رواه ابن ماجه .
 وفى إسناده سليمان بن بشير وهو متروك . وقال الدارقطنى « الصواب أنه موقوف
 على ابن مسعود ،

وأما حديث أنس فقد أخرجه ابن ماجه مرفوعاً وفيه « الصدقة بعشرة أمثالها
 والقرض بثمانية عشر ، وفى إسناده خالد بن يزيد بن عبد الرحمن الشامى . قال
 النسائى « ليس بثقة ،

وهو باب من أبواب البر لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى ، وقد
 كان القرض خيراً من الصدقة لأنها قد تدفع الى من هو غنى عنها ، أما القرض
 فلا يسأله إنسان إلا وهو يحتاج اليه .

أما اللغات ، فالقرض القطع والقرض فى المكان العدول عنه ، ومنه قوله
 « وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال ، وقرضت الوادى جزته ، وقرض فلان
 مات ، وقرضت الشعر نظمته . قال ابن دريد « ولبس فى الكلام يقرض على
 وزن ينصر البتة . وإنما الكلام على وزن يضرب ؛ والقرض ما تعطيه غيرك من
 المال لتقضاه ، والجمع قروض ، واستقرض طلب القرض واقرض أخذه .
 ولأنه قطع له من ماله قطعة .

أما الاحكام ؛ فإن القرض مندوب اليه ، يعنى مأمور به من غير إيجاب .

ولا يصح القرض الا من جائز التصرف فى المال ، لأنه عقد على المال فلا
 يصح الا من جائز التصرف فيه كالبيع . ولا يصح الا بالإيجاب والقبول ؛ لأنه
 تمليك آدمى فافتقر الى الإيجاب والقبول كالبيع والهبة . وفيه احتراز من العتق ؛
 وينمقد بلفظ القرض والسلف لأنه قد ثبت له عرف الاستعمال ؛ ويمكن انعقاده
 بما يؤدى معنى ذلك . فإن قال ملكتك هذا على أن ترد الىّ بدله أن قرضاً . وإن
 قال ملكتك هذا ولم يذكر البديل فهو هبة ، وإن اختلفا فيه فالقول قول المودوب له
 لأن الظاهر معه ، ولأن التمليك من غير عوض هبة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كتب اليه وهو غائب أقرضتك هذا ، أو كتب اليه بالبيع ففيه وجهان :

(أحدهما) ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة (والثاني) لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة ، كما لو كتب وهو حاضر . وقول القائل الأول أن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول

(الشرح) الأحكام : إن كتب اليه وهو غائب إلى آخر الصورة التي حكها المصنف في انعقاد القرض وصحته وجهان ، أحدهما ينعقد ، لأننا قلنا في الفصل قبله : ويمكن انعقاده بما يؤدي معنى ذلك ، ولأنه عقد ارفاق وقربة . قال ابن قدامة : والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ، بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنعوص على تحريمه ، ولا في معنى المنصوص فوجب الإبقاء على الإباحة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، لأن الخيار يراد للفسخ ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء ، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط ، ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الأجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لأهله ، ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن .

(الشرح) الحديث رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه عن أنس . أما الأحكام فإنه لا يثبت في القرض خيار المجلس ولا خيار الشرط ، لأن الخيار

يراد للفسخ وكل واحد منهما يملك فسخ القرض متى شاء ، فلا معنى لاثبات الخيار ولو أقرضه شيئاً إلى أصل ما يلزم الاجل وكان حالاً ، وهكذا لو كان له عنده له من حال فأجله ، أو كان مؤجلاً فزاد في أجله لم يلزم ذلك

وقال مالك يدخل الاجل في ابتداء القرض بأن مقبوضه إلى أجل ، ويدخل في انتهائه بأن يقرضه حالاً ثم يؤجله له فيتأجل . ووافقنا أبو حنيفة أن الاجل لا يدخل في القرض . وأما الثمن الحال فيتأجل بالتأجيل

دلينا على مالك رحمه الله تعالى أن الاجل يقتضى جزءاً من القرض ، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلم يجوز شرط الاجل فيه وأما الدليل على أبي حنيفة فقوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وتأجيل الحال ليس في كتاب الله تعالى فكان باطلاً ، ولأنه حق مستقر فلم يتأجل بالتأجيل كالقرض

وقولنا « مستقر » احتراز من الثمن في مدة الخيار ، ولأنه إنظار تبرع فلم يلزمه ، كالمراة اذا وجدت زوجها عتيقاً فأجلته ثم رجعت من ذلك ، فإن لها ذلك وقال أصحاب أحمد لا يجوز له الرجوع لأن العقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقرض ، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك . وقال الشافعي رحمه الله ، له ذلك ، لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه اذا كان موجوداً كالمغصوب والغارية .

(فرع)

يجوز شرط الرهن في القرض ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله ، ولحديث عائشة أن النبي (ص) « اشترى طعاماً من يهودى إلى أجل ورهنه درعا من حديد ، وفي رواية « توفي ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعاً من شعير ، أخرجهما البخارى ومسلم : ولاحمد والنسائي وابن ماجه مثله من حديث ابن عباس

قال ابن تيمية أبو البركات « وفيه من الفقه جواز الرهن في الحضر ومعاملة أهل الذمة ، وسيأتى تفصيل ذلك في الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد القبض على المستقرض فان اقترض أباه وقبضه عتق عليه (والثاني) أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والاتلاف لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه ، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض فان اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه ، واختلاف أصحابنا فيمن قدم طعاما إلى رجل لياأكله على أربعة أوجه (أحدها) أنه يملكه بالأخذ (والثاني) أنه يملكه بتركه في الغم (والثالث) أنه يملكه بالبيع (والرابع) أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام .

(الشرح) الأحكام : متى يملك المستقرض العين التي استقرضها ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يملكها إلا بالتصرف بالبيع أو الهبة أو يتلفها أو تلف في يده ، لأن المقرض له أن يرجع في العين ولأن المستقرض له أن يردّها ، ولو ملكها المستقرض بالقبض لم يملك واحد منهما فسخ ذلك فعلى هذا إن استقرض حيوانا كانت نفقته على المقرض إلى أن يتلفه المستقرض .

قوله : فان اقترض أباه . قال أحمد : أكره قرضهم ؛ وقال ابن قدامة يحتمل كراهية تنزيهه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزني لأنه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهية التحريم ، فلا يصح قرضهم ، اختاره القاضي ، ويصح قرض العبيد دون الإماء ، وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضن من ذوى محارمهن ، لأن الملك بالقرض ضعيف وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله .

ومنهم من قال : يملكها المستقرض بالقبض . قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح ؛ لأنه بالقبض يملك التصرف فيها في جميع الوجوه ، فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها بما فيه حظ ، وبما لا حظ فيها .

وأما الرجوع في العين المقترضة ، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض أن يردها على المقرض ، أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهي في يد المستقرض ؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن يرجع فيها ، ومنهم من قال للمستقرض أن يرجع فيها بكل حال ، وهو المنصوص عليه في الام .

ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعا من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف ، ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه إياها فإن الابن قد يملكها ؛ ولأب أن يرجع فيها ، وكذلك إذا اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيبا ، فإن لكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ، وإن كانت ملكا للآخر ، ويبطل بما أو تصرف هذا المستقرض بالعيب المستقرض ثم رجعت إليه ، فإن للمقرض أن يرجع فيها ، ولا يدل ذلك على أن المستقرض لم يكن مالكا للعين وقت التصرف فيها ، فعلى هذا إذا اقترض حيوانا وقبضه كانت نفقته على المستقرض ، وإن اقترض وقبضه عتق عليه .

(فرع) واختلف أصحابنا فيمن قدم الى غيره طعاما ؛ وأباح له أكله حتى يملكه المقدم إليه ، فمنهم من قال يملكه بالتناول ، فإذا أخذ لقمة بيده يملكها ، كما إذا وهبه شيئا وأقبضه إياه ، فعلى هذا لو أراد أن المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده لم يكن له ذلك .
ومنهم من قال : يملكه بتركه في الفم ، فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه ما لم يتركه المقدم إليه في فمه .

ومنهم من قال لا يملكه الا بالبلع . والرابع الذي حكاه المصنف أنه لا يملكه بالاكل ، بل بأكله وهو على ملك صاحبه ، فإذا قلنا ان المقدم إليه يملكه بأخذه باليد أو بتركه في الفم ، فهل له أن يبيع لغيره أو يتصرف فيه بغير ذلك فيه وجهان ، قال عامة أصحابنا لا يجوز له ذلك ، لانه أباح له انتفاعا مخصوصا ، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوبا لم يكن له أن يعيره .
وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : له أن يفعل به ما شاء من وجوه

التصرفات مثل البيع والهبة لغيره ، لأنه ماله ، فهو كما لو وهبه شيئا وأقبضه إياه قال ابن الصباغ ؛ وهذا الذي قاله لا يجي . على أصولهما ، لأن من شرط الهبة عندهما الإيجاب والقبول والإذن بالقبض إلا أن يتضمنها لقوله ، ولم يوجد ذلك هاهنا ، ولأن الإذن بالتناول إنما تضمن إباحة الأكل فلا يصح أن يحصل به الملك ، ولو كان ذلك صحيحا لجاز له تناول جميع الذي قدم إليه ، ويتصرف به إلى بيته ، وكذلك إذا قلنا بتركه في فمه فإنه لم يحصل الأكل المأذون فيه ، وإنما يملكه بالعام . قال : وعندي أن بالبيع يبطل معنى الملك فيه ، ويصير كالتلف . قال : والأوجه في ذلك أن يكون إذنا في الاتلاف لا تملك فيه واقه تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز قرص كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لأنه عقد تملك ثبت العوض فيه في الذمة لجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم ، فأما مالا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن القرص يقتضى رد المثل ومالا يضبط بالوصف لا مثل له (والثاني) يجوز لأن مالا مثل له يضمه المستقرص بالقيمة والجواهر كغيرها في القيمة ولا يجوز إلا في مال معلوم القدر فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاما لا يعرف كيله لم يجوز لأن القرص يقتضى رد المثل فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء .

(الشرح) الأحكام : يصح القرص في كل عين يصح بيعها وتضبط صفتها كما قلنا في السلم ؛ وأما مالا يضبط بالصفة كالجواهر وما عملت فيه النار ، فهل يصح قرضا ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما يجب رده بالقرص فيما لا مثل له فان قلنا : يجب رد القيمة جاز قرص هذه الأشياء ، وإن قلنا : يجب رد المثل فيها لم يجوز قرضا وبأقوى وجهيهما في رد المثليات .

(فرع) قال الصيمرى : ولا يجوز قرص الدراهم المزيفة ، ولا الزرنيخية ولا المحمول عليها ، ولو تعامل بها الناس ، فلو أقرضه دراهم أو دنائير ثم حرمت لم يكن له إلا ما أقرص ، وقيل : قيمتها يوم حرمت ، ولا يصح القرص إلا في

مال معلوم ، فان أقرضه دراهم غير معلومة الوزن أو طعاما غير معلوم السكيل ام يصح ، لانه اذا لم يعلم قدر ذلك لم يمكنه القضاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطأها . وقال المزني رحمه الله يجوز لانه عقد يملك به المال فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الاول لانه عقد اوراق جائز من الطرفين فلا يستباح به الوطء كالعارية ويخالف البيع والهبة فان الملك فيهما تام لانه لو أراد كل واحد منهما أن يتفرد بالفسخ لم يملك والمالك في القرض غير تام لانه يجوز لكل واحد منهما ان يتفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطء في ملك غير تام وذلك لا يجوز وان أسلم جارية في جارية ففيه وجهان قال أبو إسحاق : لا يجوز لأننا لا نأمن أن يطأها ثم يردّها عن التي تستحق عليه فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم يردّها . ومن أصحابنا من قال . يجوز وهو المذهب لان كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع .

(الشرح) الاحكام : يجوز قرض غدير الجوارى من الحيوان قاله البيهقي والاعمام وغيرهما مما يصح بيعها وبضبط وصفها ، وقال أبو حنيفة لا يصح قرضها وبني ذلك على أصله أن السلم فيها لا يصح .

دلينا ما روى أبو رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من أعرابي بكراً فأمرني أن أقضيه فقلت : لم أجد في الابل الا جملاً خياراً رباعياً فقال أقضه ، فإن خير الناس أحسنهم قضاء رواه الجماعة الا البخارى ، ولأن ما صح أن ثبت في الذمة مهرأ صح أن يثبت فيها قرضاً كالثياب . وأما استقراض الجوارى فيجوز ذلك لمن لا يحل له وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهرة كغيرها من الحيوان ، ولا يجوز لمن يحل له وطؤها .

وقال المزني وابن داود وابن جرير الطبري يجوز . وحكى الطبري عن بعض أصحابنا الخراسانيين أنه يجوز قرضها ولا يحل للمستقرض وطؤها .

دليلنا أنه عقد ارفاق لا يلزم كل واحد من المتعاقدين فلم يملك به الاستمتاع
كالعارية ، فقولنا عقد ارفاق احتراز من البيع اذا اشترى جارية بجمارية ووجد كل
واحد بما صار اليه عيبا فان لكل واحد منهما أن يطأ جاريته وليس بعقد ارفاق ،
ولا ينتقض بالرجل اذا وهب لابنه جارية ، لان الهبة تلزم جهة الموهوب ،
ولا تلزم جهة الواهب ، ويقول ابن قدامة من الخنابلة

وانما أنه عقد ناقل للمالك فاستوى فيه العبيد والاماء كسائر العقود ولا نسلم
ضعف الملك ، فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار . وقولهم
متى شاء المقترض ردها ، ممنوع . فاننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك
المقترض رد الامة ، وانما يرد قيمتها ، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض
هذا لم يحل له فعله ، ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردّها بالمقابلة
أو يعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه
داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة
يربح فيها خطر الطريق ، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة
أهل الحجاز ، وروى عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم
أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد ارفاق فاذا شرط فيه منفعة خرج عن
موضوعه فان شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه فقيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لأن مقتضى القرض رد المثل فاذا شرط النقصان عما
أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يحز كما لو شرط الزيادة (والثاني) يجوز ،
لان القرض جمل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يحز
وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز فان بدأ المستقرض فزاده أو رد
عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع
رضى الله عنه قال استسلم رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا فجاءته

لأجل الصدقة فأمرني أن أقضى الرجل بكراً ، فقلت لم أجد في الأبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعطه ، فإن خياركم أحسنكم قضاء ، وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : كان لي على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فقضاني وزادني ، فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض ، ففي إقرضه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز إقرضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجوز فكذلك إذا عرف بالعادة

(والثاني) أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد ، فإن شرط في العقد شرطاً فاسداً بطل الشرط . وفي القرض وجهان (أحدهما) أنه يبطل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل قرض جر منفعة فهو ربا ، ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط فوجب أن لا يسلم القرض (والثاني) أنه يصح ، لأن القصد منه الأرفاق ، فإذا زال الشرط بقي الأرفاق .

(الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقد رواه ابن خزيمة والحاكم وابن حبان بلفظ لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، وقد رواه من طريق ابن عمر صاحب المنتقى وقال رواه الخمسة ابن ماجه ، خطأ الشوكاني روايته عن ابن عمر وقال الصحيح اثبات الواو ، فتكون رواية عن عبد الله بن عمرو ، وبذلك تستقيم الروايات ، فإن عمرو بن شعيب جد أبيه عبد الله بن عمرو . والله تعالى أعلم .

أما لغات الفصل فقوله : سفتجة فارسية ، وهي ما يقال لها بالعامية (كبيالة) وقوله بكراً ، هي الشئ من الأبل ، وفي قول أبي حنيفة أنه من الأبل بمنزلة الفتي من الناس . وقوله خياراً ، أعني مختاراً عند الطلب وقضاء الأمور أما الأحكام : فلا يجوز بيع وسلف ، وهو أن يقول : بعتك هذه الدار بمائة على أن تقرضني خمسين : لرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة . وعن ربيع ما لم يضمن وبيع ما ليس عندك ،

ولا يجوز أن يقرضه دراهم على أن يعطيه بدلها في بلد آخر ، ويكتب له بها صحيفة (كسبالية) فيأمن خطر الطريق ومشونة الحمل ، وهو مذهبنا ؛ وخالفنا أحد وغيره مستدلين بأن عبد الله بن الزبير كان يقترض ويعطى من أقرضه صحيفة يأخذ قيمتها من مصعب أخيه واليه على العراق . وفي المغنى مزيد بيان . ودليل أصحاب أحمد وخلاصته أنه عقد ارفاق . دليلنا أن أمن الطريق منفعة . وكل قرض جر نفعاً فهو ربا . ولا يجوز أن يقرضه شيئاً بشرط أن يرد عليه درهمين ، ولأن هذا ربا عند تماثل البدلين فهو كالبيع فلا يجوز فيه التفاضل عند التماثل . نعم ان كان ذلك في غير أموال الربا كالثياب والحيوان ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يجوز لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشاً فنفدت الابل ؛ فأمرني أن آخذ بعيرا بيعيرين الى أجل ، وهذا استسلاف مر بك في أبواب السلم

(والثاني) لا يجوز وهو المذهب للحديث وكل قرض جر منفعة فهو حرام ، ولأن هذا زيادة لا يقابلها عوض فلم يصح ، كما لو باعه داره بمائة على أن يعطيه مائة وعشرة ، ولأنه لو اشترط زيادة في الجودة لم يصح ، فلأن لا يجوز اشتراط الزيادة في العود أولى .

وأما الخبز في الحيوان فهو وارد في السلم بدليل أنه قال : كنت آخذ البعير بالبعيرين الى أجل ، والقرض لا يدخل الاجل

وان أقرضه شيئاً وشرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ، ففيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) لا يجوز لأن مقتضى القرض رد المثل ، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط الزيادة ،

(والثاني) يجوز لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض واشترط الزيادة يخرج القرض عن موضوعه فلم يجوز واشترط النقصان لا يخرج عن موضوعه لجواز والله تعالى أعلم .

(فرع) اذا اقترض من غيره درهما فرد عليه درهمين ، أو درهما أجود منه كان أخذ منه جنيتها مصرحاً فرد عليه جنيتها استرالياً ، أو باع منه داره أو كتب له

بدرأهمه صحيفة (كتيبة) إلى بلد آخر من غير شرط ولا جرت المقرض عادة بذلك جاز . ومن أصحابنا من قال لا يجوز ذلك في أموال الربا ويجوز في غيرها ، وليس بصحيح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرض نصف صاع فرد صاعا واقترض صاعا فرد صاعين ، واقترض من الأعرابي بكراً فرد عليه أجود منه وقال صلى الله عليه وسلم : خيار الناس أحسنهم قضاء .

وقال جابر رضى الله عنه : كان لى على رسول الله (ص) دين فتضانى وزادنى ولأنه متطوع بالزيادة فيجاز ، كما لو وصله بها كصلة . وكذلك لو اقترض رجل شيئاً فرد أنقص مما أخذ وطابت نفس المقرض بذلك ، فإن كان الرجل معروفاً إذا اقترض رد أكثر مما اقترض أو أجود منه ، فهل يجوز إقرضه مطلقاً ، فيه وجهان (أحدهما) لا يصح إقرضه إلا بشرط أن يرد عليه مثل ما أخذ لأن ما علم بالعرف كالمعروف بالشرط (والثاني) وهو الصحيح أنه يجوز إقرضه من غير شرط لأن الزيادة مندوب اليها في القضاء ، فلا يمنع من جواز العقد

فأما ما كان معروفاً من جهة العرف فلا يمنع جواز الإقرض . ألا ترى أنه لو وجدت عادة رجل أنه إذا اشترى من إنسان تمراً أطعمه منه أو أطعم البائع من غيره لم يضر ذلك بمنزلة المشروط في بطلان البيع منه

قال العمراني : وإن أقرضه شيئاً بشرط فاسد بأن أقرضه الى أجل أو أقرضه درهما بدرهين بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهل يبطل القرض ، فيه وجهان

(أحدهما) يبطل . فعلى هذا لا يملك المقرض ، لأن القرض إنما وقع بهذا الشرط ، فإذا بطل الشرط بطل العقد كالبيع بشرط فاسد (والثاني) لا يبطل لأن القرض عقد ارفاق ، فلم يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع

وقال في المعنى : إن شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجز لافضائه الى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه ، وإن كان في غيره لم يجز أيضاً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ؛ وشرط النقض لا يخرج عن موضوعه بخلاف الزيادة . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل ، لأن مقتضى القرض رد المثل ، ولهذا يقال الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل ، وفيما لا مثل له وجهان (أحدهما) يجب عليه القيمة . لأن ما ضمن بالمثل اذا كان له مثل ضمن بالقيمة اذا لم يكن له مثل كالمختلفات

(والثاني) يجب عليه مثله في الحلقة والصورة ؛ لحديث أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يقضى البكر بالبكر ، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا على ما له مثل ، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعدد فلم يقبل منه الا القيمة لأنها أحصر ، وهذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل في السلم مثل ما وصف ، فإن اقترض الحبز وقلنا يجوز اقراض ما لا يضبط بالوصف ففي الذي يرد وجهان (أحدهما) مثل الحبز (والثاني) ترد القيمة فعلى هذا اذا أقرضه الحبز وشرط أن يرد عليه الحبز ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الحبز شق وضاق (والثاني) لا يجوز لأنه اذا شرط صار يبيع بخبز بخبز وذلك لا يجوز

(الشرح) الاحكام : واذا أقرض شيئا له مثل كالحبوب والادهان والدرهم والدنانير وجب على المقرض رد مثلها لأنه أقرب اليه ، وان اقترض منه ما لا مثل له كالثياب والحيوان ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته ، وهو اختيار للشيخ أبي حامد ولم يذكر غيره ، لأنه مضمون بالقيمة في الاتلاف ، فيكذلك في القرض (والثاني) يضمه بمثله في الصورة ، وهو اختيار الفاضل أبي الطيب الطبري لحديث أبي رافع رضي الله عنه قضاء البكر ، ولأن طريق القرض الرفق فسومح فيه بذلك ، ألا ترى أنه يجوز فيه النسبة فيما فيه الربا ، ولا يجوز ذلك في البيع بخلاف المتلف فإنه متعدد ، فأوجب عليه القيمة لأنها أحصر

قال ابن الصباغ فإذا قلنا يجب القيمة فإن قلنا انه يملك بالقبض وجبت القيمة حين القبض ، وان قلنا انه لا يملك الا بالتصرف وجبت عليه القيمة أكثر ما كانت من القبض الى حين التلف ، وان اختلفا في قدر القيمة أو صفة المثل فالقول قول المستقرض مع يمينه لأنه غارم .

(فرع) وأما إقراض الخبز ، فإن قلنا : يجوز قرض مالا يضبط بالصفة كالجواهر جاز قرض الخبز ؛ وإن قلنا لا يجوز قرض مالا يضبط بالوصف ففي قرض الخبز وجهان (أحدهما) لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة كغيره مما لا يضبط بالوصف (والثاني) يجوز . قال ابن الصباغ : لاجتماع أهمل الأهمصار على ذلك ، فإنهم يقترضون الخبز ، فإذا قلنا يجوز . فإن قلنا يجب فيما لا مثل له رد مثله في الصورة رد مثل الخبز وزناً . وإن قلنا يجب رد قيمة مالا مثل له رد قيمة الخبز فعلى هذا إن شرط أن يرد مثل الخبز ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن الرفق بأقتران الخبز لا يحصل إلا بذلك (والثاني) لا يصح كما لا يجوز بيع الخبز بالخبز والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه ، فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه في أخذها فوجب أخذها فإن أقرضه طعاما بمصر فلقية بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه لأن الطعام بمكة أغلى فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه لأن عليه مؤنة في حمله فإن تراضيا جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا جميعا ، فإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لأنه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضا جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه والله أعلم .

(الشرح) قال الشافعي في الصرف : فإذا اقترض طعاما بمصر فلقية بمكة وطالبه ، لأن عليه ضرراً في نقل الطعام من مصر إلى مكة ، ولأن الطعام بمكة أكثر قيمة ، وإن طالبه المستقرض بأخذه لم يلزم المقرض أخذه لأن عليه مؤنة في حمله إلى مصر ، وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما ، وإن طالب المقرض

المستقرض بقيمة طعامه بمكة أجبر المقرض على دفع قيمة الطعام ، لان الطعام بمكة كالمردوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته .

قال الشيخ أبو حامد : وبأخذ قيمة الطعام بمصر يوم المطالبة لا بمكة ، لانه لما وجب عليه دفع القيمة يوم المطالبة ، وهكذا إن غصب منه طعاما بمصر ، أو أسلم اليه بطعام مصر فلقية بمكة كان الحكم فيه كالحكم في القرض ، الا أن الغاصب اذا دفع القيمة للطعام بمكة ، وكان الطعام باقيا لم يملكه الغاصب ، بل اذا رجع الى مصر رد الطعام الذي غصبه واسترجع القيمة ، فاذا كان في ذمته له دراهم أو دنانير من قرض أو غصب أو سلم بمصر فطالبه بقضائها في مكة وجب عليه القضاء لانه ليس لنقلها مؤنة ، ولا يختلف باختلاف البلد .

(فرع) وان اقترض من رجل شيئا وقبضه وتصرف فيه أو أتلفه ثم أراد أن يعطيه عن بدل القرض عوضا جاز لانه مستقر في الذمة ، لا يخشى انتقاصه بهلاكه فجاز تصرفه فيه قبل القبض كالمبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه ، فإنه غير مستقر يخشى انتقاصه بهلاكه ، وحكمه في اعتبار القبض حكم ما يأخذ عوضا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد مضى بيانه . وان كانت العين المقرضة باقية في يد المقرض فانه لا يجوز أخذ العوض عنها ، لانا ان قلنا : ان المقرض قد ملكها بالقبض فلا يجوز أخذ العوض ، لان ملك المقرض قد زال عن العين ، ولم يستقر بدلها في ذمة المستقرض ، لان المقرض أن يرجع في العين ، وان قلنا ان المقرض لا يملك العين الا بالتصرف لم يجوز للمقرض أخذ بدل العين ، لان ملكه عليها ضعيف بتسليط المقرض عليه . هكذا قال ابن الصباغ والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الرهن

ويجوز الرهن على الدين في السفر لقوله عز وجل « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً » ويجوز في الحضرة لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي (ص) رهن درعاً عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله .

(الشرح) حديث أنس رواه أحمد والبخارى والنسائي وابن ماجه وبعد : —

قالهن بفتح الراء وسكون الهاء الاحتباس من قولهم : رهن الشيء إذا دام وثبت ، ومنه قوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » وفي الشرع جعل مال وثيقة على دين ليستوفي منه الدين عند تعذره عن عليه ويطلق أيضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر ، وأما الرهن بضمين فالجمع ، ويجمع أيضاً على رهان بكسر الراء ككاتب وكتاب ، وقرىء بهما .

وقوله : عند يهودى هو أبو الشحم كما بينه الشافعى والبيهقى من طريق جعفر ابن محمد عن أبيه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعاً عند أبي الشحم اليهودى رجل من بن ظفر ، في شعر ، وأبو الشحم بفتح المعجمة وسكون المهملة كنيته ، وظفر بفتح الظاء والفاء بطن من الأوس وكان حليفاً لهم ، وضبطه بعض المتأخرين بهمزة مدودة وموحدة مكسورة اسم فاعل من الإباء وكأنه التمس عليه بآبى اللحم الصحابي .

وفي الحديث الذى روته عائشة رضي الله عنها عند البخارى ومسلم والاحمد والنسائي وابن ماجه مثله « توفى صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين سماعاً من شعر » في رواية الترمذى والنسائي من هذا الوجه « عشرين » وقال في فتح البارى : لعله كان دون الثلاثين فجبر الكسر تارة وألقى الجبر أخرى والرهن محم على جوازه ، وفيها أيضاً دليل على صحة الرهن في الحضرة وهو

قول الجمهور ، والقييد بالآية في السفر ، وإن كنتم على سفر ، ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة ، خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له لدلالة الأحاديث على مشروعيته في الحضر ، وأيضا السفر مظنة فقد الكاتب فلا يحتاج إلى الرهن غالبا إلا فيه ، وخالف مجاهد والضحاك فقالا : لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال دارد وأهل الظاهر ، والأحاديث ترد عليهم . وقال ابن حزم : إن شرط المرهن الرهن في الحضر لم يكن له ذلك ، وإن تبرع به الراهن جاز ، وحمل أحاديث الباب على ذلك .

قال العمراني في البيان :

دليلنا على جوازه في الحضر ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه افترض من أبي الشحم اليهودي ثلاثين صاعا من شعير لآهله بعد ما عاد من غزوة تبوك بالمدينة ، ورهن عنده درعه فكانت قيمتها أربعمائة درهم ، ففي هذا الخبر فوائد (منها) جواز الرهن لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن .

(ومنها) جواز الرهن في الحضر ، لأن ذلك كان بالمدينة وكانت موطن النبي

صلى الله عليه وسلم ،

(ومنها) أنه يجوز معاملة من في ماله حلال وحرام إذا لم يعلم عين الحلال

والحرام ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل اليهودي ، ومعلوم أن اليهود يستحلون ثمن الخمر ويربون .

(ومنها) أن الرهن لا يفسخ بموت الراهن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم

مات ودرعه مرهونة .

(ومنها) أن الإبراء يصح وأن يقبل المبرأ ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم

يعدل عن معاملة مياسير الصحابة رضي الله عنهم وأرضاهم مثل عثمان وعبد الرحمن

رضي الله عنهما وأرضاهما إلا لأنه كان يعلم أنه لو استقرض منهم أبروه ، فلو

كانت البراءة لا تصح إلا بقبول المبرأ لكان لا تقبل البراءة فعدل النبي صلى الله

عليه وسلم إلى اليهودي الذي يعلم أنه يطالبه بحقه ، ولأنه وثيقة في السفر فجازت

في الحضر كالأضمان والشهادة اه .

وقال ابن المنذر : لا تعلم أحداً خالف في الرهن في الحضر إلا مجاهداً قال :

أبس الرهن إلا في السفر لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن . قال الشافعي رحمه الله ، بعد أن ساق قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، وقوله تعالى وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فوهان مقبوضة ، قال : فكان بيننا في الآية الأمر بالكتاب في الحضر والسفر ، وذكر الله تبارك وتعالى الرهن إذا كانوا مسافرين ولم يجدوا كتابا فكان معقولا - والله أعلم - فيها أنهم أمروا بالكتاب والرهن احتياطا لمالك الحق بالوثيقة والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر ، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا ، ولا أن يأخذوا رهنا لقول الله عز وجل ، فإن أمن بعضهم بعضا ، فكان معقولا أن الوثيقة في الحق في السفر والإعزاز غير محرمة - والله أعلم - في الحضر وغير الإعزاز ، ولا بأس بالرهن في الحق الحال والدين في الحضر والسفر وما قلت من هذا مما لا أعلم فيه خلافا ، ثم أورد أحاديث رهن النبي (ص) درعه عند أبي الشحم . ثم قال : والدين حق لازم : فكل حق مما يملك ، أو لزوم بوجه من الوجوه جاز الرهن فيه ، ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم ، فلو ادعى رجل على رجل حقا فأنكره وصالحه ورهنه به رهنا كان الرهن منسوخا لأنه لا يلزم الصالح على الإنكار اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الرهن إلا من جاز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جاز التصرف في المال كالبيع .

(الشرح) الأحكام : لا يصح الرهن إلا من جاز التصرف في المال ، فأما الصبي والمجنون والمجور عليه ، فلا يصح منه الرهن لأنه عقد على المال فلم يصح منهم كالبيع . وقال الشافعي رضي الله عنه : كل من جاز بيعه من بالغ حر غير مجور عليه جاز رهنه ومن جاز له أن يرهن أو يرهن من الأحرار فإذا جازت هبته في مال جاز له رهنه بلا نظر ، ولا يجوز أن يرهن الأب لابنه ، ولا ولي اليتيم له ، إلا بما فيه فضل لهما . وبصح الرهن بكل حق لازم في الذمة كديون السلم ، وبذل القرض ، وثمن المبيعات ، وقيم المتلفات ، والأجرة والمهر وعروض

الخلع والأرش على الجاني ، وأما الدية على العاقلة - فإن كان قبل الحول لم يصح
لأنه لم يجب عليهم شيء ، وإن كان بعد حلول الحول صح
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر ،
ويجوز على ائمن والأجرة والصدقات وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجنابة
وغيره المتلف ، لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبديل القرض
ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه
ملكه من مال ومنفعة وعضو ، والمعوض في الكتابة هو الرقبة ، وهي باقية على
ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن ، ولأن الرهن إنما
يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل ، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا
شاء فلا يصح توثيقه .

فأما مال الجمالة قبل العمل ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أخذ الرهن به
لأنه مال شرط في عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة (والثاني) يجوز
لأنه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كائناً في مدة الخيار . وأما مال
السبق والرمي ففيه قولان

(أحدهما) أنه كالأجارة فيجوز أخذ الرهن به

(والثاني) أنه كالجعالة فيكون على الوجهين . وأما العمل في الإجارة فإنه إن
كانت الإجارة على عمل الاجير فلا يجوز أخذ الرهن به ، لأن القصد بالرهن
استيفاء الحق منه عند التعذر ، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره ، وإن كانت
الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن
بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل

(الشرح) قال الشيخ أبو حامد : ويحكي عن بعض الناس أنه قال : لا يصح

الرهن إلا في دين السلم وهو خلاف الإجماع اهـ

قلت : قد يكون الدين في الذمة ثمناً ، وقد يكون فيما ثمنناً ؛ ولأنه حق ثابت
في الذمة فجاز أخذ الرهن كالمسلم ، ويجوز أخذ الرهن بالدين الحال ، لأن النبي

صلى الله عليه وسلم رهن درعه بيدل القرض ، وهو حال ولا يصح ، ولا يصح الرهن بدين الكتابة . وقال أبو حنيفة يصح . دليلنا أنه وثيقة يستوفى منها الحق فلم يصح في دين الكتابة كالضمان ، ولأن الرهن إنما جعل لسكى يستوفى منه من له الحق إذا امتنع من عليه الحق . وهذا لا يمكن في الكتابة ، لأن للكاتب أن يعجز نفسه أى وقت شاء . وبسقط ما عليه ، فلا معنى للرهن به .

وأما الرهن بمال الجمالة بأن يقول : من ردلى حصانى الجامح فله دينار ، فإن رده رجل استحق الدينار وصح أخذ الرهن به

وهل يصح أخذ الرهن به قبل الرد؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يصح وهو اختيار أبي على الطبرى والقاضى أبى الطيب لأنه حق غير لازم ، فهو كمال الكتابة والثانى : يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فهو كالثمن فى مدة الخيار

وأما مال السبق والرمى فإن كان بعد العمل صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل . فإن قلنا إنه كالإجارة صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل ، فإن قلنا إنه كالإجارة صح أخذ الرهن به . وإن قلنا إنه كالجمالة فعلى الوجهين فى الجمالة . وأما العمل فى الإجارة فهل يصح أخذ الرهن به ، ينظر فيه فإن كانت الإجارة على عمل الاجير بنفسه لم يصح أخذ الرهن به لأنه لا يمكن استيفاء عمله من الرهن ، وإن كانت الإجارة على تحصيل عمل فى ذمته صح أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاء العمل به من الرهن لأنه يباع الرهن ويستأجر منه من يعمل

(فرع) لا يصح أخذ الرهن باليمين والأجرة والصدقات وعروض الخلع ، - إذا كان معينا - ولا بالعين المنصوبة ولا المعارة ، ولا بالعين المأخوذة بالسوم . وقال أبو حنيفة : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ، وأراد بذلك أن ما كان مضمونا بمثله أو قيمته جاز أخذ الرهن به ، لأن المبيع لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مضمون بفساد العقد ، ويجوز عنده أخذ الرهن بالمهر ودون الخلع لأنه يضمن بمثله أو قيمته .

دليلنا أنه قبل هلاك العين فى يده يثبت فى ذمته دين فلا يصح أخذ الرهن

به كالمبيع .

وعند أحمد ومالك مثل ما عند أبي حنيفة . قال ابن قدامة : فإذا رهنه
المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح
وزال الضمان ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . اه
وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ،
والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما ، بدليل أنه لو تعدى في
الرهن صار مضموناً ضمان الغصب ، وهو رهن كما كان فيكذلك ابتداءه ، لأنه
أحد حالتي الرهن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، وهو أن يرهن بالثمن بعد
البيع ، وبعوض القرض بعد القرض ، ويجوز عقده مع العقد على الدين ، وهو
أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض ، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه
بعد ثبوته وحال ثبوته ، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين
فلا يجوز شرطه قبله ،

(الشرح) الأحكام : يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، مثل أن يقرضه
شئنا أو يسلم إليه في شيء فيرهنه بذلك لأنه وثيقة بالحق بعد لزومه فصح
كالشهادة والضمان .

ويجوز شرط الرهن مع ثبوت الحق بأن يقول : بعنتك هذا بدينار في ذمتك
بشرط أن ترهنني كذا ، أو أقرضك هذا بشرط أن ترهنني كذا ، لأن الحاجة
تدعو إلى شرطه في العقد ، فإذا شرط هذا الشرط لم يجب على المشتري الرهن ،
أى لا يجبر عليه ، ولكن متى امتنع منه ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع
ولا يجوز عقد الرهن قبل ثبوت الحق . مثل أن يقول : رهنتك هذا على
عشرة دراهم تقرضنيها ، أو على عشرة أبتاع بها منك . وقال مالك وأبو حنيفة
رحمهما الله تعالى : يصح

دليلنا أنه وثيقة بحق فلم يجوز أن يتقدم عليه كالشهادة بأن تقول : اشهدوا أن
له على ألفاً أقرضها منه غداً

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم ، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح ، لأنه رهن على دين قبل ثبوته ، وإن رهن على عينها لم يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن .

(الشرح) الاحكام : إن نقلت السفينة لقوم في البحر متاعا وخافوا الغرق ، فقال رجل لغيره ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، فإن كان المتاع غير معلوم لم يصح أخذ الرهن به قبل الإلقاء ، لأنه رهن بدين قبل وجوبه ، وهل يصح الضمان به ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى . أحدهما : لا يصح الرهن به ولا الضمان به . وهذا هو المشهور لأن القيمة لا تجب قبل الإلقاء .

والثاني : يصحان ، ويمكن أن يكون للسائلة وجه ثالث : يصح الضمان ولا يصح الرهن .

وأما إذا ألقاه في البحر وجبت القيمة في ذمة المستدعى وصح أخذ الرهن بها والضمان لأنها دين واجب

فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم لم يصح عندنا ؛ وعند أصحاب أحمد ومالك وأبي حنيفة صح وزال الضمان . ولأنه مأذون له في إمساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمته كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه ؛ ويقولون عن التنافي بينهما أنه ممنوع لأن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ، ويد المرتهن يد أمانة ، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضمانة ؛ وهم ينقضون قول الامام الشافعى رضى الله عنه في قوله

ولا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذى كان ثابتا فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما ، بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان ، فكذلك ابتداءه لأنه أحد حالتى الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ، لأن العقد لحظه ، لا حظ فيه للراهن ، فجاز له فسخه إذا شاء ، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض ، والدليل عليه قوله عز وجل : فرهن مقبوضة ، فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يلزم إلا به ، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة ، فإن كان المرهون في يد الراهن لم يجز المرتهن قبضه إلا بإذن الراهن . لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فإن كان في يد المرتهن فقد قال في الرهن انه لا يصير مقبوضا بحكم الرهن إلا بإذن الراهن : وقال في الاقرار والمواهب إذا وهب له عينا في يده صارت مقبوضة من غير إذن ، فمن أصحابنا من نقل جوابه في الرهن إلى الهبة وجوابه في الهبة إلى الرهن لجمعهما على قولين .

(أحدهما) لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن في القبض لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف .

(والثاني) أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن ، كما لو لم تكن العين في يده ، وقولهم : إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح ، لأن النقل يراد ليصير في يده ، وذلك موجود ، والاذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والنصب ، وذلك لا يحصل إلا بإذن ، ومن أصحابنا من حل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الهبة لا تفتقر إلى الاذن ، وفي الرهن يفتقر ، لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الاذن لقوته والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى الاذن لضعفه ، والصحيح هو الطريق الأول ، لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده فإنه يفتقر إلى الاذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر فإن عقد على عين رهنا واجارة وأذن له في القبض عن الرهن والاجارة صار مقبوضا عنهما ، فإن أذن له في القبض عن الاجارة دون الرهن لم يصر مقبوضا عن الرهن ، لأنه لم يأذن له في قبض

الرهن ، فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضاً عنهما لأنه
أذن له في قبض الرهن ، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه مستحق عليه
(الشرح) الأحكام : لا يلزم الرهن من جهة المرتهن بحال ، بل متى ما شاء
ففسخه لأنه عقد لحسابه أو لحظه فجاز له إسقاطه متى شاء كإبراهيم بن الأيمن . وأما من
جهة الراهن فلا يلزم قبل القبض سواء كان مشروطاً في عقد أو غير مشروط ،
وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك رحمه الله تعالى : يلزم من جهة الراهن بالإيجاب
والقبول ، فمن رهن شيئاً أجبر على إقباضه ، وكذلك قال في الهبة .
دليلنا : قوله تعالى « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ،
فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يكون رهناً إلا بالقبض ، كما أنه وصف
الرقبة المدنوقة بالأعيان ثم لا يصح على الكفارة الاعتق رقبة مؤمنة ، ولأنه
عقد إرفاق احتراز من البيع ، فإنه عقد معاوضة ، وقولنا : من شرطه القبول ،
احتراز من الوقف .

إذا ثبت هذا : فالمعقود على ضربين .

طرب لازم من الطرفين كالبيع والحوالة والإجارة والنيكاح والخلع . وضرب
جائز من الطرفين كالوكالة والشركة ، والمضاربة والرهن قبل القبض ، والضمان ،
والكتابة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أذن له في قبض ما عنده لم يصر مقبوضاً حتى يمضي زمان
يتأتى فيه القبض ، وقال في حرملته : لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل ،
والمذهب الأول ، لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء ،
ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء ، أو بمضي
زمان يتأتى فيه الاستيفاء فكذلك ههنا ، فعلى هذا إن كان المرهون حاضراً فبأن
يمضي زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك ، وإن كان غائباً ، فبأن يمضي هو أو
وكيله ويشاهده ثم يمضي من الزمان ما يتمكن فيه من القبض ، وقال أبو اسحاق :
إن كان مما ينتقل كالحبوان لم يصر مقبوضاً إلا بأن يمضي إليه لأنه يجوز أن يكون

قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه اليه من موضع الإذن الى موضع القبض ، فأما مالا ينتقل فانه لا يحتاج إلى المضي اليه بل يكفي أن يمضي زمان لو أراد أن يمضي ويقبض أمكنه ، ومن أصحابنا من قال : إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضا ، كما ورأه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض ، والمنصوص هو الاول وما قال أبو إسحاق لا يصح لانه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان في غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو ملك ، وما قال القائل الآخر من خسر الثقة لا يصح ، لانه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض ويخالف الوكيل ، فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره ، والثقة بخلافه .

(الشرح) الأحكام : ان عقد الرهن على عين في يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضها الا بإذن الراهن ، لان للراهن أن يفسخ الرهن مثل القبض فلم يجز للمرتهن استقاط حقه من ذلك بغير اذنه . وان كانت العين المرهونة في يد المرتهن وديعة أو عارية فإن الرهن يصح ، لانه اذا صح عقد الرهن على ما في يد الراهن ، فلأن يصح على ما بيد المرتهن للراهن أولى .

فأما القبض فيها فقد قال الشافعي في الام في باب ما يتم به الرهن من القبض فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع ؛ ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهنا الا بما أجازته الله عز وجل به من أن يكون مقبوضا . واذا لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه ، وكذلك لو أذن له في قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن في الرهن كان ذلك له لما وصفت من أنه لا يكون رهنا الا بأن يكون مقبوضا ، وكذلك ما لم يتم الا بأمرين فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل الهبات التي لا تجوز الا مقبوضة وما في معناها ، ولو مات الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن كان المرتهن والغرماء فيه أسوة سواء اه .

وقال فيما يكون قبضا في الرهن : واذا أقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن

وادعى ذلك المرتهن حكم له بأن الرهن تام باقرار الراهن ودعوى المرتهن . ولو كان الرهن في الشقة غائبا فأقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن أجزت الاقرار ، لأنه قد يقبض له وهو غائب عنه فيسكون قد قبضه بقبض من أمره بقبضه له . اهـ

وقال أيضا اذنا ذهب له عينا في يد الموهوب له فقبلها تمت الهبة ولم يعتبر الاذن بالقبض ، واختلت أصحابنا فيها على ثلاثة طرق فمنهم من قال : لا يلزم واحد منهما الا بالقبض ولا يصح قبضهما الا بالاذن ، وما قال الشافعي رحمه الله في الهبة ، فأراد اذنا اذن ، وأضمر ذلك ، وصرح به في الرهن .

ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وخرجهما على قولين . أحدهما : لا يفتقر واحد منهما الى الاذن بالقبض ، ولأنه لما لم يفتقر الى اذن مستأنف لم يفتقر الى اذن .

والثاني : يفتقر الى الاذن . قال المصنف : وهو الصحيح . قلت : لانه قبض يلزمه به عقد غير لازم فلم يحصل الا باذن ، كما لو كانت العين في يد الراهن . ومنهم من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الهبة . لا يفتقر الى الاذن بالقبض فيها ، وفي الرهن لا بد من الاذن بالقبض فيه ، لأن الهبة عقد أقوى يزيل المالك ، فلم يفتقر الى الاذن فيها ، والرهن عقد ضعيف لا يزيل المالك فافتقر الى الاذن بالقبض فيه . اذنا ثبت هذا : فرهنه ما عنده فانه لا يحتاج الى نقله بلا خلاف على المذهب ، وهل يحتاج الى الاذن بالقبض على الطرق المذكورة وسواء قلنا : يفتقر الى الاذن فلا بد من مضي مدة يتباين فيها القبض في مثله ان كان ما ينتقل فيمضي زمان يمكنه نقله ، وان كان مما يخلى بينه وبينه فيمضي زمان يمكنه التخلي فيه .

قال الشيخ أبو حامد : وحكى عن حرملة نفسه أنه قال : لا يحتاج الى مضي مدة ، بل يكفي العقد والاذن ، اذا قلنا : انه شرط الى العقد لا غير — اذا قلنا ان الاذن ليس بشرط — لأن يده ثابتة عليه ، فلا معنى لاعتبار زمان ابتداء القبض ، وهذا غلط ، لان القبض لا يحصل الا بالفعل أو بالامكان ، ولم يوجد

واحد منهما ، فعلى هذا إن كان المرهون معه في المجلس أو بقربه وهو يراه أو يعلم به فإن القبض فيه مضي مدة لو قبضه فيها أمكنه ، وإن كان الرهن في صندوق في البيت وهو في البيت وتحقق كونه فيه فقبضه أن بمضي مدة لو أراد أن يقوم إلى الصندوق ويقبضه أمكنه ، وإن كان الرهن غائبا عن المجلس بأن يكون في البيت والمرتهن في المسجد أو السوق ، فنقل المرنى عن الشافعى رحمه الله أنه لا يصير مقبوضا حتى يصير المرتهن إلى منزله والرهن فيه ، فقال المصنف : هذا فيما يزول بنفسه مثل العبد أو البهيمة ، فأما ما لا يزول بنفسه مثل الثوب والدار فلا يحتاج إلى أن يصير إلى منزله ، ويكفي أن يأتي عليه زمان يمكنه القبض فيه

قال القاضى أبو الطيب : وقد نص الشافعى على مثل ذلك في الام ، لان ما يزول بنفسه لا يعلم مكانه ، وأما الشيخ أبو حامد فقال غلط أبو إسحاق ، وقد نص الشافعى رحمه الله في الام على أنه لا فرق بين الحيوان وغيره . ولأنه يجوز أن يحدث على غير الحيوان التلف من سرقة أو حريق أو غرق فهو بمنزلة الحيوان وحكى المصنف أن من أصحابنا من قال أخبره ثقة بأنه باق على صفته بمضى زمان يتأتى فيه القبض ، وليس بشيء لأنه يجوز أن يكون قد تلف بعد رؤية الثقة . قال الشافعى رحمه الله : لا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . قال أصحابنا : هذا الكلام يحتمل تاويلين :

(أحدهما) أن هذه مسألة مبتدأة ، أى أن القبض لا يحصل في الرهن إلا أن يقبضه المرتهن أو وكيله ، يقصد بهذا بيان جواز الوكالة في القبض لأن القبض هو نقله من يد الراهن الى يد المرتهن ، وهو لا يوجد إلا بمحض نور المرتهن أو وكيله ، وقد فرغ الشافعى رحمه الله على هذا في الام أن المرتهن لو وكل الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره على نفسه في القبض .

والتاويل الثانى أن هذا عطف على المسألة المتقدمة اذا رهنه وديعة عنده غائبة عنه فلا يكون مقبوضا حتى يرجع المرتهن أو وكيله ويشاهدها . قالوا وهذا أشبه لانه اعتبر مجرد الحضور لا غير ، وإنما يكفي ذلك فيما كان عنده ، وأما ما كان في يد المرتهن فلا بد من النقل فيه . والله أعلم

(فرع) إذا أذن الراهن للمرتهن في قبض الرهن ومضت مدة يتأتى فيها القبض صار مقبوضا عن الرهن ولا يزول عن الغاصب ضمان الذهب إلا بالرهن يسلمه إلى المغضوب منه عن الضمان في أحد الوجهين . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزني رحمهم الله تعالى : يزول ضمان الغصب عن المرتهن

دليلنا : أنه لم يتخلل بين الغصب والرهن أكثر من عقد الرهن وقبضه . والرهن لا ينافي الغصب لأنها قد يجتمعان ، بأن يرتهن عينا ويتعدى فيها ، فإن ارتهن عارية في يده وأذن له في قبضها عن الرهن صح وكان له الانتفاع بها لأن الرهن لا ينافي ذلك ؛ ويكون ضمان العارية باقيا عليه ، فإن منعه المعير من الانتفاع فهل يزول عن المستعير الضمان ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يزول لأنها خرجت عن أن تكون عارية (والثاني) لا يزول عنه الضمان لأن يده لم تزول ؛ وإن أودعها المعير عند المستعير ، والمغضوب منه عند الغاصب ، فهل يزول عنه الضمان ، فيه وجهان (أحدهما) لا يزول عنه الضمان لبقاء يده (والثاني) يزول لان الإبداع ينافي الغصب والعارية

وقال الشافعي : والقبض في العبد والثوب مما يحول بأخذه مرتهنه من يد راهنه ، وقبض مالا يحول من أرض أو دار أن يسأله بلا حامل . وهذا كما قال : القبض في الرهن كالقبض في البيع ، فإذا رهنه ما ينقل مثل الدراهم والثياب فقبضها كان له أن يتناولها وينقلها من مكان إلى مكان . وكذلك إذا رهنه بهيمة فقبضها له أن يسوقها أو يقودها من مكان إلى مكان ، وكذلك صبرة جزافا أو مكبلا من صبرة وقبضه بالسكيل ، وإن رهنه مالا ينقل كالأرض والديكان والدار فالقبض فيها أن يزبل الراهن يده عنها بأن يخرج منها ويسلمها إلى المرتهن ولا حائل بينه وبينها ، فإن كنا في الدار وخرج الراهن منها صح القبض . وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها ، لأنه إذا كان في الدار فيده عليها فلا تصح التخلية ، وهذا ليس بصحيح لأن التخلية تحصل بقوله وبرفعه يده عنها ألا ترى أن بخروجه من الدار لا يزول يده عنها ، وبدخول دار غيره لا تثبت يده عليها ، ولأنه بخروجه محقق لقوله ، فلا معنى لاعادة التخلية ، هكذا ذكره ابن الصباغ ، وإن خلى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم في الدار فقط

وقال أبو حنيفة : لا لأنها مشغولة بملك الراهن ، وكذلك يقال في دابة عليها حمل ، لو رهنه الحمل دون الدابة وهو عليها صح ، لأن كل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الرهن . وقال أبو حنيفة : إذا رهنه سرج دابة ولجامها وسلمها بذلك لم يصح القبض ، وهذا يناقض قوله في الحمل .

(فرع) ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز . قال الصيمري : ولو قال الراهن للمرتهن وكل عني رجلاً لقبضك أو ليقبض وكيلك عني جاز ، ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز (فرع) قال الشافعي : والاقرار بقبض الرهن جائز إلا فيما لا يمكن في مثله اه (قلت) وهذا كما إذا أقر بزمان أو مكان لا يمكن صدقهما فيه ، كأن زعما أنهما تراهما داراً ببافا وهما في القاهرة وبافا في يد اليهود لم يصح ، أما إذا أقر أنهما تراهما داراً اليوم بأسوان وهما في القاهرة وأمكن انتقالهما بالطائرة وعودتهما صح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أذن له في القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لان الاذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له ، وإن أذن له ثم جن أو أغمى عليه لم يجز أن يقبضه لانه خرج عن أن يكون من أهل الاذن ويكرن الاذن في القبض الى من ينظر في ماله ، فان رهن شيئاً ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت فان باعه أو جمعه مهراً في نكاح أو أجرة في إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه أو كان عبداً فكاتبه أو أعتقه انفسخ الرهن ، لان هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن ، فان دبره فلهنصوص في الام أنه رجوع .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً . وهذا من تخريجه ، ووجهه أنه يمكن الرجوع في التدبير ، فاذا دبره أمكنه أن يرجع فيه فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين . والصحيح هو الاول ، لأن المقصود بالتدبير هو العتق ، وذلك يتنافى الرهن ، لجعل رجوعاً كالبيع والكتابة ، فان رهن ولم يقبض ، أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعاً على المنصوص ، لان المقصود منه يتنافى الرهن .

وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعاً لأنه يمكنه الرجوع فيه . وإن كان المرهون جائزاً فزوجها لم يكن ذلك رجوعاً لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعاً في الرهن وإن كان داراً فأجرها نظرت ، فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً لأنها لا تمنع البيع عند المحل ، فلم يفسخ بها كالتزويج ، وإن كانت إلى مدة محل الدين قبل انقضاءها ، فإن قلنا إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً لأنه لا يمنع البيع عند المحل ، وإن قلنا لا يجوز بيعه كان رجوعاً لأنه تصرف ينافي مقتضى الرهن فجعل رجوعاً كالبيع ،

(الشرح) الأحكام : إن رهن عيناً وأذن له بقبضها فقبل أن يقبضها المرتهن رجوع الراهن عن الإذن لم يكن للمرتهن قبضها ، لأنه إنما يقبضها بأذن الراهن وقد بطل إذنه برجوعه ، وإن رهنه شيئاً ثم جن الراهن أو أغمى عليه أو أفلس أو حجر عليه لم يصح إقباضه الراهن ولا يكون للمرتهن قبضه لأنه لا يصح قبضه إلا بأذن الراهن ، وقد خرج عن أن يكون من أهل الإذن . وكذلك إذا أذن له في القبض فقبل أن يقبض طرأ على الراهن الجنون أو العمى أو الحجر بطل إذنه بذلك ولا يبطل الرهن بذلك .

إذا ثبت ما ذكرناه فإن الولي على المجنون والمعمى عليه ينظر فإن كان الحظ باقباض الرهن مثل أن يكون شرطاً في بيع يستضير بفسخه ، وما أشبه ذلك أقبضه عنهما ، وإن كان الحظ في تركه لم يقبضه ، وإن كان للرجوع عليه غرماء غير المرتهن قال ابن الصباغ : لم يجوز للحاكم تسليم الرهن إلى من رهنه عنده قبل الحجر لأنه ليس له أن يتبدى . عقد الرهن في هذه الحالة ، فيكذلك تسليم الرهن .

(فرع) وإن رهن عند غيره رهناً ثم تصرف فيه الراهن قبل القبض نظرت فإن باعه أو أصدقه أو جعله عوضاً أو رهنه وأقبضه ، أو كان عبداً فأعتقه أو كاتبه بطل عقد الرهن لأنه يملك فسخ الرهن قبل القبض فجعلت هذه التصرفات اختياراً منه لفسخه ، فإن كانت أمة فزوجها أو عبداً فزوجه لم يبطل الرهن لأن التزويج لا ينافي الرهن ، ولهذا يصح رهن الأمة المزوجة والعبد المزوج ، وإن أجزا الرهن ، فإن قلنا يجوز بيع المستأجر لم يفسخ الرهن بالإجارة ، وإن قلنا

لا يجوز بيع المستأجر ؛ فان كانت مدة الاجارة تنقضى قبل حلول الدين لم يفسخ
الرهن . وإن كان الدين يحل قبل انقضاء مدة الاجارة انفسخ الرهن بها ، وإن
دبر الراهن العبد المرهون فالمنصوص أن الرهن يفسخ

(فرع) استدامة القبض في الرهن ليس بشرط في الرهن . وقال أبو حنيفة
ومالك : الاستدامة شرط فيه . دليلنا أنه عقد يعتبر فيه القبض فلم تكن استدامته
شرطا كالحبة مع أبي حنيفة والقرض مع مالك

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في الرهن : اذا مات المترهن لم
ينفسخ . وقال في التفليس : اذا مات الراهن لم يكن للمترهن قبض الرهن ، فن
أصحابنا من جعل ما قال في التفليس قولا آخر أن الرهن يفسخ بموت الراهن ،
ونقل جوابه فيه الى المترهن ، وجوابه في المترهن اليه ، وجعلهما على قولين .
أحدهما يفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال ، فانفسخ بموت العاقد ، كالوكالة
والشركة . والثاني لا يفسخ لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع
في مدة الخيار .

ومنهم من قال يبطل بموت الراهن ولا يبطل بموت المترهن ، لأن بموت
الراهن يحل الدين ويتعلق بالركة ، فلا حاجة الى بقاء الرهن ، وبموت المترهن
لا يحل الدين ، فالحاجة باقية الى بقاء الرهن .

ومنهم من قال لا يبطل بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأنه اذا لم يبطل
بموت المترهن على ما نص عليه والعقد غير لازم في حقه بحال ، فلأن لا يبطل
بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى ، وما قال في التفليس لا حاجة فيه
لأنه لم يرد أن الرهن يفسخ ، وإنما أراد أنه اذا مات الراهن لم يكن للمترهن
قبض الرهن من غير اذن الورثة

(الشرح) الاحكام : وان عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض
فقد نص الشافعي أن الرهن لا يفسخ بموت المترهن بل الراهن بالخيار بين أن

يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم . وحكى الداركي أن الشافعي رحمه الله قال في موضع آخر : إن الرهن يفسخ بموت الراهن قبل التسليم واختلف أصحابنا في المسئلة على ثلاثة طرق ، فمنهم من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) يفسخ بموت أحدهما لأنه عقد جائز فطل بالموت كالوكالة والشركة .

(والثاني) لا يفسخ بموت واحد منهما لأنه عقد يشول إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار .

ومنهم من قال : يفسخ بموت الراهن ولا يفسخ بموت المرتهن ، لأن موت الراهن يحل الدين المؤجل عليه ، فإذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان للمرتهن أسوة الغرماء ، ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن ، وإن لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة ، فلا وجه لتسليم الرهن به . وليس كذلك المرتهن ، فإن ماله من الدين لا يحل بموته فالحاجة باقية إلى الاستيثاق بالرهن .

ومن أصحابنا من قال : لا يبطل الرهن بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأن الرهن إذا لم يفسخ بموت المرتهن والعقد لا يلزم من جهته بحال ، فلأن لا يبطل بموت الراهن — والعقد قد يلزم من جهته — بعد القبض أولى .

وأنكر الشيخ أبو حامد ما حكاه الداركي وقال : بل كلام الشافعي رحمه الله يدل أن الرهن لا يفسخ بموت الراهن لأنه قال في الأم : وإذا رهن عند رجل شيئاً مات الراهن قبل أن يقبض الرهن ، فإن كان عليه دين كان أسوة الغرماء وإن لم يكن عليه دين فوارثه بالخيار بين أن يقبض الرهن المرتهن أو يبقيه ، وإن مات أحدهما بعد القبض لم يفسخ الرهن بلا خلاف ، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه لأن الرهن لازم جهة من الراهن والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والاجارة . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن ، أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد على البيع ، بقي الدين بغير رهن ، وإن كان الرهن مشروطاً في البيع ثبت للبائع الخيار ، بين أن يمضى البيع من غير رهن أو يفسخه ، لانه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالتمن وثيقة ، ولم تسلم له ، فثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء .

(الشرح) الأحكام : إذا امتنع الراهن من الاقباض أو انفسخ عقد الرهن قبل القبض نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد بقي الدين بغير رهن ، ولا خيار للمرتهن ، وإن كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه ، لانه دخل في البيع بشرط الوثيقة ولم تسلم له الوثيقة ، فثبت له الخيار .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قبض الراهن الرهن لزوم العقد من جهته ، ولا يملك فسخه لانه عقد وثيقة ، فإذا تم لم يحز فسخه من غير رضا من له الحق كالصنمان ، ولأننا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة ، وسقط فائدة الرهن .

(الشرح) الأحكام : إذا قبض الراهن الرهن لزوم من جهته فلم يملك فسخه قال ابن الصباغ : وهو اجماع لا خلاف فيه ، ولأنه يراد للوثيقة فلو جاز له الفسخ لم يحصل بذلك وثيقة ، وإذا قبض الرهن فإنه يكون وثيقة بالدين وبكل جزء منه فإذا رهنه عينين بألأب وقبضتهما المرتهن ثم تلفت احدهما كان الباقي رهناً بجميع الألب ؛ وبه قال أبو حنيفة فيما روى عنه في الأصول ، وروى عنه في الزيادات أن الدين يتوسط على الرهن .

وروى عن أحمد أن العقد يفسخ في النالفة إذا كان قبل القبض ويبقى في الباقية لان العقد كان صحيحاً فيهما وإنما طرأ انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر ، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة ، والراهن مخير بين

إثبات الباقية وبين منمها ، وإن كان بعد القبض للأخرى فقد لزم الرهن فيها ،
ولو تانت احدهما بعد القبض فلا خيار للبائع إذا كان الرهن مشروطاً ببيع ،
لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار ، فإذا تلف بعضه أولى .

دلنا أنه مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بالحق وبكل جزء منه كما لو
مات وخلف تركه ودينياً عليه ، فإن التركة محبوسة بالدين وبكل جزء منه ، ولأنه
وثيقة بحق فكانت وثيقة بالحق وبكل جزء منه كالشهادة والضمان ، فإذا قضى
الراهن الدين أو أبراه منه المرتهن - والرهن في يد المرتهن بقى في يده أمانة .
وقال أو حنيفة : إن قضاء الرهن كان الرهن مضموناً على المرتهن ، وإن أبراه
المرتهن أو وعبه ثم تلف الرهن في يده لم يصنمته استحساناً لأن البراءة والرهن
لا يقتضى الضمان وكان هذا مناً منه لأن القبض المضمون عنده لم يحول ولم يبرئه منه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه
وثيقة محضنة ، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه ، كالشهادة والضمان ، فإن رهن
اثنان عند رجل عينا بدينهما بدين له عليهما فبريء أحدهما ، أو رهن رجل عند
اثنين عينا بدين عليه لهما فبريء من دين أحدهما انفك نصف العين من الرهن ،
لأن الصنفة إذا حصل في أحد شرطها عاقدان فهما عقدان ، فلا يقف الفكك
في أحدهما على الفكك في الآخر ، كما لو فرق بين العقدين ، وإن أراد الرهنان
في المسئلة الأولى أن يقسما أو الراهن في المسئلة الثانية أن يقامم المرتهن الذي لم
يبرأ من دينه نظرت ، فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من
غير رضا المرتهن ، وإن كان مما ينقص قيمته فجهان .

(أحدهما) لا يجوز من غير رضا المرتهن ، لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر
فلم يجوز من غير رضاه (والثاني) يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك
الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه .

(الشرح) الأحكام : إن أسلم في طعام فأخذ به رهناً ثم تقايلا عقد السلم
بريء المسلم اليه من الطعام ووجب عليه رد رأس مال المسلم ، وبطل الرهن لأن

الدين الذي ارتهن به قد بطل ، ولا يكون له حبس الرهن إلى أن يأخذ رأس المال لأنه لم يرهنه به ، وإن اقترض منه ألفا ورهنه بها رهنًا ثم أخذ المقرض بالألف عينا سقطت الألف عن ذمة المقرض وبطل الرهن ، وإن تلقت العين في يد المقرض قبل أن يقبضها المقرض انفسخ القضاء وعاد الرهن والقرض لأنه متعلق به وقد عاد .

قال الشيخ أبو حامد : وإن باع من رجل كره^(١) طعام بألف درهم إلى أجل وأخذ بالثمن رهنا فاذا حل الأجل أو كان حالا فلاباع أن يأخذ منه بدل الثمن دنائير ، فاذا أخذها انفسخ الرهن ، وإن تفرقا قبل قبض بطل القضاء ، وعاد الثمن إلى ذمة المشتري ، ويعود الرهن لأن الرهن من حق ذلك الثمن فسقط بسقوطه فاذا عاد الثمن عاد بجمته ، وإن ابتاع منه مائة دينار بألف درهم في ذمته ودفع عن الدراهم رهنا صح ، فإن تقابضا في المجلس صح الصرف ، وانفك الرهن ، وإن تفرقا من غير قبض بطل الصرف والرهن .

(فرع) وإن كان للرجل على رجلين دين فرهناه ملكا بينهما مشاعا جاز ، كما لو باعا ذلك منه ، فاذا أفضناه أحدهما ما عليه له أو أبرأ المرتهن أحدهما انفك نصف الرهن ، لأن الصفقة إذا حصل في أحد شرطيهما عاقدان فهما عاقدان ولا يقع الفك في أحدهما على الفك في الآخر ، فإن طلب من انفك نصيبه القسمة نظرت ، فإن كان الرهن مما لا يتساوى أجزاءه كالشباب والحيوان أو كانا دارين فأراد من انفك نصيبه أن يجعل كل دار سهما لم يجوز ذلك من غير إذن المرتهن ، لأن ذلك منافاة ، والرهن يمنع من ذلك .

وإن كان الرهن مما يتساوى أجزاءه كالطعام فله مطالبته بقسمته لأنه لا ضرر على المرتهن بذلك ، وهكذا إذا كانت الأرض متساوية الأجزاء فهي كالطعام وإن كان الرهن تنقص قيمته بالقسمة كالحجرة الواحدة ، إذا قسمتها نصفين أو الشقة إلى شقتين فهل للمرتهن أن يمنع ؟ فيه وجهان . أحدهما : له أن يمنع لأن

(١) الكره واحد الأكرار ما يخزن فيه القمح ومنه قول العامة عن غرفة في البيت فيها مخزونه من الطعام (غرفة السكر) وصوابه السكر أو الأكرار .

الضرر يدخل عليه بذلك (والثاني) ليس له أن يمتنع لأن المرهون عنده النصف فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لاحق له فيه . وهذا نقل البغداديين من أصحابنا . وقال المسعودي : إن قلنا إن القسمة قدر النصيبين جازت القسمة ؛ وإن قلنا إنها بيع لم يجز ، وإن رهن رجل ملكا له عند رجلين بدين لهما عليه فقضى أحدهما دينه أو أبراه أحدهما عن دينه انفك نصف الرهن ، لأن في أحد شرطى الصفقة عاقدين فهما كالعقدين ، والحكم في القسمة ما مضى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان قبل القبض نظرت فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع ، وإن كان في رهن شرط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه ، لأنه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن ، فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار ، فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ ، لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده ، ولا يثبت له الارش ، لأن الارش بدل عن الجزء الفائت ، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله ، فإذا فات بعضه لم يجب بدله . والله أعلم

(الشرح) الاحكام : إذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان موجودا في يد الراهن نظرت فإن كان الرهن غير مشروط في عقد البيع فلا خيار في فسخ البيع لأن الراهن متطوع بالرهن ، فإن كان الرهن مشروطا في عقد البيع ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع ، لأنه لم يسلم له الشرط ، وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب لم يثبت له الخيار لأنه لا يمكنه رد الرهن كما أخذ ، ولا يثبت له أرش العيب كما ثبت للمشتري أرش العيب ، والفرق بينهما أن المبيع يجبر البائع على إقباضه فأجبر على دفع الارش ، والراهن لا يجبر على إقباض الرهن فلم يجبر على دفع الارش

وبهذا قال أحمد وأصحابه وابن المنذر . ولأن المبيع لو تلف جميعه في يد البائع قبل التسليم لوجب عليه ضمانه بالثمن . وها هنا لو تلف الرهن في يد الراهن قبل التسليم لم يجب عليه بدله .
ولأننا لو قلنا لا أرش للشترى لاسقطنا حقه ، وها هنا لا يسقط حق المرتهن لأن حقه في ذمة الراهن ،

قال الشيخ أبو حامد : فلو باعه شيئا بشرط أن يرهنه عبدين فرهنهما عنده وأقبضه أحدهما وتلف عند المرتهن وامتنع الراهن من إقباض الثاني أو تلف في يد الراهن لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لأنه لا يمكن رد العبد الذي قبض فيمضى البيع بلا رهن ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

مالا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد ، والكاب والخنزير لا يجوز رهنه ، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه ، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه .

(الشرح) الاحكام : كل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ، إن تعذر استيفاءه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ، ولأن ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته ، أو يفوت شرط فينتفي الحكم لانقائه كالمشاع ، فإنه استثنى من هذه القاعدة فجوز رهن المشاع لذلك . وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبيه والاوزاعي وسوار والعتبري وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : لا يصح إلا أن يرهنها من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصال به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع

ولما أنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع

قابل لذلك ، والغريب أن أصحاب الرأي يمتنعون هذا ويجيزون رهن القاتل والمترد والمغضوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وما يسرع اليه الفساد من الاطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها ، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فسادها ، لانه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه ، فاما ما رهنه بدين مؤجل الى وقت يفسد قبل محله فانه ينظر فيه ، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه ، وإن أطلق ففيه قولان :

(أحدهما) لا يصح وهو الصحيح ، لانه لا يمكن بيعه بالدين في محله فلم يجوز رهنه كام الولد .

(والثاني) يصح . وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهناً ، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط . والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فسادها ، فيصير كما لو شرط ذلك ، ولو شرط ذلك جاز رهنه ، فكذلك إذا أطلق ، فإن رهن ثمرة يسرع اليها الفساد مع الشجر ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما لو أفردته بالعقد ، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لانه تابع للشجر ، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة

(الشرح) الاحكام : ان رهنه شيئاً رطباً يسرع اليه الفساد ؛ فإن كان مما يمكن تجفيفه كالرطب والعنب صح رهنه ووجب على الراهن مئونة تجفيفه ، كما يجب عليه مئونة حفظه وعلف الحيوان ، فان احتاج الى ثلاجة ليحفظ فيها كان على الراهن استهلاك الثلاجة من الثلج أو الكهروبا ، وان كان مما لا يمكن تجفيفه أو حفظه في الثلاجات نظرت فان رهنه بحق حال أو مؤجل قبل فسادها صح الرهن لأن الغرض يحصل بذلك

وان شرط الراهن أن لا يباع الا بعد حلول الحق لم يصح الرهن لانه يتلف ولا يحصل المقصود ، وان أطلق ذلك ففيه قولان (أحدهما) يصح الرهن ، فإذا خيف عليه الفساد يبيع ويجعل ثمنه رهناً : لأن العقد يبنى على عرف الناس ،

وفي عرفهم أن المالك لا يترك من ماله ما يخاف عليه الفساد لفسد (والثاني) لا يصح الرهن وهو الصحيح .
قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان علق عتق عبده على صفة توجد قبل محل الدين لم يجوز رهنه ، لأنه لا يمكن بيعه في الدين . وقال أبو علي الطبري رحمه الله : اذا قلنا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد جاز رهنه ، وان علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ، ويجوز أن لا توجد ، ففيه قولان (أحدهما) يصح لأن الاصل بقاء العقد وأمكان البيع ؛ ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه ، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون (والثاني) لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة الرهن .
(الشرح) الاحكام ، ان علق عتق عبده على صفة ثم رهنه ففيه ثلاث مسائل (الاولى) اذا قال : اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، وكان قد رهنه بحق حال أو مؤجل قبل مجيء رأس الشهر فيصح الرهن قولاً واحداً ، لأنه يمكن استيفاء الحق من ثمنه .

(الثانية) أن رهنه بحق مؤجل توجد الصفة قبله ؛ فقد قال عامة أصحابنا لا يصح قولاً واحداً . وقال أبو علي الطبري فيه قولان ، كرهن ما يسرع اليه الفساد ، والصحيح هو الاول ، لأن الطعام الرطب الظاهر من جهة الراهن يبيته اذا خيف عليه الفساد وجعل ثمنه رهناً ، والظاهر من علق عتق عبده على صفة أنه أراد ايقاع العتق بذلك

(الثالثة) اذا علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ، ويجوز أن محل الدين قبلها ، بأن يقول اذا قدم زيد فأنت حر . واذا دخلت الدار أو كلمت زيدا فأنت حر ؛ فهل يصح رهنه ها هنا بعد ذلك ؟ فيه قولان (أحدهما) يصح الرهن لان وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه (والثاني) لا يصح ، لأن الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز ، هذا قول عامة أصحابنا . وقال أبو علي في الافصاح لا يصح رهنه قولاً واحداً لأنه عقد الرهن على غرر .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلاف أصحابنا في المدبر . فمنهم من قال : لا يجوز رهنه قولاً واحداً ، لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فنع صحة الرهن . ومنهم من قال : يجوز قولاً واحداً لأنه يجوز بيعه لحاز رهنه كالعبد القن . ومنهم من قال : فيه قولان : بناء على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة ، فإن قلنا : إنه وصية جاز رهنه ، لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول ، لجعل الرهن رجوعاً . وإن قلنا : إنه عتق بصفة لم يجز رهنه ، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول ، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك ، والرهن لا يزيل الملك .

قال أبو إسحاق : إذا قلنا : إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره ، وإن لم يقض قبل له : أترجع في التدبير ؟ فإن اختار الرجوع بيع العبد في الرهن ، وإن لم يختار فإن كان له مال غيره قضى منه الدين ، ويبقى العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يحكم بفساد الرهن ، لأننا إنما صححنا الرهن لأننا قلنا لعله يقضى الدين من غيره أو يرجع في التدبير ، فإذا لم يفعل حكمتنا بفساد الرهن (والثاني) أنه يباع في الدين وهو الصحيح ، لأننا حكمتنا بصحة الرهن ، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه ، لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاطاً ، لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع ، فكان كالمقسوم في جواز الرهن ، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح كما يصح بيعه (والثاني) لا يصح لأن فيه إضراراً بالشريك بأن يفتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهناً .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رحمه الله ، ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً ، وجملة ذلك أنه إذا قال لعبدته إذا مت فأنت حر ثم رهنه بعد ، فاختلاف

أصحابنا في صحة الرهن على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : إن قلنا . إن التدبير وصية صح الرهن وبطل التدبير ، لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بالقول ، فجعل الرهن رجوعاً .

وإن قلنا : إن التدبير عتق بصفة لم يصح ، لأنه لا يصح الرجوع فيه ، إلا بتصرف يزيل الملك ، قالوا : وقول الشافعي : كان الرهن مفسوخاً أراد على هذا القول ، ومنهم من قال : لا يصح الرهن قولاً واحداً ، وعليه يدل ظاهر قوله في الام ، لأنه قال : اذا دبر عبده ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً ، ولو قال : كنت رجعت قبل الرهن عن التدبير فهل يصح الرهن فيه قولان ، وهذا نص في أنه لا يصح الرهن قبل الرجوع قولاً واحداً ، ولانا - وان قلنا : ان التدبير وصية - الا أنه أقوى من الوصية بدليل أنه يتحرر بالموت من غير قبول بخلاف الوصية ومنهم من قال : يصح الرهن قولاً واحداً ، ولا يبطل التدبير ، لان الشافعي رحمه الله قال : كل ما جاز بيده جاز رهنه كالدبر يجوز بيعه قولاً واحداً فكذلك رهنه . قال ابن الصباغ : والطريقة الاولى أصح ، والثانية : ظاهر كالأمة ، والثالثة : مخالفة للنص والقياس .

فاذا قلنا : بالطريقة الاولى ، وأن الرهن يصح - اذا قلنا : ان التدبير وصية - فان التدبير بطل ، وهو اختيار المزني ، فان قضى الحق من غيره فلا كلام ولم يعتق العبد بالموت الا بتدبير ثان أو عتق ، وان لم يقضه من غيره بيع العبد بالموت الا بتدبير ثان أو عتق ، وان لم يقضه من غيره بيع العبد في الدين ، وان قلنا بالطريقة الثانية أن الرهن صحيح والتدبير صحيح نظرت . فان حل الحق وقضى الحق من غير الرهن بقي العبد في الدين ، وان لم يختر الرجوع فيه ، فان كان له مال غير العبد أجبر على قضاء الدين وبقي العبد على التدبير ، وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يحكم بفساد الرهن ، لانا انما صححنا الرهن رجاء أن يرجع في التدبير فيبيع ، وتأول قول الشافعي : كان الرهن مفسوخاً ، على هذا للوضع ؛ ومنهم من قال : يباع في الدين ، وهو الصحيح . لأنه اذا حكمتنا بصحة الرهن لم يتممقه الفساد بامتناع الراهن ، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين .

(فرع) وان رهن عبده ثم دبره فان دبره قبيل أن يقبض كان فسخاً للرهن على المنصوص ، وعلى تخريج الربيع لا يكون فسخاً له ، وقد مضى ذكره ، وان أقبضه ثم دبره قال الشافعي رحمه الله أوقفت التدبير ، فان حل الحق وقضى الدين من غير الرهن خرج العبد من الرهن وكان مديراً ، وإن لم يقبضه من غيره - وان باعه - صح وبطل التدبير ، وإن لم يختار الرجوع في التدبير - فإن كان له مال غيره - أجز على قضاؤه منه وبقي العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غير العبد بيع في الدين وبطل التدبير ، وان مات الراهن قبل قضاء الدين فقد حل الدين بموته ، وان خلب تركته تفي بالدين عن العبد قضى الدين منها وعتق العبد من ثلث ما بقي ، وان لم يكن له مال غيره ، فان كان الدين يستغرق قيمته بيع العبد في الدين ؛ وان كانت قيمته أكثر من الدين بيع منه بقدر الدين ، وعتق ثلث ما بقي بالتدبير ، فإن أجازته الورثة عتق باقيه .

(مسألة) وما صح رهنه صح رهن جزءه منه مشاعاً سواء كان مما ينقسم كالدور والأرضين ، أو مما لا ينقسم كالجواهر ، وسواء رهنه من شريكه أو من غيره وقد مضى تفصيل الخلاف فيه والرد على أبي حنيفة وأصحاب الرأي في أول الباب فراجعهم وتمتة القول : ان كان بين رجلين عمارة فيها شقق فرهن أحدهما نصيبه من شقة من غير شريكه فإن كان باذن شريكه صح الرهن ، وان كان بغير اذنه ففيه وجهان .

(أحدها) يصح كما يصح بيعه (والثاني) لا يصح ، لأن في ذلك ضرراً على الشريك لأنهما قد يفتسمان فتقع هذه الشقة في حق شريكه فيكون قد رهن مالك غيره بغير اذنه بخلاف البيع ، فإنه اذا باع زال ملكه فيه ، ولا يملك المقاسمة على ما باع .

اذا ثبت هذا : ورهن سهماً مشاعاً في عين بينه وبين غيره - فإن كان مما لا ينقل - فإن الراهن يخلى بينه وبين المرتهن سواء حضر الشريك أو لم يحضر ، وان كان مما ينقل كالجواهر والبضائع والدواب وما أشبهها فان القبض لا يحصل الا بالنقل ، ولا يمكنه تناولها الا باذن الشريك ، فان رضى الشريك تناولها ،

وإن امتنع - فإن رضى المرتهن أن يكون في يد الشريك - جاز ، وناب عنه في القبض ؛ وإن تنازعا فإن الحاكم ينصب عدلا ، وهو ما يسمى في العرف الحاضر حارساً أميناً يكون في يده لهما ، وإن كان مما له أجره ومنفعة (رسوم أتعاب) كانت عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز رهن مال الغير بغير اذنه : لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين ، فلم يجوز رهنه ، كالطير الطائر والعبد الأبق ، فإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حتى فباعه أو رهنه ، ثم بان أنه قد مات قبل العقد . فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد ، وهو لاعب فلم يصح . ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبهه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت

(الشرح) سبق للنووي رحمه الله أن أخذ على المصنف تعريفه لغير بالالف واللام ، فكان الأصح ثم الأنصح أن يقول مال غيره ، وإن كان سلفنا السبكي رحمه الله تعالى تجوز في استعمالها في شوطه في الشكلة . أما الأحكام فإنه لا يجوز رهن مال غيره بغير اذنه لأنه لا يقدر على تسليمه ، فهو كالورثه منه صمكة في البحر ، وإن كان في يده مال لمن يرثه فباعه أو رهنه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان قد مات قبل البيع والرهن ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يصح ، لأنه باع ورهن مالا يعتقد ملكه فكان متلاعباً في ذلك فلم يصح

(والثاني) يصح لأنه بان أنه ملكه . قال الشيخ أبو حامد . وهكذا لو وكل رجلاً يشتري له شيئاً بعينه فباعه الموكل أو رهنه قبل الشراء وقال بملك هذا الشيء إن كان لي فبان أنه كان له ، وإن كان له مال في صندوق وقد رآه المرتهن فرهنه أو باعه وهو لا يتحقق كونه فيه ، ثم بان أنه كلف فيه ، فعلى الوجهين المنصوص أنه لا يصح .

(فرع) وإن رهنه سكنى دار لم يصح ، لأن الدين إن كان مؤجلاً فالمنافع تنفذ إلى وقت الحلول ، وإن كان الدين حالاً لم يحصل الاستيثاق . والرهن لا يلزم

إلا بالقبض ، والقبض لا يمكن في السكنى إلا بإتلافه ، فكأنه رهنه مالا يمكنه إقباضه ، فإن قال أردت به إن أجرتها كانت الأجرة رهناً لم يصح أيضاً لأنه لا يدري بكم يؤجرها فكأن باطلا ، أما في المساكن التي تحددت أجرتها بأوامر السلطات والحكام طبقاً لقواعد المثلية أو نفقات البناء أو غير ذلك من مراعاة العدل بين الناس ، فقد تعين المرتهن قدر إيجارها ، فصح أن تكون الأجرة من قيمة الرهن . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت ، فان رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمهوض ، فان رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع (والثاني) يصح ، وهو المذهب ، لأن الرهن لا يقتضى الضمان لحجاز فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع

(الشرح) الاحكام : ان اشترى عينا فرهنها قبل أن يقبضها — فان كان قبل أن يدفع الثمن لم يصح الرهن لأنها مرهونة بالثمن . وكذلك ان رهنها بشئ لم يصح لأنها قد صارت مرهونة به ، وإن نقد الثمن ثم رهنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن عقد الرهن يفتقر إلى القبض فلم يصح من المبيع قبل القبض ، كما لو باعه وفيه احتراز من العتق والتزوج .

(والثاني) يصح ، وهو الصحيح لأن الرهن لا يقتضى الضمان على المرتهن فصح فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفي رهن الدين وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يجوز بيعه لحجاز رهنه كالعين (والثاني) لا يجوز لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد .

(الشرح) الاحكام ، وفي بيع الدين المستقر وهبته ورهنه من غير من هو عليه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح واحد منها ، لأنه غير مقدور على تسليمه

فلم يصح كالسك في الماء (والثاني) يصح الجميع منها وهو اختيار ابن الصباع ، لأن الذمم تجرى مجرى الأعيان ، ألا ترى أنه يصح أن يشتري بضمن في ذمته ويبيع فيها ، كما يجوز أن يشتري الأعيان ويبيعها . إلا أن البيع لا يفتقر لزومه إلى القبض . وفي الهبة والرهن لا يلزمان من غير قبض ، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة يصحان ، ويلزمان من غير قبض ، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة تملك فجري مجرى الحوالة بخلاف الرهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن ، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق ، كبيع ما باعه ، وإجارة ما أجره ، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ ففيه قولان . قال في القديم « يجوز » وهو اختيار المزني . لأنه إذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ثم يصير مرهوناً بخمسمائة جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة ، ثم يصير مرهوناً بألف . وقال في الجديد : لا يجوز لأنه رهن مستحق بدين . فلا يجوز رهنه بغيره ، كما لو رهنه عند غير المرتهن ، فإن جنى العبد المرهون فقدها المرتهن . وشرط على الراهن أن يكون رهناً بالدين والأرض ، ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال هو على القولين ؛ ومنهم من قال يصح ذلك قولاً واحداً ، والفرق بين الأرض وبين سائر الديون أن الأرض متعلقة بالرقبة ، فإذا رهنه به فقد عاق بالرقبة ما كان متعلقاً بها ، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلا يجوز رهنه به ، ولأن في الرهن بالأرض مصلحة للراهن في حفظ ماله ، والمرتهن في حفظ وثيقته ، وأيسر في رهنه بدين آخر مصلحة ، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها ، والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدى العبد بقيمته في الجنابة ليسق عليه . وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله .

(الشرح) الأحكام ، إذا رهن عبداً عند رجل وأقبضه إياه فقبضه ثم رهنه الراهن عند آخر بغير إذن الأول لم يصح الرهن الثاني . لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق ، كما لو باع عبداً من زيد

ولزم البيع ثم باعها من عمرو ، فقوله بعقد لازم احتراز من الرهن قبل القبض ،
ومن إعارة ما أعاره

وقوله لا يجوز أن يعقد عليه مثله ، احتراز من عقد الإجارة على الرهن ،
فإنه يصح بغير إذن المرتهن . وقوله : من غير إذن من له الحق ، لأن المرتهن
لو أذن في رهنه من غيره صح ، وإن رهن رجلاً عبداً بألف درهم ثم رهنه عنده
بألف أخرى ففيه قولان . قال في القديم : يصح ، وبه قال مالك وأبو يوسف
رحمهم الله تعالى ؛ لأنه لما جاز أن يزيد في الحق الواحد رهناً آخر جاز أيضاً أن
يرهن الرهن الواحد بحق آخر .

ولأن الرهن وثيقة كالضمان ، فلما جاز أن يضمن من غيره حقاً ثم يضمن
عنه حقاً جاز في الرهن مثله . وقال في الجديد : لا يصح ، وبه قال أبو حنيفة
لأنه رهن لازم بدين آخر ، كما لو رهنه عند غيره ، وفيه احتراز من رهنه قبل
القبض ، فعلى هذا إذا كان أراد أن يرهنه بألفين فسخ الأول ثم يرهنه بالألفين ؛
فإن رهنه بألف ثم رهنه بألف وأقر أنه رهنه بألفين كان الإقرار صحيحاً في الظاهر
والباطن على القديم . وأما على الجديد فيكون رهنماً بالألفين حكماً ظاهراً . وأما
في الباطن فلا يكون الأمر مرهوناً بألف ، فإن ادعى المقر أنه رهنه بألف ثم رهنه
بألف ، وادعى المقر له أنه رهنه بهما معاً فالقول قول المقر له مع يمينه ، لأن
الظاهر صحة الإقرار .

وإن شهد شاهدان على عقد الرهنين ثم أراد أن يقيما الشهادة ، فإن كانا
يعتقدان صحة القول الجديد شهدا أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف ، فإن كانا يعتقدان
صحة القول القديم ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يشهدا أنه رهنه بألفين ،
ويطلقا ذلك ، لأنهما يعتقدان صحة ما يشهدان به (والثاني) لا يجوز أن يشهدا
الأعلى ما وقع عليه العقدان ، لأن الاجتهاد في ذلك إلى الحاكم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفي رهن العبد الجاني قولان . واختلف أصحابنا في موضع القواين
على ثلاث طرق ، فمنهم من قال القولان في العمد ، فأما في جنابة الخطأ فلا يجوز

قولا واحدا . ومنهم من قال القولان في جناية الخطأ ، فأما في جناية العمد فيجوز
 قولا واحدا . ومنهم من قال القولان في الجميع ، وقد بينا وجودهما في البيع
 (فصل) ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطيور الطائر ،
 لأنه لا يمكن تسليمه ولا يبعه في الدين فلم يصح رهنه
 (فصل) ومالا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه ، لأن الصفات مقصودة
 في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن ، فإذا لم يجوز بيع
 المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول

(الشرح) في رهن العبد الجاني قولان وفي موضع القولين ثلاث طرق مضي
 ذكر ذلك في البيع ، ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالطيور الطائر والعبد
 الآبق ، ولا رهن عبد من عبد كما لا يجوز بيع ذلك

(فرع) إذا قال رهنتك هذا الصندوق بما فيه ، أو هذا البيت بما فيه ، أو هذه
 الحقيبة بما فيها فقد نصر الشافعي رحمه الله في الام أن الرهن لا يصح بما في هذه
 الاشياء ، قال الشيخ أبو حامد : وهل يصح الرهن في الحق بضم الحاء المهملة .
 والبيت والجراب والخريطة ، فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصنقة ،
 وإن قال : رهنتك هذا الحق دون ما فيه . وهذا البيت دون ما فيه ، أو هذا
 الجراب دون ما فيه ، أو هذه الخريطة دون ما فيها صح الرهن في هذه الاشياء
 دون ما فيها ،

وإن قال رهنتك هذا الحق أو هذا البيت أو هذا الجراب أو هذه الخريطة
 ولم يقل دون ما فيه ولا بما فيه ، فنصر الشافعي رحمه الله أن الرهن يصح في البيت
 والحق والجراب ، ولا يصح في الخريطة ، والخريطة وعاء من آدم وغيره تخرج
 على ما فيها كما في الصحاح ، وفي ديارنا يسمى أهل الريف كيساً خشن النسج
 يطوونه على فلو سهم خريطة . قال لأن الحق والبيت والجراب لها قيمة تفقد في
 العادة . والخريطة ليس لها قيمة مقصودة في العادة ، وإنما المقصود ما فيها .
 قال الشيخ أبو حامد : ولا أصحابنا في هذا تحليط . ومنصوص الشافعي
 رحمه الله ما ذكرته .

(فرج) قال الشافعي رحمه الله : وإن رهنه أرضا من أرض الخراج فالرهن مفسوخ ، لأنها غير مملوكة ، واختلف أصحابنا في تأويل هذا فقال أبو سعيد الإصطخري أراد الشافعي رحمه الله بذلك سواد العراق ، وذلك أن أمير المؤمنين عمر (رض) أفتتجها وأخرجها من أيدي المجوس وقسمها بين الناس واستغلوها سنتين أو ثلاثا ، ثم رأى أنهم قد اشتغلوا بالأرض عن الجهاد فسألهم أن يردوها عليه فمنهم من طابت نفسه بالرد بغير عوض ، ومنهم من لم يطب نفسا إلا بعوض ثم وقفها أمير المؤمنين على المسلمين وأجرها ممن هي في يده على كل نوع من الغلات أجرة معلومة لا إلى غاية ، فدل هذا لا يجوز بيعها أو رهنها ، وهذا ظاهر النص وقال أبو العباس بن سريج : لما استردها أمير المؤمنين من المسلمين باعها ممن هي في يده ، وجعل منها جدلا هو الخراج الذي يؤخذ منهم ، فيجوز بيعها ورهنها لأن الناس من وقت أمير المؤمنين إلى وقتنا هذا يبيعونها ويبتاعونها من غير منكر . وأما قول الشافعي رحمه الله فحمل عليه لو أوقف الإمام أرضا ونضرب عليها الخراج ، فإن قيل فهذا الذي قلتموه في فعل أمير المؤمنين من التأويلين جميعا لا يصح على مذهب الشافعي ولا غيره ، ولأن الاجارة لا تجوز إلى غير مدة معلومة ولا بأجرة غير معلومة ، وكذلك البيع لا يجوز إلى أجل غير معلوم ، ولا بشمن غير معلوم .

فالجواب أن هذا إنما لا يصح إذا كانت المعاملة في أموال المسلمين ، فأما إذا كانت في أملاك المشركين فيصح ، ألا ترى أن رجلا لو قال من جاء بعبدى الأبق فإن له عبدا وثوبا وهما غير موصوفين لم يكن هذا جملا صحيحا ، ولو قال الإمام من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية كان جملا صحيحا اهـ .

فإن كان في الخراج بناء أو غراس ، فإن كان محدثا في أرض الخراج من غيرها صح بيعه ورهنه مفردا ؛ وإن باعه أو رهنه مع أرض الخراج — وقلنا لا يصح بيعها ورهنها بطل في الأرض ؛ وهل يصح في البناء والغراس ؟ فيه قولان ، بناء على القولين في تفريق الصفقة ، وقد مضى ذكر ذلك ، وإن كان البناء والغراس من أرض الخراج لم يصح بيعه ورهنه .

وقال الشافعي رحمه الله : فان أدى عنه الحراج كان متطوعا لا يرجع به إلا أن يكون دفع بأمره فيرجع ، وهذا كما قال : اذا رهن أرضا من أرض الحراج وأجرها فان الحراج الذي يجب في الأرض يجب على رهن الأرض الذي رهنها وأجرها ، فان دفع المرتهن أو المستأجر الحراج الواجب فيها نظرت ، فان كان بغير أمر من وجب عليه أو قضى الدين عن غيره بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء .
وقال مالك رحمه الله : يرجع عليه .

دليلنا : أنه متطوع بالدفع عنه فلم يرجع بشيء . كالألو وهبه شيئا ، وان قضى باذنه بشرط عليه البدل . والثاني . لا يرجع عليه بشيء . وهو اختيار ابن الصباغ لأن الشافعي رحمه الله قال : ولو دفع ثوبا الى قصار فقصره لا أجره له لأنه لم يشترطها له ، ولأنه لم يشترط الرجوع فلم يرجع عليه بشيء . كالألو وهبه شيئا ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان .
(أحدهما) لا يصح لانه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجوز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع .
(والثاني) أنه يصح لأنه ان كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن يهلك بالعاهة وان كان بدين مؤجل فنلت الثمرة لم يسقط دينه وانما تبطل وثيقته والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع فان العادة فيه أن يترك الى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجوز من غير شرط القطع .

(الشرح) الأحكام : إذا رهنه نخلا وعليها طلع مؤبر لم يرهنه الثمرة صح الرهن في النخل دون الثمرة لأنه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر ، ولم يرهنه الثمرة صح الرهن في النخل دون الثمرة ، لانه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر ، ولم يشترط دخوله في البيع لم يدخل ، فكذلك في الرهن ، وان كان عليها طلع غير مؤبر ،

ولم يشترط دخوله في الرهن ولا خروجه من الرهن فهل يدخل الطلع في الرهن المنصوص أنه لا يدخل . قال الربيع وفيه قول آخر أنه يدخل كالبيع ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يدخل في الرهن كما قلنا في البيع (والثاني) لا يدخل وهو الصحيح كما لا تدخل الثمرة الحادثة بعد الرهن ، ومنهم من قال . لا يدخل قولاً واحداً وهو اختيار أبي حامد لما ذكرناه .
 وقال أبو حنيفة : تدخل الثمرة في الرهن بكل حال بخلاف قوله في البيع ، وهذا ليس بصحيح ، لأن البيع أقوى من الرهن ، فإذا لم تدخل الثمرة في البيع ، فلأن لا تدخل في الرهن أولى .

وان قال . رهنك النخل والثمرة صح ، سواء كان قبل التأبير أو بعده كما قلنا في البيع ، ثم ينظر فيه ، فإذا رهن ذلك بحق حال أو بموجل يحل قبل ادراك الثمرة أو مع ادراكها صح ذلك ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق منها ، وإن كان الحق مؤجلاً لا يحل إلا بعد ادراك الثمرة نظرت في الثمرة ، فإن كان مما يمكن استصلاحها وتخفيفها كالتمر والزبيب صح ذلك ، ولزم الراهن مؤنة تخفيفها ، وإن كانت ثمرة لا يمكن تخفيفها كالنخاع والكهشري ؛ فن أصحابنا من قال . فيه قولان كما قلنا في رهن ما يسرع اليه الفساد ، ومنهم من قال . يصح الرهن قولاً واحداً لأن الثمرة تابعة للأصول فصح رهنها كما يجوز بيع الثمرة التي يبدو صلاحها مع الأصول ، ولا يجوز بيعها مفردة .

فإذا قلنا . يبطل الرهن في الثمرة فهل يبطل في الأصول ، يبنى على القولين في تفريق الصفة ، وقد مضى ذكره ، وإن رهنه الثمرة مفردة ، فإن كان بعد يبدو صلاحها فهو بمنزلة رهن الأشياء الرطبة ، وقد مضى ذكره ، وإن كان قبل يبدو صلاحها سواء كانت قد أبرت أو لم تبر — فإن كان الدين حالاً وشرط القطع صح الرهن ، كما يصح البيع ، وإن لم بشرط القطع ففيه قولان ، أحدهما لا يصح الرهن كما لا يصح البيع . والثاني يصح الرهن ، لأن رهنه بالدين الحال يوجب القطع ، وصار كما لو شرط القطع ، وإن رهنها بدين مؤجل ، فإن كان بشرط القطع فتمد قال ابن الصباغ كان بمنزلة رهن البقول والقواكه .

وذهب أصحاب أحمد إلى صحة الرهن في الثمرة دون الأصول قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، وكذلك الزرع الأخضر وهو اختيار القاصي منهم وذكره ابن قدامة .

قال أصحابنا : أطلق جواب ذلك . وإن رهنها مطلقاً ففيه ثلاثة أقوال ، (أحدها) لا يصح الرهن كما لا يصح البيع (والثاني) يصح ، لأن البيع إنما لم يصح لما فيه من الغرر ، وليس في الرهن غرر ، لأنه يتلف إن تلف مال صاحبه (والثالث) نقله المزني إن شرط القطع عند حلول الأجل صح . وإن أطلق لم يصح . إذ أن الإطلاق يوجب بقاءه إلى حال الجذاذ . وذلك تأخير للدين عن محله . هذا ترتيب ابن الصباغ كما حكاه العمراني في البيان .
وأما الشيخ أبو حامد فذكر أنها على القولين الأولين شرط القطع أو لم شرط

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقناب فرهن الحمل الظاهر ، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط ، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع . وإن لم يشترط القطع ففيه قولان (أحدهما) أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إتمام العقد على مقتضاه (والثاني) أنه صحيح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه وباخذ ما زاد فإذا أمكن إتمام المقدم يحكم ببطلانه

(الشرح) إذا رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل . ومثال ذلك النباتات الزاحفة ، وهي التي يمتد شجرها على الأرض كالبادنجان والقناب والخيار والدباء والبطيخ ، وإذا كانت شجرة تحمل في السنة

حاملين فـرهن الشجرة والحمل الاول أو رهن الحمل الاول منفرداً نظرت ، فإن كان بحق حال أو بموجب حمل قبل حدوث الثمرة الثانية صح الرهن ، وكذلك ان رهنه بحق مؤجل لا يحل إلا بعد حدوث الثانية إلا أنهما اشترطا أنه اذا خيف اختلاط الثانية بالاولى قطعت الاولى ، أو كانت الثانية اذا اختلطت بالاولى تميزت عنها ، فان الرهن صحيح ، لأن الرهن لا يختلط بغيره ، وان رهنه بحق مؤجل لا يحل الا بعد حدوث الثانية ولا يميز احدهما عن الاخرى فذكر أبو حامد وابن الصباغ أن الرهن لا يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق من الرهن لأنه يختلط بغيره فيصير مجهولاً . وذكر المصنف أنها على قولين أحدهما ، لا يصح الرهن لما ذكرناه ، والثاني ، يصح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك الثمرة للرتين ، أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ، فلم يحكم ببطان الرهن ، قال الشيخ أبو حامد : فإذا رهنه لحق حال فتواني في قطع الثمرة الاولى حتى حدثت الثانية ، واختلطت ولم تميز ففيه قولان

أحدهما ، يبطل الرهن ، لأن الرهن قد صار مجهولاً ، لاختلاطه بما ليس برهن ، والثاني ، لا يبطل لأنه كان معلوماً عند العقد ، وعند حلول الحق فلا يبطل بالجملة الحادثة ، فإذا قلنا يبطل فلا كلام ، وإذا قلنا لا يبطل ، قلنا للراهن أنسمح بترك الثمرة الثانية لتسكون رهنها . فان سمح فلا كلام ، وان لم يسمح ، فان اتفقوا على قدر الاولى فلا كلام ، وان اختلفا في قدر الاولى فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الاولى ، وسواء كانت الثمرة في يده أو في يد المرتين اه وقال المزني : إن كانت الثمرة في يد المرتين فالقول قوله مع يمينه . قال العمراني : وهذا غلط لأنهما اتفقا على أن الحادثة ملك الراهن ، وإنما يختلفان في قدر المرهون منهما ، فكان القول قول الراهن مع يمينه لأنه مدعى عليه .

(فرع) واذا رهنه ثمرة قال الشافعي رحمه الله تعالى : على الراهن سقيها وضلاحها وجذاذها وتشميسها ، كما يكون عليه نفقة العبد . وقال في موضع آخر ليس عليه تشميسها .

قال أصحابنا : ليس التشميس على قولين ، وإنما هو على اختلاف حالين ، فالوضع الذي قال عليه التشميس اذا بلغت الثمرة أو ان الجذاذ قبل حلول الحق ،

والذى قال ليس عليه التشميس إذا كان الحق قد حل مع تكامل صلاح الثمرة لأنها تباع في الحق ، وليس لأحدهما أن يطالب بقطعها قبل أو أن قطعها إلا برضى الآخر ، لأن على كل واحد منهما ضرراً بقطعها قبل وقت قطعها فلم يجوز ذلك من غير رضاها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزبل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما ، فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه وما قابل الولد يكون للراهن لا بتعلق به حق المرتهن .

(الشرح) الأحكام : إذا رهن الجارية ولها ولد صغير من زوج ، أو زنا ولم يرهن الولد معها صح الرهن ، لأن الرهن لا يزبل الملك فلا يكون فيه تفرقة بينهما فإذا حل الحق فإن قضى الراهن الدين من غير الرهن انفسخ الرهن ، وإن لم يقضه وكان الولد صغيراً يومئذ بيعت الجارية والولد ، لأنه لا يجوز التفرقة بينهما ، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن ، وما قابل الولد تعلق به حق الراهن .

قال الشيخ أبو حامد : وكيف ذلك أن يقال : كم قيمة هذه الجارية ولها ولد دون ولدها ؟ لأنها إذا كانت ذات ولد كانت قيمتها أنقص ، فإن قيل قيمتها مثلاً مائة ، قيل فكم قيمة ولدها ؟ فإن قيل خمسون ، تعلق حق المرتهن بثلثي ثمنهما ، وللراهن ثلث ثمنهما . وهذا إذا علم المرتهن بواد حال الرهن أو بعد ورضى به . وإن لم يعلم ثم علم ثبت له الخيار في فسخ البيع المشروط به الرهن .

وأما إذا رهنه جارية حايلاً ثم حملت في يد المرتهن من زوج أو زنا ، فإن الولد خارج من الرهن ، فإذا أراد البيع بيعت الجارية وولدها الصغير ، ويكون المرتهن حصتها من الثمن ، وللراهن حصة الولد ؛ وكيفية التيسيط أن يقال : كم قيمة هذه الجارية خالصة من الولد ثم يقسم الولد ويقسم الثمن على قدر قيمتها .

والفرق بينهما أن المرتهن رضى في الأولة بكون الجارية التي لها ولد صغير رهنا وهاهنا لم يرض بكونها لها ولد صغير رهنا . وهذا كما قال الشافعي رحمه الله : إذا رهن أرضا لحدث فيها نخل وشجر ، إذا بيعت الأرض والشجر برضاها فإن الأرض تقوم بيضاء لا شجر فيها . اهـ قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وفي جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان . قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان كالبيع ، أحدهما ، يبطل ، والثاني ، يصح ويجبر على تركه في يد مسلم . وقال أبو علي الطبري في الإفصاح يصح الرهن قولاً واحداً ويجبر على تركه في يد مسلم ؛ ويفارق البيوع بأن البيوع ينتقل الملك فيه إلى الكافر ، وفي الرهن المرهون باق على مالك المسلم . (الشرح) الأحكام : أما المصحف فقد روى عن أحمد روايتان ، الأولى ، لا أرخص في رهن المصحف ، والثانية ، إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه ، ومن هنا كان لمذهبه قولان . أما أصحابنا فقد جعلوا في رهن المصحف وكتب الفقه والحديث والعبد المسلم من الكافر طريقين . قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان ، أحدهما ، لا يصح ، والثاني ، يصح ويوضع ذلك على يد مسلم - كقواهم في البيوع - وقال أبو علي في الإفصاح : يصح الرهن قولاً واحداً ويوضع على يد مسلم ، لأن الكافر لا يملك الرهن بخلاف البيوع . قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن شرط في الرهن شرطا يتنافى مقتضاه مثل أن يقول : رهنتك على أن لا أسلمه أو على أن لا يباع في الدين أو على أن منفعته لك ، أو على أن ولده لك ، فالشرط باطل لقوله صلى الله عليه وسلم ، كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، وهل يبطل الرهن ؟ ينظر فيه ، فإن كان الشرط نقصاناً في حق المرتهن كالشرطين الأولين ، فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود فأبطله ، وإن كان زيادة في حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان : أحدهما يبطل الرهن وهو الصحيح ، لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله ، كما لو شرط نقصاناً في حق المرتهن ، والثاني أنه لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فيطال الزيادة وبقي العقد بأحكامه ، فإذا قلنا أن الرهن يبطل ؛ فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فهل يبطل البيوع ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع ، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالإصداق في النكاح .
والثاني : أنه يبطل وهو الصحيح ، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن ، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله ، وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً ، فيصير الثمن مجهولاً . والجمل بالثمن يفسد البيع .

(الشرح) الحديث رواه البزار والطبراني عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

أما الأحكام فإنه إذا اشترط المتراهنان شرطاً نظرت ، فإن كان يقتضيه كان شرطاً أن يباع المرهون في الدين عند حلول الدين أو أن يباع بثمن المثل أو على أن منفعته للراهن صح الشرط والرهن ، لأن العقد يقتضى ذلك ، فكان هذا الشرط توكيداً ، وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد — فلا يخلو — إما أن يكون نقصاناً في حق المرتهن أو زيادة في حقه ، فإن كان نقصاناً في حقه مثل أن رهنه رهناً على أن لا يباع في الدين ، أو على أن لا يباع إلا بأكثر من ثمن مثله ، أو على أن لا يباع إلا بما يرضى به الراهن فالشرط باطل ، لأنه يناقض مقتضى العقد ، ويبطل الرهن ، لأنه يمنع مقصود الرهن ، وإن كان الرهن زيادة في حق المرتهن كان رهنه شبهة بشرط أن يباع قبل محل الحق ، أو على أن يباع بأى ثمن كان ، وإن كان أقل من ثمن المثل ، فالشرط باطل لأنه يناقض مقتضى الرهن .

وهل يبطل الرهن ؟ فيه قولان . أحدهما : يبطل الرهن ، وهو اختيار الشيخ المصنف لأنه شرط فاسد قارن عقد الرهن فأبطله كما لو كان نقصاناً في حق المرتهن والثاني : لا يبطل ، لأن المقصود من الرهن الوثيقة ، وهذه الشروط لا تقدر في الوثيقة ، لأنها زيادة في حق المرتهن بخلاف الشروط التي تقتضى نقصاناً في حق المرتهن ، ، فإذا قلنا : الرهن غير مشروط في بيع بقى الدين بغير شرط ، وإن شرط ذلك في البيع ، بأن قال بملك سيارتى هذه بألف على أن ترهننى دارك هذه بألف على أن لا تباع في الدين ، فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا : لأن البيع ينعقد منفرداً عن الرهن فلم يبطل البيع بطلان الرهن ، كالصداق في النكاح لأنه قد يتزوجها من غير صداق ثم يفرض لها صداقا بعد ذلك ثم لا يفسد النكاح لفساد الصداق . وإن قارنه فكذلك الرهن مع البيع (والثاني) يبطل البيع وبه قال أبو حنيفة لأنه شرط فاسد قارن عقد البيع فأفسده كما لو باعه شيئاً بشرط أن لا يسلمه .

(فرع) إذا قال لغيره بعني سيارتك هذه بألف على أن أرهنك دارى هذه ، ويكون منفعة الدار لك ، فإن كانت منفعة الدار مجهولة المدى كان الرهن والبيع باطلين قولاً واحداً ، لأنه باع السيارة بألف ومنفعة مدة غير معلومة والبيع بشئ مجهول باطل لأن منفعة الدار جزء من الثمن وإن كانت منفعة الدار معلومة فقد قال القاضى أبو الطيب فى مثل هذه الصورة : هذه صفقة بيعا وإجارة فهل يصحان ؟ فيه قولان .

وقال أبو حامد : شرط منفعة المرهون للرتن باطل لأنه يتنافى مقتضاه وهل يبطل به الرهن ؟ فيه قولان لأنه زيادة فى حق المرتن ، فإذا قلنا : إنه باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان . فإذا قلنا : أن الرهن صحيح ، أو قلنا أنه باطل ولا يبطل البيع ثبت للبايع الخيار فى البيع ، لأنه لم يسلم له فأشروط . وهذا ظاهر كلام الشافعى رحمه الله تعالى .

وإن قال لغيره : بعني سيارتك بألف على أن يكون دارى رهنا به ومنفعتهما رهنا أيضا به ، فإن المنفعة لا تكون رهنا ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن إقباضها فإذا بطل رهن المنفعة فهل يبطل الرهن فى أصل الدار ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصنعة . فإذا قلنا : أن الرهن لا يفسد فى أصل الدار لم يفسد البيع ، ولكن ثبت للخيار ، لأنه لم يسلم له جميع الرهن . وإن قلنا : يفسد فى أصل الدار فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(فرع) وإن كان لشخص على آخر ألف بغير رهن فقال من عليه الألف بعني سيارتك هذه بألف على أن أعطيك دارى رهنا بها وبالآلف الذى لك على بغير رهن ، فقال : بعتك كان البيع باطلا . لأن ثمن السيارة مجهول لأنه باعها

بألف ومنفعة ، وهو أن يعطيه رهنا بالألف التي لا رهن بها ، ولأنه بيعتان في بيعة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كما سبق في كتاب البيوع .

(فرع) إذا قال لغيره : أقرضني ألف جنيه على أن أعطيك سيارتي هذه رهنا وتكون منفعة لك ، فأقرضه فالقرض باطل لأنه قرض جر منفعة ، وهكذا لو كان عليه ألف بغير رهن فقال له أقرضني ألفا على أن أعطيك سيارتي هذه رهنا بها ، وبالألف التي لا رهن ، فأقرضه فالقرض فاسد ، لأنه قرض جر نفعا ، والرهن باطل فيهما ، لأن الرهن إنما يصح بالدين ولا دين له في ذمته .

وان قال : أقرضني ألفا على أن أرهنك داري به وتكون منفعته رهنا بها أيضا لم يصح شرط رهن المنفعة ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن اقباضها ، فإذا ثبت أنه لا يصح هذا الشرط ، فإنه زيادة في حق المرتهن ، وهل يبطل به الرهن فيه قولان .

(فرع) لو رهنه شيئا وشرطه على المرتهن ضمان الرهن ، فإن الرهن غير مضمون عليه على ما يأتي بيانه ، ويكون هذا شرطا فاسداً لأنه يخالف مقتضاه ، وهل يفسد الرهن بهذا الشرط ؟ من أصحابنا من قال : يفسد قولاً واحداً لأن ذلك نقصان في حق المرتهن . قال أبو علي في الإفصاح : هل يبطل الرهن ؟ فيه قولان ، لأن شرط الضمان يجري مجرى الحقوق الواردة في الرهن لأنه لم ينقص حق المرتهن . قال ابن الصباغ : والاول أصح .

(فرع) قال ابن الصباغ : إذا أقرضه ألفا برهن وشرط أن يكون تمام الرهن داخلا فيه فالشرط باطل في أشهر القولين . وهل يفسد الرهن ؟ فيه قولان ، لأنه زيادة في حق المرتهن . وأما القرض فصحيح ، لأنه لم يجر منفعة ، وإنما الشرط زيادة في حق الاستيثاق ، ولم يثبت .

(فرع) إذا كان له دين مستقر في ذمته متطوع بالرهن به فقال : رهنتك هذه النخلة على أن ما تثمر يكون داخلا في الرهن ، أو هذه الماشية على أن ما ينتج داخل في الرهن ؛ فهل يصح الرهن في الثمرة والنتاج ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يصبح الرهن فيهما ، لأنهما متولدان من الرهن ، فجاز أن يكونا رهنا معا (والثاني) لا يصبح الرهن فيهما ، وهو الصحيح لأنه رهن معدوم ومجهول . فعلى هذا فهل يبطل الرهن في النخلة والماشية فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة .

وان قال : بعثك سيارتي هذه بألف على أن ترهنني نخلتك هذه على أن ماتتمر داخل في الرهن . فان قلنا : يصبح الرهن في الثمرة صح البيع . وان قلنا لا يصبح الرهن في الثمرة . فان قلنا : لا يبطل الرهن في النخلة لم يبطل البيع في السيارة . وليكن يثبت لبائعها الخيار ، لأنه لم يسلم جميع الرهن المشروط . وان قلنا يبطل الرهن في النخلة فهل يبطل البيع في السيارة . فيه قولان . فان قلنا لا يبطل يثبت للبائع الخيار . لأنه لم يسلم له جميع الرهن المشروط . فيحصل في هذه المسألة أربعة أقوال (أحدها) يصبح الرهن في الكل ويصح البيع (والثاني) يبطل الرهن والبيع صحيح . وللأئمة الخيار والله أعلم .

(فرع) اذا اشترى سلعة بشرط أن يجعلها رهنا بالثمن فالرهن باطل لأنه رهن مالا يملك والبيع باطل . لأنه رهن مالا يملك والبيع باطل . لأنه في معنى من باع عيناً واستثنى منفعتها . فكان باطلا . ولأن هذا شرط يمنع كمال تصرف المشتري . لأن من اشترى شيئاً فله أن يبيعه ويهبه . والرهن يمنع ذلك فأبطل البيع . وسواء شرط أن يسلمها للبائع الى المشتري ثم يرهنها منه أو لم بشرط تسليمها اليه فالحكم واحد لما ذكرناه . وان كان لرجل على آخر دين الى أجل فقال من عليه الدين : رهنتك دراجتي هذه بدينك لتزيدني في الأجل لم يثبت الاجل المزيدي لان التأجيل لا يلحق بالدين . والرهن باطل . لأنه جعله في مقابلة الاجل . واذا لم يسلم له الاجل لم يصبح الرهن . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن . ويجوز أن يجعل في يد عدل لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك . فان كان المرهون أمة لم توضع الا عند امرأة أو عند محرم لها . أو عند من له زوجة لقوله صلى الله عليه وسلم

ولا يتخلون أحدهم بإسراة ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان ، فان جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك ، لأنه حصل عند العدل برضاها ، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله ، فان اتفقا على النقل إلى غيره جاز لان الحق لهما ، وقد رضيا فان مات العدل أو اختل فالخلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فالخلف الراهن . ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند عدل ، فان جعل الرهن على يد عدلين . فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ففيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز لان ما جعل إلى اثنين لم يجوز أن ينفرد به أحدهما كالوصية والثاني : يجوز لأن في اجماع الاثنين على حفظه مشقة . فعلى هذا ان اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز . وان تشاحا نظرت . فان كان مما لا ينقسم جعل في حوز لهما . وان كان مما ينقسم جاز أن يقسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه فان اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لو سلم إليه قبل القسمة جاز . فكذلك بعد القسمة . والثاني لا يجوز لانهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم .

(الشرح) الحديث مر في كتاب الصلاة وقبلة في كتاب الحيض . وفي كتاب الحج بمجموع طرقه ورواياته وأصحهن رواية الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم » ، أما الاحكام : فانهما اذا شرطا في البيع رهن عبد معلوم أو موصوف نظرت فان شرطاً أن يكون الرهن على يد عدل جاز وان شرطاً أن يكون على يد المرتهن صح . لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك . وان أطلقا ذلك ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . أحدهما أن الرهن باطل لان كون الرهن في يد أحدهما ليس بأولى من الآخر فإذا لم يذكر ذلك بطل الرهن . والثاني : يصح الرهن ويدفع إلى الحاكم ليجمعه على يد عدل ان اختلفا فيمن يكون عنده .

وإن كان الرهن جارياً ولم يشترطاً كونها عند أحد قال الشيخ أبو حامد: صح الرهن وجهاً واحداً ، وجعل على يد امرأة ثقة ، لأنه ليس لها جهة يوضع فيها غير هذا بخلاف غير الجارية ؛ فإن شرطاً أن تكون هذه الجارية عند المرتهن أو عند عدل نظرت ، فإن كان محرماً لها جاز ذلك .

قال القاضي أبو الطيب : **و** ذلك إن كانت صغيرة ولا يشتمى مثلها جاز تسليمها إلى المرتهن أو العدل لأنه لا يخشى عليها منه ، وإن كانت كبيرة فاشترطاً وضعها على يد المرتهن والعدل وليس بذي محرم لها ؛ فإن كانت له زوجة أو جارية قال الشيخ أبو حامد : وفي داره نساء تكون هذه المرهونة معهن جاز تركها معه لأنه لا يخشى عليها أن تخلو بها .

فإن لم يكن له زوجة ولا جارية لم يجوز وضعها على يده للحديث ، فإذا شرطاً ذلك بطل الشرط . ولم يبطل الرهن ، ولأن هذا الشرط لا يؤثر في الرهن ويسرى هذا على الحثي المشكل على تفصيل بين أن يكون كبيراً أو صغيراً لاجتماع بنا الإطالة في هذا لعدم الحاجة

إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد عدل ثم أقر أن العدل قد قبض الرهن وأنكر العدل ذلك لزم الرهن لأن الحق لهما دون العدل ، فإن رجع أحدهما وصدق العدل أنه لم يقبض لم يقبل رجوعه لأن إقراره السابق يكذبه . وإن أقر الراهن والعدل بالقبض وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن ، لأن الأصل عدم القبض ، ولا يقبل قول العدل عليه لأنه يشهد على فعل نفسه

وإن قبض العدل الرهن باذن المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال ابن أبي ليلى : لا يصح توكيل العدل في القبض ، دليلنا أن من اشترى شيئاً صح أن يوكل في قبضه فكذلك في الرهن

وإذا حصل الرهن عند العدل باتفاق المتراهنين فإن نقله إلى عدل غيره جاز وإن أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يجوز من غير رضا الآخر ، لأنه حصل في يده برضاها فلا يخرج عن يده إلا برضاها ، فإن دعا أحدهما إلى نقله وامتنع الآخر رفع الأمر إلى الحاكم ، فإن كان العدل ثقة لم ينقل عنه ، وإن تغير عن الأمانة أو حدثت بينه وبين أحدهما عداوة جاز للحاكم نقله إلى غيره

وإذا كان الرهن عند المرتهن فمات أو أحيى بجناية أو فلس أو حجر عليه نقل الرهن من يده إلى غيره .

ولا يجوز للمعد حفظه ولا بيعه سواء بأجر أم بغير أجر عندنا وعند أصحاب أحمد وإذا أراد العدل رد الرهن على المترهين فإن كانا حاضرين رده عليهما ، ويجب عليهما قبوله : لأنه أمين متطوع فلا يلزمه المقام على ذلك ، فإن امتنع من أخذه رفع الأمر في ذلك إلى الحاكم ليجهريهما على تسليمه ، فإن رده العدل على الحاكم قبل أن يرده عليهما ضمن العدل وضمن الحاكم ، لأنه لا ولاية للحاكم على غير ممنوع . وكذلك إن أودعه العدل عند ثقة ، قال ابن الصباغ جاز ، فإن امتنع أحدهما فرفعه إلى الآخر ضمن ، وإن كانا غائبين ، فإن كان للعدل عذر . مثل أن يريد سفراً أو به مرض يخاف منه أو قد عجز عن حفظه دفعه إلى الحاكم وقبضه الحاكم أو نصب عدلاً ليسكون عنده ، وإن لم يكن هناك حاكم جاز أن يرفعه إلى ثقة ومع وجود الحاكم فيه وجهان يذكران في الودعة إن شاء الله ، وإن لم يكن له عذر في الرد ، فإن كانت غيبتهما إلى مسافة يقصر فيها الصلاة وقبض الحاكم منه أو نصب عدلاً ليقبضه ، لأن للحاكم أن يقضى عليهما فيما لزمهما من الحقوق : فإن لم يكن حاكم أودعه عند ثقة ، وإن كانت غيبتهما إلى مسافة لا يقصر فيها الصلاة ، فهو كما لو كانا حاضرين ، فإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً لم يجوز تسليمه إلى الحاضر ، وكان كما لو كانا غائبين ، فإن رد على أحدهما في موضع لا يجوز له الرد إليه . قال الشيخ أبو حامد : ضمن الآخر قيمته

وذكر المسعودي أنه إن رد على الراهن ضمن المرتهن الأقل من قيمة الرهن وقدر الدين الذي رهن به ، وإن رده على المرتهن ضمن الراهن قيمته . قال العمراني : وهذا التفصيل حسن

قال ابن الصباغ : إذا غصب المرتهن الرهن من العدل وجب عليه رده إليه ، فإذا رده إليه زال الضمان عنه . ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدى لم يزل عنه الضمان ، لأن الاستئمان قد بطل . قال العمراني في البيان : إذا تركا الرهن في يد عدلين فهل لأحدهما أن يفوض حفظ جميعه إلى الآخر فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك ، لأن المترهين لم يرضيا إلا بأمانتهما جميعاً

فوقهما لو أوصى الى رجلين فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف ، فعلى هذا عليهما أن يحفظا الرهن في حرز يدهما عليه ، اما بملك أو عارية أو اجارة ، وان سلم أحدهما جميعه الى الآخر ضمن نصفه

(والثاني) يجوز لأن عليهما مشقة في الاجتماع على حفظه ، فان كان مما لا ينقسم جاز لأحدهما أن يسلمه الى الآخر ، وان كان مما ينقسم فاقسما فهل لأحدهما أن يسلم الى الآخر ما حصل بيده بعد القسم ؟ فيه وجهان ، أحدهما يجوز لأنه لو سلم اليه ذلك قبل القسمة صح ، فيكذلك بعد القسمة ، والثاني لا يجوز لأنهما لما اقسما صار كما لو قسمه المتراهنان بينهما . اهـ

(قلت) وقال أبو يوسف ومحمد : اذا رضى أحدهما بامساك الآخر - فيما يمكن قسمته جاز . وقال أبو حنيفة : ان كان مما ينقسم اقسماه والا فلاكل واحد منهما امساك جميعه ، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما .

وقال أصحاب أحمد : ان المتراهنين اذا لم يرضيا الا بحفظهما لم يجز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقالوا في المشقة انه يمكن لكل واحد منهما أن يضع قفله على الخزن فلا يشق عليهما ذلك ؛ فكان كالقول عندنا .

أما مذهبتنا فدليله أن المالك لم يرض الا بأمانتهما فلم يكن لأحدهما أن ينفرد بحفظه جميعه كالوصية .

واذا وضعا الرهن على يد عدل ووكلاه في بيعه عند حلول الدين صح التوكيل ولا يكون هذا تعليقا للوكالة على شرط ، وانما هو تعليق التصرف . قال ابن الصباغ : واذا حل الحق لم يجز للعدل أن يبيعه حتى يستأذن المرتهن ، لان البيع لحقه فاذا لم يطالب به لم يجز بيعه ؛ فاذا أذن المرتهن ذلك فهل يحتاج الى استئذان الراهن ليحدد له الاذن ؟ فيه وجهان

قال أبو علي بن أبي هريرة : لا بد من استئذانه كما يفتقر الى تجديد اذن المرتهن ؛ ولانه قد يكون له غرض في أن يقضى الحق من غيره . وقال المصنف لا يفتقر الى استئذانه لأن الاذن الاول كاف وبفارق المرتهن لأن البيع يفتقر الى مطالبة بالحق . وأما غرض الراهن فلا اعتبار به لانه ما لم يغير الاذن الاول فهو

راض به . وإن عزل الراهن العدل انزل ولم يحز له البيع وبه قال أحد رحمه الله وقال مالك وأبو حنيفة لا ينزل . دليلنا أن الوكالة عقد جائز فانزل بعزله كسائر الوكالات ، وإن عزله المرتين ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : ينزل لأن الشافعي رحمه الله قال : ولكل واحد منهما منعه من البيع ، ولأنه أحد المتراهنين فلذلك عزل العدل كالراهن .

وقال أبو إسحاق : لا ينزل لأنه وكيل الراهن فلا ينزل بعزل غيره ، وتأول كلام الشافعي رحمه الله أنه أراد أن لكل واحد منهما منعه من البيع ، لأن للرتين أن يمنعه من البيع ، لأن البيع إنما يستحق بمطالبتة ، فإذا لم يطالب به ومنع منه لم يحز ، فأما أن يكون فسخاً فلا .

قال الشيخ أبو حامد في تعليقه . إذا كان الرهن مشروطاً أن يكون في يد عدل ووكل العدل في بيعه ولم يقبضه فلا يجوز للعدل أن يبيعه في محل الحق لأنه وكاه في بيعه رهناً وهذا رهس لم يلزم لأنه لم يقبضه ؛ اللهم إلا أن يقبضه الآن فيكون له بيعه . وذكر الطبري في العدة أنه ان وكاه في بيعه رهناً لم يكن له بيعه لأنه لا يصير رهناً إلا بالقبض ، فإن كان له الإذن في بيعه مطلقاً كان له أن يبيعه ، لأن للوكيل بيع الشيء وهو في يد الموكل .

ويجوز أن يتراهن المسلمان على يد ذمي أو ذميان على يد مسلم أو المسلم والذي على يد مسلم أو ذمي جاز ، أما إذا اقترض مسلم من ذمي ورهنه خيراً ووضعها على يد ذمي ووكلاه في بيعه لم يصح ، لأنه بيع خمر على مسلم . وكذلك الذميان إذا تراهننا ووضعنا الخمر على يد مسلم ووكلاه في البيع فباعه لم يصح لأنه بيع خمر من مسلم ، وإن اقترض ذمي من مسلم ورهنه خيراً وجعلاه على يد ذمي ووكلاه في بيعه فباعه فهل يجبر المسلم على قبض حقه منه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر ، لأنه ثمن خمر وثمر الخمر محرم على المسلم (والثاني) يجبر ، فيقال له . إما أن تأخذه ، وإما أن تبرئه من قدره من الدين ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في ثمن الخمر وما أشبهه من العقود الفاسدة أقرروا عليها وصار ذلك مالا من أموالهم .

(فرع) إذا وكل العدل في بيع الرهن وكان الثمن في يده كان ضمانه على الراهن إلى أن يصل ليد المرتهن ، وبه قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة هو من ضمان المرتهن ، دليلنا أن العدل وكيل الراهن في البيع ، والثمن ملك الراهن وكان من ضمانه كالوكيل في غير الرهن ، فإن تلبث الثمن في يده وخرج المبيع مستحقاً ، فعلى من يرجع المشتري نظير في العدل ، فإن أطلق البيع ولم يذكر أن يبيعه على ذمة الراهن رجح المشتري على العدل ، لأن الظاهر أنه باع مال نفسه فإزمه الضمان بحكم الظاهر ، وإن ذكر عند البيع أنه يبيعه على حساب الراهن أو صدقه المشتري على ذلك ، فإن المشتري يرجع بالعهد على الراهن دون العدل ، فإن العقد له ، فإن قبض العدل الثمن وسأله إلى المرتهن ثم وجد المشتري بالرهن عيباً ، فإن لم يذكر العدل أنه يبيعه للراهن فإن المشتري يرجع بالثمن على العدل ويرجع العدل على الراهن ، لأنه وكيله ، ولا يسترجع الثمن من المرتهن . لأن الرهن لما بيع حصل ثمنه للراهن وهو مالكه ، وعندما أخذه المرتهن فقد استوفى دينه من ملك الراهن فزال حينئذ ملك الراهن عنه ، فإن لم يكن للعدل ولا للراهن مال غير الرهن بيع وقضى حق المشتري من ثمنه وما بقى يكون ديناً للمشتري على العدل وللعدل على الراهن ، وللبحث تنمة في البيوع فليراجع . والله تعالى أعلم .

إذا شرط أن يبيع المرتهن الرهن فالشرط باطل ، فإذا حل الحق لم يجوز المرتهن بيع الرهن إلا أن يحضر الراهن ، وهل يبطل الرهن بهذا الشرط قولان لأنه زيادة في حق المرتهن ، وقد مضى ذكر مثل ذلك ، فأما إذا رهنته رهناً صحيحاً وأقبضه إياه فلما حل الحق وكل الراهن المرتهن يبيع الرهن لم تصح الوكالة وإذا باع المرتهن كان البيع باطلاً ، وبذلك قال أحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يصح التوكيل والبيع . دليلنا أنه توكيل مجتمع فيه غرضان متضادان ، وذلك أن الراهن يريد التأمّن في البيع للاستقصاء في الثمن ، والمرتهن يريد الاستعجال في البيع ليستوفي دينه فلم يجوز كما لو كان قد وكله ببيع الشيء من نفسه ، فإن كان الراهن حاضراً فهل يصح بيع المرتهن باذن فيه وجهان

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص قال في الأتم : إلا أن يحضر رب الرهن ،
ولأنه بحضوره سمع تقدير الثمن فانتفت التهمة عن المرتهن فصح بيعه
(والثاني) وهو اختيار الطبري في العدة أنه لا يصح البيع لأنه توكيل فيما
يتعلق به حقه فلم يصح ، كما لو كان غائباً ، ويجيب عن قول الشافعي رحمه الله
: إلا أن يحضر رب الرهن ، بقوله معناه فيبيعه بنفسه ، ألا ترى أنه قال : فإن
امتنع أمره الحام ببيعه ، فإن قيل هلا قلتم يصح البيع وإن كانت الوكالة فاسدة كما
قلتم في سائر الوكالات الفاسدة ، فالجواب أن الوكالة الفاسدة إنما يصح البيع فيها
لأن الفساد غير راجع إلى الإذن ، وإنما هو راجع إلى معنى في العوض . وها هنا
الفساد راجع إلى الإذن نفسه فهو كما لو وكله أن يبيع من نفسه فباع . والله أعلم
قال المصنف رحمه الله :

(باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل ؛ وما يملكه الراهن وما لا يملكه)

ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز ، كالشجر والتمر واللبن والولد
والصوف والشعر ، لا يدخل في الرهن ؛ لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يعلق الرهن من رهنه الذي رهنه ،
له غنمه وعليه غرمه ، والنماء من الغنم فوجب أن يكون له .

وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعاً : الرهن محلوب ومركوب ، ومعلوم أنه لم
يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن
● ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة ، فإن رهن نخلا
على أن ما يتميز داخل في الرهن ، أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن ،
فلنصوص في الأتم أن الشرط باطل

وقال في الامالي القديمة : لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان
مذهباً ، ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار ، والمذهب الأول
وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومدوم فلم يصح ، بخلاف أساس الدار
فإنه موجود ، ولكنه شق رؤيته فعفى عن الجهل به

وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه ، فإن كان شجراً فقد قال في الرهن لا يدخل فيه ، وقال في البيع يدخل ، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بينها في البيوع ، وإن كان ثمرأ نظرت ، فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار لم يدخل في الرهن ، لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزبل الملك ، فلأن لا يدخل في الرهن وهو لا يزبل الملك أولى ، وإن كان ثمرأ غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) يدخل فيه قياساً على البيع (والثاني) لا يدخل فيه وهو الصحيح لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد ؛ ومنهم من قال لا يدخل فيه قولاً واحداً . ويخالف البيع ، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري ، والحادث بعد العقد لا حق للرتين فيه ، ولأن البيع يزبل الملك فيدخل فيه النماء ، والرهن لا يزبل الملك فلم يدخل فيه واختلف أصحابنا في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف ، فمنهم من قال : هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن . ومنهم من قال انها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار ، وإن كان النماء صوفاً أو لبناً فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد . وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل ، فن أصحابنا من قال فيه قولان ، ومنهم من قال لا يدخل قولاً واحداً ، وما قاله الربيع من تخريجه .

(الشرح) الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر . أما الحديث فقد رواه الجماعة الا مسلماً والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ أن النبي (ص) كان يقول : الظاهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة ، وفي لفظ رواه أحمد ، إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتين علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته ، وللدارقطني والحاكم وصححه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً : الرهن مركوب ومحلوب ، وقال ابن أبي حاتم ، قال أبي درفعه ، يعني أبا معاوية مرة ثم ترك الرفع بعد . ورجح البيهقي أيضاً الوقف

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور العلماء : هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين (أحدهما) التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه (والثاني) تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها ، وبدل على نسخته حديث ابن عمر عند البخاري وغيره بلفظ لا تحلب ماشية إمرى . بغير إذنه ، قال الشوكاني : ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع . وعن حديث ابن عمر بأنه عام وحديث الباب خاص فيبني العام على الخاص ، والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضي بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان .

وقال الاوزاعي والليث وأبو ثور : انه يتعين حمل الحديث على ما اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للرتن ، وأجود ما يحتج به للجمهور حديث أبي هريرة الذي رواه الشافعي والدارقطني وقال : هذا اسناد حسن متصل ، لا يخلو الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه ، وفي أحاديث هذا الباب تفصيل في كتب الحديث .

أما لغات الفصل فالأس نوع من النبات يقال له الهدس يستخرج منه الطيب ومثله أغصان الخلاف .

أما الاحكام : فإنه اذا رهنه أرضا فيها بناء أو شجر فان شرط دخول ذلك في الرهن أو قال . رهنتكها بحقوقها دخل البناء والشجر في الرهن مع الأرض ، وهكذا ان قال . رهنتك هذا البستان أو هذه الدار دخل الشجر والبناء في الرهن وان قال رهنتك هذه الأرض وأطلق فهل يدخل البناء والشجر ، فيه ثلاث طرق ذكرها المصنف في البيع ، وان باعه شجرة أو رهنها منه صح البيع والرهن في الشجرة ، وهل يدخل قرارها في الرهن والبيع . ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن قرارها لا يدخل في الرهن وجها واحدا ،

وهل يدخل في البيع فيه وجهان ، وذكر الطبري في العدة أن البيع والرهن على وجهين .

(أحدهما) لا يدخل لأن المسمى في العقد هو الشجرة ، وهذا ليس بشجر .
 فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة لم يكن المشتري أن يفرس مكانها غيرها .
 (والثاني) يدخل فيه قرار الشجرة ، لأن قوام الشجرة به ، فهو كعروق
 الشجرة تحت الأرض ، فعلى هذا إذا انقلعت هذه الشجرة كان للمشتري
 أن يفرس مكانها .

وأما نماء الرهن فضربان : موجود حال الرهن ، وحادث بعد الرهن ، فأما
 الموجود حال الرهن ، فإن كان ثمرة فقد سبق بيانه .

واختلف أصحابنا في ورق الثوت وأغصان الخلاف والآس ، فمنهم من قال :
 هو كالأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن . ومنهم من قال هو كالشمار من
 سائر الأشجار وقد سبق بيانه .

وإن رهنه ماشية وفيها لبن أو صوف فالمنصوص أنه لا يدخل في الرهن ،
 وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل ، فن أصحابنا من قال : في الصوف
 قولان ؛ ومنهم من قال لا يدخل قولاً واحداً ، وما ذكره الربيع من تحريمه .
 وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والشعرة واللبن وسائر منافعه فاختلف
 أهل العلم فيه . مذهبتنا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل في الرهن وللراهن أن ينتفع
 بالرهن ، وقال قوم من أصحاب الحديث : نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه .
 فإن كان الراهن هو الذي ينفق عليه فالنماء ملك له . وقال أحمد : الرهن ملك
 للمرتهن فله حلبه وشربه ، وقال أبو حنيفة : الشعرة والولد واللبن الحادث بعد
 الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل في الرهن . وقال أيضاً : ليس للراهن ولا
 للمرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تنلف ، وقال مالك : الولد الحادث
 يكون رهناً كقول أبي حنيفة . وأما الشعرة فلا تكون رهناً كقولنا .

دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن
 النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا يملك الرهن الرهن من رهنه له غنمه وعابه
 غرمه . وقد رواه الشافعي والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن حبان وابن ماجه
 وصححه أبو داود والبزار والدارقطني إرساله عن سعيد بن المسيب . فز قول إنه
 ملك للمرتهن فقد خالف نص الحديث .

وروى الشعبي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من رهن دابة فعليه نفقتها وله ظهرها ونتاجها ، ولأن الرهن ملك للراهن فكان تماؤه ملكا له كالأول لم يكن مرهوناً ، وعلى أبي حنيفة ما روى الأعمش عن أبي هريرة مرفوعاً : الرهن محلوب ومركوب للراهن ، وبالإجماع بيننا وبين أبي حنيفة أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فثبت أنه محلوب ومركوب للراهن

وحديث : الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه ، وغنمه تماؤه ، فن قال انه رهن فقد خالف الأحاديث ، ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر الى الولد كالإجارة ، ولأن الرهن حق تعاق بالرقبة ليستوفي من ثمنها ، فلم يسر الى الولد كأرش الجنابة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض ، لقوله صلى الله عليه وسلم : الرهن محلوب ومركوب ، ولأنه لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له ، فبقى على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة ، وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والاعارة ، وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه ؟ قال في الأتم له ذلك . وقال في الرهن الصغير لا يجوز ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه لا يأمّن أن يجحد فيبطل حق المرتهن

(والثاني) يجوز وهو الصحيح ، لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون ، ودليل القول الأول يبطل به إذا أكره من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز

ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز ، لأنه يؤمن أن يجحد ، وإن كان غير ثقة لم يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين

(الشرح) الأحكام : إذا ثبت أن منافع الرهن ملك للراهن فله أن يستوفيها على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، فإن كان الرهن دابة فله أن يبيعها من ثقة .

وله أن يؤجرها من ثقة إلى مدة تنتهي قبل حلول الحق . وهل له أن يستخدمها بنفسه أو يركبها .

قال الشافعي رحمه الله : له ذلك . وقال في موضع آخر : ليس له ذلك ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يحمده (والثاني) يجوز وهو الصحيح ، لأنه لما جاز أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كغير الرهن . ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز أن يستوفيه بنفسه ، وإن كان غير ثقة لم يجز أن يستوفى بنفسه ، لأن الثقة يؤمن منه أن يحمده ، وحمل القولين على هذين الحالين والطريق الصحيح الطريق الاول ، ومن هنا له أن يعير الرهن ويؤجره ويستوفى ذلك بنفسه بحيث لا يخرج من سلطان المرتهن مثل أن يفعل ذلك في بلده بحيث يمكن رده الى المرتهن أو إلى العدل ، فلا يؤجر لمسافر ، ولا يسافر هو به ، وعلى الطريقين أيضا في سكناه فيها ، ففي الدابة عليه أن يسلمها للمرتهن ليلا . أما الدار فله أن يسكنها ليلا ونهارا ما دامت في سلطان المرتهن . أما الثوب فليس له أن يلبسه ولا يعيره ولا يؤجره لأنه مفض الى إتلافه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، فإن كان المرهون مما يتقل فأراد أن ينتفع به في السفر ، أو يكرهه من يسافر به لم يجز ، لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه ، فيدخل على المرتهن الضرر ، وإن كان ثوبا لم يملك لبيسه لأنه ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها ، لأنه ينقص قيمتها ، وهل يجوز وطؤها . ينظر فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها ، لأنه لا يؤمن أن تحبل فتتقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها . وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق يجوز وطؤها لأنها قد أمنا الضرر بالاحبال . وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز ، لأن السس الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السس الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع ، فمنع من الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع ، فإذا منعنا من الوطء منعنا

من الاستخدام لأنه لا يؤمن أن يطاها ، وإذا لم يمنع من الوطاء جاز الاستخدام فإن كان أرضاً فأراد أن يغرس فيها أو يبني لم يجز ، لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الأرض عند القضاء ، فإذا خالف وغرس أو بنى - والدين مؤجل - لم يقلع في الحال لأنه يجوز أن يقضى الدين من غير الأرض ، وربما تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين ، فلا يجوز الاضرار بالراهن في الحال ، أضررت متوهم بالمرتهن في ثانی الحال ، فإن حل الدين ولم يقض وهجرت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع ، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز ، وإن لم يضر بالأرض نظرت ، فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز ، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن

(والثاني) يجوز لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض ، وربما وقت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال ، وإن أراد أن يؤجر إلى مدة محل الدين قبل انقضائها لم يجز له لأنه ينقص قيمة الأرض

وقال أبو علي الطبري رحمه الله : فيها قولان كزراعة مالا يحصد قبل محل الدين . وإن كان لحلا وأراد أن ينزبه على الأناث جاز ، لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب ، فإن كان أنثى أراد أن ينزى عليها الفحل نظرت فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز ، لأنه لا ضرر على المرتهن ، وإن كان الدين محل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز ، لأنه يمكن بيعها ؛ وإن كان محل بعد ظهور الحمل ، فإن قلنا إن الحمل لا حكم له جاز لأنه يباع معها ، وإن قلنا له حكم لم يجز لأنه خارج من الرهن ، فلا يمكن بيعه مع الأم ، ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز .

(الشرح) الأحكام : وإن كان الرهن أرضاً فأراد الراهن أن يزرع فيها نظرت ، فإن كان زرعا يضر بها كزراعة ورد النيل^(١) لم يكن له ذلك ، لقوله

(١) ورد النيل نبات تكاثره الجمهورية العربية المتحدة لخطره على الأنهار والأراضي وهو نبات يتكيف ويتكاثر ويتناسك بسرعة شديدة تؤدي إلى طمس معالم الأرض والماء وقتل المحاصيل ووقف تيار الماء الجاري

صلى الله عليه وسلم ، لا ضرر ولا ضرار ، وان كان لا يضر بالارض نظرت فان كان محصوله قبل حلول الدين لم يمنع منه ، وان كان محصوله بعد حلول الدين فالنصوص انه ليس له ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يزرع الارض قولاً واحداً .
وان حدث أن زرع أو بنى في الارض فلبس يجوز قلعها أو هدمها لانه لا يجوز الاضرار به ، لانه قد يقضى الدين في مواعده

وان حل الدين ولم يقضه من غير الرهن ، نظرت فإن كانت قيمة الارض وحدها تفي بالدين بيعت بغير الغراس والبناء ، فان نقصت قيمتها بالغراس والبناء فالرهن بالخيار بين أن يقطع ويهدم ما عليها وبين أن يبيعهما بما عليها ثم يوفى المرتهن حقه . وإن كان الرهن محجوراً عليه وبيعت الارض بما عليها لم يجز للمرتهن أخذ الثمن جميعه بل يأخذ ثمن الارض وللغرماء ثمن الغراس والبناء ، فان كان ثمن الارض والغراس معاً مائتين ، وثمن الارض وحدها مائة وثمن الغراس وحده خمسين بيعت بما عليها للزيادة في الخسرين فتعلق حق المرتهن بثلثي الخسرين الزائدة وللرهن ثلثها وخمسين للغرماء ومائة للمرتهن

(فرع) إذا أراد الرهن أن يواجر الرهن الى مدة لا تنقضى الا بعد محل الدين ، فان قلنا لا يجوز بيع المستأجر لم يكن له ذلك ، لان ذلك يمنع من بيعه ، وان قلنا يجوز بيع المستأجر ففيه طريقان ، قال عامة أصحابنا : لا يكون له ذلك لان ذلك ينقص من قيمته عند البيع . وقال أبو علي الطهرى : فيه قولان كالقوانين في زراعة مالا يحصد الا بعد محل الدين

وان كان الرهن فخلاً وأراد الرهن أن ينزبه على ماشيته أو ماشية غيره ؛ قال الشافعى رحمه الله جاز ، لان هذا منفعة ولا ينقص به كثيراً ، وان كان أتانا وأراد ينزى عليها الفحل ، فان كانت تلد قبل حلول الدين أو مع حلول الدين جاز له اسقيفاء منفعة لا ضرر على المرتهن بها . وان كانت لا تلد الا بعد حلول الدين فان قلنا : لا حكم للحمل كان له ذلك لان الحق اذا حل وهى حامل صح له بيعها مع حملها . وان قلنا للحمل حكم لم يكن له ذلك لان الحمل لا يدخل في الرهن ولا يمكن بيعها دون الحمل . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في تعلقته من غير تفصيل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتزييفها ، وفصد العبد وحجامةه ، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن . وإن أراد أن يخنن العبد ، فإن كان كبيراً لم يجز ، لأنه يخاف منه عليه وإن كان صغيراً نظرت ، فإن كان في وقت يتدخل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز ، وإن كان في وقت يحل الدين قبل انقضاء جرحه لم يجز لأنه ينقص ثمنه وإن كانت به أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها ، لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز ، كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة ، وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج بها في طلب الكلاء . فإن كان الموضع مخصصاً لم يجز له ذلك ، لأنه يفرر به من غير حاجة ، وإن كان الموضع مجزئاً جاز له ، لأنه موضع ضرورة ، وإن اختلفا في موضع النجعة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى ، لعدم اختيار الراهن ، لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة ، فكان تقديم اختياره أولى ، وإن كان الرهن عبداً فأراد تدبيره جاز ، لأنه يمكن بيعه في الدين ، فإن دبره وحل الدين فإن كان له مال غيره لم يكاف ببيع المدبر ، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير ، وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع .

(الشرح) في الفصل لغات منها قوله : ودج الدابة بتشديد الدال وتخفيفها وهو منها كالفصد للإنسان ، ويسميه العامة في ديارنا الخزام ؛ وقوله : تزييفها مثله وفي المصباح : بزغ البيطار والحاجم بزغاً من باب قتل شرط الدم وأسأله ، وفي الأحكام مزيد بيان لنا .

أما الأحكام : فإن الراهن يملك التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كإجراء الودج أو التزييف للحيوان أو ملء الساعة ، أو تشحيم السيارة أو حقن آلة الطباعة أو نحوها بالزيت أو وضع مركبات النفطالين في الثياب حتى لا تأتي عليها العثة فتبلى وكل ما هو من شأنه إصلاح المرهون وكأله ولا ضرر فيه

على المرتهن جاز قولاً واحداً ، ولا يجوز للمرتهن منعه ، وان أراد الراهن أن يقطع شيئاً من جوارح الحيوان — فان كان في قطعه منفعة ، وفي تركه خوف عليه لفساد دب في هذا العضو ويخشى أن يمتد المرض فيتلذذ غيره أو يصيب الحيوان بالنسب ، فان للراهن أن يقطع ذلك بغير اذن المرتهن ، لأن في ذلك مصلحة من غير خوف ، وان كان يخشى من قطعه كما يخشى من بقائه ففيه وجهان ان كان الرهن دابة ، واحتاجت الى التودج وهو فتح عرقين عريضين عن يمين وتفرع الحنجر ويسارهما ويسميان الوريدين أو الى التبريق وهو فتح الراهضة من حافره فللراهن أن يفعل ذلك بغير اذن المرتهن ، وان أراد الراهن أن يفعل شيئاً من هذا بغير اذن المرتهن .

قال الشافعي : فكل ما فيه مصلحة ولا يتضمن المضرة أصلاً جاز مثل أن يدهن الجرب بالقطران ، أما ما كان فيه منفعة وقد يضر كشرب الدواء ، ومثله اعطاء الحنق في العضل أو الوريد ، فليس للمرتهن أن يفعل ذلك بغير اذن الراهن . وقد استغرب الشيخ أبو حامد هذا في التعليق .

(فرع) للراهن أن يرعى ماشيته وليس للمرتهن منعه وذلك لأنها تأوى بالليل اليه ، وان أراد الراهن أن يبتاع بها — أي يحملها أو يسوقها الى موضع بعيد طلباً للمرعى ، فان اتفقا عليه جاز ، وان امتنع أحدهما نظرت ، فان كان الموضوع مخصصاً — أي موضع المرتهن — فله أن يمنعه لأنه رهنها فليس له نقلها بغير مسوغ أو ضرورة ، وان كان الموضوع مجدياً ، فان اتفقا على النجعة واختلفا في المكان . قال الشيخ أبو حامد : وكان المسكان متساويين في الحصب والامن قدم قول الراهن لأنه هو المالك للرقبة ، وان اختلفا في النجعة أجزر الممتنع من النجعة عليها ، لأن المرتهن ان كان هو الممتنع قيل له : ليس لك ذلك لما فيه من الإضرار بالماشية ، فاما أن تخرج معها أو تبعث بعدل أو ينصب الحاكم عدلاً ، وان كان الممتنع هو الراهن قيل له : ليس لك ذلك لانك تضر بالمرتهن ، واما ان تبعث بعدل يأخذ لبنها ويرعاها ويحفظها .

(فرع) وان كان الرهن نخلاً فأطلعت كان للراهن تأبيرها من غير اذن المرتهن لأنه مصلحة من غير ضرر ، وما ينزع من السمف والليف فهو للراهن

فهو كالثمرة ولا يدخل في الرهن . فان قيل هذا قد تناوله عقد الرهن وليس بمحدث فالجواب أن ما يجد وينمو من السعف والليف يقوم مقامه ، فصار هذا بمنزلة المنفعة خارجا عن الاصول ، فان خرجت الفسلان في جذع النخل .
قال ابن الصباغ : فعندي أن ذلك يكون للراهن لاحق للمرتهن فيه لانه كالولد للماشية وكذلك ان ازدحت أرض الرهن بالفسلان وأراد الراهن أن يحسن توزيعها في أرض الرهن .

قال الشافعي : جاز له ذلك بغير اذن المرتهن مادام في ذلك مصلحة للباقي ، وكذلك اذا ازدحت وأراد تخفيفها بالقطع أو القلع وكان في ذلك مصلحة لزيادة نمو الباقي جاز للراهن بغير اذن المرتهن وكانت أخشابها من الرهن ، وان أراد الراهن تحويلها الى أرض أخرى أو قطع جميعها لم يكن له ذلك للضرر . قال الشافعي لو أراد تحويل المساق فان كان يضر بالرهن لم يكن له . وقال الشيخ أبو حامد وادأ أراد المرتهن ذلك لم يكن له .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، فان باعه أو وهبه أو جعله مهرأ في نكاح أو أجره في اجارة أو كان عبداً فكاتبه لم يصح ، لانه تصرف لا يسرى الى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ ، وان اعتقه ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : يصح ، لانه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق ، كالاجارة .
والثاني : أنه لا يصح ، لانه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن ، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع .

والثالث : وهو الصحيح أنه ان كان موسرا صح : وان كان معسرا لم يصح لانه عتق في ملكه يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره ، فان قلنا ان العتق يصح ، فان كان موسرا أخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه ، لانه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله ، وتعتبر

قيمته وقت الاعتاق لأنه حالة الإتلاف ، ويعتق بنفس اللفظ ، ومن أصحابنا من قال : في وقت العتق ثلاثة أقوال :

(أحدها) بنفس اللفظ (والثاني) بدفع القيمة (والثالث) وقوف ؛ فان دفع القيمة حكماً أنه عتق من حين الإعتاق ، وان لم يدفع حكماً أنه لم يعتق في حال الاعتاق ، كما قلنا فيمن أعتق شركاً له في عبد أنه يسرى ، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال - وهذا خطأ - لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر ، كما لا يسرى العتق باعتاق المعسر في العبد المشترك .

وان كان معسراً وجبت عليه القيمة في ذمته ، فان أسير قبل محل الدين طول بها لتكون رهناً مكانه ، وان أسير في محل الدين طول بقضاء الدين . وان قلنا ان العتق لا يصح ففسكه أو يبيع في الدين ثم ملكه لم يعتق عليه . ومن أصحابنا من قال : يعتق ، لأنه انما لم يعتق في الحال لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق ، كما لو أحبلها ثم فسكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك ، كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه الحجر ، وبخالف الاحبال فانه فعل ، وحكم الفعل أقوى من حكم القول ، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ احباله وثبت لها حق الحرية ، ولو أعتقها لم يصح .

وان قلنا انه يصح العتق ان كان موسراً ولا يصح اذا كان معسراً : فقد بينا حكم الموسر والمعسر .

وان كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ احباله أم لا ، على الاقوال الثلاثة ، وقد بينا وجوها في العتق ، فان قلنا انه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق وان قلنا انه لا ينفذ احباله صارت أم ولد في حق الراهن لأنها علققت بحر في ملكه ، وانما لم ينفذ لحق المرتهن ، فان حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر ، وان ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته . وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه (أحدها) تجب قيمتها وقت الوطء ، لأنه وقت سبب التلف ، فاعتبرت القيمة فيه ، كما لو جرحها وبقيت ضئيلة الى أن ماتت ،

(والشأن) تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء الى حين التلف ، كما قلنا
 فيمن غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت (والثالث) أنه تجب قيمتها وقت
 الموت ، لأن اللبس حصل بالموت والمذهب الأول ، وما قال الثاني لا يصح ،
 لأن الغصب موجود من حين الأخذ الى حين التلف ، والوطء غير موجود من
 حين الوطء الى حين التلف . وما قال الثالث يبطل به اذا جرحها ثم ماتت ؛ فان
 التلف حصل بالموت ، ثم تجب القيمة وقت الجراحة ، وان ولدت نظرت ، فان
 نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص ، وان حل الدين ولم يقضه فان أمكن
 أن يقضى الدين بشئ بعضها يبيع منها بقدر ما يقضى به الدين ، وان فسكها من
 الرهن أو بيعت وعادت اليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له ، وقال المازني : لا تصير
 كما لا تعتق اذا اعتقها ثم فسكها أو ملكها ، وقد بينا الفرق بين الاعتاق والاحبال
 فأغنى عن الاعادة .

(الشرح) الحديث رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس وابن ماجه في سننه
 عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ،
 وإسناده حسن .

أما اللغات ففي النهاية : الضر ضد النفع ضره بضره ضرا وضرارا ، وأضر به
 يضر إضرارا ، فمعنى قوله : لا ضرر ، أى لا يضر الرجل أخاه فينتقصه شيئا من
 حقه والضرار فعال من الضرر ، أى لا تجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه
 والضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، أو الضرر ابتداء الفعل ؛
 والضرار الجزاء عليه .

أما الأحكام : فان أزال الرهن ملكه عن الرهن بغير إذن المرتهن نظرت
 فان كان ببيع أو هبة أو ما أشبهها من التصرفات لم يصح للحديث لأن فيها إضرار
 على المرتهن ، ولأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير احترازاً من العتق
 وقوله : يبطل به حق المرتهن من الوثيقة ، احتراز من اجارته وإعارته .
 وقوله : بغير إذن المرتهن ، احتراز منه اذا أذن ، وان كان الرهن رقيقاً فأعتقه
 الرهن بغير إذن المرتهن .

قال الشافعي في الأم : اذا كان موسرا فقد عتقه ، وإن كان معسرا فعلى قوايين
وقال في القديم : قال عطاء لا ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا ، ولهذا وجه .
ثم قال : قال بعض أصحابنا ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا .
واختلف أصحابنا في ترتيب المذهب ، فقال أبو علي الطبري وابن القطان : في
المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) ينفذ اعتاقه موسرا كان أو معسرا (والثاني) لا ينفذ
موسرا كان أو معسرا (والثالث) ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا
وهذه الطريقة اختيار المصنف وابن الصباغ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وقف المرهون ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالعق لا لأنه حق
لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعق (والثاني) أنه لا يصح لأنه
تصرف لا يسرى الى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة

(الشرح) الاحكام : إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة
والوقف وغيره فتصرفه باطل ، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير
مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، فان أذن فيه
المرتهن صح وبطل الرهن ، لأنه اذن فيما ينافي حقه ، فيبطل بفعله كالعق ، وان
زوج الأم المرهونة لم يصح ، وهذا هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد ، والله أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء والتزويج وغيرها : اذا
أذن فيه جاز له فعله ، لان المنع لحقه فزال بإذنه ، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق
وغيرهما اذا فعله بإذنه صح ، لان بطلانه لحقه فصح بإذنه ، فان أذن في البيع أو
العتق ثم رجع قبل أن يبيع ، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لانه بالرجوع
سقط الاذن فصار كما لو لم يأذن ، فان لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان
(أحدهما) أنه يسقط الاذن ويصير كما اذا باع أو أعتق بغير الاذن
(والثاني) أنه لا يسقط الاذن بناء على القولين في الوكيل اذا عزله الموكل
ولم يعلم حتى تصرف . (الشرح) فيما سبق في الفصل قبله الكفاية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أذن له في العتق فأعتق أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعليه بإذنه فبطلت به الوثيقة ، فإن أذن له في البيع لم يخل ، إما أن يكون في دين حال أو في دين مؤجل ، فإن كان في دين حال فعلق حق المرتهن بالتمس ، ووجب قضاء الدين منه ، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه ، وإن كان في دين مؤجل نظرت ، فإن كان الإذن مطلقاً فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة ، لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن ، فعليه بإذنه فبطل به الرهن ، كما لو أعتقه بإذنه ، وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً ففيه قولان .

قال في الاملاء : يصح ، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز .

وقال في الام : لا يصح ، لأن ما يباع به من الثمن محمول ، ورهن المحمول لا يصح ، فإذا بطل الشرط بطل البيع ، لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع ، وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع .

وقال المزني : يبطل الشرط ويصح العقد ، لأنه شرط فاسد سبق البيع : فلم يمنع صحته ، كما لو قال لرجل : بع هذه السلعة والك عشر ثمنها ، وهذا خطأ ، لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له ، فإذا لم يسلم له الشرط - بطل الاذن فيصير البيع بغير إذن ، ويخالف مسألة الوكيل : فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الاذن ، وإنما جعله في مقابلة البيع وهما جعل تعجيل الدين في مقابلة الاذن ، فإذا بطل التعجيل بطل الاذن ، والبيع بغير إذن المرتهن باطل . وحكى عن أبي إسحاق أنه قال : في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً ، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً .

(الشرح) الاحكام : بيانه في الفصول السابقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما يحتاج اليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب نفقته ، والذي يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن تكون النفقة عليه ، ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه وان احتاج الى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه لان الشفاء بيد الله تعالى ، وقد يجيء من غير فصد ولا دواء ويخالف النفقة فانه لا يبقى دونها فلزمه القيام بها .

(فصل) وان جنى العبد المرهون لم يخل اما أن يجنى على الاجنبي ، أو على المولى أو على مملوك للمولى ، فان كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجنى عليه برقبته ، ويقدم على حق المرتهن ، لأن حق المجنى عليه يقدم على حق المالك ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، ولان حق المجنى عليه يختص بالمعين فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه ، وحق المرتهن يتعلق بالمعين والذمة ، فادنا قدمنا حق المجنى عليه لم يسقط حقه فوجب تقديم حق المجنى عليه ، فان سقط حق المجنى عليه بالغفو أو الفداء بقى حق المرتهن ، لان حق المجنى عليه لم يبطل الرهن وانما قدم عليه حق المجنى عليه لقوته ، فادنا سقط حق المجنى عليه بقى حق المرتهن وان لم يسقط حق المجنى عليه نظرت ، فان كان قصاصا في النفس اقتصر له وبطل الرهن ، وان كان في الطرف اقتصر له ، وبقي الرهن في الباقي ، وان كان مالا وأمسك أن يوفى حقه يبيع بعضه ببيع منه ما يقضى به حقه ، وان لم يمكن الا ببيع جميعه ببيع فان فضل عن حق المجنى عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن وان كانت الجناية على المولى نظرت ، فان كان فيما دون النفس اقتصر منه ان كان عمداً ، وان كان خطأ أو عمداً فعنى عنه على مال لم يثبت له المال .

وقال أبو العباس : فيه قول آخر أنه يثبت له المال ، ويستفيد به ببيعه وابطال

حق المرتهن من الرهن ، ووجهه أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي ، والصحيح هو الأول ، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده ولهذا لو أتلّف له مالا لم يستحق عليه بدله ، ووجه الأول يبطل غير المرهون ، فإنه يجب له القصاص في العمد ، ولا يجب له المال في الخطأ ، وإن كانت الجنابة على النفس - فإن كانت عمدا - ثبت للوارث القصاص ، فإن اقتصر بطل الرهن وإن كانت خطأ أو عمدا وعنى على مال فقيه قولان .

أحدهما : لا يثبت له المال ، لأن الوارث قائم مقام المولى ، والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال ، فلا يثبت لمن يقوم مقامه .

والثاني : أنه يثبت له ، لأنه يأخذ المال عن جنابة حصلت ، وهو في غير ملكه فصار كالو جنى على من يملكه المولى ، وإن كانت الجنابة على مملوك للمولى ، فإن كانت على مملوك غير مرهون ، فإن كانت الجنابة عمدا . فللمولى أن يقتص منه . وإن كانت خطأ أو عمدا وعفا على مال لم يجز . لأن المولى لا يستحق على عبده مالا . وإن كانت الجنابة على مملوك مرهون عند مرتهن آخر . فإن كانت الجنابة عمدا فللمولى أن يقتص منه . فإن اقتصر بطل الرهن . وإن كانت خطأ أو عمدا وعنى على مال ثبت للمال لحق المرتهن الذي عنده المجنى عليه ، لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه فإذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته . فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكّن أن يقضى أرش الجنابة ببيع بعضه ببيع منه ما يقضى به أرش الجنابة ويكون الباقي رهنا . فإن لم يمكن إلا ببيع جميعه ببيع . وما فضل من ثمنه يكون رهنا . فإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه ينقل القاتل الى مرتهن المقتول . ليسكون رهنا مكانه . لأنه لا فائدة في بيعه .

(والثاني) أنه يباع لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهين وثيقة بدينه . وإن كانت الجنابة على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل . فإن كانت عمدا فاقترض منه بطل الرهن . وإن كانت خطأ أو عمدا وعنى عنه على مال نظرت . فإن اتفق الدينان في المقدار والحلول

والناجيل ، وانفقت قيمة العبيد ترك على حاله ، لأنه لا فائدة في بيعه : وان كان الدين الذي رهن به المقتول حلالا . والدين الذي رهن به القاتل مؤجلا . بيع لأن في بيعه فائدة ، وهو أن يقضى الدين الحال ، فان اختلف الدينان . وانفقت القيمتان نظرت ، فان كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبيع لأنه مرهون بقدر ، فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه .

وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل نقل ، فإن في نقله فائدة ، وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذي هو مرهون به ، وهل يباع وينقل ثمنه ؟ أو ينقل بنفسه ؟ فيه وجهان ، وقد مضى توجيهاهما ، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة ، واختلاف القيمتان نظر فيه ، فان كانت قيمة المقتول أكثر لم يبيع ، لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة ، وإذا بيع كان ثمنه رهناً بمائة ، فلا يكون في بيعه فائدة ، وان كانت قيمة القاتل أكثر يبيع منه بقدر قيمة المقتول ويكون رهناً بالحقن الذي كان المقتول رهناً به وباقية على ما كان .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي وفي لفظه إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علقها ولين الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته ، رواه أحمد وتقدم كلام المحدثين في أول الباب مستوفى فيراجع .
أما أحكام الفصل : فقد تكلمنا على مضمونه فيما سبق فيما يصلح الرهن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فإن جنى العبد المرهون بأذن المولى نظرت ، فان كان بالغاً عاقلاً لحكمه حكم مالهو جنى بغير إذنه في القصاص والأرش ، على ما بيناه ، ولا يلحق السيد بالإذن إلا الإثم ؛ فإنه يأثم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعان على قتل مسلم ولو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله فان كان غير بالغ نظرت فان كان مميزاً يعرف ان طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلا في القصاص . فان القصاص لا يجب على الصبي وإن كان صغيراً لا يميز أو أعمى لا يعرف ان طاعة المولى لا تجوز

في القتل لم تتعلق الجنسية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى . فان كان موصراً أخذ منه الأرش ، وان كان معسراً فقد قال الشافعي رحمه الله يباع العبد في أرش الجناية ، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره . وقال يباع لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها ، ومنهم من قال : لا يباع لأن القاتل في الحقيقة هو المولى ، وإنما هو آله كالسيف وغيره ، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد اذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته فقال يؤخذ منه الأرش ان كان موصراً بحكم إقراره ، وان كان معسراً يبيع العبد بظاهر البينة والله أعلم .

(فصل) وان جنى على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو الراهن ، لأنه هو المالك للعبد ، ولما يجب من بدله ، فان ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن ، فان نكل فهل ترد اليمين على المرتهن ، فيه قولان : بناء على القولين في المفلس ، اذا ردت عليه اليمين فنكل ، فهل ترد على الغريم ؟ فيه قولان . (أحدهما) لا ترد ، لأنه غير مدع .

(والثاني) ترد ، لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين . فهو كالمالك . فان أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين . فان كانت الجناية موجبة للقود . فالراهن بالخيار بين أن يقتصر وبين أن يعفو . فان اقتصر بطل الرهن . وان قال : لا أقتصر ولا أعفو ففيه وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة : للمرتهن اجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال لأن له حقاً في بدله لجاز له اجباره على تعيينه .

وقال أبو القاسم الدارمي : ان قلنا : ان الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك اجباره لأنه اذا ملك اسقاط القصاص فلان يملك تأخيره أولى . وان قلنا : ان الواجب أحد الأمرين أجبر على التعمين لان له حقاً هو القصاص وللمرتهن حقاً هو المال فلزمه التعمين وان عني على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش . وتعلق حق المرتهن به . لأن الأرش بدل عن المرهون . فتعلق حق المرتهن به . وان أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط . لانه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه

منه سقط ، فكذلك إذا أسقط من بدله ، فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه ، كما لو كان الرهن باقياً فوهبه . وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يبطل ، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة ، فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة .

(والثاني) لا يبطل ، لأن الذي أبطله هو الإبراء ، والإبراء لم يصح ، فلم يبطل ما تضمنه ، فإن أبرأه الرهن من الأرش لم يصح إبراؤه ، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح ، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ إبراء الرهن للجاني من الأرش ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ينفذ ، لأن المنع منه لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فينفذ إبراء الرهن .

(والثاني) أنه لا ينفذ لأننا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه ، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه .

وإن أراد أن يصلحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجوز ، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة ، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه ، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يبيعه من غير رضاه ، فإن رضى المرتهن بالصالح فصالح على حيوان تعاق به حق المرتهن ، وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهناً مكانه : فإن كان مماله منفعة انفرد الرهن بمنفعته ، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه ، فإن كان المرهون جارية لحق عليها فأسقطت جنيناً ميتاً وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجاً من الرهن لأنه بدل عن الولد ، والولد خارج من الرهن ، فيمكن بدله خارجاً منه . وإن كانت بهيمة فالقت جنيناً ميتاً وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهناً ، لأنه بدل عن جزء من المرهون ، فإن ألقته حياً ثم مات ففيه قولان : (أحدهما) يجب عليه قيمة الولد حياً لأنه يمكن تقويمه ، فيكون للرهن ، فإن

عنى عنه صح عفوہ (والثانى) يجب عليه أكثر الامرين من قيمته حيا أو مائتصر
من قيمة الام ، فان كان قيمته حيا أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوہ عنه ،
وان كان ما نقص من قيمة الام أكثر كان رهنا .

(فصل) وان جنى على العبد المرهون ولم يعرف الجانى فأقر رجل أنه هو
الجانى ، فان صدقه الراهن دون المرتهن : كان الارش له ولا حق المرتهن فيه
وان صدقه المرتهن دون الراهن كان الارش رهنا عنده ، فان لم يقضه الراهن
الدين استوفى المرتهن حقه من الارش ، فان قضاه الدين أو أبراه منه المرتهن رد
الارش الى المقر .

(الشرح) حديث من أغان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله مكتوب بين
عينيه : آيس من رحمة الله ؛ أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضى الله عنه ،
قال المناوى : كناية عن كونه كافراً اذ لا يبأس من روح الله الا القوم الكافرون
وهذا زجر وتهويل أو المراد يستمر . هذا حاله حتى يطهر بالنار ثم يخرج . اه
وقال الحنفى : ان استحل ذلك فهو كافر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان كان المرهون عصيراً فصار في يد المرتهن خيراً زال ملك
الراهن عنه وبطل الرهن لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه
وبطل الرهن كالحيو ان اذا مات ، فان تخلت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحاً يجوز
التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة اذا دبح ، ويعود رهنا لانه عاد الى الملك
السابق ، وقد كان فى الملك السابق رهنا فعاد رهنا ، فان كان المرهون حيواناً
فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن فيه وجهان . قال أبو على ابن
خبران يعود رهنا ، كما لو رهته عصيراً فصار خيراً ثم صار خلا . وقال أبو اسحاق
لا يعود الرهن لانه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهنا بخلاف الخمر
فانها صارت خلا بغير معنى من جهته

(الشرح) الاحكام : اذا رهته عصيراً صح رهته كالثياب ، ولان أكثر ما فيه
أنه يخشى تلفه بأن يصير خمرأ ، وينسخ الرهن ، وذلك لا يمنع صحة الرهن ،

كالحيوان يجوز رهنه ، وإذا جاز أن يموت ، فإذا رهنه عصيراً فاستحال خلا أو مالا يسكر كثيره ، فالرهن فيه بحاله لأنه يتغير إلى حالة لا تخرجه عن كونه مالا فلم يخرج من الرهن ، كالمو رهنه عبداً شاباً فصار شيخاً ، فإذا رهنه عصيراً فاستحال خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن فيه . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يزول ملك الراهن عنه ، ولا يبطل الرهن به لأنه يجوز أن تصير له قيمة دليلنا أن كونه خمراً يمنع صحة التصرف فيه ، والضمان على متلفه . فبطل به الملك والرهن ، كموت الشاة .

إذا ثبت هذا فإنه يجب إراقته : فإن أتلف فلا كلام ، ولا خيار للرتن في البيع — إن كان شرط رهنه فيه — إذا كان انقلابه بيده ، لأن التالف حصل بيده ، وإن استحال الخمر خلا بنفسه من غير معالجة عاد الملك فيه للراهن بلا خلاف ، وعاد الرهن فيه للرتن : لأننا إنما حكمنا بزوال ملك الراهن عنه وبطلان الرهن بحدوث الاسكار ، وقد زالت تلك الصفة من غير أن تخاف نجاسة فوجب أن يعود إلى سابق ملكه كما كان .

فإن قيل : أليس العقد إذا بطل لم يصح حتى يبتدأ ، والرهن قد اطل فكيف عاد من غير أن يحدد عقده ؟ قيل إنما يقال ذلك إذا وقع العقد قاسداً ، وأما وقد وقع العقد صحيحاً ابتداءً ثم طرأ عليه ما أخرجه عن حكم العقد فإنه إذا زال ذلك المعنى عاد العقد صحيحاً ، كما نقول : إذا أسلمت زوجة الكافر يحرم عليه وطؤها فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد العقد كما كان ، وكذلك إذا ارتد الزوجان أو أحدهما ، فإذا استحال الخمر خلا بصنعة آدمى لم يطهر بذلك . بل يزول الخيرية عنه ، ويكون خلا نجساً لا يحل الاتئام به ، ولا يعود امتلاكه ولا رهنه . وقال أبو حنيفة : يكون طاهراً يحل شربه والرهن فيه بحاله

دليلنا ما روى أبو طلحة رضى الله عنه قال : لما نزل تحريم الخمر قلت : يا رسول الله إن عندي خمراً لا يتام ورثوه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أرقه قلت أفلا أخلله ؟ قال لا ، فمنها عن تخليله . وهذا يقتضى التحريم . فإن كان مع رجل خمر فأرقه فأخذ هذه آخر وصار في يده خلا أو وهبه لغيره فصار في يد الموهوب خلا ، ففيه وجهان .

من أصحابنا من قال يكون لمن أراقه ، لأنه يعود إلى سابق ملكه ، والمملك
للبريق ، فهو كما لو غصب من رجل خمراً وصار في يده خلا (والثاني) يكون
ملكاً لمن هو في يده ، لأنه إذا أراقه صاحبه فقد رفع يده عنه ، فإذا جمعه الآخر
صارت له عليه يد والاول أصح .

قال ابن الصباغ : إذا رهنه عسيراً فصار خمراً في يد الراهن قبل القبض بطل
الرهن ، فإن عاد خلا لم يعد الرهن ، ويخالف إذا كان بعد القبض لأن الرهن
قد لزم ، وقد صار مانعاً للملك ، وكذلك إذا اشترى عسيراً فصار خمراً في يد
البايع وعاد خلا فسد العقد ولم يكن ملكاً للشترى بعوده خلا ، والفرق بينه وبين
الرهن أن الرهن عاد تبعاً للملك الراهن ؛ وما هنا يعود لملك البايع لعدم العقد .

(فرع)

إذا رهن عند رجل شاة وأقبضه أياها فمات زال ملك الراهن وبطل
الرهن فيما لا تنها خرجت عن أن تكون مالا ، فإن أخذ الراهن جلدتها فدبغها
عاد ملكه على الجلد بلا خلاف ؛ وهل يعود رهننا ؟ فيه وجهان

قال ابن خيران : إنما عاد بمعالجته ، ومعنى أحده بخلاف الحجر ، وسئل
أبو إسحاق عن رجل ماتت له شاة ، فجاء آخر وأخذ جلدتها فدبغها ، فقال إذا لم
يطرحها مالكم فإن الجلد للمالك الشاة دون الدابغ ، لأن الملك وإن عاد بمعنى
أحدثه الدابغ إلا أن يد المالك كانت مستقرة على الجلد وجوز له استصلاحه فإذا
غصبه غاصب ودبغته لم ينقل يد المالك كما لو كان له جرو كلب يريد تعليمه الصيد
فغصبه إنسان وعلمه ، فإن المغصوب منه أحق به ، لأن يده كانت مستقرة عليه ،
قال فأما إذا طرح صاحب الشاة شاته على المزبلة فأخذ رجل جلدتها ودبغها ملكه
لأن المالك قد أزال يده عنها . قيل له : أليس من يحجر موتا يكون أحق بإحيائها
من غيره ثم جاء غيره فأحيها مالكم ، فقال الفرق بينهما أن من يحجر على شيء
من الموات صار به بمعنى أثره فيه ، وهو الحجز ويده ضعيفة لاستبدال مالك ،
فإذا وجد سبب الملك وهو الأحياء بطلت يده ، وكذلك من ماتت له شاة لأن
يده مقرة عليها بالملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يعلق الرهن بمن رهنه ، ولا أنه وثيقة بدين ليس بعروض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن ، فإن غضب عيناً ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك أن يغرمه فيه وجهان (أحدهما) لا يغرمه لأنه دخل على الأمانة (والثاني) له أن يغرمه لأنه أخذ من يد ضامته ، فإن قلنا أنه يغرمه فغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه غره (والثاني) لا يرجع لأنه حصل الناف في يده فاستقر الضمان عليه ، فإن بدأ وغرم الراهن ، فإن قلنا أن المرتهن إذا غرم يرجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه ، وإن قلنا أن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن رجوع عليه الراهن بما غرمه ، فإن رهن عند رجل عيناً وقال رهنك هذا إلى شهر فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لأنه وقته والبيع باطل لأنه علقه على شرط فإن هلك العين قبل الشهر لم يضمن لأنه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض من رهن صحيح ، وإن هلك بعد الشهر ضمنه لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح

(الشرح) الحديث مر تخريجه في غير موضع

أما الأحكام فإنه إذا قبض المرتهن الرهن فملك في يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانه ولا يسقط من دينه شيء ؛ وبه قال الأوزاعي وعطاء وأحمد وأبو عبيد وهي إحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وذهب الثوري وأبو حنيفة وأصحابه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين ، فإذا هلك فإن كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقي له من الدين عشرة . وإن كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة فملك الرهن سقط الرهن وسقط جميع دينه ، ولا يرجع الراهن عليه بشيء لسقوط الدين ، وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه .

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بكال قيمته ، ثم يترادان : وهي الرواية الثانية عن علي رضي الله عنه .

وذهب الشعبي والحسن البصري إلى أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن سقط جميع دينه ، سواء كانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين . وقال مالك : إن هلك الرهن هلاكا ظاهرا ، مثل أن كان عبداً فمات أو داراً فاحترقت فهو غير مضمون على المرتهن ، وإن هلك هلاكا خفيا ، مثل أن يدعى المرتهن أنه هلك ، فهو مضمون كما قال إسحاق بن راهويه .

دلينا ماروي سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه ، فهذا الحديث دليل في ثلاثة أمور :

(أحدها) قوله صلى الله عليه وسلم : لا يخلق الرهن ، وله ثلاثة تأويلات . أحدها : لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق . والتأويل الثاني : لا يسقط الحق بتلفه . والثالث : أي لا يخلق حتى لا يكون للراهن فسكه عن الرهن بل له فسكه . فإن قيل فهذا حجة عليكم لأن قوله صلى الله عليه وسلم : لا يخلق الرهن ، أي لا يهلك بغير عوض . قال زهير :

وفارقتك رهن لا فئكك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا
يعنى ارتهن تخليه الحب يوم الوداع ، فأمسى وقد غاق الرهن ، أي هلك بغير عوض . قلنا هذا غلط لأن القلب لا يهلك ، وإنما معناه أن القلب صار رهنا بحقه وقد انغلق انغلاقا لا ينفك

(الثاني) قوله صلى الله عليه وسلم : من رهنه ، يعنى من ضمانه ، قال الشافعي رضي الله عنه : وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم إذا قالوا هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه .

(الثالث) قوله صلى الله عليه وسلم : له غنمه وعليه غرمه ، قال الشافعي رضي الله عنه وغرمه هلاكه وعطبه ، ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسدا لم يضمن فوجب إذا كان صحيحا أن لا يضمن أصله ، كالوديعة ومال المضاربة والوكالة والشركة ، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض

وان غصب رجل من رجل عينا فرهنها عند آخر وقبضها المرتهن فأتلفها أو تلفت عنده بغير تفريط ، فإن كان عالما بأنها مفضوبة فالتلف وب منه أن يرجع بقيمتها على الغاصب أو المرتهن لأنه أتلفها ولأنه كان عالما بغصبها فاستقر عليه الضمان لحصول التلف في يده ، وان رجع المخصوص منه على المرتهن لم يرجع المرتهن على الراهن لأن الضمان استقر عليه . وان كان المرتهن غير عالم لسكونها مفضوبة وتلفت عنده من غير تفريط فالتفريط فالتفريط وب منه أن يرجع على الغاصب لأنه أخذها من مالها متعديا .

وهل للدالك أن يرجع على المرتهن ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه لأنه أخذها على وجه الامانة (والثاني) يرجع عليه لأنه أخذها من يد ضامنه .

وإذا قلنا يرجع على المرتهن ، فهل المرتهن أن يرجع بما ضمنه على الراهن ؟ قال أبو العباس بن مريج من أئمتنا : لا يرجع لأنه تلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وفيه وجه آخر . ولم يقل الشيخ أبو حامد في التعاقب غير أنه يرجع عليه ، لأن المرتهن أمين فلا يضمن بغير تعد ، فيكون تلف الرهن من ضمان الراهن ، فرجع بالقيمة عليه لأنه غره . وان بدأ المخصوص منه المرتهن أنه لا يرجع على الراهن رجوع الراهن ها هنا على المرتهن

وقال في الأتم ، ولو رهنه رهنا على أنه اذا دفع الحق وقضاه أخذ الرهن ، وان لم يقض له بدبته فالرهن والبيع فاسدان ، وهذا صحيح

قال العمراني : أما الرهن فبطل لأنه مؤقت لمحل الدين ومن شأنه أن يكون مطلقا . وأما البيع فبطل لأنه معاق بزمان مستقبل ، فيكون هذا الرهن في يد المرتهن الى أن يحل الحق غير مضمون عليه لأنه مقبوض عن رهن فاسد ، وحكم المقبوض في الضمان عن العقد الفاسد كالمقبوض عن العقد الصحيح ، فان تلف الرهن لم يضمن واذا حل الحق كان مضمونا على المرتهن لأنه مقبوض عن بيع فاسد فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح

فعل هذا اذا تلفت في يده لزمه ضمانه سواء فرط فيه أو لم يفرط

قال المصنف رحمه الله :

باب اختلاف المتراهنين

إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن ما رهنتك . وقال المرتهن رهنتى فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العقد .

(فصل) إذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد وقال المرتهن بل رهنتى الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهنا بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهنا برد المرتهن .

(الشرح) الأحكام :

أولاً : إذا اختلف المتراهنان ، فقال أحدهما الآخر لقد رهنتى عيناً بدين لى عليك ، فقال الآخر : ما رهنتكما — ولم تكن ثم يمينه ، فالقول قول من عليه الدين مع يمينه أنه ما رهنه ، لأن الأصل عدم الرهن .

ثانياً : اختلفا في عين الرهن فادعى المرتهن أنه ارتهن منه راديو (مذياع) فقال الراهن : ما رهنتك هذا المذياع وإنما رهنتك مرناة (تليفزيون) حلف الراهن أنه ما رهنه الراديو وإنما رهنه التليفزيون . فخرج المذياع عن أن يكون رهنا بيمين الراهن وخرج التليفزيون عن أن يكون رهنا بإنكار المرتهن له .

ثالثاً : اختلفا في قدر الرهن ، فقال المرتهن : رهنتى هاتين الدراجتين بعشرة جنيهات فقال الراهن : بل رهنتك إحداهما بعشرة .

رابعاً : اختلفا في قدر الدين المرهون به فقال المرتهن : رهنتى هذه السيارة بمائة لى عليك ، وقال الراهن : بل رهنتكما بخمسين . فالقول فى الثالث والرابع قول الراهن مع يمينه فى كل من المثلين ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما وقال مالك رضى الله عنه : القول قول من الظاهر معه . فإن كانت الدراجة التى أقر الراهن برهنها تساوى عشرة أو دونها ويرهن مثلها بعشرة فالقول قول الراهن وإن كانت لا تساوى عشرة ولا يرهن مثلها فى العادة بعشرة فالقول قول المرتهن

وكذلك في السيارة القول قول المرتهن في قدر الرهن إن كانت قيمة السيارة مائة ، وإن كانت قيمتها أكثر من مائة فالقول قول الراهن .

داينا قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وهذا الراهن منكر فيهما ، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد لكان القول قول الراهن ، فكذلك إذا اختلفا في قدر المعقود عليه .

خامساً : إن كان له عليه ألف مؤجلة وألف معجلة فرهنه سيطرة بألف ثم اختلفا ، فقال المرتهن : رهنتنيه بالآلاف الحال . وقال الراهن : بل رهنتكك بالآلاف المؤجل ، فالقول قول الراهن مع ميمنه ، لما ذكرناه في المسائل قبلها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإذا اختلفا في قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد وقال : بل رهنتني هذين العبدين فالقول قول الراهن ، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به ، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله كان القول قوله إذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق فإن رهنه أرضاً وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن ، ويجوز أن يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن . وقال المرتهن : بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الأرض فالقول قول الراهن . وقال المزي : القول قول المرتهن لأنه في يده وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين .

وقوله : إنه في يده لا يصح ، لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد ، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن ؛ وإن كانت العين في يد المرتهن ، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا : إنه يصح العقد فاختلفا في مقدار الحمل الأول ، فالقول قول الراهن ، وقال المزي : القول قول المرتهن ، لأنه في يده ، وهذا لا يصح ، لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقر به ، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد .

(الشرح) الأحكام : إذا رهنه أرضاً ووجد فيها نخل أو شجر ، فقال المرتهن : كان هذا موجوداً وقت الرهن فهو داخل في الرهن . وقال الراهن :

بل حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن ، فإن كان ما قاله المرتهن غير ممكن كأن يكون النخل صغيراً وكان العقد من مدة لا تسمح بأن يكون النخل باقياً على صفوه لحدائته مظهره فلا يجوز من ثم أن يكون النخل موجوداً وقت العقد ، فالقول قول الراهن من غير يمين ، لأنه لا يمكن صدق المرتهن .

وإن كان ما قاله الراهن غير ممكن ، كأن يكون لعقد الرهن مدة لا يمكن حدوث النخل بعدها الكبر النخل وقصر مدة العقد وما إلى ذلك فالقول قول المرتهن بلا يمين لأن ما يقوله الراهن مستحيل فلم يقبل قوله .

وإن كان يمكن صدق كل منهما كأن يكون احتمال وجود النخل مساوياً لاحتمال حدوثه بعد العقد ، قال الشافعي رضى الله عنه : فالقول قول الراهن مع يمينه . قال المزني قولاً ضعيفاً في المذهب : القول قول المرتهن : لأنه في يده . والمذهب الاول ، لأن المرتهن قد اعترف للراهن بملك النخل ، وقد صار يدعى عليه عقد الرهن ، والراهن ينكر ذلك ، فكان القول قول الراهن ، كما لو ادعى عليه عقد الرهن في النخل مفرداً دون الارض واما اليد التي تعمل بها المزني فلا يرجح بها في دعوى اعدوا وانما يرجح بها في دعاوى الملك فإذا حلف الراهن نظرت فإن كان الرهن في القرض أو كان متطوعاً به في الثمن غير مشروط في البيع بقي الرهن في الارض ولا كلام وإن كان الرهن مشروطاً في البيع فإن هذا الاختلاف يوجب التحالف وقد حلف الراهن وخرج الرهن عن الراهن ، فان رضى المرتهن بذلك فلا كلام ، وان لم يرض حلف المرتهن أن النخل كان داخلاً في الرهن . وهل يفسخ البيع والرهن بنفس التحالف أو بالفسخ ؟ على الوجهين في التحالف . فان قلنا لا يفسخ فتنطوع الراهن بتسليم النخل رهناً فليس المرتهن يفسخ البيع .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا في قدر الدين فقال الراهن : رهنتك هذا للعبد بألف وقال المرتهن : بل رهنته بألفين فالقول قول الراهن ، لأن الاصل عدم الالف فان قال رهنته بألف وزادني ألفاً آخر على أن يكون رهناً بالالفين . وقال المرتهن

بل رهنتني بالالفين ، وقلنا : لا تجوز الزيادة في الدين في رهن واحد ففيه وجهان
أحدهما : أن القول قول الراهن لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله
فكذلك إذا اختلفا في صفته .

والثاني : أن القول قول المرتهن ، لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين ،
والراهن يدعى أن ذلك كان في عقد آخر ، والأصل عدمه ، فكان القول قول
المرتهن ، فان بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل ، ثم اختلف
الراهن والمرتهن فقال الراهن أذنت له في الرهن بعشرة ، وقال المرتهن بل بعشرين
نظرت ، فان صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة ، ولا
يمين على الراهن ، لأنه لم يعقد العقد ، وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول
الراهن مع يمينه ، فاذا حلف بقي الرهن على عشرة ، وعلى الرسول عشرة ،
لأنه أقر بقبضها .

(الشرح) إذا اختلفا فقال الراهن رهنتك شيئا بمائة بعقد ثم زدتنى مائة
أخرى فعقدت الرهن بها على هذا الشيء قبل فسخ العقد ، إذا حدث هذا وقلنا :
لا يصح ذلك ، وقال المرتهن بل ارتهنته منه بالمائتين بعقد واحد ففيه وجهان .
(أحدهما) القول قول الراهن مع يمينه ، لأنهما لو اختلفا في أصل العقد
لكان القول قوله ، فكذلك إذا اختلفا في صفته (والثاني) القول قول المرتهن
مع يمينه ، لأنهما اتفقا على عقد الرهن ، والراهن يدعى معنى يفتضى بطلانه ،
والأصل عدم ما يبطله .

(فرع) إذا قال الرجل لغيره هذه السيارة التي عندي هي لك رهنتنيها بألف
لى عليك ، فقال له : هذه السيارة لى ودبعة لى عندك ، وإنما رهنتك بألف على
سيارة أخرى أحرقتها ، وأنا استحق عليك قيمتها ، فالقول قول المقر مع يمينه ،
أنه ما أحرق له سيارة ولا شيء له عليه من القيمة لأن الأصل براءة ذمته والقول
قول المقر له مع يمينه أنه ما رهنه هذه السيارة ، وعليه الألف لأنه مقر بوجودها
(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه في الأم : إذا قال الرجل لغيره رهنتك
عبدى هذا بألف درهم لك على ، فقال المرتهن بل رهنتنيه أنا وزيدا بألفي درهم
ألف درهم لى وألف درهم لزبد ، وادعى زيد بذلك ، فالقول قول الراهن أنه

مارهن زيدا شيئا ، فإذا حلف كان العبد رهنا عند الذي أقر له به ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا لا يجيء على أصل الشافعي رحمه الله ، لأن المالك أقر للمرتهن برهن جميع العبد ، وهو لا يدعى نصفه ، وإنما ادعى وقد حلف له المالك ، فيجب ألا يبقى عند المقر له إلا نصف العبد مرهوناً .

قال الشافعي رحمه الله : وأما إذا قال لغيره رهنتك عبدي هذا بألف درهم لك علي ، فقال المرتهن هذا الألف الذي أقررت أنه لي رهنتي به العبد هو لي ولزيد قيل ذلك لأنه لإقرار في حق نفسه فقبل ، فيكون بينه وبين زيد

قال الشيخ أبو حامد ، ولم يذكر الشافعي رحمه الله حكم الرهن ها هنا ، ولكن يكون العبد رهنا بالألف لأن المرتهن اعترف بالحق الذي أرهن به أنه له ولغيره فقبل لإقراره في ذلك ، كما لو كان له ألف برهن ، فقال هذا الألف لزيد ، كان له الألف بالرهن ، كذلك هذا مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) قال في الامم إذا كان في يد رجل عبد لآخر فقال رهنتيه بألف وقال السيد بل بعنتك بألف حلف السيد أنه ما رهنته بألف : لأن الاصل عدم الرهن ، وبحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه ، لأن الاصل عدم الشراء ، ويأخذ السيد عبده ، فإن قال السيد رهنتك بألف قبضتها منك قرضاً ، وقال الذي في يده العبد بل بعنتيه بألف قبضتها مني ثمناً ، حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه ، لأن الاصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجودها ، فإن قال الذي في يده العبد بعنتيه بألف ، وقال السيد بل رهنتك بألف حلف السيد أنه ما باعه ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو في يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن ، والمرتهن ينكر ، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن .

(الشرح) ذكر الشافعي رحمه الله في باب الرسالة من الامم أربع مسائل الاولى ، إذا دفع لرجل ثوباً ، وأرسله ليرهنه له بحق عند رجل فرهنه ، ثم اختلف الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن جاني برسالتك في أن أسلمتك عشرين

فأعطيته إياها فكذبه الرسول ، فالتقول قول الرسول والمرسل . ولا أنظر إلى قيمة الرهن . قال العمراني فيحلف الرسول أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا يمين على المرسل ، لأن الرسول هو الذي باشر العقد

قال ابن الصباغ : وعندى أن المرتهن إذا ادعى مع المرسل أنه أذن له في ذلك وقبض منه عشرين بإذنه أن له أن يحلفه ، لأن المرسل لو أقر بذلك لزمه ما قاله ، فإذا أنكره حلف له .

الثانية : ولو صدقه الرسول فقال : قد قبضت منك عشرين ودفعتها إلى المرسل ، وكذبه المرسل ، كان القول قول المرسل مع يمينه ما أمره إلا بعشرة ولا دفع إليه إلا هي ، وكان الرهن بعشرة ، وكان الرسول ضامنا للعشرة التي أقر بقبضها مع العشرة التي أقر بها المرسل - بفتح السين - بقبضها . قال ابن الصباغ وعندى أن المرتهن إذا صدق الرسول أن الراهن أذن له في ذلك لم يكن له الرجوع على الرسول لأنه يقر أن الذي ظلمه هو المرسل

الثالثة : قال الشافعي ولو دفع إليه ثوباً فرهنته عند رجل . وقال الرسول أمرتني برهن الثوب عند فلان بعشرة فرهنته ، وقال المرسل أمرتك أن تستلف من فلان عشرة بغير رهن . ولم أذن لك في رهن الثوب ، فالتقول قول صاحب الثوب والعشرة حالة عليه . ولو كانت المسألة بحالها فقال أمرتك بأخذ عشرة سلفاً في عيدي فلاخ ، وقال الرسول بل في ثوبك هذا أو عبدك هذا العبد غير الذي أقر به الأمر فالتقول قول الأمر والعشرة حالة عليه

ويسوق العمراني في البيان المسألة بصورة أخرى فيقول : إذا دفع إليه ثوباً وعبداً وأمره أن يرهن أحدهما عند رجل بشيء يأخذه له منه فرهنته الرسول العبد ثم قال المرسل إنما أذنت له في رهن الثوب ، وأما العبد فوديعة ، وقال الرسول أو المرتهن ، إنما أذنت له في رهن العبد ، حلف المرسل أنه ما أذن له في رهن العبد وخرج العبد عن الرهن بيمينه . وخرج الثوب عن الرهن لأنه لم يرهن ، الرابعة : إذا قال المرسل أمرتك برهن الثوب ونهيتك عن رهن العبد ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الرسول بينة أذن له في رهن العبد فيصح ، وإذا احتمل هذا

وهذا فقد وجد من الرسول عقد الرهن على العبد ، والظاهر أنه عقد صحيح ، فلا يحكم بطلانه لأمر محتمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اتفقا على رهن عين ، ثم وجدت العين في يد المرتهن ، وقال الراهن قبضته بغير اذن ، وقال المرتهن بل قبضته باذنك فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن ، ولانها لو اختلفا في أصل العقد والعين في يد المرتهن كان القول قول الراهن ، فكذلك اذا اختلفا في الاذن ، فان اتفقا على الاذن فقال الراهن رجعت في الاذن قبل القبض . وقال المرتهن لم يرجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن ، لان الاصل بقاء الاذن ، وان اتفقا على الاذن واختلفا في القبض فقال الراهن لم تقبضه ، وقال المرتهن بل قبضت ، فان كانت العين في يد الراهن فالقول قوله لان الاصل عدم القبض ، وان كان في يد المرتهن فالقول قوله لانه اذن في قبضه والعين في يده ، فالظاهر أنه قبضه بحق ، فكان القول قوله . وان قال رهنته وأقبضته ثم رجعت ، وقال ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض ، فالمصوح أنه يحلف .

وقال أبو اسحاق ان قال وكبلي أقبضه وبان لي أنه لم يكن أقبضه حلف . وعليه تأول النص . وان قال أنا أقبضته ثم رجعت لم يحلف لان اقراره المقدم يكذبه . وقال أبو علي بن خيران وعامة أصحابنا انه يحلف لانه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به ، ولم يكن قبض .

(الشرح) اذا كان في يد رجل شيء لغيره فقال من بيده الشيء للمالك رهنتي هذا بألف هي لي عليك قرضا . وقال المالك بل بعنتك بألف هي لي عليك ثمتا حلف المالك أنه ما رهنته هذا الشيء ، لان الاصل عدم الرهن ، ويحلف من بيده الشيء أنه ما اشتراه ، لان الاصل عدم الشراء ، ويبطل العقدان ويسقط المالاين ويرد الشيء الى صاحبه . فان قال من بيده الشيء رهنتيه بألف أقبضتها ، وقال المالك بل رهنتك بألف لم أقبضها — فالقول قول المالك مع يمينه — لان الاصل عدم القبض

قال العمراني في البيان : وإن قال من بيده العبد (إن كان الرهن عبداً) بعنتيه بألف وقال السيد : رهنتك بألف ، حلف السيد أنه ما باعه العبد ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو بيده لأن المبيع زال بيمين السيد ، وبطل الرهن ، لأن المالك يقر له به والمرتهن ينكره ، ومتى أنكرت المرتهن الرهن زال الرهن ثم قال قال الشيخ أبو إسحاق في المهذب والمحاملي في المجموع : فإن قال السيد : رهنتك بألف قبضتها مني ثمنا حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه ، لأن الأصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف ، لأنه مقر بوجودها . قلت : والذي يقتضى القياس عندي أنه لا يمين على الذي بيده العبد لأنه ما ارتهن العبد لما ذكرناه في المسألة قبلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن رهن عصيراً وأقبضه ، ثم وجده خمرًا في يد المرتهن فقال : أقبضتني وهو خمر ، فلي الخيار في فسخ البيع . وقال الراهن : بل أقبضتني وهو عصير ، فصار في يدك خمرًا ، فلا خيار لك ، ففيه قولان .
(أحدهما) أن القول قول المرتهن ، وهو اختيار المزني : لأن الراهن يدعى قبضاً صحيحاً ، والأصل عدمه .
(والثاني) أن القول قول الراهن ، وهو الصحيح ، لأنهما اتفقا على العقد والقبض ، واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفي الصفة ، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض ، وإن اختلفا في العقد فقال المرتهن رهنتني وهو خمر . وقال الراهن : بل رهنتك وهو عصير . فصار عندك خمرًا ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أكثرهم : هي على قولين .
وقال أبو علي بن أبي هريرة : القول قول المرتهن قولاً واحداً ، لأنه ينكر المقدم والأصل عدمه . فإن رهن عبداً فأقبضه في محمل أو مملوقاً في ثوب ، ووجد ميتاً . فقال المرتهن أقبضتني وهو ميت ، فلي الخيار في فسخ البيع . وقال الراهن أقبضتني حياً ثم مات عندك ، فلا خيار لك ففيه طريقان .
(أحدهما) وهو الصحيح : أنه على القولين كالعصير (والثاني) وهو قول

أبي على الطبري أن القول قول المرتهن ، لأن هذا اختلاف في أصل القبض لأن الميت لا يصح قبضه ، لأنه لا يقبض إلا ظاهراً ، بخلاف العصير ، فإنه يقبض في الظرف ، والظاهر منه الصحة .

(الشرح) الاحكام : إذا رهنه عيناً فوجدت في يد المرتهن ، فقال المرتهن . قبضتها بإذنتك رهناً . وقال الراهن لم أدن لك بقبضها ، وإنما غصبتها أو أجزتها منك ، فقبضتها عن الإجارة فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأن الأصل عدم الإذن ، وإن اتفقا على الرهن والإذن والقبض ، ولكن قال الراهن رجعت في الإذن قبل أن يقبض ؛ وقال المرتهن لم ترجع ؛ ولم تقم بينة على الرجوع فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما يعلم أنه رجوع ، لأن الأصل عدم الرجوع .
وان اتفقا على الرهن والإذن ، واختلفا في القبض ، فقال الراهن . لم تقبض وقال المرتهن بل قبضت . قال الشافعي في موضع القول قول المرتهن وقال في موضع القول قول الراهن قال أصحابنا ليست على قواين وإنما هي على حالين فإن كانت العين في يد الراهن فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم القبض والذي يقتضيه المذهب عندي أن يحلف أنه ما يعلم أنه قبض ، لا يحلف على نفي فعل غيره ، وإن كانت العين في يد المرتهن حلف أنه قبض لأن الظاهر أنه قبض بحق ،

(فرع) وإن أقر أنه رهن عند غيره عيناً وأقبضه إياها ثم قال الراهن لم يكن قبضها ، وأراد منعه من القبض لم يقبل رجوعه عن إقراره بالقبض ، لأن إقراره لازم ، فإن قال الراهن للمرتهن . احلف أنك قبضتها . قال الشافعي رضي الله عنه أحلفته ، قال في البيان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق إن كان المرهون غائباً فقال أقررت بالقبض لأن وكيلي أخبرني أنه أقبضه ثم بان لي أنه لم يقبضه أحلف المرتهن لأنه لا يكذب لنفسه ، وإنما يدعى أمراً محتملاً . فأما إذا كان الرهن حاضراً أو أقر أنه أقبضه بنفسه ثم رجع . وقال لم يقبض ، لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المرتهن لأنه يكذب نفسه .

وقال أبو علي بن خيران وعامة أصحابنا يحلف المرتهن بكل حال وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه . أما مع غيبة الرهن فلما ذكر الشيخ أبو إسحاق مع

حضوره فلأنه قد يستنيد غيره بالإقباض ، فيخبره بأن المرتهن قد قبض ، ثم يبين له أنه خان في إخباره ، وأيضاً فإنه قد بعده بالإقباض مقر له به قبل فعله ، فكانت دعواه محتملة . قالوا : وهكذا لو أن رجلاً أقر بأنه أقبض من رجل ألفاً ثم قال بعد ذلك : لم أقبضها ، وإنما وعدتني أن يقرضني فأقررت به ثم لم يفعل استحلاف المقرض ، لأنه لا يكذب نفسه ، فأما إذا شهد شاهدان بأنه رهنه عبده وأقبضه ثم ادعى أنه لم يقبضه ، وطلب يمين المرتهن لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المقر له ، لأن في ذلك قدحا في البيئته اه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان لرجل عبد ، وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه ، والعبد في يد الراهن أو في يد العدل نظرت ، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم الرهن ، وإن صدقتهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل ، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين ، وجعل السابق منهما ، ومن أعجابنا من قال : يجعل بينهما نصفين ، لأنه يجوز أن يكون مرهونا عندهما بخلاف الزوجة ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما ، فالرهن للمصدق ، وهل يحلف الآخر ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يحلف (والثاني) لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد . ثم أقر بها لعمرو ، فهل يغرم لعمرو شيئا أم لا ؟ فيه قولان . فان قلنا لا يغرم لم يحلف ، لأنه إن نسكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين ، وإن قلنا لا يغرم حلف لأنه ربما نسكل فيغرم للثاني قيمته ، فان قلنا لا يحلف فلا كلام . وإن قلنا يحلف نظرت ؛ فان حلف انصرف الآخر ، وإن نسكل عرضت اليمين على الثاني ، فان نسكل انصرف ، وإن حلف بيميننا على القولين في يمين المدعى مع نكول المدعى عليه . فان قلنا انها كالبيئنة نزع العبد وسلم الى الثاني . وإن قلنا انه كالإقرار ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يفسخ لأنه أقر لهما وجعل السابق منهما .
 والثاني : يجعل بينهما لأنهما استويا ، ويجوز أن يكون مرهونا عندهما لجعل
 بينهما . والثالث : يقر الرهن في يد المصدق ويفرم للأخر قيمته ، ليسكون رهنا
 عنده ، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه ، وإن كان العبد
 في يد أحد المرتهين نظرت ، فإن كان في يد المقر له أقر في يده ، لأنه اجتمع له
 اليد والإقرار ؟ وهل يخالف للثاني ؟ على القولين ، فإن كان في يد الذي لم يقر له
 فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار ، وفيه قولان ،
 (أحدهما) يقدم الإقرار لأنه يخبر عن أمر باطن .

(والثاني) يقدم اليد وهو قول المزني ، لأن الظاهر معه ، والاول أظهر ،
 لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد ، وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار .
 واليد على النصف . وفي النصف الآخر له الإقرار . وللآخر يد ، وفيه قولان .
 أحدهما : يقدم الإقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له . والثاني يقدم اليد فيكون
 الرهن بينهما نصفين .

(الشرح) الأحكام : إذا باعه شيئا بشرط أن يرهنه عصيراً فرهنه العصور .
 وقبض المرتين فوجد خمرأ . فقال المرتين : أقبضتني خمرأ فلي الخيار في فسخ
 البيع . وقال الراهن : بل صار خمرأ بعد أن أخذته في يدك فلا خيار لك : ففيه
 قولان . أحدهما : أن القول قول المرتين مع يمينه . وهو قول أبي حنيفة والمزني
 لأن الراهن يدعى قبضاً صحيحاً والأصل عدمه . والثاني : أن القول قول الراهن
 وهو الصحيح لأنهما قد اتفقا على العقد والتسليم . واختلفا في تغير صفته .
 والأصل عدم التغيير ، وبقاء صفته كما لو باعه شيئا وقبضه فوجد به عيب في يد
 المشتري يمكن حدوثه بيده . فإن القول قول البائع . وإن قال المرتين : رهننتني
 وهو خمر . وقال الراهن : رهننتك وهو عصير . وقبضته عصيراً . وإنما صار
 خمرأ في يدك . فأخلاف أصحابنا فيه . فقال أبو علي بن أبي هريرة : القول قول
 المرتين قولاً واحداً ، لأنه يتكرر أصل العقد . وقال عامة أصحابنا هي على قولين
 كالتي قبلها وهو المنصوص في مختصر المزني والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له ، وأنكر المرتهن فقبه قولان (أحدهما) أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني لأنه عقد إذا تم منع البيع فنفع الاقرار كالبيع (والثاني) أن القول قول الراهن ، لأنه أقر في ملكه بما لا يجزئ نفعاً إلى نفسه فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهوناً ، ويخالف هذا إذا باعه لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه ، فان قلنا إن القول قول الراهن فهل يخلف ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يخلف لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه ، فلا معنى لعرض اليمين ، ولأنه أقر في ملكه لغيره فلم يخلف عليه كالمريض إذا أقر بدين (والثاني) يخلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن لخلاف فإذا ثبت أنه رهنة وهو جاني ففي رهن الجاني قولان (أحدهما) أنه باطل (والثاني) أنه صحيح ، وقد بينا ذلك في أول الرهن ، فإن قلنا أنه باطل وجب بيعه في أرش الجناية ؛ فإن استغرق الارش قيمته بيع الجميع ، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الارش . وفي الباقي وجهان

(أحدهما) أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجنى عليه ، وقد زال . (والثاني) أنه لا يكون مرهوناً لأننا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهوناً من غير عقد ، وإن قلنا إنه صحيح فإن استغرق الارش قيمته بيع الجميع وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الارش ويكون الباقي مرهوناً ، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول فبكم يفديه ؟ فيه قولان (أحدهما) يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية (والثاني) يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ أو بسلم المبيع فان قلنا إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين ، لأنه لو رجع قبل رجوعه لخلف فإذا ثبت أنه غير جاني فهل يغرم الراهن أرش الجناية ؟ فقبه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو . أحدهما يغرم لأنه منع بالرهن حق المجنى عليه . والثاني لا يغرم لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه ؛

وإن كان صادقا وجب تسليم العبد ، فإن قلنا انه لا يغرّم فرجع اليه تعلق الارش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه . وإن قلنا يغرّم فكم يغرّم؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالقسم قبله . ومنهم من قال يغرّم أقل الامرين قولاً واحداً ، لأن القول الثاني انما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع . وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد ، وإن نكل المرتن عن اليمين فعلى من ترد اليمين؟ فيه طريقان

(أحدهما) ترد على الراهن وإن نكل : فهل ترد على المجنى عليه . فيه قولان كما قلنا في غرما الميت . ومن أصحابنا من قال ترد اليمين على المجنى عليه أولاً ، فإن نكل فهل ترد على الراهن . على قولين لأن المجنى عليه يثبت الحق لنفسه وغرما الميت يثبتون الحق للميت .

(الشرح) الاحكام : في هذا الفصل وإن كان المثل فيها بالعبد ، وكان المثل لا يقتضيه ولا يسوغه عصرنا ، لما قام عليه الاجماع البشرى من تحرير الرقاب الادمية ، وكان هذا من مقاصد الشريعة السمحة ، وأهدافها وغاياتها ، على ما سنبيته ان شاء الله تعالى في أبواب العتق ، فإنه يمكن أن ينطبق الحكم على نحو شيء آخر يمتلك ويرتن ويقع عليه الخلاف احتمالاً ، فنقول وبالله التوفيق :

إذا كان لرجلين على رجل مائتا دينار ، ولكل واحد منهما مائة وله سيارة ، فادعى عليه كل واحد منهما أنه رهن عنده السيارة وأقبضه اياها ولا بينة لهما ، فإن كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا ، لأن الاصل عدم الرهن ، سواء كانت السيارة في أيديهما أو في يده لأن اليد لا ترجح بها في العقد ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بالرهن للصدق ، وسواء كانت السيارة في يد المصدق أو المكذب ، وهل يحلف الراهن للمكذب ، فيه قولان بناء على من أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمره ، هل يغرّم لعمره قيمتها . فيه قولان ، فإن قلنا يغرّم حلفها هنا لجواز أن يخاف اليمين فيقر للمكذب فيثبت له القيمة .

فإن قلنا لا يغرّم لم يحلف ، لأنه لو أقر له بعد الإقرار الاول لم يحكم له بشيء فلا فائدة في تحليفه ، وإن أقر لهما بالرهن والتسليم فادعى كل واحد منهما أنه هو

السابق بالرهن والتسليم رجع إلى الراهن . فإن قال لا أعلم السابق منكنا بذلك فإن صدقاه أنه لا يعلم ولا بينة لهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن الرهن يفسخ لأنها قد استويا في ذلك ، والبيان من جهة قد تعذر ، لحكم بانفساخ العقدين كما تقول في المرأة إذا زوجها وليان لها من رجائين ، وتعذر معرفة السابق منها ، والثاني يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته بينهما ، ويمكن أن يكون رهن عند كل واحد منهما نصفه .

وإن كذبا به وقال بل نعلم السابق من العقدين والتسليم فيه فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الاصل عدم العلم ، قال الشيخ أبو حامد : فيحلف لكل منهما يميناً أنه لا يعلم أنه السابق ، فإذا أحلف لهما كانت على وجهين سبق ذكرهما ، حيث قلنا : المنصوص أنه يفسخ العقدان . والوجه الثاني يقسم بينهما

وإن نكل عن اليمين - أي خاف منها وامتنع من أدائها - عرضنا اليمين عليهما فإن حلف كل واحد منهما أن الراهن يعلم أنه السابق . قال ابن الصباغ : كانت على الوجهين الأولين . المنصوص أن الرهنين يفسخان . والثاني يقسم بينهما . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بالرهن للحالف دون الآخر

وإن اعترف الراهن أنه يعلم السابق منهما ، وقال هذا هو السابق - لم يخل أما أن يكون الرهن في يد الراهن أو في يد أجنبي ، أو في يد المقر له بالسبق حكم بالرهن للمقر له لأنه اجتمع له اليد والإقرار ، وهل يحلف الراهن الآخر . فيه قولان . وحكاها الشيخ أبو حامد وجهين : المنصوص أنه لا يحلف له لأنه ربما خاف من اليمين وأقر للثاني لم ينزع الرهن ، فتؤخذ منه القيمة فيكون رهنا مكانه . فإذا قلنا لا يمين عليه فلا كلام ، وإن قلنا عليه اليمين نظرت ، فإن حلف للثاني انصرف ، وإن أقر للثاني أنه رهنه أولاً وأقبضه وخاف من اليمين رهننا هذا الإقرار في حق المقر له أولاً بانتزاع الرهن منه ، ولا يمكن يؤخذ من المقر قيمة الرهن وتجعل رهنا عند المقر له الثاني ، لأنه حال بينه وبينه بأقراره المتقدم قال في البيان : وإن نكل عن اليمين ردت على الثاني ، وإن لم يحلف قلنا له اذهب فلا حق لك ؛ وإن حلف ، فإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة انتزع الرهن من الأول وسلم إلى الثاني

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : إلا أن أصحابنا لم يفرعوا على هذا القول وهذا يدل على ضعفه

قال العمراني : وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالأقرار ، فذهب أبو إسحاق في المذهب في هذا ثلاثة أوجه

(أحدها) ولم يذكر في التعليق والشامل غيره ، أن الرهن لا ينزع من يد الأول ، ويلزم المقر أن يدفع قيمته إلى المقر له الثاني ليكون رهنا عنده لأنه حال بينه وبينه بإقراره الأول .

(والثاني) يجعل بينهما لأنه استويا في الأقرار ؛ ويجوز أن يكون مرهونا عنده منها (والثالث) بفسخ الرهنان لأنه أقر لهما ، وجعل السابق منهما ، وإن كان الرهن في يد الذي لم يقر له ، فقد حصل لأحدهما الأقرار والآخر اليد ، وفيه قولان (أحدهما) أن صاحب اليد أولى ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه السابق كما لو قال بعث هذا العبد من أحدهما ، وكان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه (والثاني) أن القول قول الراهن أن الآخر هو السابق ، لأنه إذا ادترف أن السابق هو الآخر فهو يقر أنه لم يرهن من بيده شيئا ، ومن بيده يدعى ذلك ، كما لو ادعى عليه أنه رهنه

فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الراهن لمن بيده ؟ على القولين فيمن أقر لزيد بدار ثم أقر بها لعمرو على ما سبق ، وإن كان الرهن في يد المرتين فقد اجتمع لأحدهما اليد والأقرار في النصف ، فيكون أحق به ، وهل يحلف للآخر عليه ، على القولين

وأما النصف الذي في يد الآخر فهل اليد أقوى أم الأقرار ، على القولين الأولين ، فإن قلنا إن اليد أقوى حلف من هو بيده عليه وكان رهنا بينهما . وهل يحلف لمن يقر له على النصف الذي بيد المقر له ، على القولين فإن قلنا الأقرار أولى انتزع الرهن لجعل رهنا للمقر له . وهل يحلف للآخر على جميعه ، على القولين فيمن أقر بدار لزيد ، ثم أقر بها لعمرو ، والمنعوص أنه لا يحلف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن أعتقته بإذنتك ، وأنكر المرتهن الإذن فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن ، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد ؟ فيه طريقان . (أحدهما) أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت . قال في الجديد لا ترد ، لأنه غير المترهين فلا ترد عليه اليمين ، وقال في القديم : ترد لأنه يثبت لنفسه حقا باليمين ، ومن أصحابنا من قال : ترد اليمين على العبد قولا واحداً لأن العبد يثبت باليمين حقا لنفسه وهو العتق بخلاف غرماء الميت .

(فصل) وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن ، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن ، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد وإن اختلفا في الإذن أو في الولد أو في مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك فالقول قوله . لأن الأصل في هذه الأشياء عدم .

(فصل) فإن كان عليه ألف برهن وألف بغير ره فدفع اليه ألفاً ثم اختلفا نظرت ، فإن اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن أنه قال هي عن الألف التي لا رهن بها . وقال الراهن بل قلت هي عن الألف التي بها الرهن ، فالقول قول الراهن لأنه منه ينتقل إلى المرتهن . فكان القول قوله في صفة النقل . وإن اختلفا في النية فقال الراهن نويت أنها عن الألف التي بها الرهن . وقال المرتهن بل نويت أنها عن الألف التي لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ ، ولأنه أعرف بنية ، وإن دفع اليه الألف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان . قال أبو إسحاق يصرفه إلى ماشاء منهما ، كما لو طلق إحدى المرأتين . وقال أبو علي بن أبي هريرة يجعل بينهما نصفين لأنهما استويا في الوجوب فصرف القضاء إليهما .

(فصل) وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف ثم اختلفا نظرت . فإن اختلفا في اللفظ فادعى الراهن أنه قال أبرأتك عن الألف التي بها الرهن . وقال المرتهن بل قلت أبرأتك من الألف التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن ، لأنه هو الذي يبرئ ، فكان القول في صفة الإبراء قوله : فإن اختلفا في النية فقال الراهن :

نويت الإبراء عن الألف التي بها الرهن ، وقال المرتن نويت الإبراء عن الألف التي لا رهن بها ، فالقول قول المرتن ، لما ذكرناه في اللفظ ، ولأنه أعرف بنية فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق ، وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة .

(فصل) وان ادعى المرتن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أمين ، فكان القول قوله في الهلاك كالمودع ، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله ، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر .

(فصل) وان كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد ، فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتن ، فوجب به البيع ؛ فإن كانا في النفع واحداً فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به ، لأنه أقرب إلى المقصود ، وهو قضاء الدين ، فإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن في جنس الدين .

(الشرح) الأحكام : أظهر ما يدخل في هذا الفصل أنه إذا كاتب عبداً ثم أقر أنه كان جنى قبل ذلك لم يقبل إقراره بذلك لأن المكاتب بمنزلة من زال ملكه عنه لأن أرش الجنسية لا يرجع عليه ، وان كاتبه ثم أقر أنه أعتقه أو باعه قبل ذلك . قال الشيخ أبو حامد : عتق في الحال وسقط المال عنه لأن إقراره بذلك إبراء منه له من مال الكتابة وكلام المصنف في سائر الفصل ظاهر . والفصول الأخرى بعضها ظاهر المعنى ، والأخرى مر في الباب أحكامه وتفصيله فلا حاجة بالإطالة في أعادته وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

باب التفليس

إذا كان على رجل دين ، فإن كان مؤجلا لم يحز مطالبته ؛ لانا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل ، فإن أراد سفرا قبل محل الدين ، لم يكن للغريم منعه ، ومن أصحابنا من قال ان كان السفر مخوفا كان له منعه ، لانه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه ، والصحيح هو الاول ، لانه لا حق له عليه قبل محل الدين ، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل ، كما يجوز في الحضرة أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الحرب ، وان قال أقم لي كفيلا بالمال ، لم يلزمه ، لانه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل ، كما لو لم يرد السفر ، وان كان الدين حالا نظرت ؛ فان كان معسرا لم يحز مطالبته لقوله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، ولا يملك ملازمته لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل ، فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليشكسب ما يعطيه لم يحز على ذلك لانه اجبار على التكسب فلم يحز كالأجبار على التجارة ، وان كان موبرا جازت مطالبته . لقوله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة .

فدل على أنه اذا لم يكن ذا عسرة لم يجب انظاره ؛ فان لم يقضه ألزمه الحاكم ؛ فان امتنع ، فان كان له مال ظاهر باعه عليه لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ألا ان الأسيغع أسيفع جهينه رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فاد أن معرضا فأصبح وقد رين به ، فمن له دين فليحضر ، فانا بابعو ماله وقاصموه بين غرمانه ، وان كان له مال كتمه حبسه وعززه حتى يظهره ، فان ادعى الاعسار نظرت ، فان لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه . لان الاصل عدم المال ، فان عرف له مال لم يقبل قوله ، لانه معسر الا ببينة ، لان الاصل بقاء المال ، فان قال غريمي يعلم أني معسر ، أو أن مالي هلك خلفوه حلف ، لأن ما بدعيه محتمل ، فان أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين .

فان أراد أن يقيم البيئنة على الإعسار لم يقبل الا بضمادة عدلين من أهل الخبرة
والمعرفة بحاله ، لأن الهلاك يدركه كل أحد والاعسار لا يعمله الا من يخبر باطنه ،
فان أقام البيئنة على الاعسار وادعى الغريم أن له مالا بأطنا فطلب اليمين عليه ،
ففيه قولان (أحدهما) لا يحلف ، لأنه أقام البيئنة على ما ادعاه فلا يحلف ، كما لو
ادعى ما يملكه وأقام عليه البيئنة .

(والثاني) يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين ، لجاز عرض
اليمين فيه عند الطلب ، كما لو أقام عليه البيئنة بالدين وادعى أنه أبرأه منه ، وان
وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت ، فان كذبه المقر له يبيع في الدين لأن
الظاهر أنه له ، وان صدقه سلم اليه .

فان قال الغريم أحلفوه لي أنه صادق في اقراره ففيه وجهان (أحدهما) يحلف
لأنه يحتمل أن يكون كاذباً في اقراره (والثاني) لا يحلف - وهو الصحيح ، لأن
اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الاقرار ، ولو رجع عن الاقرار لم يقبل رجوعه
فلا معنى لعرض اليمين .

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه رواه مالك في الموطأ والدارقطنى وابن
أبي شيبة والبيهقي وعبد الرزاق بالفاظ سنورها
أما لغات الفصل فان الفلاس مأخوذ من الفلوس وهو أخس مال الرجل ،
لأن أقل صنوف النقود هو الفلاس وهو عند اخواننا أهل العراق والشام يساوى
ملياً عند أهل مصر والسودان والهملة عند اخواننا أهل الحجاز ونجد ، والبقشة
عند اخواننا أهل اليمن ، وقد دخل لفظ الفلاس في لغات أهل أوروبا بلهجتهم ،
فقالوا البنس والبيزا .

قال في المصباح : وبعضهم يقول أفلس الرجل أى صار ذا فلوس بعد أن كان
ذا دراهم فهو مفلس ، والجمع مفاليس ، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر الى حالة
العسر ، وفلسه القاضى تفلأيساً نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلساً
والفلس الذى يتعامل به جمعه فى القلة أفلاس وفى الكثرة فلوس .

ومن هنا كان المفاس هو الذى يملك مالا تافهاً ، وقد ورد فى الحديث هو

الذي لا مال له ، فقد أخرج مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : أتدرون من المفاس . قالوا يا رسول المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال ليس ذلك المفاس . ولكن المفاس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال . ويأتي وقد ظلم هذا واطعم هذا وأخذ من عرض هذا ، فيأخذ هذا من حسناته وهو — إذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار ، فهو لم يظلم ذلك اخبار عن حقيقة المفاس والرسول صلى الله عليه وسلم لم يرد نفى الحقيقة . بل أراد أن فاس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفاس الدنيا بالنسبة إليه كالغنى وذلك نحو قوله صلى الله عليه وسلم : ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب ،

وقوله صلى الله عليه وسلم : ليس الغنى عن كثرة العرض ، ولكن الغنى غنى النفس ، وقوله : ليس السابق من سبق بعيره . وإنما السابق من غفر له ، وقول الشاعر :
ليس من مات فاستراح بميت إنما الميت ميت الأحياء .
وسموه مفلساً لأن ماله مستحق . وفي اصطلاح الفقهاء : من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله

الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم . وقوله الاسيفع تصغير أسفع والأثني سفعاء . والسفعة سواد مشرب بحمرة

الاحكام : اذا كان على الرجل دين فلا يخلو اما أن يكون حالاً أو مؤجلاً . فان كان حالاً فان كان معسراً لم تجز مطالبته لقوله تعالى : فنظرة إلى ميسرة ، ولا يجوز لغريمه ملازمته وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة ليس للغريم مطالبته ولكن له ملازمته فمسير معه حيث سار ويجلس معه حيث جلس الا أنه لا يمنعه من الا كتنسأب . واذا رجم إلى داره فان أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه وان لم يأذن له بالدخول كان للغريم منعه من الدخول

دلينا قوله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، فأمر بانظار المعسر فن قال انه يلزمه خالفه ظاهر الآية . وروى أن رجلاً ابتاع ثمرة فأصيب بها فقال النبي (ص) تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يفت . بما عليه . ثم قال تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يفت . فقال النبي (ص) لغرمائه وخذوا ما وجدتم

ما لكم غيره ، وهذا نص ، ولأن كل من لا مطالبة له لم يجز ملازمته ، كما لو كان الدين مؤجلاً : فإن كان الذي عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها ليحصل ما يقضى به دينه .

وهذا من أعظم مقاصد الشريعة الغراء في أن الحرية الشخصية أثنى من كل شيء فلا يعدها مال ولا دين ، ولا يقيد بها غريم ولا سلطان ، بل إن اكتسب وحصل معه مال يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته قضى به الدين . وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم ما دام معسراً

وقال أحمد وإسحاق بن راهويه يجبر على الاكتساب لقضاء الدين ، وبه قال عمر بن العزيز وعبيد الله بن الحسن العنبري وسوار القاضي

دليلنا حديث الرجل الذي ابتاع الثيرة فأمر النبي (ص) غرها . أنه يأخذوا ما معه وقال دخذوا ما وجدتم ما لكم غيره ، ولم يأمره بالاكتساب لهم ، ولأن هذا إجبار على الاكتساب فلم يجب ذلك ، كما لا يجبر على قبول الوصية ، وكذلك لو تزوج امرأة بمهر كبير لم يجبر على طلاقها قبل الدخول ليرجع اليه نصفه ، فإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى : وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، فأوجب إنظار المعسر ، فدل على أن الموسر لا يجب إنظاره ، فإن لم يقضه أمره الحاكم بالقضاء ، فإن لم يفعل — فإن كان له مال ظاهر — باع الحاكم عليه ماله وقضى الغريم ، وأن قضى الحاكم الغريم شيئاً من مال من عليه الدين جاز ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يبيع ماله عليه ولكن يحبس حتى يقضى الدين بنفسه

وان كان الدين مؤجلاً لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل ، لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل ، فإذا أراد أن يسافر قبل حلول الدين سافراً يزيد على الأجل نظرت فإن كان لغير الجهاد لم يكن للغريم منعه ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلاً يدينه ولا أن يعطيه رهناً .

قال الشافعي رضي الله عنه : ويقال له حقلك حيث وضعته ، يعني أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين ، وحكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه قال : له مطالبته بالكفيل أو الرهن

دليلنا أنه ليس له مطالبته بالحق فلم يكن له مطالبته بالكفيل والرهن ، كما لو لم يرد السفر .

وإن كان السفر للجهاد فقيه وجهان ، من أصحابنا من قال له منعه إلى أن يقيم له كفيلاً أو يعطيه رهناً بدينه ، لأن الشافعي رحمه الله قال : ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدين ، ولم يفرق بين الحال والمؤجل ، ولأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة ، فلم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن ، ليستوفي صاحب الدين دينه منه . فإذا حل الدين وكان له مال ظاهر باع الحاكم عليه ماله وقضى الدين . دليلنا ما روى أن عمر رضى الله عنه صمد المنبر وقال : ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه ، فادان معرضاً فأصبح وقد رين به ، فمن كان له دين فليحضر فانا باعوا ماله . وروى : رضى من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج ، وروى سبق الحاج فادان معرضاً فأصبح قد رين به ، فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فانا باعوا ماله وقاسموه بين غرمانه . وروى : فمن كان له دين فليعد بالعداة فلنقسم ماله بينهم بالخصص . وإن هذا يجمع من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه إجماع

قوله فادان معرضاً ، أى أنه يتعرض الناس فيستدين ممن أمكنه ويشترى به الإبل الجياد ، ويروح في الحاج فيسبق الحاج . وقوله فأصبح قد رين به ، يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به ، ويقال إنما عليك وعلاك قد ران بك وران عليك . قال الله تعالى : كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون ، قال الحسن : هو الذنب على الذنب حتى يسود القلب .

وإن امتنع من عليه الدين من القضاء وكتم ماله عززه الحاكم وحبسه إلى أن يظهر ماله ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته ، رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والبيهقي والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي (ص) . قال وكيع : عرضه شكايته ، وعقوبته حبسه .

(قات) لم يرد أن يقذفه أو يطعن في نسبه ، إنما يوصف بالظلم والعدوان . وقوله لى الواجد ، اللى المطل . يقال لوبته ألوبه لياً

وأما إذا لم يكن له مال وقال : أنا معسر وكذبه الغريم نظرت ، فإن حصل
بمعاوضة كالديون التجارية وهي تختلف في عصرنا هذا عن الديون المدنية ؛ وهي
في عرف الفقهاء أعنى ديون المعاوضة مثل البيع والسلم والقرض فتشمل الديون
المدنية والتجارية ، أما غير المعاوضة فهي الديون الجنائية ومهر الزوجة ، أقول
إذا كان الدين من الصنف الأول ، وأنه قد صرف له قبل ذلك لم تقبل دعواه أنه
معسر ، لأنه قد ثبت ملكه للمال ، والأصل بقاؤه ، فلا تقبل قوله في الإقرار ،
بل يجسه الحاكم — وهو ما يعمل به في المحاكم الوضعية من الحكم بالسجن على
المتفالس ، الذي يأخذ أموال الناس وبضائعهم ويدعى الإفلاس فيسقط اعتباره
ويسجن إلى خمس سنين — فإن قال : غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك ،
فإن صدقه الغريم على ذلك خلى من الحبس .

وإن كذبه حلف الغريم أنه ما يعلم أنه معسر أو ما يعلم أن ماله هلك وحبس
من عليه الدين ، فإن أراد أن يقيم البيئته على الاعسار لم تقبل إلا من شهادة
شاهدين من أهل الخبرة والتحقيق واستقصاء أوجه الدخل والمخرج كحاسبين
أمينين وهذا هو نصهم من أهل الخبرة الباطنة ، فإن كانت البيئته من أهل الخبرة
الباطنة سمعت . وقال مالك رضى الله عنه : لا تسمع لأنها شهادة على النفي
فلم تقبل .

دليلنا حديث قبيصة بن المخارق الهلالي عند مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : يا قبيصة بن مخارق لا تحل المسألة إلا لثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له
المسألة حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة
من ذوى الحجى من قومه أن به حاجة ، فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من
عيش أو قواماً ، وما ذكر من أنها شهادة نفي غير صحيح ، لأنها وإن كانت تتضمن
النفي فهي تثبت حالاً تظهر ويقف عليها الشاهد كما لو شهد أن لا وارث له غير هذا .
وإن أراد أن يقيم البيئته على تلف ماله ، قبلت شهادة عدلين سواء كانا من
أهل الخبرة أم لا ، لأن التلف أمر يدركه كل واحد من خلطائه أو المباشرين له
أو من كانوا من المال عن كتب ، كأن كانوا عمالاً عنده أو عند جيرانه أو مالك

الدين التي يشغلها في عمله أو متجره ، أو كان من عملائه والمترددين عليه أو نحوهم
من تربطهم بالاطلاع على التلف أسباب . فإن طلب الغريم يمينه مع ذلك لم يحلف
لأن في ذلك تكديباً للشهود ، وقدحا في البيعة .

إذا ثبت هذا : فإن البيعة في كاتنا الحالين تسمع في الحال ويحلى سبيله من
الحبس . وقال أبو حنيفة تسمع في الحال ويحبس من عليه الدين شهرين . وروى
ثلاثة أشهر ، وروى أربعة أشهر . وقال الطحاوي : يحبس شهرين ، والمقصود
من حبسه أن يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره ، وهذا ليس بصحيح
لأن كل بيعة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها حالا كسائر البيعات .

وكم عدد البيعة التي تقبل في الاعسار ؟ قال أصحابنا البغداديون : تقبل فيه
شهادة ذكرين عدلين كشهادة التلف مع زيادة الخبرة بباطن حال المنلس ، وهو
قول أصحاب أحمد . وقال المسعودي لا تقبل أقل من ثلاثة رجال ويحلف معهم
وإله يحتج بخبر قبيصة بن المخارق الهلالي في عدلهم .

فإن أقام البيعة على الاعسار فقال الغريم : له مال باطن لا أعلم به البيعة ، وطلب
يمينه على ذلك ؛ ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه أن يحلف وهو قول
أبي حنيفة ، لأن فيه تكديباً للشهود (والثاني) يجب عليه أن يحلف ، فإن لم
يحلف حبس .

وقال الحرقى من أصحاب أحمد : ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به
حبس إلى أن يأتي بيعة تشهد بعسرتة .

وقال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون
الحبس في الدين ، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن
الحسن ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد من أصحابنا في التعليق غير أنه يجب عليه أن
يحلف ؛ فإن لم يحلف حبس ، لأنه يجوز أن يكون له مال باطن خفي على البيعة ،
وقد يكون لرجل مال لا يعلم به أقرب الناس إليه ، وقد يكون لاحد الزوجين مال
ولا يعلم به الآخر .

وإن ثبت عليه الدين في غير معاوضة مثل جنايته على غيره أو إتلافه عليه .

ولم يعلم له قبل ذلك مال . وادعى أنه معسر . فالقول قوله مع يمينه أنه معسر ،
لان الاصل الفقر حتى يعلم اليسار .

وفي الحديث الشريف : ان ابن آدم خلق ليس عليه شيء الا قشر تاه ، ثم
يرزقه الله . .

فاذا حلفت ثم ظهر له غريم آخر . قال الصيمرى : لم يحلف له البتة لانه قد
ثبت اعساره باليمين الاولى ، وان كان في يده مال فقال هو لزيد ودبعة او مضاربة
فان كان المقر له غائباً حلفت من عليه الدين وسقطت عنه المطالبة ، لان الاصل
عدم العسر . وما ذكره الصيمرى ممكن جداً .

وان كان المقر له حاضر أ رجع اليه ، فان كذبه قسم المال بين الغرماء ، وان
صدقه حكم للمقر له ، فان طلب يمين المقر أنه صادق في اقراره فهل يجب احلافه
فيه وجهان .

أحدهما : لا يجب احلافه لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا معنى لاحلافه
والثاني : أنه يجب احلافه ، فان لم يحلف حبس لجواز أن يكون واطاً المقر له
على ذلك ، فان طلب الغريم يمين المقر له أن المال له . قال ابن الصباغ : فعندى
أنه يحلف لانه لو أ كذب المقر ثبت المال للغرماء ، فاذا صدقه حلفت . اذا ثبت
هذا ، فكل من حكمتنا باعساره باليمين ، فانه لا يحبس ، وكل من لم يحكم باعساره
يحبس ولا غاية للحبس عندنا ، بل يحبس حتى ينكشف ثلاثة أيام أو اربعة أيام
فاذا ثبت اعساره خلى ، ولا تمتع المسألة عنه .

وقال أبو حنيفة في الاصول : يحبس أربعة أشهر . وقال في موضع ثلاثة أشهر
وقال في موضع ثلاثين يوماً . وقال أصحابه : ليس هذا على سبيل التحديد ، وانما
هو على قدر حال المقلس ، فان كان ممن لا يعلم بحاله الا بحبس أربعة أشهر حبس
قدر ذلك ، وكذلك اذا كان لا يعلم بحاله الا بحبس ثلاثة أشهر حبس قدر ذلك
دليلنا : أنه لا سبيل الى العلم بحاله من طريق القطع ، وانما يعلم بحاله من طريق
الظاهر ، وذلك يعلم بحبس ثلاثة أيام أو اربعة ، وما أشبه ذلك ، واذا حبسه
الغريم فليس له حبسه عن النوم والاكل .

وفي نفقته بالحبس وجهان ، حكاهما الصيمرى في الايضاح المذهب أنها في مال

نفسه ، والثاني : أنها على الغريم ، فان كان المحبوس ذا صنعة — قال الصيغري :
قد قيل : يمكن منها لانه يقضى بما يحصل منها دينه . وقيل : يمنع منها اذا علم أن
ذلك يراخى أمره ولا معصية عليه بترك الجمعة والجماعة ، ان كان معسراً . وقيل
يلزمه استئذان الغريم عند ذلك حتى يمنعه ، فيسقط عنه الحضور .

(فرع) اذا مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج : وان وجد من
يخدمه ويقوم على تمريضه وعلاجه في الحبس ، فهل يجب اخراجه ؟ فيه وجهان
حكاهما الصيدلاني ، وان جـ في الحبس أخرج ، واذا حبس بطلب جماعة من
الغرماء لم يكن لواحد منهم أن يخرج حتى يجتمعوا على اخراجه وان حبس بطلب
غريم ، ثم حضر غريم آخر فطلب أن يخرج له يدعى عليه أحضر ، فاذا ثبت له
عليه حق وطلب أن يحبس له حبس ، ولا يجوز اخراجه الا باجتماعهما ، وان
ثبت اعساره أخرجه الحاكم من غير ادن الغريم .

قال الصيدلاني : واداً لم يكن للمعسر مال فهل له أن يحلف أنه لا حق عليه ؟
فيه وجهان (أحدهما) له أن يحلف وينوى أن ليس عليه اليوم حق يلزمه الخروج
اليه منه (والثاني) ليس له أن يحلف ، لأن الحاكم اذا كان عادلاً لا يحبس الا
بعد الكشف عن حاله اه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحاكم ، وسأله أن يحجر
عليه نظر الحاكم في ماله ، فان كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه لانه لا حاجة
به الى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه ؛ فان كان ماله لا يفي بالديون
حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ
ابن جبل من أفضل شباب قومه . ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق
ماله في الدين . فكلام النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه . فلو ترك أحد من أجل
أحد انركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء ، وروى كعب بن مالك أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله ، وان كان ماله يفي

بالديون إلا أنه ظهرت عليه أماراة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان (أحدهما) لا يحجر عليه لأنه ملىء بالدين فلا يحجر عليه . كما لو لم يظهر فيه أماراة الفليس (والثاني) يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء .

(الشرح) حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك روى متصلا ، أخرجه الدارقطنى والبيهقى والحاكم وصححه من طريق كعب بن مالك أبى عبد الرحمن . أما مرسل عبد الرحمن الوارد فى الفصل فقد أخرجه أبو داود وعبد الرزاق قال عبد الحق المرسل أصح . وقال ابن الطلاع فى الأحكام هو حديث ثابت ، وقد أخرج الحديث الطبرانى ويشهد له ما عند مسلم وغيره من حديث أبى سعيد الخدرى قال : أصيب رجل على عهد رسول الله (ص) ، أما قوله ملىء ، أى غنى كثير المال ، ولكنه كثير المال الذى لغيره فهو ملىء بالدين

الأحكام : إذا ثبتت الديون على رجل إما بالبينة أو باعترافه أو بإيمان المدعى عند نكوله ، وسأل الغرماء الحاكم أن يحجر عليه ، نظر الحاكم فى ماله ، فإن كان يفتى بما عليه من الدين لم يحجر عليه ، بل يأمره بقضاء الدين . فإن امتنع باع عليه الحاكم ماله . وقضى أصحاب الديون خلافا لأبى حنيفة ، وقد سبقت هذه المسألة فى الفصل الذى مضى .

وهل تقوم الاعيان التى هى عليه بأثمانها؟ وجهان حكاهما ابن الصباغ . (أحدهما) لا يقومها لأن لا ربابها الرجوع فيها فلا يحتسب أثمانها عليه فلا يقومها مع باقى ماله

(والثانى) يقومها لأن أصحابها بالخيار أن يرجعوا فيها ، أو لا يرجعوا فيها . والوجه الأول يتيح للغيرم أن يأخذ عين ماله ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم : من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به ، رواه الشيخان عن أبى هريرة

قال الإمام أحمد رضى الله عنه : لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء - أى

سوى بين الغرماء في عين المال أو في ثمنه بعد بيعه - ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه .

(قلت) جملة القول في هذا أن المفاس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها بالشروط التي ذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعه . وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبي هريرة . وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعمري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة : هو أسوة الغرماء .

وإن قوّم ماله فوجدوه لا يفي بديونه لم يحجر الحاكم عليه قبل سؤال الغرماء ذلك لأنه لا ولاية له عليه في ذلك ، وإن سأل الغرماء أو بعضهم الحجر عليه بعد ذلك حجر عليه ، وباع عليه ماله ، وبه قال مالك ومحمد وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة لا يحجر عليه ولا يبيع عليه ماله ؛ بل يجسه حتى يقضى ما عليه . قال العمراني في البيان :

دليلنا ما روى أن معاذ بن جبل رضى الله عنه ركبته دين على عهد رسول الله فكلم غرمائه رسول الله (ص) فحجر عليه وباع عليه ماله حتى قام معاذ بغير شيء . وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم خلع ماله لهم - يعني لغرمائه - وهذا يحتمل تأويلين (أحدهما) أن ماله لم يف بالدين فحجر عليه ، فيكون معنى قوله « خلع » أى حجر عليه .

(والثاني) أن معنى قوله خلع ماله لهم ، أى باع ماله لهم ، وروى أبو سعيد الخدري رضى الله عنه أن رجلاً أصيب في ثمنه ابتاعها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه » ، فلم يف بما عليه ، فقال رسول الله (ص) « خذوا ماله ليس لكم إلا ذلك » ، رواه الجماعة إلا البخارى . ولم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : خذوا ماله ، انهجوا ماله ، وإنما أراد صلى الله عليه وسلم خذوه بالخصص ، وأبو حنيفة يقول : ليس لهم أن يأخذوه إلا أن يعطيهم إياه ، وهذا يخالف الخبر الصحيح . وإن كان ماله يفي بدينه إلا أن أمارات الإفلاس بادية ، فإن كان ماله بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا عما بيده . أو كان له وجه كسب إلا أنه قدر نفقته أكثر

بما يجعل له بالكسب ، فهل للحاكم أن يحجر عليه إذا سأله الغرماء ذلك ؟ حكى
المصنف في ذلك قولين ، وحكاها الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين
(أحدهما) لا يجوز الحجر عليه بل يأمره الحاكم بقضاء الدين على ما بيناه ،
لأن الحجر إنما يكون على المفلس وهذا ليس بمفلس ، لأنه مليء بالدين .
(والثاني) يحجر عليه ، لأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء بديونه
والحجر يجوز بالظاهر ، ألا ترى أن السفينة يجوز الحجر عليه ، لأن الظاهر من
حاله التبذير والاصراف ، وإن كان يجوز أن لا يبذر

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على
بصيرة ، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه ، فإن
اقترض أو اشترى في ذمته شيئا صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبتت في ذمته
ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء في ماله ، لأنه إن علم بالحجر
فقد دخل على بصيرة ، وإن ديون الغرماء متعلقة بماله ، وإن لم يعلم فقد فرط
حين دخل في معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يملك عنه الحجر ، فإن
تصرف في المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان

(أحدهما) أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة
التصرف في المال ، كالحجر على المريض

(والثاني) لا يصح وهو الصحيح لأنه حجر ثبت بالحكم فمنع من التصرف
في المال كالحجر على السفينة ، ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم
بماله إلا بعد الموت ، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه
فيه كالمرهون ، فإن قلنا يصح تصرفه وقف ، فإن وفي ماله بالدين نفذ تصرفه ؛
وإن لم ينفذ فسخ ، لأننا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما
يقضى به الدين ، فإذا عجز فسخ كما نقول في هبة المريض
قال أصحابنا : وعلى هذا ينقض من تصرفه الاضعف فالأضعف فأضعفها الهبة

لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ ثم العتق ، لأنه أقوى التصرفات
ويحتمل عندى أنه يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا فى تبرعات المريض إذا عجز
عنها الثلث .

(الشرح) وإذا حجر الحاكم فيستحب أن يشهد على الحجر ؛ ويعمل على نشر
بنا الحجر بوسائل الاعلام المناسبة كالنشر فى الصحف اليومية ، أو الاعلان
بنشرة فى ديوان الشرطة ، أو على حائط المكان الذى يقيم فيه المحجور عليه .
وهى الوسائل المستحدثة للإعلام فى عصرنا هذا حيث كان يقوم فى الماضى مناد
من قبل الحاكم يتادى فى الاسواق ، إلا ان الحاكم قد حجر على فلان ابن فلان
لأنه اذا لم يعلم الناس اغتروا به فعاملوه فيؤدى ذلك الى الاضرار به وبهم ، فإذا
عاملوه بعد اعلامهم بحاله كانوا قد عاملوه - وهم على بينة من أمره وعلى بصيرة
من أمر أنفسهم - ولأن هذا الاعلام تسجيل واشهار للحكم صدر من الحاكم
بأخذ صورة النفاذ ، فإذا تقلد أمر القضاء حاكم آخر كان حكم سلفه معروفا له ،
توفرت له أسباب العلنية التى تحول بينه وبين الغموض فى أمر المحجور عليه ،
فيبشر تنفيذ الحكم الذى صدر من سلفه ولا يحتاج الى ابتداء الحجر من جديد .
فإذا صدر حكم القاضى بالحجر على المفلس تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من
التصرف فى هذا المال . وقال أبو حنيفة : لا تتعلق الديون بماله ، ولا يمنع من
التصرف ، بل يحبس الحاكم حتى يوفى ما عليه من الدين

دليلنا أن معاذ بن جبل ركبته الديون على عهد النبي (ص) فلم يزل يدان حتى
غرق ماله كله فى الدين ، فأق النبي (ص) فكلمه ليكلم غرماؤه : فباع لهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء ، رواه سعيد فى سننه عن
عبد الرحمن بن كعب .

إذا عرف هذا فإن المفلس إذا تصرف فى ماله بعد الحجر عليه نظرت ، فإن
تصرف فى ذمته ، فإن اقترض أو اشترى شيئاً بثمن فى ذمته ، أو أسلم اليه فى نسيء
صح ذلك ، لأن الحجر عليه فى أعيان ماله . وهذا يعدل الحجر القضائى أو
الإدارى فى عصرنا هذا على موجودات المدين وممتلكاته ، ولا يؤثر ذلك فى صحة

معاملاته وعقوده وقروضه وبيعه وسلمه ، لأنه لم يحجر عليه في ذمته ، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبت عليه بذمته .

ومن عامله بعد ذلك فباعه أو أقرضه لم يشارك الغرماء في ماله ، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة ، وإن لم يعلم به فقد فرط في ترك التجري .

وهل تقسم الأعيان التي اشتراها بعد الحجر عليه بثمن في ذمته بين الغرماء الأولين أو يكون بائعوها أحق بها ؟ فيه وجهان سند كرههما إن شاء الله وإن تصرف المفسد في أعيان ماله بأن باع أو وهب أو أقرض أو أعتق فهل يصح تصرفه بها ؟ فيه قولان

(أحدهما) أن تصرفه موقوف ، فإن كان فيما بقي من ماله وفاء بدينه نفذ تصرفه ، وإن لم يف بدينه لم ينفذ تصرفه ، وهو أضعف القولين على المذهب ، لأن من صح ابتياعه في ذمته صح بيعه لأعيان ماله كعذير المفسد ، ولأنه حجر عليه لحق العذير فكان تصرفه موقوفا كالحجر على المريض ، وفيه احتراز من تصرف المحجور عليه للسفه

والقول الثاني : أن تصرفه باطل ، وهو قول ابن أبي ليلى والثوري ومالك رضي الله عنهم ، وهو اختيار المزني وهو الصحيح ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن كل من تعلق بماله حق العذير وجب أن يكون ممنوعا من التصرف فيه كالرهن لا يصح تصرف الراهن به

وإذا قلنا إن تصرفه باطل في أعيان ماله ، رد جميع ما باع ووهب وأعتق ، وقسم ماله بين الغرماء ، فإن وفي ماله بدينه بأن زادت قيمته أو أبرى من بعض دينه ، وفصل ما كان تصرف فيه عن الدين لم نحكم بصحة تصرفه الأول ، لأنه وقع باطلا .

فعلی هذا إن باع عينا من أعيان ماله من غريمه بدينه الذي له عليه فهل يصح فيه وجهان حكاهما في العدة .

(الأول) قال صاحب التلخيص ، يصح ، لأن الحجر عليه للدين ، فبيعه بذلك الدين يوجب سقوطه

(والثاني) لا يصح . وهو قول الشيخ أبي زيد ، لأن الحجر على المفلس ليس بمقصود على هذا الغريم ، لأنه ربما ظهر له غريم آخر .
وان قلنا ان تصرفه صحيح موقوف قسم ماله ، فان وفي ماله بدينه غير الذي تصرف فيه نفذ تصرفه ، وان لم يف ماله إلا أن ينقض جميع ما تصرف فيه نقض جميعه ، وان لم يف بدينه الا بعض الاعيان التي تصرف فيها نقض منها شيء بعد شيء ، وما الذي ينقض أولاً ؟ فيه وجهان
قال أبو حامد وعامة أصحابنا : ينقض الأضعف فالأضعف ، وان كان متقدماً في التصرف .

فعلى هذا ينقض الهبة أولاً ؛ لأنها أضعف ، لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع بعدها لأنه يلحقه الفسخ

قال ابن الصباغ : ثم العتق ثم الوقف ، قال العمراني في البيان : والذي يقتضيه القياس عندي على هذا ان الوقف ينقض أولاً قبل العتق . لأن العتق أقوى من الوقف ، بدليل أنه يسرى الى ملك العنبر والوقف لا يسرى الى ملك العنبر .
الوجه الثاني ، وهو قول المصنف أنه ينقض الآخر فالآخر من تصرفه ، عتقاً كان أو هبة أو غيرها ، كما قلنا في تبرعات المريض المنجزة اذا عجز عنها الثلث فإنه ينقض الآخر فالآخر .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) قال الشافعي رحمه الله : ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله اجازة البيع ورده ، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره . وقال : له أن يفعل ما يشاء ، لأن الحجر انما يؤثر في عقد مستأنف ، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو اسحاق : ان كان الحظ في الرد لم يجز ، وان كان في الاجازة لم يرد ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فإذا طرأ في بيع الخيار أوجب طلب الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولي لا يفعل الا ما فيه الحظ . من الرد والاجازة . ومن أصحابنا من قال : ان قلنا ان المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد ، وان كان الحظ في الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده ، وحمل قول الشافعي رحمه الله

على هذا القول . وان قلنا ان المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد ان كان الحظ في الرد ، لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ .

(الشرح) قال الشافعي رحمه الله : ولو تباعا بالخيار ثلاثاً ، ففلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء ، لأنه ليس بمستحدث : قات وهذا كما قال : إذا تباع رجلان وبينهما خيار الثلاث أو خيار المجلس ، ثم حجر عليهما أو على أحدهما وحكم عليهما بالإفلاس .

وقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة على طرق ، فمنهم من حملها على ظاهرها وقال لكل واحد منهما أن يفسخ البيع وله أن يجيزه سواء كان الحظ فيما فعله من ذلك أو في غيره ، لأن الحجر إنما يمنع تصرفه في المستقبل لا فيما مضى ، ولأن المفلس لا يجبر على الاكتساب : فلو قلنا : يلزمه أن يفعل ما فيه الحظ لا لزمنه الاكتساب .

وقال أبو إسحاق إن كان الحظ في الفسخ لزمه أن يفسخ ، وان أجازته لم تصح إجازته ؛ وإن كان الحظ (أو الفائدة) في الإجازة لزمه أن يجيز ، وان لم يصح الفسخ ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فلم يفعل إلا ما فيه الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ . وتناول كلام الشافعي على هذا الذي بينا .

ومنهم من قال . بينى ذلك على وقت انتقال الملك الى المشتري ، وصورتها اذا باع بشرط الخيار وأفلس البائع ؛ فإن قلنا ان الملك انتقل الى المشتري بنفس العقد ، فللبائع أن يجيز البيع ، وان كان الحظ في الفسخ فله أن يفسخ . وان كان الحظ في الإجازة وان قلنا ان البيع لا ينتقل الا بشرطين أو قانا انه موقوف فليس له ان يفعل إلا ما فيه الحظ ، على القولين .

قال ابن الصباغ . والطريقة الأولى أشد عند أصحابنا ، لأن التصرف من المحجور عليه لا ينفذ ، سواء كان الحظ فيه أو لم يكن ، وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق طريقة رابعة ، وقال الصحيح عندي أنه لا يملك فسخ العقد ولا إجازته بعد الحجر عليه بكل حال ، لانه عندنا ينقطع تصرفه بالحجر عليه بدلالة أنه اذا

باع شيئاً ثم حجر عليه قبل قبض الثمن لم يكن له قبض ، اللهم الا أن يكون الامام
أمر من يقوم بأمره وينظر في مصالحه فرأى الحظ له في الفسخ ، فانه يفعل اه .
واقة تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن وهب هبة تقتضى الثواب ، وقلنا : إن الثواب مقدر بما
يرضى به الواهب ، ثم أفلس ، فله أن يرضى بما شاء ، لانا لو ألزمناه أن يطلب
الفضل لا ألزمناه أن يكتسب ، والمفلس لا يكاف الاكتساب .

(الشرح) الأحكام . اذا وهب لغيره قبل الحجر هبة تقتضى الثواب ، ثم
حجر على الواهب . وقلنا ان الثواب مقدر بما يرضى به الواهب فله أن يرضى بالقابل
والكثير ، لانا لو ألزمناه طلب الفضل لا ألزمناه الاكتساب وذلك لا يلزمه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الاقرار في حقه ، وهل يلزم
في حق الغرماء ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يلزم ، لانه منهم ، لانه ربما واطأ المقر له لياخذ ما أقر به ويرد
عليه (والثاني) انه يلزمه وهو الصحيح ، لانه حق يستند بثبوته الى ما قبل الحجر
فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة ، وان ادعى عليه رجل مالا وأنكر ، ولم
يحلف ؛ وحلف المدعى . فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة
شارك الغرماء في المال ، وان قلنا : كالاقرار فعلى القولين في الاقرار ، وان أقر
لرجل بعين لزمه الاقرار في حقه ، وهل يلزم في حق الغرماء ؟ فيه قولان ،
(أحدهما) لا يلزم (والثاني) يلزم ، وتسلم العين الى المقر له ، ووجه القولين
ما ذكرناه في الاقرار بالدين .

(الشرح) الأحكام : إذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر ، وصادقه
المقر له ، وكذبه الغرماء ، تعلق الدين بدمته قولاً واحداً ، وهل يقبل إقراره
في حق الغرماء ؟ ليشاركونهم المقر له ؟ فيه قولان .

أحدهما : أنه لا يقبل في حقهم ولا يشاركهم ، لأنه مال تعلق به حق الغير فلم يقبل إقرار من عليه الحق في ذلك المال كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن ، ولأنه لا يؤمن أن يواطىء المفلس من يقر له بالدين ليشركه الغرماء : ثم يسلمه إلى المفلس .

الثاني : ان إقراره مقبول في حق الغرماء ، فشاركهم المقر له ، وهو الصحيح لأنه حق ثبت بسبب منسوب إلى ما قبل الحجر فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء ، كما لو ثبت حقه بالبيئنة ، ولأن المريض لو أقر لرجل بدين أزمه في حال الصحة لشارك من أقر له في حال المرض ، كذلك هذا المفلس لو أقر بدين قبل الحجر لشارك الغرماء .

وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر وأضافه إلى ما قبل الحجر يكون كما لو أقر به قبل الحجر ، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر .

وان كان في يد المفلس عين وقال : هذه العين عارية عندي لفلان . أو غصبتها منه أو ودعتها ، فهل يقبل إقراره في حق الغرماء على القولين (أحدهما) لا يقبل فإن لم يف مال المفلس بدينه إلا يبيع تلك العين بيوت : ووزع ثمنها على الغرماء وكان هذا الثمن ديناً على المفلس في ذمته .

(والقول الثاني) وهو الصحيح : أنه يقبل إقراره فيها على الغرماء . وتسلم العين إلى المقر له ، قال الشيخ أبو حامد : وقد شنع الشافعي رحمه الله على القول الأول وقال : من قال بهذا أدى إلى أن القصار (أى الخائك أو الخياط) إذا أفلس وعنده ثياب لقوم فأقر أن هذا الثوب لفلان ، وهذا لفلان فلا يقبل منه ، وكذلك الصباغ والصايغ إذا أقر بمنازع لأقوام بأعيانهم أن لا تقبل ، وهذا لا سبيل إليه ، وكذلك لو قال عندي عبد أبى ولم يقبل قوله ، فبيع العبد رجوع بعهده على المفلس فيكون قد رجع عليه بعهده عند إقراره أنه أبى وباعه بهذا الشرط وهذا لا سبيل إليه لأنه ابطال لأصول الشرع ، فلذلك قلنا نقبل إقراره اهـ .

(فرع) وإن ادعى رجل على المفلس بدين في ذمته أو عين في يده فحده ، فإن أقام المدعى بيئنة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن لم يقم بيئنة فالقول قول المفلس مع يمينه ، فإن حلف له انصرف المدعى وإن نكل المفلس عن اليمين

خلف المدعى ، فهل يشارك الغرماء في الدين ، وبأخذ العين ؟ فيه طريقان ، قال الشيخان أبو حامد والمصنف رحمهما الله تعالى : إن قلنا إن بين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن قلنا إنه كإقرار كان على القولين الأولين في إقرار المفلس . وقال ابن الصبان : يشارك الغرماء قولاً واحداً ، كما لو ثبت ذلك بالبينة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان جنى على رجل جنابة توجب المال وجب قضاء الأرش من المال ، لانه حق لزمه بغير رضی من له الحق فوجب قضاؤه من المال ؛ وان جنى عليه جنابة توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله .

(فصل) وان ادعى على رجل مالا وله شاهد فان حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا ؟ قال في التفليس لا يحلفون وقال في غرماء الميت : اذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان . أحدهما يحلفون . والثاني لا يحلفون . فم أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت الى غرماء المفلس ، فجعل فيهما قولين . أحدهما يحلفون لأن المال إذا ثبت استحققه . والثاني لا يحلفون لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز ومن أصحابنا من قال لا تحلف غرماء المفلس . وفي غرماء الميت قولان : لان الميت لم يمتنع من اليمين تحلف غرماءه ، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماءه ، ولأن غرماء الميت أسوا من يمين الميت تحلفوا ، وغرماء المفلس لم يأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا ، وان حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل فيه قولان ، أحدهما يحل لان الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات . والثاني لا يحل وهو الصحيح لانه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين . كما لو لم يحجر عليه

(الشرح) الاحكام : اذا جنى المحجور عليه على غيره أو أتلف عليه مالا شارك المجنى عليه والمتلف عليه الغرماء لان ذلك ثبت بغير رضا من له الحق .

وان جنى أحد على المفلس جناية خطأ تتعلق حق الغرماء بالارش ، لأن الارش مال له ، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله . وإن جنى عليه أحد جناية عمد توجب القصاص فالمفلس بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو وليس للعزماء أن يطالبوه بالعفو على مال ، لان ذلك اكتساب للدال ، وقد سبق أن قلنا إنه لا يلزمه ذلك ، ولا نالو الزمناء ذلك لصار ذلك ذريعة للجناية عليه مرة بعد أخرى ؛ فلم يلزمه . فان عفا في مقابل مال يتعلق به حق العزماء ، وان عفا مطلقا — فان قلنا إن موجب العمد القود لا غير لم يجب المال ، وان قلنا ان موجب أحد الامرين ثبت المال وتعلق به حق العزماء ، وان عفا على غير مال — فان قلنا ان موجب العمد القود لا غير صح عفوهم ولم يجب المال ، وان قلنا ان موجب أحد الامرين فقد ذكر في التعليق والشامل أن المال ثبت : ويتعلق به حق العزماء ، ولا يصح عفوهم

وإذا ادعى المفلس على غيره بدين وأنكره المدعى عليه ، فأقام المفلس شاهدا فان حلف معه استحق ما ادعاه وقسم على العزماء لانه ملك له ، وان لم يحلف — فهل يحلف العزماء . قال الشافعي في المختصر : لا يحلف العزماء . وقال صاحب الشامل اذا مات وخلف ورثة وعليه دين وله دين على آخر له به شاهد ولم يحلف الورثة ، فهل يحلف العزماء ؟ على قولين ، فمن أصحابنا من قال المسألان على قولين . ومنهم من قال لا يحلف غرماء المفلس قولاً واحداً ، وفي غرماء الميت قولان ، والفرق بينهما أن المفلس يرجى أن يحلف فلم يحلف غرماءه ، والميت لا يرجى أن يحلف فخلف غرماءه ، والصحيح أنهما على قولين

(أحدهما) يحلفون لان حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس فكان لهم أن يحلفوا كالورثة ، ولان الانسان قد يحلف ليثبت مالا لعنيره ، كما نقول في الوكيل اذا أحلفه العاقد له فان الوكيل يحلف ويثبت المال للوكيل ، كذلك هذا مثله .

(الثاني) لا يحلفون ، وهو الصحيح ، لانهم يشهدون بأيمانهم مالا لعنيرهم ، تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته ، وهذا لا يجوز . كما لا تحلف الزوجة لإثبات مال زوجها ، وان كان اذا ثبت تعلقت به نفقتها فأشبهت الورثة لانهم يشهدون مالا

لا أنفسهم بأيامهم . وأما الوكيل فإنما حلف لأن اليمين متعلقة بالعقد ، فلما كان هو العاقد توجهت اليمين عليه .

وإن ادعى المفلس على غيره بدين أو عين ولا بينة له ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فإن حلف فلا كلام ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المفلس ، فإن حلف ثبت المال ، وقسم على الغرماء ، وإن لم يحلف المفلس ، فهل يحلف الغرماء ؟

قال ابن الصباغ : هما على قولين كاليمين مع الشاهد ؛ وإن حلفوا فإن المال الذي ثبت بأيامهم يقسم بينهم على قدر ديونهم

(فرع)

إذا كان على رجل دين مؤجل فليس لغرمائه أن يسألوا الحاكم أن يحجر عليه لهذه الديون ، وإن كان ماله أولاً من ديونهم ، لأنه لا حق لهم قبل حلول الأجل .

وإن كان عليه دين حال ودين مؤجل ، فرفع أصحاب الديون الحالة أمره إلى الحاكم ، فنظر إلى ما عليه من الديون ، وإلى ما معه من المال ، فوجد ماله لا يفي بالديون الحالة ، فحجر عليه بنسأه على مسألتهم ، فهل تحل عليه الديون المؤجلة ؟ فيه قولان

(أحدهما) تحل ، وبه قال مالك ، لأن ما يتعلق بالمال بالحجر ، أسقط الحجر الأجل كالموت ، يحل الدين الأجل

(الثاني) لا يحل ، وهو اختيار المزني ، وهو الأصح ؛ لأنه دين مؤجل على حي ، فلم يحل قبل حلول أجله ، كما لو لم يحجر عليه ؛ ويفارق الميت ، لأن ذمته انعدمت بموته ، وهذا له ذمة صحيحة ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج اليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ؛ ويرجع الى الكسب لقوله صلى الله عليه وسلم : ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فقدم حق نفسه على حق العيال ، وهو دين ، فدل على أنه يقدم على كل دين ، ويكون الطعام على ما جرت به عادته ، ويترك له ما يحتاج اليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف ، لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت ، فان كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون اليه من النفقة والكسوة بالمعروف ، لانهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة ولا تترك له دار ولا خادم ؛ لانه يمكنه أن يكثرى داراً يسكنها وخادماً يخدمه ، وان كان له كسب جدد نفقته في كسبه لانه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته ، وهو يكتسب ما ينفق

(الشرح) حديث ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ، رواه الطبراني عن حكيم بن حزام رضى الله عنه .

أما الأحكام : فإذا حجر الحاكم على المفلس ومنعه من التصرف في ماله فن أين تكون نفقته الى أن يبيع ماله ويقسمه على الغرماء ، ينظر فيه ، فان كان له كسب كانت نفقته من كسبه ، وان لم يكن له كسب ، فإن على الحاكم أن يدفع اليه نفقته من ماله لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي جاءه بالدينار ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ، فأمره أن يبدأ بنفقته على من يعول ، ومعلوم أن فيمن يعول من يجب نفقته ، وتكون ديناً عليه ، وهي الزوجة .

فعلم أن نفقته مقدمة على الدين ، ويكون طعامه على ما جرت به عادته ويدفع اليه نفقته كل يوم ، وآخرها اليوم الذي يقسم فيه الحاكم ماله ، فيدفع اليه نفقته ذلك اليوم ، لأن النفقة يجب في أوله ، ويترك له ما يحتاج اليه من الكسوة لانه لا بد له أن يصرف ، فلو قلنا : انه لا يكتسى لامتنع الناس من معاملته ، هكذا قال صاحب البيان عن نصه في الام ويترك له من الكسوة ما يكفيه على ما جرت به عادته ، أو ما تدعو اليه ضرورة الزمن ان كان صيفاً أو شتاء .

قال الشافعي رضي الله عنه : يكفيه قميص وسراويل وردمان ، ان كان من يرتدى وحذامين لرجله هذا اذا كان صيفاً ، وان كان في الشتاء زيد على القميص جبة محشوة ، وخف بدل النمل ، وان كان من عاداته أن يتطيلس دفع اليه الطيلسان ، وأما جنس ثيابه فمعتبر بحاله ، وان كان من عاداته لبس الشرب والديبقي ترك له ذلك ، وان كانت عاداته أن يلبس غليظ الثياب ترك له ذلك .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ان كان له ثياب غوال بيعت .
قال أصحابنا : وأراد اذا كان من عوام الناس وله ثياب غالية جرت العادة أن يلبسها ذوو الاقدار بيعت ، ويشترى له ثياب جرت العادة أن يلبسها مثله ، ويصرف الباقي من ثمنها الى الغرماء .

(فرع) وان كان المفلس من تلزمه نفقته كالزوجة والوالدين والمولودين ترك لهم ما يحتاجون اليه نفقة وكسوة كما قلنا عن المفلس ، لانهم يجرون مجرى نفسه ، لان الأقارب يعتقدون عليه اذا ملكهم كما يعتقد نفسه اذا ملكها ، ونفقة الزوجة أكثر من نفقة الأقارب لانها يجب بحكم المعارضة .

(فرع) فإن مات المفلس كانت مؤنة تجهيزه وكفنه من ماله ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قدمت عليه جنازة ليصلي عليها فقال : هل على صاحبكم دين ، فقالوا : نعم ، فقال صلوا على صاحبكم .
ولا محالة أنه كان قد كمن ، فعلم أن الذي كفى به مقدم على حقوق الغرماء ، لانه لم يتعرض له ، وان مات من تلزمه — فان كانت زوجة — فهل يجب كفنها ومؤنة تجهيزها عليه ، أو ثي مالها ، فيه وجهان سبق ذكرهما في الجنائز للإمام النووي رضوان الله عليه ونفعنا بعلمه آمين .

وان كان من الوالدين أو المولودين وجب مؤنة تجهيزه وكفنه على المفلس ، ويقدم ذلك على الغرماء كما قلنا في نفس المفلس وكم القدر الذي يجب في الكفن من ثوب أو ثوبين أو ثلاثة . قال المصنف رحمه الله تعالى ما يستر العورة لا غير (فرع) اذا كان المفلس دار يسكنها أو سيارة يركبها بيعتا عليه ، وصرف ثمنها للغرماء ، لانه يمكنه أن يستأجر داراً يسكنها ، ويركب المرافق العامة من

وسائل المواصلات التي تفتت في كل فج ، وتصل الى حيث يشاء راكبها ، وقد جرت عادة الناس بذلك ، وذلك بخلاف الثياب ، فان العادة لم تجر باكثر ائمتها ، ولذا لا تباع الا في صورة خاصة مضى بيانها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا أراد الحاكم بيع ماله فاستحب أن يحضره لانه أعرف بشمن ماله ، فإن لم يكن من ينطوع بالنداء استؤجر من يتأدى عليه من سهم المصالح ، لان ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الاسواق ، فان لم يكن سهم المصالح اكثرى من مال المفلس ، لانه يحتاج اليه لا يقام ما عليه ، فكان عليه ، ويقدم على سائر الديون . لان في ذلك مصلحة له ، ويباع كل شيء في سوقه ، لان أهل السوق أعرف بقيمة المناع ، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر ، ويبدأ بما يسرع اليه الفساد . لانه إذا أخر ذلك هلك ، وفي ذلك اضرار ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ثم بالحيوان لانه يحتاج الى علف ويخاف عليه الناب ويتأني بالعقار لانه اذا تأني به كثر من يطلبه ، ولا يتأني به أكثر من ثلاثة أيام ، لان فيما زاد اضراراً بالغرما في تأخير حقهم .

فإن كان في المال رهن أو عيد تعلق الأرض برقبته بيع في حق المرتين والمجنى عليه ، لأن حقهما يختص بالعين فقدم ، وان يبيع له متاع وقبض ثمنه فملك الثمن واستحق المبيع ، رجع المشتري بالعهد في مال المفلس ، وهل يقدم على سائر الغرما ؟ روى المزني أنه يقدم ، وروى الربيع أنه أسوة الغرما ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يقدم ، لأن في تقديمه مصلحة فانه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق فاذا قدم رغبوا في شراء ماله .

(والثاني) أنه أسوة الغرما . لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضی من له الحق فضرب به مع الغرما كأرض الجنابة ومنهم من قال ان لم يفك الحجر عنه قدم لأن فيه مصلحة له ، وان فك الحجر عنه كان كسائر الغرما ، وحمل رواية الربيع على هذا .

(الشرح) حديث « لا ضرر ولا ضرار ، مضى تخريجهم .
 أما الاحكام : فإنه يستحب أن يشهد المفلس بمجلس بيع المال أو الرهن لاجل
 أولا : لانه يعرف قيمة أمواله وأثمانها عليه التي اشتراها بها .
 ثانيا : ليحصى ثمنه ويضبطه .
 ثالثا : لانه إذا حضر احتاط أكثر من غيره لحرصه على أن تباع بأكبر قيمة
 ممكنة . رابعا : لان ذلك أطيب لنفسه كذلك يستحب أن يحضر الغرماء لاجل :
 (أولا) لانه ربما كان منهم من يشتري شيئاً من مال المفلس .
 (ثانيا) كثرة المتاعين ، فيكون ذلك أوفر للثمن .
 (ثالثا) معرفة كل منهم لعين ماله ، وربما باع الحاكم سهواً عين ماله فيستدركه
 (رابعاً) لانه أطيب لنفوسهم ، فإن باع الحاكم ماله بغير حضور المفلس أو الغرماء
 صح البيع ، لأن المفلس لا تصرف له ، والغرماء لا ملك لهم .
 (فرع) إذا أراد الحاكم بيع مال المفلس فلا بد من دلال وهو من ينادى
 على المتاع فيمن يريد ، ويستحب أن يقول الحاكم للمفلس والغرماء : ارتضوا
 برجل ينادى على بيع المتاع ، لانهم أعرف بمن يصلح لذلك الامر ، ولان في ذلك
 تطيباً لأنفسهم ، فان لم يستأذنهم الحاكم في ذلك ، ونصب مناديا من قبله جاز
 لان المفلس قد انقطع تصرفه ، والغرماء لا ملك لهم .
 قال الشافعي رضي الله عنه . ولا يقبل الا ثقة - وفي بعض نسخ المزني -
 ولا يقبل الا من ثقة ، فمن قبل - ولا يقبل الا ثقة - معناه اذا نصب المفلس
 والغرماء من ينادى على ثمن المتاع لم يقبله الحاكم الا أن يكون ثقة ،
 والفرق بين هذا وبين الرهن اذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد
 من ليس بثقة ، لم يعترض الحاكم عليهما ، لأن الحق في الرهن للمتراهنين
 لا يتعداهما : وههنا النظر للحاكم لانه ربما ظهر غريم آخر ، وأما من قبل ولا
 يقبل الا من ثقة فمعناه اذا نودى على مال المفلس فزاد في ثمنه انسان فإنه لا يقبل
 الزيادة الا من ثقة مخافة أن يزيد فيترك فيفسد .

فإن تطوع الدلال بالنداء من غير أجره لم يستأجر الحاكم من ينسأى لأنه لا حاجة إلى ذلك ، وإن لم يوجد من يتطوع بذلك استؤجر بأقل ما يوجد ، فإن كان في بيت المال فضل أعطى الأجير أجره منه ، لأن في ذلك مصلحة ، فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق

وإن لم يكن في بيت المال فضل استوفى من مال المفلس كذلك ، لأن العمل له قال أبو علي الكيال في الإفصاح : فأما أجره النفاذ فعلي الغريم لا على المفلس فإن اختار المفلس رجلا ينادى على المانع واختار الغرماء غيره ، قدم الحاكم الثقة منها ، فإن تساوى في التوثيق قدم المنطوع منها لأنه أوفر مؤنة ، فإن كانا تطوعوا ضم أحدهما إلى الآخر ، وإن كانا يجعل قدم أعرفهما وأوثقهما ، ويرى أصحاب أحمد أن نفقة النفاذ على المفلس ، وفي قول آخر عندهم تدفع من بيت المال ، وعندنا على القولين في أن يعطى من الغرماء أو من بيت المال ، كما سبق بيانه .

(فرع) ويبيع كل شيء من الأمتعة في سوقه ، فتباع الكتب في سوق الوراقين والبز في سوق البرازين ، والطعام في سوق الطعام ، وهذا إذا كان في البلد أسواق متخصصة تتوفر أربابها على نوع معين من السلع كسوق العطارين وسوق العقادين وغيرها من الأسواق النوعية ، وذلك لتفادي الأبتناول شراءها من لا يعرف قيمتها فيبخرها ؛ كل ذلك إذا أمن عند نقلها عدم التلف أو ضياع شيء منها ، فإذا كان مكانها صالحا لبيعها بيعت حيث هي ، أما العقار وغيره من الأعيان الثابتة فإنه يمكن أن يكتب بالنشر في صحيفة يومية ، ولا ينادى الدلال في جلسة البيع كالأمتعة ، وإنما يوصى بإتمام بالثمن الذي يعرض من المتباعين ، وذلك أعز للعقار وأدعى إلى حفظ حق المفلس .

ويباع ما هو معرض للتلف أولا ، كالرطب والمريس ونحوهما ؛ ثم الحيوان لأنه معرض للتلف إذا لم يجد من يقوم على مشونته حفظه وغذائه ، ثم الثياب والأقشة . وهكذا بالترتيب

قال الشافعي رضي الله عنه : فإن كان بقرب ذلك البلد قوم يشترون العقار في ملك المفلس أنفذ إليهم وأعمالهم بذلك ليحضروا فيشتروا فيتوفروا على المفلس

(فرع) وبيع مال المفلس بنقد البلد ، وإن كان من غير جنس حق العنرماء بأن كانت الديون عليه بالدينار العراقي أو الجنيه الاسترليني أو الليرة السورية وكان المفلس في العراق يبيع عليه بالدينار ، ولو كان الدين بالليرة أو بالجنيه ، لأن ذلك أيسر وأوفر ، فإن كان حق العنرماء من نقد البلد دفعه اليهم ، وإن كان من غير نقد البلد ، فإن كان حقهم ثبت من غير جهة السلم دفع اليهم عوضه إن رضوا بذلك ، وإن لم يرضوا اشترى لهم من جنس حقوقهم ، فإن كان حقهم ثبت من جهة السلم لم يجوز أخذ العوض عن ذلك ، وإنما يشتري لهم حقوقهم

(فرع) إذا كان في مال المفلس رهن بدأ يبيعه لأن حق المرتهن يخص بالعين وحقوق العنرماء لا تختص بالعين ، ولأنه ربما زاد ثمن الرهن على حق المرتهن ؛ فتفرق الزيادة على العنرماء ، وربما نقص ثمنه عن حق المرتهن فاختلط مع العنرماء بما بقي له ، فاحتجج الى بيعه لذلك

(فرع) فإن باع شيئاً من مال المفلس ، فإن كان دينه لو اُخذ فإنه يدفع كذا باع شيئاً وقبضه الى العنرماء لأنه لا حاجة به الى التأخير . وإن كان الدين لجماعة نظرت فإن بيع جميع ماله دفعة واحدة قبض ثمنه ووزعه على العنرماء بالحصص على قدر ديونهم . وإن لم يمكن بيع ماله إلا بشيء بعد شيء نظرت فيما يباع به أولاً فإن كان ثمنه كثيراً يمكن قسمته على العنرماء قسم بينهم لأنه لا حاجة به الى التأخير . وإن كان قليلاً يتعذر قسمته . أو يكون القسم منه يراد . أخرت قسمته على العنرماء .

فإن وجد الحاكم ثقة مليئاً - أى غنياً ... فقد قال الشافعي رضي الله عنه : أقرضه إياه حالا . فإذا تكامل بيع المال أخذه من الذي أقرضه إياه وقسمه بين العنرماء ، ويكون ذلك أولى من إبداعه . لأن القرض مضمون على المقبوض . والوديعة أمانة يخاف تلفها . فإن لم يجد ثقة مليئاً يقرضه إياه أو دعه عند ثقة .

فإن قيل : فلم قال الشافعي رضي الله عنه : يقرضه حالا . والقرض عنده لا يكون إلا حالا ؟ فقال أكثر أصحابنا : وصف القرض بذلك لأنه شرط . وقصد بذلك الرد على مالك رضي الله عنه حيث قال : يصح القرض مؤجلاً ،

وقال العمراني . وقال بعض أصحابنا : أراد حالا بعين تشديد يعني يقرضه في الحال ، وهذا ليس بشيء .

فإن قيل فقد قال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا في حال الضرورة ، وهو أن يكون في بحر ومعه مال اليتيم ويخاف عليه الغرق أو يخاف عليه النهب أو الحريق ، ولا يقرضه في غير ذلك وإنما يودعه . فما الفرق بينه وبين المفلس ؟ قلنا الفرق بينهما أن مال الصبي معد لمصلحة يظهر من شراء عقار أو تجارة ، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلى ذلك . ومال المفلس معد للغرماء خاصة فافترقا .

(فرع) وإذا باع الحاكم مال المفلس وانصرم البيع بالفرق وانقضاء الخيار ثم جاء إلى الحاكم وزاد في الثمن . قال العمراني : استحب للحاكم أن يسأل المشتري الإقالة ليطلب الفضل ، فإن أقاله المشتري باع الحاكم من الطالب بالزيادة وإن لم يفعل لم يجبر على ذلك ، لأن البيع قد لزم

(فرع) وإن نصب الحاكم أميناً لبيع مال المفلس وقبض ثمنه فباع شيئاً من مال المفلس وقبض ثمنه ثم تلف في يده من غير تفريط ، تلف من ضمان المفلس لأن العدل أمين له . ورواية عمرو بن خلدة عن أبي هريرة في المفلس أتوه به التي سبق لنا الاستدلال بها أخرجهما الشافعي وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه وفي أسناده أبو المعتمر . قال الطحاوي مجهول

وإن باع العدل شيئاً من مال المفلس وقبض ثمنه ثم أتى رجل ادعى على المشتري أن العين التي اشتراها ملكه وأقام بينة على ذلك ، أخذها من يد المشتري فإن كان الثمن باقياً في يد العدل ، رجع به إلى المشتري ، وإن كان المال قد تلف في يد العدل من غير تفريط رجع المشتري بالعمدة في مال المفلس ، ووافقنا أبو حنيفة في هذا ، وخالفنا في العدل إذا تلف الرهن في يده .

وفي الوكيل والوصي إذا تلف المال في أيديهم بغير تفريط أن الضمان يجب عليهم ، فنقيس تلك المسائل على هذه ونقول : لأنه باع مال الغير فإذا تلف في يده من غير تفريط لم يضمن قياساً على أمين الحاكم في مال المفلس . وهل يقدم المشتري على سائر الغرماء أو يكون أسوأهم ؟

نقل المزنى أنه يقدم عليهم ، ونقل الربيع أنه يكون أسوة لهم ، واختلف أصحابنا فيه على طريقتين . فمنهم من قال في المسألة قولان (أحدهما) أنه يقدم عليهم لأن في ذلك مصلحة لمال المفلس ، لأن المشتريين إذا علموا أنهم يقدمون بالثمن إذا استحق ما اشتروه رغبوا في الشراء ، فيكثر المشترون وتزيد الأثمان ، وإذا علموا أنهم لا يقدمون تجنبوا الشراء خوفاً من الاستحقاق . فتقل الأثمان (الثاني) لا يقدم ، بل يكون أسوة العزماء ؛ لأنه تعلق بذمة المفلس بغير

اختيار من له الحق ، فكان أسوة العزماء ، كما لو جنى على رجل ومنهم من قال هي على حالين ، فالموضوع الذي قال يكون أسوتهم أراد به إذا كان بعد القسمة في حجر ثمان مثل أن يقسم المال بين العزماء ، ثم استحق شيء من أعيان ماله . ثم حجر عليه ثمانيا ، فإن المشتري يكون أسوة العزماء ، لأن حقه ثبت في ذمته قبل الحجر كسائر العزماء . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد هذا التفصيل على هذا الطريق ،

قال العمراني . وأما صاحب المذهب فقال ان لم ينفك عنه الحجر قدم ، لأن فيه مصلحة له ، وان فك عنه الحجر كان كسائر العزماء ، ولم يذكر الحجر الثاني اه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان كان في العزماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ، ووجد عين ماله على صفته ، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع العزماء بالثمن ، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من العزماء ، وهل يفتقر الفسخ الى إذن الحاكم ، فيه وجهان . قال أبو اسحاق : لا يفسخ الا باذن الحاكم ، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالفقه . وقال أبو القاسم الدارمي : لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد فان حكم الحاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد

الإصطخري : ينقض حكمه ، لأنه حكم مخالف لنص السنة ، ويحتمل ألا ينقض
لأنه مخالف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي فيه وجهان
(أحدهما) أنه على التراخي لأنه خيار لا يسقط إلى بدل ، فكان على التراخي
كخيار الرجوع في الهبة .

(والثاني) أنه على الفور لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور
كخيار الرد بالعيب ، وهل يصح الفسخ بالوطء في الجارية ؟ فيه وجهان .
أحدهما : يصح كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط . والثاني : أنه لا يصح
لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء ، وإن قال العنبر ما نحن نعطيك الثمن
ولا نفسخ لم يسقط حكمه من الفسخ ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل
العوض كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرض .

(الشرح) الحديث رواه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » .

أما الأحكام ، إذا كان في الغرماء من باع من المفلس قبل الإفلاس ولم يقبض
الثمن ووجد عين ماله على صفته خالياً من حق غيره ، فالبائع بالخيار بين أن
يضرب عن الغرماء في الثمن : وبين أن يرجع في غير ماله ، وبه قال عثمان وعلي
وأبو هريرة رضي الله عنهم ، ومن التابعين عروة بن الزبير ثم مالك والأوزاعي
والشافعي ومحمد بن الحسين العنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأحمد ،
وخالفنا الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة فقالوا هو أسوة الغرماء ،

دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة رضي
الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذي قضى فيه رسول الله (ص) « أيما
رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد بعينه » .

وفي رواية أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضي الله عنهم عن
أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل باع متاعاً
على رجل فأفلس المتاع ثم وجد البائع متاعه بعينه ، فصاحب المتاع أحق به من
دون الغرماء » ، وقد أخرجه أحمد عن الحسن بن سمرة بلفظ « من وجد متاعه عند

مفلس بعينه فهو أحق به ، ورواه السنة عن أبي هريرة بلفظ : من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره ، وعند مسلم والنسائي عن أبي هريرة بلفظ : إذا وجد عنده المتاع ، ولم يفرقه أنه لصاحبه الذي باعه ، وحديث أبي هريرة عند أحمد بلفظ : أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ، ولم يكن اقضى من ماله شيئاً فهو له ، وروى مالك في الموطأ وأبو داود ، الأول بطريق الإرسال والثاني بطريق الإسناد والمرسل أصح عن أبي بكر بن عبد الرحمن ابن الحارث بن هشام بلفظ : أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة العرماء .

قلت : ولأن عند البيع بلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض أو القيمة أو الثمن ، كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولأنه إذا شرط في البيع رهناً ، فمجز عن تسليمه استحق الفسخ ، وهو وثيقة بالثمن ، فالجواز عن تسليم الثمن بنفسه أولى . وبفارق المبيع الرهن : فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس بيد ، والثمن ههنا بيد عن العين ، فإن تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل .

فإن قيل : إنهم تساوا - أعنى العرماء جميعاً من وجد عين ماله ومن لم يجد - في سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا في الشرط ، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ ، وهو موجود في حق من وجد متاعه دون من لم يجده .

إذا ثبت هذا : فإن البائع بالخيار ، إن شاء رجع في السلعة ، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة العرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ ، فلا يوجب كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النكاح لعق الأمة ، وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب ، وفي ذلك روايتان :

(إحداهما) هو على التراخي ، لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض ، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة .

(والثاني) هو على الفور ، لأنه خيار يثبت في البيع لتقصير في العوض ، فكان على الفور كإرد بالعيب ، ولأن جواز تأخيرة يفضي إلى الضرر بالقرمان ، لافتائه إلى تأخير حقوقهم : فأشبهه خيار الأخذ بالشفعة ، وأخذ القاضي من المناجاة بهذا الوجه . وحكى ابن قدامة الوجهين كهما عندنا .

(فرع) وان اشترى رجل سلعة بثمن في ذمته وكانت قيمة السلعة مثل الثمن أو أكثر ، ولا يملك المشتري غير هذه السلعة ولا دين عليه غير هذا الثمن ، فهل يجعل هذا المشتري مفلساً ، فيكون للبائع الرجوع إلى عين ماله ، فيه وجهان حكاهما في الإفصاح أبو على السكيال .

أحدهما : يكون مفلساً ، فيكون البائع بالخيار بين الرجوع في عين ماله .
والثاني : لا يكون مفلساً ، ولكن تباع السلعة ويعطى منها حقه والباقي للمشتري (فرع) وان كان ماله يفي بدينه ولكن ظهرت فيه أمانة الفلاس — وقلنا : يجوز الحجر عليه ، فحجر عليه — فهل يجوز لمن باع منه شيئاً ولم يقبض ثمنه ، ووجد عين ماله أن يرجع إلى عين ماله ، فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .
(أحدهما) له أن يرجع إلى عين ماله لقوله صلى الله عليه وسلم «أيمان رجل باع متاعاً على رجل ثم أفلس المبتاع الحديث ، وهذا قد أفلس ، لأنه محجور عليه بحق القرمان فجاز لمن وجد عين ماله الرجوع إليه ، كما لو كان ماله أقل من دينه .
(والثاني) ليس له الرجوع إلى عين ماله ، لأننا إنما نجعل للبائع الرجوع إلى عين المال في المواطن التي لا يتمكنون فيها من الوصول إلى كمال حقوقهم ، وهذا يتمكن من أخذ جميع حقه فلم يكن له الرجوع إلى عين ماله .

(فرع) وهل يصح فسخ البائع من غير إذن الحاكم ، فيه وجهان . الأول قاله المصنف : لا يصح إلا بإذن الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح إلا بالحاكم كفسخ النكاح بالأعسار بالنفقة .

والثاني : قاله صاحب البيان : يصح بغير إذن الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت عبد .

فإن حكم الحاكم بالمنع فقيه وجهان . أحدهما : يصح حكمه . لأنه مختلف فيه . والثاني : لا يصح لأنه حكم مخالف لنص السنة ،

وهل يشترط أن يكون الفسخ على الفور ، أو يجوز على التراخي فيه وجهان (أحدهما) يجوز على التراخي ، لأنه خيار لا يسقط الى بدل فجاء على التراخي ، كرجوع الأب فيما وهب لابنه ، وفيه احتراز من الرد بالعيب ، لأنه قد يسقط الى بدل وهو الأثرش (والثاني) يشترط أن يكون على الفور ، لأنه خيار لنقص في العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ؛ وفيه احتراز من رجوع الأب في هبته لابنه .

(فرع) إذا رهن البائع المبيع في يد المفلس عند ثبوت الرجوع له فهل يجعل رهنه فسخاً للبيع . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ في الرهن وحكاية وطء البائع الجارية المبيعة جعلوا في فسخ البيع وجهين (أحدهما) يكون فسخاً كوطء البائع مبيعه في مدة الخيار (والثاني) لا يكون فسخاً . لأن ملك المشتري مستقر فلا يرفع الا بالقول .

(فرع) إذا بذل الغرماء للبائع جميع ماله على أن لا يرجع بالعين المبيعة لم يجبر على ذلك . وجاز له الرجوع الى عين ماله . وقال مالك رضي الله عنه لا يجوز له الرجوع الى عين ماله . وقال أحمد وأصحابه كقولنا .
دليلنا : الحديث ، ولم يفرق بين ما إذا عرض الثمن أو لم يعرض ولأنه تبرع بالحق غير من عليه الحق فلم يلزم من ثبت له الفسخ إسقاط حقه من الفسخ . كالزوج إذا عسر بالنفقة لجاء أجنبي فبذل لها النفقة لترك الفسخ ، فإنه لا يلزمها ذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ؛ ففيه وجهان . أحدهما : أن له أن يفسخ ، لأنه باعه قبل وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه من الفسخ كالمزوجت لمرأة بفقير ثم عسر بالنفقة . والثاني : أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فسقط خياره ، كالمشتري سلعة مع العلم بعيبها .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى عينا بعد أن حجر عليه بضمن في ذمته فقد

ذكرنا أن شراءه صحيح ، وهل ثبت للبائع الرجوع إلى عين ماله ؟ فيه وجهان .
أحدهما : لا يثبت له الرجوع إلى عين ماله ، لانه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فلم
يثبت له الفسخ ، كما لو اشترى سلعة معينة مع العلم بعيبها . والثاني : يثبت له
الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقرير مع العلم بحاله ، فان لها أن تفسخ النكاح اذا
عسر بالنفقة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان وجد المبيع وقد قبض من اثن بعضه ، رجع بحصة ما بقى من
الثمن لانه اذا رجع بالجميع اذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه اذا لم يقبض
بعض الثمن ، وان كان المبيع عبيد متساوي القيمة وباعهما بمائة ، وقبض من
الآمن خمسين ، ثم مات أحد العبيد ، وأفلس المشتري ، فالمنصوص في التفليس
أنه يأخذ الباقي بما بقى من الثمن ، ونص في الصداق : اذا أصدقها عبيد فتاب
أحدهما ثم طلقها قبل الدخول ، على قولين .

أحدهما : أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله في التفليس . والثاني
أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، فمن أصحابنا من نقل هذا القول
إلى البيع ، وقال : فيه قولان (أحدهما) أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع
الغرماء بنصف ثمن التالف ، وهو اختيار المزني رحمه الله ، لأن البائع قبض
الخمس من ثمنها ، وما قبض من ثمنه لا يرجع به (والثاني) أنه يأخذ الموجود
بما بقى ، لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر اذا كان باقيا أخذ الباقي اذا هلك بعضه
كالشقة في الشقة

ومن أصحابنا من قال يأخذ البائع الموجود بما بقى من الثمن قولاً واحداً ،
وفي الصداق قولان ، والفرق بينهما أن البائع اذا رجع بنصف الموجود ونصف
بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس ، والزوج اذا رجع بنصف
الموجود ونصف قيمة التالف وصل إلى جميع حقه ، لأن الزوجة موسرة فلم
يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر

(الشرح) الأحكام : إذا باع من رجل عيناً بمائة أو عشرين بمائة ، فقبض البائع من ثمن خمسين والعين المبيعة باقية أو العينان باقيتان ؛ سواء كانت قيمتهما مختلفة أو متساوية ، فهل للبائع أن يرجع من المبيع بقدر ما بقي من الثمن ؟ حكى ابن الصباغ فيه قولين . قال في القديم سقط حق البائع من الرجوع الى الغير ويضرب مع الغرماء بالثمن .

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا هو مذهب مالك ولم يحكه عن القديم . وقال ابن الصباغ : مذهب مالك إذا قبض شيئاً من الثمن والعين باقية كان بالخيار بين أن يرد ما قبض من الثمن ويرجع في العين المبيعة ، وبين أن لا يرجع في العين ويضارب مع الغرماء فيما بقي .

ووجه القول القديم حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام الذي أتينا على مختلف طرقه وألفاظه فيما سبق من فصول هذا الباب ولأن في رجوعه في بعض العين تبعضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به ، فلم يكن ذلك للبائع .

وقال في الجديد : ثبت له الرجوع بخضم ما بقي من الثمن - وهو الصحيح - لأنه سبب يرجع به العاقد إلى جميع العين لجاز أن يرجع به إلى بعضها كالفرقة قبل الدخول ، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق ، وهو ما إذا ارتدت أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ، وتارة بالنصف ، وهو ما إذا طلقها

قال في البيان : والخبر عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام مرسل ، لأن أبا بكر ليس بصحابي ، وإن صح فعنى قوله فهو أسوة الغرماء ، إذا رضى بذلك .

وإن باعه عشرين متساوي القيمة بمائة ، فقبض البائع من الثمن خمسين وتلف أحد العينين وأفلس المشتري ، فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن الذي بقي له فلا كلام ، وإن اختار الرجوع الى عين ماله على الجديد فبكم يرجع ؟ قال الشافعي يرجع هنا في العين الباقية بما بقي من الثمن . وقال في الصداق : إذا أصدقها عشرين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول أنها على قولين

(أحدهما) تأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ،

(والثاني) أنه بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف .

وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها ، وقال في الزكاة : إذا أصدقها خساً من الإبل خال عليها الحول فباعته منها بقدر شاة وأخرجتها ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يأخذ بعيرين ونصفاً ، فحصل في الصداق ثلاثة أقوال

(أحدها) يأخذ نصف الصداق من الباقي . وهذا موافق لما قاله في المفلس .
(والثاني) يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف (والثالث) أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها .
واختلف أصحابنا في مسألة المفلس ، فمنهم من قال في المفلس أيضاً قولان :

(أحدهما) يأخذ الباقي من العينين بما بقي له من الثمن ، ويكون النصف الذي أخذ حصة التالف ؛ لأنه إنما جاز للبائع أخذ جميع المبيع ، إذا وجدته كله جاز له أخذ بعضه إذا تعذر جميعه ، كما قلنا في الشفيع

(والثاني) يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقي له ، ويضرب مع الغرماء بنصفه ، لأنه إذا باع شيئين متساويي القيمة بمائة فقد باع كل واحد منهما بخمسين فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض من ثمنهما مجتمعين ، بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع في نصفهما ، فإذا تلف أحدهما رجع في نصف الباقي بنصف ما بقي .
وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من الذي لم يقبضه ، قال هذا القائل : ولا يجيء ما هنا القول الثالث في الصداق ، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها .
لأن ذمة الزوجة عليه وذمة المفلس خربة ، فلا يمكن ترك الشيء كله والرجوع إلى القيمة ، لأنه لا يصل إليها .

ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الصداق ثلاثة أقوال ، وفي المفلس يأخذ البائع العين الباقية بما بقي له من الثمن قولاً واحداً ، والفرق بينهما أننا إذا قلنا في الصداق : يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف فلا ضرر عليه لأنه يصل إلى حقه لأن ذمة الزوجة مليئة ، وفي المفلس لو قلنا : يأخذ البائع نصف الباقي بنصف ما بقي له ، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقي له لم يأمن ألا يصل إلى الكمال من حقه ، لأن ذمة المفلس خربة

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه ، فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه ، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي ، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال .
(الشرح) إذا وجد البائع عين ماله مرهونة عند آخر لم يكن له أن يرجع فيها لأن المشتري قد عقد على ما اشتراه عقداً منع نفسه من التصرف فيه ، فلم يكن لبائعه الرجوع فيه ، كالمو باعها المشتري أو وهبها
إذا ثبت هذا فإن حق المرتهن مقدم على حق البائع لأنه أسبق ، فإن كان الدين المرهون به مثل قيمة العين أو أكثر بيعت العين في حق المرتهن ولا كلام ، وإن كان الدين المرهون به أقل من قيمة الرهن بيع من الرهن بقدر دين المرتهن وكان للبائع أن يرجع في الباقي منها ، لأنه لا حق لأحد فيما بقي منها ، وإن لم يمكن بيع بعض الرهن بحق المرتهن إلا ببيع جميع الرهن ، فبيع جميع الرهن وقضى حق المرتهن من ثمن الرهن ، وبقي من الثمن بعضه ، فالذي يقضى المذهب أن البائع لا يكون أحق بالباقي من الثمن ، بل يصرف ذلك الى جميع الغرماء ، لأن حقه يختص بالعين دون ثمنها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان المبيع شقفاً ثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه
(أحدها) أن الشفع أحق ، لأن حقه سابق ؛ فإنه يثبت بالعقد ، وحق البائع ثبت بالحجر ، فقدم حق الشفع
(والثاني) أن البائع أحق ، لأنه إذا أخذ الشفع الشقص زال الضرر عنه وحده ، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما ، لأن البائع يرجع الى عين ماله ، والشفع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما .
(والثالث) أنه يدفع الشقص الى الشفع ويؤخذ منه ثمنه ، ويدفع الى البائع لأن في ذلك جمعاً بين الحقين ، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما

(الشرح) قوله : شقصا ، الشقص الطائفة من الشيء ، والجمع أشقاص مثل
 حمل وأحمال ، وهو مأخوذ من المشقص ، سهم فيه نصل عريض أو أن هذا
 مأخوذ منه .

أما الأحكام فإنه إذا اشترى رجل شقصا من دار أو أرض فنبت فيه الشفة
 فأفلس المشتري وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع . فهل البائع أحق بالشفعة أم
 الشفيع ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن الشفيع أحق ويكون الثمن بين الغرماء ، لأن حق الشفيع أسبق
 لأن حقه يثبت بالبيع ، وحق البائع يثبت بالحجر . فقدم السابق
 (والثاني) أن البائع أحق بالشقص لانه إذا رجع في الشقص زال الضرر عنه
 وعن الشفيع ، لانه عادة كان قبل البيع . ولم يتجدد شركة غيره .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا مدخول . لان من باع شقصا وثبتت فيه الشفعة
 ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع . فإن البائع عاد للشفيع شريكا كما
 كان ، ومع ذلك له الاخذ بالشفعة .

(والثالث) أن الشفيع أولى بالشقص ، ويؤخذ منه الثمن ويسلم الى البائع
 دون سائر الغرماء ، لان في ذلك جمعا بين الحقين ، وإزالة للضرر عنهما

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان لمبيع صيدا والبائع محرم . لم يرجع فيه . لانه تملك صيد
 فلم يحز مع الاحرام كسراء الصيد

(الشرح) الاحكام : اذا باع صيدا ثم أحرم وأفلس المشتري لم يكن للبائع
 أن يرجع في الصيد كما لا يجوز أن يبتاعه . وقد مضى لسلفنا النووي رضى الله
 عنه ذلك في الصيد فليراجع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان وجد عين ماله ودينه مؤجل . وقلنا ان الدين المزجل لا يحل
 وديون الغرماء حالة . فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لانها حقوق

حالة فقدمت على الدين المؤجل ومن أصحابنا من قال لا يباع ، بل يوقف إلى أن يحل فبخيار البائع الفسخ أو الترك ، وإليه أشار في الإملاء ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة (الشرح) الأحكام : إذا اشترى رجل أعياناً بأثمان مؤجلة فحجر على المشتري بدين حاله عليه ، وكانت الأعيان التي اشترها بالمؤجل باقية في يده لم يتعلق به حق غيره . فإن قلنا إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر ، فما الحكم في الأعيان التي اشترها بالأثمان المؤجلة . فيه وجهان

(أحدهما) وهو المنصوص ولم يقل الشيخ أبو حامد غيره أنها تباع وتفرق أثمانها على أصحاب الديون لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة ، وتبقى الديون في ذمته إلى الأجل ، فإذا أيسر طالبوه ، وإلا كانت في ذمته إلى أن يوسر (الثاني) حكاه المصنف أنها لا تباع ، بل توقف إلى أن تحل الديون المؤجلة فيخير بائعها بين فسخ البيع فيها أو الترك ، قال وإليه أشار في الإملاء ، لأن بالحجر تعلقت الديون بماله ، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل ، فلم يبيع في الديون الحالة . وأما إذا قلنا : إن الديون المؤجلة يحل بالحجر فما الحكم في الأعيان المشتراة بها .

فيه وجه حكاه صاحب الفروع ، وهو قول أبي إسحاق أن تلك الأعيان لا تباع في حق أصحاب الديون المعجلة ولا تسلم إلى بائعها أيضاً ، بل توقف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه ، ففيه وجهان . (أحدهما) أن له أن يرجع فيه ، لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره ، فأشبهه إذا لم يبعه (والثاني) لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى عينا بشمن في ذمته فباعها من غيره أو وهبها له وأقبضها ثم أدلس المشتري لم يكن للبائع إلا الضرب مع الغرماء لأنها خارجة عن ملك المشتري ، فهو كما لو تلفت ، وإن رجعت إلى ملك المشتري بآرت أو هبة أو وصية فأفلس . فهل يرجع البائع بها فيه وجهان

أحدهما : لا يرجع لان هذا الملك انتقل اليه من غير البائع . والثاني : للبائع أن يرجع فيها ، لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، فهو كالمو لم يخرج عن ملك المشتري ، فإذا قلنا : بهذا الوجه ، وكان المشتري قد اشتراها من هي في يده بثمن في ذمته ، فأفلس بالثمن وحجر عليه ، فأى البائعين أحق بالعين ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاه المسعودي .

(أحدها) البائع الاول أحق بها ، لان حقه أسبق .

(والثاني) البائع الثاني أحق بها ، لانه أقرب .

(والثالث) أهما سواء لانهما متساويان في سبب الاستحقاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وجد المبيع ناقصا نظرت ، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبددين ، تلف أحدهما أو نخلة مشمرة تلفت ثمرتها ؛ فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقى بحصته من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف ، لان البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن ؛ ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع والآخر هالكا كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن ، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف ، فكذلك البائع ؛ وإن كان المبيع نخلا مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة ، قوم النخل مع الثمرة ، ثم يقوم بلا ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن ، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض .

فان كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد ، لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوم عليه ، وان كانت في وقت القبض أقل قوم في وقت القبض ، لأن ما نقص لم يقبضه المشتري ، فلم يضمه ، فان كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهب يد ؛ وتأليف دار ، نظرت ، فان لم يجب لها أرش بأن أتلها المشتري أو ذهب بأفة سماوية ، فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ، ويضرب بالثمن مع الغرماء كما نقول فيمن اشترى عبدا فذهب

يده ، أو داراً فذهب تأليفها في يد البائع ؛ فان المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن ، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن
فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي فالبايع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن لأن الارش في مقابلة جزء كان البائع يستحق ما يقابله ، كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي يده : انه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن ، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش ، غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد ، لأنها تلفت في ملكه فوجب له البدل ، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لأنها تلفت في ملك المفلس فوجب الأرش له ، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن ، لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن ، فان كان المبيع نخلاً عليه طلع غير مؤبر فملك الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع في النخل . ففيه وجهان (أحدهما) يأخذها بجميع الثمن . لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن (والثاني) يأخذها بنفسها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء . لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين .

(الشرح) الاحكام : والذي ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا إذا وجد البائع العين المبيعة بحالها لم تنقص ولم تزد ، فأما إذا وجدها ناقصة فلا يخلو إما أن يكون نقصان جزء ينقسم عليه الثمن ، ويصح إفراده بالبيع أو نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن . ولا يصح إفراده بالبيع .

فان كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن بأن باعه شيئين بثمن فقبضهما المشتري فتلف أحدهما وأفلس قبل أن يقبض البائع الثمن . أو كان ثوباً فتلف بعضه أو نخلة مثمرة مؤبرة فتلفت الثمرة قبل أن يقبض البائع الثمن فالبايع بالخيار بين أن يترك ما بقي من المبيع . ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء وبين أن يرجع فيما بقي من المبيع بحصته من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيع من الثمن . سواء تلف بأفة سماوية أو بفعل المشتري . أو بفعل أجنبي فالحكم واحد في رجوع البائع . وإنما كان كذلك لان البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن . ثم المشتري إذا وجد بعض المبيع في يد البائع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن . فكذلك هذا مثله . فان كان المبيع

ثوبين أو دابتين وتلف أحدهما ، وأراد بسط الثمن عليهما قوتم كل واحد منهما بانفراده ، وقسم الثمن المسمى على قيمتهما ، فما قابل التالف ضرب به مع الغرماء وما قابل الباقي رجع في الباقي منهما لما قبله ، وإن باعه نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، واشترط المشتري دخول الثمرة في البيع ثم أتلف المشتري الثمرة ، أو أتلفت وأفلس ، واختار البائع الرجوع في النخلة ، فإنه يرجع فيها بحصتها من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بما يقابل الثمرة من الثمن .

وحكى المحاملي عن بعض أصحابنا أن يرجع في النخلة بحصتها من الثمن ، وقال العمراني في البيان : قال صاحب المهذب : فيكفيه ذلك أن يقوم النخلة مع الثمرة ثم يقوم النخلة من غير ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن .

وأما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ قالا : تقوم النخلة مفردة . فإن قيل قيمتها تسعون ، ثم يقوم الثمرة مفردة . فإن قيل قيمتها عشرة ، علمنا أن قيمة الثمرة العشرة فيعلم أن الذي يقابل الثمرة عشر الثمن المسمى ، فيضرب به مع الغرماء وبأخذ بقسمة أعشار الثمن اه .

قال الشافعي رضي الله عنه : وتقوم يوم قبضها . قال أصحابنا : وليس هذا على إطلاقه ، وإنما يقوم بأقل الأمرين من يوم العقد ، لأن الزيادة حدثت في ملك المالك ، فلا يكون للبائع فيها حق ، فإن كانت القيمة يوم القبض أقل قوم يوم القبض ، لأن ما نقص في يد البائع كان مضمونا عليه ، فلا يرجع البائع على المالك بما نقص في يده ، وإن اشترى منه نخلة عليها طلع غير مؤبر . فإن الطلع يدخل في البيع ، فإن أتلف المشتري الثمرة أو تلفت في يده وأفلس واختار البائع الرجوع في النخلة ، فهل يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن لأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد ، فرجع بحصتها من الثمن ، كما لو كانت مؤبرة .

فعلى هذا كيفية التقسيط على ما مضى في المؤبرة . والثاني : لا يضرب بحصة الثمرة مع الغرماء ؛ بل بأخذ النخلة بجميع الثمن ويضرب به مع الغرماء ، لأن الطاع غير المؤبر يجري مجرى جزء من أجزاء النخلة بدليل أنها تدخل في العقد بالأطلاق فصدارت كالسقف ، ولو أفلس وقد تلف شيء من السقف لم يضرب بحصتها من الثمن ، فكذلك هذا مثله وأصل هذا ، هل الطلاع قبل التأبير مما يتميز

أو غير متميز ، فيه وجهان ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد . وإن كان النقصان مما لا ينقسم عليه الثمن بأن كان المبيع ثوباً صحيحاً فوجد البائع محزوقاً أو داراً ذهب تأليفها في يد المشتري فصارت غير مالوفة لما طرأ عليها من تصدع أو وحشة فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن فلا كلام .

وإن اختار أن يرجع بعين ماله فظرت . فإن لم يجب في مقابلة ما ذهب أرش بأن ذهب ذلك بأقوة سماوية . أو بفعل المشتري . فإن البائع يرجع في البيع ناقصاً بجميع الثمن - كما قلنا فيمن اشترى دابة فذهبت عينها بأقوة سماوية في يد البائع - فإن المشتري إذا اختار إجازة البيع . أخذه بجميع الثمن . وإن وجب للنقصان أرش ، فإن ذهب ذلك بفعل أجنبي فإن البائع يرجع في البيع لحصتها من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من العين المبيعة من الثمن . ويرجع المشتري على الأجنبي بالارش .

وإنما كان كذلك لأن الارش الذي يأخذه المشتري من الأجنبي بدل عن الجزء الفائت من المبيع ، ولو كان ذلك الجزء موجوداً لرجع به البائع ، فإذا كان معدوماً رجع بما قابله من الثمن .

فإن قيل : هلا قلتم : إن البائع يأخذ ذلك الارش ؟ قلنا : لا نقول ذلك ، لأن البائع لا يستحق الارش ، وإنما استحق ما قابل ذلك الجزء من الثمن : كما أن الأجنبي لو أتلف جميع المبيع لم يرجع البائع لما وجب على الجاني من القيمة ، أو بما يرجع بالثمن ، وبيان ما يرجع به أن يقال : كم قيمة هذه العين قبل الجنابة عليها ؟ فإن قيل : مائة ، قيل : فكيف قيمتها بعد الجنابة عليها . فإن قيل : تسعون علمنا أن النقص عشر القيمة ، فيضرب البائع مع الغرماء بعشر القيمة .

وأما المغلس فيرجع على الجاني بالارش . فإن كان المبيع من غير الرقيق رجع بما نقص من قيمته بالجنابة . وإن كان من الرقيق - وهو اليوم غير قائم في زماننا هذا - نظر إلى ما أتلفه منه . فإن كان مضموناً من الحر بالديه - كان مضموناً من الرقيق بالقيمة . وإن كان مضموناً من الحر بالحكومه كان مضموناً من الرقيق بما نقص من قيمته ويكون ذلك للغرماء سواء أكثر مما رجع به البائع أو أقل .

(فرع) وإن وجد البائع المبيع وقد أجره المشتري ، ولم تنقضى مدة الإجارة واختار البائع الرجوع في العين ، كان له ذلك ، واستوفى المسأجر مدة الإجارة ولا يأخذ البائع الإجارة ولا شيئاً منها ، لأن المبتاع ملك ذلك بالعقد ، فصار ذلك كالعيب ، وهكذا إن كان المبيع مكاتباً للمبتاع لم يكن للبائع الرجوع فيه ، لأنه عقد لازم من جهة المشتري ، فان عجز العبد نفسه عن الوفاء كان للبائع أن يرجع فيه كما إذا رهن المبتاع العين المبيعة ثم زال حق المرتهن عنها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وجد المبيع زائداً نظرت ، فإن كانت زيادة غير متميزة . كالسمن والسكر . واختار البائع الفسخ . رجع في المبيع مع الزيادة . لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل في الرد . كما قلنا في الرد بالعيب . وإن كان المبيع حبا فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً . أو بيضا فصار فرخاً ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع به لأن الفرخ غير البيض ، والزرع غير الحب (والثاني) يرجع وهو المنصوص . لأن الفرخ والزرع عين المبيع . وإنما تغيرت صفته فهو كالودي إذا صار نخلاً . والهدى إذا صار شاة .

وإن كانت الزيادة متميزة نظرت . فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار . رجع فيه دون الزيادة . لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الأصل في الرد . كما قلنا في الرد بالعيب . فان اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع . وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لأنه ملك أحدهما وحق الآخر وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع . لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه . فلا يؤخر بغير رضاه . وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار . ففيه قولان ، روى الربيع أنه يرجع في النخل دون الطلع ، لأن الشجرة ليست عين ماله فلم يرجع بها ، وروى المازني أنه يرجع لأنه يتبع الأصل في البيع فتبعه في الفسخ كالسمن والسكر ، فاذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يرجع في الشجرة لأنها أبرت وهي في ملك المفلس فان اختلف البائع والمفلس فقال البائع : رجعت فيه قبل التأبير

فالشجرة لى . وقال المفلس : رجعت بعد التأبير فالشجرة لى ، فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء الشجرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء فيه قولان ، وقد مضى دليلهما . فإن كذبوه فخلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يلزمهم قبوله لأنهم أقرؤا أنه أخذ بغير حق (والثاني) يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين ، وعليه نصر في المسكات إذا حمل إلى المولى نجما فقال المولى هو حرام ، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه ، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعى رحمه الله : يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه . فن أصحابنا من قال لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه ، لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه

وقال أبو إسحاق : إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز ، كما يجوز إذا كذبوه . وحمل قول الشافعى رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه . وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالشجرة لى فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان . (أحدهما) يقبل قول المفلس لأنه غير متهم (والثاني) لا يقبل لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه . فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء ؟ فيه طريقتان من أصحابنا من قال : هي على أقوالين كما قلنا في القسم قبله . ومنهم من قال يحلفون قولاً واحداً ، لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداءً ، وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس ، فلما نكل نقلت اليهم .

(الشرح) قوله دكالودى ، بفتح الواو وكسر الدال بعدها ياء مشددة صغار الفسيل الواحدة ودية .

أما الأحكام فإنه إذا وجد البائع عين ماله زائدة نظرت ، فإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والسكر وما أشبههما ، واختار البائع الرجوع في العيزرجع فيها مع زيادتها ، لأنها زيادة لا تتميز ، فتبعت الأصل في الرجوع بها كالرد بالعيب .

فإن باعه نخلا عليها طلع مؤبر . واشترط المشتري دخول الشجرة في البيع

فأدركت الثمرة في يد المشتري وحدها وجففها ثم أفلس والجميع في حوزته لم يتعلق به حق غيره ، فإن للبائع أن يرجع في النخل والثمرة ، وإن كان مجففاً ، لأن هذه زيادة غير متميزة فهي كسمن البهيمة ، وإن باعه نخلا عليها طلع غير مؤبر فأبرها المشتري ثم أفلس ؛ فهل للبائع الرجوع فيها .

قال المسعودي : فيه قولان بناء على أن الثمرة هل تعلم قبل التأبير . وفيه قولان :

قال في البيان : وتشبه أن يكون على طريقه أصحابنا البغداديين على وجهين ، بناء على أن الثمرة قبل التأبير إما متميزة أو غير متميزة .

وإن باعه أرضاً وفيها بذر مودع فيها واشترط دخول البذر في البيع ، فهل يصح بيع البذر .

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وغيره من أصحابنا قال : فيه وجهان . وقد مضى ذلك في البيوع مفصلاً .

فإذا قلنا يصح البيع في البذر فأفلس المشتري ، فإن كان قيل أن يخرج البذر عن الأرض رجوع البائع في الأرض وفي البذر ولا كلام ، وإن أفلس بعد أن صار البذر زرعاً فإنه يرجع في الأرض ، وهل يرجع في الزرع أو يضرب بحصة البذر من الثمن مع الغرماء . فيه وجهان من أصحابنا من قال : يرجع في الأرض وحدها ويضرب مع الغرماء بثمان البذر ، لأن البائع إنما يرجع لعين ماله إذا كانت باقية بحالها ، وهذا الزرع خلقه الله تعالى ولم يكن موجوداً حال البيع .

(والثاني) يرجع في الزرع مع الأرض ، وهو المنصوص في الام ، لأن هذا الزرع عين البذر ، وإنما حوله الله تعالى من حالة إلى حالة ، فرجع به كالودي إذا صار نخلاً .

وإن اشترى منه أرضاً فيها زرع أخضر واشترط دخول الزرع في البيع صح البيع قولاً واحداً ، فإن أفلس المشتري بعدما استحصد الزرع واشتد حبه . أو كان قد حصده فعلاً وذرأه ونقاه فهل للبائع أن يرجع في الأرض مع هذا الزرع قال عامة فقهاءنا فيه وجهان كالتالي قبلها .

وقال الشيخ أبو حامد : إن قلنا بالمنصوص في التي قبلها فللبائع هم : أن يرجع

فيهما . وإن قلنا بالوجه الثاني لبعض أصحابنا فيها فهبنا وجهان (أحدهما) لا يرجع
(الثاني) يرجع لأنه تميز ماله وإنما تغير صفتها فزادت . قالوا وهكذا لو تغير
الزرع من خضرة الى صفرة . هكذا في الروضة والحاوي والبيان

وإذا باعه أرضاً فيها نواء مدفونة ، واشترط دخول النوى في البيع ، فيه
وجهان ، المذهب أنه يدخل ، فإن أوفس المشتري وقد صار النوى نخلاً فهل يرجع
البائع فيها مع النخل ؟ فيه وجهان كالبيذر إذا صار زرعا ، وإن اشترى منه بيضاً
فخصنه تحت دجاجة حتى صار فرخاً ثم أفلس المشتري ، فهل يرجع البائع في الفراخ
فيه وجهان كالبيذر إذا صار زرعا ، وتعليقهما على ما سبق ذكره . والله أعلم

(فرع) وإذا كانت الزيادة متميزة كاللبن وولد البهيمة رجع البائع في عين
المبيعة دون الزيادة ، لأنها زيادة متميزة فلم تتبع الأصل في الرد — كما قلنا في
الرد بالعيب — فإن كان المبيع أرضاً فأرغفه فزرعها المشتري . أو نخلاً لا نمر عليها
فأثمرت في يد المشتري أو أبرت ثم أفلس المشتري ، واختار البائع الرجوع في
عين ماله فإنه يرجع في الأرض دون الزرع ، وفي النخل دون الثمرة لأنها زيادة
متميزة حدثت في يد المشتري فلم يكن للبائع فيها حق

إذا ثبت هذا فليس للبائع أن يطالب المشتري والغرماء بمحصاد الزرع ولا
بجداد الثمرة قبل وقته ، لأن المشتري زرع في أرضه فليس بظالم ، والثمره
أطلعت في ملكه ، فهو كما لو باع أرضاً وفيها زرع أو نخلة وعليها طاع ، فإنه
لا يجبر على قطعه قبل أوانه ولا يجب للبائع أجره الأرض : ولا النخل الى أوان
الجداد والحصاد ، كما لا يجب ذلك للمشتري على البائع إذا اشترى أرضاً فيها زرع
أو نخلاً عليها طاع ، ثم ينظر في المفلس والغرماء ، فإن اتفق على قطع الثمرة
والزرع قبل أوان قطعها ما جاز ، لأن الحق لهم : وإن اتفقوا على تركه الى وقت
الحصاد والجداد جاز

وإن دعا بعضهم الى القطع قبل أوانه ، ودعا البعض الى تركه ففيه وجهان ،
أحدهما ، وبه قال عامة أصحابنا وهو المذهب : أنه يجب قول من دعا الى القطع .
لأن الغرماء إن كانوا هم الطالبون القطع أجيبوا ، لأنهم يقولون : - حقونا . مجلة

فلا يجب علينا التأخير، وإن كان المفلس هو الطالب للقطع . أوجب لأنه يستفيد بذلك إبراء ذمته، ولأن في التبقية غرراً، لأنه قد يتلف، فأوجب من دعا إلى القطع .

والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق : إنه يفعل ما فيه الحظ من القطع أو التبقية، قال ابن الصباغ . وهذا لا بأس به لأنه قد يكون من الثمرة والزرع ماله قيمة تافهة أو مالا قيمة له، والظاهر سلامته . اهـ

(فرج) إذا باعه نخلا لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري وأفلس قبل التأبير فهل للبائع أن يرجع في الثمرة مع النخل ؟ فيه قولان (أحدهما) رواه المزني أنه يرجع في الثمرة مع النخل، لأنه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة تبعت الثمرة النخلة في المبيع . فتبعتها أيضا في الفسخ، كالثن في الجارية

(والثاني) رواه الربيع أنه لا يرجع في الثمرة لأنه يصح إفرادها في البيع فلم تتبع النخلة في الفسخ كالطاع المؤبر، ويفارق البيع أنه زال ملكه عن النخلة باختياره، وهما زال بغير اختياره

قال أصحابنا وكل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك، وكان زوال ملكه عنها بعوض، فإن الثمرة تتبع الأصل : وذلك كالبيع والصلح والاجرة في الاجارة والصدوق وما أشبه ذلك . وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره . فهل تتبع الثمرة الأصل ؟ فيه قولان وذلك مثل مسألتنا هذه في المفلس . ومثل أن يشتري نخلة لا ثمرة عليها بثمن معين فتطلع النخلة في يد المشتري ثم يجد البائع بالثمن عيباً فرده قبل التأبير، فهل يرجع في الثمرة مع النخلة ؟ على قولين

وكذلك إذا اشترى شقصاً في أرض فيها نخل فأطلعت النخل في يد المشتري ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفيع . فهل يأخذ الثمرة مع النخل . على هذين القولين وكذلك كل موضع زال ملكه عن الأصل إلى غيره باختياره بغير عوض . فهل يتبع المطلع الذي ليس بمؤبر الأصل . فيه قولان أيضاً . وذلك مثل أن يهب الرجل لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر . وكذلك إذا زال ملكه عن الأصل بغير عوض بغير اختياره أيضاً مثل أن يهب الأب لابنه نخلة فأطلعت في يد الابن .

ورجع الاب فيها قبل التأبير فهل يتبع الثمرة الاصل . فيه قولان
 اذا ثبت ما ذكرناه فإذا باعه نخلة لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري
 وأفلس قبل أن تؤبر الثمرة فرجع البائع في عين ماله ، فإن قلنا ان الثمرة لا تتبع
 النخلة في الفسخ كانت الثمرة للمفلس . فان اتفق المفلس والغرماء على تبقيتها الى
 أو ان جدادها كان لهم ذلك . وليس لبائع النخلة أن يطالبهم بقطعها قبل ذلك .
 وان اتفقوا على قطعها جاز . وان دعا بعضهم الى قطعها . وبعضهم الى تبقيتها
 ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا يجب من دعا إلى قطعها . وقال المصنف يفعل ما فيه الاحظ
 وقد مضى دليل الوجهين .

وان قلنا ان الثمرة تكون للبائع للنخل فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل
 كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولاً واحداً . لانها قد صارت نماء متميزاً . فالحكم
 في قطعها وتبقيتها على ما مضى

فان قال بائع النخل قد كنت رجعت فيها قبل التأبير . فان صدقه المفلس
 والغرماء على ذلك أو كذبوه وأقام على ذلك بينة حكم له بالثمرة وان كذبه
 المفلس والغرماء ولا بينة فالقول قول المفلس مع يمينه . لأن الاصل عدم
 الرجوع . فاذا حلف المفلس كانت الثمرة ملكاً له وقسمت على الغرماء . وان
 نكل عن اليمين فهل يحلف الغرماء . فيه قولان مضى بيانها

فاذا قلنا يحلفون فخلفوا قسمت الثمرة بينهم . وان نكلوا أو قلنا لا يحلفون
 عرضت اليمين على البائع فان حلف ثبت ملك الطامع له . وان نكل قال ابن
 الصباغ سقط حقه وكانت الثمرة للمفلس وقسمت بين الغرماء

وان صدق الغرماء البائع وكذبوا المفلس نظرت في الغرماء فان كان فيهم عدلان
 فشهدوا للبائع أنه رجع قبل التأبير قبلت شهادتهما له . وحكم بالثمرة للبائع لأنهما
 لا يجبران الى أنفسهما نفعاً بهذه الشهادة ولا يدفعان عنها ضرراً . وكذلك ان كان
 فيهم عدل واحد حلف مع البائع حكم له بالثمرة . هكذا في الروضة والتحفة
 والحاوي من كتب المذهب . وان كانوا فساقاً أو لم تقبل شهادتهم للبائع لسبب من
 الاسباب المانعة فالقول قول المفلس مع يمينه

قال العمري : قلت : والذي يقتضيه المذهب أنه يحلف : ما يعلم أن البائع
رجع فيها قبل التأبير ، وكذلك الغرماء إذا حلفوا ، لأنه يحلف على نفي فعل الغير
فاذا حلف المفلس ملك الثمرة : فان لم يختتر دفع الثمرة إلى الغرماء ولا بيعها لهم
لم يجبر على ذلك ، ولا لهم أن يطالبوه بذلك لأنهم يقرون أنها ملك للبائع دون
المفلس ؛ ولكن يصرف اليهم سائر أمواله ، ويفك عنه الحجر ، ويتصرف في
الثمرة كيف شاء اهـ .

فان اختار المفلس دفع الثمرة إلى الغرماء ، فهل يجبر الغرماء على قبولها ، فيه
وجهان . أحدهما وهو المذهب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : أنهم يجبرون
فيقال لهم : إما أن تقبلوها أو تبرئوه من قدرها من دينكم كما قال الشافعي في
المكاتب إذا حمل إلى سيده مالا عن كتابته . وقال للسيد : هو حرام : أنه يلزمه
أن يأخذه أو يبرئه من قدره من ماله عليه .

والثاني : لا يلزمهم ذلك ، لأنهم يقرون المفلس لا يملك ذلك ، ويفارق
سيد المكاتب ؛ لأنه يريد الإضرار بالعبد ورد إلى الرق . فلم يقبل منه ولا ضرر
على المفلس في ذلك .

فاذا قلنا بالأول ، وقال الغرماء : نحن لا نأخذ الثمرة ولكننا نكف الحجر عنه
ونبرئه من حقوقنا ، فهل للمفلس الامتناع ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي ، فان
اختار الغرماء أن يبرءوا المفلس من قدر الثمرة من الدين ، فأبروه من ذلك فلا
كلام ، وإن لم يختاروا أن يبروه ، فان كان دينهم من جنس الثمرة وجب عليهم
أخذها ، وكذلك إذا لم يكن دينهم من جنس الثمرة ، واختاروا أخذ الثمرة عن
دينهم ، فان كان دينهم من غير السلم جاز ، وبرئت ذمة المفلس من ذلك فاذا
أخذوا ذلك لم يملكوه ، ولكن لزمهم رد ذلك إلى البائع : لأنهم قد أقرروا أنها
ملكه وإنما لم يقبل إقرارهم لحق المفلس . فاذا زال حقه لزمهم حكم إقرارهم الأول
كالو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده فلم يقبل شهادتهما عليه ، ثم انتقل
العبد اليهما أو إلى أحدهما بارت أو بيع ، فانه يعتق عليهما بإقرار السابق ، وان
كانت حقوقهم من غير جنس الثمرة ، فانه لا يلزمهم قبول الثمرة بعينها ، ولكن
تباع الثمرة ويدفع الثمن .

قال ابن الصباغ : ولا حق للبائع في الثمن .

وان صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس - فإن كان فيما صدق البائع عدلان فشهدا له أو عدل وحلف مع شاهده - حكم للبائع بالثمرة ولا كلام ، وإن لم يكن فيهم من يقبل شهادته له ، فإن القول قول المفلس مع يمينه لما ذكرناه فإذا حاب ملك الثمرة ، فإن أراد أن تقسم الثمرة على من صدقه دون من كذبه جان ، وإن اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يدفعها الى الذين صدقوه دون الذين كذبوه .

واختلف أصحابنا فيها على وجهين ، فقال أبو اسحاق : هي كالاول ، وإن للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين لما ذكرناه في التي قبلها وما ذكره الشافعي رضي الله عنه فمعناه إذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه .

ومنهم من قال : لا يجبر من كذبه على قبض شيء من الثمرة ولا الإبراء عن شيء من دينه ، وجهاً واحداً بخلاف الأولى لأنه مع تكذيب جماعتهم له ، به حاجة الى قضاء دينه ، فأجبروا على أخذه .

وفي مسألتنا يمكنه دفعه الى المصدقين له دون المكذبين له ، فإذا قلنا بالاول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة اليه ، ولا يلزم المكذبين له ، والذي يقتضى المذهب ، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير لزم المكذب أن يحلف ، لأنه لو خاف من اليمين فأقر لزمه اقراره .

هذا اذا كان المفلس مكذبا للبائع ، فأما اذا كان المفلس مصدقا للبائع أنه رجع قبل التأبير ، وقال الغرماء : بل رجع بعد التأبير ، فهل يقبل اقرار المفلس ؟ فيه قولان كالقولين فيه اذا قال : هذه العين غصبتها من فلان ، أو ابتعتها منه بشمن في ذمتي ، فهل يقبل في العين ؟ قولان .

فإذا قلنا : يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام ، وإذا قلنا : لا يقبل فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يحلف الغرماء للبائع أنه ما رجع قبل الإبراء .

فن أصحابنا من قال : فيها قولان ، كما اذا ادعى المفلس مالا ، وأقام شاهداً ولم يخلف معه ، فهل يخلف غرماؤه ، فيه قولان ، وما ذكر الشافعي ههنا فهو أحدهما ، ومنهم من قال : يخافون ههنا قولاً واحداً ، وهناك على قولين ، لأن هناك توجهت اليمين على غيرهم ، ثم نقلت اليهم ، وههنا توجهت عليهم ابتداءً ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان كان المبيع جارية فحبلت في ملك المشتري نظرت ، فان أفلس بعد الوضع رجوع في الجارية دون الولد ، كما قلنا في الرد بالعيب ، ولا يجوز التفريق بين الام والولد . فاما أن يزن البائع قيمة الولد فيأخذه مع الام أو تباع الام والولد فيأخذ البائع ثمن الام . ويأخذ المفلس ثمن الولد .

ومن أصحابنا من قال : اما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الام . واما أن يسقط حقه من الرجوع . والمذهب الأول . لانه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فثبت له الرجوع . وان أفلس قبل الوضع ، فان قلنا : لا حكم للحمل رجوع فيها ، لانه كالسمن . وان قلنا ان الحمل له حكم رجوع في الام دون الحمل لانه كالحمل المنفصل . فان باعها وهي حبلت ثم أفلس المشتري نظرت . فان أفلس قبل الوضع رجوع فيهما . وان أفلس بعد الوضع . فان قلنا للحمل حكم - رجوع فيهما لانهما كهيئتين باعهما . وان قلنا لا حكم للحمل . رجوع في الام دون الحمل . لانه نماء تميز من ملك المشتري . فلم يرجع فيه البائع ، ولا يفرق بين الام والولد على ما ذكرناه .

(الشرح) الاحكام : اذا باع من رجل بهيمة حائلاً ، فحملت في يد المشتري ثم أفلس المشتري بعد أن ولدت فللبائع أن يرجع في البهيمة لانها عين ماله . ولا حق له في ولدها لانه نماء متميز . وحكم الجارية حكم البهيمة الا أنه لا يجوز التفريق بين الجارية وولدها اذا كان صغيراً .

فان قال بائع الجارية أنا أدفع قيمة الولد وأملكه مع الام كان له ذلك وينبغي

على عدم التفريق بين الجارية وولدها من التقييط بين الغرماه أقوال للشيخ
أبي حامد وابن الصباغ وأبي إسحاق الشيرازي والعمري لا مجال لذكرها ، ففي
كلام المصنف الكفاية في مثل هذا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري ، أو ثوباً فقصره ثم أفلس
نظرت فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ، ولا يكون
المشتري شريكاً له بقدر عمله ، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر ، وإن زادت
قيمه بأن كانت قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان

(أحدهما) أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر ما عمل فيه
وهو قول المزني ، لأنه لم يصف إلى المبيع عيناً ، وإنما فرق بالطحن أجزاء
مجتمعة ، وفي القصة أظهر بياضاً كان مناً في الثوب فلم يصر شريكاً للبائع
في العين ، كما لو كان المبيع جوزاً فكسره . ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها
حق المملس ، كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه أو حيواناً فسمته

(والثاني) أن المشتري يكون شريكاً للبائع بقدر ما زاد بالعمل ، ويكون حكم
العمل حكم العين — وهو الصحيح — لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكاً
كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه ، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة كما
يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن ، فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر
الجزر وتعليم الغلام وتسمين الحيوان ، فإن الأجير في هذه الأشياء لا يملك حبس
العين لقبض الأجرة ، فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماه
والثلثان إلى البائع . وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام
ولم يدفع إليه الأجرة دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب : لأن الزيادة
حصلت بفعله ففرضى حقه من بدله

(فصل) وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة ومن آخر صبغاً بخمسة ،
فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة

عشر : فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله ، فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما ، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث . وإن نقصر فصار قيمة الثوب إثني عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله ، ووجد بائع الصبغ بعض ماله ، لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه ، فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهماً . ويضرب بماهلك من ماله ، وهو ثلاثة مع العرماء وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهماً بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالبئير أم لا . فإن قلنا انها ليست كالعين حصلت الزيادة في مالها فيقتسط بينهما على الثلث والثلثين ، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث ، وإن قلنا انها كالعين كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكاً للبائعين بالربع

(الشرح) إذا اشترى حنطة من رجل أو ثوباً خاماً أو غزلاً ، فطحن الحنطة أو غاط الثوب أو قصره ، أو نسج الغزل ثم أفلس ، فلبائع أن يرجع في الدقيق والثوب المقصور أو المخيط والغزل المنسوج بلا خلاف على المذهب لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، فإن لم تزد قيمة الثوب والحنطة بذلك فلا شيء للمفلس لأن العمل قد استهلك ، فإن كان المفلس قد عمل ذلك بنفسه سقط عمله وإن استأجر من عمل ذلك ولم يدفع الاجرة لم يكن للأجير أن يشارك بائع الثوب بشيء ، وإنما يضرب مع باقي العرماء فيما عدا الثوب من مال المفلس لأن عمله لم يظهر له قيمة ، وهكذا الحكم إذا نقصت قيمة الثوب والحنطة بذلك واختار البائع الرجوع فلا شيء عليه لأجل النقصان ، لأن المفلس نقصر من ماله بيده فإذا اختار الرجوع لم يكن له شيء لأجل النقصان ، كما لو وجد الحيوان مريضاً ، ولا شيء للمفلس ولا يشارك الاجير بائع الثوب بشيء ، لأن عمله قد استهلك ولكن يضرب مع العرماء بأجرته

وأما إذا زادت قيمة الثوب أو الحنطة بذلك ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع البائع بالثوب أو الدقيق ولا يشاركه المفلس بشيء ، وهو اختيار المزني ، لأن المشتري لم يصف الى المبيع عيناً ، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجموعة وأزال بالقصارة ، ونسج الثوب فلم يشارك البائع ، كما لو اشترى حيواناً

ممزولا فسمن في بده (والثاني) أن هذه الآثار تجرى مجرى الأعيان ، فيشارك
المفلس البائع بقدر الزيادة - وهو الصحيح - لأن الشافعي رضي الله عنه قال
« وبه أقول إنها زيادة من فعل المشتري حصلت في المبيع فكان له أن يشاركه ، كما
لو صبيع الثوب ، ولأن الطحن والقصارة أجريت مجرى الأعيان ، بدليل أن
للطحان والقصار والخياط والنساج أن يمسك هذه الأعيان المعمول فيها إلى أن
يستوفي الأجرة ، فأجريت مجرى الأعيان فيما ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن قلنا بالقول الأول فاختر البائع الرجوع في عين ماله رجوع
فيها بزبادتها ، فإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يستوف الأجير
أجرته لم يكن للأجير أن يشارك بائع العين شيء بل يضرب مع الغرماء بقدر
أجرته ، وإن قلنا بما اختاره الشافعي من أنها آثار تجرى مجرى الأعيان ، فإن كان
المفلس تولى العمل بنفسه أو استعان بمن عمل ذلك بغير أجرة ، أو استأجر من
عمل ذلك وقد وفي الأجير أجرته فإنه يشارك البائع بقدر ما زادت العين بالعمل
مثل أن كان الثوب يساوي قبل القصارة (١) عشرة فصار مقصورا يساوي خمسة
عشر ، فللمفلس في الثوب خمسة

قال ابن الصباغ : فإن اختار بائع الثوب أن يدفع الخمسة أجبر المفلس والغرماء
على قبولها ، كما إذا غرس المشتري في الأرض المبيعة أو ابتاعها فلبائع الأرض
أن يدفع قيمة العنراس والبناء ويتملكه مع الأرض .

وإن لم يختار بائع الثوب أن يدفع ذلك بيع الثوب ، وكان ثلثا الثمن للبائع ،
والثلث للمفلس ، وإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يدفع إليه شيئا
من الأجرة تعلق حق الأجير بالزيادة ، لأنها قد جعلناها كالعين ، فإن كانت الزيادة
قدر أجرته بأن كانت أجرته خمسة دراهم اختص الأجير بالزيادة وشارك البائع

(١) يبدو أن الثياب كانت تباع على عصر الشافعي رضي الله عنه مخيطة
ولكن تناسب مع كل قامة وقوام كانت تكون طويلة ويشتر بها من يريد ارتداها
ثم يذهب بها إلى القصار فيبندمها - بالقصير على حسب قامته ، ومن ثم كانت
القصارة صناعة رائجة كالخياطة والنساجة .

بها ، وإن كانت الزيادة أكثر من أجرته بأن كانت الزيادة عشرة في حين أن أجرته خمسة كانت الزيادة على مقدار الاجرة من حق المفلس تصرف إلى باقى الغرماء . وإن كانت الزيادة أقل من الاجرة بأن كانت قيمة الثوب قبل القصار عشرة ، فصارت قيمته مقصوراً ثلاثة عشر وأجرة القصار خمسة ، فإن القصار يشارك بائع الثوب بثلاثة دراهم ويضرب مع العنرماء بدرهمين

(فرع) وإن اشترى غلاماً فعليه صنعة مباحة ، أو علمه القرآن ، ثم أفلس المشتري وقد زادت قيمة العتلام بذلك ، فاختلف أصحابنا في ذلك على قولين كالقصار ، لأنه يجوز الاستئجار على ذلك ، وخالف الشيخ أبو حامد وعامة الأصحاب . وكذلك السمن في البهيمة ، لأنه كان نقيجة عافها ، وهو أمر محتم لبقتها . وسمنها مرجعه بعد ذلك إلى الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان المبيع أرضاً فيها أو غرسها ، فإن أنفق المفلس والعنرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الأرض ، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، لحاز له الرجوع ، فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس نسوية الأرض وأرض نقص إن حدث بها من القلع ، لأنه نقص حصل لتخليص ماله ، ويقدم ذلك على سائر الديون ، لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعطف البهائم وأجرة النقال .

وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق ، وهذا غرس وبناء بحق ، فإن قال البائع : أنا أعطى قيمة العنراس والبناء وأخذته مع الأرض ، أو أفلح وأضمن أرض النقص ، ثبت له الرجوع لأنه يرجع في عين ماله من غير إضرار .

وإن امتنع المفلس والعنرماء من القلع ، وامتنع البائع من بذل العوض وأرض النقص ، فقد روى المزني فيه قولين (أحدهما) أنه يرجع (والثاني) أنه لا يرجع ، فن أصحابنا من قال : إن كانت قيمة العنراس والبناء أقل من قيمة

الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع ، فلم يمنع الرجوع ، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الأرض صارت كالتابع للغراس والبناء ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين

(أحدهما) يرجع لأنه وجد عين ماله مشغولا بملك المفلس ، فنبت له الرجوع ، كالمو كان المبيع ثوباً فصبيغه المفلس بصنيع من عنده (والثاني) لا يرجع لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب ، فيدخل الضرر على المفلس ، والضرر لا يزال بالضرر . فان قلنا إنه يرجع وامتنع البائع من بذل العوض وأرض النقصر ؛ وامتنع المفلس والغرماء من القلع ، فمل يجبر البائع على البيع ، فيه قولان (أحدهما) يجبر لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين ، فوجب أن يباع كما يباع الصنيع مع الثوب ، وإن لم يكن الصنيع له ويبيع ولد المرهونة مع الرهن ، وإن لم يدخل في الرهن (والثاني) لا يجبر لأنه يمكن لإفراد كل واحد منهما بالبيع ، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء .

(الشرح) حديث « ليس لعرق ظالم حق ، أخرجه أبو داود والدارقطني والشافعي عن عروة بن الزبير عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل ، وأخرجه أحمد والترمذي وحسنه وأعله بالإرسال والنسائي وأبو داود من طريق سعيد بن زيد . ورجح الدارقطني إرساله أيضاً . وقد اختلف مع ترجيح الإرسال من هو الصحابي الذي روى من طريقه ؟ فقيل جابر ، وقيل عائشة ، وقيل عبد الله بن عمر ورجح ابن حجر العسقلاني الأول ، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافاً كثيراً . ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة وفي إسناده زعمه وهو ضعيف . ورواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما من حديث كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده ، وعلقه البخاري . ولفظ حديث سعيد بن زيد قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً ميتة فهي له . وليس لعرق ظالم حق ،

وفي حديث رواه جعفر الصادق رضي الله عنه عن أبيه عن سمرة بن جندب رضي الله عنه ، أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار ، قال ومع الرجل أهله ، قال : وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ، ويشق عليه ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه يناقله فأبى ، قال فبئس لي ، ولك كذا وكذا أمراً رغبه فيه ، فأبى . فقال : أنت مضار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري اذهب فاقلع نخله ، وفي سماع محمد الباقر أبي جعفر من سمرة نظر ، والله تعالى أعلم .

أما الأحكام : فإنه إذا ابتاع أرضاً من رجل بشئ في ذمته فغرسها من عنده أو بنى فيها بناء بأدوات من عنده ، ثم أفلس قبل دفع الثمن ، فأراد البائع الرجوع في أرضه ، فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء من الأرض جاز لهم ذلك . لأن الحق لهم ، ولبائع الأرض أن يرجع فيها ، لأنها عين ماله ، لم يتعلق بها حق غيره ، فإذا رجع البائع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزمهم تسوية الأرض ، وأرض ما نقص إن حصل بها بسبب القلع ، لأن ذلك حدث لتخليص ملكهم ، وهو كما لو دخل فصيل إلى دار رجل ولم يخرج إلا بنقض الباب . فلو لم يفسد الفصيل نقض الباب وإخراج فصيله . وعليه إصلاح الباب ، ويكون ذلك مقدماً على حق سائر الغرماء .

فإن قيل : أليس قد قلتم : إن البائع إذا وجد عين ماله ناقصة فرجع فيها ، فإنه لا شيء له . قلنا : الفرق بينهما أن النقص حصل في ملك المشتري ، فلم يضمه إلا فيما يتوسط عليه الثمن ، وههنا حدث النقص بعد رجوع البائع في أرضه ، والنقص حصل لتخليص ملكهم فضمناه ، وإن لم يرش المفلس والغرماء بقاع الغراس والبناء لم يكن لبائع الأرض إجبارهم على ذلك للحديث : ليس لعرق ظالم حق ، وهذا ليس ظالماً لأنه غرس أو بنى في ملكه .

فإذا ثبت هذا : فإنهم لا يجبرون ، فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء لملكه مع الأرض ، أو قال : أنا أطلع ذلك وأضمن أرضي ما دخل بالقلع من النقص

أجبر المفلس والغرماء على ذلك ، وكان لبائع الأرض الرجوع فيها : لأن الضرر يزول عن الجميع بذلك .

وان قال بائع الأرض : أرجع فيها وأقر الغراس والبناء وأخذ أجرة الأرض قال المسمودي كان له ذلك وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع بائع الأرض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرض ما حصل بالقطع فهل له أن يرجع في أرضه ؟ قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : له أن يرجع فيها . وقال في موضع : يسقط حقه من الرجوع فيها . واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال فيها قولان . (أحدهما) للبائع أن يرجع في أرضه ، وإن لم يبذل قيمة الغراس والبناء لقوله صلى الله عليه وسلم : صاحب المناع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ولم يفرق ، ولأن أكثر ما فيه أنه وجد مشغولاً بملك غيره ، وذلك لا يسقط حقه من الرجوع كما لو باع ثوباً فصبغه المشتري بصيغ من عنده .

(والثاني) ليس له الرجوع في أرضه ، لأن الأرض قد صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع فيها كما لو اشترى من رجل مسامير وسمرها باباً ثم أهدى البائع فانه ليس للبائع المسامير أن يرجع فيها ولأن رجوع البائع في عين ماله إنما جعل له لإزالة الضرر عنه ، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لأزلنا عنه الضرر . وألحقناه بالمفلس والغرماء لانه لا يبقى لهما طريق إلى غراسهم وبنائهم .

ومنهم من قال : ليست على قولين . وإنما هي على حالين . فالموضع الذي قال فيه يرجع في أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء ، محمول على ما إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء . لأن الغراس والبناء تابعان للأرض ، والموضع الذي قال فيه لا يرجع في الأرض إذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض . لأن الأرض تكون تابعة للغراس والبناء . والصحيح أنها على قولين . لأن البائع لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع في أرضه . سواء كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل . فإذا قلنا : ليس له الرجوع في أرضه فلا كلام . وإن قلنا : له الرجوع في أرضه وإن لم يدفع قيمة الغراس والبناء فرجع فيها نظرت فإن اتفق الغرماء

والمفلس والبائع على بيع الأرض والغراس والبناء يبعأ وقسم الثمن عليهما على قدر قيمة: هما
وكيفية ذلك أن يقال: كم قيمة الأرض: ذات غراس أو بناء؟ فإن قيل خمسون، قيل
وكم قيمة الغراس أو البناء منفرداً، فإن قيل: عشرون، كان لبائع الأرض ثلاثة
أخماس القيمة والمفلس والغرماء الخمسان.

وإن امتنع البائع من بيع الأرض ففيه قولان (أحدهما) يحجر على بيعها مع
البناء والغراس، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما على ما ذكر من التقسيط
لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فبيع الجميع كما لو كان المبيع ثوباً فصبيغه
المفلس بصبغ من عنده، فرجع بائع الثوب فيه، وامتنع من دفع قيمة الصبغ،
فإن الثوب يباع مع الصبغ، وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت في يد المشتري
ورجع بائع الجارية فيها فإنها تباع مع الولد، وكذلك إذا كانت مرهونة فولدت
في يد المرتهن فإنه يباع معها.

(القول الثاني) لا يحجر على بيع أرضه: وهو المشهور، لأنه يمكن إفراد
الغراس والبناء بالبيع، فلم يحجر البائع على بيع أرضه. قالوا في البيان والروضة
والحاوي: بخلاف الصبغ، فإنه لا يمكن إفراده بالبيع، وكذلك ولد الجارية إنما
وجب بيعه لأنه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير.

وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال: تؤاجر الأرض والغراس
ثم يكون ما قابل الأرض من الأجرة لباعها وما قابل الشجر للمفلس والغرماء
قال الشيخ أبو حامد: وهذا خطأ لأن إجارة الشجر لا يجوز، ولهذا لو غصب
شجرة وأقامت في يده لم تجب عليه أجرتها.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل) وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشتري ثم أفلس، واختار البائع
الرجوع في الأرض جاز له، لأنه وجد عين ماله مشعولاً بما ينقل، فجاز له
الرجوع فيه، كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع للمشتري، فإن رجوع في الأرض
نظرت في الزرع، فإن استحصد وجب نقله، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان

الحصاد من غير أجرة ، لانه زرعه في ملكه ، فاذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى
أوان الحصاد من غير أجرة : كما لو زرع أرضه ثم باع الارض ،

(الشرح) كلام المصنف في هذا الفصل مضى بيانه في الفصل قبله وهو بمجرد
واضح ويزاد عليه من الاحكام ما هو منه فنقول : إذا اشترى من رجل أرضا
بشمن في ذمته ، ومن آخر غراسا في ذمته ، فعنسه في الارض ثم أفلس قبل
تسليم الثمنين ، فلكل واحد من البائعين الرجوع في عين ماله ، فاذا رجعا نظرت ،
فان أراد صاحب العنراس قلع غراسه كان له ذلك ، ولم يكن لبائع الارض منه
منه ، فاذا قلعه كان تسوية الأرض ، وأرش النقص إن حصل بها ، لأن ذلك
حصل لتخليص ملكه .

وان أراد صاحب الارض قلع العنراس ؛ ويضمن أرش النقص أو بذل
قيمة العنراس ليمسكه مع الارض ، كان له ذلك ، لانه متصل بملكه فكان له
إسقاط حقه منه بدفع قيمته ، وإن أراد صاحب الارض قلع العنراس من غير
ضمان فهل يجبر بابع العنراس على ذلك ، فيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك ، لانه ليس بعرق ظالم ، ولانه لو كان باقيا على ملك
المفلس لم يكن لصاحب الارض أن يطالب بقلعه من غير ضمان ، فكذلك من
انتقل اليه منه .

(والثاني) له ذلك لانه إنما يباع منه العنراس مقطوعا . فكان عليه أن يأخذه
مقطوعا ، ويفارق المفلس لانه غرسه في ملكه ، فثبت حقه في ذلك .

قال ابن الصباغ : اذا اشترى من رجل جبا فزرعه في أرضه ؛ ومن آخر
ماء فسقاه به فثبت وأفلس ، فانها يضربان مع العنرماء بشمن الماء والحب ،
ولا يرجعان بالزرع لان عين مالهما غير موجودة فيه ، فهو كما لو اشترى طعاما
فأطعمه عبده حتى كبر فانه لاحق له في العبد ، ولأن نهييب الماء غير معلوم
لاحد من الخلق .

قال العمراني : قلت . وقد مضى في البذر وجه آخر أنه يرجع فيهما فتحتمل
أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان المبيع من ذوات الامثال كالحبوب والادهان فخلطه بجنسه نظرت ، فان خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع ، لان عين ماله موجود من جهة الحكم ويمالك أخذه بالقسمة فان رجع وانفقا على القسمة قسم ودفع اليه مثل مكيلته ، فان طلب البائع البيع فهل يجبر المفسس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر لانه تمسك القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين . (والثاني) يجبر لانه إذا بيع وصل البائع الى بدل ماله بعينه ، وإذا قسم لم يصل الى جميع ماله ولا الى بدله ؛ وان خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لان عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة ، وكيف يرجع ، فيه وجهان . قال أبو اسحاق : يباع الزيتون ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما ، لانه ان أخذ مثل زيتته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه ، وان أخذ أكثر من زيتته كان ربا فوجب البيع .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيتته بالكيل لانه وجد عين ماله ناقصا فرجع فيه مع النقص ، كما لو كان عين ماله ثوبا فحدث به عيب عند المشتري فان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يرجع وهو قول المذنب لانه وجد عين ماله مختلطا بمالا يتميز عنه ، فأشبهه اذا خلطه بمثله أو كان ثوبا فصعب عنه . (والثاني) أنه لا يرجع لان عين ماله غير موجود حقيقة لانه اختلط بمالا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكما ، لانه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه ، ويخالف اذا خلطه بمثله ، لانه يمكن المطالبة بمثل مكيلته . ويخالف الثوب اذا صبغته لان الثوب موجود وانما تعبير لونه . فان قلنا انه يرجع فكيف يرجع ؟ فيه قولان (أحدهما) يباع الزيتون ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لانه لا يمكن أن يأخذ مثل زيتته بالكيل لانه يأخذ أكثر من حقه . ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيتته بالكيل لانه ربا فوجب البيع .

(والثاني) يرجع من الزيت بقيمة مكيلته . فيسكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره .

(الشرح) الاحكام : إذا ابتاع شيئاً من ذوات الامثال غلطه بجنسه ولم

يتميز ففيه ثلاث مسائل :

(المسألة الاولى) أن يخلطه بأجود ، مثل أن يشتري كيلو من زيت بذر القطن يساوي عشرة قروش غلطه بكيلو من زيت الزيتون يساوي أربعين قرشا وأفلس المشتري قبل دفع الثمن ، فهل للبائع أن يرجع في عين ماله ؟ فيه قولان . أحدهما له أن يرجع وهو اختيار المزنى لأنه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطاً بمال المفلس وذلك لا يمنع الرجوع ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه بصبغ من عنده ، فإن لبائع الثوب أن يرجع فيه

والثاني : ليس له أن يرجع في عين ماله . قال الشافعي رضي الله عنه : وهذا أصح وبه أقول . لأنه لا يجوز له أن يرجع بمثل مكيله لأن ذلك أكثر قبمة من عين ماله ؛ ولا بقيمة صاعه لأن ذلك أنقص من حقه .

فإذا قلنا بهذا ضرب مع الغرماء بالثمن ، وإذا قلنا بالأول فكيف يرجع ؟ فيه قولان حكاهما المصنف وابن الصباغ . وأما الشيخ أبو حامد فحكاهما وجهين . أحدهما وهو قول المصنف واختيار ابن الصباغ : يباع الزيتون وتؤخذ قبمة أربعة أخماس الزيت وهو الأربعون قرشاً ، لأننا لو قلنا له الرجوع في أربعة أخماس الزيت لكان ربا .

(والثاني) وهو اختيار الشيخ أبي حامد ، وهو المنصوص في الام أنه يرجع في أربعة أخماس الزيت لأنه ليس يبيع ، وإنما وضع ذلك عن وزن زيتته وتقويمه المسألة الثانية : أن يخلطه بمثله ، مثل أن يشتري كيلو من زيت يساوي عشرة قروش كزيت بذر القطن يخلطه بكيلو من زيت البقل يساوي عشرة قروش . وأفلس المشتري قبل دفع الثمن فللبائع أن يرجع في عين ماله لأنها موجودة من جهة الحكم ، فإن طلب البائع قسمة الزيت أجبر المفلس والغرماء على القسمة ، كما لو ورث جماعة زيتاً وطلب واحد منهم قسمة فانه يقسم ويجبر الممتنع ، وإن طلب البائع يبيع الزيت وقسمته فانه يقسم ويجبر الممتنع . وإن طلب البائع يبيع الزيت وقسم ثمنه فهل يجبر المفلس على ذلك ؟ فيه وجهان

أحدهما : لا يجبر على البيع ، لان البائع يمكنه الوصول إلى حقه من جهة
القسمة فلم يكن له المطالبة بالبيع ، كما لو ورث جماعة زيتا وطلب واحد منهم البيع
فان شركاهه لا يجبرون على البيع

والثاني : يجبر المفلس على البيع لأن بالقسمة لا يصل إلى عين ماله ، وربما
كان له غرض في أن لا يأكل من زيت المشتري .

المسألة الثالثة : اذا خلطه بأردأ من زيتيه بأن اشترى كيلو من زيت الزيتون
يساوى أربعين قرشا فخلطه بكيло من زيت السمسم يساوى عشرين قرشا ثم
أفلس فللبائع أن يرجع في عين ماله قولا واحداً ، لان عين ماله موجودة بطريق
الحكم ، فان رضى البائع بأخذ كيلو منه أجبر المفلس على ذلك لانه أنقص من
حقه ، وان لم يرض البائع بذلك ففيه ثلاثة أوجه حكاه الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) ليس له إلا قدر وزنه ، لانه وجد عين ماله ناقصا ، فاذا اختار
الرجوع فيه لم يكن له غيره ، كما لو كان المبيع ثوبا فلبسه المشتري ونقص
(والثاني) وهو قول المصنف . ولم يذكر ابن الصباغ غيره ان الزيتان يباعان
ويدفع إلى البائع قيمة الكيلو الخاص به ، وهو أربعون قرشا كما قال في المسألة
الاولى ، لانه ان أخذ بمثل كيل زيتيه كان أنقص من حقه ؛ وإن أخذ أكثر من
مكيلة زيتيه كان ربا .

(والثالث) حكاه ابن المرزبان : أن له أن يأخذ منه كيلا وثلاث كيل بقيمة
كيل من زيتيه ، كما قال الشافعي في المسألة الاولى والاول أصح والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أسلم إلى رجل في شيء وأفلس المسلم اليه وحجر عليه ، فان
كان رأس المال باقيا فله ان يفسخ العقد . ويرجع الى عين ماله لانه وجد عين ماله
خاليا من حق غيره فرجع اليه كالمبيع ، وإن كان رأس المال تالفا ضرب مع الغرماء
بقدر المسلم فيه ، فان لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع اليه لان أخذ
العوض عن المسلم فيه لا يجوز

وقال أبو إسحاق : اذا أفلس المسلم اليه فليسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع

الفرما. رأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم في الرطب فانقطع، والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالافلاس كما لو باعه عينا فأفلس المشتري بالتمس والعين تالفه ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم وهمنا الفسخ بالافلاس والفسخ بالافلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ.

(الشرح) الأحكام: إذا أسلم رجل إلى غيره في شيء على صفة، ثم أفلس المسلم قبل أن يأخذ المسلم فيه، فإن أراد المسلم أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التي أسلم فيها لم يجز من غير رضا العنرماء لأن حقوقهم تعلقت بماله، وإن رضى المفلس والعنرماء بذلك جاز، لأن الحق لهم ولا يخرج عنهم.

فان قيل: ما الفرق بين هذا وبين المكاتب إذا أذن له سيده في أن يبرئه عن الدين أنه لا يصح إبرائه في أحد القولين؟

قلنا: الفرق بينهما على هذا القول أن المفلس كامل المالك إلا أنه منع من التصرف في ماله لتعاق حق العنير بماله، فإذا أذن له ذلك العنير في التصرف بماله صح تصرفه كالمترن إذا أذن الراهن، وليس كذلك المكاتب، فان المنع لنقصان ما يملكه، فإذا أذن له سيده لم يتكامل ما يملكه بذلك؛ فان كان المفلس هو المسلم إليه فحجر عليه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه، فان كان المسلم فيه موجودا في مال المسلم إليه أخذ من ماله منه، وان كان معدوماً اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه، لان أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز.

قال أبو إسحاق: المسلم بالخيار بين أن يقيم بالعقد ويضرب مع العنرماء بقدر المسلم فيه، وبين أن يفسخ العقد، فيضرب مع العنرماء برأس مال السلم كما قال الشافعي رضى الله عنه، والمنصوص أنه لا يملك فسخ العقد، بل يضرب مع العنرماء بقدر المسلم فيه، كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفاً ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه، لان له غرضاً في الفسخ، وهو أنه يرجع برأس ماله في الحال — وعليه مشقة في التأخير — إلى وجود المسلم فيه.

إذا ثبت هذا فضرب مع الغرماء بقيمة المسلم فيه وعزل ما يخصه ليشتري له المسلم فيه ، فإن أسلم في مائة إردب ذرة وكانت قيمتها مائتي جنيه عند القسمة ، فعزل له ذلك ، فرخص السعر حتى صارت المائة إردب قبل الابتاع تساوي مائة جنيه ، اشترى له مائة إردب وقسمت المائة جنيه على باقي الغرماء ، إن بقي لهم من دينهم شيء ، أو ردت على المفلس ان استوفى أصحاب الديون حقوقهم . وإن غلا الطعام عند الابتاع فصارت المائة تساوي ثلاثمائة جنيه اشترى بالمائتين المعزولة بقدرها ذرة . قال الشيخ أبو حامد : ويكون الباقي في ذمة المسلم إليه . وقال ابن الصباغ : يرجع على الغرماء بما يخصهم من ذلك ، لأنه بان أن حقه في المسلم فيه دون القيمة . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أكرى أرضاً فأفلس المشتري بالأجرة ، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ لأن المنافع في الأجرة كالأعيان المبيعة في البيع . ثم إذا أفلس المشتري والمين باقية ثبت له الفسخ ، فكذلك إذا أفلس المشتري والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ ، وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى ، وفسخ فيما بقي كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقي ، فإن فسخ وفي الأرض زرع لم يستحصد نظرت ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على تبقية الأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكري قبوله لأنه زرع بحق وقد بذل له الأجرة لما بقي فلزمه قبولها ، وإن لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه ، لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر ، وفي تبقية من غير عوض اضرار بالمكري

وإن دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقية نظرت فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما يخرج من الأرض لم يقطع ، لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة ، وإذا ترك صار له قيمة ، فقدم قول من دعا إلى الترك ، وإن كان له قيمة كالقصيل الذي يقطع فقيه وجهان :

(أحدهما) يقدم قول من دعا الى القطع لأن من دعا الى القطع تعجل حقه فلم يؤخر (والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه يفعل ما هو أحظ ، والاول أظهر .

(الشرح) قوله القصيل ، فعيل من القصل وهو القطع وبابه ضرب ، وقصل الدابة عاقها قصيلا ، وبابه ضرب ، والقصيل بفتحين في الطعام مثل الزئوان ، والقصالة بالضم ما يعزل من البر اذا نقي ثم يداس الثانية

أما الأحكام فانه اذا اشترى منه ارضا بأجرة في ذمته فأفلس المشتري بالأجرة قبل دفعها ، فان كان بعد استيفاء مدة الإجارة ضرب المشتري بالأجرة مع العزماء ، وان كان قبل أن يمضي شيء من مدة الإجارة فالمشترى بالخيار بين أن يضرب مع العزماء بالأجرة فيقر العقد ، وبين أن يفسخ عقد الإيجار ويرجع الى منفعة أرضه ، لأن المنفعة كالعين المببوعة لحاز له الرجوع اليها

وان كان بعد مضي شيء من مدة الإجارة فالمشترى بالخيار بين أن ينفذ العقد ويضرب مع العزماء بالأجرة ، وبين أن يفسخ عقد الإجارة فيما بقي من المدة ، ويضرب مع العزماء بالأجرة لما مضى ، كما تقول فيمن باع عبد بن ثمن فتلغ أحدهما في يد المشتري وبقي الآخر

اذا ثبت هذا فان اختار فسخ عقد الإجارة وفي الارض زرع ، فان كان قد استحصد - أعنى تميا للحصد - فله أن يطالب المفلس والعزماء بحصاده وتفريغ الارض ، وان كان الزرع لم يستحصد - فان اتفق المفلس والعزماء على قطعه جاز ، سواء كانت له قيمة أو لم تكن ، ولا يعترض عليهم الحاكم لأن الحق لهم وان اتفق على تركه وبذلوا للمشتري أجرة مثل الارض الى الحصاد لزمه قبول ذلك ولم يكن له مطالبتهم بقلعه ، لانه ليس بعرق ظالم ،

وان امتنع المفلس والعزماء من بذل الأجرة كان للمشتري مطالبتهم بفعله أعنى بحصده ، لأننا قد جوزنا له الرجوع الى عين ماله ، وعين ماله هو المنفعة فلا يجوز تفويتها عليه بعير عوض ، بخلاف ما لو باع أرضا وزرعها المشتري وأفلس ، ثم رجع بائع الأرض فيها فانه يلزمه تبقية الزرع الى الحصاد بعينير أجرة ، لان المعقود عليه في البيع هو العين ، والمنفعة تابعة ، لا يقابلها عوض ،

وإنما دخل المشـ تـرى في العقد على أن يكون بغير عوض ، وفي الإجارة المعقود عليه هو المنفعة ، فلا يجوز استيفاؤها بغير عوض .

وإن اختلف المفلس والغرماء ، فقال بعضهم : يقطع ، وقال بعضهم يبقى الى الحصاد — فإن كان الزرع لا قيمة له ، كالزرع أول خروجه ، قدم قول من دعا إلى التبقية ، لأن من دعا إلى القلع دعا إلى الإتلاف فلا يجاب إلى ذلك ، وإن كان الزرع ذا قيمة كالتفصيل ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : يفعل ما فيه الأخط ، لأن الحجر يقتضى طلب الخط .

وقال أكثر أصحابنا : يجاب قول من دعا إلى القلع ، وقد مضى دليلها ، فان قيل : فما الفرق بين هذا وبين من ابتاع أرضاً وغرسها ثم أفلس المبتاع ، وأخذ البائع عين ماله وهو الأرض ، وصار الغراس للمفلس والغرماء ، فقال بعضهم يقطع ، وقال بعضهم يبقى أنه يقدم قول من قال : يبقى : قلنا : الفرق بينهما على هذا الوجه أن من دعا إلى قلع الغراس يريد الإضرار بعنبره ، لأن بيع الغراس في الأرض أكثر لثمنه ، فلم يجب قول من دعا إلى قاعه ، وليس كذلك في الزرع ، فإن من دعا إلى القلع فيه منفعة من غير ضرر ، لأن الزرع إذا بقي قد يسلم وقد لا يسلم .

إذا ثبت هذا : فإن أنفقوا على تبقية الزرع إلى الحصاد واحتاج إلى الزرع وموثة فإن أنفق الغرماء والمفلس على أن ينفقوا عليه من مال المفلس الذي لم يقسم ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفق منه أحد ، لأن حصول هذا الزرع مظنون . فلا ينبغى أن يتأف عليه مال موجود ، والثاني وهو المذهب أن ينفق منه لأن ذلك من مصاحبة المال ، ويقصد به تنمية المال في العادة .

وإن دعا الغرماء المفلس إلى أن ينفق عليه وأبى المفلس ذلك لم يجبر عليه لأنه لا يجب عليه تنمية المال للغرماء ، فإن تطوع الغرماء أو بعضهم بالإفناق عليه من غير إذن المفلس والحاكم لم يرجعوا بما أنفقوا عليه لأنهم متطوعون به ، وإن أنفق بعضهم بإذن الحاكم أو المفلس على أن يرجع على المفلس بما أنفق جاز ذلك وكان له ديناً في ذمة المفلس ، لا يشارك به الغرماء ، لانه رجب عليه بعد الحجر . وإن أنفق

عليه بعض الغرماء بإذن باقي الغرماء على أن يرجع عليهم ، رجوع عليهم بما أنفق من مالهم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه في الأم : ولو اكرتري ظهر لتحمل له طاماً ما إلى بلد من البلدان فحمله وأفلس الماكترى قبل دفع الأجرة ضرب الماكترى مع الغرماء بالأجرة ، فإن أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظرت ، فإن كان الموضع الذي يباع إليه آمناً كان له فسخ الإجارة فيما بقي من المسافة ، ويضع الطعام عند الحاكم . قال ابن الصباغ : وإن وضعه على يد عدل بعين إذن الحاكم ففيه وجهان ، كالمودع إذا أراد السفر فأودع الوديعه بعين إذن الحاكم فهل تضمن ؟ فيه قولان والصحيح وجهان ، وإن كان الموضع مخوفاً لزمه حمل الطعام إلى الموضع الذي أكره ليحمله أو إلى موضع دونه يأمن عليه ، لأنه استحق منفعته بحق الإجارة قبل الحجر .

وإن اكرتري منه ظهر أ في ذمته فأفلس الماكترى ، فإن الماكترى يضرب مع الغرماء بقيمة المنفعة إن كان لم يستوف شيئاً منها أو بقيمة ما بقي منها إن استوفى بعضها ، لأن حقه متعلق بذمته ، كما لو باعه عيناً في ذمته ، فإن كان ما يخصه من مال المفلس لا يباع ما اكرتري به ، وكانت الأجرة باقية . فللماكترى أن يفسخ الإجارة ويرجع إلى عين ماله إن كان لم يستوف شيئاً من المنفعة أو إلى بعضها إن استوفى شيئاً من المنفعة ، لأن الأجرة كالعين المبيعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففي حجره وجهان (أحدهما) يزول الحجر لأن المعنى الذي لاجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق (والثاني) لا يزول إلا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر .

(الشرح) الأحكام : إذا قسم مال المفلس بين غرمائه ففي حجره وجهان (أحدهما) يزول عنه من غير حكم الحاكم لأن الحجر كان لاجل المال ، وقد زال

المال فزال الحجر بزواله ، كما أن المجنون لمحجور عليه بالجنون ، فإذا زال الجنون زال الحجر (والثاني) لا يزول الحجر الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلم يزل الا بحكمه كالحجر على السفينة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن مات وعليه ديون تعاقبت الديون بماله كما تتعاقب بالحجر في حياته فان كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا مات الرجل وله دين الى أجل وعليه دين الى أجل فالذى عليه حال والذى له الى أجله ولان الاجل جعل رفقا بمن عليه الدين والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته ، والدليل عايه ما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه الى أن يقضى عنه .

(الشرح) الحديثان اللذان رواهما ابن عمر رضى الله عنهما وأبو هريرة رضى الله عنه تكلم فيهما شيخنا النووي في كتاب الجنائز من المجموع وأطال ووفى .

أما الأحكام : فقد قال الشافعى رضى الله عنه في باب حلول دين الميت والدين عايه من الأتم : واذا مات الرجل وله على الناس ديون الى أجل ، فهي الى أجاها ، لا تحل بموته ، ولو كانت الديون على الميت الى أجل فلم أعلم مخالفا حفظت عنه بمن لقيت بأنها حالة يتحاص فيها العرماة ، فان فضل فضل كان لأهل الميراث ووصايا ان كانت له ، قال : ويشبهه — والله أعلم — أن يكون من حجة من قال هذا القول مع تنابعهم عايه ، أن يقولوا لما كان غرما الميت أحق بماله في حياته منه ، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته ، فلو تركنا ديونهم الى حلولها كما يدعها في الحياة كنا منعتنا الميت أن تبرأ ذمته ، ومنعتنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه ، ولعل من حججهم أن يقولوا : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال د نفس المؤمن معاقبة بدينه حتى يقضى عنه دينه ، أخبرنا ابراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة (رض) قال قال رسول الله (ص) د نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه ، .

قال الشافعي رضي الله عنه : فلما كان كفه من رأس ماله دون غرمائه ونفسه معلقة بدينه وكان المال ملكا له ، أشبه أن يجعل قضاء دينه ، لأن نفسه معلقة بدينه ، ولم يجوز أن يكون مال الميت زائلا عنه ، فلا يصير إلى غرمائه ، ولا إلى ورثته ، وذلك أنه لا يجوز أن يأخذه ورثته دون غرمائه ، ولو وقف إلى قضاء دينه علق روحه بدينه ، وكان ماله معرضاً أن يهلك ؛ فلا يؤدي عن ذمته ولا يكون لورثته فلم يكن فيه منزلة أولى من أن يحمل دينه ثم يعطى ما بقي ورثته اهـ ، ونعود إلى كلام المصنف رحمه الله تعالى فنقول وبالله التوفيق والعون :

من مات وعليه ديون تعلقت بماله ، وبهذا قال عثمان وعلي وأبو هريرة رضي الله عنهم ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يتعلق بماله

دلينا حديث ابن عمر في الفصل ولأنه لا وجه لبقاء تأجيله لأنه لا يخلو أما أن يبقى في ذمة الميت أو في ذمة الورثة أو متعلقاً بأعيان المال فبطل أن يبقى في ذمة الميت لأن ذمته خربت بموته وبطل أن يبقى في ذمة الورثة لأن صاحب الدين لم يرض بدمهم . ولأنه لو تعلق بدمهم — إذا كان للميت مال تعلق بدمهم — وإن لم يكن للميت مال . وبطل أن يقال : يبقى مؤجلاً متعلقاً بأعيان ماله . لأن ذلك أضرار لصاحب الدين . لأن أعيان المال ربما تلفت . وأضرار بالميت لأن ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه . لحديث أبي هريرة المسوق في الفصل وفي كلام الشافعي . فإذا بطلت هذه الأقيسة لم يبق إلا القول بحلوله

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير

رضى من له الحق كالمرهون

(والثاني) يصح لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف

كالمريض . وإن قلنا أنه يصح فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقض فسرخنا . وإن باع عبداً ومات وتصرف الوارث في التركة ثم وجد المشتري بالعبد

عيباً فردة . أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة فني تصرف الورثة وجهان .
 (أحدهما) أنه يصح لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد
 (والثاني) يبطل لأننا تبينا أنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة ، فإن كان في
 غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله . فإن لم تف التركة بالدين فهو بالخيار
 بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله لما روى
 عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال في رجل أفلس : هذا الذي قضى فيه
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق
 بمتاعه إذا وجد بهيمة ،

فإن كانت التركة تني بالدين ففيه وجهان ، أحدهما ، وهو قول أبي سعيد
 الاصطخري رحمه الله أن له أن يرجع في عين ماله لحديث أبي هريرة
 (والثاني) لا يجوز أن يرجع في عين ماله . وهو المذهب . لأن المسأل يني
 بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع كالحق الملى . وحديث أبي هريرة قد روى فيه
 أبو بكر النيسابوري : وإن خلف وفاة فهو أسوة الغرماء

(الشرح) الأحكام : فإذا تصرف الوارث بالتركة أو ببعضها قبل قضاء الدين
 فهل يصح تصرفه ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، لا يصح سواء بقي من التركة ما يني
 من الدين أو لم يبق . لأن مال الميت يتعلق به ما عليه من الدين فلم يصح تصرف
 الوارث فيه . كالرهن إذا تصرف في الرهن قبل قضاء الدين

، والثاني ، يصح تصرفه لأنه حق يتعلق بالمال بعد رضاه المالك فلم يمنع صحة
 التصرف كتصرف المريض في ماله . فإذا قلنا بهذا فإن قضى الدين نفذ تصرفه .
 وإن لم يقض الدين لم ينفذ تصرفه . لأننا صححنا التصرف تصحيحاً موقوفاً على
 قضاء الدين كما صححنا من تصرف تصرفاً موقوفاً . فإن باع عبداً ثم مات البائع .
 أو وجد المشتري بالعبد الذي اشتراه عيباً فردة ، فإن كان الثمن باقياً بعينه
 استرجعه . وإن كان تالفاً رجع المشتري بالثمن في تركه الميت

فإن كان الوارث قد تصرف بالتركة قبل ذلك . أو كان حفر الرجل بئراً في
 طريق المسلمين ومات وتصرف وارثه بتركته ثم وقع في تلك البئر بهيمة أو إنسان

وجب ضمان ذلك في تركه الميت . وهل يصح تصرف الوارث قبل ذلك ؟ إن قلنا في المسألة قبلها إنه يصح تصرفه فهمنا أولى . وإن قلنا هناك لا يصح ، ففي هذه وجهان ، أحدهما ، يصح تصرفه لأنه تصرف في مال له لم يتعلق به حق أحد . والثاني ، لا يصح ، لأننا بينا أنه تصرف والدين معلق بالتركة

(فرج) إذا كان في غرماء الميت من باع منه عينا ، ووجد عين ماله ، ولم يقبض ثمنها ، فإن كانت التركة لا تبقى بالدين فللبائع أن يرجع في عين ماله . وقال مالك وأبو حنيفة لا يرجع فيها . بل يضرب مع الغرماء بدينه

دليلنا ما روى عمرو بن خالد الزرقى . وقد مضى تخريجنا له قال : أتينا أبا هريرة رضي الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته بعينه ، وهذا نص في موضع الخلاف ؛ وإن كان ماله في الدين ففيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري : للبائع أن يرجع بعين ماله الحديث أبي هريرة رضي الله عنه ، فإنه لم يفرق

والثاني : ليس له أن يرجع بعين ماله . وهو المذهب ، لأن ماله في بدينه ، فلم يكن للبائع الرجوع بعين ماله كالمال لو كان حياً . وأما الخبر فمحمول عليه إذا مات مفلساً مع أنه قد روى أبو بكر النيسابوري بإسناده عن أبي هريرة : وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء . فيكون حجة لنا

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجوع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر إنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه .

وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء ثم انهدمت الدار في أثناء المدّة فإن المكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقى ، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا . فيه وجهان

(أحدهما) لا يشاركونه لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا ، كما لو استقرض مالا بعد القسمة .

(والثاني) يشاركونه لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء ، كما لو أهدمت الدار قبل القسمة ، ويخالف القرض لأن دينه لا يستند بثبوته إلى ما قبل الحجر وهذا استند إلى ما قبل الحجر ، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة والمكترى يشاركونه في المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة

(الشرح) الأحكام : إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين غرماؤه ثم ظهر له غريم آخر كان مستحقا دينه قبل الحجر ، رجع الغريم على سائر الغرماء بما يخصه . وقال مالك رضى الله عنه : يرجع غريم الميت ولا يرجع غريم المفلس . دليلنا : أن الحاكم إنما فرق في غرماؤه ، وعندده أنه لا غريم له سواهم ، فإذا ظهر له غريم نقض الحكم ، كالحاكم بحكم ثم وجد النص بخلافه ، ولأنه لما كان لغريم الميت أن يرجع على الباقيين كان لغريم المفلس مثله

(فرع) وإن فك الحجر عن المفلس وبقي عليه دين فادعى غرماؤه أنه قد استفاد مالا بعد الحجر ، سأله الحاكم عن ذلك ، فإن أنكر ولا بينة لهم فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاء العمرة ، فإن ثبت له مال إما بالبينة أو باقراره وطلب الغرماء الحجر عليه ، نظر الحاكم فيه وفيما عليه من الدين ، فإن كان يفي بالدين لم يحجر عليه بل يأمره بقضاء الدين ، وإن كان أقل - حرج عليه وقسم ماله بين الغرماء ، وإن تجدد عليه دين بعد الحجر الأول ثم ظهر له مال ، فإن بان أن المال كان موجودا قبل الحجر الأول قال الجويني : يختص به الغرماء الأولون دون الآخرين ، لأن المال كان موجودا تحت الحجر الأول . وإن اكتسب هذا المال بعد فك الحجر الأول اشترك به الغرماء الأولون والآخرين على قدر ديونهم . وقال مالك : يختص به الغرماء الآخرون

دليلنا : أن حقوقهم متساوية في الثبوت في الذمة بحال الحجر فأشبهه غرماء الحجر الأول .

(فرع) وإن أكرى داره من رجل مدة ثم أفلس المكري قبل انقضاء الاجل

فإن المكتري أحق بالمنفعة دون الغرماء لأنه قد ملك المنفعة بعقد الإجارة قبل الحجر فكان أحق بها ، كما لو باع شيئاً من ماله ثم أفلس ، فإن أراد المكتري فسخ الإجارة لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ إنما يكون في الموضع الذي يدخل عليه ضرر ولا يصل إلى كمال حقه . وههنا يصل إلى كمال حقه . فلم يكن له الفسخ .
 فإن أنهدمت الدار قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت فيما بقي من المدة : فإن كانت الإجارة قد قبضت . فإن كانت باقية رجع منها بما يخص ما بقي من المدة ، وإن كانت تالفة تعلق ذلك بذمة المفلس ، ثم ينظر فيه ، فإن كان ذلك بعد القسمة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يشاركهم ، لأن حق المكتري كان متعلقاً بالمنفعة ، فلما توافقت العين المكتراة عاد حقه إلى ذمة المفلس بعد القسمة فلم يشارك الغرماء : كما لو استدان بعد الحجر .

(والثاني) يشاركهم ، وهو الصحيح ، لأن سبب وجوبه كان قبل الحجر فشاركهم ، كما لو أنهدمت الدار قبل القسمة . ويخالف إذا استدان بعد الحجر . فإن ذلك لم يستند إلى سبب قبل الحجر فلذلك لم يشاركهم . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الحجر

إذا ملك الصبي أو المجنون مالا حجر عليه في ماله ، والدليل عليه قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فدل على أنه لا يسلم اليه المال قبل البلوغ والرشد .

(الشرح) الحجر في اللغة المنع والتضييق . ومنه سمي الحرام حجراً . قال الله تعالى « ويقولون حجراً محجوراً » أي حراماً محرماً ، ويسمى العقل حجراً . قال تعالى « هل في ذلك قسم لذي حجر » سمي حجراً لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح ، وما يضر العاقبة ، وسمى حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف به . وفي الشريعة منع الانسان من التصرف في ماله

والمحجور عليهم ثمانية ، ثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم وخمسة حجر عليهم لحق غيرهم ، فالذين حجر عليهم لحق أنفسهم : قاصي والمجنون والسفيه . والمحجور عليهم لحق غيرهم فهم المفلس الذي يحجر عليه لحق الغرماء ؛ والمرضى لحق الورثة ، والعبد القن . والمكاتب - بفتح التاء لحق المكاتب بكسرها - والمرئد لحق المسلمين .

والاصل في ثبوت الحجر على الصبي قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » ، ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ، والابتلاء الاختبار . قال تعالى « هو الذي خلقكم ايبلوكم أيكم أحسن عملاً » أي ليختبركم

واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ . قال صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد الحلم ، وقوله تعالى « إذا بلغوا النكاح » أراد به البلوغ ، فببر عنه به ، وقوله تعالى « وأنستم منهم رشداً » أي علمتم منهم رشداً ؛ فوضع الإيناس موضع العلم ، كما وضع الإيناس موضع الرؤية في قوله تعالى « وأنس من جانب الطور نارا » أي رأى

روى أنها نزلت في ثابت بن رفاعة وفي عمه . لما توفي رفاعة وترك ابنه صغيراً
 أتى عم ثابت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان ابن أخى يتيم في حجرى فما
 يحل لى من ماله ؟ ومتى أدفع اليه ماله ؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية
 قال الشافعى رضى الله عنه : فلما علق الله تعالى دفع المال إلى اليتيم بالبلوغ ،
 وإيناس الرشد ، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه . والدليل
 على ثبوت الحجر على السفهه والصبي والمجنون قوله تعالى « فإن كان الذى عليه
 الحق سفهياً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ، والسفهه
 يجمع المبذر لماله والمحجور عليه لهجر ، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الغانى
 والصغير المجنون .

فأخبر الله تعالى بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وعليهم فدل على
 ثبوت الحجر عليهم .

واختلفوا فى الحجر على غير العليم الفاقه بأحكام الحلال والحرام : فرجح
 بعضهم وجوب الحجر عليه

قال القرطبي فى جامع الاحكام : وأما الجاهل بالاحكام وان كان غير محجور
 عليه لتنميته لماله وعدم تدييره فلا يدفع اليه المال لجهله بفساد البيعات وصحيتها
 وما يحل وما يحرم منها ، وكذلك الذى مثله فى الجهل بالبيعات ولما يخاف من
 معاملته بالربا وغيره والله أعلم . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينظر فى ماله الأب ثم الجد لأنها ولاية فى حق الصغير فقدم
 الاب والجد فيها على غيرها كولاية النكاح ، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه
 الوصى لأنه نائب عن الأب والجد فقدم على غيره ، وان لم يكن وصى نظر
 السلطان لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فنبتت للسلطان كولاية النكاح
 وقال أبو سعيد الاصطخرى : فان لم يكن أب ولا جد نظرت الام لأنها أحد
 الابوين فنبت لها الولاية فى المال كالاب ، والمذهب أنه لا ولاية لها لأنها ولاية
 نبتت بالشرع فلم تنبت الام كولاية النكاح .

(الشرح) الأحكام : إذا ملك العبي مالاً ، فإن الذي ينظر في ماله أبوه إن كان عدلاً ، فإن لم يوجد الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر ، كان النظر إلى الجد أب الأب إذا كان عدلاً ، لأنه ولاية في حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح : فإن مات الأب وأوصى إلى رجل بالنظر في مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر ، فيه وجهان ، المذهب أنه لا تصح الوصية إليه ، بل النظر إلى الجد .

والثاني : حكاة في الإبانة ، وبه قال أبو حنيفة : أن النظر إلى الوصي لأنه قائم مقام الأب ، وليس بشيء . : لأن الجد يستحق الولاية بالشرع ، فكان أحق من الوصي ، فإن لم يكن أب ولا جد ، نظر الوصي من قبلهما ، فإن لم يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصي ، فإن لم يكن أب ولا جد نظر الوصي من قبلهما . فإن لم يكن أب ولا وصيهما فهل تستحق الأم النظر ؟ فيه وجهان ، قال أبو سعيد الإصطخري : تستحق النظر في مال ولدها ، لأنها أحد الأبوين ، وقال أحمد بن حنبل : إن عمر أوصى إلى حفصة .

والثاني : وهو المذهب : أنه لا وصية لها ، بل النظر إلى السلطان ، وروى عن عطاء بن أبي رباح أنه قال في رجل أوصى إلى امرأته قال : لا تكون المرأة وصياً ، فإن فعل حولت إلى رجل من قومه اه .

(قلت) ولأنها ولاية بالشرع فلم تستحقها الأم كولاية النكاح ، ولأن قرابة الأم لا تتضمن تعصياً ، فلم تتضمن ولاية كقرابة الخصال ، فإذا قلنا بقول أحمد والإصطخري ، فهل يستحق أبوها وأما الولاية عند عدمها . فيه وجهان حكاهما الصيمري والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط ، فأما مالا حظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه ، لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه ،

ويجوز أن يتجر في ماله . لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولى يتيماً وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة .

(الشرح) حديث « من ولى يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه عبد الرزاق وابن جرير عنه بسند صحيح ، وسبق للإمام النووي استقصاء رواياته في كتاب الزكاة .

أما الأحكام : فلا يجوز للناظر في مال الصبي أن يعتق منه ، ولا أن يكتب ، ولا يهب ، ولا يجابى في البيع لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » وليس في شيء من هذه الأشياء « أحسن » .

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : وأحب أن يتجر الوصى بأموال من يلي عليه ولا ضمان : وجملته ذلك أنه يجوز للناظر في مال الصبي أن يتجر في ماله : سواء كان الناظر أباً أو جداً أو وصياً أو أميناً من قبل الحاكم لما روى عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولى يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة .

(قلت) ولأن ذلك أحظ الدولى عليه لتسكون نفقته من الربح . هكذا قال عامة أصحابنا إلا الصيمرى ، فإنه قال لا يتجر له في هذا الزمان لفساده وجور السلطان على التجار ، بل يشتري له الأرض ، أو ما فيه منفعة ، فإن اتجر له لم يتجر له إلا في طريق مأمون ، ولا يتجر له في البحر لأنه مخوف ، فإن قيل فقد روى أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أبضعت أموال بنى محمد بن أبى بكر رضى الله عنهم (قلنا) يحتمل أن يكون ذلك في موضع مأمون قريب من الساحل أو يحتمل أنها فعلت ذلك وجعلت ضمانه على نفسها إن هلك ، قال الصيمرى : ولا يبيع له إلا بالحال ، أو بالدين على مليء ثقة ، اهـ . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويبتاع له العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته ولا يبتاعه إلا من مأمون لأنه إذا لم يكن مأموناً لم يأمن أن يبيع مالا يملكه ولا يبتاعه في موضع قد أشرف

على الخراب أو يخاف عليه الهلاك ، لأن في ذلك تفريرا بالمال ويبقى له العقار
ويبنيه بالأجر والطين ولا يبنيه باللبن والجص ، لأن الأجر يبقى واللبن يهلك
والجص يحترق به والطين لا يثمن له والجص يتناثر ويذهب ثمنه والطين لا يتناثر
وان تناثر فلا يثمن له ، ولأن الأجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف
عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له العقار إلا في موضعين .

(أحدهما) أن تدعو اليه ضرورة بأن يقتصر إلى النفقة وليس له مال غيره
ولم يجد من يقرضه .

(والثاني) أن يكون له في بيعه غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع
له ويشترى ببعض الثمن مثله ، لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما
لا حظ فيه فلم يجوز .

وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر ، فإن باعه الأب أو الجد
سجل له ، لأنهما لا يتهمان في حق الولد ، وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بيعة
على الضرورة أو الغبطة لانه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بيعة فان باع الصبي
وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة فان كان الولي أباً أو جداً فالقول قوله
وإن كان غيرهما لم يقبل إلا ببيعة لما ذكرناه من الفرق فان بيع في شركته شقص ،
فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة لم يترك ؛ وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ ، لأننا
بيننا أن تصرفه على النظر والاحتياط ، فلا يفعل إلا ما يقتضى النظر والاحتياط
فإن ترك الشفعة والحظ في تركها ثم باع الصبي وأراد أن يأخذ ، فالمنصوص أنه
لا يملك ذلك ، لأن ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه ، كما لو أخذ
والحظ في الاخذ فبإذن وأراد أن يرد .

ومن أصحابنا من قال : له أن يأخذ ، لانه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه
حظ ، وفيها لا حظ فيه ، وقد باع لجاز أن يأخذ ، وإن لم يكن فيه حظ . وهذا
خطأ ، لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقياً . وهذا قد سقط بعفو
الولي فسقط فيه اختياره ، فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة فالحكم
فيه كالحكم في بيع العقار وقد بيناه .

(الشرح) الاحكام : يجوز أن يبتاع له العقار لأنه أقل غرراً ، لأنه يذمغ بغلته مع بقاء أصله .

قال ابو علي في الإفصاح : ولا يشترطه إلا من ثقة أمين يؤمن جحوده في الثمن وحيثه في إفساد البيع لا تباعه في موضع قد أشرف على الهلاك بزيادة ما أوقعته بين طائفتين ، فإن ذلك تغير بماله .

ويجوز أن يبني له العقار إذا احتاج اليه إلا أن يكون الشراء أحظ له فيشترى له ذلك . وإذا احتاج إلى البناء : قال الشافعي رضي الله عنه : يبني له بالآجر والطين ، ولا يبني له باللبن والحصى ، لأن اللبنة يهلك ، والآجر يبقى والحصى يلزق فربما احتيج إلى نقض شيء من الآجر فلا يتخلص من الحصى ، ولأن الحصى يحذف به ، والطين لا يحذف به . قال في البيان تعليقا على قول الشافعي : وهذا في البلاد التي يعز فيها وجود الحجارة ، فإن كان في بلد يوجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر ، لأنها أكثر بقاء ، وأقل مؤنة .

قلت : فإذا كان الناظر في مال الصبي عدلا ذا مهارة ورأى أن يبني بالحرسانة المسلحة ، وكان في ذلك ما يعود على الصغير بفائدة مع حفظ ماله لا سيما في زماننا هذا الذي يكون للتعوير والبناء صيانة ونماء ، كان له ذلك ، بل كان ذلك هو الأفضل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) وان ملك الصبي عقاراً لم يبيع عليه الا في موضعين أحدهما أن يكون له في بيعه غبطة كأن يكون له شركة مع غيره ، أو مجاورة لغيره فيبذل الغير فيه بذلك أكثر من قيمته ، ويوجد له مثل بأقل مما باع به فيجوز له بيع العقار عليه لذلك ، وكذلك إذا كان له عقار قد أشرف على الهلاك بالغرق أو بالحراب ، فيجوز له بيعه عليه ، لأن النظر له في ذلك البيع ، فإذا باع الأب أو الجد عليه عقاراً فرفع ذلك إلى الحاكم وسأله أمضاه وتسجيله عليه أمضاه وسجله له ، لأن الظاهر من حالهما أنه لا يبيعان إلا ماله فيه حظ .

وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالتها عنده ؟ قال ابن الصباغ : سمعت القاضي أبا الطيب يقول : فيه وجهان (أحدهما) لا يحتاج إلى ذلك ، بل يكفي بالعدالة الظاهرة ، كما قلنا في شهود النكاح .

(والثاني) يحتاج الى الثبوت لولايتها عنده كما يحتاج الى ثبوت عدالة الشهود عنده . وأما إذادفع الوصي أو أمين الحاكم البيع اليه وسأل التسجيل عليه وأمهضه ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أنه لا يمضى ذلك حتى تقوم عنده البيينة على الحظ أو الغبضة له ، لأن غير الأب والجد يلحقه التهمة فلم يقبل قوله من غير بيينة بخلاف الأب والجد

(والثاني) ذكر القاضى أبو الطيب فى المجرى أنه يقبل قولها من غير بيينة ، كالأب والجد . قال ابن الصباغ : وهذا له عندى وجه لأنه إذا جاز لها التجارة فى ماله فيبيعان ويشتريان ، ولا يعترض الحاكم عليهما جاز أيضا فى العقار ، فإن بلىع الصبي وادعى أن الأب أو الجد باع عليه عقاره من غير غبضة ولا حاجة ، فإن أقام بيينة على ما ادعاه حكم له به ، وإن لم تقم بيينة فالقول قول الأب أو الجد مع يمينه .

وإن باع غير الأب والجد عليه كالوصى وأمين الحاكم ، فلما بلىع ادعى أنه باع عليه من غير بيينة ، لأن التهمة تلحقه ، وبهذا لا يجوز له أن يشتري مال الولى عليه من نفسه فلم يقبل قوله من غير بيينة ، بخلاف الأب والجد

(فرع) وإن بيع شقص فى شركة الصبي ، فإن كان للصبي حظ فى الاخذ بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقارا ، أخذ له بالشفعة ، وإن كان الحظ له بالترك بأن كان لا مال له يريد أن يشتري له به ، أو كان ذلك فى موضع قد أشرف على الهلاك ، أو يبيع بأكثر من قيمته لم يأخذ له بالشفعة ؛ فإن أخذ له الولى فى موضع يرى له الحظ فى الاخذ ، فبلىع الصبي وأراد أن يرد ما أخذ له الولى لم يملك ذلك ، لأن ما فعله الولى مما فيه الحظ لا يملك الصبي بعد بلوغه رده ، وإن ترك الولى الاخذ له فى موضع رأى الحظ له فى الترك فأراد الصبي بعد بلوغه أن يأخذه ففيه وجهان :

من أصحابنا من قال له ذلك ، لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ . وفيما لا حظ له ؛ والمنصوص أنه ليس له ذلك ، لأن الولى قد اختار الترك بحسن نظره ، فلم يكن له نقض ذلك ، كما لو أخذ له - والحظ فى الاخذ -

فإنه لا يملك الصبي بعد البلوغ الرد ، فإن ادعى بعد البلوغ أن الولي أخذ — والحظ في الترك — أو الترك والحظ في الأخذ ، فإن أقام بينة على ذلك حكم له به وإن لم يقم بينة فإن كان الولي أباً أو جداً . فالقول قولها مع يمينها . وإن كان غيرها من الأولياء لم يقبل قوله من غير بينة ، كما ذكرنا من الفرق قبل هذا والله تعالى أعلم .

قال علي بن عبد السبكي في فتاويه : ومن مصالح الصبي أن الولي يصونه عن أكل ما فيه شبهة وعن أن يخلط ماله به ، ويحرص على إطعامه الحلال المحض وعلى أن يكون ماله كله منه ، وهي مصلحة أخروية ودينية ، أما أخروية فظاهر لأنه وإن لم يكن مكلفاً لكن الجسد النابت من الحلال الطيب أزمى عند الله وأعلى درجة في الآخرة من غيره . وأما دنيوية ، فإن الجسد الناشئ على الحلال ينشأ على خير ، فيحصل له مصالح الدنيا والآخرة .

وقد يكون بتركه اجتناب الشبهات يبارك الله له في القليل الحلال فيكفيه ويرزقه من حيث لا يحتسب ، فهذه المصالح محققة ، والفائدة الدنيوية التي يكتسبها بالمعاملة دنيوية محضة ، فتعارضت مصالحتان أخروية ودينية ، ورعاية الآخرة أولى من رعاية الدنيا ، فكان الأحوط والأصلح لليتيم ترك هذه المعاملة ، فقد يقال يكون المستحب تركها ، وقد يزداد فيقال يجب تركها لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ، فالأحسن في الدنيا والآخرة حلال قطعاً ، وغير الأحسن فيهما يمنع قطعاً ، والأحسن في الآخرة دون الدنيا إذا راعينا مصلحة الآخرة وقدمناها على الدنيا صار أحسن من الآخرة فهو أحسن مطلقاً ، فإن تيسر متجر ابتغى فعله ، وإلا فلا يكف الله نفساً إلا وسعها ، وبأكل ماله خير من أن يأكله غيره ، والله أعلم اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة ، فإن كانت السلعة تساوي مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لأنه باع بدون الثمن ، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع لأنه غرر بالمال ، فإن

باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً جاز لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز فلان يجوز وقد زاده عشرين أولى ، وان باعها بمائة وعشرين نسيتة وأخذ بها رهناً ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه أخرج ماله من غير عوض .
(والثاني) يجوز ، وهو ظاهر النص . وقول أبي اسحاق لأنه باع برمج واستوثق بالرهن فجاز

(فصل) ولا يكتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة لأنه يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالمعتق من غير عوض

(الشرح) الأحكام : ينبغي أن لا يبيع ماله بنسيتة من غير غبطة أى راحة نفس ، فان كانت له سلعة يريد بيعها ، وهى تساوى مائة نقداً ، أو مائة وعشرين نسيتة ، فان باعها بمائة نسيتة لم يصح بيعها ، سواء أخذ بها رهناً أو لم يأخذ ، لأن ذلك دون ثمن المثل ، فان باعها بمائة نقداً وعشرين نسيتة وأخذ بالعشرين رهناً جاز ؛ لأنه قد زاد خيراً ووثيقة

وان باعها بمائة وعشرين نسيتة ولم يأخذ بها رهناً لم يجوز ؛ لأنه غرر بما له .
وان باعها بمائة وعشرين نسيتة وأخذ بالجميع رهناً ففيه وجهان
(أحدهما) لا يجوز ؛ لأن فى ذلك تغريراً بالمال وقد يتلف الرهن
(والثاني) يصح . وهو قول أبي اسحاق وأكثر أصحابنا ، لأنه مأمور بالتجارة وطلب الربح ولا يمكنه الا ذلك ، فعلى هذا يشترط أن يكون المشتري ثقة مليئاً لأنه ان لم يكن ثقة ربما رهن مالا يملكه . واذ لم يكن مليئاً فربما تلف الرهن فلا يمكن استيفاء الحق منه

ويشترط أن يكون الرهن بقى بالدين أو أكثر لأنه ربما أفلس أو تلف ما فى يده ، فاذا لم يمكن استيفاء الحق من الرهن كان وجود الرهن كعدمه
وهل يشترط الاشهاد مع ذلك ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى

(فرع) قال الصيمرى : ولا يجوز أن يشتري له متاعاً بالدين ويرهن من ماله لان الدين مضمون والرهن أمانة ، فاز فعل كان ضامناً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يسافر بماله من غير ضرورة لأن فيه تغريراً بالمال ، ويروى أن المسافر وماله على قلت ، أى على هلاك . وفيه قول الشاعر :

بُغاث الطير أكثرها فراخاً وأم البساز مقلات نزور

(فصل) فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك في الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به لأن السفر ههنا أحوط

(الشرح) قوله « قلت » ، إذا قلتها بفتح القاف وسكون اللام كانت النقر في الجبيل ، وإذا قلتها بفتح القاف وكسر اللام كانت الهلاك . والمقلنة المهاك ، والمقلات الناقة التي تضع واحداً ثم لا تحمل ؛ والبيت للعباس بن مرداس . وأخذ على المصنف رحمه الله تعالى استشهاداً بهذا البيت في المعنى الذي أراده ، فإن معناه أن بُغاث الطير ، وهو طائر دون الرخمة بطيء الطيران ، وهو طير لا يصيد ولا يرغب أحد في صيده لحقارة شأنه . ومنه المثل « استنسر البغاث » ، فيمن يلبس غير لباسه متظاهراً بالشجاعة وهو جبان ، وعليه قول من قال : إن البغاث بأرضنا يستنسر . أى إن الضعيف بصير بأرضنا قوياً تكثر فراخه في حين أن أم الصقر مقلات نزور ،

وقوله « نزور » ، أى قليلة الفراخ جداً ، والمقابلة والمشاكلة بين بُغاث الطير في كثرة فراخها ، وبين أم الصقر وهى قليلة الفراخ واضحة ، وليس فيها معنى أن المقلات هى المهاك .

أما الأحكام : فإنه لا يجوز أن يسافر بماله من غير ضرورة ، لأن في ذلك تغريراً بالمال وتعريضاً له للهلاك ، وقد روى أن المسافر وماله على قلت أى هلاك فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف من نهب أو غرق أو حريق جاز أن يسافر به إلى حيث يأمن عليه ، لأن ذلك أمر تسوغه الضرورة وتدعو إليه . وانه أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة ، لأنه يخرج من يده فلم يجز ، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق ، أو أراد سفراً وخاف عليه

جاز له الابداع والاقراض ، فان قدر على الابداع دون الاقراض اودع ، ولا يودع الا ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الابداع اقرضه ، ولا يقرضه الا ثقة مليئا ، لان غير الثقة يحدد ، وغير الملي لا يمكن أخذ البديل منه ، فان اقرض ورأى أخذ الرهن عليه أخذ ، وان رأى ترك الرهن لم يأخذ

وان قدر على الابداع والاقراض فالاقراض أولى : لان القرض مضمون بالبديل والوديعة غير مضمونة فكان القرض أحوط ، فان ترك الاقراض اودع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يجوز كل واحد منهما ، فاذا قدر عليهما تخير بينهما (والثاني) لا يجوز لقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالي هي أحسن) والاقراض ههنا أحسن فلم يجوز تركه ، ويجوز أن يقترض له إذا دعت اليه الحاجة ويرهن ماله عليه لان في ذلك مصلحة له بلجاز

(الشرح) اذا خاف على ماله من نهب أو عرق أو حريق ولم يقدر الولي على المسافرة به ، أو أراد الولي السفر الى موضع لا يمكنه نقل المال اليه ، أو يحتاج في نقله الى مؤنة مجتفة جاز أن يودعه أو يقرضه في هذه الاحوال . فان قدر على الابداع دون الاقراض اودعه ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الابداع اقرضه ثقة مليئا وأشهد عليه ، لان غير الثقة يحدد وغير الملي لا يمكن أخذ المال منه أو بدله اذا تلف ، فان رأى أن المصلحة والحظ في أخذ الرهن أخذه ، وان رأى أن التي هي أحسن ، في ترك الرهن تركه ولم يأخذه بأن يكون الموضع نحوفاً وكان الولي ممن يرى سقوط الحق بتلف الرهن ، لأنه لا حظ له في أخذ الرهن مع ذلك . وان قدر على الاقراض ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لان كل واحد منهما يجوز فيميز بينهما (والثاني) لا يجوز ، لان الاقراض أحوط له ، فاذا نزل الاحظ ضمن .

(فرع) فأما الاقراض له فيجوز اذا دعت الى ذلك حاجة للثقة عليه والكسوة أو النفقة على عقاره المتهدم اذا كان له مال غائب فتوقع قدومه أو ثمرة ينتظرها يفي بذلك ، وان لم يكن له شيء ينتظر فلا حظ له في الاقراض ، بل يبيع عليه شيئاً من أصوله ويصرف في نفقته .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار ، لقوله تعالى
 ، والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ، وإن رأى أن
 يخطئ ماله بماله في النفقة جاز لقوله تعالى «وبسئلوكم عن اليتامى قل إصلاح لهم خير
 وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ، فإن بلغ الصبي واختلفا في
 النفقة فإن كان الولي هو الأب أو الجد فالقول قوله وإن كان غيرهما ففيه وجهان
 (أحدهما) بقبيل ، لأن في إقامة البيعة على النفقة مشقة فقبيل قوله (والثاني)
 لا يقبل قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار .

(الشرح) ينبغي أن ينفق عليه ويكسوه من غير إسراف ولا إقتار لقوله
 تعالى ، والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواما ، وإن كان
 الصبي مكتسباً — قال أبو إسحاق المروزي : أجبره الولي على اكتساب لنفقته ،
 وحفظ عليه ماله ، لأن ذلك أحظ له .

(فرع) فإذا رأى الولي أن الحظ للولي عليه بخلاف مع نفقته مع نفقته ، بأن كان إذا
 خلط دقيقه بدقيقه كان أرفق به في المؤنة وأكثر له في الخبز ، جاز له الخياط ،
 لما روى أنه لما نزل قوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون
 في بطونهم ناراً ، وسيصلون سعيراً » تجنب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
 اليتامى وأفردوهم عنهم ، فنزل قوله تعالى « وإن تخالطوهم فإخوانكم ، والله يعلم
 المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لآعننكم ، أي لضيق عليكم ، لأن العنت الضيق
 وإن كانت الفائدة والمصلحة في إفزاده لم تجز الخلاطة لقوله تعالى « ولا تقربوا مال
 اليتيم إلا بالتي هي أحسن » .

(فرع) فإن بلغ الصبي واختلج هو والولي في قدر نفقته ، فإن كان الولي
 أباً أو جداً ، فإن ادعى أنه أنفق عليه زيادة على المنفعة بالمعروف لزمها ضمان
 تلك الزيادة ، لانه مفرط ، وإن ادعى النفقة بالمعروف فالقول قولها مع إيمانها
 لانها غير متهمين .

وإن كان الولي غيرهما كالوصي وأمين الحائض ، وأدعياء النفقة بالمعروف ، فهل يقبل قولهما من غير بينة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يقبل قولهما من غير بينة ، كما لا يقبل ذلك منهما في دعوى بيع المقار . والثاني : يقبل قولهما مع أيمانهما . قال ابن الصباغ : وهو الأصح لأن إقامة البينة على ذلك تعدر بخلاف البيع فإنه لا يتعذر عليه إقامة البينة عليه (قلت) ويجب على الولي إذا كان في البلد نظام يسود فيه التوثيق والتسجيل ، وكان من السهل على الولي أن يحمل للنفقات والابتیاعات للصبي فواتير ومستندات صادرة من جهات الشراء (قلت) يجب عليه أن يتبع ابتیاعاته وثائقها الدالة عليها حتى لا يختلط ماله بمال الصبي ولا يفتني شيئا يكره قد انفق عليه أو يترك لذا كرهته أمر استحضار ما اشتراه له فيضرب في عمايات الجراف ، فيقرب مال اليتيم بغير التي هي أحسن .

وقوله تعالى « الا بالتي هي أحسن ، تفضى — ولا شك — الى اتباع النظام على أحسن صوره ، وأدق وسائله وأضبط أسبابه ، ومن ثم تكون الآية نصاً في الاخذ بنظام الوثائق المكتوبة ، لأنها هي الأحسن . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أراد أن يبيع ماله بماله ، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك ، لأنهما لا يتهمان في ذلك الكمال شفقتهم ، وان كان غيرهما لم يجز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك اليه .

(الشرح) حديث « لا يشتري الوصي من مال اليتيم » لفظه في سنن الدارمي من قول مكحول : حدثنا محمد بن المبارك ثنا يحيى بن حمزة عن ابن وهب عن مكحول قال : أمر الوصي جائز في كل شيء الا في الابتیاع ؛ واذا باع بيعاً لم يقبل قال الدارمي : وهو رأي يحيى بن حمزة .

أما الأحكام : فانه يجوز للأب والجد أن يبيعا مالهما من الصبي ويشتريا ماله لأنفسهما اذا رأيا الحظ في ذلك ، لأنهما لا يتهمان في ذلك . قال الصيمري فيحتاج

أن يقول : قد اشتريت هذا لنفسى من ابنى بكذا ، وبعت ذلك عليه ، فيجمع بين لفظ البيع والشراء ، قال : وغلط بعض أصحابنا وقال : تكفيه النية في ذلك من غير قول ، لانه لا يخاطب نفسه .

قال العمرانى : وليس بشيء ، لانا قد أقمناه مقام المشتري في لفظ الشراء ، ومقام البائع في لفظ البيع ، ولو احتاج إلى قرض فأقرضه أبواه أو جده وأخذ من ماله رهناً ، قال الصيمرى : فيه وجهان ، الأصح : أنه يجوز إلا أن يكون أقرضه متطوعاً ثم أحب أن يأخذ بعد ذلك منه رهناً ، فلا يكون له .
وأما غير الاب والجد من الاولياء ، كالوصى وأمين الحاكم (الحارس) فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبي ، ويتولى هو وحده طرفى العقد ، ولا يجوز أن يشتري ماله بنفسه وقد استدل المصنف بخبر لا يشتري الوصى من مال اليتيم ، ولان غير الاب والجد يتهم في ذلك فلم يجوز .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت ، فان كان غنيا لم يجوز ، لقوله تعالى : ومن كان غنيا فليستعفف ، وان كان فقيراً جاز أن يأكل ، لقوله تعالى : ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، وهل يضمن البذل ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يضمن ، لانه أجزى له الاكل بحق الولاية فلم يضمنه . كالرزق الذى يأكله الإمام من أموال المسلمين (والثانى) أنه يضمن ، لانه مال لغيره أجزى له أكله للحاجة ، فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره .

(الشرح) عن عائشة رضى الله عنها قوله تعالى : ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، أنها نزلت في ولى اليتيم إذا كان فقيراً أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف . وفي لفظ : أنزلت في ولى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلح ماله إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف ، متفق عليه .
وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : انى فقير ليس لى شيء ، ولى يتيم فقال : كل من مال يتيمك غير مسرف

ولا مبادر ولا متأمل ، رواه البخارى ومسلم وأحمد فى مسنده والنسائى وأبو داود وسكت عنه أبو داود . وقال ابن حجر فى الفتح : إسناده قوى

واختلف الجمهور فى الأكل بالمعروف ما هو ؟ فقال قوم هو القرص إذا احتاج ويقضى إذا أيسر ، قاله عمر بن الخطاب وابن عباس وعبيدة وابن جبير والشامي ومجاهد وأبو العالية ، وهو قول الأوزاعى . ولا يتسلف أكثر من حاجته قال عمر رضى الله عنه : ألا إنى أنزلت نفسى من مال الله منزلة الولى من مال اليتيم ، إن استغنيت استعفت ، وإن افتقرت أكلت بالمعروف . فإذا أيسرت قضيت . روى عبد الله بن المبارك عن عاصم الأحول عن أبي العالية ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، قال قرضا ، ثم تلا قوله تعالى (فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم)

وقول ثان : روى عن إبراهيم وعطاء والحسن البصرى والنخعى وقتادة لا قضاء على الوصى الفقير فيما يأكل . لأن ذلك حق النظر . قال القرطبي وعليه الفقهاء . قال الحسن هو طعمة من الله له وذلك أنه يأكل ما يسد جوعته ويكسى عورته ، ولا يلبس الرفيع من الكتان ولا الخلل ، وقال زيد بن أسلم : إن الرخصة فى هذه الآية منسوخة بقوله تعالى ، إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً .

وذهب أبو يوسف الى أنها منسوخة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وهذا ليس بتجارة ، وبقول أبي يوسف قال من قبله مجاهد ، ومن بعده الشافعى الطبرى . وعليه إذا أراد الولى أن يأكل من مال الصبي أو المولى عليه ، فإن كان الولى غنياً لم يجوز له أن يأكل منه ، وإن كان فقيراً وقد انقطع عن أى عمل إلا على مال المولى عليه ، وليس له . وورد للكسب لنفسه : فقد قال الشافعى رضى الله عنه : فله أن يأخذ من ماله أقل الأمرين من كفايته . أو أجره عمله . لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) الى قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالهم سراً وبكراً ، ومن كان غنياً فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف)

فمن قوله تعالى: بداراً أن يكبروا . أى لا تأكلوا أموال اليتامى بمبادرة ابتلا
يكبروا فبأخذوها ، ولأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة . هكذا ذكر عامة أصحابنا
وذكر المصنف أنه إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل - من غير تفصيل - ولعله
أراد بإطلاقه ما ذكر غيره .

وهل يضمن الولي ما أكله بالبدل ؟ قال العمراني في البيان ، فيه وجهان .
أحدهما يجب عليه ضمانه في ذمته ، والثاني لا يجب لأن الله أباح له الأكل ولم يوجب
الضمان . ولأن ذلك استحققه بعمله في ماله فلم يلزمه رد بدله كالمسئجر . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد ، لقوله
تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم)
فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء ، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة ، وهي
الإنزال والسن والإنبات . وإثنان تختص بهما المرأة ، وهما الحيض والحبل
فأما الإنزال فهو إنزال المنى ، فتى أنزل صار بالغاً ، والدليل عليه قوله تعالى
(وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام ،
فدل على أنه بلوغ . وروى عطية القرظي قال : عرضنا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم زمن قريظة ، فن كان محتلاً أو نبتت عانته قتل ، فلو لم يكن
بالغاً لما قتل .

وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة . والدليل عليه ما روى ابن عمر
رضي الله عنه قال : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن
أربع عشر سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة
سنة فرآني بلغت فأجازني

وأما الإنبات فهو الشعر الحشن الذي ينبت على العانة ؛ وهو بلوغ في حق
الكافر ، والدليل عليه ما روى عطية القرظي قال : كنت فيمن حكم فيهم سعد
ابن معاذ رضي الله عنه فشكروا في أمن الذرية أناأم من المقاتلة ؟ فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم انظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه ، فنظروا فإذا عانتى لم تنبت ، فجعلوني في الذرية ولم أقتل . وهل هو بلونع في نفسه ؟ أو دلالة على البلونع ؟ فيه قولان

(أحدهما) أنه بلونع ، فعلى هذا هو بلونع في حق المسلم ، لأن ما كان بلوغا في حق الكافر كان بلوغا في حق المسلم كالأخلام والسن

(والثاني) أنه دلالة على البلونع ، فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه دلالة لما روى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شبب (١) بامرأة في شعره ، فرفع الى عمر رضى الله عنه فلم يجده أنبت . فقال لو أنبت الشعر لحددتك .

(والثاني) أنه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص ، لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم ، فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم ، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم ؛ لجعل ذلك دلالة في حقهم ، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلونع إلا وجوب الحرية ، ووجوب القتل ، فلا يتم في مداواة العانة بما ينبت الشعر ، والمسلم يستفيد بالبلونع التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوى العانة بما ينبت الشعر ، فلم يجعل ذلك دلالة في حقه

فأما الحيض فهو بلونع ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأسماء بنت أبي بكر الصديق رضى الله عنهما ، ان المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا ، وأشار الى الوجه والكف ، فعاق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف ، فدل على أنه بلونع بتعلق به التكليف . وأما الحمل فهو دليل على البلونع ، فإذا حملت حكمتنا بأنها بالنع ، لأن الحمل لا يكون إلا بإزالة الماء ، فدل على البلونع ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمتنا بأنها بالنع من قبل

(١) شبب بامرأة في شعره ، التشبيب النسب ، يقال هو يشبب بها أى يذكرها في شعره . واشتقاق التشبيب من وجهين (أحدهما) من الشبيبة وأصلها الارتفاع عن حال الطفولية . والآخر أن يكون من الجلاء ، يقال شبب وجهه الجارية إذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه

الوضع بسنة أشهر ، لأن ذلك أقل مدة الوضع ، وإن كانت مطلقة وأنت بولد يلحق الزوج ، حكمتنا بأنها بالنع من قبل الطلاق

وإن كان خشي نخرج المني من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد ، فإن خرج المني من الذكر ، والدم من الفرج فقد بلنع ، لأنه إن كان رجلا فقد أمني ، وإن كان امرأة فقد حاضت .

(الشرح) قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح) أى الحلم ، لقوله تعالى (وإذا بلغن الأطفال منكم الحلم) وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء . ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء ، واثنان يختصان بالنساء ، وهما الحيض والحبل . فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء في أنه بلوغ . وأن الفرائض والأحكام تجب بهما .

واختلفوا في الثلاث ، فأما الإنبات والسن فقال الأوزاعي والشافعي وابن حنبل : خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحتلم ، وهو قول ابن وهب وأصبغ وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة . واختاره ابن العربي في أحكام القرآن ، وتجب الحدود والفرائض عندم على من بلنع هذه السن .

واحتجوا بحديث ابن عمر الذي أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة إذ عرض يوم الحندق وهو ابن خمس عشرة سنة فاجيز ، ولم يجز يوم أحد ، لأنه كان ابن أربع عشرة سنة . قال أبو عمر بن البر : هذا فيمن عرف مولده . وأما من جهل مولده وعدم سنه أو جده فاعمل فيه بما روى نافع عن أسلم عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أمراء الأجناد ألا تضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواشي .

وقال عثمان رضي الله عنه في غلام سرق ، انظروا إن كان قد أخضره برزه فاقطعوه ، وقال عطية القرظي : عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم سعد بن معاذ ، ومن لم ينبت منهم استحياه ، فسكنت فيمن لم ينبت فتركتي ، رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه ،

وقال مالك مرة : بلوغه يغلاظ صوته وتنشق أرنبته ، وعن أبي حنيفة رواية أخرى تسع عشرة وهي الأشهر ، وقال في الجارية : بلوغها السبع عشرة سنة وعليها النظر . وقال داود الظاهري : لا يبطنع بالسن مالم يحتلم ، ولو بلغ أربعين سنة ؛ فأما الإنبات فمنهم من قال : يستدل به على البلوغ ؛ روى عن ابن القاسم وسالم ، وقاله مالك مرة ، والشافعي في أحد قوليه ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور . وقيل : هو بلوغ إلا أن يحكم به في الكفار فيقتل من أنبت ، ويجعل من لم ينبت في الذراري ، قاله الشافعي في القول الآخر لحديث عطية القرظي ، ولا اعتبار في الحضرة والرغب ، وإنما يترتب الحكم على الشعر .

وقال مالك : العمل عندي على حديث عمر بن الخطاب لو جرت عليه المواسي لحديثه ، قال لي ابن القاسم : وأحب إلي أن لا يقام عليه الحد إلا باجتماع الإنبات والبلوغ .

قال ابن العربي : إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلاً في السن فكل عدد يذكره من السنين فإنه دعوى ، والسن التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من سن لم يعتبرها ، ولا قام في الشرع دليل عليها ، وكذلك اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الإنبات في بني قريظة ، فن عذيري ممن ترك أمرين اعتبرهما النبي صلى الله عليه وسلم فيأوله ، ويعتبر مالم يعتبره النبي صلى الله عليه وسلم لفظاً ، ولا جعل الله له في الشريعة نظراً على ابن العربي تبعاً لأمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز تأول حديث ابن عمر في الأنفال ، وأن موجه الفرق بين من يطبق القتال ويسهم له وهو ابن خمس عشرة سنة ومن لا يطبقه ، فلا يسهم له فيجعل في العيال ؛ وهو الذي فهمه عمر بن عبد العزيز من الحديث والله تعالى أعلم .

قال العمراني في البيان : فأما الانزال فتخرج منه المنى وهو الماء الأبيض الدافق الذي يخلق منه الولد في الجماع أو في النوم أو اليقظة فهو بلوغ لقوله تعالى وإذا بلغ الأطعمال منسك الحلم فليستأذنوا ، فلما أمر الأطفال بالاستئذان إذا احتلوا دل على أنهم قد بلغوا لأنهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى

يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، رواه أحمد في مسنده ،
وأبو داود في سننه والحاكم عن علي وعمر رضي الله عنهما .

وهل يكون الاحتلام بلوغاً من الصبئية ، فيه وجهان (أحدهما) لا يكون
بلوغاً لقوله صلى الله عليه وسلم : وعن الصبي حتى يحتلم ، يخص الصبي بالاحتلام ،
(والثاني) وهو طريقة أصحابنا البغداديين أنه بلوغ ، كما روت أم سلمة أم المؤمنين
رضي الله عنها قالت : سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها
ما يرى الرجل فقالت عائشة رضي الله عنها فضحت النساء ، أو يكون ذلك ؟ فقال
صلى الله عليه وسلم . فبم يشبهها ولدها ؟

وفي رواية : فبم الشبهه ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : إذا رأت ذلك فلتغتسل ،
رواه الجماعة فأمرها بالاعتسال ، فثبت أنها مكافئة ، وأما السن فهو أن يستكمل
الرجل والمرأة خمس عشرة سنة .

وحكى المسعودي وجهاً لبعض أصحابنا أن البلوغ يحصل بالطعن في أول سنة
الخمس عشرة ، والأول أصح ، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله ،
وقال أبو حنيفة لا يبلغ الغلام إلا بتسع عشرة سنة وهي رواية محمد رضي الله عنه
وفي رواية الحسن اللؤلؤي عنه إذا بلغ ثمان عشرة سنة .

أما الجارية فنبلع إذا بلغت تسع عشرة سنة . وقال مالك كقول داود . ليس
للبلوغ حد في السن .

دليلنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما . عرضت على رسول الله صلى الله عليه
وسلم عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني و عرضت عليه عام الخندق وأنا ابن
خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة .

ولا يجاز في المقاتلة إلا بالغ ، فدل على ما قلناه ، وروى أنس رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . إذا استكمل الغلام خمس عشرة سنة كتب ماله
وما عليه ، وأخذت منه الحدود ، رواه البيهقي ، قال في التلخيص وسنده ضعيف
وأما الانبات فهو انبات الشعر القوي الذي يحتاج إلى الموسى ، لا الرغب
الأصفر حول العانة وحول الفرج ، ولا يختلف المذهب أنه إذا ثبت ذلك للكافر
حكم ببلوغه ، وهل هو بلوغ فيه ، أو لا دلالة له على البلوغ ، فيه قولان .

(أحدهما) أنه بلوغ في نفسه ، لأن ما حكم به بالبلوغ إن بلوغاً بنفسه كالاحتلام (والثاني) أنه ليس ببلوغ في نفسه ، وإنما دلالة على البلوغ ، لأن العادة جرت أنه لا يظهر إلا في وقت البلوغ ، فإذا قلنا إنه بلوغ في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم ، لأن ما كان بلوغاً في حق الكافر كان كذلك في حق المسلم كالاحتلام ، وإذا قلنا : إنه ليس ببلوغ في حق الكافر وإنما هو دلالة على البلوغ فهل يجعل ذلك دلالة في حق المسلم ، منهم من قال : فيه وجهان ، ومنهم من قال فيه قولان .

(أحدهما) أنه دلالة على بلوغه ، لأن ما كان دلالة على البلوغ في حق الكافر كان دلالة وعلماً على البلوغ في حق المسلم كالحمل .
(والثاني) أنه لا يكون دلالة على البلوغ عند المسلم ، لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة سن المسلم : لأنه مولود بين المسلمين ، ولا يمكن ذلك في سن الكافر هكذا قال صاحب البيان .

قلت وهو دليل على أن النظام عند المسلمين في عنفوان مجدهم جعلهم يؤرخون لمواليدهم في زمن كانت تسود العالم الفوضى والعشوائية حتى في تحديد سن الذرية بين غير المسلمين فتم يعود المسلمون إلى سابق مجدهم فيسبقوا أهم الأرض بنظامهم وعلومهم وقوتهم وإيمانهم ، وتلك لعمرى عمدة المجد الذي تدين الدنيا لهم به ، فاللهم بصرنا وافتح قلوبنا للإيمان .

وقال أبو حنيفة : الإنبات لا يكون بلوغاً ولا دلالة على البلوغ في حق المسلم والكافر .

دليلنا ما روى عطية العوفي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن ماذر رضي الله عنه في بني قريظة لحكم بسبي ذراريهم ونساءهم ، وقسم أموالهم . وقتل من جرت عليه الموسى . فأمر أن يكشف عن مؤزريهم فمن أنبت منهم فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت فهو من الذراري : فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة .

قال الصيمري : وكيف يعرف الإنبات ، قيل : يدفع اليهم شمع أو طين رطب

يلزقونه الموضع ، وقيل يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم . وقيل يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح ، لان سعداً رضى الله عنه أمر بكشف بنى قريظة .
وأما خضرة الشارب ، ونزول العارضين ، ونبات الاحية ، وخشونة الحلق ، وقوة الكلام ، وانفراج مقدم الانف ، ونهود الثدي فليس شئ من ذلك بلوغا لانه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه .

وأما الحيض فهو بلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يقبل الله صلاة امرأة تحيض إلا بخمار ، لجعلها مكلفة بوجود الحيض ، فدل على أنه بلوغ ، وأما الحمل فإنه ليس ببلوغ في نفسه ، وإنما هو دلالة على البلوغ ، فاذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المني لقوله تعالى «خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والرائب» فاذا وضعت المرأة الحمل حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة اشهر ، إن كانت ذات زوج ، لان ذلك قدر مدة الحمل عندنا ، وإن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق .

وأما الغلام الذى شب في شعره فهو عمر بن أبي ربيعة وكانت له جولات في الغزل على عهد عمر ومن بعده .

(فرع) وأما الخنثى المشكل فاذا استكمل خمس عشرة سنة أو نبت له الشعر الخشن على عانته حكم ببلوغه ، لانه يستوى في ذلك الرجل والمرأة ، فان حمل زال إشكاله ، وبان أنه لمرأة ، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع ، وان خرج المني منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد ، وان خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون رجلا . وهذا عضو زائد ، وان خرج منه المني من الفرجين حكم ببلوغه . لان خروج المني من فروج الرجال والنساء بلوغ .

قال الشافعى رضى الله عنه : وان حاض وأمنى لم يبلغ .
واختلف أصحابنا فيه فقال الصيمرى : اذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال لم يحكم ببلوغه . وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا . يحكم ببلوغه ، لانه ان كان رجلا فقد احتلم . وان كانت امرأة فقد حاضت ، وما ذكره

الشافعي رضي الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد أمني وحاض من فرج واحد (والثاني) أراد حاض وأمني . فان قيل : هلا جعلتم خروج المني منه من أحد الفرجين ، دليلا على بلوغه ؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوئيته ، فالجواب أن البول لا يخرج الا من الفرج المعتاد : والمني قد يخرج من المعتاد وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فأما ايتاس الرشد فهو اصلاح الدين والمال فاصلاح الدين ان لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة واصلاح المال أن يكون حافظا لماله غير مبذر ويختبره الولي اختبارا مثله من تجارة ان كان تاجرا أو تناء ان كان تائنا (١) أو اصلاح أسر البيت ان كانت امرأة . واختلاف أصحابنا في وقت الاختبار فمنهم من قال : لا يختبر في التجارة الا بعد البلوغ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه ، فلا يصح اخباره ، ومنهم من قال : يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى « وابتلو اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار فعلى هذا كيف يختبر فيه وجهان (أحدهما) أنه يسلم اليه المال فاذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي لان عقد الصبي لا يصح (والثاني) أنه يتركه حتى يعقد لان هذا موضع ضرورة .

(فصل) وان بلغ مبذرا (٢) استدیم الحجر عليه لان الحجر عليه انما يثبت للحاجة اليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا ، وان بلغ مصلحا للمال فاسق في الدين استدیم الحجر عليه لقوله تعالى « فان أنستم منهم رشدا فادعوا اليهم أموالهم » والفسق لم يؤنس منه الرشد ولان حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن ان يدعوه الفسق الى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل شهادته ، وان كان معروفا بالصدق لاننا لا نأمن أن يدعوه الفسق الى الكذب وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر وهو الاب والجد

(١) قوله « أو تناء » التناء الزراعة والثاني . الزارع

(٢) المبذر الذي يخرج المال في غير وجهه وأصله التفريق ، ومنه البذر في الزراعة لأنه يفرق .

والوصى والحاكم لأنه حجر ثبت من غير فضاء ، فكان النظر الى من ذكرنا
كالحجر على الصبي والمجنون .

(الشرح) قوله « أنستم » مر بك بعض معانيه . وقال الأزهري : تقول
العرب : اذهب فاستناس هل ترى أحداً معناه تبصر . قال النابغة :

كان رحلى وقد زال النهار بنا يوم الجليل على مستأنس ورحد
أراد ثوراً وحشياً يتبصر هل يرى قانصاً فيحذره ، وقيل أنست وأحسست
ووجدت بمعنى واحد ، وقراءة العامة « رشداً » بضم الراء وسكون الشين . وقرأ
السلمي وعيسى الثقفي وابن مسعود « رشداً » بفتح الراء والشين ، وقيل رشداً
مصدر رشد وبابه سما يسمو ، ورشداً بفتح الشين مصدر رشد . وبابه علم .
وكذلك الرشاد .

واختلف العلماء في تأويل « رشداً » فقال الحسن وقتادة وغيرهما صلاحاً في
الدين والعقل . وقال ابن عباس والسدي والثوري صلاحاً في العقل وحفظ المال
قال سعيد بن جبير والشعبي : إن الرجل لياخذ بلابنته وما يذبح رشده ، فلا يدفع
الى اليتيم ماله وإن كان شيخاً حتى يؤنس منه رشده . وقال مجاهد « رشداً » بمعنى في
العقل خاصة ، وقال الضحاك : لا يُعطى اليتيم ماله وإن يذبح مائة ستة حتى يعلم
منه إصلاح ماله .

وأكثر العلماء على أن الرشداً لا يكون إلا بعد البلوغ ، وإذا لم يرشد بعد
بلوغ الحلم . وإن شاخ . لا يزول الحجر عنه . وهو مذهب مالك . وقال أبو حنيفة
لا يجبر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ، ولو كان أفسق الناس وأشدهم
تبذيراً إذا كان عاقلاً . وبه قال زفر بن الهذيل . وهو مذهب النخعي . واحتجوا
في ذلك بما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفي عقله ضعف .
فقيل يا رسول الله احجر عليه فإنه يبتاع وفي عقله ضعف ، فاستدعاه رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال « لا تبع » فقال « لا أصبر » فقال « إذا بايعت فقل :
لا خلافة . ولك الخيار ثلاثاً »

قالوا : فلما سأله القوم الحجر عليه لما كان من تصرفه من الفتن ولم يفعل

عليه السلام ، ثبت أن الحجر لا يجوز ، وهذا لا حجة لهم فيه ، لأنه مخصوص بذلك على أوجه سابقها شيخنا النووي في أول البيوع قال الامام الشافعي رضي الله عنه ، ان كان مفسداً لماله ودينه ، أو كان مفسداً لماله دون دينه حجر عليه ، وإن كان مفسداً لدينه مصلحاً لماله فعلى وجهين .

(أحدهما) وهو اختيار أبي العباس بن سريج ، يحجر عليه ، (والثاني) لا يحجر عليه ، وهو اختيار أبي إسحاق المرزى ، والأظهر من مذهب الشافعي ، قال الثعلبي ، وهذا الذي ذكرناه من الحجر على السفيه قول عثمان وعلي والزبير وعائشة وابن عباس ، وعبد الله بن جعفر رضوان الله عليهم ومن التابعين شريح ، وبه قال الفقهاء مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأبو يوسف ؛ ومحمد وأحمد وإسحاق وأبو ثور . قال الثعلبي : وادعى أصحابنا الإجماع في هذه المسألة .

قال صاحب البيان : وأما إيتاس الرشد فهو لإصلاح الدين والمال ، فأصلاح الدين يكون بأن لا يرتكب من المعاصي ما ترد به شهادته ، وإصلاح المال أن لا يكون مبذراً ، وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إذا بلغ الرجل مصلحاً لماله دفع إليه ماله ، وإن كان مفسداً لدينه . اهـ

دلينا قول الله تعالى (فإن آنستم منهم رشداً) قال ابن عباس : الرشيد الحلم والعقل والوقار ، والحلم والوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحاً لماله ودينه ، وهكذا قال الحسن البصري : ولأن إفساده لدينه يمنع رشده ، والثقة في حفظ ماله ، كما أن الفسق يسقط عدالته ؛ ويمنع من قبول قوله وإن عرف عنه الصدق في القول إذا ثبت هذا ، فبلغ غير مصلح لماله ولدينه ؛ فإنه يستدام عليه الحجر ، وإن صار شيخاً . وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة ، إذا بلغ غير مصلح لماله لم يدفع إليه ، لكن إن تصرف فيه ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة انفك عنه الحجر ودفع إليه ماله ، وإن كان مفسداً لدينه وماله . لأنه قد آن له أن يصير جداً لأنه قد بلغ بياضتي عشرة سنة فيتزوج ويولد له ولد ويبلغ ولده الاثنتي عشرة سنة ويولد له . قال وأنا أستحي أن أمنع الجد ماله .

دليلنا قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وقد بينا الرشد ما هو : وهذا لم يؤنس منه الرشد فلم يفك عنه الحجر ولم يدفع اليه ماله ، كما لو كان ابن أربع وعشرين سنة .

وأما قوله إنه آن له أن يصير جداً فلا اعتبار بكونه جداً ، ألا ترى ان المجنون يستدام عليه الحجر مادام مجنوناً ، وان كان جداً ، إذا ثبت هذا فإنه ينظر في ماله من كان ينظر فيه قبل البلوغ ، لأنه حجر ثبت عليه من غير حاكم فكان الى الناظر فيه قبل البلوغ ، كالنظر في مال الصغير

(فرع) وأما إصلاح المال فلا يعلم إلا بالاختيار ، وفي وقت الاختيار وجهان (أحدهما) لا يصح إلا بعد البلوغ ، لأن الاختيار أن يدفع اليه المال ليبيع ويشترى فيه وينفقه . وهذا لا يصح إلا بعد البلوغ ، فأما قبل هذا فهو محجور عليه للصغير والثاني يصح لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى الخ) وهذا يقتضى أن يكون الاختيار قبل بلوغ النكاح ولأن تأخير الاختيار الى البلوغ يؤدي الى الحجر على رشيد ، لأنه قد يبلع مصلحاً لماله ودينه ، فلو قلنا : إن الاختيار لا يجوز إلا بعد البلوغ لاستديم الحجر على رشيد ومنع من ماله ، لأنه لا يدفع اليه إلا بعد الاختيار

فإذا قلنا بهذا فكيف يختبر بالبيع والشراء ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يأمره الولي أن يساوم في السلع ويقدر الثمن ، وليس العقد ، لأن عقد الصبي لا يصح ، ولكن يعقد الولي ، ومنهم من قال يشترى الولي سلعة ويدعها بيد البائع وبواطؤه على بيعها من الصبي ، فإن اشتراها منه بثمنها عرف رشده . ومنهم من قال يجوز عقد الصبي لأنه موضع ضرورة .

وأما كيفية الاختيار فان كان من أولاد التجار واصحاب المهن الذين يخرجون الى السوق ، فاختباره أن يدفع اليه شئ من ماله ليبيع ويشترى في السوق ، أو ترك له مناسبة يباشر فيها مهنة أبيه مستقلاً تحت نظر الولي واشرافه ، فان كان ضابطاً جازماً في البيع والشراء والحرفة دل على رشده ، وان عي عمالاً يتغابن الناس بماله فهو غير رشيد .

وان كان من اولاد الحكام وابناء الذين يصدون عن الاسواق قال الشيخ
ابو حامد : فاختبارهم اصعب من الاول ، واختيار الواحد منهم أن يدفع اليه ثوبه
من المال ويجعل اليه نفقة الاسرة مدة شهر مثلاً أو ما أشبه ذلك ، لشراء متطلبات
الدار واحتياجاتها ، فان كان ضابطاً حافظاً يحسن انفاق ذلك علم رشده ، وان كان
غير ضابط لم يعلم رشده ، أو كما قال .

قال الصيدلاني : وولد البناء يختبر بالدراعة . هذا اذا كان المختبر عنلماً ،
فان كان امرأة قال الشيخ ابو حامد وابن الصباغ : لا تختبر بالبيع والشراء ، لان
العادة جرت أنها لا تباع ذلك ، وانما تختبر في البيت بأن يدفع اليها ثوبه من المال
ويتولى نساء ثقات الإشراف على فعلها ، وتؤمر بانفاق ذلك في الخبز والملح
واللحم والحضر والوقود واصلاح أدوات المطبخ وصيانة أثاثك البيت : وما الى
ذلك ، أو كما قال .

قال الصيمري : ان كانت متبذلة تعامل الخباز والصباغ اختبرت بالبيع والشراء .
وقال الصيمري : ولا يعلم رشده حتى يتكرر ذلك منه التكرار الذي يؤمن أن
يكون ذلك اتفاقاً (مصادفة)

قال الشافعي في الأم : وقد رأيت من الحكام من أمر باختبار من لا يوثق
بجأله تلك الثقة بأن يدفع اليه القليل من ماله ، فان أصلح فيه دفع اليه ما بقي ،
وإن أفسد فيه كان الفساد في القليل أيسر منه في الكل ، ورأينا هذا وجهاً من
الاختبار حسناً . والله أعلم

(فرع) فبمن قامت بيئته برشده ثم قامت بيئته أخرى بسفمه

كتب السبكي على بن عبد الكافي رحمه الله تعالى رداً على سؤال من ابنه في
امرأة سفية تحت الحجر قامت بيئته برشدها ثم حضر وصيها فأقام بيئته بسفمها ،
فهل تسمع بيئته السفه ويعاد الحجر عليها ، واختلف ابنه مع غيره من الفقهاء ،
فقال على رحمه الله

أما كون بيئته السفه لا تقبل الا مفسرة فينبغي ذلك . لأن الناس مختلفون
في أسباب السفه والرشد : فمن الناس من يرى صرف المال الى الاطعمة النفيسة
التي لا تليق بجأله سفماً ، والصحيح أنه ليس بسفه ، ولكن صرفها في الحرام سفه

ومن الناس من يرى أن الصبي إذا بلغ وهو يفرط في إنفاق المال في وجوه الخير من الصدقات ونحوها يكون سفيهاً لذلك ، والصحيح أنه لا يكون بذلك سفيهاً . ومن الناس من يرى أن الرشد هو الإصلاح في المال فقط . وعندنا ليس كذلك ، بل لا بد من الإصلاح في الدين والمال ، وخالف فيه بعض أصحابنا وجماعة من العلماء ومن السفيه ما يكون طارئاً ومنه ما يكون مستداماً ؛ والشاهد قد يكون عامياً وقد يكون فقيهاً ويرى سفيهاً ما ليس سفيهاً عند القاضي . وكذلك الرشد . فكيف تقبل شهادته مطلقاً . فيدعى أن لا تقبل الشهادة بالسفه حتى يبين سفيهاً ، ولا بالرشد حتى يبين أنه مصلح لدينه وماله كما هي عادة المحاضر التي تكذب بالرشد . وقال الماوردي : إذا أقر الرهن والمرتهن عند شاهدين أن يؤديا ماسمعه وشرحا فلو أراد أن لا يشرحا بل شهدا أنه رهن بالفين ، فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يحجز ، وكذا إن كانا من أهل الاجتهاد في الأصح ، لأن الشاهد ناقل ، والاجتهاد إلى الحاكم

وقال ابن أبي الدم : الذي تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها ، بل وظيفته نقل ما سمعه أو شاهده ، فهو سفير إلى الحاكم فيما ينقله من قول سمعه أو فعل رآه ، وقد اختلف أصحابنا في الشهادة بالردة ، هل تقبل مطلقاً أو لا بد من البيان ، والمختار عندي أنه لا بد من البيان وفاقاً للغزالي لاختلاف المذاهب في التكفير ، ولجهل كثير من الناس ، وإن كان الرافعي رجح قبولها مطلقاً لظهور أسباب الكفر . وهذه العلة لا يأتي مثلها في السفه والرشد

فيترجح أنه لا بد من البيان كالجرح ؛ وليس الرشد كالتعديل حتى يقبل مطلقاً ، نعم هو مثله في الاكتفاء في الإطلاق في صلاح الدين ، والإطلاق في صلاح المال لعسر التفصيل فيه .

أما إطلاق الرشد من غير بيان الدين والمال فلا يكفي ، وبعد أن أوضح العلامة رحمه الله تقديم بينة الرشد على بينة السفه مقيدة بالتاريخ قال : وأما إذا قبلناها مطلقاً فالذي بحثه الوالد - يعني ابنه - صحيح . ويشهد له ما قاله الشيخ تقي الدين أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله في فتاويه في ثلاث مسائل متجاورة في

أول كتاب التندليس . لإحداها فيمن علم يسار شخص في زمان متقدم هل له ان يشهد الآن ببساره ؟ وهل يسأله الحاكم عن كونه موسراً حال أداء الشهادة . وعليه الشهادة . كذلك أجاب رضى الله عنه - . بمعنى ابن الصلاح - أن له أن يشهد الآن ببساره معتمداً على الاستصحاب ، الا أن يكون قد طرأ ما أوجب اعتقاده بزواله أو جعله في صورة التشكيك في بقاءه وزواله ، والاعتقاد في هذا على الاستصحاب السالم عن طارىء .

فخذته كالاتحاد على مثله في الملك ولا يشترط فيه الخبرة الباطنة كما هنالك ، وما علة به ذلك من أنه لا طريق له الا الاستصحاب في الباطن لا بد له من الاستصحاب موجود هنا .

قال وما يدل من كلامهم على جريانه في نظائره قولهم في البينة الناقلة في الدين في مسألة الإبنين المسلم والنصراني وفي غيرها أنها ترجح على المنفية ، لأنها اعتمدت على زيادة علم ، والاخرى ربما اعتمدت على الاستصحاب . وهذا تجوز منهم لذلك ، والا لكان ذلك قد جاء فيها لا من قبيل الترجيح ، بل يكتفى الحاكم بالشهادة أنه موسر ، فإنه يتناوله الحال : فإن أحوجه الى ذكر الحالة الراهنة فله أن يشهد لذلك معتمداً على الاستصحاب المذكور ، بل لا ينبغي أن يفصح بذلك في الشهادة ، فإنه لا بد من الدين بما شمل الحال الحاضرة . هكذا نقل السبكي كلام ابن الصلاح . والله أعلم

قال المسعودى : ولا يضمن الولى المال الذى يدفعه اليه للاختبار ، لأن ذلك موضع حاجة اليه اهـ

(فرع) اذا بلغت المرأة مرتبة من الادراك والنصون تجعلها مصاحبة لمالها ودينها فك عنها الحجر ودفع اليها مالها ، سواء تزوجت أو لم تتزوج ، ثم يكون لها التصرف في جميع مالها بغير اذن زوجها . وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وقال مالك رضى الله عنه : لا يفك عنها الحجر حتى تتزوج ويدخل بها ، واذا تزوجت لم يحز لها أن تنصرف بأكثر من ثلث مالها بغير معارضة الا باذن زوجها دليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب في العيد فلما فرغ من خطبته أتى النساء فوعظهن وقال : تصدقن ولو من حليكن ، فتصدقن بحليهن ،

رواه الشيخان . فلو كان لا ينفذ تصرف من بغير اذن أزواجهم لم أمرهن النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة ، ولا محالة أنه كان فيهن من لها زوج ومن لا زوج لها ولو أنها حرة بالغه رشيدة فليس تمنع من مالها كما لو تزوجت

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان بلغ مصلحا للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى (فان آنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وهل يفتقر فك الحجر الى الحاكم . فيه وجهان .

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون .

(والثاني) أنه يفتقر الى الحاكم لأنه يحتاج الى نظر واختبار ، فافتقر الى الحاكم كفك الحجر عن السفیه

(الشرح) الاحكام : واذا بلغ مصلحا لماله ودينه فك عنه الحجر ، وهل يفتقر فك الى الحاكم ، فيه وجهان

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر لم يفتقر ثبوته الى الحاكم فلم يفتقر فك الى الحاكم كالحجر على المجنون ، وفيه اجتزاز من حجر السفیه .

(والثاني) لا ينفك الا بحكم الحاكم ، لأنه يفتقر الى نظر واجتهاد فافتقر الى الحاكم كالحجر على السفیه ، هذا هو المشهور

وقال الصيمري : ان كان الناظر في ماله هو الاب أو الجد لم يفتقر الى الحاكم وان كان الناظر فيه أمين الحاكم (الحارس) لم ينفك الا بالحاكم

وان كان الناظر فيه هو الحاكم ففيه وجهان

(أحدهما) لا يفتقر فك الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه الاب والجد .

(والثاني) يفتقر الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه أمين الحاكم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن فك عنه الحجر ، ثم صار مبدراً حجر عليه ، لما روى أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ابتاع أرضاً سبخة بستين ألفاً فقال عثمان ما يسرنى أن تكون لى بنعلى معا ، فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه ، وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه ، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير ، وذكر أن علياً يريد أن يسأل عثمان رضى الله عنهما أن يحجر عليه ، فقال الزبير : أنا شريكك فجاء على إلى عثمان رضى الله عنهما وسأله أن يحجر عليه ، فقال : كيف أحجر على من شريكه الزبير فدل على جواز الحجر ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ ، كالجنون .

فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقاً فقيهه وجهان . قال أبو العباس : يعاد عليه الحجر ، لأنه معنى يقتضى الحجر ، عند البلوغ ، فاقضى الحجر بعده كالتبذير .

• • •

وقال أبو إسحاق : لا يعاد عليه الحجر ، لأن الحجر للفسق لحوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين ، فلا يزال به ما يثقنا من حفظه المال ، ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم ، لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضى الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر ، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر ، فإن الغيب قد يكون تبذيراً ، وقد يكون غير تبذير ، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم ؛ فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم ؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المقلس .

ويستحب أن يشهر على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله ، فإن أقرضه رجل مالا أو باع منه متاعاً لم يملكه ، لأنه محجور عليه لعدم الرشد ، فلم يملك بالبيع والقرض . كالصبي والمجنون ، فإن كانت العين باقية ردت . وإن كانت تالفة لم يجب ضمانها . لأن المالك إن علم بحاله فقد دخل على بصيرة وأن ماله ضائع وإن لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار ، ودخل في معاملته على غير معرفة .

وان غصب مالا وأتلفه وجب عليه ضمانه : لأن حجر العبد والصبي أكد من حجره ، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف ، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى ، فإن أودعه مالا فأتلفه ، ففيه وجهان .
(أحدهما) أنه لا يجب ضمانه ، لأنه فرط في التسليم اليه .

(والثاني) يجب ضمانه ، لأنه لم يرض بالإتلاف . فان أقر بمال لم يقبل اقراره لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح اقراره بالمال كالصبي ، ولأننا لو قلنا يصح اقراره توصل بالافرار الى ابطال معنى الحجر ، ومالا يلزمه بالافرار والاتباع لا يلزمه اذا فك عنه الحجر ، لانا أسقطنا حكم الافرار والاتباع لحفظ المال ، فلو قلنا : انه يلزمه اذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال ، وان طلق امرأته صح الطلاق ، لان الحجر لحفظ المال ، والطلاق لا يضيع المال ، بل يتوفر المال عليه وان خالع جاز ، لانه اذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى .

ولا يجوز للمرأة أن تدفع اليه المال فان دفعته لم يصح القبض ولم تبرأ المرأة منه ، فان تلف كان ذلك من ضمانها ، وان تزوج من غير اذن الولى فالنكاح باطل لانه يجب به المال فاذا صححنا من غير اذن الولى تزوج من غير حاجة ، فيؤدى الى اتلاف المال ، فان تزوج باذنه صح ، لأن الولى لا يأذن الا في موضع الحاجة ، فلا يؤدى الى اتلاف ماله ، فان باع باذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح .

(والثاني) لا يصح ، لان القصد منه المال ، وهو محجور عليه في المال ، فان حلف انعقدت يمينه ، فاذا حنث كفر بالصوم ، لانه مكاف بمنوع من التصرف بالمال ، فصحت يمينه ، وكفر بالصوم كالعبد ، وان أحرم بالحج صح احرامه لانه من أهل العبادات ، فان كان فرضاً لم يمنع من اتمامه ، ويجب الانفاق عليه الى أن يفرغ منه لانه مال يحتاج اليه لاداء الفرض فوجب .

وان كان تطوعاً - فان كان ما يحتاج اليه في الحج لا يزيد على نفقته - لزمه اتمامه ، وان كان يزيد على نفقته - فان كان له كسب اذا أضيف الى النفقة أمكنه الحج . لزمه اتمامه ، وان لم يمكنه حمله الولى من الاحرام ، وبصير كالمحصر

ويتحلل بالصوم دون الهدى ، لأنه محجور عليه في المال ، فتحلل بالصوم دون الهدى كالعبد ، وإن أقر بنسب ثبت النسب ، لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد ويتفق على الولد من بيت المال ، لأن المقر محجور عليه في المال ، فلا يتفق عليه من المال كالعبد . وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو . لأن القصد منه التشنى ودرك الغيظ ، فإن عفا على مال وجب المال ، وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال — فإن قلنا : إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية وجبت الدية ، ولم يصح عفو عنها . وإن قلنا : إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال .

(الشرح) قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعي في مسنده عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف القاضي عن هشام بن عروة عن أبيه ؛ وأخرجها أيضاً البيهقي وقال : يقال إن أبا يوسف تفرد به ، وليس كذلك ، ثم أخرجها من طريق الزهري المدني القاضي عن هشام نحوه ، ورواها أبو عبيدة في كتاب الأموال عن عفان بن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال : قال عثمان لعلي رضي الله عنه ألا تأخذ علي يد ابن أخيك — يعني عبد الله بن جعفر — وتحجر عليه ؛ اشترى سبخة — أي أرضاً لا تنبت — بستين ألف درهم مايسرني أنها لي ببغلي ، وقد ساق القصة البيهقي فقال : اشترى عبد الله بن جعفر أرضاً سبخة فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه فيجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر ذلك له ، فقال الزبير : أنا شركتك ، فلما سأل علي عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر قال : كيف أحجر علي من شركته الزبير وفي رواية للبيهقي أن الثمن ستائة ألف .

وقال الرافعي : الثمن ثلاثون ألفاً . قال الحافظ : له من غاط النساج ، والصواب بستين ألفاً اهـ .

(قلت) وقد ورد التصحيف أيضاً في قول عثمان رضي الله عنه : ما يسرني أن تكون لي ببغلي ، فوردت ببغلي . ووردت ببغلي . وروى القصة ابن حزم في المحلى فقال : بستين ألفاً .

أما الأحكام فقد استدل بهذه الواقعة من أجاز الحجر على من كان سيء التصرف ، وبه قال علي وعثمان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن جعفر وشريح وعطاء والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد .

قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري : والجمهور على جواز الحجر على الكبير وخالف أبو حنيفة وبعض الظاهرية ، ووافق أبو يوسف ومحمد . قال العاجز ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير ، ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم وابن سيرين .

وحكى صاحب البحر عن العترة أنه لا يجوز مطلقاً ، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز أن يسلم إليه ماله إلا بعد خمس وعشرين سنة ولا يعاد عليه الحجر إذا أسلم إليه ماله بعد خمس وعشرين ، سواء أفسد دينه وماله أو أحدهما . قال العمراني في البيان : إذا باع الصبي مصلحاً ماله ودينه ففك عنه الحجر ودفع إليه ماله ثم صار مفسداً لدينه وماله . أو لماله ، فإنه يعاد الحجر عليه بلا خلاف على المذهب . فأما إفساد الدين فعروف ، وأما إفساد المال ، قال الشيخ أبو حامد : فيكون بأحد أمرين : إما بأن يتفقه في المعاصي . مثل الزنا وشرب الخمر وغير ذلك . والثاني أن يتفقه فيها لا مصلحة له فيه ولا غرض ، مثل أن يشترى ما يساوي درهماً بمائة درهم . فأما إذا أكل الطيبات ولبس الناعم من الثياب ، وأنفق على الفقهاء والفقراء فهذا ليس فيه إفساد للمال اهـ

وأما إذا عاد مفسداً لدينه وهو مصلح لماله فهل يعاد الحجر عليه ؟ فيه وجهان قال أبو العباس يعاد عليه الحجر لقوله تعالى (فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو فليملأوا به بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه وهذا سفيه . ولأنه معنى لو قارن البلوغ لمنع فك الحجر عنه . فإذا طرأ بعد فك الحجر عنه ، اقتضى ذلك إعادة الحجر عليه كالبتير

وقال أبو إسحاق المروزي : لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر يراد لحفظ ماله فإذا كان مصلحاً لماله لم يعد عليه الحجر ، ويخالف إذا قارن إفساد الدين البلوغ لأن الحجر إذا ثبت لم يزل عنه إلا بأمر قوي : فكذلك إذا فك عنه الحجر لم يعد عليه إلا بأمر قوي . هذا مذهبتنا . وأنه إذا عاد مفسداً لماله ودينه عاد عليه

الحجر، وبه قال عثمان وعلي والزبير وابن الزبير وعبد الله بن جعفر وعائشة أم المؤمنين
وشريح ومالك وأبو يوسف ومحمد، وقد مضى خلاف أبي حنيفة لهم جميعا
دليلنا ما مضى في قوله تعالى (فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو
لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل)

قال الشافعي رضى الله عنه: والسفيه هو المفسد لماله ودينه، والضعيف هو
الصبي والشيخ الفاني، والذي لا يستطيع أن يمل المجنون
والسفيه اسم ذم يتناول المبذر، فأما قوله تعالى (سيقول السفهاء من الناس)
الاية. فأراد اليهود. وقيل أراد المنافقين. وقيل أراد اليهود والنصارى.
وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) الاية. قيل أراد به النساء، وهو
قول مجاهد وهذا القول لا يصح، إنما تقول العرب للنساء سفاهة أو سفهيات،
لأنه الأكثر في جمع فعيلة.

وروى عن عمر رضى الله عنه: من لم يتفقه فلا يتجر في سوقنا، قال القرطبي
فكذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعنى الجهال بالأحكام، وقوله
تعالى (أموالكم، أى أموالهم، كقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل،
أى أموال بعضهم).

ويدل على ما ذكرناه أن حبان بن منقذ أصابه في عقله ضعف، فأتى أهله الى
النبي صلى الله عليه وسلم فسأله أن يحجر عليه، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
(لا تبع، فقال انى لا أصبر؛ فقال صلى الله عليه وسلم: من بايعته فقل: لا خلافة
والك الخيار ثلاثا، فلو كان الحجر لا يجوز على البالغ لأنكر رسول الله (ص)
عليهم سؤالهم. وإنما لم يحجرهم الى الحجر لأنه يحتمل أن يكون الذى يغيب به مما
يتغابن الناس بمثله.

ويدل على ما ذكرناه اجماع الصحابة في قصة عبد الله بن جعفر حين قال عثمان
رضى الله عنه: كيف أحجر على من شريكه الزبير، وإنما قال هذا لأن الزبير
ابن العوام رضى الله عنه كان معروفا ببصره في التجارة، فدل على أن الحجر
جائز عندهم بالإجماع.

وروى أن عائشة رضى الله عنها كانت تنفق نفقة كثيرة، فقال ابن الزبير

لثنتهين عائشة أو لأحجر بن عليهما . فبلغها ذلك خلقت أن لا تكلمه ، فاتاه ابن الزبير واعتذر اليها فكفرت عن يمينها وكلمته ، فلم ينكر عليه أحد . ويقول : إن عائشة رضى الله عنها بالغة رشيدة ، فكيف يحجر عليها ؟ ولأن كل منى لو قارن البلوغ منع من تسليم المال اليه فاذا طرأ بعد البلوغ اقتضى إعادة الحجر عليه كالمجنون (فرع) بعض الناس يكون شحيحا على نفسه جداً مع يساره وامتلأته فهل

يحجر عليه ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى ، الصحيح أنه لا يحجر عليه

(فرع) أما في حالة التبذير والإسراف إذا صار ذلك منه بعد فك الحجر عنه فإنه لا يعيد الحجر عليه إلا الحاكم . وبه قال أبو يوسف . وقال محمد : يصير بذلك محجوراً عليه ، وهو قول بعض اصحابنا الخراسانيين

دليلنا أن علياً رضى الله عنه سأل عثمان رضى الله عنه أن يحجر على عبد الله ابن جعفر بن أبي طالب ، فدل على أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بالحاكم ، ولأن الحجر بالتبذير مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم ، كالطلاق بالعنة لا يثبت إلا بالحاكم لموضع الاختلاف فيه ، فإذا حجر عليه لم يبطل في ماله إلا الحاكم . لأنه - جر ثبت بالحاكم فكان هو الناظر فيه كالحجر على المفاس

ويستحب أن يشهر الحاكم على ذلك ، فيشهر هذا الحجر بوسائل الإشهار العرفية حسب كل زمان ومكان ، ففي القرى مثلاً أو في البلاد المنبذية يكون بالمنادى أو الإعلان الملمصق ؛ وفي المدن الكبرى يكون بالناشر في الصحف المقروءة ، حتى لا يغتر الناس بمعاملته

(فرع) فإذا باع أو اشترى بعد الحجر كان ذلك باطلاً ، فإن حصل له في يد غيره مال استرجعه الحاكم منه إن كان باقياً ، أو استرجع بدله إن كان تالفاً . وإن حصل في يد المحجور عليه مال لغيره يبيع أو غيره استرده الحاكم منه ورد على مالكه ، وإن باعه غيره شيئاً أو أقرضه إياه ، ثم تلف في يده أو أتلفه فإنه لا يجب عليه ضمانه ، سواء علم بحجره أو لم يعلم ، لأنه إن علم بحجره فقد دخل على بصيرة ، وإن لم يعلم بحاله فقد قصر وفرط حيث بايع من لا يعلم حاله ، ولا يلزمه إذا فك عنه الحجر ، لأن الحجر عليه لحفظ ماله . ولو أزمناه ذلك بعد الحجر لبطل معنى الحجر ، وهذا في ظاهر الحكم ، وهل يلزمه ضمانه فيما بينه وبين

الله تعالى ؟ فيه وجهان - كماهما في الإفصاح (أحدهما) يلزمه ذلك . وبه قال
الصيدلاني والعمراني ، لأن الحجر لا يبيع له مال غيره

(والثاني) لا يلزمه . قال في الإفصاح : وهو الأصح ، وإن خصب في يده
عينا فتلقت في يده أو أتلفها في يده أو يد مالكها وجب عليه ضمانها ، لأن السفية
أحسن حالا من الصبي والمجنون لأنه مكاف ، لأنه ثبت أن الصبي والمجنون إذا
أتلفا على غيرهما مالا وجب عليهما الضمان ، فكذا ذلك هذا مثله

وإن أودعه رجل عينا فأتلفها ، فهل يجب عليه الضمان . فيه وجهان
(أحدهما) لا يجب عليه ضمانها لأن صاحبها عرضها للإتلاف بتسليمها إليه
(والثاني) يجب عليه الضمان لأن مالكها لم يرض بإتلافها ، لأن غير المحجور
عليه لا يلزمه ذلك فالمحجور عليه أولى .

وإن أقر لغيره بعين في يده أو دين في ذمته لم يلزمه ذلك في الحال ، ولا بعد
فك الحجر ، لأننا لو قبلنا إقراره لبطلت قاعدة الحجر ، والحجر يقتضى
حفظ ماله .

(فرع) وإن طلق السفية أو خالع صح طلاقه وخلعه ، إلا أن المرأة لا تسلم
المال اليه : بل تسلم إلى وليه ، فإن سلمته اليه فتلف في يده أو أتلفه وجب عليها
الضمان كما قلنا في البيع .

ولو أذن ولي السفية للمرأة بتسليم المال إلى السفية فسلمته اليه فهل تبرأ . فيه
وجهان (أحدهما) تبرأ كما لو سلمت المرأة المال إلى العبد بأذن سيده (والثاني)
لا تبرأ لأنه ليس من أهل القبض . هذا مذهبتنا وبه قال عامة أهل العلم

وقال ابن أبي ليلى والنخعي وأبو يوسف : لا يصح طلاقه وخلعه
دليلا قوله تعالى ، الطلاق مرتان ، فأسسك بمروفي أو تبرج باحسان ،
ولم يفرق بين السفية وغيره ، ولأنه يستفيد بالطلاق ، فإنه إن كان قبل الدخول
رجع إليه نصف المهر ، وإن كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة
والمصالح . ويحصل له ذلك بالخلع وما بذلت له

(فرع) ولا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأن النكاح يتضمن وجوب المال

فلم يصح بغير إذن الولي ، وإن احتاج إلى النكاح فالولي بالخيار إن شاء زوجه بنفسه وتولى العقد ، وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه ، لأنه عامل مكلف ، وإنما حجر عليه لحفظ ماله بخلاف الصبي

وإن تزوج السفية بغير إذن الولي ودخل بها فما الذي يلزمه ؟ قال المسعودي فيه ثلاثة أقوال (أحدها) لا يلزمه شيء كالأشهرى شيئا بغير إذن وليه وأتلفه (والثاني) يلزمه مهر المثل ، كما لو جنى على غيره (والثالث) يلزمه أقل شيء يستباح به البضع لأن البضع لا يستباح بالإباحة . وأما البغداديون من أصحابنا فقالوا : هي على وجهين (أحدهما) لا يلزمه شيء (والثاني) يلزمه مهر المثل . (فرع) وإن أذن الولي في البيع والشراء فباع أو اشترى فهل يصح . فيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح النكاح إذا أذن له فيه (والثاني) لا يصح لأن البيع والشراء يختلف حكمه ساعة فساعة ، لأنه قد يزيد سعر السوق وينقص ، فاتفقوا على عقد الولي ، ولأن البيع والشراء يتضمن المالم لا غير . وهو محجور عليه في المالم بخلاف النكاح .

(فرع) وإن حلف انعمت يمينه ، فإن حنث كفر بالصوم ، ولا يكفر بالمالم لأنه محجور عليه في المالم ، وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه من أهل التكليف فإن كان فرضاً لم يمنع من إتمامه وأنفق عليه من ماله ما يحتاج إليه ، وإن كان متطوعاً — فإن كان نفقته على إتمامه لا تزيد على نفقة الحاضر — لم يجوز تحليله ، وإن كانت تزيد على نفقة الحاضر ، فإن كان له كسب وقال أنا أتمم النفقة بالكسب لم يحلل ، وإن لم يكن له كسب حلله الولي وبصير كالمحصر ، فيتحلل بالصوم دون الهدى لأنه محجور عليه في المالم فأشبهه المفلس في هذه الأمور كلها . وبهذا قال أصحاب أحمد رضي الله عنه

(فرع) وإن أقر بنسب بلحقه في الظاهر ثبت النسب ، لأن ذلك لا يتضمن اتلاف المالم . وإن أقر بنسب من يلزمه نفقته لم ينفق عليه من ماله بل ينفق عليه من بيت المالم ، وإن وجب له القصاص فله أن يقبض لأن الغرض منه التشفي ، وإن عفا عنه على مال كان الأمر له . وإن عفا مطلقاً أو على غير مال . فإن قلنا

ان الواجب القصاص لا غير صح عفوہ . وان قلنا ان الواجب أحد الامرین لم یصح عفوہ عن المال

وان أقر بجناية العمد صح اقراره لانه غير متهم في ذلك ، فان أراد المقر له العفو على المال . قال الطبري : فان قلنا ان موجب العمد القود ثبت المال ، لأن الذي ثبت باقراره هو القتل والقطع دون المال . وان قلنا ان موجبہ أحد الامرین فهل يثبت .

اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان كالعبد اذا أقر بالسرقة فانه يقبل في القطع ، وهل يقبل في المال ، فيه قولان . ومنهم من قال : له أخذ المال قولاً واحداً ، لأن الواجب أحدهما لا يمينه ، وكل واحد منهما بدل عن الآخر ، وتعلقهما بسبب واحد . وأما السرقة ففيها حكاية (أحدهما) القطع لله تعالى لأنه حق الله تبارك وتعالى ، والآخر الآدمي مجاز ثبوت أحدهما دون الآخر . ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع : ولو شهدا على القطع لم يثبتا .

وان دبر السفیه أوصى - على ما سنفصله ان شاء الله في أحكام المدبر - فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان كالصبي ، ومنهم من قال : يصح قولاً واحداً قال الطبري وهو الصحيح ؛ لأن الصغير لا حكم لقوله ولا يصح شيء من اقراره بخلاف السفیه فانه يصح اقراره بالنسب

(فرع) المرتد اذا قلنا ان ملكيته باقية على ماله فانه محجور عليه ، وهل يفتقر الى حجر الحاكم ، فيه قولان . واذا زال السفه فانه لا يتفك الحجر عنه الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل من غير حكمه . والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الصلح

إذا كان لرجل عند رجل عين في يده ، أو دين في ذمته ، جاز أن يصلح منه والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المسلمين ، فإن صلح عن المال على مال ، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار ، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر ، والجهالة ، والربا ، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة ، لأنه باع ماله بمال ، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه ، وإن صلحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح ، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض . فإن صلحه من دين على عين ، وتفرقا قبل القبض ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ، لانهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد ، فأشبهه إذا تفرقا عن دين بدين .

والثاني : يصح ، لأنه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمه ، وإن صلح عن المال على منفعة فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار . ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة . لأنه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة .

(فصل) وإن صلح من دار على نصفها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه ابتاع ماله بماله (والثاني) يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف وأخذ النصف وإن صلحه من الدار على سكنها سنة ففيه وجهان . (أحدهما) لا يصح ، لأنه ابتاع داره بمنفعتها (والثاني) يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كالأخذ والدار وأعاره سكنها سنة وإن صلحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه يبيع ألف بخمسمائة (والثاني) أنه يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطى خمسمائة .

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة . قال الحاكم : على شرطهما وصححه ابن حبان ، ورواه الترمذى وحسنه بزيادة المسلمين على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، عن عمرو بن عوف وقال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذى أيضاً عن عمرو بن عوف بالفظ ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، وأخرجه الحاكم وابن حبان في إسناده عند هؤلاء جميعاً كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً قال فيه الشافعى وأبو داود هو ركن من أركان الكذب ، وقال النسائى : ليس بثقة . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وتركه أحمد ، وقد نوقش الترمذى في تصحيحه لهذا الحديث . قال الذهبي : فروى من حديثه الصلح جائز بين المسلمين ، وصححه فلماذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه .

وقال ابن كثير في إرشاده : قد نوقش أبو عيسى الترمذى في تصحيحه هذا الحديث وما شكاه اه .

وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر العسقلانى فقال فى الملوغ المرام : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وقد صححه ابن حبان من طريق أبي هريرة ، وقال فى الفتح : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وذلك لأنه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة اه .

وأخرجه أيضاً الحاكم من طريق أنس ، وأخرجه أيضاً من حديث عائشة ، وكذلك الدارقطنى .

وأخرجه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة وأخرجه ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلاً وأخرجه البيهقى موقوفاً على عمر كتيبه إلى أبي موسى الأشعري ، وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناده حديث أنس وإسناده حديث عائشة وإهيان ، وضعف ابن حزم حديث أبي هريرة الذى ساقه المصنف ، وكذلك ضعفه عبد الحق .

وقد روى من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة ، وكثير بن زيد المذكور ، قال أبو زرعة صدوق ، ووثقه ابن معين ، والوليد بن رباح صدوق أيضا ، ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة : والطرق يشهد بعضها لبعض . قال الشوكاني : فأقل أحوالها أن يكون المن الذي اجتمعت عليه حسنا .

أما لغات الفصل : فالصلح هو التوفيق ، ومنه صلح الحديدية ، والصلح هو الخير والصواب وصالح للأمر أى له أهلية القيام به . وفي الدين أقسام : صلح المسلم مع الكافر . والصلح بين الزوجين . والصلح بين الفئتين الباغية والمعادلة . والصلح بين المقاضين . والصلح في الجراح كالعفو على المسال . والصلح لقطع المحسومة إذا وقعت المزاحمة إما في الأملاك أو في المشتركات وهذا الصلح الأخير هو الذي يتكلم فيه أصحابنا من أهل الفروع ،

أما الأحكام : فإن الأصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما الآية ، فأمر الله تعالى بالصلح بين المؤمنين . وقوله تعالى : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو لإعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير ، وقوله تعالى : وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدنا أصلا حابو فقي الله بينهما ، فدللت هذه الآيات على جواز الصلح .

أما السنة فقد روى البخارى وأحمد والترمذى وصححه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته . وإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه ، لفظ البخارى هكذا أما الآخران فقالا فيه : ومظلمة من مال أو عرض ، وحدث أبو هريرة الذى ساقه المصنف وأحاديث أخرى تأتي في فصول الصلح الآتية إن شاء الله تعالى .

وأما الاجماع فإن الأمة أجمعت على جوازه .

إذا ثبت هذا : فإن الصلح فرع على غيره ، وهو ينقسم على خمسة أقسام :

قسم هو فرع على البيع ، وهو أن يدعى عليه عيناً في يده فيقر له بها فيصالحه من ذلك على عين أو دين ، فهذا حكمه حكم ما لو اشترى منه عيناً بدين أخرى أو بدين ، فيعتبر فيه ما يعتبر في البيع من الربا . ويبطل بما يبطل فيه البيع من الغرر وثبت فيه ما ثبت في البيع من الخيار ، لأن ذلك مع تلفظ الصلح

وإن ادعى عليه ديناً في ذمته فأقر له به ثم صالحه منه على ذمته وتفرقا قبل القبض لم يصح الصلح ، كما لا يصح في بيع الدين بالدين ، وإن صالحه منه على عين وقبض العين قبل التفرق صح الصلح — إذا كان الدين ما يصح أخذ العوض عنه وإن اختلفا عن المجلس قبل قبض العين فهل يصح ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح لأنهما اختلفا والعوض في ضمان واحد فلم يصح ، كما لو صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض

(والثاني) يصح كما يصح في بيع العين بالدين

القسم الثاني : صلح هو فرع على الإجارة ، وهو أن يدعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فيقر له به ، ثم يصالحه من ذلك على سكنى داره شهراً ، أو استعمال سيارته مدة معلومة : ويملك المقر ما ادعى عليه به ، ويمالك المقر له منفعة الدار والسيارة ، كما لو استأجر منه ذلك ، وبشترط فيه ما يشترط في الإجارة على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : صلح هو فرع على الإبراء والخطيئة . وهو أن يدعى عليه ألفاً في ذمته فيقر له بها فيصالحه على بعضها . قال الشيخ أبو حامد : فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يقول الذي عليه الحق لمن له الحق : أدفع اليك خمسمائة بشرط أن تسقط عني الخمسمائة الأخرى ، أو يقول صاحب الحق : أدفع اليّ خمسمائة على أن أسقط عنك الخمسمائة الأخرى . فهذا لا يجوز ، فإذا فعلا ذلك كان باطلاً ، وكان لصاحب الألف المقر له أن يطالب بالخمسمائة الأخرى ، لأنه دفع إليه بعض حقه وشرط شرطاً لا يلزمه ، فسقط الشرط ، ووجب الألف بالإقرار (والثاني) أن يقول أدفع اليك خمسمائة وأبرئني من خمسمائة ، أو يقول الذي له الحق : أدفع إليّ خمسمائة فقد أبرأتك من الخمسمائة الأخرى ، فإن هذا

يجوز ، إذ لم يدخل فيه حرف الشرط . وهو قوله على أن تبرئني ، أو بشرط أن تبرئني ، لأنه كان له حق فأخذ بعضه وأبرأ من البعض . اهـ

وقد قال المصنف : وإن صالحه من ألف على خمسمائة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح كما لو باع ألفاً بخمسمائة (والثاني) يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطيت خمسمائة .

وقال المسعودي : إذا ادعى عليه ألف درهم حالة فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مؤجلة صح الصلح ولا يلزم الاجل . وإن ادعى عليه ألف درهم مؤجلة فأقر له بها ثم صالحه عنها على خمسمائة حالة لم يصح ، لأنه جعل الخمسمائة التي تركها عوضاً للحلول . وذلك لا يجوز أخذ العوض عليه .

وإن ادعى عليه ألف درهم صحاحاً فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مكسرة قال المسعودي : صح الصلح ، ولا يلزمه أخذ المكسرة ، بل يجب له خمسمائة صحاح ، لأن الصحة صفة فلا يصح الإبراء منها . اهـ

القسم الرابع : صلح هو فرع على الهبة ، وهو أن يدعى عليه داراً فيقر بها . فقال المقر : أدفع اليك نصفها ووهبتك النصف الآخر صححت الهبة ، لأنها مجردة غير معقدة على شرط ، وإن كان بلفظ الصلح بأن قال المقر للمقر له : صالحني من هذه الدار بنصفها فذكر المصنف أنها على وجهين (أحدهما) لا يصح ، لأنه باع ماله بماله (والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره أنه يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو قال : ادفع الي نصفها ووهبتك النصف الثاني

القسم الخامس : صلح هو فرع على العارية بأن يدعى عليه داراً في يده فأقر له بها ، ثم قال المقر له للمقر : صالحني عن هذه الدار بسكنائها سنة ، فقال المقر صالحتك ؛ صح الصلح ، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة . قال المسعودي ، وللمقر له أن يرجع في عاريته ، وذكر المصنف أنها على وجهين .

(أحدهما) هذا (والثاني) لا يصح لأنه انتاع داره بمنفعتها

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : فإن صالح الرجل أخاه من مورثه ، فإن عرفاً ما صالحه عليه بشيء يجوز في البيع جاز . وهذا كما قال إذا ورث اثنان

من ابنيها أو أخيهما مالا فصالح أحدهما الآخر عن نصيبه ، فإن هذا فرع للبيع ،
فإذا شاهد التركة وعرف العوض صح الصالح كما لو اشتراه بلفظ الشراء .

(فرع) وإن صالحه عن الدراهم على دنانير أو على الدنانير على دراهم ، فإن
ذلك صرف ، ويشترط فيه قبض العوض في المجلس كما قلنا في الصرف .

(فرع) إذا تلف عليه ثوباً أو حيواناً قيمته دينار فأقر له به ، ثم صالحه من
ذلك على أكثر منه ، لم يصح الصالح

دليلنا أن الواجب في ذمته قيمة المتلف فلم يصح الصالح على أكثر منه ، كما
لو غصب منه ديناراً ثم صالحه على أكثر منه ، وإن صالحه عن قيمة الحيوان
بعوض وجعله مؤجلاً لم يتأجل العوض ولم يصح الصالح . وقال أبو حنيفة يصح
دليلنا أن الواجب هو دين حال في ذمته ، فإذا كان العوض عنه مؤجلاً كان

بيع الدين بالدين . وذلك لا يجوز

وإن ادعى عليه مالا مجهولاً فأقر له به وصالحه عليه بعوض لم يصح الصالح .

وقال أبو حنيفة : يصح ،

دليلنا : أن ذلك معاوضة . ولهذا ثبت بالشقص فيه الشفعة ، فلم يصح

في المجهول كالبيع ،

قال الشافعي رضي الله عنه : إذا ادعى على رجل شيئاً مجهولاً فأقر له به ثم
صالحه منه على شيء صح الصالح ، قال الشيخ أبو حامد أراد إذا كان المعقود عليه
معلوماً فيما بين المتعاقدين فيصح وإن لم يسمه ياء ، كما إذا قال بعثت منك الشيء
الذي أعرفه أنا وأنت بكذا ، فقال ابتمعت فإنه يصح والله تعالى أعلم

وقد أجمل الحرقى من الحنابلة الصالح الجائز عندهم بقوله والصالح الذي يجوز
هو أن يكون المدعى حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه ، فإن كان
يعلم ما عليه فجده فالصالح باطل . اهـ ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والثوري
أن الصالح على الإنكار صحيح ، ولكن الشافعي قال لا يصح لأنه عاوض على ما لم
يثبت له ، فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن
العوض في أحد جانبيه ، فيبطل كالصالح على حد القذف

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن ادعى عليه عينا في يده أو ديناً في ذمته فأبى المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح ، لأن المدعى اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره . والمدعى عليه عاوض على ملكه ، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله .

فإن جاء أجنبي إلى المدعى وصدقه على ما ادعاه وقال صالحني منه على مال لم يخل إما أن يكون المدعى عينا أو ديناً ، فإن كان ديناً نظرت فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح ، لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه ، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه . وذلك يجوز .

فإن صالحه عن نفسه وقال : صالحني عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعى عليه ، ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه .

(والثاني) يصح كما لو اشترى ودبعة في يد غيره ، وإن كان المدعى عينا ، فإن صالحه عن المدعى عليه وقال : قد أقر لك في الباطن ووكلني في مصالحتك ، فصدقه المدعى صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه مجاز .

ثم ينظر فيه فإن كان قد أذن له في الصلح ملك المدعى عليه العين لأنه ابتاعه له وكيله ، وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك المدعى عليه الدين لأنه ابتاع له عينا بغير إذنه فلم يملكه .

ومن أصحابنا من قال يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله ، كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجداً ، ثم ادعاه رجل فأبى فاستنقذه الجيران من المدعى بغير إذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك . وإن صالحه لنفسه فقال أنا أعلم أنه لك فصالحني فأنا أقدر على أخذه ، صح الصلح لأنه بمنزلة بيع المنصوب ممن يقدر على أخذه ، فإن أخذه استقر الصلح ، وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع إلى ما دفع وبين أن يصبر إلى أن يقدر ، كمن ابتاع عبداً فأبى قبل القبض .

(الشرح) الأحكام : إذا ادعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فأنكره المدعى عليه ثم صالحه على عين أو دين في ذمته لم يصح الصلح بلا خلاف على المذهب ، لأنه ابتاع ملكه ، وإن ادعى عليه ألف درهم في ذمته ، فأنكره ، ثم صالحه على خمسمائة منها وقلنا : يصح صلح الخطيئة فهل يصح هذا الصلح ؟ فيه وجهان حكاهما في الإبانة .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه صلح على الإنكار فلم يصح ، كما لو ادعى عليه عيناً فأنكره (والثاني) يصح ، والفرق بينهما أن في صلح المعاوضة يحتاج إلى ثبوت العوضين برضى المتعاقدين وليس العين المدعى بها ثابتة للمدعى حتى يأخذ عليها عوضاً ، وههنا هو إبراء فلا يحتاج إلى رضا صاحبه ، هذا مذهبنا ، وأن الصلح على الإنكار لا يصح .

وقال ابن أبي ليلى : إن أنكره لم يصح الصلح ، وإن سكت صح الصلح .
دليلنا : قوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل ، لأن من ادعى على غيره داراً في يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض فقد ابتاع ماله بماله ، وهذا لا يجوز ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال بن الحارث « يا بلال اعلم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » .

وهذا المدعى لا يتخلو إما أن يكون كاذباً أو صادقاً ، فإن كان كاذباً فهذا الصلح الذي يصلح به يحل له ما هو حرام عليه ، وإن كان صادقاً فإنه يستحق جميع ما يدعيه ، فإذا أخذ بعوضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقي الذي كان حلالاً له ، فوجب أن لا يجوز ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، ولأن البيع لا يجوز مع الإنكار وهو أن يدعى عيناً في يد غيره فينكره فيبيعهما من غيره ، فإن البيع لا يصح ، فكذلك الصلح .

إذا ثبت هذا : فادعى على رجل ألفاً في ذمته فأنكره عنها ، ثم إن المدعى أبرأه منها صححت البراءة ، وهل يشترط في صحة البراءة القبول ؟ على وجهين يأتي ذكرهما فيما بعد إن شاء الله تعالى .

وانما صححت البراءة على الانكار لانها ليست بمعاوضة ، والذي جعل المالكية والحنفية والحنابلة يجيزون الصلح مع الانكار . ولا يفرقون بين الابرأه والشرط قاعدتهم في أن الصلح يبيح لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله ، كالصالح بمعنى الهبة ، فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه ، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه ، وقالوا : ان هذا لا يدخل في حديث « الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ، لان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه ، كإلصاحه على استرقاق حر ، أو إحلال بضع محرم ، أو صالحه بخمر أو خزير ، وليس مانحن فيه كذلك .

قلت : فان ادعى عليه ألفا في ذمته فأنكره عنها ثم صالحه على بعضها وقبض ذلك وأبرأه عن الحق الذي عليه . قال الشافعي رضى الله عنه : فالصلح باطل والابرأه لا يلزم ، فأما الصلح فيبطل لانه صلح على انكار وعلى المصالح رد ما أخذه ، وأما البراءة فلا تلزمه لأنه إنما أبرأه براءة قبض ، واستيفاء وهو أن يسلم له ما أخذه ، فإذا لم يسلم له ذلك لم تلزمه البراءة .

هذا اذا لم يعلم المدعى بفساد الصلح ، وأما اذا علم بفساد الصلح فأبرأه صحته براءته وهذا كما تقول في رجل اشترى عبدا شرا فاسدا . فقال البائع للمشتري اعتق هذا العبد : ولم يعلم البائع بفساد البيع فأعتقه — قال الشيخ أبو حامد : لم يصح العتق ، لان البائع لم يأمره باعتاقه عن نفسه ، وانما أمره أن يعتقه نظرا أنه قد ملكه بالشراء ، وان علم البائع بفساد البيع فأمر المشتري باعتاقه فأعتقه صح العتق ، وان عليه ألفا في ذمته فأقر له بها فصالحه عنها صلح حطيطة ، وأبرأه على خمسمائة فان قبض منها خمسمائة ، وأبرأه عن الباقي ثم خرجت الخمسمائة التي قبض مستحقة — قال الشيخ أبو حامد : فانه يرجع عليه بخمسمائة التي أخذها والابرأه صحيح ، لأنه لم يبرئه ليسلم له ما قبض بل أبرأه عن حق هو مقر له به والابرأه صادق حقه المقر به فنفذ ذلك وليس يتعلق بسلامة ما قبضه وعدة سلامته (فرع) واذا ادعى عينا فصالحه منها على عوض ثم اختلفا فقال المدعى : انما صححت منها على الانكار فالصلح باطل ، ولى الرجوع الى أصل الخصومة .

وقال المدعى عليه لا ، بل كنت أقررت لك بها ثم أنكرت ثم صالحت منها . قال الشيخ أبو حامد : فالقول قول المدعى لأن الأصل هو الصلح على الإنكار الذي قد عرف إلى أن تقوم البيينة بإقراره لها قبل ذلك .

(فرع) وإن ادعى رجل على رجل حقاً فأنكر لهما أجنبي إلى المدعى وقال أنت صادق في دعواك فصالحني عليه - فلا يخلو إما أن يكون المدعى دينياً أو عينياً ، فإن كان المدعى دينياً نظرت ، فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح لأنه إن كان أذن له في ذلك فهو وكيله والتوكيل في الصلح جائز ، وإن لم يكن وكيله ولم يوكله المدعى عليه ، فقد قضى عن غيره دينياً ؛ ويجوز للإنسان أن يقضى عن غيره دينياً بغير إذنه ، فإذا أخذ المدعى المال ملكه وانقطعت دعواه .

وهل الأجنبي أن يرجع على المدعى عليه بما دفع ؟ ينظر فيه ، فإن صالح عنه بإذنه ودفع بإذنه رجع عليه ، وإن صالح عنه بإذنه ، ودفع بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء لأنه متطوع بالدفع .

وإن صالح الأجنبي ليسكون الدين له ، فإن الشيخ أبا إسحاق (المصنف) قال : هل يصح الصلح ؟ فيه وجهان بناء على جواز بيع الدين من غير من هو عليه ، وقال ابن الصباغ : لا يجوز وجمعاً واحداً ، واليه أشار الشيخ أبو حامد ؛ لأن الوجهين في بيع الدين مع الإقرار ، فأما مع الإنكار فلا يصح وجمعاً واحداً كبيع العين المغصوبة ممن لا يقدر على قبضها .

وقال أصحاب أحمد : وإن صالح عند المنكر أجنبي صح ، سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف ، وسواء كان بإذنه أو غير إذنه ، لأن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازاه النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا وفي الموضوعين - أعنى إن كان بإذنه أو بغير إذنه - لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداءه ، أما إذا أذن له بالأداء عنه رجع إليه ، وهذا كله كقولنا في المذهب .

(قلت) وإن كان المدعى عينياً ، فإن صالح عن المدعى عليه بأن يقول للمدعى : المدعى عليه مقر لك بها في الباطن ، وقد وكأني في مصالحتك فصالحه عنه صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين ، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فإذا صالحه

ملك المدعى ما يأخذه وانقطع حقه من العين ، وهل يملك المدعى عليه العين المدعى بها ، ينظر فيه ، فإن كان قد وكل الأجنبي ملك العين ، فإن كان الأجنبي قد دفع العوض من مال نفسه باذن المدعى عليه ، وإن دفع بغير إذنه لم يرجع عليه كالدين ، لأنه متطوع ، لأنه إنما أذن له في العقد دون الدفع .

وإن كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبي في الصلح فهل يملك العين ؟ فيه وجهان المنصوص أنه لا يملكها . وحكى أبو علي في الإفصاح أنه يملكها كما قال الشافعي رضي الله عنه إذا اشترى رجل أرضاً وبنائها مسجداً ؛ وجاء رجل فادعاه ، فإن صدقه لزمه قيمتها ، وإن كذبه لجاء رجل من جيران المسجد فصالحه صح الصلح لأنه بذل مال علي وجه البر . قال العمراني في البيان : وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز أن يملك غيره بغير ولاية ولا وكالة ، قال : فعلى هذا يكون الصلح باطلاً في الباطن ، صحيحاً في الظاهر .

(قلت) وأما المسألة المذكورة في المسجد فلا تشبه هذه ، لأن الواجب على المدعى عليه القيمة ، لأنه قد وقفها ، ويجوز الصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه كما سبق أن بينا ذلك .

وإن قال الأجنبي المدعى : المدعى عليه منكر لك وليكر صالحني عما ادعت لتكون العين له . فهل يصح الصلح ؟ قال المسعودي : فيه وجهان . وأما إذا قال الأجنبي : أنت صادق في دعواك ، فصالحني لتكون هذه العين لي فاني قادر على انتزاعها فيصح الصلح كما يصح أن تبتاع شيئاً في يد غاصب . فإن قدر الأجنبي على انتزاعها استقر الصلح ، وإن لم يقدر كان له الخيار في فسخ الصلح ، كمن ابتاع عيناً في يد غاصب ولم يقدر على انتزاعها .

إذا ثبت هذا : فإن المدعى عليه قد وكل الأجنبي في أن يصالح عنه ، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس لا يجوز له الانتكار لأنه كاذب ، إلا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل ليصالح عنه على ما ذكرناه . قال المصنف : لا يجوز له ذلك بل يلزمه الاقرار به لصاحبه ، ولا يجوز له الوكالة ليصالحه عنه إذا غصب العين أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك .

فأما إذا مات أبوه أو من يرثه وخلف له هذه العين ، فجاء رجل فادعاها وأنكره ولا يعلم صدقه وخاف من اليمين ، وخاف أن أقر بها المدعى أن يأخذها فيجوز أن يوكل الاجنبي في الصلح على ما بيناه ، لتزول عنه الشبهة .

(فرع) إذا صلح الاجنبي عن المدعى عليه بعوض بعينه ، فوجد المدعى بالعوض الذي قبضه من الاجنبي عيبا كان له الرد بالعيب ، ولا يرجع ببدله عليه وليكن بنفسه عقد الصلح ويرجع الى خصومة المدعى عليه ، وكذلك اذا خرج العوض مستحقا ، كالمو ابتاع من رجل عينا فوجد فيها عيبا فردها أو خرجت مستحقة ، فإنه لا يطالبه ببدلها ، وان صلح له على دراهم أو دنانير في ذمته . قال العمراني : ثم سلم اليه دراهم أو دنانير فوجد بها عيبا فردها أو خرجت مستحقة فله أن يطالبه ببدلها كما قال النووي رضى الله عنه في البيع على ما مضى في المجموع

(فرع) وان ادعى عينا في يد رجل فأنكره المدعى عليه ، فقال المدعى : أعطيك ألف درهم على أن تقر لي بها ففعل لم يكن صلحا ولا يلزم الالف ، وبداه حرام ، وأمده حرام ، وهل يكون اقراراً ؟ فيه وجهان حكاهما الطبري في العدة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح فان أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلا ، لأن الاقرار المتقدم لا يبطل بالانكار الحادث فيصح الصلح اذا أنكر بعد اقراره لوجوده بعد لزوم الحق ، ولم يصح الصلح اذا كان عقيب انكاره وقبل اقراره لوجوده قبل لزوم الحق .

(فصل) فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه لازوم الحق بالبينة كازومه بالاقرار لفظا وبقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه لخلف المدعى من طريق الاولى ، اذا اليمين المردودة كالاقرار على أحد القولين .

(الشرح) إذا أقر المدعى عليه بالحق فقد لزم الحق فاذا أنكر جاز أن يعقدا عقد الصلح على ما مر من أمر المنكر ابتداء ؛ فاذا عقد الصلح بينهما بعد الانكار ثم أقر بأن ما ادعى الاول كان الصلح باطلا لان الاقرار تقدم على الانكار

وكان الإنكار حادثاً ، فيصح الصالح إذا أنكر بعد الإقرار لحديث الإنكار بعد لزوم الحق ، ولأن الصالح على الإقرار هضم للحق ، ولأن الحق ثبت قبل إنكاره والصالح من بواعثه وأسبابه وقوع النزاع بالإقرار (فرع) إذا أنكر المدعى عليه ثم قامت البينة فقد لزم الحق كزومه بالإقرار ومن ثم يجوز الصالح ، ومثله لو نكل المدعى عليه عن اليمين لخلف المدعى فقد لزم الحق وثبت للمدعى . لأن اليمين المردودة كالأقرار وكالبينة ، ومن ثم جاز الصالح . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ادعى عليه مالا فأنكره ، ثم قال صالحني عنه لم يكن ذلك إقراراً له بالمال ، لأنه محتمل أنه أراد قطع الخصومة ، فلم يجعل ذلك إقراراً ، فان قال بمعنى ذلك ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجعل ذلك إقراراً . وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني ، لأن البيع والصالح واحد ، فإذا لم يكن الصالح إقراراً لم يكن البيع إقراراً (والثاني) وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب أنه يجعل ذلك إقراراً لأن البيع تمليك ، والتمليك لا يصح إلا من يملك

(الشرح) إذا ادعى على رجل ديناً في ذمته أو عيناً في يده فأنكره المدعى عليه ثم قال صالحني عن ذلك بعوض لم يكن ذلك إقراراً من المدعى عليه ؛ لأن الصالح قد يراد به المعاوضة وقد يراد به قطع الخصومة والدعوى ، فإذا كان الأمر محتملها لم نجعل ذلك إقراراً . وان قال المدعى عليه المدعى بمعنى هذه العين أو ملكني إياها ، فحسبى المصنف وابن الصباغ في ذلك وجهين

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد أنه لا يكون إقراراً لأن الصالح والبيع بمعنى واحد . فإذا لم يكن قوله صالحني إقراراً ، فكذلك قوله بمعنى (والثاني) يكون إقراراً ، وهو قول القاضي أبي الطيب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد في التعليل غيره . وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه . لأن قوله بمعنى أو ملكني يتضمن الإقرار له بالملك

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخرج جناحا الى طريق لم يخل ، اما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ ، فان كان الطريق نافذاً نظرت فان كان الجناح لا يضر بالمارة جاز : ولم يعترض عليه . واختلفوا في علته . فن أصحابنا من قال يجوز ، لأنه ارتفاع بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار لجواز دلشى في الطريق . ومنهم من قال يجوز لأن الهواء تابع للقرار ، فلما ملك الارتفاع بالطريق من غير اضرار ملك الارتفاع بالهواء من غير اضرار ، فإن وقع الجناح أو نقضه وبادر من يحاذيه : فأخرج جناحا يمنع من إعادة الجناح الأول جاز ، لأن الأول ثبت له الارتفاع بالسبق الى اخراج الجناح ، فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفع ، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه

(الشرح) قوله « جناحا » فدلّه جنح أى مال ، وبابه خضع ودخل والجوانح الاضلاع التى تحت الترائب ، وجناح الطائر يده . وقد شبه به البناء الناقى البارز من جدار البيت معلقاً فى الهواء .

أما الأحكام : فانه اذا أخرج جناحا أو روشنا ، وهو نافذة تشبه الشرفة (أو البليكونة) الى شارع نافذ نظرت فان كان لا يضر بالمسلمين جاز ولم يمنع من ذلك . وبه قال مالك والاوزاعى وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : له اخراجه الى أن يمنعه المسلمون أو واحد منهم ؛ فاذا منعه واحد من المسلمين لم يجوز له اخراجه ، فان أخرجه أزيل أو قلع
دليلنا ما روى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه مر بميزاب للعباس رضى الله عنه فقطر عليه فأمر بقامه : فخرج اليه العباس رضى الله عنه فقال له : خلعت ميزاباً ركبته رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ، فقال عمر : والله لا يصعد من ينصبه الا على ظهري ، فصعد العباس على ظهره ونصبه . فاذا ثبت هذا فى الميزاب ثبت فى الروشن مثله ، لأن الميزاب خشبة واحدة - على عمدهم أو قضيب مجوف على عهدنا - أما الروشن أو الجناح فهو بناء متكامل

مركب من قطع كثيرة ، فاشغاله لحيز أكبر من الميزاب لاشك فيه ولا فرق بين
ولأن الناس يخرجون الرواشن من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا من غير انكار . اللهم الا ما تحتمه قواعد النظام الذي تأخذ بأسبابه مؤسسات
الاسكان والمجالس البلدية في المدن والحواضر في عصرنا هذا الذي يجعل للجناح
المنعاض أو البارز من البيت تناسباً مع اتساع الشارع ، فان كان الشارع عرضاً أو
كان ميداناً فسيحاً سمح لصاحب البناء من واقع الرسم المرخص به أن يكون الجناح
أو الروشن متراً ونصف المتر ، وان كان الشارع ضيقاً كان البروز أقل ؛ وذلك
حتى يتسنى للناس ممارسة شئونهم وانتقالاتهم بأسباب الانتقال السكريبية أو
البخارية أو غيرها بدون أن تعترضهم الرواشن والشرفات فتعيق مصالحهم ،
فدل ذلك كله على أن الاجماع منعقد على جواز ذلك في الحدود والصفات
التي رسم بها الامام أو الحاكم ، ولأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير
اضرار فيجاز ، كما لو مشى في الطريق

قال العمراني في البيان: اذا أخرج جناحاً أو روشناً في شارع نافذ فإنه لا يملك
ذلك المكان وإنما يكون أحق به لسبقه اليه ، فان تهدم روشنه أو هدمه فيادره
من يحاذيه فقد خشية تمنعه من إعادة الاول لم يكن للأول منعه من ذلك ،
لان الاول كان أحق به لسبقه اليه ، فاداً زال روشنه سقط حقه وكان لمن سبق
اليه ، كما نقول في المرور بالطريق . ثم قال : وان أخرج من يحاذيه روشناً تحت
روشنه الاول جاز ولم يكن للأول منعه من ذلك ، لأنه لا ضرر عليه في ذلك
فان أراد الثاني أن يخرج روشناً فوق روشن الاول قال ابن الصياغ : فان كان
الثاني عالياً لا يضر بالمار فوق روشن الاول جاز ، وان كان يضر بالمار فوق
روشن الاول منع من ذلك ، كما لو اخرج روشناً يضر بالمدار في الشارع ، فإنه
يمنع من ذلك . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان صالحه الامام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح للمعنيين :
(أحدهما) أن الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل (والثاني) أن

ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاختياز في الطريق ، وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجوز . وإذا أخرجه وجب نقضه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ولأنه يضر بالمارة في طريقهم فلم يجوز كالتعود في المضيق ، وإن صالحه الإمام من ذلك على شيء لم يجوز لمعتبين (أحدهما) أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد (والثاني) أن ما منع منه الإضرار بالناس لم يجوز بعوض كالتعود في المضيق والبناء في الطريق

(الشرح) حديث : لا ضرر ولا ضرار ، رواه أحمد في مسنده وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنه ، وأخرجه أيضا ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه ، وقد مضى شرحنا له

أما الأحكام : فإنه إذا صالحه الإمام على هذا الجناح الذي لا يضر بعوض أو يرسم من المال يؤديه لينفق من هذا ومثله على تعبيد الطرق ورصف الشوارع ، وتيسير الارتفاق على المسلمين فإنه يجوز ذلك ، أما إذا صالحه الإمام أو أحد المسلمين على مال يؤديه بدون ذلك لم يجوز أن يؤخذ عليه عوض لأن الهواء تابع للقرار ، كما لا يجوز أن يؤخذ منه عوض على المرور في الطريق ، إلا إذا كان يمر في طريق غير مسموح بالمرور فيه في وقت تنظيم المرور لما يؤدي هذا إلى الأضرار به أو بغيره بأن كان يركب سيارة تسير بسرعة زائدة عن الحد المعقول أو المعتاد في شوارع مزدحم بالمارة ووقع الحاكم عليه عقوبة المخالفة حتى لا يعود إلى تعريض سلامته وسلامة غيره للأضرار أو المخاطر فإن ذلك يجوز ، لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ،

(فرع) وإن أراد إخراج روشن أو جناح الى شارع نافذ يضر بالمارة منه لم يجوز ؛ فإن فعل ذلك أزيل للحديث الشريف ، وليس له الانتفاع بالعرضة . وهي ما أمام بيته بما فيه ضرر على المسلمين ، بأن يبنى فيها دكة أو يتخذ منها مجلسا له يشغل طريق المارة ويعيقهم فيؤذيهم بذلك ، وكذلك ليس له الانتفاع بالهواء بما يضر به عليهم ، فإن صالحه الإمام أو بعض الرعية على ذلك بعوض لم يصح الصلح لأنه أفراد الهواء بالعقد ، ولأن في ذلك أضرار بالمسلمين ، وليس للإمام أن يفعل ما فيه الحاق الضرر بهم ، هكذا قال العمراني في البيان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر الى حال الطريق ، فان كان الطريق لا تمر فيه القوافل ، ولا تجوز فيه الفوارس ، لم يجز اخراج الجناح الا بحيث يمر المشاي تحتته منتصباً ، لأن الضرر يزول بهذا القدر ، ولا يزول بما دونه ؛ وان كان الطريق تمر فيه القوافل وتجوز فيه الفوارس ، لم يجز الا عالياً بقدر ما تمر العمارة تحتته ، ويمر الراكب منتصباً .

وقال أبو عبيد بن حربويه : لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورحمه منصوب ، لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرمح ، والاول هو المذهب : لأنهم يمكنهم ان يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا

(الشرح) الاحكام : وأما كيفية الضرر ، فان ذلك معتبر بالعادة في ذلك الشارع ، فان كان شارعاً لا تمر فيه القوافل والجيوش والركبان أو التروالى أو الترام فيشترط أن يكون الجناح عالياً بحيث يمر المشاي تحتته منتصباً ، فان كان الشارع تمر فيه الجيوش أو القوافل أو الركبان أو المركبات السكرية والبخارية اشترط أن يكون الجناح أعلى بحيث يمر الركبان في السكة بدون عوائق تصطدم بسطح المركبات .

وقال أبو عبيد بن حربويه : يشترط أن يمر الفارس تحتته ورحمه منصوب بيده لأن الفرسان قد يزدحمون فيحتاجون الى نصب الرماح . قال المصنف رداً على ابن حربويه ما يفيد أن هذا ليس بصحيح لأنه يمكنه ان يحط رحمه على كتفه . ولأن الرمح لا غاية لطوله .

قوله « العمارة » ، من وسائل الهجوم في الجيوش الاسلامية في عصر المصنف وهي أشبه بعربة تجرها الجواد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفولاذ لتتروس بها المهاجمون . وقد ترتفع الى حد يتسلق منها المقاتلون الى أسوار الحصون . والعمارة القبيلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أخرج جناحا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز . واختلف أصحابنا في تعليقه ، فمنهم من قال لا يجوز لأنه ارتفاق بما تعين مالكة فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة ، كما كل ماله . ومنهم من قال لا يجوز ، لأن الهواء تابع للقرار . والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار ، فلا يملك الارتفاق بهواء داره ، فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد (الشرح) الأحكام : إذا أراد أن يخرج جناحا أو روشنا فوق دار غيره أو شارع جاره بغيره إذنه لم يجز لأنه لا يملك الارتفاق بقرار أرض جاره إلا بإذنه فكذلك الارتفاق بهواء أرض جاره ، فإن صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعبث لم يصح لأنه لا يجوز لإفراد الهواء بالعقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن أخرج جناحا إلى درب غير نافذ نظرت فإن لم يكن له في الدرب طريق لم يجز ، لما ذكرناه في دار الجار ، وإن كان له فيه طريق ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني ، لأن الهواء تابع للقرار ، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء باخراج الجناح (والثاني) لا يجوز ، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأنه موضع تعين ملاك فلم يجز اخراج الجناح إليه كدار الجار ، فإن صالحه عنه أهل الدرب ، فإن قلنا يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح ، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع ، وإن قلنا لا يجوز اخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار

(الشرح) وإن أراد أن يخرج جناحا أو روشنا إلى درب غير نافذ وله طريق في هذا الدرب ، فإن كان يضر بالملاحة لم يجز من غير إذن أهل الدرب ، كما لا يجوز اخراج جناح يضر إلى شارع نافذ إلا إذا أذنوا بذلك أهل الدرب وقال القاضي أبو الطيب لا يجوز له ذلك بغير إذنه لأنه ملوك لقوم معينين فلم يجز له اخراج الجناح إليهم بغير إذنه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أراد أن يعمل ساباطاً ويضع أطراف أجزاعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير إذنه ، لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه كحمل المناع على بهيمة غيره ؛ فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجزاء ، فإن كانت حاضرة نظر إليها ، وإن لم تحضر وصفها فإن أراد أن يبني عليها ذكر سمك البناء ، وما يبني به ، فإن أطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمقارن الأجزاء ومواضع البناء ، وإن وقت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة .

(الشرح) وإن أراد أن يعمل ساباطاً — وهو سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط وساباطات — على جدار جاره وصفته أن يكون له جدار وبجذائه جدار جاره وبينهما شارع ، فيمد جذوعاً من جداره إلى جدار جاره ؛ فلا يجوز له ذلك إلا بادن جاره ، لأنه حمل على ملك غيره بغير إذنه ، من غير ضرورة فلم يجز كالمؤبد أن يحمل على بهيمة غيره بغير إذنه .

وقولنا : من غير ضرورة احتراز من السقيف على الحائط الرابع لجاره على ما يأتي بيانه ، فإن صالحه على ذلك بعوض صح الصلح ، ولا بد أن تكون الأخشاب معلومة إما بالمشاهدة أو بالصفة ، فيقول : صالحني على أن أضع هذه الأخشاب بكذا ، قال الشيخ أبو حامد : وهكذا إذا قال : خذ مني مالا وأقر لي حقاً في أن أضع على جدارك جذوعاً هذه أو نصفها ، فإذا أقر له بذلك وأخذ العوض جاز .

فإن أراد أن يبني عليها ذكر طول البناء وعرضه وما يبني به ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فإن أطلقاً ذلك ولم يقدره بمدة كان ذلك تبعاً لمقارن الجذوع ، وإن قدره ذلك بمدة كان إجارة تنقضي بانقضاء المدة ، هكذا ذكره الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقاضي أبو الطيب أيضاً .
وقال ابن الصباغ : لا يكون ذلك بيعاً بحال ، لأن البيع ما يتناول الإعيان ،

وهذا الصالح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئاً من الحائض الذي يضع عليه
 لأنه لو كان بيماً لملك جميع الحائض ولو كان إذا تهدم يملك أخذ الانقاض ، وهذا
 لا يقوله أحد ، قال : فإن قيل إنما يكون بيعاً لموضع الوضع خاصة قيل : لا يصح
 ذلك لأن موضع الوضع محمل بقية الحائض الذي لغيره وتلك منفعة استحقتها وإذا
 بطل أن يكون تبعاً كان ذلك إجارة بكل حال . قال : فإن قيل : فكيف يكون
 الإجارة إلى مدة غير معلومة ؟ فالجواب أن المنفعة يجوز أن يقع العقد عليها في
 موضع الحاجة غير مقدرة كما يقع عقد النكاح على منفعة غير مقدرة ، والحاجة
 إلى ذلك ، لأن الخشب وما يشبهه مما يراد للتأييد ، ويضر به التقدير ، بخلاف
 سائر الإجازات ، ولأن سائر الأعيان لو جوزنا فيها عقد الإجارة على التأييد بطل
 فيها معنى الملك ، وهاتنا وضع الخشب على الحائض لا يمنع مالكه أن ينتفع به
 منفعة مقصودة ، والأول أصح ، لأن الشافعي رضي الله عنه ، قال في المختصر :
 ولو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك
 إذا سميا منتهى البنيان ، لأنه ليس كالارض في أحمال ما يبني عليها .

إذا ثبت هذا : فإن أقر صاحب الحائض لصاحب الخشب أن له حق الوضع
 على جداره لزم ذلك في الحكم . فإن تقدمه صلح لزم ظاهراً وباطناً وإن لم يتقدمه
 صلح لزم في الظاهر دون الباطن والله تعالى أعلم .

وقال أصحاب أحمد : لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ، وهو الروش
 سواء كان ذلك يضر بالمارة أو لا يضر ، وسواء أذن الامام أو لم يأذن ،
 ولا يجوز الساباط من باب الأولى ، ولو كان الحائض ملكه .

وقال ابن عقيل من الخنابلة . إن لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لأنه نائبهم
 لجرى أذنه مجرى أذن المشتركين في الدرب الذي ليس بتأفد وهذا القول ضعيف
 عندهم لأن الضرر لا بد أن يتحقق ولو بحجب الضوء عن الطريق ، أو الهواء ،
 وليس كالجلوس أو المرور فانهما طارئان .

وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه ، وإن عارضه رجل من
 المسلمين وجب قلعه .

وقال مالك والأوزاعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد والشافعي رضى الله عنهم
يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ، ولا يملك أحد منعه ، لانه ارتفق بمالم يتمين ملك
أحد فيه من غير مضرة ، فكان جائزاً كالمشيء في الطريق والجلوس فيها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يفتح كوة ، ولا يسمر مسجراً في حائط جاره الا
بإذنه ، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره الا بإذنه . لان ذلك يوهى الحائط
ويضر به ، فلا يجوز من غير إذن مالكة ، ولا يجوز أن يبنى على حائط جاره
ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير إذن مالكة ولا على السطحين المتلاصقين
حاجزاً من غير إذن صاحبه . لانه حمل على ملك الغير فلم يجوز من غير إذن كالحمل
على بهيمته ، ولا يجوز أن يجرى على سطحه ماء من غير إذنه ، فان صالحه منه
على عوض جاز ، اذا عرف السطح الذى يجرى ماؤه لانه يختلف ويتفاوت .

(الشرح) الاحكام : لا يجوز أن يفتح كوة ، ولا يدق وتدأ في حائط الجار
ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره عن غير إذن ، لان ذلك يضعف
الحائط ، ولا يجوز أن يبنى عليه من غير إذن كما لا يجوز أن يحمل على بهيمة
غيره بغير إذنه .

(فرع) ولا يجوز أن يجرى الماء في أرض غيره ولا على سطحه بغير إذنه
هذا قوله في الجديد ، وقال في القديم : اذا ساق رجل عينا أو بئراً فلزمته مؤنة
ودعته الضرورة الى اجرائه في ملك غيره ولم يكن على المجرى في ملكه ضرر بين
فقد قال بعض أصحابنا يجرى عليه : فأوما الى أنه يجرى لما روى أن الضحاك ومحمد
ابن مسلمة اختلفا في خليج أراد الضحاك أن يجرىه في أرض محمد بن مسلمة فامتنع
فترافعا الى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : والله لا أمرته ولو على بطنك .
قال العمراني . والاول هو المشهور في المهذب للشيخ أبي إسحاق ، لانه حمل على
ملك غيره فلم يجوز من غير إذنه ، كالحمل على بهيمته قال . وأما الخبر فيحتمل أنه
كان له رسم اجراء الماء في أرضه فامتنع منه فلذلك أجبره أمير المؤمنين على ذلك

(قلت) فإذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه ، ولا حاجة إلى بيان عمقه ، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه ، فله أن يترك فيه ما شاء ، وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرضه مع بقاء ملكه عليها فهذا إجراء الأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الإجارة

فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا يتجاوز مدة إجارته ، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده بإجارة . فأما إن كانت الأرض في يده وفقاً عليه فهو كالمستأجر ، له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة سواء

وقال أصحاب أحمد : يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينتقل الملك إلى غيره ، بخلاف المستأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر ، فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة ؟ على وجهين .

(فرع) إذا ادعى علي رجل مالا فأقر له به ثم قال صالحني فيه علي أن أعطيك مسيل ماء في ملكي ، قال الشافعي رضي الله عنه ، فإن بيننا الموضع وقدر الطول والعرض صح ، لأن ذلك بيع لموضع من أرضه ولا يحتاج أن يبين عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له النزول إلى تخومه ؛ وهل يملك المدعى عليه هذه الساقية فيه وجهان حكاهما الصيدلاني (أدهما) يملكها تبعاً للأرض (والثاني) لا يملكها فعلى هذا لا يمنع مالك الأرض من بناء فوق المسيل

قال ابن الصباغ وإن صالحه علي أن يجري الماء في ساقية في أرض للصالح قال في الآم فإن هذا إجارة يفتقر إلى تقدير المدة . قال أصحابنا إنما يصح إذا كانت الساقية محفورة ، فإذا لم تكن محفورة لم يجز لأنه لا يمكن المستأجر من إجراء

الماء إلا بالحفر ، فليس له الحفر في ملك غيره ، لأن ذلك اجارة لساقية غير موجودة ، فان حفر الساقية وصالحه جاز قال العمراني ، وان كانت الارض في يد المقر باجارة جاز له أن يصلحه على اجراء الماء في ساقية فيها محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته ، وان لم تكن الساقية محفورة لم يجهز أن يصلحه على ذلك ، لأنه لا يجوز له احداث ساقية في أرض في يده باجارة ، وكذلك اذا كانت الارض وقفا عليه جاز أن يصلحه على اجراء الماء في ساقية في أرض في يده

وان أراد أن يحفر ساقية لم يكن له ذلك لأنه لا يملكها ، وانما له أن يستوفي منفعتها كالارض المستأجرة ؛ وان صالحه على اجراء الماء على سطحه جاز اذا كان السطح الذي يجرى ماؤه فيه معلوما ، لأن الماء يختلف بكم السطح وصغره وقال ابن الصباغ ولا يحتاج الى ذكر المدة ، ويكون ذلك فرعا للإجارة لأن ذلك لا يستوفي به منافع السطح بخلاف الساقية فانه يستوفي منفعتها فكانت مدتها مقدرة ولائهما يختلفان أيضاً فان الماء الذي يجرى في الساقية لا يحتاج الى تقدير لأنه لا يجرى فيها أكثر من ملثها ، ويحتاج الى ذكر السطح الذي يجرى منه لأنه يجرى فيه القليل والكثير .

وان صالحه على أن يسقي زرعه أو ماشيته من مائه سقية أو سقيتين لم يصح ، لأن القدر من الماء الذي يسقى به الزرع والماشية مجمول ، فان صالحه على بيع العين أو ثلثها صح كما قلنا في البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان ، قال في القديم ، يجوز ، فاذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه اذا كان الجذع خفيفا لا يضر بالحائط ، ولا يقدر على التسقيف الا به . لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره قال أبو هريرة رضي الله عنه : اني لأراكم عنهم معرضين ، والله لا رمينها بين أظهركم ، ولا به اذا وجب بذل فضل الماء للسكلا لا استغنائاه عنه و-اجرة غيره وجب بذل فضل

الحائط لاستغناؤه عنه وحاجة جاره . وقال في الجديد : لا يجوز بغير إذن ، وهو الصحيح : لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحمل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ، ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير اذنه كالحمل على بهيمته ، والبناء في أرضه ، وحديث أبي هريرة نحوه على الاستحباب . وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا . والحائط مملوك ، ولأن الماء لا تنقطع مادته ، والحائط بخلافه .

فان كان الجذع ثقيلًا يضر بالحائط لم يجوز وضعه من غير اذنه قولاً واحداً ، لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار ، ولهذا لا يجوز أن يخرج الى الطريق جناحاً يضر بالمارة . وان كان لا حاجة به اليه لم يجبر عليه ، لأن الفضل انما يجب بذله عند الحاجة اليه ، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة اليه للكلاء ولا يجب مع عدم الحاجة .

فان قلنا يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجوز ، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه ، وان قلنا : لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه في أجداع الساباط .

(فصل) واذا وضع الحشيب على حائط الجار أو الحائط المشترك ، وقلنا انه يجبر في قوله القديم ، أو صالح عنه على مال في قوله الجديد فرفعه جاز له أن يبيده ، فان صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الاموال .

(الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأحمد والترمذى وأبو داود وابن ماجه ، وقد أخرجه أيضا ابن ماجه والبيهقى وأحمد والطبرانى وعبد الرزاق من طريق ابن عباس بالفظ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، وللرجل أن يضع خشبة في حائط جاره ، واذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع ، وأخرجه أحمد وابن ماجه أيضا من حديث عكرمة بن سلمة بن ربيعة ، أن أخوين من بني المغيرة أعتق أحدهما أن

لا يفرز خشبا في جداره ، فلقيا بجمع بن يزيد الانصارى ورجالا كثيرا فقالوا :
 نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره أن يفرز خشبا في
 جداره ، فقال الحالف : أى أخى قد علمت أنك مقضى لك على ، وقد حلفت
 فأجعل اسطونا دون جدارى ففعل الآخر ، ففرز في الاسطوان خشبة ، وهو
 أيضا عند ابن ماجه والدارقطنى والحاكم والبيهقى من حديث أبى سعيد ، وعند
 البيهقى من طريق عبادة . وعند الطبرانى فى الكبير وأبى نعيم من حديث ثعلبة بن
 مالك القرظى ، وما جاء فى بعض الفاظه من جعل الطريق سبعة أذرع ثبت فى
 الصحيحين من حديث أبى هريرة ، وعكرمة بن سامة بن ربيعة مجهول
 وقوله « لا يمنع » بالجزم على النهى . وفى رواية لأحمد « لا يمنع » وفى لفظ

للبخارى بالرفع على التحيرية ، وهى فى معنى النهى .

وقوله « خشبة » قال القاضى عياض رويناه فى مسلم وغيره من الأصول
 بصيغة الجمع والإفراد ، ثم قال : وقال عبد الغنى بن سعيد : كل الناس تقوله بالجمع
 إلا الطحاوى ، فانه قال عن روح بن الفرغ . سألت أبى زيد والحرث بن بكير
 ويونس بن عبد الأعلى عنه . فقالوا كلهم خشبة بالنون ، ورواية بجمع تشهد
 لمن رواه بلفظ الجمع . ويؤيدها أيضا ما رواه البيهقى من طريق شريك عن مالك
 عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ « اذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه على
 حائطه فلا يمنعه .

قال القرطبى وإنما اعتنى هؤلاء الأئمة بتحقيق الرواية فى هذا الحرف ، لان
 أمر الخشبة الواحدة يخفف على الجار المسامحة به بخلاف الاخشاب الكثيرة
 أما الأحكام فان هذه الاحاديث تدل على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من
 غرز الخشب فى جداره ، ويجبره الحاكم اذا امتنع وبهذا قال الشافعى فى القديم
 وأحد قولى الجديد ، وأحد واصلح وابن حبيب من المالكية وأهل الحديث
 وقال الشافعى فى أحد قولى الجديد والحنفية ومالك والجمهور من الفقهاء
 انه يشترط اذن المالك ، ولا يجبر صاحب الجدار اذا امتنع . وحملوا النهى على
 التنزيه جمعا بينه وبين الأدلة القاضية بأنه « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة
 من نفسه »

وأجيب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً فيبنى العام على الخاص قال البيهقي: لم نجد في السنن الصحيحة ما يمارض هذا الحكم إلا عومات لا يستنكر أن يخصها . وحمل بعضهم الحديث على ما إذا تقدم استئذان الجار ، كما وقع في رواية لأبي داود بلفظ : إذا استأذن أحدكم أخاه ، وفي رواية لأحمد . من سأله جاره ، وكذا في رواية لابن حبان ، فإذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع ، إلا إذا لم يتقدم ، وبهذا يصح الجمع بين الأحاديث العامة والخاصة ، والمطلقة والمقيدة والله تعالى أعلم .

والمذهب انه إذا أراد رجل أن يضع أجداعه على حائط جاره أو حائط مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ، فإن كان به إلى ذلك حاجة ، مثل أن يكون له براح من الأرض ويحيط له بالبراح ثلاثة جدر ولجاره أو شريكه جدار رابع ، أو أراد صاحب الجدر الثلاثة أن يضع عليهم اسقفاً فهل يجبر صاحب الجدار الرابع على تمكينه من ذلك ، فيه قولان

قال في القديم : يجبر إذا كان ما يضعه لا يضر بالحائط ضرراً بيننا . وبه قال أحمد وغيره من مضى ذكرهم لحديث أبي هريرة الذي نكس فيه القوم رؤوسهم ، فقال أبو هريرة : مالي أراهم عنهما معرضين ، والله لأرغمينها بين أظهركم . يعني هذه السنة التي أنتم عنها معرضون . فإذا قلنا بهذا فلم يبذل الجار له أجره الإمام أن يضع خشبه على جداره .

وقال في الجديد : لا يجبر على ذلك . قال العمراني : وهو الصحيح ، وبه قال أبو حنيفة لحديثه لا يحمل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه ، كزراعة أرضه والبناء في أرضه (قلت) قد ذهب المصنف إلى أن للخبر تأويلين (أحدهما) أنه محمول على الاستحباب (والثاني) أن معناه إذا أراد الرجل أن يضع خشبة على جداره لإخراج روشن أو شرفة أو جناح إلى شارع نافذ فليس لجاره المحاذي له أن يمنعه من ذلك ، لأنه قال : لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره ، والضمير يرجع إلى أقرب مذكور وهو الجار .

فأما إذا أراد أن يبنى على الحائط أو يضع عليه خشبا يضر به ضرراً يبننا أو جدار آخر يمكنه أن يسقف عليه ، لم يجبر الجار قولاً واحداً ، فإذا قلنا بقوله في الجديد فأعاره صاحب الحائط فوضع الخشب عليه لم يكن لصاحب الحائط أن يطالبه بقلعه ، لأن اذنه يقتضى البقاء على التأيد ، فان قلع المستعير خشبه أو سقطت فهل له أن يعيد مثلها ؟ فيه وجهان ،

(أحدهما) له ذلك ، لأنه قد استحق دوام بقائها .

(والثاني) ليس له بغير اذن مالك الحائط وهو الصحيح ، لأن السقف اذا سقط فلا ضرر على المعير في الرجوع . وان أراد صاحب الحائط هدم حائطه ، فإن لم يكن مستهدماً لم يكن له ذلك ، لأن المستعير قد استحق تبقية خشبه عليه ، وان كان مستهدماً فله ذلك ، وعلى صاحب الخشب نقله ، فإذا أعاد صاحب الحائط حائطه — فلن يباه بمادة أخرى — لم يكن لصاحب الخشب إعادة خشبه من غير اذنه ، لان هذا الحائط غير الاول .

وقال الخنابلة : يجوز إعادة وضعه بغير اذنه . وان يباه بمادته الأولى بعينها بأن كانت عضادته خشباً فأقامه أو حجراً فرصه ، فهل له أن يعيد خشبه بغير اذن على الوجهين الاولين ، فان صالحه بمال ليضع أجزاءه على جداره في قوله الجديد . أو قلنا يجبر الجار على تمكينه من وضعها على القديم فصالح مالك الجدار مالك الخشب ليضع عن جداره الخشب صح الصلح ، لأن ما صح بيعه صح ابتياعه كسائر الاموال ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان كان في ملكه شجرة فاستغلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره جاز للجار مطالبته بازالة ما حصل في ملكه ، فان لم يزله جاز للجار ازالته عن ملكه ، كما لو دخل رجل الى داره بغير اذنه ، فان له أن يطالبه بالخروج ، فان لم يخرج أخرجه ، فان صالحه منه على مال فان كان يابسا لم يجز لانه عقد على الهواء ، والهواء لا يفرد بالعقد ؛ وان كان رطباً لم يجز لما ذكرناه ولانه صلح على مجهول ، لانه يزيد في كل وقت .

(الشرح) الأحكام : اذا كانت له شجرة في ملكه فانتشرت أغصانها فوق ملك جاره فللجار أن يطالب مالك الشجرة بازالة ما انتشر فوق ملكه لان الهواء تابع للقرار ، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير ادته ، فيكذلك هواء أرض جاره ، فان لم يزل مالك الشجرة ذلك وللجار أن يزيل ذلك عن هواء أرضه بغير ادن الحاكم كما لو دخلت بهيمة لغيره الى أرضه فله أن يخرجها بنفسه وقال أصحاب أحمد : اذا امتنع المالك من ازالته لم يجبر لان ذلك ليس من فعله ، وعلى كلا الأمرين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته مع عدم الاتلاف ، فادنا أتلف شيئا ضمنه كما لو دخلت البهيمة داره فعليه اخراجها بغير اتلاف فادنا أتلفها ضمنها : فان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فلا شيء عليه لأنه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه .

قال العمراني في البيان : ينظر فيه فان كان ما انتشر لنا يمكنه أن يزيل ذلك عن ملكه من غير قطع ، لو اء عن ملكه ، فان قطعه لزمه أرض ما نقصت الشجرة بذلك لانه متمد بالقطع ؛ وان كان يابسا لا يمكنه ازالة ذلك عن ملكه الا بقطعه فله أن يقطع ذلك ولا ضمان عليه اه .

(قلت) فان صالحه على اقرارها بعموض معلوم ، فان كان غير معتمد على حائطه لم يجوز ذلك لانه افراد للهواء بالعقد ان كن يابسا ، وان كان رطبا لم يجوز أيضا لهذه العلة ، ولانه يزيد في كل وقت بنمو الاغصان .

وقال أصحاب أحمد كابن حامد وابن عقيل وابن قدامة : يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا ، لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ، لان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة في القطع اتلاف وضرر قالوا : والزبادة المنجددة يعني عنها كالسمن الحادث في المستاجر للركوب .

(قلت) والصلح لا يجوز عندنا الا في حالة ما اذا كان الغصن يابسا متمدا على حائط الجار كما لو صالحه على وضع خشبة على حائطه ، وأما الرطب فانه يمكن له ، ويمكن تهذيبه .

(فرع) إذا كان سطح داره أعلا من سطح دار جاره لم يجبر من علا سطحه على بناء ستره . وقال أحمد رضى الله عنه : يجبر من علا سطحه على بناء ستره ، لأنه إذا صعد سطحه أشرف على دار جاره ، والإنسان ممنوع من الانتفاع بملكه على وجه يستضر به غيره ، كما لا يجوز أن يدق في ملكه ما يهتز به حائط جاره . دليلنا : أنه حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما على ستره كالأسفل وما ذكره فغير صحيح ، لأن الأعلى ليس له أن يشرف على الأسفل ، وإنما يستضر الأسفل بالإشراف عليه دون انتفاعه بملكه ، ويخالف الدق ، لأنه يضر بملك جاره : **قله في البيان .**

(فرع) قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني : يجوز للإنسان أن يفتح في ملكه كوة مشرفة على جلوه ، وعلى جسر عليه ، ولا يجوز للجار منعه لأنه لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع فكذلك إذا رفع بعضه لم يمنع اه .
(قلت) إلا إذا ترتب على ذلك إضرار بجاره وإزالة للجدار الفاصل بين المسكين مما يترتب عليه كشف سوات البيت أو تعريض المال للضياع أو زوال صفة الصلاحية للسكنى أجبر على إزالة ذلك فإن كان كوة سدها ، وإن كان جداراً أقامه ، وسيأتى مزيد لذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار ، وظهرها إلى الشارع ففتح باباً من الدار إلى الشارع جاز ؛ لأن له حق الاستطراق في الشارع لحاجز أن يفتح إليه باباً من الدار ، وإن كان باب الدار إلى الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح باباً من الدار إلى الزقاق نظرت ، فإن فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لاهله لاحق له في طريقه ، فإن قال : أفتحه ولا أجعله طريقاً ، بل أغلقه وأسمره ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له ذلك ، لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار ، فلأن يجوز أن يفتح فيه باباً أولى ،
(والثاني) لا يجوز ، لأن الباب دليل على الاستطراق ، فنع منه ، وإن فتح

في الحائط كوة الى الزقاق جاز ، لانه ليس بطريق ولا دليل عليه ، فان كان له داران في زقاقين غير نافذين ، وظهر كل واحدة من الدارين الى الاخرى ، فأنفذ احدى الدارين الى الاخرى ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لانه يجعل الزقاقين نافذين ، ولانه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين الى الدار التي ليست فيه ، ويثبت لاهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق (والثاني) يجوز ، وهو اختيار شيخنا القاضي رحمه الله ، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين ، ويجعلها دارا واحدة ، ويترك البابين على حالهما ، فجاز أن ينفذ احدهما الى الاخرى .

(الشرح) الاحكام : اذا كان لرجل دار في زقاق غير نافذ وظهر الدار الى شارع عام فأراد أن يفتح بابا في ظهر بيته الى الشارع فإن فتحه وسد الباب الذي في الزقاق جاز له ذلك قولا واحدا . أما اذا أبقى الباب الذي في الزقاق نظرت فإذا جعله لاستطراق المارة من الشارع الى الزقاق لم يجوز له ذلك ، لأن الدرب ملوك لاهله لا يعبر أحد أجنبي من زقاقهم ، فإذا استأذن أصحاب الزقاق وقال لهم أفتحوه ولا أجعله طريقا . بل أجعل بابي ذا أفعال وترابيس لا يمر فيه الا أهل بيتي وضيقتان ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لانه اذا جاز أن يهدم الحائط جاز له أن يهدم بعضه .

(والثاني) لا يجوز ، لأن السباب ثغرة يمكن أن يستدل منها المارة على الاستطراق الى الزقاق فتح منه . وقال الحنابلة : يجوز له ذلك قولا واحدا ، ولانه يرتفق بمالم يتعين ملك أحد عليه

وعلى القول بالجواز ان قيل : في هذا اضرار بأهل الدرب : لانه يجعله نافذا يستطرق اليه من الشارع (قلنا) لا يصير نافذا ، وإنما تصير داره نافذة ، وليس لاحد استطراق داره ، فاما ان كان باب داره الى الشارع ، وليس له باب الى الدرب فأراد أن يفتح بابا في ظهر داره الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك ،

لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين ملك أربابه ، ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي تقدم .

(فرع) إذا أراد أن يفتح إلى الدرب كوة أو شبا كما لم يمنع منه ، لأنه يتصرف في ملكه ، وربما أراد ذلك للهواء أو النور أو الشمس .

(فرع) فإن كان لرجل داران وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذ وظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى ، فإن أراد صاحب الدارين رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز ، وإن أراد أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى ليدخل من كل واحدة من الدارين إلى الأخرى ، ويدخل من كل واحدة من الدارين ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا أنه لا يجوز ، لأنه يجعل لكل واحدة من الدارين طريقاً من كل واحدة من الدارين ، ويجعل الدار كالدرج الواحد ، ولأنه يشبث الشفعة لكل واحد من الدارين لأهل الدرب الآخر في قول من يشبث الشفعة في الدار لاشتراكهما في الطريق ؛ وهذا لا يجوز . وقال القاضي أبو الطيب : يجوز ، لأنه يجوز له أن يرفع الحائط كله ، فجاز له أن يفتح فيه باباً .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ ، فأراد أن ينقل الباب نظرت فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له (والثاني) يجوز ، لأن حقه ثابت في جميع الدرب ، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه ، فإن كان بابيه في آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه ، ويجعل إلى عند الباب دهليزاً — إن قلنا : إن من بابيه في وسط الدرب — يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب ، لم يجوز لهذا أن يقدمه ، لأنه مشترك بين الجميع . فلا يجوز أن يختص به ، وإن قلنا : لا يجوز جاز لهذا أن يقدمه لأنه يختص به .

(الشرح) الأحكام : إذا كان لرجلين داران في زقاق غير نافذ وباب دار أحدهما قريب من أول الدرب ، ولداره فناء يمتد إلى آخر الدرب ، وباب دار الآخر في وسط الدرب ، فإن أراد من باب داره قريب من أول الدرب أن يقدم بابه إلى أول الدرب جاز لأنه يترك بعض ما كان له من استحقاق ، وإن أراد أن يؤخر بابه إلى داخل الدرب الذي له فناء داره هناك ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأن فناء داره يمتد فكان له تأخير بابه إلى هناك ، ولأن له يداً في الدرب ، فكان الجميع في يدهما (والثاني) ليس له ذلك وهو الصحيح ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه الاستطراق في موضع لم يكن له وإن أراد من باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه . قال الشيخ أبو حامد فإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذي لفناء لصاحبه فيه كان له ذلك وجهاً واحداً وإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذي لصاحبه هناك ففناء فهل له ذلك ؟ يبني على الوجهين الأولين .

فإن قلنا ليس لمن باب داره في أول الدرب أن يؤخر بابه فلن باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه وهو الصحيح . وإن قلنا لمن باب داره في أول الدرب أن يؤخر بابه إلى وسط الدرب ، فليس لمن باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه إلى فناء داره .

وقال ابن الصباغ : ينبغي له أن يقدم بابه في فناءه إلى فناء صاحبه وجهاً واحداً لأنه إنما يفتح الباب في فناء نفسه ، ولا حق له فيما جاوز ذلك وقال أصحاب أحمد : إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله ، فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق ، لأن له الاستطراق إلى بابه القديم ؛ فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الأول جاز لأن حقه لم يسقط ، وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك . قال ابن قدامة نصر عليه أحمد اه
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا كان بين رجلين حائط مشترك فأنهم ، فدعا أحدهما صاحبه إلى العبارة وامتنع الآخر ، ففيه قولان . قال في القديم يجر لأنه إنفاق على

مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإتفاق على العبد . وقال في الجديد : لا يجبر لأنه إتفاق على ملك لو انفرد به لم يجبر ، فإذا اشتركا لم يجبر كزراعة الأرض . فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم المحتنع على الإتفاق ، فإن لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه ، فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه ، فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان . ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان .

وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه ، لأنه يعيد رسما في ملك مشترك فلم يمنع منه ، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقه ، فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت فإن بناه بآلته ونقضه مع أعاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعيته وليس للباقي فيه إلا أثر في تأليفه . وإن بناه بغير آله كان الحائط للباقي ، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير ادنه ، فإن أراد الباقي نقضه كان له ذلك لأنه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه ، فإن قال له المحتنع لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه ، لأن على هذا القول يجبر على البناء . فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقينه وأجبر عليه ، كما أجبر على البناء .

وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع ، لأنه يعيد رسما في ملك مشترك وهو عرصه الحائط فلم يمنع منه ، فإن بناه بآله فهو بينهما ، ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب . وإن بناه بآله أخرى فالحائط له ، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به ، وإن أراد نقضه كان له ، لأنه لا حق لغيره فيه . فإن قال له الشريك لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه ، لأن على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر . فإذا بناه لم يجبر على تبقينه .

وإن قال : قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب ، قلنا للباقي : أما أن تتمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة . وأما أن تنقضه لبني معك ، لأن القرار مشترك بينهما ، فلا يجوز أن يعيد رسمه ، ويسقط حق شريكه .

(الشرح) الأحكام : إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم أو هدماه ، فدعا أحدهما إلى بنائه وامتنع الآخر ، فهل يجبر الممتنع ؟ فيه قولان . هكذا لو كان بينهما نهر عظيم ، أو بئر فاجتمع فيه الطين ، فهل يجبر الممتنع من كسحها على ذلك ؟ فيه قولان .

وقال أبو حنيفة : لا يجبر الممتنع على بناء الحائط ، ويجبر على كسح النهر والبئر . وقال أحمد لا يجبر على البناء لأنه إذا كان الممتنع مالكا لم يجبر على البناء في ملكه المختص به ، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه . وقال مالك وأبو ثور : وأحد القولين عندنا يجبر

قال العمراني في البيان : وعندنا الجميع على قولين - وهو يعني بالجميع الحائط والبئر والنهر في البناء وكسح الطين

قال في القديم : يجبر الممتنع منهما . وبه قال مالك رحمه الله تعالى . واختاره ابن الصباغ لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)

فإذا لم يجبر الممتنع أضررنا بشريكه ، ولأنه إنفاق على ملك مشترك لإزالة الضرر فأجبر الممتنع منهما ، كالإنفاق على الحيوان المشترك . وقال في الجديد : لا يجبر الممتنع ، لأنه إنفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه ، فإذا كان مشاركا لغيره لم يجبر عليه ، كإلو كان بينهما براح من الأرض لا بناء عليه فدعا أحدهما الآخر إلى البناء فامتنع فانه لا يجبر ، وعكس ذلك البهيمة والعبد المشتركين ، لما لزم صاحبه الإنفاق عليه عند الانفرد بملكه أجبر على الإنفاق عليه إذا شارك غيره .

وأما الخبر فلا حجة فيه ، لأننا لو أجبرنا الشريك لأضررنا به ؛ والضرر لا يزال بالضرر ، فإذا قلنا بقوله القديم فطالب الشريك شريكه بالبناء لزمه الإنفاق معه بقسط ما يملك من الحائط ، فان امتنع أجبره الحاكم ، فإن كان له مال أخذ الحاكم منه وأنفق عليه ما يخصه ، وإن كان معسرا افترض له الحاكم من الشريك أو من غيره .

وإن بناه الشريك بإذن الحاكم أو بإذن الممتنع كان الحائط ملكا بينهما كما كان

ويرجع الذي بناه على شريكه بحصته من النفقة ، وان بناه بغير اذن شريكه لا ان الحاكم لم يرجع بما أنفق ، لأنه متطوع بالاتفاق ، ثم ينظر فان بنى الحائط بآلته ومادته الاولى كان ملكا بينهما كما كان ، لان المنفق انما أنفق على التاليف ، وذلك اثر لا عين يملكها . وان اراد الذي بناه نقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملك لهما ، وان بنى له بآلة أخرى كان الحائط للذي بناه ، وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به ، فان اراد الذي بناه نقضه كان له ذلك لانه منفرد بملكه

وان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أدفع ما يخصني من النفقة أجبر الذي بناه على التبقية ، لانه لما أجبر الشريك على البناء أجبر الذي بنى على التبقية ببذل النفقة وان كان بينهما نهر أو بئر وأنفق أحدهما بغير اذن شريكه أو اذن الحاكم فانه لا يرجع بما أنفق ، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء ، لان الماء ينبع في ملكيهما ، وليس له الا نقل الطين ، وذلك اثر لا عين بخلاف الحائط . وان قلنا بقوله الجديد لم يجبر الممتنع منهما . فان اراد أحدهما بناه لم يكن للأخر منعه من ذلك لانه يزول به الضرر عن الثاني ، فان بناه بآلته كان الحائط ملكا لهما كما كان ، فلو اراد الذي بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملكهما؛ فهو كما لو لم ينفرد ببناؤه .

وان بناه بآلة له فهو ملك الذي بناه وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به . فان اراد الذي بناه أن ينقضه كان له ذلك لانه ملك له ينفرد به ، فان قال له الممتنع : لا تنقض. وأنا أدفع اليك ما يخصني من النفقة لم يجبر الذي بنى على التبقية لانه لما لم يجبر على البناء في الابتداء لم يجبر على التبقية في الانتهاء

فإن طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك الا أن يكون له خشب فيقول له اما أن تأخذ مني ما يخصني من النفقة وتمسكني من وضع خشبي أو تفلح حائطك لتبنيه جميعاً فيكون له ذلك لانه ليس للذي بناه ابطال رسوم شريكه ، هذا اذا اهدم أو هدماه من غير شرط البناء . فأما اذا هدماه على أن يبنيه أحدهما ، أو هدمه أحدهما متعدياً . قال الشافعي رضي الله عنه أجبرته على البناء واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال هي على قولين ، كما لو هدماه من غير شرط

والذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه إنما هو على القول القديم، وهو اختيار المحاملي، لأن الحائض لا يضمن بالمثل، ومنهم من قال يجبر قولاً واحداً. قال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح، لأن الشافعي رضي الله عنه نص على ذلك في الجديد، ولأنه هدمه بهذا الشرط فلزمه الوقا به.

(فرع) وإن كان الحائض بينهما نصفين فهدماه أو انهدم ثم اصطلمها دلي أن يبنيها وينفقاً عليه بالسوية ويكون لأحدهما ثلث الحائض وللآخر ثلثاه، ويجعل عليه كل واحد منهما ماشاء فلا يصح هذا الصلح، لأن الصلح هو أن يترك بعض حقه بعوض. وههنا قد ترك أحدهما لصاحبه سدس الحائض بغير عوض فلم يصح كما لو ادعى على رجل داراً فأقر له بها ثم صالحه المدعى منها دلي سكتاها فلا يصح لأنه ملكه الدار والمنفعة، ثم مصالحته على منفعتها ترك حق له بلا عوض كذلك ههنا مثله. ولأن هذا شرط فاسد، لأن كل واحد منهما شرط أن يحمل عليه ماشاء والحائض لا يحمل ماشاء فلم يصح، كما لو صالحه على أن يبني على حائضته ماشاء فإنه لا يصح لأن ذلك مجهول.

وإن اصطلمها على أن يبني وينفق عليه أحدهما ثلث النفقة، وينفق عليه الآخر ثلث النفقة، ويجعل على الحائض خشباً معلومة، فقد قال الشيخ أبو حامد في دراسة أولى بصلح الصالح. لأنه لما زاد في الإنفاق ترك الآخر بعض حقه بعوض. وقال في درسه مرة ثانية: لا يصح هذا الصلح لأن النفقة التي تزيد على نفقة حقه مجهولة، والصلح على عوض مجهول لا يصح. ولأنه صلح على ما ليس بموجود، لأن الحائض وقت العقد معدوم اهـ

قال المصنف رحمه الله:

(فصل) وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفلى والسقف بينهما؛ فانهدم حيطان السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يجبر صاحب العلو على البناء قولاً واحداً لأن حيطان السفلى لصاحب السفلى فلا يجبر صاحب العلو على بنائه، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على البناء؟ فيه قولان. فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه. وإن لم يكن له مال اقترض

عليه ، فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكا لصاحب السفلى لانه بنى له وتكون النفقة في ذمته ويعيد صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفلى لانها ملكه لا حق لصاحب السفلى فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما ، فان تبرع صاحب العلو وبني من غير اذن الحاكم لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفلى بشيء ، ثم ينظر فإن كان قد بناها بآلتها كانت الحيطان لصاحب السفلى لان الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانفاق بها ولا يملك نقضها لانها لصاحب السفلى وله أن يعيد حقه من الغرفة ، وإن بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفلى أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتبدأ ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو ، ولا يمكن له أن يسكن في قرار السفلى لان القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لانه لا حق لغيره فيها ، فإن بذل صاحب السفلى قيمته ليرك نقضها لم يلزمه قبولها ، لانه لا يلزمه بناؤها قولا واحدا فلا يلزمه تبيقيتها ببذل العوض . والله أعلم

(الشرح) قوله « يتد » مثل يعد ويزن ، وهو الفعل المسمى عند النحاة بالمثال تحذف فاء مضارعة .

أما الاحكام : فإن كان حيطان العلو لرجل وحيطان السفلى لآخر ، والسقف بينهما فانهدم الجميع فليس لصاحب السفلى أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحدا ، لان حيطان السفلى لصاحب السفلى فلا يجبر غيره على بنائها ، وهل لصاحب العلو المطالبة بإجبار صاحب السفلى على بناء السفلى ؟ على القولين في الحائط ، فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم صاحب السفلى على البناء ، وإن لم يكن له مال اقترض عليه من صاحب العلو ومن غيره وبني له سقفه ، وكان ذلك دينا في ذمته الى أن يوسر . وهكذا إذا بنى صاحب العلو حيطان السفلى بأذن صاحب السفلى أو بأذن الحاكم جاز ، وكانت حيطان السفلى لصاحب السفلى ، ولصاحب العلو أن يرجع بما أنفقته على حيطان السفلى على صاحب السفلى ، ثم يعيد علوه كما كان .

فان أراد صاحب العلو أن يبني من غير إذن الحاكم وأذن صاحب السفلى لم يمنع من ذلك لأنه يستحق الحمل على حيضان السفلى . ولا يرجع بما أنفق عليها لأنه متطوع ، فان بنى السفلى بآلته كان ملكا لصاحب السفلى كما كان ، ويرجع لصاحب العلو نقضها ، ولكن يعيد علوه عليها .

وإن بنى بآلة أخرى كانت الحيطان ملكا لصاحب العلو ، وليس لصاحب السفلى أن يضع عليها شيئا ، ولا يتد فيها وتدا . ولكن له أن يسكن في قرار السفلى ، لأن ذلك قرار ملكه ، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه له أن يسكن في قرار السفلى ، لأن ذلك قرار ملكه . فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه ملكه .

فان بذل صاحب السفلى ما أنفق ولا ينقض لم يجبر صاحب العلو على التبقية لأنه لم يجبر على البناء في الابتداء فلم يجبر على التبقية في الانتهاء .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو ادعى على رجل بيتا في يده فاصطلحا بعد الإقرار على أن يكون لأحدهما سطحه ، والبناء على جدرانته بناء معلوما فجائز ، واختلت أصحابنا في صورة هذه المسألة ، فقال أبو العباس بن مريج وصورتها أن يدعى رجل على رجل دارا في يده علوها وسفلها فيقر له بها ، ثم اصطالحا على أن يكون السفلى والعلو للقر له . ويبني المقر على العلو بناء معلوما . فيصح الصلح ، ويكون ذلك فرعا للعارية وليس بصلح معاوضة ، لأن صلح المعاوضة إسقاط بعض حقه بعوض ، وهذا ترك بعض حقه بلا عوض ، لأنه ملك العلو والسفلى بالإقرار ، ثم ترك المقر له للقر العلو بغير عوض فيكون عارية له الرجوع فيها قبل البناء ، وليس له الرجوع بعد البناء ، كما قال الشافعي رضي الله عنه : إذا ادعى على رجل دارا فأقر له بها ثم صلح منها على سكنها فلا يكون صلحا وإنما يكون عارية .

ومنهم من قال صورتها أن يدعى رجل على رجل سفلى بيت عليه علو وبقر أن العلو للقر له ، فيقر المقر له للقر بالسفلى ، ثم اصطالحا على أن يكون السفلى للقر له عليه ، على أن المقر له يبني على العلو غرفة معلومة البناء فيصح

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : وهذا أصح التأويلين ، وقال ابن الصباغ :
الاول أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى .

(مسألة ثمانية) إذا ادعى رجل دارا في يدرجلين فأقر له أحدهما بنصفها ،
وانكر الآخر وحلف له . فصالح المقر للدعي عن نصف الارض على عوض ومار
ذلك النصف للمقر ، فهل لشريكه المنكر أن يأخذ ذلك بالشفعة ؟

قال الشيخ أبو حامد : إن كان ملكا بجهتين مختلفتين ، مثل أن كان أحدهما
ورث ما بيده والآخر ابتاع ما بيده ، فللشريك المنكر الشفعة ، لأن الجهتين إذا
اختلفتا أمكن أن يكون نصيب أحدهما مستحقا ، فيدعيه صاحبه فيعطيه ثم يملكه
بالصلح فتثبت فيه الشفعة .

وإن انفقت جهة الملك لهما بالإرث مثلا أو الإبتاع . ففيه وجهان
(أحدهما) ليس للمنكر الاخذ بالشفعة ، لأنه يقر بأن أخاه أقر بنصف

الدار بغير حق ولم يملكه بالصلح . وهذا يمنع من المطالبة بالشفعة
(والثاني) له المطالبة بالشفعة وهو الصحيح ، لأنه قد حكم بنصفها للمقر له
وحكم بأنه انتقل إلى المقر له بالصلح ؛ مع أنه يحتمل أن يكون قد انتقل إليه نصيب
المقر من غير أن يعلم الآخر .

وأما ترتيب ابن الصباغ فيها فقال : إن كان إنكار المنكر مطلقاً ، كأن أنكر
ما ادعاه فله الاخذ بالشفعة . وإن قال : هذه الدار لنا وورثناها عن أبينا ، فهل له
الاخذ بالشفعة ؟ فيه وجهان

(مسألة ثالثة) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا أقر أحد الورثة في دار في
أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شيء بعينه فالصالح جائز ، والوارث المقر
متطوع ولا يرجع على إخوته بشيء . واختلف أصحابنا في صورتها ، فمنهم من
قال : صورتها أن يدعى رجل على جماعة ورثة لرجل دارا في أيديهم كان أبوهم
قد غصبه إياها فأقر له أحدهم بذلك وقال صدقت في دعواك وقد وكنتي شركائي
على مصالحتك بشيء معلوم ؛ فحكم هذا في حق شركائه حكم الاجنبي إذا صالح عن
المدعى عليه عينا مع الإنكار ، على ما مضى بيانه

وقال أبو علي الطبري : تأويلها أن يدعى رجل على جماعة ورثة ديناً لي

مورثهم ، وأن هذه الدار رهن عنده بالدين ، فيقر له أحدهم بصحة دعواه
ويصالحه عن ذلك بشيء ، لحكمه حكم الأجنبي إذا صالح عن المدعى عاياه بالدين
مع إنكاره . قال لأن الشافعي رحمه الله قال : وأقر أحد الورثة في دار في أيديهم
بحق . ولو أقر بالدار يقال : أقر بالدار ، وإنما أراد رهن الدار ، وأيهما كان
فقد مضى حكمه .

قال الشيخ أبو حامد : والتأويل الأول أصح ، وقد بين الشافعي رحمه الله
ذلك في الأئم .

(مسألة رابعة) قال الشافعي في الأئم : ولو ادعى رجل على رجل زرعاً
في الأرض فصالحه من ذلك على دراهم جوائز ، وهذا كما قال : إذا ادعى رجل على
رجل زرعاً في أرض فأقر له به فصالحه منه بعوض ، فإن كان بشرط القطع صح
الصالح ، وإن كانت الأرض للمقر كان له تبقية الزرع ، لأن الزرع له ، والأرض
له . فإن قيل هلا كان للمدعى إجباره على القطع ، لأن له عوضاً في ذلك ،
وهو أنه ربما أصابته جائحة فرفعه إلى الحاكم ، يرى إيجاب وضع الجوائح
فيضمنه ذلك ؟

قال ابن الصباغ : فالجواب أن ذلك إنما يكون إذا لم بشرط القطع . فأما مع
شرط القطع فلا يضمن البائع الجوائح ، وإن صالحه من غير شرط القطع ، فإن
كانت الأرض لغير المقر لم يصح الصالح ، وإن كانت الأرض للمقر فهل يصح
الصالح ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في البيع

وإن كان الزرع بين رجلين : فادعى عليهما رجل به فأقر له أحدهما بنصفه
وصالحه منه على عوض ، فإن كانت الأرض لغير المقر لم يصح ، سواء كان مطلقاً
أو بشرط القطع ، لأنه إن كان مطلقاً فلا يصح لأنه زرع أخضر فلا يصح بيعه
من غير شرط القطع ، وإن كان بشرط القطع لم يصح أيضاً لأن نصيبه لم يتميز
عن نصيب شريكه ، ولا يجبر شريكه على قلع زرعه ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد
وابن الصباغ ، وقد مضى ذكر أقوالهما في البيوع

وذكر القاضي أبو الطيب أن ذلك ينبي على القولين في القسمة ، هل هي بيع
أو إقرار حق ؟ وإن كانت الأرض للمقر — فإن قاتنا من اشترى زرعاً في أرضه

يصح من غير شرط. القطع صح الصلح ههنا ، وان قلنا لا يصح أن يشتري زرعاً في أرضه الا بشرط. القطع لم يصح ههنا

(فرع) قال ابن الصباغ : وان ادعى على رجل زرعاً في أرضه فأقر له بنصفه ثم صالحه منه على نصفه على نصف الأرض لم يجوز ، لان من شرط. بيع الزرع قطعه . وذلك لا يمكن في المشاع ؛ وان صالحه منه على جميع الأرض بشرط. القطع على أن يسلم اليه الأرض فارعة صح ، لان قطع جميع الزرع واجب نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الأرض فأمكن القطع وجري مجرى من اشترى أرضاً فيها زرع وشرط. تفريغ الأرض فانه يجوز ، كذلك ههنا

وان أقر له بجميع الزرع وصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الزرع والأرض بينهما نصفين ، وشرط القطع في الجميع . فان كان الزرع زرع في الأرض بغير حق جاز الصلح لان الزرع يجب قطعه جميعه ، وان كان الزرع زرع لحق لم يصح الصلح ، لانه لا يمكن قطع الجميع

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني في التعليق أن أصحابنا قالوا : اذا كان له زرع أرض غيره فصالح صاحب الزرع صاحب الأرض من نصف الزرع على نصف الأرض بشرط. القطع جاز ، لان نصف الزرع قد استحق قطعه بالشرط ، والنصف الآخر قد استحق أيضاً قطعه لانه يحتاج الى تفريغ الأرض ليسلمها فوجب أن يجوز . قال وهذا ضعيف . أما النصف فقد استحق قطعه . وأما النصف الآخر فلا يحتاج الى قطعه . لانه يمكن تسليم الأرض وفيها زرع

قال ابن الصباغ : ولان باقى الزرع ليس يمنع فلا يصح شرط قطعه في العقد ، ويفارق ما ذكرناه اذا أقر بنصف الزرع وصالحه على جميع الأرض ، لانه بشرط تفريغ الجميع ، والله أعلم وبه التوفيق ومنه العون سبحانه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الحوالة

تجوز الحوالة بالدين ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «مطل الغنى ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع ،

(الشرح) الحول : الحيلة أو القوة أو الستة ، وحال الغلام وحالت الدار أتى عليها الحول . وحالت القوس اعوجت ، وحال اللون تغير . والحال : الطين . والتحول التنقل والاسم الحول ، ومنه قوله تعالى (لا يبغون عنها حولا) وذكر الأزهري عن الزجاج أن الحول مصدر كالصفر ؛ وأحال الرجل أتى بالمحال ، وأحال عليه بدينه ، والاسم الحوالة بفتح الحاء ، المحالة في قولهم : لا محالة . أى لا بد . والمليء : الغنى الواسع الثراء ، ومن هنا تكون الحوالة نقل حق من ذمة إلى ذمة من قولهم : حولت الشيء من موضع إلى موضع إذا نقله إليه .

أما حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه باللفظ الذى سلكه المصنف ، ورواه أحمد بن حنبل ومطل الغنى ظلم ؛ ومن أحيل على مليء فليحتل ،

وعند ابن ماجه من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : «مطل الغنى ظلم وإذا أحلت على مليء فاتبعه ، وإسناده : حدثنا اسماعيل بن توبة ثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر . واسماعيل بن توبة قال ابن أبى جاتم صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح . وقد أخرجه الترمذى وأحمد أيضا

والحوالة لا تتم إلا بثلاثة أنفس ، محيل . وهو من يحيل بما عليه ، ومحتمل . وهو من يحتمل بما له من الحق ؛ ومحال عليه ، وهو من ينتقل حق المحتمل اليه . واختلفوا هل هى بيع دين بدين ، ورخص فيه فاستثنى عن بيع الدين بالدين . أو هى استيفاء .

وقيل هى عقد إرفاق مستقبل ، ويشترط فى صحتها رضا المحيل بلا خلاف . والمحتمل عند الأكثر ، والمحال عليه عند بعض ، ويشترط أيضا تماثل التقدير

في الصفات وأن يكون في شيء معلوم ، ومنهم من خصها بالنقدين ومنعها في الطعام لأنها يبيع طعام قبل أن يستوفي .

قوله «مطل الغنى» الجمهور على أنه من إضافة المصدر الى الفاعل ، والمعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل صاحب الدين ، بخلاف العاجز . وقيل هو من إضافة المصدر الى المفعول ، أى يجب على المستدين أن يوفى صاحب الدين . ولو كان المستحق للدين غنياً فإن مطله ظلم ، فكيف إذا كان فقيراً ، فإنه يكون ظلماً بالأولى ، ولا يخفى بعد هذا . كما قال الحافظ بن حجر

والمطل في الأصل المد . وقال الأزهري : المدافعه

قال الحافظ. ابن حجر في فتح الباري : والمراد هنا تأخير ما استحق أداءه بغير عذر .

قوله «وإذا أتبع» بهمز القطع وإسكان التاء المثناة الفوقية على البناء للجهول قال الإمام النووي : هذا هو المشهور في الرواية واللغة . وقال القرطبي : أما أتبع فبضم الحمزة وسكون التاء مبنياً للمالم بسم فاعله عند الجميع . وأما فليتبع فلا أكثر على التخفيف . وقيد بعضهم بالتشديد ، والأول أجود ، وتعقب الحافظ ما ادعاه من الاتفاق . يقول الخطابي : إن أكثر المحدثين يقولونه . يعنى أتبع بتشديد التاء والصواب التخفيف . والمعنى إذا أحيى فليحتل كما وقع في الرواية الأخرى قوله «على مليء» قيل هو بالهمز ، وقيل بغير همز ، ويبدل على ذلك قول السكرماني : المليء كالغنى لفظاً ومعنى

وقال الخطابي : إنه في الأصل بالهمز . ومن رواه بتركها فقد سهله

قوله «فاتبعه» قال الحافظ بن حجر : هذا بتشديد التاء بلا خلاف

(قلت) وحديث أبي هريرة وحديث ابن عمر يدلان على أنه يجب على من أحيى بحقه على مليء أن يحتال . وإلى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير ، وحمله الجمهور على الاستحباب . قال ابن حجر : وهم من نقل فيه الإجماع .

وقد اختلف في المطل من الغنى هل هو كبيرة أم لا ؟ وقد ذهب الجمهور الى أنه موجب للفسق ، واختلفوا هل يفسق بمرة أو بشرط التكرار ؟ وهل تعتبر

الطلب من المستحق أم لا ؟ قال في فتح الباري : وهل ينصف بالمطل من ليس القدر الذي عليه حاضرا عنده ، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب مثلا ؟ قولان عندنا (أولهما) عدم الوجوب (والثاني) الوجوب مطلقا ، وفصل أصحاب قول ثالث بين أن يكون أصل الدين بسبب يعصى به فيجب وإلا فلا . قال الشوكاني : والظاهر الأول لأن القادر على التكسب ليس بمليء ، والوجوب إنما هو عليه فقط ، لأن تعليق الحكم بالوصف مشعر بالعِلِّيَّة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه ، كعوض القرض ، وبدل المتلف ، فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به : لأن الحوالة بيع في الحقيقة ، لأن المحتمل يبيع ماله في ذمة المحيل بماله في ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه .

(الشرح) الاحكام : تجوز الحوالة بعوض القرض وبدل المتلف ، لأنه حق ثابت مستقر في الذمة ، فجازت الحوالة به كبيعته قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : وتجوز الحوالة بثمن المبيع لأنه دين مستقر . وهل تجوز الحوالة بالثمن في مدة الخيار؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) وهو قول القاضي أبي حامد : لا تصح الحوالة به لأنه ليس بثابت . (والثاني) يصح لأنه يؤول الى اللزوم ولا تجوز الحوالة بالمبيع لأنه غير مستقر ، لأنه قد يتلف قبل القبض فيبطل البيع فيه .

(فرع) ولا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه ، لأن دين السلم غير مستقر لأنه يعرضه للإفسخ انقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره ، وأما المكاتب إذا حصلت عليه ديون لغير سيده من المعاملة ، وله ديون جاز

أن يحيل بعض غرمائه على بعض ، وجاز لغرمائه أن يحيلوا عليه بما لهم في ذمته .
لان الحق ثابت في ذمته . وأما ما في ذمته من مال الكتابة فلا يجوز لسيدته أن
يحيل به عليه ، لانه غير مستقر ، لان له أن يعجز نفسه متى شاء ، فلا معنى
للحوالة به ، وإن أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذي عليه على غريم
للمكاتب قال ابن الصباغ صحت الحوالة .

(قلت) وقد قال أصحاب أحد كقولنا في كل ما ذكرنا وفي الدين على المكاتب
وله حكمه حكم الاحرار ، وكذلك ما في ذمته من مال الكتابة له أن يحيل سيده
على غرمائه وتبرأ ذمته من مال الكتابة بهذه الحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة
القبض ، ولا يصح لسيدته أن يحيل مال الكتابة إلى غرمائه لانه يستطيع
أن يعجز نفسه .

واشترط صاحب المجموع أن يكون النجم قد حل لانه بمنزلة أن يقضيه
ذلك من يده ، وان كان لسيدته عليه مال من جهة المعاملة فهل يجوز للسيد أن يحيل
غريماً له عليه ، فيه وجهان حكاهما الطبري (أحدهما) يصح . ولم يذكر ابن
الصباغ عنيره ، لانه دين لازم (والثاني) لا يصح لانه قد يعجز نفسه فيسقط
ما في ذمته لنفسه من دين المعاملة وعنيرها ، لان السيد لا يثبت له مال على العبد
قال الصيمري : وان أحاله رجل على عبده — فإن كان مأذوناً له في التجارة —
جاز ، وان كان عنير مأذون فقيه وجهان ، الاصح لا تصح الحوالة
(فرع) اذا أحالت المرأة على زوجها صداقها قبل الدخول لم يصح لانه دين
عنير مستقر ، وان أحالها الزوج به صح ، لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم
مقام تسليمه . وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة ، فمنهم من
قال لا تجوز الا بما له مثل ، كالأثمان والحبوب وما أشبهها ، لان القصد بالحوالة
انصال الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكنه ذلك الا
فيما له مثل ؛ فوجب أن لا يجوز فيما سواه ، ومنهم من قال تجوز في كل ما يثبت

في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان ، لأنه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض ، لمجازت الحوالة به كذوات الأمثال .

(فصل) ولا تجوز الا بمال معلوم ، لأننا بينا أنه يبيع فلا تجوز في مجهول واختلاف أصحابنا في ابل الدية ، فمنهم من قال لا تجوز . وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره . ومنهم من قال تجوز لأنه معلوم العدد والسن لمجازت الحوالة به .

(الشرح) الأحكام : تجوز الحوالة بالدرهم والدنانير وبما له مثل كالطعام والأدهان ، وما استحدث في عصرنا هذا من صناعات بخارية وكهربية كالسيارة والثلاجة والغسالة والمرناة (التلفزيون) والمذياع بشرط أن تكون جديدة محددة الصفات حتى تتحقق المثلية ، فإذا كانت مستعملة وأمكن تحديد الهرش من حيث زمن الاستعمال وقدر الهرش وضبطه ووجد المثل بشهادة الخبير الامين من غير زيادة أو نقصان جازت الحوالة ، لأن القصد بالحوالة ابقاء الغريم - فقه من ذير زيادة ولا نقصان ، وذلك يحصل بما ذكرناه .

وهل تصح الحوالة بما لا مثل له بما يضبط بالصفة كالثياب والحيوان والعروض التي يصح السلم عليها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه مال ثابت في الذمة مستقر فصحت الحوالة به ، كالدرهم والدنانير

(والثاني) لا يصح ، لأن المثل فيه لا ينحصر ، ولهذا لا يضمن بمثله في الإلتلاف . فإذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بإبل الدية . وإذا قلنا بالأول فهل تصح الحوالة بإبل الدية . فيه وجهان مخرجان من القولين للشافعي رضي الله عنه : إذا جنت امرأة على رجل موضحة فتزوجها على خمس من الإبل في ذمتها له أرش جنابتها عليه . وكذلك قال في الصلح : إذا كان له في ذمته أرش جنابية خمس من الإبل فصالح عنها ، فهل يصح . فيه قولان (أحدهما) يصح لأنه دين مستقر في الذمة معلوم العدد والسن .

(والثاني) لا يصح وهو الصحيح ، لأنها مجهولة الصفة ، لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها بخصوصها

وقال أصحاب أحمد لا تصح الحوالة فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت في الذمة ؛ ومن شرط الحوالة تساوى الدينين ، فأما ما يثبت في الذمة من الماخير المثلثات كالمذروع والمعدود ، ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا تصح لأن المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمنه بمثله في حالة الإلتاف (الثاني) تصح ، ذكره القاضى من الحنبالية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول والتأجيل ، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة ، لأن الحوالة ارفاق كالقرض ، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طالب الفضل ، فتخرج عن موضوعها ، فإن كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسمائة ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة ، فأحال عليهما رجلا له عليه ألف ، على أن يطالب من شاء منهما بألف ، ففيه وجهان (أحدهما) تصح ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأنه لا يأخذ الا قدر حقه .

(والثاني) لا تصح ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله ، لأنه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة . وذلك لا يجوز ؛ ولأن الحوالة بيع فإذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال « بعتك أحد هذين العبدين ،

(الشرح) ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من جنس واحد ، فإن كان عليه لرجل دنائير فأحاله بها على رجل له عليه دراهم ، أو حال من له عليه حنطة على من له شعير أو ذرة لم تصح الحوالة ، لأن موضوع الحوالة أنها لا تفتقر الى رضى المحال عليه ، فلو صححناها بغير جنس الحق لا شرط فيها رضاه ، لأنه لا يجبر على تسليم غير الجنس الذى عليه ، ولأن الحوالة تجرى مجرى المقاصة ، لأن المحبل سقط ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه ، ثم المقاصة لا تصح من جنس بجنس آخر وكذلك الحوالة ، ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من نوع

واحد لما ذكرناه في الجنس . فإن كان له على رجل ألف صحاح ، فأحاله بها على من له عليه ألف مكسرة ، أو كان بالعكس من ذلك لم تصح الحوالة ، لان الحوالة في الحقيقة بيع دين بدين ، وبيع الدرهم بالدرهم صرف من شرطه القبض في المجلس إلا ان جوزنا تأخير القبض في الحوالة ، لأنه عقد إرفاق معروف ، فإذا دخل فيه الفضل صار بيعاً وتجارة ، وبيع الدين بالدين لا يجوز . ألا ترى أن القرض في الحقيقة صرف ، لأنه يعطى درهم بدرهم ، ولكن جوز تأخير القبض فيه لأنه إرفاق . ولو قال أقرضتك هذه الدرهم المكسرة لتردها علي صحاحا لم يصح . وكذلك هذا مثله .

(فرع) وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم كل واحد خمسمائة ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأحاله أحدهما على آخر بألف برئت ذمتها بما له عليهما وإن أحال عليهما رجلا له عليه ألف ليأخذ من كل واحد منهما خمسمائة صح . وإن أحاله عليهما على أن يطالب من شاء منهما بالالف فهل تصح الحوالة ، فيه وجهان حكاهما أبو العباس بن سريج (أحدهما) تصح الحوالة ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفراييني ، لان المحتمل لا يأخذ الا قدر حقه ، لان الزيادة إنما تكون في القدر أو الصفة ، ألا ترى أنه يجوز أن يحيل على من هو أملاً منه

(والثاني) لا تصح الحوالة ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب لأنه يستفيد بهذه الحوالة زيادة في المطالبة ، لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين ، ولان الحوالة بيع فإذا كان الحق على اثنين كان المقبوض منه منهما مجمولا فلا يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين ، لأننا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح اذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين بصح اذا كان عليه مثله فصح ، وان لم يكن عليه مثله كالضمان فعلى هذا يطالب المحيل

بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه ، فإن قضاؤه بإذنه يرجع على المحيل ، وإن قضاؤه بغير إذنه لم يرجع .

(الشرح) الأحكام : إذا كان لرجل على رجل حق فأحاله على من لا حق عليه : فإن لم يقبل المحال عليه الحوالة لم تصح الحوالة ولم يبرأ المحيل لأنه لا يستحق شيئاً على المحال عليه . وإن قبل المحال عليه الحوالة فهل تصح الحوالة فيه وجهان (أحدهما) لا تصح . وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو ظاهر كلام المزني لأن الحوالة معاوضة ، فإذا كان لا يملك شيئاً في ذمة المحال عليه لم يصح ، كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة . ولأنه لو أحال على من له عليه دين غير لازم أو غير مستقر أو مخالف لصفة دينه لم يصح ، فلأن لا تصح الحوالة على من لا دين له عليه أولى (والثاني) تصح الحوالة . وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، لأن المحال عليه إذا قبل الحوالة صار كأنه قال لصاحب الحق أسقط عنه حقه وأبرئه وعلى عرضه . ولو قال ذلك للزومه لأنه استدعى إتلاف ملك بعرض فكذلك هذا مثله فإذا قلنا به — هذا فللمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه .

وإن قبض المحال الحق من المحال عليه بإذن المحيل ، ثم وهبه المحال للمحال عليه فهل يرجع المحال عليه على المحيل بشيء ، فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه بشيء ، لأنه لم يفرم شيئاً ، لأن ما دفع إليه يرجع إليه (والثاني) يرجع عليه وهو المذهب ، لأنه قد غرم : وإنما يرجع عليه بسبب آخر . وإن كان عليه حق مؤجل فأحاله به على رجل لا شيء له عليه ، وقبل المحال عليه الحوالة — وقلنا تصح — فإن قضاؤه المحال عليه الحق في محله بإذن المحيل يرجع عليه ، وإن قضاؤه قبل حلول الحق لم يرجع على المحيل قبل محل الدين ، لأنه متطوع بالتقديم

فإن اختلف المحيل والمحال عليه فقال المحال عليه : أحلت علي ولا حق لك علي ، فأنا أستحق الرجوع عليك لأنني قضيت بإذنك ، وقال المحيل : بل أحلت بحق لي عليك ، فالقول قول المحال عليه مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الدين . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال ، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق ، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عينا ، وهل تصح من غير رضا المحال عليه . ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا انه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز الا برضاه ، وإن كان على من له عليه حق فقيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري واختيار المزني أنه لا تجوز الا برضاه لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال (والثاني) وهو المذهب أنه تجوز ، لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضاه من عليه ، كالتوكيل في قبضه ، ويخالف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع ، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع

(الشرح) الأحكام : اعتبار رضاه المحتال ، هو مذهبتنا ومذهب مالك رضاه الله عنه . وقال أحمد وأصحابه وداود وأهل الظاهر : لا يعتبر الرضا . قال الحرقى ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال

وقال ابن قدامة ، قال أحمد في تفسير الملىء ، كأن الملىء عنده أن يكون مليئا بماله ، وقوله وبدنه ونحو هذا ، فإذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاها . وقال أبو حنيفة يعتبر رضاها ، لأنها معاوضة فيقتضى الرضا من المتعاقدين .

(قلت) ودليل أحمد وداود وأهل الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم ، إذا أحيل على ملىء فليحتل ، وهذا أمر ، والأمر يقتضى الوجوب

أما دليلنا فإن الحق قد تعلق بذمة المحيل فلا يملك نقله إلى غير ذمته بغير رضا من له الحق ، كما لو تعلق بعين فليس له أن ينقله إلى عين أخرى بغير رضا من له الحق . وأما الحديث فمحمول على الاستيجاب . وأما المحيل فإن البغداديين من أصحابنا قالوا يعتبر رضاه لأن الحق عليه فلا يتعين عليه جمة قضائه ، كما لو كان له درهم في كيسه فليس لصاحب الحق أن يطالب باجباره على أن يقضيه حقه من كيس معين .

مجلس اول : جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ (۱۳۰۲)
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲

جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲

جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲

جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲
جلسه اول در روز شنبه ۱۳۰۲ در روز شنبه ۱۳۰۲

...
...
...
...
...
...

...
...
...
...
...
...

...
...
...
...
...
...

...
...
...
...
...
...

...
...
...
...
...
...

...
...
...
...
...

...
...
...
... (2) ...

...
...
...
...
...
...
...
...
...
... (3) ...

... .. :

...
...
...
... : ...

...
...
...
...
...
...
...

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

قضى المحتال صح القضاء ، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشيء ، اذا قضى
بغير اذنه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه وأصحابه : يكون له الرجوع عليه .

دليلنا أن الحوالة قد صحت ، وإنما يتبرع بالقضاء ، فلم يرجع عليه بشيء ،
ولأنه لا يملك ابطال الحوالة فكان يدفعه متبرعا ، كما لو قضى عنه أجنبي .

(فرع) فإن أحاله على رجل ولم بشرط أنه ملىء أو معسر فيان أنه معسر لم
يرجع المحتال على المحيل سواء علم باعساره أو لم يعلم ، وبه قال أبو حنيفة . وقال
مالك اذا لم يعلم باعساره كان له الرجوع على المحيل

دليلنا أن الإعسار لو حدث بعد الحوالة وقبل القبض لم يثبت للمحتال الخيار
فكذلك اذا ثبت أنه معسر حال العقد ، وأما اذا أحاله على رجل بشرط أنه ملىء
قال الشيخ أبو حامد ، فإن قال أحلتك على فلان الموسر أو على فلان وهو موسر
فقبل الحوالة ، ثم بان أنه معسر فقد روى المزني عن الشافعي أنه لا يرجع على
المحيل أبداً ، سواء كان المحال عليه غنياً أو فقيراً أو فلساً أو مات معدماً ، غره
أو لم يغره .

واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع على المحيل
كما لو باعه سلامة بشرط أنها سليمة من العيب فيان بخلافها ، قال وما نقله المزني
فلا أعرفه للشافعي رحمه الله في شيء من كتبه . وقال أكثر أصحابنا ليس له أن
يرجع عليه كما نقله المزني ، لأن الإعسار لو كان غنياً في الحوالة لثبت له به
الخيار من غير شرط كالعيب في المبيع ، ولأن التفريط في البيع من جهة البائع
حيث لم يبين العيب في سلعته . فإذا لم يبين ثبوت للمشتري الخيار . والتفريط
ههنا من جهة المحتال حيث لم يختبر حال المحال عليه

ولأن السلعة حق للمشتري فإذا وجدها ناقصة كان له الرجوع الى الثمن .
وليس كذلك ذمة المحال عليه لأنها ليست بنفس حق المحتال وإنما هي محل لحقه
فوجود الاعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان في حقه ، وإنما يتأخر حقه ،
الأتري أنه قد يتوصل الى حقه من هذه الذمة الخربة . بأن يوسر أو يستدين
فيقضيه حقه بخلاف المبيع اذا وجده معيباً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن اشترى رجل من رجل شيئاً بألف ، وأحال انشترى البائع على رجل بالآلاف ، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو علي الطبري : لا تبطل الحوالة ، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كالأشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده .
وقال أبو إسحاق تبطل الحوالة ، وهو الذي ذكره المزي في المختصر ، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون نمناً فإذا خرج عن أن يكون نمناً لم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه لأن العبد يتعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني ، فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما ، فوجب إبطالها . وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل ، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففي الحوالة وجهان بناء على المسئلة قبلها .

وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالآلاف ، ثم رد المشتري المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه يتعلق بالحوالة حق غير المتعلقين ، وهو الاجنبي المحتال ، فلم يجز إبطالها .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى رجل من رجل سيارة بألف ثم أحال المشتري البائع بالآلاف على رجل عليه المشتري ألف ، ثم وجد المشتري بالسيارة عيباً فردها . فإن ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب . بل ثبت في ذمة المحال عليه ويرجع المشتري على البائع بالثمن . وإن رده قبل قبض البائع مال الحوالة فقد ذكر المزي في المختصر أن الحوالة باطلة . وقال في الجامع الكبير الحوالة ثابتة .

واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق . فقال أبو العباس بن سريج وأبو علي ابن أبي هريرة : تبطل الحوالة كما ذكر في المختصر . لأن الحوالة وقعت بالثمن

فإذا رد المبيع بالعيب انفسخ البيع فسقط الثمن فبطلت الحوالة . وقال أبو علي في الإفصاح : لا تبطل الحوالة كما ذكر في الجامع الكبير ، لأن الحوالة كالتبضع فلم تبطل برد المبيع ، كما لو قبض المحتال مال الحوالة ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فرده ولأن المبتاع دفع الى البائع بدل ماله في ذمته وعروضه بما في ذمة المحال عليه ، فإذا انفسخ العقد الاول لم ينفسخ الثاني ، كما لو أعطاه بالثمن ثوبا وسله اليه ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فإن العقد لا ينفسخ في الثوب

ومنهم من قال هي على حالين . فحيث قال الحوالة باطلة أراد إذا رد المبيع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة . وحيث قال الحوالة لا تبطل أراد إذا رد المبيع بعد قبض البائع مال الحوالة . ومنهم من قال هي على حالين آخرين . فحيث قال تبطل الحوالة أراد إذا ادعى المشتري وجود العيب فصدقه البائع ، لأن الحوالة تمت بهما جميعاً فانحللت بهما . وحيث قال لا تبطل أراد دعوى المشتري أن العيب كان موجوداً حال العقد وقال البائع بل حدث في يدك وكان مما يمكن حدوثه فلا يخلف البائع وخلف المشتري ، فإن الحوالة لا تنفسخ . لأن الحوالة تمت بهما فلم ينفسخ بأحدهما . هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار

فأما إذا كان الرد في مدة الخيار فإن البيع ينفسخ بأحدهما : هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار ، فأما إذا كان الرد في مدة الخيار فإن البيع ينفسخ والحوالة تبطل وجهاً واحداً . سواء كان قبل القبض أو بعده ، لأن البيع لا يلزم قبل انقضاء الخيار ، وإذا لم يلزم لم تلزم الحوالة لانهما متعاقبة بالثمن ، وهكذا ذكروا . الشيخ أبو حامد ، وهذا يدل من قوله ان الحوالة بالثمن في مدة الخيار تصح ، وقد مضى فيها وجهان

(فرع) وإن أحال الزوج زوجته بالمهر ثم ارتدت قبل الدخول . أو وحدهما بالآخر عيباً فنفسخ النكاح . فإن كان ذلك بعد أن قبضت المرأة مال الحوالة لم تبطل الحوالة ، وإن كان ذلك قبل القبض فعلى الخلاف المذكور في البيوع . (فرع) وإن أحال البائع رجلاً بالثمن على المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده لم تنفسخ الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي فلم يبطل حقه بغير رضاه ، وهكذا لو أحالت الزوجة بمهرها على

الزوج رجلاً ثم ارتدت قبل الدخول لم تبطل الحوالة ، لأنه تعلق بالحوالة حق
أجنبي وهو المحتال فلا يبطل من غير رضاه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف ثم اتفقا على أن العبد
كان حراً فإن كذبها المحتال لم تبطل الحوالة ، كما لو اشترى عبداً وباعه ثم اتفق
البائع والمشتري أنه كان حراً فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع لأنهما كذبا البينة
بدخولها في البيع . وإن صدقها المحتال بطلت الحوالة لأنه ثبتت الحرية وسقط
الثمن فبطلت الحوالة

(الشرح) الاحكام : ولو اشترى رجل من رجل عبداً بألف ثم أحال البائع
رجلاً له ألف على المشتري ثم صادف البائع والمشتري أن العبد كان حراً وقت
البيع فإن صدقها المحتال على حريته العبد وقت البيع وأن الحوالة وقعت بالثمن
حكم ببطالان الحوالة وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه لأن الحوالة
وقعت بالثمن وقد صدقها أنه لا ثمن للبائع على المشتري . وإن كذبها المحتال ولم
يكن هناك بينة فالقول قول المحتال مع يمينه لأن الحوالة تمت بالمحيل والمحتال فلا
يتحمل إلا بهما . كما أن البيع لما تم بالبيع والمشتري لا يفسخ البيع إلا بهما .
ولأنه قد تعلق بالثمن حق غير المتعاقدين فلا يبطل حقه بقول المتبايعين كما لو
اشترى عبداً فقبضه وباعه من آخر ثم اتفق المتبايعان الأولان أن العبد كان حراً
فإنهما لا يحيلان على المتبايع الثاني . فإذا حلف المحتال قبض المال من المشتري .
وهل يرجع المشتري على البائع بذلك . فيه وجهان

قال صاحب الفروع يرجع عليه . لأن المشتري قضى عن البائع دينه
بأذنه فرجع عليه

وقال الطبري في العدة لا يرجع عليه لأن المشتري يقر أن المحتال ظلمه
بأخذ ذلك منه فلا يرجع به على غير من ظلمه . وإن أقام البائع والمشتري بينة
فهل تسمع . فيه وجهان

قال الشيخ أبو إسحاق : لا تسمع ، لأنهما كذبا البيئنة بدخولهما في البيع ، وقال الشيخ أبو حامد وصاحب الفروع : إن شهدت البيئنة أن العبد حر الأصل ، وأن الحوالة وقعت بالثمن أو شهدت بأنه حر الأصل وأقر المحتمل بأن الحوالة وقعت بالثمن بطلب الحوالة ، لأنه إذا ثبت أنه حر تبيينا أنه لم يتعلق بذمة المشتري شيء فحكم ببطلان الحوالة ، وإن أقام العبد بيئنة بحريته ، قال ابن الصباغ تثبت حريته وبطلت الحوالة ، ولم يذكر له وجهها والذي يقتضى المذهب أن الحوالة لا تبطل بذلك ، لأن العبد يحكم بحريته بتصادق البائع والمشتري ، ولا تبطل الحوالة بذلك فكذلك إذا أقام العبد بيئنة ، ولأن المتبايعين إذا كانا مقرين بحريته فلا حاجة به إلى إقامة البيئنة فلا تبطل الحوالة بإقامته البيئنة .

وإن صدقهما المحتمل أنه كان حراً وادعى أن الحوالة وقعت بغير الثمن وقالوا بل وقعت بالثمن أو أقاما البيئنة أن العبد كان حراً ، ولم يذكر البيئنة أن الحوالة وقعت بالثمن ، فالقول قول المحتمل مع يمينه ، لأنهما يدعيان ما يفسدها ، والأصل صحتها . قال الشيخ أبو حامد : ويحلف على العلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا أحال رجل رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل وكتبتك ، وقال المحتمل : بل أحلتني نظرت ، فان اختلفا في اللفظ فقال المحيل : وكتبتك بلفظ الوكالة ، وقال المحتمل : بل أحلتني ؛ بلفظ الحوالة ، فالقول قول المحيل ، لأنهما اختلفا في لفظه ، فكان القول فيه قوله ، وإن اختلفا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل وكتبتك ، وقال المحتمل : بل أحلتني ففيه وجهان .

قال أبو العباس : القول قول المحتمل ، لأن اللفظ يشهد له . ومن أصحابنا من قال : القول قول المحيل ، وهو قول المزني ، لأنه يدعى بقاء الحق في الذمة والمحتمل يدعى انتقال الحق من الذمة ، والأصل بقاء الحق في الذمة .

فإن قلنا : بقول أبي العباس ، وحلف المحتمل ثبتت الحوالة وبرئ المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه ، وإن قلنا بقول المزني لحلف المحيل ثبتت الوكالة .

فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بانكاره فان كان قد قبض المال أخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه .

(والثاني) له أن يرجع لأنه يقول : إن كنت محتملاً فقد استرجع مني ما أخذته بحكم الحوالة ، وإن كنت وكيلاً فخفي باقي ذمته فيجب أن يعطيني ، وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه ، لأنه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان ، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده . وإن قال المحيل : أحلتك ، وقال المحتال بل وكأني ، فقد قال أبو العباس القول قول المحيل : لأن اللفظ يشهد له .

وقال المزني : القول قول المحتال ، لأنه يدعى بقضاء دينه في ذمة المحيل ، والأصل بقاؤه في ذمته . فان قلنا بقول أبي العباس خلف المحيل برى من دين المحتال ، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين ، لأنه إن كان محتملاً فله مطالبته بمال الحوالة ، وإن كان وكيلاً فله المطالبة بحكم الوكالة ، فإذا قبض المال صرف إليه ، لأن المحيل يقول : هو له بحكم الحوالة ، والمحتال يقول : هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه .

وإن قلنا بقول المزني وحلف المحتال : ثبت أنه وكيل ، فان لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله في ذمته ، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشيء فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه مقرر بأن المال صار للمحتال .

(والثاني) يرجع ، لأنه إن كان وكيلاً فدينه ثابت في ذمة المحال عليه وإن كان محتملاً فقد قبض المحتال المال منه ظلماً ، وهو مقرر بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال ، فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلماً فان كان قد قبض المال فان كان باقياً صرف إليه ، لأنه قبضه بحوالة فهو له ، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عماله في ذمة المحيل . وإن كان تالفاً نظرت ، فان تلمظ بتفريط لزمه ضمانه ، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته فتقاصا ، وإن تلمظ من غير تفريط

لم يلزمه الضمان ، لأنه وكيل ، ويرجع على المحيل بدينه ، ويبرأ المحال عليه ،
لأنه إن كان محتملا فقد وقاه حقه وإن كان وكيلًا فقد دفع إليه .

(الشرح) الأحكام : قال أبو العباس بن سريج : إذا كان لرجل عند رجل ألف فقال من له الدين لرجل لا شيء له عليه ، أحلتك على فلان بألف ، فهذا توكيل منه في القبض ، وليس بحوالة ، لأن الحوالة إنما تكون عمن له حق ، ولا حق للمحتال ههنا ثبت أن ذلك توكيل .

وإن كان لزيد على عمرو ألف درهم ولعمرو على خالد ألف ، فاختلف زيد وعمرو ، فقال زيد . أحلتني بالألف التي عليك لي بالألف التي لك على خالد بلفظ الحوالة . وقال عمرو . بل وكأنتك بأن يقبضها لي منه بلفظ الوكالة ، قال قول عمرو لأنهما اختلفا في لفظه ، وهو أعلم بلفظه ، ولأنه قد ثبت استحقاق عمرو الألف في ذمة خالد ، وزيد يدعى أن مملكتها قد انتقل إليه بالحوالة ، والأصل بقاء ملك عمرو عليها ، وعدم ملك زيد .

فإن قال عمرو لزيد . أحلتك على خالد بالألف التي لي عليه ، فقبل زيد ثم اختلفا فقال عمرو وكأنتك لتقبضها لي منه . ومعنى قول أحلتك أي سلطتك عليه وقال زيد . بل أحلتني عليه بديني الذي لي عليك ، فاختلف أصحابنا فقال المزني . القول قول المحيل وهو عمرو .

وقال الشيخ أبو حامد والطبري : وبه قال المصنف وأبو العباس بن سريج وأكثر أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة . لأنها قد اتفقا على ملك عمرو للألف التي في ذمة خالد ، واختلفا في انتقالها إلى زيد وهو المحتمل كان القول قول عمرو لأن الأصل بقاء ملكه عليها ، وإن كان الظاهر مع زيد : كما لو كان لرجل سيارة في يد آخر فادعى من هي بيده أن مالكمها وهبها منه . وقال المالک . بل أعرسكها قال قول المالک .

وكما لو كانت دار في يد رجل فادعى رجل أنه ورثها من أبيه أو ابتاعها ، وأقام على ذلك بيته ، وادعى من هي بيده أنها مملوكة فإنه يحكم بها لصاحب البيته لأنه قد عرف له أصل ملك ، وإن كان الظاهر مع صاحب اليد .

(والوجه الثاني) حكاه المصنف وابن الصباغ عن أبي العباس بن سريج أن القول قول زيد وهو المحتال ، لأن اسم الحوالة موضوع لتحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، فكان اللفظ يشهد له .

قالوا تنازعا داراً وهي في يد أحدهما فوجهان فذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يرجع عليه ، والثاني له أن يرجع عليه ، لأن المحتال إن كان صادقاً فالذي في ذمة المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه ، فإذا قلنا يرجع عليه لأن المحتال إن كان صادقاً فالذي في ذمة المحال عليه للمحيل : وإن كان المحتال كاذباً فقد استحق المحيل على المحتال ما أخذه منه ظلماً ، وللمحتال حق على المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه .

فإذا قلنا : يرجع عليه ، فالذي يقتضيه المذهب أنه يرجع عليه بأقل الأمرين مما أخذ منه المحتال أو الدين الذي على المحال عليه لأنه إن أعطى المحتال أكثر من حقه فلم يستحق الرجوع على المحال عليه بأكثر مما عنده ، وإن أعطى المحتال أقل من حقه فهو يقر أن جميع ما على المحال عليه للمحتال ، وإنما يرجع من ماله بالقدر الذي أخذه منه ، وما زاد عليه يقر به المحتال .

وإن قلنا القول قول المحيل لحلف فبريء من دين المحتال ، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه إما بحكم الحوالة أو الوكالة فإذا أخذ منه المال أمسك بحقه لأن المحيل يقول هو له بحق الحوالة ، والمحتال يقول هو للمحيل ولي عليه مثله وهو غير قادر على حقه من جهة المحيل ، فكان له أخذه .

(مسأله) إذا كان لزيد على عمرو ألف درهم ، ولخالد على زيد ألف درهم جاء خالد إلى عمرو وقال قد أحالني زيد بالألف التي عليك له فان صدقه وجب عليه دفع المال اليه . ثم ينظر في زيد فان صدقه فلا كلام ، وإن كذبه كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة . فإذا حلف زيد بالألف على عمرو ، ولا يرجع خالد على زيد بشيء ، لأنه إن كان قد قبض حقه من عمرو فقد استوفى ، وإن لم يقبضه فله أن يطالبه بحقه ، لانهما متصادقان على الحوالة . وإن كذب عمرو خالداً ولا بينة فالقول قول عمرو مع يمينه ، لأن الأصل

عدم الحوالة ، فإذا حاد سقطت دعوى خالد ، ولم يكن لخالد الرجوع على زيد بشئ ، لأنه يقر أن ذمته قد برئت من حقه ، ثم ينظر في زيد فإن كذب خالد كان له مطالبة عمرو بدينه ، وإن صدق خالد ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا : يبرأ من دين زيد لأنه قد أقر بذلك . وقال ابن الصباغ إذا قلنا : ليس من شرط الحوالة رضا المحال عليه ، فإن الحوالة ثبتت بتصادق المحيل والمحتمل .

(فرع) إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فطالبه بها فقال من عليه الدين أحلت بها على فلان الغائب ، فأنكر المحيل فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة ، فإن أقام من عليه الدين بينته بالحوالة .

قال ابن الصباغ : سمعت البيهقي لإسقاط حق المحيل عليه ، ولا يثبت بها الحق للغائب ، لأن الغائب لا يقضى له بالبينته ، فإذا قدم الغائب وادعى فانما يدعى على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له بذلك فلا يحتاج إلى إقامة بينته مهلو ادعى رجل على رجل أنه أحاله على فلان الغائب ، وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه ، وإن أقام المدعى بينته ثبتت في حق الغائب ، لأن البيهقي يقضى بها على الغائب ، فإن شهد للمحتمل ابتداء لم تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لائيهما ، وإن شهد له ابنا المحال عليه أو ابنا المحيل قبلت شهادتهما ، لأنهما يشهدان على أبيهما ، والله تبارك وتعالى أعلم .

تمّ الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر

وأوله كتاب الضمان

(فهرس الجزء الثالث عشر من المجموع)

- ٢ باب بيع المراجعة . معنى بيع المراجعة ٨ ولا يصح بيع المنقول قبل قبضه
 ١٢ وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها لخط له بائعها من ثمنها
 ١٣ وإن أخبر أن الثمن مائة ثم قال أخطأت والثن مائة وعشرة
 ١٤ باب النجش . تفسير بيع النجش ١٦ يحرم البيع على أخيه وتفسيره
 ١٧ يحرم أن يدخل على سوم أخيه وتفسيره ١٨ حكم بيع المزايدات
 ٢٠ يحرم بيع حاضر لباد ٢٣ ويحرم تلقي الركبان
 ٢٧ تفسير التدليس عند المحدثين وتفسير الغرر في البيع ٢٩ أحكام التمهير
 في البيع والأجور ٤٠ أخذ الأجرة على الفهادة
 ٤٤ ويحرم الاحتكار في الأقوات ٤٨ أما غير الأقوات
 ٤٩ باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ٥١ سند حديث البيهقي على المدعى
 واليمين على من أنكر ٥٢ سند حديث إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
 ٥٥ يجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات
 ٥٩ وإذا تحالفا وجب فسخ البيع ٦٣ فوائده اليمين هنا
 ٦٤ يحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ٦٦ من يخلف أولاً : البائع أو المشتري
 ٦٨ معنى وقوع الفسخ ظاهراً أو باطناً ٧٠ وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك
 السلعة في يد المشتري ٧٤ إذا هلك المبيع وجب رد قيمته يوم القبض ويوم
 هلاكه ٧٧ إذا مات المتبايعان واختلف ورثتهما تحالفا
 ٧٨ إذا اختلفا المتبايعان في قدر المبيع تحالفا ٧٩ وإن اختلفا في شرط الخيار
 أو الاجل ٨٤ إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا في التسليم
 ٨٨ وإن باعه عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن ٨٩ إن تلف المبيع في يد
 البائع قبل التسليم ٩٣ باب السلم وما هو
 ٩٦ آية الدين (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم) فيها ٤٧ مسألة وبياناتها
 ١٠٥ وينعقد بلفظ السلف والسلم ١٠٦ ويثبت فيه خيار المجلس لا الشرط

- ١٠٧ ويجوز مؤجلا وفي المعدوم ١٠٩ ويجوز السلم في كل ما يجوز بيعه
- ١١٤ اختلف الفقهاء في السلم في الحيوان ١١١ وأما مالا يضبط بالصنعة فلا يجوز السلم فيه ١٢٢ ولا يجوز فيما عملت فيه النار
- ١٢٦ ولا يجوز في الاشياء النادرة ١٢٧ ولا يجوز في الهابر
- ١٢٩ واختلفوا في السلم في الاواني المختلفة الاعلى والاسفل ١٣٠ ولا يجوز السلم في الدقيق ولا في أنواع الاثاث ١٣١ ولا يجوز الا في شيء عام الوجود ١٣٣ ولا يجوز الا في قدر معلوم ١٣٥ ولا يجوز في شيء حتى يبين صفاته التي تختلف بها الاثمان ١٣٦ وان أسلف في مؤجل وجب بيان أجل معلوم ١٤٢ وجوب بيان موضع التسليم
- ١٤٤ ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس ١٤٥ باب تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد ١٥٠ وان أسلفه في طعام مكبل فدفع اليه من غير كيل لم يصح ١٥١ تفسير القفيز والصبرة ١٥٣ فإن أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح ١٥٥ وان دفع المسلم اليه الى المسلم دراهم
- ١٥٧ اذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبا فله رده ١٥٦ فإن أسلم في ثمرة فانه قطع في وقت التسليم . يجوز فسخ عقد السلم بالاقالة ١٦١ باب القرض وبيان ممن يصح ١٦٤ ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط
- ١٦٦ وفي الوقت الذي يملك فيه وجها . الرجوع في الدين المقترضة
- ١٦٨ ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع . ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل وطؤها ١٧٠ ولا يجوز قرض جر منفعة وبيانه
- ١٧٤ ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل . اذا أقرضه دراهم بمصر ثم اقبه بمكة فطالبه بها ١٧٧ كتاب الرهن على الدين في السفر والحضر
- ١٧٩ ممن يصح الرهن . الاشياء التي يجوز أخذ الرهن عليها
- ١٨٣ ولا يجوز أخذ الرهن على أشياء . ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن
- ١٩٢ حكم ما لو مات أحد المتراهنين . اذا امتنع الراهن من تسليم الرهن
- ١٩٥ لا ينفك شيء من الرهن حتى يبرأ الراهن من جميع الدين
- ١٩٧ واذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا . باب ما يجوز رهنه ومالا يجوز

- ١٩٩ ما يسرع اليه الفساد من الفواكه يجوز رهته بالدين الحال
- ٢٠٤ ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه . وإن رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت ،
وفي رهن الدين وجهان ٢٠٨ ولا يجوز رهن مالا يمكن تسليمه
- ٢١٠ وفي رهن الثمرة قبل بدو صلاحها قولان ٢١٥ وفي جواز رهن المصحف
وكتب الحديث عند الكافر طريقان . . . إذا شرط في الرهن شرطاً يتنافى
مقتضاه ٢١٩ أين يوضع الشيء المرهون ٢٢٦ باب ما يدخل في الرهن
ومالا يدخل ، حكم نماء المرهون ٢٣ ويملك الراهن التصرف في منافع
الرهن . لا يملك الراهن التصرف بما يضر المرتهن ٢٣٩ إذا أوقف
الراهن المرهون ٢٤١ المرهون على من ينتفع به ٢٤٦ فإن كان المرهون
عصيراً فصار في يد المرتهن خيراً بطل الرهن ٢٤٩ وإن تلف الرهن في يد
المرتهن من غير تفريط فعلي صاحبه ٢٥٢ باب اختلاف المتراهنين ، إذا
اختلفا في عين الرهن . إذا اختلفا في قدر الرهن . إذا اختلفا في قدر الدين
٢٦٧ فإن كان عليه ألف برهن وألف بلا رهن ثم دفع إليه ألف ثم اختلفا
هل هذا الألف عن هذا وهذا . باب التفليس ٢٧٠ من هو المفلس
- ٢٧٧ وإن ركبته الديون ورفع الغرماء أمره إلى الحاكم وطلبوا الحجر عليه
- ٢٨٠ والمستحب أن يشهد على الحجر ٢٨٣ ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس
- ٢٨٥ وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر ٢٨٧ وإن جنى جنابة توجب المال وإن
ادعى على رجل مالا ٢٩٠ وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج اليه للنفقة
- ٢٩٢ وإن أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره ٢٩٧ وإن كان في الغرماء
من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ووجده بعينه ٣٠١ وإن كان باعه بعد
الإفلاس ٣٠٢ وإن وجد المبيع وقد قبض بعض ثمنه ٣٠٤ إذا كان الهداق
شئتين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول فماذا يأخذ ٣٠٥ وإن وجد البائع
عين ماله وهو رهن لم يرجع به . وإن كان المبيع شقياً ثبت فيه الشفعة
- ٣٠٦ وإن كان المبيع صيداً والبائع محرم ، وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل
- ٣٠٨ وإن وجد المبيع ناقصاً نظرت ٣١٢ وإن وجد المبيع زائداً نظرت
- ٣٢٠ وإن كان المبيع جارياً لحبلى من المشتري

- ٣٢١ وان كان المبيع طعاما فطحنه المشتري أو ثوبا فصبغه ٣٢٤ وان كان المبيع أرضا فبناها ٣٢٨ وان كان المبيع أرضا فزرعها وان كان حيا فخلطه بجنسه
- ٣٢٢ وان أسلم الى رجل في شيء وأفلس المسلم اليه . وإن أكرى أرضاً فأفلس المأكثري بالأجرة . اذا قسم مال المفلس بين الغرماء فهل يزول الحجر عنه
- ٣٢٨ ومن مات وعليه دين مؤجل فقد حل ، وان كان له دين الى أجل فهو الى أجله ، فإن تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين
- ٣٤١ اذا قسم مال المفلس أو الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر
- ٣٤٤ باب الحجر : اذا ملك الصبي مالا حجر عليه ، النظر في ماله للأب ثم الجد
- ٣٤٦ ولا يتصرف الناظر الا على وجه المصلحة للصبي ، ٣٥٠ ولا يبيع ماله بنفسه من غير غبطة ، ولا يسافر ويأخذ معه ماله من غير ضرورة ، ولا يقرضه من غير حاجة ٣٥٥ وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا تقتير
- ٣٥٦ ولا يشتري الوصي من مال اليتيم ، وان أراد أن يأكل من ماله نظرت متى يفك الحجر عن الصبي ٣٦٦ علامات ايناس الرشيد وموانع فك الحجر ٣٧٤ وان فك عنه الحجر ثم صار مبدرا حجر عليه ، ويستحب أن يشهر على الحجر ٣٧٩ فإن باع أو اشترى بعد الحجر كان باطلا
- ٣٨٠ وان طلق السفية صح طلاقه ولا يصح زواجه الا بإذن وليه
- ٣٨٣ كتاب الصلح وبيانه ، اذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح
- ٣٩٥ وان ادعى عليه مالا فأنكره ثم قال صلحني عنه
- ٣٩٦ وان أخرج جناحا الى طريق نافذ أو غير نافذ ، فان صالحه الإمام عن الجناح على شيء لم يصح ، ويرجع فيما يضر ومالا يضر الى حال الطريق
- ٤٠٠ وان أخرج جناحا الى دار جاره من غير اذنه لم يجوز
- ٤٠١ ولا يجوز أن يفتح كوة ولا يسمر مسماراً في حائط جاره الا باذنه
- ٤٠٥ وهل يجوز وضع الجذوع على حائط الجار ٤١٦ اذا كان بينهما حائط مشترك فانهم قدعاهما صاحبه الى العمارة فامتنع
- ٤٢٤ كتاب الحوالة وبيانها
- ٤٢٦ ولا تجوز الا على دين يجوز بيعه

- ٤٢٧ واختلاف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة ، ولا تجوز الا بمال معلوم ٤٠٩ ولا تجوز إلا أن يكون الختان متساويان
- ٤٣٠ ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين . ولا تجوز الحوالة من غير رضا صاحب الحق . إذا أحال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه
- ٤٢٤ إذا أحاله على مليء فأفلس . وان اشترى رجل من رجل بألف وأحاله على رجل به ثم وجد بالمبيع عيبا فرده

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المجموع

شرح المَهْدَبِ

الجزء الرابع عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الضمان^(١)

(الشرح) الأصل في جواز الضمان الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى في سورة يوسف الآية ٧٢ . قالوا : نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، قال ابن عباس : الزعيم الكفيل . وفيها ست مسائل :

(الأولى) قال علماؤنا : هذا نص في جواز الكفالة . وقال القاضي أبو إسحاق ليس هذا من باب الكفالة فإنها ليس فيها كفالة لإنسان عن إنسان وإنما هو رجل ألزم عن نفسه وضمن منها ، وذلك جائز لغة لازم شرعا . قال الشاعر :

فلست بأمر فيها بسلم ولكني على نفسي زعيم

وقال الآخر :

ولئن زعيم إن رجعت مملكتنا بسير ترى منه الغرائق أزورا

قال الإمام أبو بكر بن العربي : هذا الذي قاله القاضي أبو إسحاق صحيح . بيد أن الزعامة فيه نص ، فإذا قال أنا زعيم فعنناه أني ملتزم ، وأى فرق بين أن يقول : ألزمه عن نفسي أو التزمف به عن غيري ؟

(الثانية) قوله : وأنا به زعيم ، إنما يكون في الحقوق التي تجوز النيابة فيها ، وأما كل حق لا يقوم فيه أحد عن أحد كالحقوق فلا كفالة فيها ، وتركب على هذا مسألة وهي :

(الثالثة) إذا قال : أنا زعيم لك بوجه فلان . قال مالك : يلزمه ، وقال الشافعي لا يلزمه لأنه غرر ، إذ لا يدري هل يجده أم لا ؟ والدليل على جوازه

(١) الضمان مشتق من ضم ذمة الى ذمة . وقال في البسيط : هو مشتق من التضمين ، ومعناه تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه ، وقد غلط من قال هو مأخوذ من الضم فان النون أصلية فيه وهذا لام فعل منه ميم ؛ وأصله ضم ، والضمان لام فعل منه نون .

أن المقصود بالزعامه تنزيل الزعيم مقام الأصل ، والمقصود من حضور الأصل أداء المال ، فكذلك الزعيم

(الرابعه) كما أن لفظ الآية نص في الزعامه فمعناها نص في الجماله ، وهي نوع من الإجارة ، لكن الفرق بين الجماله والإجارة أن الإجارة يتقدر فيها الموض والمعوض من الجهتين ، والجماله يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقدر .

ودليله أن الله سبحانه شرع البيع والابتياح في الأموال لاختلاف الاغراض وتبدل الأحوال ، فلما دعت الحاجه الى انتقال الأملاك شرع لها سبيل البيع ، وبين أحكامه ، ولما كانت المنافع كالأموال في حاجه الى استيفائها ، إذ لا يقدر كل أحد أن يتصرف لنفسه في جميع أغراضه نصب الله الإجارة في استيفاء المنافع بالأعواض ، لما في ذلك من الاغراض

(الخامسه) فاذا ثبت هذا فقد يمكن تقدير العمل بالزمان كقوله : تخدمنى اليوم . وقد يقول : تخطى لي هذا الثوب ، فيقدر العمل بالوجهين ، وقد يتعذر تقدير العمل ، كقوله : من جاءني بضائتي فله كذا . فأحد العوضين لا يصح تقديره والعوض الآخر لا بد من تقديره ، فان ما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه الى ما لا ضرورة فيه ، والأصل فيه الحديث الذي ورد من أخذ الاجرة على الرقيه ؛ وهو عمل لا يتقدر ، وقد كانت الإجارة والجماله قبل الإسلام فأقرتهما الشريعة ، ونفت عنهما الفرر والجهاله

(السادسه) في حقيقة القول في الآية : ان المنادى لم يكن مالكا ، انما كان نائما عن يوسف ورسولا له ؛ فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع ، وتحمل هو به عن يوسف ، فصارت فيه ثلاث فوائد :

(الاولى) الجماله ، وهي عقد يتقدر فيه الثمن ، ولا يتقدر فيه المثلن

(الثانيه) الكفاله . وهي ههنا مضافه الى سبب موجب على وجه التعليق بالشرط ، وقد اختلف الناس فيها اختلافا متباينا تقريره في المسائل . وهذا دليل على جوازها فانه فعل نبي ولا يكون إلا شرعا .

وقد اختلف الأئمة في الكفاله ، فجوزها أصحاب أبي حنيفة محاله على سبب

وجوب . كقوله : ما كان لك علي فلان فهو علي ، أو إذا أهل الهلال فلك علي
عنه كذا ، بخلاف أن تكون معلقة علي شرط محض ، كقوله إن قدم فلان .
أو إن كلمت زيدا .

وقال الشافعي لا يجوز بشيء من ذلك . وهذه الآية نص علي جوازها محالة
علي سبب الوجوب .
(الثالثة) جملة المضمون له .

قال علماءنا هي جائزة ، وتجوز عندهم أيضا مع جماله الشيء المضمون أو كليهما
ومن العجب أن أبا حنيفة والشافعي اتفقا علي أنه لا تجوز الكفالة مع جماله
المكفول له . وادعى أصحاب أبي حنيفة أن هذا الخبر منسوخ من الآية خاصة
وقال أصحابنا من أئمة المذهب هذه الآية دليل علي جواز الجعل ، وهي شرع
من قبلنا ، وليس لهم فيه تعلق في مذهب

وقال أصحابنا أيضا إن معرفة المضمون عنه والمضمون له فيه ثلاثة أقوال
(أحدها) أنه لا بد من معرفتهما ، أما معرفة المضمون عنه فليعلم هل هو
أهل للإحسان أم لا ، وأما معرفة المضمون له فليعلم هل يصلح للمعاملة أم لا ؟
(الثاني) أنه افتقر إلى معرفة المضمون له خاصة ، لأن المعاملة معه خاصة
(الثالث) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما وهو الصحيح في حديث
أبي قتادة أنه ضمن عن الميت ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له ،
ولا عن المضمون عنه ، والآية نص في جماله المضمون له ، وحمل جماله
المضمون عليه أخف

وقال القرطبي ، إن قيل كيف ضمن حمل البعير وهو مجهول ، وضمان المجهول
لا يصح ، قيل له

حمل البعير كان معينا معلوما عندهم كالوسق فصح ضمانه ، غير أنه بذل مال
للسارق ، ولا يحل للسارق ذلك ، فلعله كان يصح في شرعهم ، أو كان هذا جماله
وبذل مال لمن يفتش ويطلب ، ثم قال

قال بعض العلماء في هذه الآية دليلان (أحدهما) جواز الجعل وقد أجز

للضرورة ، ثم ساقى كلام الشافعي الذي سبق إيراده (الثاني) جواز الكفالة على الرجل لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف ،

قال عطاءنا : إذا قال الرجل تحملت أو تكفلت أو ضمنت أو وأنا حميل لك أو زعيم لك أو كفيل أو ضامن أو قبيل ، أو هو لك عندي أو عليّ أو إلىّ أو قبلي ، فذلك كله حمالة لازمة . والرعاة لا تكون إلا في الحقوق التي تجوز النيابة فيها بما يتعلق بالذمة في الأموال وكان ثابتاً مستقراً فلا تصح الحملة بالكتابة لأنها ليست بدين ثابت مستقر : لأن العبد إن عجز رقب وانفسخت الكتابة ، وأما كل حق لا يقوم به أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيه . ويسجن المدعى عليه الحد حتى ينظر في أمره .

وشذ أبو يوسف ومحمد فأجازا الكفالة في الحدود والقصاص وقالوا : إذا قال المقذوف أو المدعى القصاص بينتي حاضرة كفله ثلاثة أيام . واحتج الطحاوي لهم بما رواه حمزة بن عمرو بن عمرو عن ابن مسعود وجري بن عبد الله والأشعث أنهم حكموا بالكفالة بالنفس بمحض الصحابة رضي الله عنهم

وأما السنة ففي حديث أبي هريرة عند أبي داود والترمذي وقال حديث حسن أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : ألا إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث ، ولا تنفق امرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها ، والعارية مؤداة والمنحة مردودة ، والدين مقضى والزعيم غارم ، فلو لا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله رسول الله (ص) غارماً

وروى قبيصة بن المخارق الهلالي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تحل الصدقة إلا للثلاثة . فذكر رجلاً تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمك ، فأباح له الصدقة حتى يؤدي ، فدل على أن الحملة قد لزمته

وروى عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلي عليه فقال : هل عليه دين ، قالوا : نعم . ديناران ، قال : هل ترك لهما واه ؟ قالوا لا فآخر . فقيل لم لا تصلي عليه ؟ فقال ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة ، إلا إن قام أحدكم فضمنه ، فقام أبو قتادة فقال : هما عليّ يا رسول الله ، فصلى عليه النبي

صلى الله عليه وسلم ، رواه البخارى وأحمد والنسائى والترمذى وصححه . والنسائى وابن ماجه وقالوا : فقال أبو قتادة أنا أتكفل به ،

وقد أخرج أحمد وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله وأخرجه أيضا ابن حبان والدارقطنى والحاكم وفيه : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً فعلى ، ومن ترك مالا فلورثته ،

وفى معناه عند الدارقطنى والبيهقى عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه وفيه أن علياً قال أنا ضامن ، ثم دعا له الرسول صلى الله عليه ثم قال : ما من مسلم فك رمان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة ، قال الحافظ بن حجر فى إسناده ضعف وعن سلمان عند الطبرانى بنحو حديث أبي هريرة رضى الله عنه وزاد : وعلى الولاية من بعدى من بيت مال المسلمين ، وفى إسناده عبد الله بن سعيد الانصارى متروك ومنتهم .

وعن أبي أمامة رضى الله عنه عند ابن حبان فى ثقاته ضعف

والحكمة فى ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون فى حياتهم ، والتوصل إلى البراءة ، وقد توسع شيخنا الإمام النووى رضى الله عنه فى كتاب الجنائز من المجموع فى بحث صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيان الأحاديث الواردة فيها والكلام عليها وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف فى صحة الضمان ، وإن اختلفوا فى فروع منه على ما بيننا فى أقوالهم فى الكتاب ، فإذا ثبت هذا فإنه يقال : ضمير وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير كلها بمعنى واحد

ولا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ، ولا بد من رضى الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه . لا نعلم فى ذلك خلافاً ، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه . ولا يعتبر رضا المضمون له .

وقال أبو حنيفة : يعتبر ، لأنه إثبات مال لادى فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعندنا كالمذهبين لأصحابنا ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

يصح ضمان الدين عن الميت ، لما روى أبو قتادة قال : أقبل بجزاة علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل علي صاحبكم من دين فقالوا : عليه ديناران ، قال صلى الله عليه وسلم : صلوا علي صاحبكم ، فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله فصرى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويصح عن الحى لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين علي الميت .

(الشرح) الحديث مر تخرجه في شرح الترجمة .

أما الأحكام : فإنه يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف وناه بدينه أو لم يخلف ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة : لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وناه بماله أو بضمان ضامن .

دلينا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال . كان النبي صلى الله عليه وسلم يؤتى بالميت وعليه دين فيقول . هل خلف لدينه قضاء ؟ وروى . وناه ؟ فإذا قيل له . لم يخلف وناه ، قال للمسلمين . صلوا عليه ، فلما فتح الله عليه الفتح قال . من خلف مالا فلورثته ، ومن خلف ديناً فعلى قضاؤه ، فضمن النبي صلى الله عليه وسلم القضاء .

وكذلك حديث جابر رضى الله عنه الذى أشرنا إلى تخرجه في شرح ترجمته هذا الباب وانظروا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصل على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل . عليه دين ؟ قالوا . نعم ديناران ، قال . صلوا علي صاحبكم الحديث ، وهى أحاديث تدل على جواز الضمان عن الميت ، ولأنه لم يكن يتمتع من الصلاة إلا على من مات وعليه دين ولم يخلف وناه ، ولأن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رحمه ، والدين يحجبها بدليل ما روى عن أنس رضى الله عنه أنه قال . من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فإني شهدت النبي صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجزاة فقالوا صل عليها فقال أليس عليه

دين؟ فقالوا: بلى، فقال: ما ينضمكم صلاتي عليها وهو مرتين في قبره، فإن ضمنه أحدكم قمت وصليت عليه، .

قال في البيان: بعد أن ساق هذا الحديث، فكانت صلاتي تنفعه، لأن كل من صح الضمان عنه إذا كان له وفاة بما عليه، صح الضمان عنه، وإن لم يكن له وفاة كالحى .

(فرع) قال أبو علي الطبري رحمه الله: لو قال تكفلت لك بمالك على فلان صح، وإن قال: أنا به قبيل، لم يكن صريحا في الضمان في أحد الوجهين خلافا لأبي حنيفة، لأن القبيل بمعنى قابل كالسميع بمعنى سامع وإيجاب الضمان لا يكون موقوفا على قبوله فلم يصح .

وإن قال: إلى دين فلان، لم يكن صريحا في الضمان في أحد الوجهين خلافا لأبي حنيفة. دليلنا: أنه يحتمل قوله إلى بمعنى إذن عنه، ويحتمل مرجمه إلى بحق أستحقه، ولو قال: خل عن فلان والدين الذي عليه لك عندي، لم يكن صريحا في الضمان خلافا لأبي حنيفة، لأن كلمة عندي تستعمل في غير مضمون كقولهم الوزير عند الأمير .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع، ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه. لأنه إيجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة. وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى ففيه وجهان .

قال أبو إسحاق: يصح ضمانه ويتبع به إذا عتق لأنه لا ضرر فيه على المولى لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه بالإقرار بإتلاف ماله. وقال أبو سعيد الإصطخري: لا يصح لانه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه، لأن الحجر لحقه فزال بإذنه، ومن أين يقضي؟ ينظر فيه، فإن قال له المولى أفضه من كسبك قضاءه منه، وإن قال .

أفضه مما في يدك للتجارة قضاء منه لأن المال له ، وقد أذن له فيه ، وإن لم يذكر
القضاء ففيه وجهان .

(أحدهما) يقع به إذا اعتق ، لأنه أذن في الضمان دون الاداء .
(والثاني) يقضى من كسبه إن كان له كسب : أو مما في يده إن كان مأذونا له
في التجارة ، لأن الضمان يقضى الغرم كما يقضى النكاح المهر ، ثم إذا أذن له في
النكاح وجب قضاء المهر مما في يده ، فيكذلك إذا أذن له في الضمان وجب قضاء
الغرم مما في يده ، فإن كان على المأذون له دين وقلنا : ان دين الضمان يقضيه مما
في يده ، فهل يشارك فيه الغرماء ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يشارك به ، لأن المال للمولى ، وقد أذن له في القضاء منه ، اما
بصريح الإذن ، أو من جهة الحكم ، فوجب المشاركة به .
(والثاني) أنه لا يشارك به ، لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال
الضمان كالرهن . وأما المكاتب فإنه ضمن بغير اذن المولى فهو كالعبد القن ، وان
ضمن بإذنه فهو تبرع ، وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما في
المكاتب ان شاء الله تعالى .

(الشرح) الاحكام : يصح الضمان من كل جائز التصرف في المال ، فأما الصبي
والمجنون والسفيه فلا يصح ضمان أحدهم منهم ، لأنه ايجاب مال بعقد فلم يصح
كالبيع ، فقوله بعقد ، احتراز من ايجاب المال عليه بالجناية ، ومن نفقة من يجب
عليه نفقته ، والزكاة .

وأما المحجور عليه للإفلاس فيصح ضمانه لأنه ايجاب مال في الذمة بالعقد
فصح من المفلس ، كالشراء بثمن في ذمته كما مضى في التفليس .

وأما المرأة فإنه يصح الضمان منها إذا كانت جائزة التصرف . وقال مالك :
لا يصح الا أن يكون بإذن زوجها . دليلنا أن كل من لزمه الثمن في البيع والاجرة
في الإجارة صح ضمانه كالرجل .

(فرع) ولا يصح الضمان من المبرسم — على ما لم يسم فاعله ، والبرسم علة
تصيب الاعصاب — الذي لا يعقل لأنه لا حكم لكلامه ، فأما الاخرس فإن لم

يمكن له إشارة مفهومة وكتابة معقولة أو كتابة مقروءة لم يصح ضمائه ، وإن كانت له إشارة مفهومة وكتابة معقولة ، لأنه حصل مع الكتابة إشارة مفهومة ، وإلا فالكتابة المقروءة تنفرد مكانهما أو مكان النطاق ما دام ذلك يؤدي إلى فهم قصده من الضمان على أحد القولين . وإن انفردت إشارته المفهومة بالضمان صح وإن انفردت الكتابة في الضمان عن إشارة يفهم بها أن قصده الضمان . قال ابن الصباغ لم يصح الضمان ، لأن الكتابة قد تكون عبثاً ، أو تجر به للقلم أو حكاية للخط . فلم يلزمه الضمان بمجردهما .

(مسألة) إذا ضمن العبد ديناً لغير سيده فإن كان غير مأذون له في التجارة نظرت ، فإن كان بغير إذن سيده فهل يصح ضمائه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمائه لأنه مكلف له قول صحيح ؛ وإنما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد ولا ضرر على السيد في ضمائه ، فهو كالمو أقر لغيره بمال . فعلى هذا يثبت في ذمته إلى أن يعتق .

(والثاني) لا يصح ، لأنه اثبات مال لأدمى بعقد ، فلم يصح من العبد بغير إذن سيده كالمهر ، فقولنا لأدمى ، احتراز من النذر . وقولنا بعقد ، احتراز من الإقرار لأنه اجبار . ومن الجنابة على غير سيده .

وإن ضمن بإذن سيده صح لأن المنع منه لحق السيد ، وقد أذن فيه فإن أذن فيه أن يؤديه من كسبه قضاء منه . وإن أطلق الأذن ففيه وجهان (أحدهما) يقضيه من كسبه . كالمو أذن له سيده في النكاح ، فإن المهر والنفقة يقضيان من كسبه .

(والثاني) لا يقضيه من كسبه ، ولكن يتبع به إذا عتق ، لأن السيد إنما أذن في الضمان دون القضاء ، فيعلق ذلك بذمة العبد لأنها محل للضمان ، ويفارق المهر والنفقة يجبان عوضاً عن الاستمتاع المعجل ، وكان ما في مقابلتهما معجلاً . وحكى أبو علي الشيعي وجهاً آخر أنه يتعلق برقبته — وليس بشيء — وإن كان العبد مأذوناً له في التجارة فلا يخلو إما أن يضمن بإذن السيد أو بغير إذنه ، فإن ضمن بغير إذنه نظرت ، فإن قال : ضمن لك حتى أؤدي من هذا المال لم يصح الضمان ، لأن السيد إنما أذن له في التجارة فيما ينمي المال لا فيما يتلفه .

وان ضمن له مطلقا فهل يصح ضمانه ؟ على الوجهين في غير المأذون ، فإذا قلنا لا يصح فلا كلام ، وان قلنا يصح فإنه لا يجوز له أن يقضى بما في يده من مال التجارة ، ولكن يثبت في ذمته الى أن يعتق ، وان ضمن باذنه صح الضمان .

فان كان اذن السيد بالضمان مطلقا فمن أين يقضى العبيد دين الضمان ، فيه وجهان (أحدهما) من كسبه أو بما في يده للتجارة (والثاني) يثبت في ذمته الى أن يعتق . وان أذن له السيد بالضمان في المال الذي في يده فقال : ضمننت لك حقلك الذي لك على فلان حتى أؤدى من المال الذي في يدي صح الضمان ولزمه أن يؤدى من المال الذي في يده للتجارة لأن المنع منه لأجل السيد ، وقد أذن لجاز فإذا قال الحر : ضمننت لك دينك على فلان في هذا المال لم يصح الضمان ، والفرق بينهما أن العبيد ضمن الحق في ذمته ، وانما علق الاداء في مال بعينه ، والحر لم يضمن الحق في ذمته ، وانما ضمنه في المال بعينه ، فوزانه أن يقول الحر ضمننت لك دينك على فلان وأزنه من هذا المال فيصح الضمان ، فان كان على المأذون له (العبد) دين يستغرق ما بيده ثم أذن له السيد بالضمان والقضاء بما في يده من مال التجارة ، أو قلنا يلزمه القضاء منه ، على أحد الوجهين ، فهل يشارك المأذون له الغرماء ، فيه وجهان

(أحدهما) يشاركهم ، لأن المال للسيد ، وقد أذن بالقضاء منه ، اما بصريح القول أو من جهة الحكم

(والثاني) لا يشاركهم ، لأن حقوق أصحاب الديون متعلقة بما في يده فهناك ذلك كالمرهون بمقتوهم ؛ نرى أن السيد لو أراد أخذ ذلك قبل قضاء الغرماء لم يكن له ذلك .

(فرع) وان كان في ذمة العبيد دين فضمن عنه ضامن صح الضمان لأن الدين في ذمته لازم ، وانما لا يطالب به لمجزه في حال رقه فصح الضمان عنه كالدين على المفسر . قال الصيمري : لو ثبت على عبده دين بالمعاملة فضمنه عنه سيده صح ضمانه كالأجنبي

(فرع) وأما المكاتب فإنه اذا ضمن ديننا على سيده — فان كان بغير ادته

فهل يصح ؟ فيه وجهان كما قلنا في غير المكاتب ، وإن قلنا لا يصح فلا كلام ، وإن قلنا يصح كان ذلك في ذمته إلى أن يعتق

وإن ضمن بإذن سيده ، فإن قلنا يجوز للمكاتب أن يهب شيئاً من ماله بإذن سيده على ما مضى من بياننا للحكمة وإن قلنا لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئاً لغيره بغير إذن سيده فالذي يقتضى المذهب أن يصح الضمان ويتبع به إذا عتق ، ولا يقضى من المال الذي بيده قبل أداء الكتابة والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه ، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه . واختلاف أصحابنا في رضا المضمون له ، فقال أبو علي الطاهري : يعتبر رضاه لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم ، فشرط فيه رضاه كالتن في البيع

وقال أبو العباس : لا يعتبر ، لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي . ولم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم رضا المضمون له

(فصل) وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه . فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه ، ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجليل ويفتقر إلى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح ، كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه (والثاني) أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له : لأن معاملته معه ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه (والثالث) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما لأن أبا قتادة ضمن عن الميت ؛ ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له ، والمضمون عنه .

(الشرح) الأحكام : يصح الضمان من غير رضی المضمون عنه ، لأن علياً رضي الله عنه وأبا قتادة رضي الله عنه ضمنا عن الميت بحضرة النبي (ص) . والميت لا يمكن رضاه ، ولأنه لما جاز له أن يقضى الدين بغير إذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير إذنه . وأما المضمون له فهل يعتبر رضاه ؟ فيه وجهان قال أبو علي

الطبري : يعتبر رضاه ، وهو قول أبي حنيفة كما سبق في شرح ترجمة الباب إلا في مسألة واحدة ، وهو إذا قال المريض لبعض ورثته ضمن عنى ديننا لفلان الغائب فضمن عنه بغير إذن المضمون له وإن لم يسم الدين استحسانا ، لأنه إثبات ملك لأدمي فلم يصح الا برضاه أو من ينوب عنه كالبيع والشراء له

فقولنا ، لأدمي ، احتراز كما قلنا من النذر . وقال أبو العباس بن مريج يصح من غير رضاه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، وبه قال أبو يوسف لأن عليا وأبا قتادة رضوا الله عنهما ضمنا الدين بحضرة النبي (ص) بغير رضا المضمون له ولأن الضمان وثيقة بالحق فلم يفتقر الى رضاه من له الوثيقة ، كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه فصحت الشهادة وإن لم يرض المشهود له .

وأما معرفة الضمان للمضمون له والمضمون عنه فهل يفتقر الى ذلك فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما ، وإنما يضمن بالاسم والنسب ووجه ضمان أبي قتادة وعلي ، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم هل يعرفان عين المضمون له والمضمون عنه أم لا ، ولو كان الحكم يختلف بذلك لبيته النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة الى معرفة ما سوى ذلك .

(والثاني) أنه لا يصح حتى يعرف الضمان عينهما : لأن معاملته المضمون له فلا بد من معرفته بعينه ليعلم هل هو أهل لأن يسدى اليه الجليل أم لا .

(والثالث) أنه يفتقر الى معرفة عين المضمون له لأن معاملته معه ، ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه ، لأنه لا معاملة بينه وبينه

قال المحاملي فإذا قلنا بهذا افتقر الى قبوله ، فإن قيل لزوم الضمان وإن رد بطل ، وإن رجح الضمان قبل قبول المضمون له صح رجوعه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضمانا ، لم يجز حتى يعين الضمان ، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن ، كما يختلف باختلاف

ما يردن من الرهون : وإن شرط أن يضمنه ثقة لم يجوز حتى يعين ، لأن الثقات يتفاوتون ، فإن لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار ، لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط ، فثبت له الخيار ، كالمعنى شرط له رهنا ولم يف له بالرهن .

وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين ، لأن الاغراض لا تختلف باختلاف الشهود ، فإن عين له شاهدين فهل يجوز إبداهما بغيرهما ؟ فيا وجهان (أحدهما) لا يجوز ، كما لا يجوز في الصنمان (والثاني) يجوز ، لأن الغرض لا يختلف .

(الشرح) الأحكام : إذا باع رجل من غيره شيئاً بشمن في ذمته بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين صح البيع والشرط ، لأن الحاجة تدعو إلى شرط الصنمين في عقد البيع ، فإن لم يضمن له الصنمين المعين ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع ، لأنه إنما دخل في البيع بهذا الشرط ، فإذا لم يف له المشتري بالشرط ثبت للبائع الخيار . وإن أتاه المشتري بصنمين غير الصنمين المعين لم يلزم البائع قوله بل يثبت له الخيار ، وإن كان الذي جاءه به أملاً من المعين ، لأنه قد يكون له غرض في ضمانه المعين ، وإن شرط في البيع أن يضمن له بالثمن معه لم يصح الشرط وبطل البيع لأن الثقات يتفاوتون ، وإذا كان الشرط مجهولاً بطل البيع (فرع) وإن باعه سلعاً بشمن بشرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين وكان عليه أن يشهد له شاهدين عدلين ، لأن الاغراض لا تختلف باختلاف الشهود ، فإذا لم يشهد له ثبت لصاحبه الخيار في فسخ البيع ، وإن باعه بشرط أن يشهد له شاهدين معينين فأشهد له شاهدين عدلين غير المعينين فهل يسقط خيار الآخر؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزم الآخر قبول ذلك بل يثبت له الخيار في نسخ البيع ، كما قلنا في الصنمين المعين (والثاني) يلزم قبول ذلك ولا خيار له لأنه لا غرض له في أعيان الشهود إذا حصلت العدالة ، ولهذا قلنا لا يبد في شرط الصنمين من تعيينه وفي الشهادة يجوز شرط شاهدين عدلين وإن كانا غير معينين . والذي يقتضيه

المذهب أن هذا الشرط في الشهادة يصح أن يكون وثيقة لكل واحد من المتبايعين ويثبت لكل واحد منهما الخيار ، إذا شرط ذلك على الآخر ولم يف الآخر له بذلك ، لأن للبائع غرضاً في الاستيثاق بالشهادة خوفاً أن يستحوذ عليه المبيع فيرجع بالثمن على البائع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرض الجنابة وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن ، وأما مالا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أدائه فلم يلزم ضمانه ، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه ، لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه ، وفي مال الجمالة والثلث في مدة الخيار ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه آدين الكتابة (والثاني) يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه (والثالث) يصح ضمان الثمن في مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجمالة لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم وعقد الجمالة لا يلزم بحال .

فأما المال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان (أحدهما) أنه كالإجارة فيصح ضمانه (والثاني) أنه كالجمالة فيكون في ضمانه وجهان

(الشرح) الاحكام قال أصحابنا : الحقوق على أربعة أصنرب

(أحدها) حق لازم كالثمن في الذمة بعد قبض المبيع ، والاجرة في الذمة بعد انقضاء الإجارة ومال الجمالة بعد العمل ، والمهر بعد الدخول وعوض القرض وقيم المتلفات فهذا يصح ضمانه لأنه دين لازم مستقر

(الصنرب الثاني) دين لازم غير مستقر كالمهر قبل الدخول ، وثلث المبيع قبل قبض المبيع والاجرة قبل انقضاء الإجارة ودين السلم ، فإذا يصح ضمانه أصنربنا وقال أحمد رضي الله عنه في إحدى الروايتين لا يصح ضمان المسلم فيه .

لأنه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم عليه فهو كالحوالة . ودليلنا أنه دين لازم فصح ضمانه كالمهر بعد الدخول

(الضرب الثالث) دين ليس بلازم ولا يتول الى اللزوم ، وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأن المكاتب يملك إسقاطه بتمجيز نفسه فلا معنى لضمائه ، ولأن ذمة الضامن فرع لذمة المضمون ، فإذا لم يلزم الاصل لم يلزم الفرع ، ومن حكم الضمان أن يكون لازماً ، وإن كان على المكاتبه دين لأجنبي صح ضمانه لأنه دين لازم عليه ، وإن كان عليه لسيدته دين من غير جهة الكتابة فهل يصح ضمانه فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه لأنه يجبر على أدائه (والثاني) لا يصح ضمانه لأنه قد يعجز نفسه فيسقط ما في ذمته لسيدته

قال العمراني : وأصلهما الوجهان هل يستدام ثبوت الدين في ذمته لسيدته بعد أن يصير ملكاً له ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : يستدام ثبوته صح ضمانه ، وإن قلنا : لا يستدام ثبوته لم يصح ضمانه . الضرب الرابع : دين غير لازم إلا أن يؤل الى اللزوم ، وهو مال الجمالة قبل العمل بأن يقول : من رد ضائتي فله دينار ، فإن أضمن عنه غيره ذلك قبل رد الضالة هل يصح ، فيه وجهان .

(أحدهما) يصح لقوله تعالى : قالوا دنفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، فضمن المنادي مال الجمالة ، وحمل البعير معلوم . (والثاني) لا يصح ، لأنه دين غير لازم فلا يصح ضمانه ، كمال الكتابة ، ومن قال : لم يضمن المنادي ، وإنما أخبر عن الملك أنه بذل لمن رده حمل البعير ، وأن الملك قال : وأنا به زعيم .

وأما ضمان ثمن المبيع في مدة الخيار فاختلاف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه وجهان ، كمال الجمالة قبل العمل ، ومنهم من قال يصح ضمانه وجهاً واحداً لأنه يؤل الى اللزوم ، ولأن الثمن قد لزوم ، وإنما له إسقاطه بالفسخ بخلاف مال الجمالة ، فإنه لا يلزم بحال .

(خرج) وأما مال السبق والرمي بعد العمل فيصح ضمانه ، لأنه دين لازم

مستقر ، فهو المهر بعد الدخول ، وأما قبل العمل فإن كان المخرج للسبق أحدهما أو أجنبيا فهل يصح ضمانه : فيه وجهان ، كما في الجمالة ، وإن كان مال السابق منهما وبينهما محال ، فإن قلنا إن ذلك كالإجارة صح ضمانه ، كضمان الإجارة قبل انقضاء مدة الإجارة ، وإن قلنا : إنها كالجمالة كان في ضمان المال عنها : أو عن أحدهما ، وجهان كمال الجمالة .

(فرع) وأما أرش الجناية والدية — فإن كان دراهم أو دنانير — مثل أن جنى على عبد أو كانت الإبل معدومة ، فأوجبنا قيمتها وكانت معلومة ، أو قلنا يجب ألف مثقال . أو اثني عشر ألف درهم صح ضمانها . وإن كان الواجب الإبل . فهل يصح ضمانها ، فيه وجهان ، بناء على القولين في جواز بيعها .

(فرع) وأما ضمان نفقة الزوجة — فإن ضمن عنه نفقة مدة قد مضت — صح ضمانها ، لأنه دين لازم مستقر فهي كالمهر بعد الدخول ، وإن ضمن عنه نفقة يومه الذي هو فيه صح أيضاً ، لأنه دين لازم فصح ضمانه ، وإن كان غير مستقر كضمان المهر قبل الدخول لم يصح ، وإن ضمن عنه مدة مستقبلة معلومة فهل يصح ؟ فيه قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أو بالعقد والتسكين من الاستمتاع ، فقال في القديم : يجب بالعقد ، وإنما يجب استيفاؤها يوماً بيوم فعلى هذا يصح أن يضمن نفقة مدة معلومة ، ولكن لا يضمن إلا نفقة المعسر . وإن كان الزوج وقت الضمان موسراً ، لأن نفقة المعسر متحققة ، وما زاد على ذلك مشكوك فيه .

وقال في الجديد : لا تجب النفقة إلا بالمقد والتسكين من الاستمتاع ، فعلى هذا لا يصح أن يضمن نفقة مدة مستقبلة بحال .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز ضمان المجهول ، لأنه إثبات مال في الذمة بمقد لادى فلم يجوز مع الجمالة ، كالثمن في البيع : وفي إبل الدية وجهان .
(أحدهما) لا يجوز ضمانه ، لأنه مجهول اللون والصفة (والثاني) أنه يجوز

لأنه معلوم السن والعدد ، ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد .
 (فصل) ولا يصح ضمان مالم يجب ، وهو أن يقول : ما تداين فلان فأنا
 ضامن له ، لأنه وثيقة بحق ، فلا يسبق الحق كالشهادة .

(الشرح) الاحكام : لا يصح ضمان مال مجهول ، وهو أن يقول ضمنت لك
 ما تستحقه على فلان من الدين ، وهو لا يعلم قدره ، وكذلك لا يصح ضمان مالم
 يجب ، وهو أن يقول : ضمنت لك ما تداين فلاناً ، وبه قال الليث وابن أبي ليلى
 وابن شبرمة والثوري وأحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يصح ضمان المجهول ، وضمان مالم يجب ، وقال
 أبو العباس بن سريج : وهو قول الشافعي في القديم كما قال الشافعي في القديم :
 يصح ضمان نفقة الزوجة عن مدة مستقبلة ، وهذا ضمان مالم يجب ، وضمان
 مجهول وهو طريقة الحراسانيين أنها على قولين . قال الشيخ أبو حامد خالف سائر
 أصحابنا ذلك ، وقالوا : لا يصح قولاً واحداً ، وما قاله الشافعي رحمه الله في القديم
 أنه يصح ضمان نفقة الزوجة مدة مستقبلة ؛ فأنما أجازها لأن النفقة تجب على هذا
 بالعقد فقد ضمن ما وجب ، ولا يصح منها إلا ضمان شيء مقدر وليس بمجهول
 دليلنا : على أنه لا يصح ضمانها لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فلم يصح
 مع جهله ؛ ولا قبل ثبوته كالثمن في البيع ، والمهر في النكاح فقولنا : في الذمة
 احتراز عن غصب من رجل شيئاً مجهولاً ، وقولنا بعقد ، احتراز عن أتلف على
 غيره مالا أو وطئ امرأة بعقد فاسد ، فإن ذلك يثبت في ذمته مالا ، وإن كان
 لا يعلم قدره .

(فرع) قال في الابانة : فلو جهل مقدار الدين إلا أنه قال : ضمنت لك من
 درهم إلى عشرة . وقولنا لا يصح ضمان المجهول ، فهل يصح هذا ، فيه قولان .
 (أحدهما) قال : وهو الأشهر - : يصح ، لأن جملة ما ضمن معلومة (والثاني)
 وهو الأقويس أنه لا يصح ، لأن مقدار الحق مجهول .

(فرع) فأما إذا قال الرجل لغيره ضمنت لك ما تطى وكيلي وما يأخذ منك
 فإن يلزمه ذلك ، لا من جهة الضمان ، وإنما من جهة التوكيل ، وذلك أن يد
 الوكيل يد الموكل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز تعليقه على شرط ، لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد ، فلم يجوز تعليقه على شرط كالبيع . وان قال : ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه صح فاذا ألقاه وجب ما ضمنه . لأنه استدعاء إتلاف بمعرض لغرض صحيح . فأشبهه إذا قال : طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف ، وان قال : بع عبدك من زيد بخمسةائة ولك على خمسةائة أخرى فباعه ، ففيه وجهان .
(أحدهما) يصح البيع : ويستحق ما بذله لأنه مال بذله في مقابله - إزالة الملك فأشبهه إذا قال : طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف .
(والثاني) لا يصح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجوز ، ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق ، فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح ، وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق

(الشرح) الأحكام : لا يصح تعليق الضمان على شرط بأن يقول : إذا جاء رأس الشهر فقد ضمن لك دينك على فلان . وحكى المسعودي أن أبا حنيفة قال : يصح .

دليلنا أنه إيجاب مال لآدمي بعقد فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع . وقوله لآدمي احتراز من النذر كما سبق تقريره ، وقولنا بعقد احتراز من وجوب النفع للقريب والزوجة فإنه معلق بشروط

(فرع) إذا قال لغيره في البحر عند هيجان الموج وخوف الغرق : ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه فألقاه ، وجب على المستدعي ضمانه . وقال أبو ثور لا يصح لأنه ضمان ما لم يجب

دليلنا أنه استدعاء إتلاف ملك لغرض صحيح فصح ، كما لو قال : طلق امرأتك بمائة درهم على ، وكان الغرض صحيحا لحسم نزاع أو درء مضارة صح الضمان . وكذا لو قال : أعتق عبدك بمائة على ؛ فإن ذلك غرض صحيح لأن فيه فكاكا لآدمي من الرق وهو قرينة إلى الله تعالى ومقصود من مقاصد الشريعة السمحة ، فان قال لرجل : بع عبدك من زيد بألف وعلى لك خمسةائة فباعه . قال الصيدلاني

وقاله في العقد . فهل يصح العقد ؟ فيه وجهان لأبي العباس بن سريج . أحدهما
 يصح البيع ويستحق البائع على المشتري خمسمائة وعلى المستدعي خمسمائة ، لأنه
 مال بذله في مقابلة إزالة ملكه فيصح

والثاني : لا يصح . ولا يستحق على الباذل شيئا لأن الثمن يجب أن يكون
 جميعه على المشتري ، فإذا شرط بعضه على غيره لم يصح .

وإذا قال بع سيارتك من فلان بألف على إن أذن منه خمسمائة جاز وبناظر
 فان ضمن قبل المبيع لم يلزمه لأنه ضامن قبل الوجوب ، وان ضمنه بعده لزمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يضمن الدين الحال الى أجل لأنه رفق ومعروف
 فكان على حسب ما يدخل فيه ، وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلا

(والثاني) لا يجوز ، لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن

يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا

(الشرح) الاحكام : اذا كان لرجل على غيره دين حال فصنمته عنه ضامن
 الى أجل معلوم صح الصنمان وكان الدين معجلا على المضمون مؤجلا الى
 الصنمان ، لان الصنمان رفق ومعروف ، فكان على حسب الشرط ، وكذلك
 اذا كان الدين مؤجلا الى شهر ، فصنمته عنه صنمان مؤجلا الى شهرين كان
 مؤجلا على المضمون عنه الى شهر وعلى الصنمان الى شهرين ، فان قيل فعندكم
 الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على هذا الصنمان ؟

فالجواب أن الدين لم يثبت على الصنمان حالا ، وانما ثبت عليه مؤجلا ،
 والدين يتأجل في ابتداء ثبوته ، وان كان الدين على رجل مؤجلا فصنمته
 ضامن حالا أو كان مؤجلا على من هو عليه الى شهرين فصنمته عنه صنمان
 الى شهر ففيه ثلاثة أوجه حكاهما المحامي وابن الصباغ

(أحدهما) يصح الصنمان ويلزم الصنمان تعجيل الدين دون المضمون عنه
 لأنه ضمن له دينه بعقد فكان على حسب ما ضمنه ، كما لو ضمن المعجل مؤجلا .

(والثاني) لا يصح الضمان ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه (والثالث) يصح الضمان ولا يلزمه التمجيل كأصله .

إذا ثبت هذا فضمن الحال مؤجلات الضمان ، حل عليه الدين ووجب دفع ذلك من تركته ، ولو لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه حتى يحل الأجل . وقال زفر : يرجعون عليه في الحال ، لأنه أدخله في ذلك مع عليه أنه يحل بموته .

دليلنا أن المضمون عنه لم يأذن في الضمان عنه إلا إلى أجل ؛ فلا يستحق الرجوع عليه في الحال .

وإن مات المضمون عنه — فإن اختار المضمون له الرجوع على الضامن لم يطالبه قبل حلول الأجل ، وإن اختار المطالبة من تركه المضمون عنه كان له ذلك في الحال ، وبه قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يثبت في الضمان خيار ، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون ، وأنه لا حظ له في العقد ، ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة . وآخرها غرامة

(الشرح) الأحكام : لا يجوز شرط الخيار في الضمان ، فإذا شرط فيه أبطله . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يصح الضمان ويبطل الشرط .

دليلنا أن الخيار يراد لطالب الحظ ، والضامن يعلم أنه مغبون لا من جهة المال بل من جهة الثواب . ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة وآخرها غرامة ، وإذا ثبت أنه لا وجه لشرط الخيار فيه . قلنا عقد لا يدخله خيار الشرط فأبطله كالعرف والسلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويبطل بالشرط الفاسدة ، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فيبطل

بالشرط الفاسد كالبيع ، وان شرط ضمانا فاسدا في عقد بيع فهل يبطل البيع ؟
فيه قولان كالقولين في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع ، وقد بينا وجه القولين
في الرهن .

(الشرح) الاحكام : يبطل الضمان بالشروط الفاسدة ، لأنه عقد يبطل
بجمالة المال فيبطل بالشروط الفاسدة كالبيع وفيه احتراز من الوصية ، فإن قال
بعثت سيارتي بألف على أن يصنم لي فلان عليك على أنه بالخيار ، فهذا شرط
يفسد الضمان ، وهل يفسد البيع في السيارة بذلك ، فيه قولان كالأولين فيمن
شرط رهنا فاسدا في بيع ؛ وقد سبق توجيهها في الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب بالضمان الدين في ذمة الضمان ولا يسقط عن المضمون
عنه ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال : توفي رجل منا فأتينا النبي
صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ، قلنا ديناران
فتحملهما أبو قتادة ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ، قال إنما مات أمس
ثم أعاد عليه بالغد ؛ قال قد قصصنيتهما ، قال الآن بردت عليه جلده ، ولأنه وثيقة
بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن ، ويجوز للمضمون له مطالبة
الضمان والمضمون عنه ، لأن الدين ثابت في ذمتهما فكان له مطالبتهما ، فإن
ضمن عن الضمان ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول ،
وان ضمن المضمون عنه عن الضمان لم يجوز لأن المضمون عنه أصل والضمان
فرع ، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعا والفرع أصلا ، ولأنه يضمن ما في ذمته
ولأنه لا فائدة في ضمانه وهو ثابت في ذمته .

(الشرح) حديث جابر رضى الله عنه وانفذه ، توفي رجل ففلسناه وحنطناه
وكفناه ثم أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا : تصلي عليه فخطا خطوة ثم قال :
أعليه دين . قلنا ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة ، فأتيناه فقال أبو قتادة
الديناران على ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد أوفى الله حق الغريم وبرى .

منه الميت ، قال نعم . فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟
إنما مات أمس . قال فعاد اليه من الغد فقال : قد قضيتهما ، فقال النبي صلى الله
عليه وسلم : الآن بردت عليه جلده ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني
وصححه ابن حبان والحاكم .

وفي قوله « أتينا به النبي صلى الله عليه ، زاد الحاكم ، ووضعناه حيث توصلح
الجنائز عند مقام جبريل عليه السلام ،

قوله « فانصرف ، لفظ البخارى فى حديث أبي هريرة : فقال النبي صلى الله
عليه وسلم « صلوا على صاحبكم ، وقد سبق لنا تخريجه . وكذلك حديث
سليمة بن الأكوع .

أما الأحكام : فإنه اذا ضمن عن غيره ذمنا تعلق الدين بذمة الضامن ولا
يبرأ المضمون عنه بالضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأهل العلم . وقال ابن
أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور : تبرأ ذمة المضمون عنه
بالضمان ويتحول الحق إلى ذمة الضامن ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم
« لا بى فتادة رضى الله عنه : حق الغريم عليك والميت منه برى . قال نعم ، وقوله
صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك
ودليلنا ما روى جابر رضى الله عنه الحديث الذى سقناه وفيه « الآن بردت عليه
جلده ، فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده
بالضمان ، ولأن الضمان وثيقة بدين ، فلم يتحول إلى الوثيقة ويسقط عن
الذمة كالرهن والشهادة .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا بى فتادة رضى الله عنه » والميت منه برى ،
يريد به من الرجوع فى تركته . وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه
« فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك ، أراد به لامتناعه صلى الله عليه وسلم
من الصلاة عليه لأجل ما عليه من الدين فلما ضمنها عنه فك رهانه لصلاة النبي
صلى الله عليه وسلم ، لأن صلواته رحمة

إذا ثبت هذا فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه
وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يطالب الضامن إلا إذا تمذرت مطالبة

المضمون عنه ، دليلنا أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما ، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالمضامين .

(فرع) قال العمراني في البيان : فإن ضمن عن الصامن ناصم أجنبي صح الصمان لأنه دين لازم عليه كالصمان الأول ، وإن ضمن عن الصامن المضمون عنه لم يصح ضمانه ، لأن الصمان يستفاد به حق المطالبة ، ولا فائدة في هذا الصمان لأن الحق ثابت في ذمته قبل الصمان ، ولأن الصامن فرع المضمون عنه فلا يجوز أن ينقلب الأصل فرعا والفرع أصلا . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ضمن عن رجل ديننا بغير إذنه لم يجوز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه ؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه ، وإن ضمن بإذنه نظرت ، فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه ، لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه إذا طوب

وإن لم يطالب فقيه وجهان (أحدهما) له أن يطالبه ، لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه لجاز له المطالبة بتفريع ذمته ، كما لو أعاره عينا ليرهنها فرهنها (والثاني) ليس له ، وهو الصحيح ، لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرّم لم يطالبه قبل أن يطالب ، ويخالف إذا أعاره عينا ليرهنها فرهنها لأن عليه نصرا في حبس العين والمنع من التصرف فيها ولا نصر عليه في دين في ذمته لا يطالب به ، فإن دفع المضمون عنه مالا إلى الصامن وقال : خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ، فقيه وجهان

(أحدهما) يملكه ، لأن الرجوع يتعلق بسببين : الصمان والغرم ، وقد وجد أحدهما لجاز تقديمه على الآخر ، كما يخرج الزكاة قبل الحول ، وإخراج الكفارة قبل الحنث ، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض ، وإن أبرئ من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا ملك النصاب قبل الحول

(والثاني) لا يملك لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه ، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده ، فإن ملك ضمنه لأنه قبضه على وجه البذل فمنه كالمقبوض بسوم البيع

(الشرح) الأحكام: إذا ضمن الرجل ديناً عن رجل آخر تغير إذنه لم يكن للمضامن مطالبة المضمون عنه بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلهذا تخليصه ، وإن ضمن عنه بإذنه ، فإن طالب المضمون له الضمان بالحق كان للمضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليصه لأنه دخل في الضمان بإذنه ، وإن لم يطالب المضمون له الضامن فهل للضامن أن يطالب عنه ؟ قال الشيخ أبو حامد نظرت فإن قال أعطى المال الذي ضمنته عنك ليكون عندي حتى إذا طالبني المضمون له أعطيته ذلك ، لم يكن له ذلك ، لأنه لم يغرم

وإن قال خلصني من حق المضمون له وفك ذمتي من حقه ، كما أوقعتني فيه فهل له ذلك . فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فكان له مطالبته بتخليصه كما لو استعار كتاباً أيرهنه فلهذا فالمعير أن يطالب المستعير بقضاء الدين وفك الرهن عن الكتاب .

(والثاني) ليس له ذلك ، لأنه إذا لم يطالبه المضمون له ، فلا ضرر عليه في كون الحق في ذمته ، فلم يكن له مطالبته بذلك ، ويفارق الكتاب المرهون ، لأن على صاحب الكتاب يقع الضمير في كون الكتاب مرهوناً

قال المسمودي : وأصل هذين الوجهين ما قال ابن سريج : هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم بنفس الضمان . على قواين . ولهذا خمس فوائد . إحداهن هذه المسألة المتقدمة . الثانية : إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مال الضمان عوضاً عما سيغرم فهل يملك الضامن ، فيه وجهان (أحدهما) يملكه لأن الرجوع يتعلق بسببين بالضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما لحاز تقديمه على الآخر ، كما يخرج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول ؛ فعلى هذا إذا قضى الحق استقر ملكه على ما قبض ، وإن أبرأه من الدين قبل القضاء وجب رده ما أخذ (الثاني) لا يملك ما قبض لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه ،

كما لو دفع اليه شيئا عن بيع لم يعقد ، فعلى هذا يجب رده ، وان تلف ضمنه لانه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع .
(الفائدة الثالثة) لو أبرأ الصان المضمون عنه عما سيفرم ، هل يصح .
على الوجهين .

(الفائدة الرابعة) لو ضمن الصان صامنا عن المضمون عنه ؛ هل يصح فيه وجهان ، وعلى قياس هذا اذا رهن المضمون عنه الصان بما ضمن عنه ، هل يصح . على الوجهين .

(الفائدة الخامسة) لو ضمن في الابتداء بشرط أن يعطيه المضمون عنه صامنا معيننا بما ضمن هل يصح ، على الوجهين .
وعلى قياس هذا إذا ضمن عنه باذنه بشرط أن يرهنه رهنا معلوما هل يصح على الوجهين ، والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قبض المضمون له الحق من المضمون عنه ، برىء الصان لانه وثيقة بحق فأنحلت بقبض الحق كالرهن ، وان قبضه من الصان برىء المضمون عنه ، لانه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين ، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن . وان أبرىء المضمون عنه برىء الصان ، لان الصان وثيقة بالدين ، فاذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة ، كما ينحل الرهن اذا أبرىء الرهن من الدين ، وان أبرىء الصان لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض ؛ فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن .

(الشرح) الاحكام : اذا قبض المضمون له حقه من المضمون عنه برىء الصان ، لأن الصان وثيقة بالحق فأنحلت باستيفاء الحق ، كما لو استوفى المرتهن الحق من غير الرهن فان قبض الحق من الصان برىء المضمون عنه لانه قبض الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الحق كالمرتهن اذا استوفى حقه من ثمن الرهن

وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه ، برى المضمون عنه وبرى الضامن ، لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع ، فإذا برى الأصل برى الفرع .
وإن أبرأ الضامن برى الضامن ولم يبرأ المضمون عنه كالمترن إذا أسقط حقه من الرهن فإن الراهن لا يبرأ

قال المسعودى وإن قال المضمون له للضامن وهبت الحق منك . أو تصدقت به عليك كان إبراء منه للضامن . وقال أبو حنيفة يكون كما لو استوفى منه الحق . دليلنا أن الاستيفاء منه هو أن يغرم الضامن ولم يغرم شيئاً هنا

(فرع) وإن ضمن عن الضامن ثم ضمن عن الثاني ثالث ثم رابع عن الثالث صح ذلك ، فإذا قبض المضمون له الحق حقه من أحدهم برى الجميع ، لأنه قد استوفى حقه . وإن أبرأ المضمون له المضمون أولاً برئوا جميعاً ، وإن أبرأ أحد الضامنين برى وبرى فرعه وفرع فرعه ، ولا يبرأ أصله ، لما ذكرناه في المسألة قبلها ، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه ، وأى الضامنين قضى الحق برى الباقي من المضمون له لأنه حق واحد . وبهذا كله قال أصحاب أحمد ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن قضى الضامن الدين نظرت ، فإن ضمن بآذن المضمون عنه وقضى بآذنه رجع عليه ، لأنه أذن له في الضمان والقضاء ، وإن ضمن بغير آذنه وقضى بغير آذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع ، وإن ضمن بغير آذنه وقضى بآذنه ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال يرجع لأنه قضى بآذنه ، والثاني لا يرجع وهو المذهب ، لأنه لزمه بغير آذنه فلم يؤثر آذنه في قضائه ، وإن ضمن بآذنه وقضى بغير آذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه ، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة ، لأنه اشتغلت ذمته بالدين بآذنه فإذا استوفى منه رجع ، كما لو أعاره مالا فرهنه في دينه وبيعه في الدين
وقال أبو إسحاق إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قصاه باختياره . وإن لم

يمكنه رجوع لآئنه قضاءه بغير اختياره ، وان أحاله الضامن على رجل له عليه دين برمت ذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً . وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه وقلنا يصبح برىء الضامن ، لأن الحوالة تحول ما ضمن ، ولا يرجع على المضمون عنه . لأنه لم يفرم ، فان قبضه منه ثم وهبه له ، فهل يرجع على الضامن ، فيه وجهان بناء على القوانين في المرأة اذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول .

(فصل) وان دفع الضامن الى المضمون له ثوبا عن الدين في موضع يثبت له الرجوع رجوع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين ، فان كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة ، لأنه لم يفرم ، وان كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به ، وان كان الدين الذي ضمنه مؤجلا فعجل قضاؤه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل

(الشرح) الاجكام : اذا قضى الضامن الحق فهل يرجع على المضمون عنه . فيه أربع مسائل

إن قال اضمن عنى هذا الدين أو أنفذ عنى رجوع عليه ، وان قال اضمن هذا الدين أو أنفذ هذا الدين ولم يقل عنى لم يرجع عليه ، الا أن يكون بينهما خلطة . مثل أن يكون يودع أحدهما الآخر أو يستقرض أحدهما من الآخر ، أو يكون ذا قرابة أو مصاهرة فالاستحسان أن يرجع عليه .

دليلنا انه ضمن عنه بأمره ، وقضى عنه بأمره ، فرجع عليه . كما لو قال اضمن عنى أو كان بينهما قرابة

(الثانية) أن يضمن عنه بغير أمره ويقضى عنه بغير اذنه فانه لا يرجع عليه وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما انه أن يرجع

دليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى على من عليه دين ، وقد ضمن على وأبو قتادة عن الميتين بحضرة النبي صلى الله عليه بغير اذنها فصلى عليهما النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابي قتادة الآن بردت

عليه جلدہ ، فلو كان اذا قضى عنه يستحق عليه الرجوع لم يبرد عليه جلدہ ،
ولانه ضمن عنه بغير اذنه وقضى عنه بغير اذنه فلم يرجع . كما لو علف دوابه
أو أطعم خادمه .

(الثالثة) اذا ضمن بغير اذنه ثم قضى باذنه فهل يرجع عليه ، فيه وجهان
أحدهما لا يرجع عليه وهو المذهب ، لانه لزمه بغير اذنه وأمره بالقضاء انه صرف
الى ما وجب عليه بالضمان ، والثاني يرجع عليه لانه أدى عنه بأمره فرجع عليه
كما لو ضمن عنه باذنه ، وأصل هذين الوجهين من قال لغيره ، اقض عنى دينى ،
فقضى عنه فهل له أن يرجع عليه . فيه وجهان

قال المسعودى والصيمرى الا أن الاصح ههنا أن يرجع ، والاصح فى الاولى
أن لا يرجع ، والفرق بينهما أن فى الضمان وجب فى ذمته بغير اذنه ، وفى القضاء
لم يتعلق الحق بذمته ، بل حصل القضاء باذنه . وان قال اقض الدين ولم يقل عنى
فان قلنا لا يرجع عليه فما هنا أولى أن لا يرجع ، وان قلنا هناك يرجع فما هنا فيه
وجهان حكاهما الصيمرى الصحيح لا يرجع

وان قال اقض عنى دينى لترجع على فقضى عنه رجع عليه وجهها واحداً لقوله
صلى الله عليه وسلم : المذمنون عند شروطهم ،

وان قال اقض عن فلان دينه فقضى عنه ؛ قال المسعودى لم يرجع عليه وجهها
واحداً لانه لا غرض عليه فى ذلك

(الرابعة) اذا ضمن عنه بأمره وقضى بغير أمره ، فهل له أن يرجع عليه ،
فيه ثلاثة أوجه — حكاهما الشيخ أبو حامد —

(أحدها) يرجع عليه وهو المذهب ، لانه دين لازم باذنه ، فرجع عليه كما
لو ضمن باذنه وقضى باذنه

(والثانى) لا يرجع عليه لانه أسقط الدين عنه بغير اذنه فلم يرجع عليه .
كما لو ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه

(والثالث) وهو قول أبي اسحاق ان كان الضامن مضطراً الى القضاء مثل أن
طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر فقضى المضمون له رجع
الضامن لانه مضطراً الى القضاء . وان كان غير مضطراً الى القضاء ، مثل أن كان

المضمون عنه حاضراً أو مسراً يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان ، فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء ، وكل موضع ثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه ، فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين فانه يرجع على المضمون عنه في الحال ، لان الحوالة كالتبويض

وإن أحاله على من لا حق له عليه وقبل المحال عليه — وقلنا يصح برىء الضامن والمضمون عنه ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء في الحال لأنه لم يفرم شيئاً ، فان قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحتال عليه على الضامن رجح الضامن على المضمون عنه

وان أبرأ المحتال المحال عليه من مال الحوالة لم يرجع المحال عليه على المحيل وهو الضامن بشيء ، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرم واحد منهما شيئاً . وان قبض المحتال الحق من المحال عليه ثم وهبه منه ؛ أو قبض المضمون له الحق من الضامن ثم وهبه منه فهل لهما الرجوع ، فيه وجهان ، بناء على القولين في المرأة إذا وهبت صداقها من الزوج ثم طلقتها قبل الدخول

(فرع) اذا كان لرجل على رجلين ألف دينار على كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فدين له الدين أن يطالب بالألف من شاء منهما ؛ فان قبض من أحدهما ألفاً برئاً جميعاً ، وكان للدافع أن يرجع على صاحبه بخمسمائة ان ضمن باذنه وقضى باذنه .

وان قبض من أحدهما خمسمائة ، فان قال الدافع خذها عن التي على لك أصلاً لم يرجع الدافع على صاحبه بشيء ، وان قال خذها عن التي ضمننت برئاً عنها وكان رجوعه على صاحبه على ما مضى

وان دفعها اليه وأطلق ، فاختلفت الدافع والقابض فقال الدافع دفعتهما وعيبتها عن التي ضمننتها أو نويتها عنها ، وقال المضمون له بل عيبتها أو نويتها عن التي هي أصل عليك ، فالقول قول الدافع مع يمينه لانه أعلم بقوله ونيته

وان اتفقا أنه لم يعينها عن أحدهما ولا نواها ؛ ثم اختلفا في جهة صرفها ، ففيه وجهان (أحدهما) يصرف اليها نصفين

(والثاني) للدفع أن يصرفها الى أيهما شاء . وقد مضى دليل الوجوهين في الرهن . وان أبرأه المضمون له عن خمسمائة واختلفا فيها وقعت عليه البراءة . ففي هذه المسائل القول قول المضمون له فيما أبرأ عنه : اختلفا في تعيينه أو نيته وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) ينصرف اليهما (والثاني) بعينه المضمون له فيما شاء .

(فرع) اذا ضمن عن غيره ألف درهم . قال العمراني في البيان وكانت هذه الألف مكسرة فدفع اليه ألفاً صحاحاً في موضع يثبت له الرجوع على المضمون عنه فانه لا يرجع عليه بالصحاح لانه تطوع بتسليمها وانما يرجع بالمكسرة ، قال وان ضمن عنه ألف درهم صحاحاً فدفع ألفاً مكسرة لم يرجع الا بالمكسرة لانه لم يغرم غيرها ، وان صالح الضامن عن الألف على ثوب ففيه وجهان

(أحدهما) وهو المشهور أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الامر من قيمة الثوب أو الألف ، لانه ان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لانه لم يغرم غير ذلك . وان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لانه لم يغرم غير ذلك ، وان كانت قيمة الثوب أكثر من الألف لم يرجع بما زاد على الألف لانه متطوع بالزيادة عليه

والوجه الثاني حكاه المسعودي والشيخ أبو نصر المروزي أنه يرجع بالألف وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، كما لو اشترى رجل شقة بألف ثم أعطاه من الألف ثوباً يساوي خمسمائة فان المشتري يرجع على الشفيع بألف

وأما اذا صالح الضامن المضمون له عن الألف على خمسمائة وقلنا يصح . فان الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الألف كما لو أخذ بالألف ثوباً يساوي خمسمائة . قال المسعودي ولا يرجع الضامن على المضمون عنه الا بخمسمائة وجهها واحداً ، لانه لم يغرم غيرها

(فرع) اذا كان على مسلم لذي ألف درهم فضمن عنه ذمي ، ثم ان الضامن صالح المضمون له عن الدين الذي ضمنه على المسلم على خمر أو خنزير . فهل يصح الصالح . فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح ولا يبرأ واحد منهما عن حق المضمون له لأنه متصل بحق المسلم .

(والثاني) يصح لأن المعاملة بين ذمتين ، فإذا قلنا بهذا فيهاذا يرجع الضامن على المسلم ، إن قلنا إنه إذا صالحه على ثوب يرجع عليه بأقل الأمرين ، لم يرجع ها هنا بشيء ، وإن قلنا يرجع بالالف رجع ها هنا فيها أيضا .

(فرع) إذا ضمن عن غيره ديناً مؤجلاً بإذنه ثم إن الضامن عمل الدين المضمون له قبل أجله لم يرجع على المضمون عنه قبل حلول الأجل لنطوعه بالنأجيل ، فإذا ضمن رجل صداق امرأة فأداه اليها الضامن فارتدت قبل الدخول سقط مهرها .

قال المسعودي: وترد المرأة ما قبضت من الصداق الى الزوج ثم ترده الى الضامن (فرع) إذا ضمن رجل عن غيره ألف درهم بإذنه ، ثم ادعى الضامن أنه دفعها الى المضمون له وأنكر المضمون له ذلك ولم يكن هناك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه ، لأن الأصل عدم القبض ، فإذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء ، لأن حقه ثابت في ذمتها ، فإن أخذ الألف من المضمون عنه برئت ذمته وذمة الضامن . وهل للضامن أن يرجع بالالف الاولى على المضمون عنه لا يخلو إما أن يكون دفع بغير محضر المضمون أو بمحضره . فان دفع بغير محضره فلا يخلو إما أن يشهد على الدفع أو لم يشهد على الدفع ، فان لم يشهد نظرت في المضمون عنه ، فان صدق الضامن أنه دفع ، فهل له الرجوع عليه . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه يرجع عليه لأنه قد صدقه أنه أبرأ ذمته بدفع الألف فكان له الرجوع عليه . كالألو كان دفع بمحضرته

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق انه لا يرجع عليه بشيء وهو المشهور . ولم يذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني غيره ، لأنه يقول : إن دفعت فلم تدفع دفعا يبرئني من حقه ، لأنك لم تسقط عني بذلك المطالبة ، فلم تسحق علي بذلك رجوعا .

قال صاحب البيان : ويخالف إذا كان بمحضرته . فان المفروض هو المضمون عنه ، وإن كذبه المضمون عنه فهل عليه اليمين . إن قلنا لو صدقه كان له الرجوع

كان على المضمون عنه أن يخلف أنه ما يعلم أنه دفع . وإن قلنا لو صدقه لارجوع له عليه ، فلا يمين عليه .

وإن اختار المضمون له أن يرجع على الضامن فيرجع عليه برئت ذمة المضمون عنه والضامن ، وهل للضامن أن يرجع عن المضمون عنه إذا صدقه في دفع الأولة . إن قلنا بقول أبي علي بن أبي هريرة أن للضامن أن يرجع بالأولة على المضمون عنه إذا رجع المضمون له على المضمون عنه رجع الضامن ههنا بالالف الأولة على المضمون عنه ، ولا يرجع عليه بالثانية لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها فلا يرجع بها على غير من ظلمه

وإن قلنا بالشهود وأنه لا يرجع عليه في الأولة فهل يرجع ها هنا بشيء . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) لا يرجع عليه بشيء . أما الأولة فقد ذكرنا الدليل عليها . وأما الثانية فلا يرجع بها ، لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها ، فلا يرجع بها على غير من ظلمه .

(والثاني) يرجع عليه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأنه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهراً وباطناً فكان له الرجوع عليه كما لو دفع بالبينة ، فإذا قلنا بهذا فبأيتهما يرجع . فيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي حامد الأسفراييني أنه يرجع عليه بالثانية ، لأن المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها في الظاهر

والثاني يرجع بالأولة لأن برائة الذمة حصلت بها في الباطن والثالث وهو قول ابن الصباغ : أنه يرجع بأقلهما لأنه إن كان قد ادعى أنه دفع في المرة الأولة ثوباً قيمته دون الف وفي الثانية دفع الف ، فقد أقر بأن الثانية ظلمه بها المضمون له فلا يرجع بها على غير من ظلمه ، وإن كان يدعى أنه دفع في المرة الأولة ألف درهم ، وفي المرة الثانية ثوباً قيمته دون الف لم يرجع إلا بقيمة الثوب ، لأنه لم يستحق الرجوع بالأولة فلم يستحق إلا قيمة الثوب . فإن كان الضامن حين دفع الف الأولة بغير محضر المضمون عنه قد أشهد على

الدفع ، فان كانت البينة قائمة حكم بها على المضمون له ولم يقبل يمينه ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه

وإن كانت البينة غير قائمة وصدقه المضمون له أنه قد دفع وأشهد نظرت ، فان كان قد أشهد شاهدين عدلين إلا أنهما غابا أو ماتا أو فسقا ، فان المضمون له إذا حلت كان له أن يرجع على أبيهما شاء ، فإن رجع على المضمون عنه كان للضامن أن يرجع أيضا على المضمون عنه بالآلاف التي قد دفعها عنه ، لأنه قد اعترف أنه دفع عنه دفعا ببرئته ولا صنع له في تعذر الشهادة . وإن رجع المضمون له على الضامن لم يرجع بالثانية لأنه ظلمه بها ، وإنما يرجع بالاولى ما ذكرنا . وإن أشهد شاهدين كافرين أو فاسقين ظاهرين الفسق فهو كما لو لم يشهد ، هل له أن يرجع على المضمون عنه . على الوجهين ، إذا صدقه على الدفع ولم يشهد على ماضى في الاول من التفريع .

وإن أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة ثم بان أنهما كانا فاسقين ففيه وجهان (أحدهما) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرط في الإشهاد ، وليس عليه المعرفة في الباطن ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم ماتا (والثاني) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لأنه أشهد من لا يثبت الحقوق بشهادته وإن أشهد شاهدا واحدا عدلا حراً ، فان كان موجودا حلف معه ، وكان كما لو أشهد عدلين وحكم بشهادتهما . وإن كان ميتا أو غائبا أو طرأ الفسق عليه . ففيه وجهان .

(أحدهما) حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم فسقا لأنه دفع بحجته ، وإنما عدت كالشاهدين

(والثاني) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لأنه فرط حيث اقتصر على بيينة مختلف في قبولها ؛ فهو كما لو لم يشهد .

وأما إذا دفع الضامن الآلاف الاول بمحض من المضمون عنه ؛ فان أشهد على الدفع فان كانت البينة قائمة أقامها وحكم بها ، وإن كانت غير قائمة فعلى ماضى وإن لم يشهد فحلف المضمون له رجوع على من يشاء منها . وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه ، فيه وجهان . من أصحابنا من قال : حكمه حكم ما لو لم

يشهد ، فكان الدفع بعينه المضمون عنه على ما مضى ، لأنه فرط في ترك الإشهاد
ففسار الدفع بعينه المضمون عنه . لأنه فرط في ترك الإشهاد فصار كما لو دفع في
عين المضمون عنه .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يرجع عليه ، لأن المفرط في ترك الإشهاد
هو المضمون عنه .

وإن ادعى الضامن أنه دفع الحق الى المضمون له فأنتكر ذلك المضمون له .
والمضمون عنه . ولم تكن هناك بيينة فالقول قول المضمون له مع يمينه ، فإن لم
يحلف ردت اليمين على الضامن ، فإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعى مع
نكول المدعى عليه . فإن قلنا إنه كالبينة يرى الضامن والمضمون عنه من دين
المضمون له . وكان للضامن أن يرجع على المضمون عنه

وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه ، فهو
كما لو صدق المضمون له الضامن على الدفع ، وأنتكر المضمون عنه الدفع ، فإنه
لا مطالبة للمضمون له على أحدهما ، لأنه قد استقر باستيفاء الحق

وهل للضامن أن يرجع بشيء على المضمون عنه . فيه وجهان لابي العباس
ابن سريج (أحدهما) القول قول المضمون عنه مع يمينه ، ولا يرجع الضامن
عليه بشيء ، لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع ، فلم يقبل ، لأن الاصل عدمه ،
والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلم يقبل

(والثاني) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأن قبض المضمون له يثبت
مرة بالبينة ومرة بالإقرار ، ولو ثبت القبض بالبينة لرجع عليه . وكذلك اذا ثبت
بالإقرار ، والله تبارك وتعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح ضمان الدرك على المنصوص ، وخرج أبو العباس قولاً
آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع . وذلك مجهور ، والصحيح أنه
يصح قولاً واحداً ، لأن الحاجة داعية اليه لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق
عليه المبيع ، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع

رهننا ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة ، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان ، ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوما فعني عن الجمالة فيه ، كما عني عن الجمال بأساس الحيطان . ويخالف ضمان المجهول لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمه ، وفي وقت ضمانه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يقبض البائع الثمن ، لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء ؛ وضمان ما لم يجب لا يصح

(والثاني) يصح قبل قبض الثمن ، لأن الحاجة داعية الى هذا الضمان في عقد البيع لجاز قبل قبض الثمن . وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعرضها مستحقا فان قلنا إن البيع يصح في الباقي رجع بثمن ما استحق ، وإن قلنا يبطل البيع في الجميع رجع على الضامن بثمن ما استحق ، وهل يرجع عليه بثمن الباقي . فيه وجهان (أحدهما) يرجع عليه ، لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق ، فضمن كالمستحق .

(والثاني) لا يرجع لأنه لم يضمن إلا ما يستحق فلم يضمن ما سواه ، وإن ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيبا فرده ، فهل يرجع على الضامن بالثمن ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع ، وهو قول المزني وأبي العباس ، لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن ، كما لو كان شقصا فأخذه الشفيع

(والثاني) يرجع لأنه رجع اليه الثمن بمعنى قارن العقد ، فثبت له الرجوع على الضامن ، كما لو خرج مستحقا ، وإن وجد به العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب ؟ على ما ذكرناه من الوجهين

(الشرح) قوله ، الدرك ، التبعة بفتح الراء وسكونها ، قال في الصحاح : يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه

أما الأحكام : فإنه يصح ضمان المهد على المنصوص في الأتم ، وهو أن يشتري رجل عينا بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن إن خرج المبيع مستحقا ، وخرج أبو العباس بن سريج قولا آخر أنه لا يصح . وبه قال ابن القاص ، لأنه ضمان ما لم يجب ، ولأنه ضمان مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق المبيع أو بعرضه .

والصحيح أنه يصح ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنا ، والشهادة لا تفيد لأن
 البائع قد يفلس فلا تفيد الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق المشتري به غير الضمان
 وأما قول ابن القاصر أنه ضمان ما لم يجب و ضمان مجهول فغير صحيح ، لأنه
 ان لم يكن المبيع مستحقا فلا ضمان أصلا ، وإن كان مستحقا فقد ضمن الحق بعد
 وجوبه ، وإنما صح الضمان ها هنا مع جماله ما يستحقه المشتري ، لأن الحاجة
 تدعو الى ذلك .

وقال أبو يوسف : اذا ضمن له العهد كان ضامنا لتسكبات الابقاع . وهذا
 ليس بصحيح ، لأن العرف قد صار في العهد عبارة من الدرك و ضمان الثمن
 فانصرف الإطلاق اليه ، فإذا قلنا يصح ضمان العهد صح بعد قبض الثمن وجم
 واحدا ، لأنه ضمان الحق بعد وجوبه ، وهل يصح ضمانه قبل أن يقبض البائع
 الثمن ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن الحاجة تدعو الى هذا الضمان قبل قبض الثمن ، كما تدعو
 اليه بعد قبضه .

(والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره : أنه لا يصح لأنه ضمان الحق قبل
 وجوبه . فلم يصح

قال ابن الصباغ : وألفاظه أن يقول : ضمننت عهدته أو ثمنه أو دركه ، أو
 يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه ، أو يقول : متى خرج المبيع مستحقا فقد
 ضمننت لك الثمن ، فإن قال ضمننت لك خلاص المبيع لم يصح لأن التقدير على ذلك
 متى خرج مستحقا . قال ابن سريج : لا يضمن درك المبيع إلا أحق . إذا ثبت
 هذا فإنه اذا ضمن له عمدة دار اشتراها أو خلاصها فاستحققت رجع بالثمن على
 الضامن ، ان شاء الخلاص الحال يسلم اليه ، فتأول أصحابنا ذلك تأويلين

(أحدهما) أنه أراد خلاصك به (والثاني) أنه أراد وخلاصها ، وقد جاءت
 (أو) بمعنى الواو . قال تعالى « وأرسلناه الى مائة ألف أو يزيدون ، وقال تعالى
 « ولا تطع منهم آثما أو كفورا ،

وأما (ما) فتكتب في الوثائق : ضمن فلان البائع لفلان بن فلان المشتري

قيمة ما أحدث في المبيع من غراس أو بناء وغير ذلك اذا خرج مستحقا .
قال أصحابنا : فان هذا ضمان باطل بلا خلاف على المذهب . لانه ضمان ما لم
يجب وضمائم مجهول ، فان قيد ذلك وقال : من درهم الى ألف لم يصح ، لانه
ضمان ما لم يجب .

وقال أبو حنيفة رحمه الله يصح ضمان هذا مع العهدة بناء على أصله ما لم يجب
وقد مضى ذكره ؛ فإن ضمن خلاص المبيع أو ضمن قيمة ما يحدث في المبيع من
بناء أو غراس ، فإن كان في غير عقد البيع نظرت ، فان أفر ذلك عن ضمان
العهدة لم يبطل البيع ولا ضمان العهدة ، بل يبطل ضمان خلاص المبيع وضمان
ما يحدث فيه من بناء أو غراس ، وإن قرنه مع ضمان العهدة بطل خلاص المبيع
وما يحدث فيه ، وهل يبطل ضمان العهدة ؟ فيه قولان ، بناء على القولين في
تفريق الصفقة .

وإن شرط ذلك في البيع بأن قال : بعني هذه الارض بمائة دينار بشرط أن
يضمن لي فلان خلاصها ، وقيمة ما أحدثته فيها من بناء أو غراس إذا استحققت
فقال بعثك . أو كان هذا الشرط في زمان الخيار فسد البيع لانه بيع بشرط فاسد
قال الشيخ أبو حامد : ويحییء فيه قول آخر أنه لا يبطل البيع اذا شرط ضمان قيمة
ما يحدث في الارض — كما قلنا فيمن شرط رهنا فاسداً في البيع — والاول أصح
(فرع) إذا ضمن رجل لرجل العهدة واستحق جميع المبيع على المضمون له
وقد دفع الثمن الى البائع فالمشترى بالخيار ان شاء طالب البائع بالثمن ، وان شاء
طالب به الضامن . وإن خرج بعضه مستحقا بطل البيع فيما خرج منه مستحقا
وكان للمشترى أن يطالب الضامن بثمن القدر الذي خرج منه مستحقا ، وهل
يبطل البيع في الباقي ؟ فيه قولان ، فإذا قلنا يبطل البيع أو قلنا لا يبطل إلا أن
المشترى اختار فسخ البيع فيه . فهل للمشترى أن يرجع بثمن ذلك القدر على
الضامن ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يرجع عليه ، لانه ثبت له بسبب الاستحقاق

(والثاني) لا يرجع عليه ، لانه لم يضمن إلا الثمن ما استحق ، فهذا ثمن ما لم
يستحق ، وإنما بطل البيع فيه لانه لا يفرق الصفقة ، ويفسخه المشتري ،

وان وجد المشتري بالمبيع عيباً فردّه فهل له أن يطالب الضامن بالثمن . قال أصحابنا ان قال الضامن ضمننت لك درك ما يلحقك في المبيع . أو ضمننت لك درك المبيع لكل عيب تجد فيه ، فله أن يرجع بالثمن على الضامن وجهاً واحداً ، وكذلك إن حدث عند المشتري عيب وقد وجد به عيباً فله أن يرجع بالارش على الضامن ، لأن ضمائه يقتضى ذلك

وإن ضمن درك المبيع أو عهدته لا غير : فهل له أن يرجع بالثمن على الضامن اذا وجد به عيباً . أو بالارش إن حدث عنده عيب آخر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يرجع عليه بالثمن ، لأن الثمن يرجع اليه بمعنى قارن عقد البيع بتفريط من البائع فرجع به على الضامن كما لو استحق المبيع (والثاني) لا يرجع به عليه بل يرجع به على البائع وهو قول المزني وأبي العباس بن سريج ، لأنه زال ملكه عن المبيع بغير الاستحقاق فلم يرجع بالثمن على الضامن ، كما لو كان المبيع شقصاً فأخذ الشفيع

(فرع) فإن ضمن العمدة فإن أن البيع كان باطلاً بغير الاستحقاق فهل للمشتري أن يرجع بالثمن على الضامن . فيه وجهان حكاهما في الإبانة (أحدهما) يرجع به عليه ، لأنه رجع اليه الثمن لمعنى قارن عقد البيع ، فصار كما لو استحق .

(والثاني) لا يرجع عليه به لأنه يمكنه أن يمسك العين المبيعة إلا أن يسترجع ما دفع من الثمن ، فلم يرجع به على الضامن ؛ بخلاف ما لو استحق المبيع في يد البائع قبل القبض أو فسخ المبيع ، أو كان شقصاً فأخذ الشفيع بالشفعة ، فإن المشتري لا يرجع بالثمن على الضامن ، لأن الثمن رجع اليه بمعنى حادث بعد العقد ولم يضمن الضامن إلا الثمن عند استحقاق المبيع

(فرع) قال المسعودي : لو اشترى رجل شيئاً بثمن وسله وضمن رجل للبائع نقصان الوزن أو رداءة الثمن ، فخرج الثمن ناقصاً أو رديئاً أو معيباً فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن ، وله أن يرد الرديء والمعيب على المشتري ويطالب الضامن بالثمن ، اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب ، وقال في الدواوي والبيئات : إن كفالة البدن ضعيفة ، فمن أصحابنا من قال : تصح قولاً واحداً ، وقوله : ضعيفة أراد من جهة القياس ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : أنها لا تصح ، لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها . والثاني : يصح ، وهو الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة ابن مضرب قال صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل لمحمد الله وأنتى عليه وقال : أما بعد فوائقه لقد بع البارحة وما في نفسي على أحد اخنة وإنى كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة ، وكان أمرني أن آتبه بغلس فأتتهيت إلى مسجد بني حنيفة ، مسجد عبد الله بن النواحة : فسمعت مؤذنينهم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن مسيلمة رسول الله ، فكذبك سمعى وكففت فرسى حتى سمعت أهل المسجد قد تواطوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود ، على " بعبد الله ابن النواحة ، لحضر واعترف ، فقال له عبد الله : أين ما كنت تقرأ من القرآن قال : كنت أتقيكم به ، فقال له : تب فأبى ، فأمر به فأخرج إلى السوق لجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في بقية القوم ، فقال عدى بن حاتم : تؤولول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه .

وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس استنبتهم فان تابوا كفلهم عشائرهم فاستنابهم فتابوا ، وكفلهم عشائرهم ، ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد لجاز الكفالة به كالدين ، فإن قلنا : تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين ، لأنه حق لازم لادعى فصحت الكفالة به كالدين ، وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به ، لأن الكفالة الاستيثاق وحق الله تعالى مبنى على الدرء والاسقاط : فلم يجز الاستيثاق بمن عليه ، وإن كان قصاصاً أو حد قذف ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تصح ، لأنه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به

كمن عليه حد الله تعالى . والثاني : تصح لأنه حق لأدنى مجازات الكفالة بيدن من عليه كالدين . ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة بيده ، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(الشرح) حديث أبي إسحاق السبيعي أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب — وهو بقشديد الراء المكسورة — العبدى الكوفى ، وهو ثقة من الطبقة الثانية ، وقد غلط من نقل عن المدينى أنه تركه . هكذا فى التهذيب لابن حجر : أنه أتى عبد الله بن مسعود فقال : ما بينى وبين أحد من العرب حنة ، وإنى مررت بمسجد لبنى حنيفة فإذا هم يؤمنون بمسيلمة ، فأرسل إليهم عبد الله فجىء بهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لولا أنك رسول لضربت عنقك ، فأنت اليوم لست برسول ، فأمر قرظة بن كعب فضرب عنقه فى السوق ، ثم قال : من أراد أن ينظر إلى ابن النواحة قتيلا فى السوق ،

وترجع قصة ابن النواحة هذا إلى أيام النبي صلى الله عليه وسلم حين أرسله مسيلمة مع آخر هو بن أنال — بضم الهمزة بعدها مثلثة — فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتشهدان أنى رسول الله . قالوا نشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : آمنت بالله ورسوله ، ولو كنت قاتلا رسولاً لقتلتكما . قال عبد الله : فضت السنة أن الرسل لا تقتل رواه أحمد وأبو داود . والحاكم والنسائى مختصراً من حديث عبد الله بن مسعود ، وليس فى رواية من الروايات أن ابن النواحة قد أسلم ، وإنما كان هناك من الصحابة عندما أعلن مسيلمة كذوبته من انضمام إليه وارتد عن الإسلام ، مع أنه كان من حفاضة القرآن هو الفقيه الحوان الاثيم ، القارىء للقرآن الرجال بن عترة . وقد كان على مقدمة جيش مسيلمة حين هاجمهم المسلمون بقيادة خالد بن الوليد ، وقد قتل فى هذه المعركة ومجى الله به الى النار

أما ابن النواحة فعليه كان قد أسلم ثم ارتد مع مسيلمة ثم ظل على ولائه لمسيلمة عصبية جاهلية لأنهم كانوا يقولون : كذاب ، ربيعة خير من صادق مضرب

فلما لم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم الرسولين وفيهما ابن النواحة . وبعد حروب الردة ذهب عبد الله بن مسعود يستطرق لفرسه ذكراً من بني حنيفة . وقد انفق مع صاحب الفرس الذكراً أن يأتيه بفلس فأتته إلى مسجد القوم وكان الذي بناه عبد الله بن النواحة ، فسمع المؤذن يشهد لمسيمة بالرسالة ، حتى إذا استيقن عبد الله من هذه المذاجاة المذهلة واستوضحه فاعترف ، وكان رأى الصحابة الذين استشارهم أن يؤلول كافر — والثؤلؤل بضم التاء وإسكان الهمزة والثؤلؤل أورام خبيثة تظهر كالدرن في الجسم — قد أطلع رأسه ويجب أن يحسم قوله : عدى بن حاتم الطائي ؛ وكان ممن ثبت على الإسلام في الردة وحضر فتوح العراق ، وحارب مع علي ومات سنة ثمان وستين ، وكان أبوه مضرب المثل في السكرم .

قوله : جرير بن عبد الله هو ابن جابر البجلي صحابي مشهور ويكنى أبا عمرو ، ويقال له : الشليل بن مالك من ولد انمار بن نزار ، ولم يختلف النسابون أن بجيلة أمهم نسبوا إليها ، وهي بجيلة بنت صعيب ، وكان جرير سيد قبيلته ، وكان إسلامه في العام الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد قال هو عن نفسه انه أسلم قبل موت النبي صلى الله عليه وسلم بأربعين يوماً . وفيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه . وفي جرير قال الشاعر :

لولا جرير هلكت بجيلة نعم الفقى وبئست القبيلة

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ما مدح من هجى قومه . وكان عمر يقول : جرير بن الله يوسف هذه الأمة ، يعنى في حسنه . وكان جرير رسول على بن أبي طالب إلى معاوية لحبسه مدة طويلة . روى عنه أنس بن مالك وقيس ابن أبي حازم وهمام بن الحارث والشعبي . وروى عنه بنوه عبيد الله والمنذر وإبراهيم . وأما الأشعث بن قيس فقد ساق نسبه ابن منبده وأبو نعيم هكذا : الأشعث بن قيس بن معديكرب بن معاوية بن ثعلبة بن عدى بن ربيعة الكندي وكنيته أبو محمد .

وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة في وفد كنده وكانوا

ستين راكباً فأسلموا . وقال الأشعث لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت منا فقال نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمتنا ولا نتفتي من أبنينا ، فكان الأشعث يقول : لا أوتى بأحد ينفي قريشاً من النضر بن كنانة إلا جلده . ولما أسلم خطب أم فروة أخت أبي بكر الصديق رضى الله عنه ثم عاد الى اليمن شهد اليرموك وفتت عينه ، ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء وهاوند ، وسكن الكوفة وشهد صفين مع علي ، وكان ممن أزم علياً بالتحكيم ، وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على أذربيجان وكان الحسن بن علي تزوج ابنته ، فقيل هي التي دس السم له فمات منه . روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث وروى عنه قيس بن أبي حازم وأبو وائل . وقد نزل في الأشعث بن قيس قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ، الآية . لأنه خاصم رجلاً في بئر ، توفي سنة ثنتين وأربعين وصلى عليه الحسن بن علي .

وقال ابن منده : هذا وهم ، لأن الحسن لم يكن بالكوفة ، وإنما كان قد سلم الأمر الى معاوية ثم رجع الى المدينة . ولكن أبا نعيم يؤكد أنه توفي بعد علي بأربعين ليلة وصلى عليه الحسن .

أما أحكام الفصل : فان المنصوص للشافعي رضى الله عنه في أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح

وقال في الدعوى والبيئات : كفالة الوجه عندي ضعيف . واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال تصح الكفالة بالبدن قولاً واحداً ، وقوله في الدعوى والبيئات ضعيف ، يريد في القياس ، وهو قوى في الأثر ، وذهب المازني وأبو إسحاق الى أن المسألة على قولين (أحدهما) لا يصح لأن الكفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد ، ولأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح ، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها .

فقوله « في الذمة » احتراز من البائع فانه يضمن العين المبيعة في يده لا في ذمته فلو تلفت قبل القبض لم يضمنها في ذمته وقوله « بعقد » احتراز من الغاصب ، فإنه يضمن العين المغصوبة في يده وفي ذمته

والقول الثاني : أن الكفالة بالبدن صحيحة ، وهو قول شريح والشعبي ومالك وأبي حنيفة والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن وأحمد رضي الله عنهم . وهو الصحيح لقوله تعالى : « فخذ أحدهما مكانه إنا نراك من المحسنين » ، ولحديث عبد الله بن مسعود الذي استشار في الذين كانوا يضجون في مسجدكم بمسيلة استشار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأشار عليه جرير بن عبد الله والأشعث ابن قيس أن يستأبوا ويتكفل بهم عشائرم ، فاستأبوا فتأبوا وكفاهم عشائرم فدل على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم ؛ إذ لم ينكر عليه أحدهم من الصحابة ذلك ؛ وإن كان هذا الموضع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موضعاً تصح فيه الكفالة بالبدن ، إلا أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وأصحابه الذين معه أرادوا بهذا الاستظهار على هؤلاء المارقين

فإذا قلنا لا تصح الكفالة بالبدن فلا تفرغ عليه . وإذا قلنا تصح ، فإنما تصح بيدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين ، لأنه لازم فصحت الكفالة بيدن من عليه كالدين .

(فرع) وأما الكفالة بيدن من عليه جلد . فإن كان لله تعالى كحد الزنا وحد شرب الخمر وما أشبههما لم يصح لمعنيين (أحدهما) أنه لما لم تصح الكفالة بما عليه من الحق لم تصح الكفالة بيدن من عليه

(والثاني) لا ، لأن الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها لأنها تسقط بالشبهات . وإن كان الحد للآدمي كحد القذف والقصاص ، فهل تصح الكفالة بيدن من عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تصح ، لأنها لا تصح الكفالة بما عليه من الحق . فلم تصح الكفالة بيدنه . كمن عليه حد الزنا

(والثاني) تصح الكفالة بيدنه لأن عليه حقا لآدمي فصحت الكفالة بيدنه ، كما لو كان له عليه دين

(فرع) وإن تكفل بيدن مكاتب السيدة لأجل مال الكتابة لم يصح ، لأن الحق الذي عليه غير لازم له فلم تصح الكفالة . قال ابن الصباغ : وإن تكفل بيدن صبي أو مجنون صحمت الكفالة لأن الحق يجب عليهما ، وقد يحتاج إلى

إحضارها للشهادة عليها الإلتاف . وأن رهن رجل شيئا ولم يسلمه فتكفل رجل عليه بتسليمه لم يصح ، لأن تسليمه غير لازم له فلم تصح الكفالة به . وإن ادعى على رجل حقا فأنكره جازت الكفالة بيده ؛ لأن عليه حق الحضور ، والكفالة واقعة على إحضاره .

(فرع) إذا قال رجل لرجل : تكفل بفلان لفلان ففعل كانت الكفالة لازمة على الذى باشر الكفالة دون الأمر ، لأن المتكفل فعل ذلك باختياره . والأمر بذلك حث على المعروف . وهكذا فى الضمان مثله . والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان ، قال أبو العباس : لا تصح الكفالة بيده لأنه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين ، فإذا كان مجهولا لم تمكن المطالبة (والثانى) أنه تصح ، وهو المذهب ، لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين .

(فصل) وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين

(الشرح) الأحكام : إذا تكفل ببدن رجل لرجل له عليه دين فمات المكفول به بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين . وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وقال مالك رضى الله عنه وأبو العباس بن سريج : يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين المكفول له ، لأن الكفالة وثيقة بالحق ؛ فإذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن

دليلنا أنه تكفل بيده لا بيده فلم يلزمه ما عليه من الدين ، كما لو غاب ، ويفارق الرهن لأنه علق به الدين فاستوفى منه وها هنا لم يتكفل إلا بإحضاره . وقد تعذر إحضاره بموته . فإذا قلنا بالمذهب صححت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل ، وإن قلنا بقول أبي العباس لم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل

(فرع) وإن تكفل ببدن رجل وشرط أنه متى لم يحضر فدأبه الحق الذى عليه

أو قال على كذا وكذا لم تصح الكفالة ولم يجب عليه المال المضمون به ، وبه قال محمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم يحضره عليه المال دليلنا أن هذا حظر فلم يجوز تعليق الضمان عليه ، كما لو قال : إن جاء المطر فأنا ضامن بيده ، وإن قال تكفلت لك بيدن زيد على إن جئت به ، وإلا فأنا كفيل لك بيدن عمرو لم يصح ، لأنه لم يلتزم بإحضار أحدهما فصار كما لو تكفل بأحدهما لا بعينه ، وإن تكفل بيدن رجل بشرط الخيار لم تصح الكفالة . وقال أبو حنيفة يفسد الشرط وتصح الكفالة

دليلنا أنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار ، فإذا شرط فيه الخيار أفسده كالصرف ، ولو أقر رجل فقال إنما تكفلت لك بيدن فلان على أن لي الخيار . ففيه قولان .

(أحدهما) يقبل إقراره في الجميع فيحكم ببطلان الكفالة ، كما لو قال له على ألف درهم إلا خمسمائة

(والثاني) يقبل إقراره في الكفالة ولا يقبل في أنه كان بشرط الخيار . لأنه وصل إقراره بما يسقط فلم يصح ، كما لو قال له على ألف درهم إلا ألف درهم . قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز الكفالة حالا ومؤجلا ، كما يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا وهل يجوز إلى أجل مجهول . فيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لأنه تبرع من غير عوض ، لجاز في المجهول كإباحة الطعام (والثاني) لا يجوز لأنه إثبات حق في الذمة لأدنى فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع ، ويخالف الإباحة فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز ، ولو تكفل بيدن أحد الرجلين لم يجوز .

(الشرح) الأحكام . إذا تكفل بيدن رجل نظرت ، فإن شرط إحضاره حالا لزمه إحضاره في الحال ، كما لو تكفل بيده وأطلق أفضى ذلك إحضاره في الحال كما قلنا فيمن باع بثمن وأطلق فإن ذلك يقتضى الحلول ، وإن تكفل بيده إلى أجل معلوم صحت الكفالة ، ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك ، كما إذا ضمن الدين إلى أجل معلوم .

وإن تكفل بيدنه إلى أجل مجهول فهل يصح ، فيه وجهان .
 (أحدهما) يصح ، كما تصح العارية إلى أجل مجهول .
 (والثاني) لا يصح وهو الصحيح ، لأنه إثبات حق في الذمة لأدى فلم يصح
 إلى أجل مجهول ، كضمان المال . وبخالف العارية فإنها لا تلزم ، ولهذا لو أطاره
 إلى مدة كان له الرجوع فيها قبل انقضائها ، ولو تكفل له بيدنه إلى أجل معلوم
 لم تكن له المطالبة به قبل حلول الأجل ، ولأن العارية تجوز من غير تعيين ،
 ولهذا لو قال : أعتك أحد هذين الكتابين جاز ، ولو قال تكفلت لك بيدن أحد
 هذين الرجلين لم يجوز والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز الكفالة به لیسلم في مكان معين ، وتجوز مطلقاً ، فإن
 أطلق وجب التسليم في موضع العقد ، كما تجوز حالا ومؤجلاً ، وإذا أطلق وجب
 التسليم في حال العقد .

(الشرح) الأحكام : وتجوز الكفالة بيدن رجل لیسلمه في مكان معين ؛
 كما يصح السلم بشرط أن يسلم المسلم فيه في موضع معين ، وتجوز الكفالة بيدن
 رجل وإن لم يذكر موضع التسليم ، فعلى هذا في موضع العقد ، كما تصح الكفالة
 بالبدن حالا ومؤجلاً ، وإذا أطلق اقتضى الحلول ، فإذا تكفل له بيدن رجل
 لیسلمه إليه في موضع معين ، فسلمه إليه في غير ذلك البلد لم يلزم المكفول له
 قبوله لأن عليه مشقة في تسلمه في غير ذلك البلد ، وقد يكون له غرض بتسليمه
 في ذلك البلد ، وإن تكفل له بيدنه لیسلمه في موضع معين من البلد ، بأن يقول
 في مجلس القاضى أو في مسجده سلمه إليه في ذلك البلد في غير ذلك الموضع المعين
 فهل يلزمه قبوله ؟ فيه وجهان لأبي العباس بن سريج .

(أحدهما) لا يلزمه قبوله ، كما لو سلمه في غير ذلك البلد .
 (والثاني) يلزمه قبوله ، لأن المادة أنه لا مؤنة عليه في نقله من موضع في
 البلد إلى موضع فيه والله الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به . لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه ، ومن أصحابنا من قال . تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين .

(الشرح) الاحكام : اذا تكفل ببدن رجل بإذن المكفول به صححت الكفالة فإذا سأل المكفول له الكفيل احضار المكفول به وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لأنه يكفل به بإذنه ، وان لم يطالبه المكفول له ، فقال الكفيل للمكفول به احضر معي لأردك الى المكفول له لتبرئ ذمتي من الكفالة ، كان عليه أن يحضر معه ، لانه قد تعلق عليه احضاره بأمره ، فلزمه تخليصه منه .

وان تكفل رجل لرجل ببدن رجل بغير إذن المكفول به ، فهل يصح ، فيه وجهان . قال عامة أصحابنا : لا يصح ، لان المقصود بالكفالة بالبدن احضار المكفول به عند المطالبة . فإذا كان ذلك بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه فلا تفيد الكفالة شيئاً . فعلى هذا اذا تكفل ببدن صبي أو مجنون لم يصح ذلك الا بإذن وليه . لان الصبي والمجنون لا اذن لهما .

وقال أبو العباس بن سريج : تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به كما يصح الضمان عليه بالدين من غير إذنه . قال أبو العباس : فعلى هذا اذا قال المكفول له للكفيل : احضر المكفول به ، وجب على الكفيل أن يطالب المكفول به بالحضور ، فإذا طالبه وجب على المكفول به الحضور من غير جهة الكفالة ، وليكن لان صاحب الحق قد وكل الكفيل باحضاره .

وان قال المكفول له للكفيل : أخرج الى من أقالتك . أو رد على كفالتي . فهل يلزم المكفول به الحضور ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمه . لان ذلك يتضمن الإذن في احضاره . فهو كما وكأه باحضاره (والثاني) لا يلزمه الحضور . لانه إنما طالبه بما عليه من الاحضار . قال أبو العباس : فعلى هذا للمكفول له - بس

الكفيل ، قال ابن الصباغ : وهذا يدل عندى على فساد ما قاله ، لأنه يحبس على مالا يتقدر عليه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تكفل بعضو منه ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يصح لأن في تسليمه تسليم جميعه .

(والثاني) لا تجوز ، لأن أفراد العضو بالعقد لا يصح ، وتسريته إلى الباقي

لا يمكن ؛ لأنه لا مراية له فيطالت .

(والثالث) إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز ، لأنه

لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن ، وإن كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل

لم يصح ، لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقاءه .

(الشرح) الأحكام : إذا تكفل بعضو رجل كيدته أو رجله أو رأسه أو بجزء

مشاع منه كنصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يصح لأنه لا يمكن تسليم نصفه أو ثلثه إلا بتسليم جميع البدن ،

ولا يسلم اليد والرجل إلا على هبتهما عند الكفالة ، وذلك لا يمكن إلا بتسليم

جميعه (والثاني) وهو قول القاضى أبى الطيب ، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ

أبى حامد : أنه لا يصح لأن مالا يسرى إذا خص به عضو أو جزء مشاع لم يصح

كالبيع منه ، والإجارة والوصية ، وفيه احتراز من العتق والطلاق .

(والثالث) أن تكفل بما لا يبقى البدن إلا به كالرأس والقلب واليد ،

والنصف والثلث ، لأنه لا يمكن تسليم ذلك إلا بتسليم جميع البدن ، وإن تكفل

بما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح ، لأنه قد يقطع منه ويبقى البدن ، ولا

قائدة في تسليمه وحده ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذى شرط

فيه التسليم ، فإن كان عليه في قبوله ضرر . أو له في رده غرض . لم يلزم قبوله ،

وان لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله ، فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا في دين السلم . وان أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ ، لان التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل ، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه ؛ وان سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم لان حبس الحاكم ليس بحائل ، ويمكن احضاره ومطالبته بما عليه من الحق .

وان حضر المكفول به بنفسه ، وسلم نفسه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن اذا أدى المضمون عنه الدين ، وان غاب المكفول به الى موضع لا يعرف خبره ، لم يطالب به ، وان غاب الى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء ، لان ما لزم تسليمه لم يلزم الا بإمكان التسليم ، فان مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل الى أن يحضره ، فان أبرأه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن اذا أبرأه المضمون له ، فان جاء رجل وقال أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به ، ففيه وجهان ،

قال أبو العباس : يصح ، لانه نقل الضمان الى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالا فأحال الضامن المضمون له على آخر . وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الطبرى رحمه الله لا يصح لانه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل . وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد .

وان تكفل ببدن رجل لنفسين ، فسده الى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر . لانه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما ، كما لو ضمن لهما دين فأدى دين أحدهما وان تكفل لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما ، فقد قال شيخنا القاضى أبو الطيب رحمه الله : انه لا يبرأ الاخر ، لانه لو أبرىء أحدهما لم يبرأ الاخر فاذا سلمه أحدهما لم يبرأ الاخر ، وعندى أنه يبرأ ، لان المستحق احضاره وقد حصل فبرئاً ، قالو ضمن رجلان ديناً فأداه أحدهما . ويخالف الإبراء فان الإبراء مخالط للأداء ؛ والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الاخر ، ولو أدى أحد الضامنين برىء .

(الشرح) الأحكام : اذا تكفل ببدن ليحضره الى أجل ، فأحضره التكفيل قبل الأجل — فإن قبل المكفول له — برى التكفيل ، وإن امتنع المكفول له من القبول نظرت ، فإن كان عليه في قبوله ضرر ، بأن كان حقه مؤجلا ، أو كان حقه حالا إلا أن له بيعة غائبة فإنه لا يلزمه قبوله لأن عليه ضرر افي قبوله فإن امتنع من تسلمه . قال الشيخ أبو حامد وفعه التكفيل إلى الحاكم وسلمه إليه ليبرأ وإن لم يجد حاكما أحضر شاهدين يشهدان بتسليمه أو امتناع المكفول له

وذكر القاضي أبو الطيب أنه يشهد على امتناعه رجلين . قال ابن الصباغ وهوذا أقبس لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره ، وإن أحضره التكفيل وهناك يد سلطان لا يقدر عليه يمنع منه لم يبرأ التكفيل بذلك ، لأن المستحق تسليمه من غير حائل ، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم لزمه تسليمه ، لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقه ، فإن كان حقه قد ثبت عليه بالبيعة وطلب إحضاره ، فإن الحاكم يحضره ليحكم بينهما ، فإن ثبت عليه حق وطلب حبسه فإن الحاكم يحبسه به وبالحق الأول فإذا سقط حق أحدهما لم يجوز تخليته الا بعد سقوط حق الآخر ، وإن جاء المكفول به الى المكفول له وسلم نفسه إليه برى التكفيل كما يبرأ الضامن اذا دفع المضمون عنه مال الضمانة .

(فرع) اذا تكفل ببدن رجل ثم ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب : أو حبس بحق لزم التكفيل إحضاره فيخرج الى دار الحرب لإحضاره ؛ والمحبوس يمكنه أن يقضى عنه الحق وبطابق من الحبس

(فرع) اذا غاب المكفول به نظرت ، فإن كانت غيبته الى موضع معلوم فعلى التكفيل أن يحضره ، فاذا مضت مدة يمكنه فيها الذهاب إليه والمجيء به ، ولم يأت به حبسه الحاكم ، هذا قولنا

وقال ابن شبرمة : يحبس في الحال ، لأن حقه قد توجه عليه ، وهذا ليس بصحيح ، لأن الحق وإن كان قد حل ؛ فإنه يعتبر فيه امكان التسليم ، وإنما يجب عليه إحضار الغائب عند امكان ذلك ، وإن كان غائبا غيبة منقطعة ، لا يعلم مكانه

لم يطالب الكفيل بأحضاره ، وان أبرأ المكفول له المكفول به من الحق برىء .
المكفول به كما قلنا في المضمون له اذا أبرأ الضامن

(فرع) اذا تكفل ببدن رجل ثم جاء رجل الى المكفول له وقال تكفلت
لك ببدن فلان المكفول به على أن تبرىء فلانا الكفيل فقيه وجهان . قال أبو العباس
تصح كفالة الثاني وبرأ الاول ، لأن الثاني قد حول الكفالة الى نفسه فبرىء
الاول كما لو كان له حق فاحتال به على آخر

قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب لا تصح الكفالة الثانية ، ولا ببرأ
الاول لأن الكفالة والضمان لا يحول الحق ، فكفالة الثاني لا تبرىء الاول من
كفالاته ؛ واذا لم يبرأ الاول فلم يتكفل به الثاني الا بهذا الشرط ، واذا لم يصح
الشرط لم تصح الكفالة

(فرع) وان تكفل ببدن رجل لرجلين بعقد فرد على أحدهما برىء من حقه
ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرد عليه ، لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقد بين فموا
كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد ، وان تكفل لرجلان لرجل ببدن رجل
فأحضره أحدهما الى المكفول له برىء الذي أحضره ، وهل يبرأ الكفيل الآخر
فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول المزي والشيخ أبي اسحاق أنه يبرأ كما لو ضمن رجلان
لرجل ديناً على رجل فأداه أحدهما ، فان الآخر يبرأ

(والثاني) وهو قول أبي العباس والشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب
وابن الصباغ أنه لا يبرأ الآخر ، لأن الحق باق لم يسقط ، والكفيلان وثيقتان
فلا تنفك احدى الوثيقتين بانفكك الاخرى ، كما لو كان الحق مرهوناً فانفك
أحدهما مع بقاء الحق فإنه لا ينفك الباقي منها ، ويفارق اذا قضى أحد الضامنين
المال المضمون به . فان الحق هناك قد سقط ، فانفكك الوثيقة . وهما
الحق لم يسقط .

(فرع) اذا تكفل رجل لرجل ببدن رجل فقال المكفول له مالي قبل
المكفول به حق . قال أبو العباس . فقيه وجهان

(أحدهما) يبرأ المكفول به عما عليه . وتبطل الكفالة لأن قوله لاحق لى قبله نى فى سياق نكرة فاقضى العموم
(والثانى) يرجع إليه . فإن قال : أردت به لاشئ لى عليه بطلت الكفالة ،
وبرىء المكفول .

وان قال : أردت به لاحق لى عليه من طارية أو ودبعة ، وصدقه الكفيل
والمكفول به قبل قوله ، وان كذبا أو أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم
بنيته ، وان قال لاحق لى فى ذمته ولا فى يده برئنا جميعاً ، قيل للشيخ أبى حامد :
فإذا كان لرجل على رجل دين ، فقال : لاحق لى قبله . فقال : هو على
هذين الرجلين .

قال للمصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تكفل بيدن رجل فمات المكفول به برىء الكفيل . وقال
أبو العباس يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه وثيقة ، فإذا مات من عليه
الدين وجب أن يستوفى الدين منها كالرهن ، والمذهب الأول ، لأنه لم يضمن
الدين فلا يلزمه .

(فصل) وان تكفل بيمين نظرت ، فان كان أمانة كالوديعة لم يصح ، لأنه
إذا لم يجزئ ضمانها على من هو عنده ، فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى ،
وان كان عيناً مضمونة كالمفصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان ،
بناء على القولين فى كفالة البدن . فان قلنا انها تصح فهلكت العين فقد قال
أبو العباس فيه وجهان

(أحدهما) يجب عليه ضمانها (والثانى) لا يجب ، وقال الشيخ أبو حامد
لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن ، فان البدن لو تلف لم يضمن بدله ، ولو
هلكت العين ضمنها .

(الشرح) الاحكام . اذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل فأبرأ المكفول له الكفيل ثم رآه ملازماً له فقال له خل عنه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، أو على مثل ما كنت عليه ، قال أبو العباس بن شريح : صححت كفالته لأنه إما أن يكون هذا إخباراً عن كفالته ، أو إقراراً به ، أو ابتداء كفالة في الحال ، وأنها كانت فوجب أن يصح ،

وإن تكفل رجل ببدن رجل ، ورابع بالثالث : فيصح الجميع ، فإن أحضر المكفول به الأول نفسه أو أحضره الكفيل برى . جميع الكفلاء . وإن مات المكفول به الذي عليه الدين برى . الكفلاء على المذهب ، فإن مات الكفيل الأول برى . جميع الكفلاء . وإن مات الكفيل الثاني برى . الثالث والرابع . وإن مات الثالث برى . الرابع ولم يبرأ الأولون . وإن مات الرابع بطالت كفالته وحده وحكم البراءة حكم الموت ، وإن المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء . وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة وأحمد

وقال الحكم ومالك والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه

وحكى ذلك عن ابن شريح ، لأن الكفيل وثيقة بحق ، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب .

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرى . الكفيل ، كما لو برى . من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرى . الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرى . منه ، وفارق ما إذا غاب ، فإن الحضور لم يسقط عنه ، ويفارق الرهن فإنه علق به المال فاستوفى منه

(فرع)

إذا ضمن الرجل في مرض موته عن غيره ديناً ، فإن ذلك معتبر من ثلث ماله لأنه تبرع ، فهو كما لو ذهب لغيره مالا

إذا ثبت هذا : فإذا ضمن رجل في مرض موته عن غيره تسعين درهما بإذنه ومات الضامن ، وخلف تسعين درهما لا غير ومات المضمون عنه ، ولا يملك غير خمسة وأربعين درهما ، فإن طالب المضمون له بحقه من تركه الضامن وقع في هذه المسألة دور ، والعمل فيه أن يقول : يذهب بالضمان من التسعين شيء ، ولا يمكنه يرجع اليهم نصف شيء ، لأن ما خلفه المضمون عنه مثل نصف تركه الضامن فيعلم أنه ما ذهب عنهم بالضمان إلا نصف شيء ، ويجب أن تكون هذه التسعون إلا نصف شيء الباقية معهم تعدل شيئاً كاملاً مثل ما ذهب عنهم بالضمان فأجر التسعين بنصف الشيء الناقص عنها ، ثم رده على الشيء الكامل ، فيكون تسعون تعدل شيئاً ونصف شيء الشيء ، ثلثاها وهو ستون ، فيأخذ المضمون ستين من تركه الضامن ، ويستحق وريثة الضامن الرجوع في تركه المضمون منه بها ، لأن الضمان بإذنه ويبقى للمضمون له من دينه ثلاثون ، فيرجع بها في تركه المضمون عنه وتركته أقل من ذلك فيقسم المضمون له وريثة الضامن الخمسة والأربعين على قدر حقهم ، فيكون لورثة الضامن ثلثاها ، وهو ثلاثون ، والمضمون له ثلثها ، وهو خمسة عشر ، فيجتمع لورثة الضامن ستون ، وخرج منهم بالضمان ثلاثون ، فقد بقي معهم مثلاً ما خرج عنهم .

فإذا تقرر هذا : وعرف ما يستحقه المضمون له من تركه الضامن بالعمل فهو بالخيار ، إن شاء فعل ما ذكرناه ، وإن شاء أخذ من وريثة الضامن خمسة وسبعين ورجع وريثة الضامن بجميع تركه المضمون عنه ، فإن كانت بحالها إلا أن المضمون عنه خلف ثلاثين درهما لا غير ، فالعمل فيه يخرج من التسعين شيء بالضمان ، ويرجع اليهم ثلث شيء ، لأن تركه المضمون له ثلث تركه الضامن ، فيبقى مع وريثة الضامن تسعون إلا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلث شيء .

فإذا أجبرت التسعون عدلت شيئين الشيء نصفها وهو خمسة وأربعون ، فيأخذها من تركه الضامن ويرجع المضمون له وريثة الضامن في تركه المضمون عنه بنصفين لا استواء حقهما فيرجع إلى وريثة الضامن خمسة عشر فيجتمع لهم ستون ، وخرج منهم ثلاثون ، ويجمع للمضمون له ستون ؛ وبسقط من دينه

ثلاثون ؛ فإن شاء فعل ما ذكرناه ، وإن شاء أخذ الستين كلها من تركة الصانع ورجع ورثة الصانع بجميع تركة المضمون عنه ، وإن شاء المضمون له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون ، وأخذ من تركة الصانع ثلثها ، وهو ثلاثون ، ويبقى لهم سقون مثلا ما خرج منهم ، فإن خلف المضمون عنه ستين فإن المضمون له لا ينقص شيء من دينه ههنا ، والعمل فيه على قياس ما مضى وفاقه تبارك وتعالى المستعان .

(مسألة)

إذا ادعى رجل على رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب سيارة بألف دينار على كل واحد منهما خمسمائة ، وقبضناه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فإن أقر الحاضر بذلك لزمه أن يدفع إلى المدعى ألفاً ، فإذا قدم الغائب فإن صدق الحاضر رجوع عليه الحاضر بما قضى عنه ، وهو خمسمائة ، وإن كذبه قال قول قوله مع يمينه ، فإذا حلف سقط حق الحاضر ، وإن أنكرك الحاضر المدعى فإنه لم يكن للمدعى بيعة ، قال قول قول الحاضر مع يمينه . فإذا حلف سقطت عنه المطالبة .

فإذا قدم الغائب قاضي عليه البائع - فإن أنكره - حلف له أيضاً ولا كلام وإن أقر بما ادعاه عليهما لزم القادم الخمسمائة التي أقر أنه اشترى هو بها ، وهل يلزمه الخمسمائة التي أقر أن شريكه أنه اشترى بها وضمن هو عليه ؟ فيه وجوهان . قال القاضي أبو الطيب : لا يلزمه لأنها قد حكمتنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه .

وقال ابن الصباغ : يلزم القادم لأن اليمين لم تبرأه من الثمن ، وإنما سقطت عنه المطالبة في الظاهر ، فإذا أقر أنه الصانع لزمه ، ولهذا لو أقام بيعة عليه بعد يمينه لزمه الثمن ، ولزم الصانع فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب .

فإذا أقام المدعى بيعة على الحاضر بأنهما اشتريا منه السيارة بألف وقبضناهما وضمن كل واحد منهما عن صاحبه الخمسمائة فلمدعى أن يطالب الحاضر بجميع الآب ، لأن البيعة قد شهدت عليه بذلك ، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على الغائب إذا قدم ؟ نقل المزي أني أنه يرجع بالنصف على الغائب . واختلف أصحابنا

في ذلك ، فمنهم من قال : لا يرجع عليه بشيء ؛ ولم يذكر ابن الصباغ غيره . لأنه منكر لما شهدت له البيئته ، مقرر أن المدعى ظالم له . فلا يرجع على عين من ظلمه ، ومن قال بهذا تناول ما نقله المزني أربع تأويلات .

(أحدها) يحتمل أن يكون الحاضر صدق المدعى فيما ادعى غير أن المدعى قال : وأنا أقيم البيئته أيضاً فأقامها ، فيرجع ههنا ، لأنه ليس فيه تكذيب البيئته .
(الثاني) أن يكون الحاضر لم يقر ولم ينكر ، بل سكت ، فأقام المدعى البيئته فليس فيه تكذيب .

(الثالث) أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه ، ولم يعرض لشراء شريكه . فقامت عليه البيئته .

(الرابع) أن يكون الحاضر أنكر شراؤه وشراء شريكه وصناتهما إلا أن الحاضر لما قامت البيئته وأخذ من المدعى الألف ظلماً ثبت على الغائب بحسمائة بالبيئته ، وقد أخذ المدعى من الحاضر حسمائة ظلماً فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعى على الغائب .

ومن أصحابنا من وافق المزني وقال : يرجع الحاضر على الغائب بحسمائة وإن أنكر الشراء والضمان لأنه يقول : كان عندي إشكال في ذلك ، وقد كشفت هذه البيئته هذا الإشكال وأزالته ، فهو كمن اشترى شيئاً وادعاه عليه آخر بأنه له وأنكر المشتري ذلك ، وأقام المدعى بينه وانتزع منه . فإن له أن يرجع على البائع بالثمن ، ولا يقال : إن باقراره أن المدعى ظالم يسقط حقه من الرجوع .

وقال الشيخ أبو حامد في التعليق ينظر في الحاضر فإن تقدم منه تكذيب البيئته مثل أن قال من يبيع منك شيئاً ولا يستحق علينا شيئاً . ثم قامت البيئته بذلك فإنه لا يرجع على صاحبه بشيء . لأنه قد كذب البيئته بما شهدت وأن هذا المدعى ظالم قبل له . فإن قدم الغائب واعترف بصدق المدعى وقال : لا يرجع عليه بشيء . لأنه يقر له بما لا يدعيه . وإن لم يتقدم منه تكذيب البيئته مثل أن قال : مالك عندي شيء . فإنه يرجع على صاحبه بحسمائه لأنه ضمن عنه باذنه ودفع عنه (قات) ولعل صاحب الوجه الأول لا يخالف تفصيل الشيخ أبي حامد في جواب الحاضر وأن الحكم يختلف باختلاف جوابه كما ذكر واقفه الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ضمن عنه ديناً ثم اختلفا فقال الضامن : ضمننت وأنا صبي ، وقال المضمون له : ضمننت وأنت بالغ ، فالقول قول الضامن ، لأن الاصل عدم البلوغ ، وإن قال : ضمننت وأنا مجنون ، وقال : بل ضمننت وأنت عاقل ، فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له ، لأن الاصل العقل وصحة الضمان ، وإن عرف له حالة جنون فالقول قول الضامن ، لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الاقامة . ويحتمل أن يكون في حالة الجنون ، والأصل عدم الضمان وبرائة الذمة .

وإن ضمن عن رجل شيئاً وأدى المال ثم ادعى أنه ضمن باذنه وأدى باذنه ليرجع ، وأنكر المضمون عنه الاذن لم يرجع عليه ، لأن الاصل عدم الاذن ، وإن تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولاحق عليه فالقول قول المكفول له لأن الكفيل قد أقر بالكفالة ، والكفالة لا تكون الا بمن عليه حق فكان القول قول المكفول له ، فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك ففيه وجهان .

(أحدهما) يحلف ، لأن ما يدعيه الكفيل ممكن ، يخلف عليه الخصم .

(والثاني) لا يحلف ، لأن اقراره بالكفالة يقتضي وجوب الحق وما يدعيه يكذب اقراره ، فلم يحلف الخصم . وإن ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه . وأقر المضمون له . وأنكر المضمون عنه . ففيه وجهان .

(أحدهما) أن القول قول المضمون عنه . لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع فلم يقبل قوله . والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته . فسقط قولها وحلف المضمون عنه (والثاني) أن القول قول الضامن لأن قبض المضمون له يثبت بالاقرار مرة وبالبيئنة أخرى . ولو ثبت قبضه بالبيئنة رجع للضامن . فكذلك إذا ثبت بالاقرار .

(الشرح) الأحكام . إذا ضمن عن رجل ديناً ثم اختلفا . فقال الضامن . ضمننت وأنا صبي . وقال المضمون له . بل ضمننت وأنت بالغ فإن أقام المضمون له

بيئته أنه ضمن وهو بالغ حكم بصحة الضمان ، وان لم تكن بيئته فالقول قول الضامن
لأن الاصل عدم البلوغ

وان قال الضامن ضمننت وأنا مجنون ، وقال المضمون له بل ضمننت وأنت
عاقل ، فان أقام المضمون له بيئته أنه ضمن له وهو عاقل حكم له بصحة الضمان .
وان لم تكن له بيئته : فان لم يعرف للضامن حال جنون فالقول قول المضمون له مع
يمينه ، لأن الاصل صحة الضامن

وان عرف له حال جنون فالقول قول الضامن مع يمينه ، لأنه يحتمل أنه
ضمنه في حال الجنون ، ويحتمل أنه ضمن في حال الإفاقة ، والاصل برائة ذمته
(فرع) وان ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه عن الضمان وأنكر المضمون
له البرائة ، فأحضر الضامن شاهدين أحدهما المضمون عنه . قال الصيمري ،
فان لم يأمره بالضمان عنه قبلت شهادته ، وان أمره بالضمان عنه لم تقبل شهادته
(فرع) وان ادعى على رجل أنه ضمن له ديناً على رجل غائب معين وأنكر
الضامن وأحضر المضمون له بيئته تشهد بالضمان ، فان بين قدر المال المضمون له
وشهدت معه البيئته بذلك حكم بها ، وان ادعى الضمان بمال معلوم والمضمون
مجهول وشهدت له بيئته بذلك فهل تسمع بيئته ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تسمع هذه البيئته ولا يحكم له على الضامن بشيء ، لأن الذي
عليه الحق اذا كان مجهولاً لم يثبت حقه ، واذا لم يثبت على الاصل لم يثبت
على الضامن .

(والثاني) يحكم له على الضامن لأن البيئته قد قامت عليه بذلك . ألا ترى
أنها لو شهدت بأن عليه ألفاً من جهة الضامن سمعت : فكذلك هذا مثله

(فرع) اذا ضمن الرجل لغيره ديناً وقضاه ، وأدعى الضامن على المضمون
منه أنه ضمن باذنه وقضى باذنه فليرجع عليه ، وأنكر المضمون عنه الإذن . فان
أقام الضامن بيئته حكم له بالرجوع على المضمون عنه ، وان لم يقم بيئته فالقول
قول المضمون عنه مع يمينه لأن الاصل عدم الإذن

(فرع) فان قال تكفلت لك بيدن فلان مؤجلاً ، وقال المكفول له تكفلت
به مؤجلاً . وأقام كل واحد منهما شاهداً واحداً بما قال . ففيه قولان حكاهما

الصيدلاني (أحدهما) لا يلزمه إلا مؤجلاً لأنه لم يقر بغيره (والثاني) يحلف كل واحد منهما مع شاهده ويتعارضان ويسقطان ويبقى الضمان مؤجلاً
 (فرع) إذا ادعى الكفيل أن المكفول به بريء من الحق، وأن الكفالة قد سقطت، وأنكر ذلك المكفول له ولم تكن بينة، فالقول قول المكفول له مع يمينه لأن الأصل بقاء الحق، لأنه لا يبرأ بيمين غيره. وإن قال الكفيل تكفلت به ولا حق لك عليه فالقول قول المكفول له لأن الظاهر صحة الكفالة. وهل يحلف؟ قال أبو العباس فيه وجهان (أحدهما) لا يحلف، لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله.

(والثاني) يحلف لأن ما يدعيه الكفيل ممكن، فإن حلف فلا كلام، وإن نكل رد اليمين على الكفيل لأنه لا يجوز أن يعلم أنه لا حق للمكفول له بإقراره، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الشركة

يصح عقد الشركة على التجارة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما، ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف في المال، لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح إلا من جائز التصرف في المال.
 (فصل) ويكره أن يشارك المسلم الكافر، لما روى أبو هريرة عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً، قلت: لم؟ قال لأنهم يربون، والربا لا يحل.

(الشرح) حديث أبي هريرة رضي الله عنه رفته. رواه أبو داود والحاكم وصححه، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حبان. وقد ذكره ابن حبان في التتعات، وأعله أيضاً ابن القطان بالإرسال، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال:

إنه الصواب ، ولم يسنده غير أبي همام محمد بن الزبرقان ، وسكت أبو داود
والمنذرى عن هذا الحديث . وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهاني في الترغيب
والترهيب عن حكيم بن حزام

أما لغات الفصل وغريب الحديث ، فالشركة بكسر الشين وسكون الراء ،
وحكى ابن باطيش فتح الشين وكسر الراء . وذكر صاحب الفتح فيها أربع لغات
فتح الشين وكسر الراء ، وكسر الشين وسكون الراء ، وقد تحذف الهاء مع كسر
أوله ، وقد تحذف مع فتح أوله .

قوله : أنا ثالث الشريكين ، المراد أن الله جل جلاله يضع البركة للشريكين في
مالهما مع عدم الخيانة ويمدهما بالرعاية والمعونة ويتولى الحفظ لهما .

قوله : خرجت من بينهما ، أى نزعت البركة من المال ، زاد رزين ، وجاء
الشیطان ، ورواية الدارقطنى : فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما ، يعنى البركة
والشركة ثبوت الحق لإثنين فأكثر على جهة الشروع . وعن السائب بن
أبي السائب المخزومى أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم الفتح : كنت شريكى
ونعم الشريك ، كنت لا تدارينى ولا تمارينى ، رواه أبو داود وابن ماجه بالفظ
كنت شريكى ونعم الشريك ، لا تدارى ولا تمارى ،

وفى لفظ أن السائب المخزومى كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة
لجاء يوم الفتح فقال : مرحبا بأخى وشريكى ، لا تدارى ولا تمارى . وفى لفظ
أن السائب قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فجعلوا يشنون علىء ويذكروننى ،
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أعلمكم به ، فقالت : صدقت بأبى أنت
وأخى ، كنت شريكى فنعم الشريك لا تدارى ولا تمارى ،

وقوله : لا تدارى ، أى لا تخالف ولا تنازع من قوله تعالى : فاذا رأتهم

فيها ، يعنى اختلفتم وتنازعتهم

أما الأحكام فإن الأصل فى جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع ، أما
الكتاب فقوله تعالى : واعلموا أن ما غنمتم من شئ فإن لله خمسة وللرسول ، الآية
لجمل الخلس مشتركاً بين الغانمين

وقوله تعالى : يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ،

لجعل الميراث مشتركاً بين الأولاد ، وقوله تعالى : إنما الصدقات للفقراء
والمساكين ، الآية . فجعل الصدقة مشتركة بين أهل الأصناف . وقوله تعالى
: وإن كثيراً من الخطأ ليعفى بعضهم على بعض ، والخطأ هم الشركاء .
وأما السنة فقد مضى بعضها ، ونضيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من
كان له شريك في ربيع أو حائط فلا يبيعه حتى يؤذن شريكه ، وقد سبق تخريجه
وطرقه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما

وأما أثر أبي حمزة عن ابن عباس : لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا
مجوسياً ، قلت لم ؟ قال لأنهم يربون . وأبو حمزة هو نصر بن حمران الضعبي
صاحب ابن عباس ، والأثر رواه الأثرم . وقد روى الخلال بإسناده عن عطاء
قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني ، إلا
أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ،

وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في جوازها . إذا ثبت هذا فإن
الشركة تنقسم على ستة أقسام : شركة في الأعيان والمنافع ، وشركة في الأعيان
دون المنافع ، وشركة في المنافع دون الأعيان ، وشركة في المنافع المباحة ، وشركة
في حق الأبدان ، وشركة في حقوق الأموال .

فأما شركة المنافع والأعيان فهو أن يكون بين الرجاءين أو بين الجماعة أرض
أو بهائم ملكوها بالإرث أو بالبيع أو الهبة مشاعاً
وأما شركة الأعيان دون المنافع فنقل أن يوصى رجل لرجل بمنفعة أرضه أو
داره فيموت ويخلف جماعة ورثة ، فإن رقبة الأرض والدار تكون مورثة
لورثة دون المنفعة .

وأما الشركة في المنافع دون الأعيان فنقل أن يوصى بمنفعة عربته لجماعه أو
بستان لجماعته عربية .

وأما الوقف على جماعة -- فإن قلنا إن ملك الرقبة إلى الله كانت الشركة بينهم
في المنافع دون الأعيان ، وإن قلنا ينقل الملك إليهم كانت الشركة بينهم في المنافع
والأعيان ، وأما الشركة في المنافع المباحة فنقل أن يموت رجل وله ورثة جماعة
ويخلف كلب صيد أو كلب ماشية أو زرع ، فإن المنفعة مشتركة بينهم

وأما الشركة في حقوق الأبدان فهو أن يرث جماعة قصاصا أو حد قذف ،
وأما الشركة في حقوق الأموال فهو أن يرث جماعة الشفعة أو الرد بالميب وخيار
الشرط وحقوق الرهن ومرافق الطرق

(مسألة) وتجوز الشركة في التجارة لما روى أن البراء بن عازب وزيد بن
أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئة فردوه ؛ ويكره
للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما ؛ وقال
الحسن رضي الله عنه ، إن كان المسلم هو المتصرف لم يكره ، وإن كان الكافر هو
المتصرف أو هما كره

دلينا ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ، أكره أن يشارك
المسلم اليهودي والنصراني ، ولا مخالف له ، ولأنهم لا يمتنعون من الربا ومن
بيع الخمر ، ولا يؤمن أن يكون ماله الذي عقد عليه الشركة من ذلك فكره ؛
فإن عقد الشركة معه صح ، لأن الظاهر مما في أيديهم أنه ملكهم ، وقد افترض
النبي صلى الله عليه وسلم من يهودي شعيرا ورهنه درعه ، وقال أحمد يشارك
اليهودي والنصراني ولكن لا يخلوان به ، ويخلو به المسلم ، وحديث الأثرم فيه
إرسال ، وخبر ابن عباس موقوف عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ، لأنهما أصل لكل ما يباع
ويبتاع ، وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح . فأما ما سواهما
من العروض فضربان ، ضرب لا مثل له ، وضرب له مثل . فأما ما لا مثل له
كالحيوان والشياب فلا يجوز عقد الشركة عليها لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون
الأخر ، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته للمالك أو دنا أحدهما بالربح والشركة معقودة
على الاشتراك في الربح ، وإن جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزيد قيمة ماله ربح
مال الآخر ، وهذا لا يجوز
وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز عقد

الشركة عليه ، وعليه نص في البويطى لأنه من غير الأثمان فلم يجوز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان (والثانى) يجوز ، وهو قول أبي إسحاق لأنه من ذوات الامثال فأشبهه الأثمان ، وإن لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بمرض عرضه ببعض عرض الآخر ، فبصير الجميع مشتركا بينهما ، ويشتركان في ربحه .

(الشرح) الأحكام . قال المزني : والذي يشبهه قول الشافعى رحمه الله أنه لا تجوز الشركة في العروض ولا فيما يرجع في حال المفاضلة الى القيم والغير الأثمان . وجملة ذلك أن عقد الشركة يصح على الدراهم والدنانير لأنهم أقيم المتلفات ومعايير الأثمان ، وبها تعرف قيم الاموال وما يزيد فيها من الارباح ، ومن منع الشركة بالعروض أصحاب أحمد كما نصر عليه هو في رواية أبي طالب وحرب ، وحكاها عنه ابن المنذر . وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها . فأما أعيانها فإنه لا يجوز أن تقع عليها لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع اليه ، وقد تزيد قيمته جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى الى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذى ليس بربح وأما قيمتها فإنها غير متحققه القدر فيفضى الى التنازع ، وقد بقه الشوم بأكثر من قيمته ، ولأن قيمته قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له .

وأما الأثمان فإنها معدومه حال العقد ولا يملكها ، ولأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع . وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان ، ولا يجوز ذلك . وقد فرق أصحابنا بين ما له مثل وبين ما لا مثل له ، فأما ما لا مثل له كالثياب والحيوان وما أشبههما فلا يصح عقد الشركة عليهما ، وبه قال من مضى ذكرهم ، وقال مالك يصح عقد الشركة عليهما ويكون رأس المال قيمتها

دليلنا : أن موضع الشركة على أن لا يتفرد أحد الشريكين ببيع مال أحدهما وهذه الشركة تفضى إلى ذلك ، لأنه قد يزيد قيمة عرض أحدهما ، ولا يزيد قيمة عرض الآخر ، فيشاركه من لم يزد قيمة عرضه عند المفاصلة ، وهذا لا سبيل إليه فان كان لكل واحد منهما عربة تساوى مائة وأراد الشركة ، باع أحدهما نصف عربته بنصف عربة صاحبه ثم يتقايضان وبأذن كل واحد منهما لصاحبه في النهرف وان كانت قيمة أحدهما مائتين وقيمة الأخرى مائة باع من قيمة عربته مائتان ثلث عربته بثلاثي عربة الآخر ؛ وان شاء باع كل واحد منهما من صاحبه بمض عرضه بثمان في ذمته ثم تقاسا ، وان شاء اشترى عرضاً من رجلين بثمان في ذمتها ثم دفعا عرضهما عما في ذمتها .

وأما ماله مثل كالحبوب والأدهان ، فهل يصح عقد الشركة فيها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر ما نقله المزني ، لأنه قال : ولا فيما يرجع حال المفاصلة إلى القيم ، وماله مثل لا يرجع إلى قيمته ولانها مالان اذا خلط لم يتميز أحدهما عن الآخر ، فصح عقد الشركة عليهما كالدرهم والدنانير .

(والثاني) لا يجوز ، لان الشافعي رضى الله عنه قال في البويطى ولا تجوز الشركة في العروض ، وماله مثل من العروض ، ولانها شركة على عروض فلم يصح كالنبات والحيوان .

قال أبو اسحاق المروزي في الشرح : فإذا قلنا : تصح الشركة فيها - فان كانت قيمتهما سواء - أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاصلة واقتسما ما بقى من الربح ، وان كانت قيمتهما مختلفه مثل أن كانت حنطة أحدهما جيدة وحنطة الآخر مسوسة - كان لكل واحد منهما قيمة حنطته يوم الشركة واقتسما ما بقى من الربح

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يصح من الشرك الا شركة العنان ، ولا يصح ذلك الا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو مال أحدهما صحاحا والآخر قراضه أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة ، لانهما مالان لا يختلطان فلم تصح

الشركة عليهما كالعروض ، فان كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم ، وابتاعا بها شيئا وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين ، فان كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر ، فان استوت قيمتاها استويا في الربح ، وان اختلفت قيمتاها تفاضلا في الربح على قدر مالهما .

(فصل) ولا تصح حتى يختلط المالان ، لانه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال ، ولا تا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط وقلنا : ان من ربح شيئا من ماله انفرد بالربح أفردنا أحدهما بالربح ، وذلك لا يجوز ، وان قلنا : يشاركه الآخر أخذ أحدهما ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز ؛ وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا تصح ، وهو قول أبي القاسم الانماطى لان الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح ، فكذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح واذا اختلف مالهما في القدر فقد تساويا في العمل وتفاضلا في الربح ، فوجب أن لا يجوز .

(والثاني) تصح ؛ وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح ، لان المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما ، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما ، وما قاله الانماطى من قياس العمل على المال لا يصح ، لان الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل ، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح ، فلم يجوز أن يستويا في المال ويختلفا في الربح ، وليس كذلك العمل ، فانه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح ، فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح .

(الشرح) قوله : شركة العنان وهو أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ، كأنه عنهما شيء فاشترياه مشتركين فيه ، وقيل : مأخوذة من عنان فرسى الرهان ، لان الفارسين اذا تسابقا تساوى عنانا فرسيهما ، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان .

والشركة أربع : شركة العنان ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه ، ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان .
قال في البيان واختلاف الناس لم سميت شركة العنان فقبل سميت شركة العنان لظهورها وهما ما ظاهر اباخراج المالمين ، ويقال عن الشيء إذا ظهر ومنه قول امرئ القيس
فمن لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملاء مذبل

(وقيل) سميت عنانا من الممانته وهى المعارضه ، وكل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله ، إلى أن قال . وقال أبو بكر الرازى سميت بذلك مأخوذا من العنان ، لأن الإنسان يأخذ عنان الدابة بإحدى يديه ، ويحبسه عليها ، ويده الأخرى مرسله يتصرف بها كيف شاء ، كذلك هذه الشركة كل واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيه من جهة الشركة ؛ وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء . اهـ

وقد اعتبر أصحاب أحد الشركة خمسا حيث زادوا شركة المضاربه ، وقد أجازوا بعض ما هو ممنوع عندنا على تفصيل سيأتى ان شاء الله تعالى .
وجامع القول فى شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلط المالمين ، ولا خلاف فى صحة هذه الشركة لسلامتها من سائر أنواع الفرر ، ويشترط فيها لفظ صريح من كل الآخر يدل على الإذن للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما ، أو كتابه تشعير بذلك وكاللفظ الكتابية وإشارة الأخرس المفهمه فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون فى الكل والأذن فى نصيبه خاعه ، فإن شرط عدم تصرفه فى نصيبه لم تصح .

(فرع) الشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد من الشريكين دنانير مثل دنانير صاحبه ويخلطها فيكونا شريكين ، وجملة ذلك أن من شرط صحة شركة العنان أن يكون مالهما المشترك بينهما من جنس واحد وسكة واحدة ، فإن كان مال أحدهما عملة محلية والآخر عملة أجنبية واختلفا قيمته لم تصح الشركة لاختلاف جهة الإصدار وعدم اتحاد القيمة واحتمال دخول عنصر الفرر أو الربا فى الاستبدال والصرف فلم تصح كما لو كانت نقود أحدهما مكسرة والآخر صحيحه ، أو كانت

لأحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو كانت لأحدهما طبرية والآخر عبديّة ، وقال أبو حنيفة : يصح ،

دليلنا أنه مالان مختلفان ، فوجب أن لا يتعقد عليهما عقد الشركة ، كما لو كان مال أحدهما حنطة ومال الآخر شعيراً ، فإن خالفاً وأخرج أحدهما عشرة دنانير والآخر عشرة دراهم وخلطاً ذلك وابتاعاً فإن ذلك يكون ملكاً لهما على قدر مالهما فإن كان نقد البلد دنانير قومت الدراهم ، فإن كانت قيمتها خمسة دنانير كان لصاحب الدنانير ثلثا المتاع ولصاحب الدراهم ثلثه ، وكذلك يقسم الربح والخسران بينهما . وإن كان نقد البلد من غير جنس ما أخرجه قوم ما أخرج كل واحد منهما بنقد البلد ، فإن تساويًا كان ذلك بينهما نصفين ، وإن تفاضلا كان الحكم في ملك المتاع لهما كذلك .

ولا تصح الشركة حتى يختلط المالان ثم يقولوا : تشاركنا أو اشتركتنا ، فإن عقدا الشركة قبل خلط المالين لم يصح

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تصح الشركة وإن لم يختلط المالين ، بل مال كل واحد منهما بيده يتصرف فيه كيف شاء ويشتركان في الربح وقال مالك رحمه الله تعالى : من شرط عقد الشركة أن تكون أيديهما على المالين ، أو يد وكيلهما . وإن لم يكونا مخلوطين

دليلنا أنهما مالان يتميز أحدهما عن الآخر فلم تصح الشركة عليهما كما لو كانا حنطة وشعيراً ، أو كما لو لم تكن يدهما على المالين ، ولأننا لو صحنا عقد الشركة قبل الخلط لآدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر ، لأنه قد ربح بمال أحدهما دون الآخر

وهل من شرط صحة هذه الشركة أن يتساويا في قدر ماليهما ؟ فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر خمسة لم تصح ، لأن الشافعي شرط أن يخرج أحدهما مثل ما يخرج الآخر ، ولأنهما إذا تفاضلا في المال فلا بد أن يتفاضلا في الربح . لأن الربح على قدر المالين ، فلم يجوز أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في العمل ، كما لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح قال أبو القاسم الأنماطي : لا تصح الشركة . وقال طائفة أصحابنا تصح الشركة

وإذ كانا متفاضلين في المآلين ، لأن المقصود في الشركة أن يشتركا في ربح مالبيهما وذلك يمكن مع تفاضل المآلين ، كما يمكن مع تساويهما . وما قال الشافعي فأراد به المثل من جهة الجنس والسكة ، لا من جهة المقدار . وأما اعتبار الربح بالعمل فغير صحيح ، لأن عمل الشريكين في مال الشركة لا تأثير له ، لأنه تابع ، وقد يعمل أحدهما في مال الشركة أكثر من عمل الآخر مع استوائهما في المآل . وقد يعمل أحدهما في مال الشركة وحده من غير شرط في العقد ؛ ويصح ذلك كله ولا يؤثر في الربح .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرفا ، وإن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميع ، ولا يتصرف الآخر إلا في نصيبه ، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر في نصيب شريكه إلا في الصنف الذي يأذن فيه الشريك ، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له شريكه ، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نفسه ، فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل .

(الشرح) الأحكام : إذا عقدا الشركة على مال لهما نصفين ، فإن كل واحد منهما يملك التصرف في نصف المال مشاها من غير إذن شريكه لأنه ملكه ؛ وهل له أن يتصرف في النصف الآخر من غير إذن شريكه؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي أحدهما يملك ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأن هذا مقتضى عقد الشركة ، فلم يحتاج إلى إذن الآخر ، كما لو عقد القراض على مال له

والثاني : وهو طريقة البغداديين من أصحابنا أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه ، لأن المقصود بالشركة هو أن يشتركا في ربح مالبيهما . وذلك لا يقتضي التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه .

لذا ثبت هذا فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف بنصيبه تصرف

كل واحد منهما بجميع مال الشركه ، وان أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر صح تصرف المأذون له في جميع المال ، ولا يتصرف من لم يؤذن له الا في نصفه مشاعا ، ولا يتجر المأذون له في نصيب شريكه إلا في النوع المأذون له فيه من الامتعة ، سواء كان يعم وجوده أو لا يعم وجوده ، ولأن ذلك توكيل ، وللإنسان أن يوكل غيره يشتري له نوعا من الامتعة ، وإن لم يكن عام الوجود بخلاف القراض فإن المقصود منه الربح ، وذلك لا يحصل إلا في الإذن بالتجارة فيما يعم وجوده . قال ابن الصباغ : وإن أذن له أن يتجر في جميع التجارات جاز ذلك أيضا . ولا يبيع المأذون له نصيب شريكه إلا بنقد البلد حالا بثمن المثل كما نقول في الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى .

{ فصل } ويقسم الربح والخسران على قدر المالين ، لأن الربح تمام مالهما والخسران نقصان مالهما ، فكأننا على قدر المالين ، فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوى المالين ، أو التساوى في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد ، لأنه شرط يناهق مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما ، فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف ، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين ، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه ، لأنه إنما عمل ليهما له ما شرط ، وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله .

(الشرح) الاحكام : إذا اشترك رجلان وتصرفا — فإن ربحا — قسم الربح بينهما والخسران على قدر المالين . سواء شرط ذلك في العقد أو أطلقا ، لأن هذا مقتضى الشركة ، وان شرطا التفاضل في الربح أو الخسران مع تساوى المالين أو شرطا التساوى في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح هذا الشرط . وقال أبو حنيفة : يصح ،

دليلنا أنه شرط يناهق مقتضى الشركة فلم يصح ؛ كما لو شرط الربح لأحدهما فإن تصرفا مع هذا الشرط صح تصرفهما ، لأن الشرط يسقط الإذن ، فإن ربحا

أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر مالهما . لأنه مستفاد بالهما . ولأنه ثمرة المال فكان على قدرهما ، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت . ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة عمله في ماله . لأنه إنما عمل بشرط ولم يسلم له الشرط .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وأما شركة الأبدان ، وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانها وهي باطلة ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى . فوجب أن يكون باطلا ، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلا يحز أن يشاركه الآخر في بدله ، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله . لانتها بدل عمله فاخص بها .

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها رواه الشيخان ، قال النووي : صنف فيه ابن خزيمة وابن جرير تصنيفين كبيرين أكثرا فيهما من استنباط الفوائد . أما الأحكام : فإذا كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وعقدا الشركة على أن يكون الربح بينهما نصفين ، فإن شرط صاحب الألفين على نفسه شيئا من العمل كانت الشركة فاسدة . فإذا عملا قسم الربح والخسران بينهما على قدر مالهما ، ويرجع كل منهما على صاحبه بأجرة عمله في ماله .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : الشركة فاسدة ولا يرجع أحدهما على الآخر بأجرة عمله في ماله .

دلينا أنه عقد قصدا به الربح في كل حال ، فإذا كان فاسدا استحق أجرة عمله فيه كالفراض ، فإن عمل صاحب الألف على مال الشركة عملا أجرته ثلاثمائة ، وعمل صاحب الألفين على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون ، فإن صاحب الألف يستحق على صاحب الألفين مائتين ويستحق عليه صاحب الألفين خمسين فيقاصه بها ، وتبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين مائة وخمسون . وإن عمل كل واحد منهما على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون فإن صاحب

الالف يستحق على صاحب الالفين مائة ، ويستحق صاحب الالفين عليه خمسين فيقاصه بها ، ويبقى لصاحب الالف على صاحب الالفين خمسون وإن شرط صاحب الالفين جميع العمل على صاحب الالف وشرط نصف الربح ، فإن هذه الشركة صحيحة وقراض صحيح ، لأن صاحب الالف يستحق ثلث الربح بالشركة ، لأن له ثلث المال ولصاحب الالفين ثلثا الربح ، فلذا شرط جميع العمل على صاحب الالف وشرط له نصف الربح فقد شرط لعمله سدس الربح بخلاف ، كما لو قارضه على سدس الربح فإن قيل كيف صح عقد القراض على مال مشاع ؟ قلنا إنما صح لأن الإشاعة مع العامل فلا يتعذر تصرفه ، وإنما لا تصح إذا كانت الإشاعة في رأس المال مع غيره ؛ لأنه لا يتمكن من التصرف

(فرع) قال صاحب البيان : وإن كان بين رجاين ألفا درهم لكل واحد منهما ألف فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمل في ذلك ويكون الربح بينهما نصفين . فإن هذا ليس بشركة ولا قراض ، لأن مقتضى الشركة أن يشركا في العمل والربح . ومقتضى القراض أن للعامل نصيبا من الربح . ولم يشترط له ههنا شيئا . انتهى .

إذا ثبت هذا فعمل وربح كان الربح بينهما نصفين لأنه تمام مالهما . قال ابن الصباغ : ولا يستحق العامل لعمله في مال شريكه أجره لأنه لم يشترط لنفسه عوضا . فكان عمله تبرعا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأما شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بفرض أو بيع أو ضمان فهي شركة باطلة ، لحديث عائشة رضي الله عنها . ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يضمن بسببه فلم تصح ، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث والهبة . ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بهدوانه فلم تصح . كما لو عقدا الشركة

على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجنابة ، فإن عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله ، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بنفسه وبيعه وضمناه ، لأن الشرط قد سقط . وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط . ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه ، لأنه عمل في ماله ليس له ما شرط له ، ولم يسلم فوجب أجره عمله .

(الشرح) الأحكام : إن شركة المفاوضة باطلة عندنا ، وهي أن يشترط أن يكون ما يملك من المال بينهما ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بنصب أو بيع أو ضمان .

قال الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العراقيين : لا أعلم في الدنيا شيئا باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القهار إلا هذا وأقل منه .

وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي رضي الله عنهم : شركة المفاوضة صحيحة إلا أن أبا حنيفة يقول : من شرط صحتها أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة ، حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهما لم تصح الشركة ، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه . ويكونان حرين بالغين مسلمين . ولا تصح بين مسلم وذمي ، ولا بين ذميين ، ولا بين حر وعبد ، فإذا وجدت هذه الشركة تضمنت الوكالة والكفالة .

فأما الوكالة فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في الكسب وفيما يوجب له ، وفي الكسب الذي يجده وفي جميع ما يكسبه إلا الاضطراب والاحتشاش فانهما ينفردان . وأما الميراث فإنهما لا يشتركان فيه ، فإذا ورث أحدهما نظر فيه ، فإن كان عرضا لم يضمن الشركة ، وإن كان ذهبا أو فضة فما لم يقبضه فالشركة بحالها وإن قبضه بطلت الشركة ، لأنه قد صار ماله أكثر من مال الآخر .

وأما الكفالة فإن كل ما يلزم أحدهما باقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة فإن صاحبه يشاركه فيه إلا أورش الجنابة .

دلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وهذا غرر ، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة كالشركة

في العروض وعكسه شركة العنان ، ولائهما عقدا الشركة على ما يمكن بالإرث أو بقول شركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم يصح كالأقوال عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على كل واحد منهما كالجناية . إذا ثبت هذا فإن كسبا اختص كل واحد منهما بمالك ما كسبه ووجب عليه ضمان ما أتلفه وغصبه ، لأن وجود هذا العقد بمنزلة عدمه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأما شركة الوجوه ، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربيع ما يشتريه بوجهه ، فهي شركة باطلة ، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له يتفرد به ، فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه ، وإن وكل كل واحد منهما صاحبه في شراء شيء بينهما ، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه . ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه فإذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما

(الشرح) هذه أيضا إحدى الصور من الشركات التي لا تصح عندنا وتسمى شركة الوجوه . وهو أن يتفقا على أن يشتري كل واحد منهما بوجهه ، ويكون ذلك شركه بينهما وإن لم يذكر شريكه وقال أبو حنيفة : تصح ،

دلينا أن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ، فلا يشارك غيره فيه ، فإن أذن أحدهما لصاحبه أن يشتري له عينا معينة أو موصوفة وبين له الثمن فاشترى له ونواه عند الشراء كان ذلك الآخر .

(فرع) حكى الصيمري أن الشافعي رحمه الله قال : شركة الأزواد في السفر منه ، فعلة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم ، وليس من باب الربا سبيل ، فيخلط هذا طعام غيره جنسا وجنسين وأقل وأكثر ، ويأكلان ولا يبا في ذلك ، ونحو هذا إشتراك الجنس في الطعام بدار الحرب . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخذ رجل من رجل جملاً ، ومن آخر راوية ، على أن يستقى الماء ويكون الكسب بينهم ، فقد قل في موضع : يجوز . وقال في موضع لا يجوز ، فن أصحابنا من قال : إن كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له ، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية ، لأنه استوفى منفعتيهما بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل وإن كان الماء مباحاً فالكسب بينهم أثلاثاً لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كل لو وكلاهما في شراء ثوب بينهم فاشتراه ، على أن يكون بينهم ، وحل القولين على هذين الحالين ؛ ومنهم من قال : إن كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له ؛ ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه ، وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان .

(أحدهما) أنه بينهم أثلاثاً لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم .

(والثاني) أن الكسب للسقاء ، لأنه مباح اختصاصه بجماعته فاختص بملكه كالغنمية ، ويرجعان عليه بأجرة المثل لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ، ليس لهما الكسب ولم يسلم ، فنبت لهما أجرة المثل .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رحمه الله تعالى في البويطى : إذا اشترك أربعة أنفس في الزراعة فأخرج أحدهما البذر ومن الثاني الأرض ومن الثالث الفدان يعنى البقر التي يعمل عليها ، والرابع يعمل على أن يكون الزرع بينهم فإن هذا عقد فاسد ، لأنه ليس شركة ولا قراضاً ولا إيجارة لأن الشركة لا تصح حتى يخطئ الشركاء . أموالمهم . وهما من أموالمهم متميزة ، وفي القراض يرجع رب المال إلى رأس ماله عند المفاصلة ، وهما لا يمكن ، والاجارة تنقل إلى أجرة معلومة وعمل معلوم ، فإذا ثبت هذا كانت الغلة كلها لمالك البذر لأنها عين ماله زادت ، وعليه لصاحب الأرض وأصاحب الفدان أجرة مثل مالهم . وللعامل أجرة مثل عمله عليه . لأن كل واحد منهم دخل في المقدار ليكون له شيء من الغلة . ولم يسلم لهم ذلك . وقد تلفت منافعتهم فكان لهم بداهة .

(فرع) قال في البويطي : فان اشترك أربعة فأخرج أحدهم بغلا والآخر حجر الرحي ، ومن الآخر البيت ، ومن الرابع العمل على أن يكون ما حصل من الأجرة بينهم على ما شرطوه ، فان هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لما بيناه في الفصل قبله .

قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : فاذا أصابوا شيئا جعل لكل واحد منهم أجرة مثله ، وجعل كرأس ماله ، وقسم ما حصل بينهم على قدره . قال أبو العباس ابن سريج : في هذا مسألتان .

(إحداهما) إذا جاء رجل فاستأجر من كل واحد ماله ليطحنوا له طعاما معلوما بأجرة معلومة بينهم ، بأن يقول لصاحب البيت : استأجرت منك هذا البيت ومن هذا الحجر ، ومن هذا البغل ؛ ومن هذا نفسه ليطحنوا لي كذا وكذا من الخنطة بكذا وكذا درهم : فقالوا : قبلنا الإجارة ، فهل يصح هذا العقد ؟ فيه قولان كالقولين في أربعة أنفس لهم أربع دواب باعواها بثمن واحد ، وكالقولين فيمن تزوج أربع نسوة بمهر واحد ؛ أو خالعهن بعوض واحد ، فاذا قلنا لا يصح استحق كل واحد منهم أجرة مثل ماله على صاحب الطعام . وإن قلنا يصح نظر ، كم أجرة مثل كل واحد منهم . وقسم المسمى بينهم على قدر أجور مثلم ، ولو استأجر من كل واحد ماله بأجرة معلومة على عمل معلوم أو مدة معلومة بعقد مفرد صح ذلك قولا واحداً واستحق كل واحد منهما ما يسمى له .

(المسألة الثانية) إذا استأجرهم في الذمة مثل أن يقول : استأجرتكم لتحصلوا لي طحن هذا الطعام بمائة صحت الإجارة قولا واحدا . ووجب على كل واحد منهم ربع العمل واستحق ربع المسمى من غير تقسيط فاذا طحنوا استحقوا المسمى ارباعا ، وكان لكل واحد منهم أن يرجع على شركائه بثلاثة أرباع عمله . فيرجع صاحب البغل على شركائه بثلاثة أرباع أجرة بغله . وكذلك صاحب البيت والرحى والعامل ، لأن كل واحد منهم يستحق عليه ربع العمل . وقد عمل الجميع فسقط الربع لاجل ما استحق عليه ، ورجع على شركائه بما لم يستحق عليه . وان قال : استأجرتكم لطحنوا لي هذا الطعام بمائة فقالوا قبلنا . فذكر الشيخ

أبو حامد الإسفراييني في التعليق أسما على قولين كالمسألة الأولى . وذكر المحاملي في البحر وابن الصباغ : أنها لا تصح قولاً واحداً كالمسألة الثانية .

فإن قال لرجل منهم : استأجرتك لتحصل لي طحن هذا الطعام بمائة فقال : قبلت الاجارة لي ، لاصحابي ، أو نوى ذلك وكانوا قد أذنوا له في ذلك فالاجارة صحيحة . والمسمى بينهم أرباعاً ، فإذا طحنوا رجع كل واحد منهم بثلاثة أرباع أجره ماله على شركائه . وإن لم ينو أن يقبل له ولاصحابه لزمه العمل بنفسه ، فإذا طحن الطعام بالآلة التي بينه وبين شركائه استحق المسمى وكان عليه أجره مثل آلاتهم

(فرع) قال في البويطي : فإن اشترك ثلاثة من أحدهم البغل ، ومن الآخر الراوية . ومن الآخر العمل على أن يستقى الماء ويكون ما رزق الله بينهم ، فإن هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة لما بيناه ، فإذا استقى الماء وباعه . وحصل منه ثمن فقد قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : يكون ثمن الماء كله للعامل ، وعليه أجره مثل البغل والراوية .

وقال في موضع : يكون ثمن الماء كله للسقاء ؛ وعليه أجره البغل والراوية إذا كان الماء ملكاً له مثل أن يأخذ الماء من بركة له أو مما ينبع في ملكه لأن الماء ملكه ، وكان ثمنه ملكاً له . وعليه أجره البغل والراوية لأنه استوفى منفعهما على عوض . ولم يسلم لهما الغرض .

والموضع الذي قال : يكون ثمن الماء بينهم ، إذا كان الماء مباحاً ، لأن الثمن حصل بالعمل والبغل والراوية . ومنهم من قال : إن كان الماء ملكاً للسقاء فالثمن كله له . وعليه أجره البغل والراوية لما ذكرناه . وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان

(أحدهما) أن الثمن كله للسقاء لأن الماء يملك بالحيازة ولم توجد الحيازة إلا منه ، وعليه أجره مثل البغل والراوية ، لأنهم دخلوا على أن يكون لهم قسط من ثمن الماء ، فإذا لم يحصل ذلك لهم استحقوا أجره المثل .

(والقول الثاني) أن ثمن الماء بينهم لأنه لم يتناول الماء لنفسه . وإنما تناوله ليكون بينهم فكان بينهم . فصار كالوكيل لهم .

قال ابن الصباغ وهكذا أو اصطاد به وغيره فهل لغيره منه شيء ؟ فيه وجهان :

أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد في التعليل أنه يقسم بينهم بالتقسيم على قدر
أجور أمثالهم . وحكى أن الشافعي رحمه الله نص على ذلك .

والثاني : حكاة ابن الصباغ عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه يكون بينهم أثلاثا
ويرجع صاحب البغل بثلثي أجرته على صاحبه ويرجع صاحب الراوية بثلثي أجرته
على صاحبيه ، ويرجع السقا على صاحبيه بثلثي أجرته .

وأما صاحبنا المصنف فذكر أنه يكون بينهم أثلاثا وأطلق ، فإن استأجرم
غيرم ليستقر له ماء . قال أبو العباس : ففيه مسألان كما ذكر في الطعن إن
استأجرم إجارة معينة بأجرة واحدة ففيه قولان ، وإن استأجرم في ذمهم صح
قولا واحدا والله تعالى أعلم .

وباستخلاص مما مضى أنه يجوز عندنا على أحد الوجهين اشتراك مالين وبدن
صاحب أحدهما على سبيل الشركة والمضاربة معا بصورة يمنع فيها الغرر مثل
أن يشترك رجلان بينهما ثلاثة آلاف درهم لأحدهم ألف وللآخر ألفان فأذن
صاحب الألفين على أن يتصرف صاحب الألف على أن يكون الربح بينهما نصفين
ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب
الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربه ، وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه
سنة أسهم منها ثلاثة للعامل ، حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال
شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل وهو الربح .

وقال مالك : لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه
عقد إجارة . دليلنا : أنهما لم يجعل أحدهما العقدين شرطا للآخر ، فلم يمنع من
جمعهما كما لو كان المال متميزا .

(مسألة) إذا اشترى الشريكان عينا فوجداه عيبا ، فإن اتفقا على رده
وإمساكه فلا كلام ؛ وإن أراد أحدهم الرد والآخر الإمساك . فإن كانا قد عقدا
جميعا عقد البيع فلا أحدهما أن يرد نصيبه دون نصيب شريكه ، وقد مضى ذكرهما
في البيوع ؛ وإن تولى أحدهما عقد البيع له وشريكه فإن كان لم يذكر أنه يشترى
له وشريكه ثم قال بعد ذلك : كنت اشتريت لي وشريكتي لم يقبل قوله على البائع

لان الظاهر أنه اشترى لنفسه ، وإن كان قد ذكر في الشراء أنه لنفسه وكشريكه فهل له أن يرد حصته دون شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . أحدهما ذلك ، لأن البائع قد علم أن الصفقة لنفسين فصار كما لو اشترىا بأنفسهما . والثاني : ليس له الرد ، وإن ذكر أنه يشتري له وكشريكه ، لحكم العقد له ، ألا ترى أنه لو اشترى سيارة فقال : اشتريتها لخالد فقال خالد : ما أذنت له . كان الشراء لازما للمشتري .

فأما إذا باع لرجل سيارة ثم قال : كانت بيني وبين فلان ، فان باعها مطلقا ثم قال بعد ذلك : إنها بينه وبين غيره لم يقبل قوله على المشتري ، لأن الظاهر أنه باع ملكه . قال الشيخ أبو حامد فيحلف المشتري أنه لا يعلم ذلك ، فان أقام الشريك بينة أنها بينه وبينه وحكم له بذلك ، فان كان قد أذن له بالبيع صح ، وان لم يأذن له كان القول قوله أنه ما أذن له ، لان الاصل عدم الاذن ، فان ذكر البائع حين البيع أنها بينه وبين شريكه قبل قوله ، لانه مقرر على نفسه في ملكه . وان أقر الشريك أنه أذن له في البيع نفذ البيع ؛ وان لم يقر بالاذن ولا بينة عليه حلف أنه ما أذن له وبطل البيع ، لان الاصل عدم الاذن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه فان هلك المال في يده من غير تقريط لم يضمن ، لانه نأت عنه في الحفظ والتصرف ، فكان للهالك في يده كالهالك في يده ، فان ادعى الهلاك — فان كان بسبب ظاهر — لم يقبل حتى يقيم البينة عليه ، فاذا أقام البينة على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه ، وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة ، لانه يتعذر إقامة البينة على الهلاك ، فكان القول قوله مع يمينه . وان ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله لأن الاصل عدم الخيانة . وان كان في يده عتق وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة ، وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه ، لان الظاهر مما في يده أنه ملكه فان اشترى شيئا فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة ، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه أو اشترى شيئا فيه خسارة ، وادعى

الشريك أنه اشتراه لنفسه ، وادعى هو أنه اشتراه للشركة . فالقول قوله ، لأنه أعرف بعقده ونيته

(الشرح) الأحكام : الشريك أمين فيما في يده من مال الشركة . فإن تاف في يده شيء منه من غير تفريط لم يجب عليه ضمانه ، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ فكان المالك في يده كالمالك في يد المالك : وللأمانة أن تحفظ بدعامتين من الصدق والثقة ، فإن ادعى الهلاك بسبب ظاهر لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على السبب الظاهر ، لأنه يمكن إقامة البينة عليه ، فإن شهدت البينة بصدق قوله وترتب الهلاك على السبب الظاهر فلا كلام . وإن شهدت البينة بالسبب ولم تذكر هلاك المال فالقول قول الشريك مع يمينه أنه هلك بذلك . وإن ادعى الهلاك بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعذر عليه إقامة البينة مع الهلاك . وإن ادعى الشريك على شريكه جنائية لم تسمع دعواه حتى يبين قدر الجنائية فإذا بينها فأنكرها الآخر ، ولا بينة على المنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الجنائية .

وإن اشترى أحد الشريكين شيئاً فيه ربح ، فقال شريكه اشترته شركة بيننا وقال المشتري : بل اشترته لنفسى فالقول قول المشتري مع يمينه وإن اشترى شيئاً فيه خسارة ، فقال المشتري : اشترته شركة بيننا . وقال الآخر : بل اشترته لنفسك فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أعرف بعقده ولأن الأصل عدم الحيانة .

(فرع) إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بالنصرف ، فاشترى أحدهما شيئاً للشركة بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله ، فإن اشترى ذلك بشمن في ذمته لزم المشتري جميع ما اشتراه ، ولا يلزم شريكه ذلك ، لأن الإذن يقتضى الشراء بشمن المثل ، فإن دفع الثمن من مال الشركة ضمن نصيب شريكه بذلك لأنه تعدى بذلك . وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح الشراء في نصيب الشريك ، لأن العقد متعلق بعين المال . وهل يبطل في نصيب المشتري ؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة .

فإذا قلنا يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا يصح الشراء في نصيبه
انفسخت الشركة بينهما في قدر الثمن ، لأن حقه من الثمن قد صار للبائع ، فيكون
البائع شريك شريكه بقدر الثمن ، ويكون هو شريك البائع في المصلحة ، فإن باع
أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به ،
بطل البيع في نصيب شريكه لأن مطابق الإذن يقتضى البيع بثمن المثل

وهل يبطل البيع في نصيب البائع ؟ فيه قولان بناء على القولين ، إن قلنا
يبطل فهما على الشركة كما كانا ، وإن قلنا لا يبطل بطلت الشركة بينهما في المبيع ،
لأن حصته منها صارت للمشتري لا للبائع ، فيكون المشتري شريك شريكه .

قال أبو إسحاق : ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه ، لأن ذلك
موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه ، ولو أودع عند رجل عيناً فباعها المودع
فانه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم يسلم ، لأن المودع لا يجوز له البيع بالإجماع ؛
واستضعف الشيخ أبو حامد هذا وقال : هو متعد بالبيع ، فلا فرق بين أن يكون
مختلفاً فيه أو مجعاً عليه . ألا ترى أنه إذا ضمن وإن كان مختلفاً فيه .

(فرع) إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبي وأزال يد أحد الشريكين
من البهيمة صار غاصباً لخصته منها ؛ وإن كانت مشاعاً لأن الغصب أزال اليد ،
وذلك يوجد في المشاع كما يوجد في المقسوم . ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما
دار فجاء رجل وأخرج أحدهما من الدار وقعد فيه مكانه كان غاصباً لخصته من
الدار . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد

فإذا باع الغاصب والشريك الذي لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من
رجل ، فإن الشافعي رضي الله عنه قال : يصح البيع في نصيب المالك ، ويبطل
فيما باعه الغاصب .

قال العمراني : واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال هي على قولين بناء على
القولين في تفريق الصفقة . ومنهم من قال : يصح البيع في نصيب المالك قولاً
واحداً ، لأن عقد الواحد مع الإثنين بمنزلة العقد بين ، فلا يفسد أحدهما بفساد
الآخر . وإن وكل الشريك الذي لم يغصب منه الغاصب في بيع نصيبه فباع جميع

العين صفقة واحدة . فان باع وأطلق ولم يذكر الشريك الموكل لم يصح البيع في نصيب المخصوب منه .

وهل يصح البيع في نصيب الموكل ؟ فيه قولان . وان ذكر الغاصب في البيع أنه وكيل في بيع نصفه لم يصح بيع نصيب المخصوب منه . وهل يصح البيع في نصيب الموكل ؟ على الطريقتين في المسألة قبلها لأنه بمنزلة العقدين . وان غصب الشريك نصيب شريكه فباع العبد صفقة واحدة بطل البيع في نصيب المخصوب منه . وهل يبطل في نصيبه ؟ فيه قولان . واهه تعالى أ . لم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان بينهما عبد فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه بألف ثم أقر الشريك الذي لم يبيع أن البائع قبض الألف من المشتري وادعى المشتري ذلك وأنكر البائع . فان المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبيع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن الى شريكه باذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين

فان تحاكم البائع والمشتري . فان كان للمشتري بيته بتسليم الثمن قضى له وان لم يكن له من بيته غير الشريك الذي لم يبيع فان شهادته مردودة في قبض حصته — لأنه يجر بها الى نفسه نفعا — وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته .

وهل ترد في حصة البائع ؟ فيه قولان :

فان قلنا تقبل حلف معه المشتري ويبرأ . وان قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلا فالقول قول البائع مع يمينه إنه لم يقبض . فان حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذي لم يبيع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئا . لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة . وان ما أخذه الآن أخذه ظلما فلا يجوز أن يأخذ منه . وان نكل البائع حلف المشتري ويبرأ

وإن تحاكم الشريكان - فإن كان للذي لم يبيع بينة بأن البائع قبض الثمن -
 ورجع عليه بمحضته ، وإن لم تمكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض وبراء ، وإن
 نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبيع فيحلف ويأخذ منه - منه وإن ادعى
 البائع أن الذي لم يبيع قبض الآلاف من المشتري وادعاء المشتري وأنكر الذي لم
 يبيع نظرت ، فإن كان الذي لم يبيع ماذونا له في القبض برئت ذمة المشتري من
 نصيب البائع ؛ لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بأذنه . وتبقى الخصومة بين الذي لم
 يبيع وبين المشتري وبين الشريكين ، فيكون البائع ههنا كالذي لم يبيع ، والذي لم
 يبيع كالبايع في المسئلة قبلها ، وقد بيناه .

وإن لم يكن واحدا منهما ماذونا له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء
 من الثمن ، لأن الذي باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له ، والذي لم يبيع أنكر
 القبض ؛ فإن تحاكم البائع والمشتري أخذ البائع منه حقه من غير يمين ، لأنه سلمه
 إلى شريكه بغير إذنه .

وإن تحاكم المشتري والذي لم يبيع ، فإن كان للمشتري بينة براء من حقه ،
 وإن لم يكن له من يشهد غير البائع - فإن كان عدلا - قبلت شهادته لأنه
 لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فإذا شهد حلف منه
 المشتري وبريء ، وإن لم يكن عدلا فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه ، فإذا
 حلف أخذ منه حقه .

وإن كان البائع ماذونا له في القبض والذي لم يبيع غير ماذون له ، وتحاكم
 البائع والمشتري قبض منه حقه من غير يمين ، لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه
 وهل للشريك الذي لم يبيع مشاركته فيها أخذ . قال المزني : له مشاركته وهو
 بالخيار بين أن يأخذ من المشتري حسمائة ، وبين أن يأخذ من المشتري مائتين
 وخمسين ، ومن الشريك مائتين وخمسين .

وقال أبو العباس : لا يأخذ منه شيئا لأنه لما أقر أن الذي لم يبيع قبض جميع
 الثمن عزل نفسه من الوكالة في القبض ؛ لأنه لم يبق له ما يتوكل في قبضه ،
 فلا يأخذ بعد العزل إلا حق نفسه ، فلا يجوز للذي لم يبيع أن يشاركه فيه ، فإن

تحاكم المشتري والذي لم يبيع فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه أنه لم يقبض ، لان الاصل عدم القبض ، فان كان للمشتري بينة قضي له وبرى ، وان لم يكن له من يشهد الا البائع لم تقبل شهادته على قول المزني ، لانه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضررا وهو رجوع الشريك الذي لم يبيع عليه بنصف ما في يده ، وعلى قول أبي العباس تقبل شهادته قولا واحدا ، لانه لا يدفع بشهادته ضررا لانه لا رجوع له عليه .

(الشرح) الاحكام : اذا كانت الشركة بينهما مناصفة في شيء فاذن أحدها لصاحبه ببيع نصيبه منه وقبض ثمنه ، أو قلنا : انه يملك القبض بمقتضى الوكالة في البيع فباعت العين المشتركة من رجل بألف ، ثم أقر الشريك الذي لم يبيع أن البائع قبض الألف من المشتري ، وادعى ذلك المشتري وأنكر البائع فإن المشتري يبرأ من نصيب الشريك الذي لم يبيع ، لانه اعترف أنه سلم ما يستحقه عليه من الثمن إلى شريكه بإذنه ، ثم تبقى الخصومة بين الشريكين وبين البائع والمشتري ، فان تحاكم البائع والمشتري ، فان أقام المشتري بينة شاهدين أو شاهداً وإمرأتين بأنه قد سلم اليه الألف حكم على البائع أنه قد قبض الألف وبرى المشتري منها ولزم البائع بذلك تسليم خمسمائة إلى الذي لم يبيع ، وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له غير الشريك الذي لم يبيع فان شهادته في نصيبه لا تقبل على البائع .

وهل تقبل شهادته في نصيب البائع ؟ فيه قولان ، فان قلنا : انها تقبل حلف عنه المشتري وبرى من حصة البائع . وان قلنا : لا تقبل أو كان فاسقا فالقول قول البائع مع يمينه أنه ما قبض الألف ولا شيئاً منها ، لان الاصل عدم القبض فاذا حلف أخذ منه خمسمائة درهم ، ولا يشاركه الذي لم يبيع ، لانه لما أقر أن البائع قد قبض الألف اعترف براءة ذمة المشتري من الثمن ، وأنه يأخذه الآن ظلماً فلا يشاركه فيه .

وان نكل البائع عن اليمين حلف المشتري أنه قد سلم اليه الألف ، وبرى من الألف ، ولا يستحق الشريك الذي لم يبيع على البائع يمين المشتري شيئاً ،

سواء قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه بمنزلة الإقرار من المدعى عليه أو بمنزلة إقامة البيينة من المدعى ، لأننا إنما نجعل ذلك في حق المتحالفين في حق غيرهما .

وكذا لو أقام المشتري شاهداً واحداً وحلف معه فإنه يبرأ من الألف ، ولا يرجع الذي لم يبيع على البائع بشيء إلا إذا حلف مع الشاهد ، بخلاف ما لو أقام المشتري بيينة ، فإنه يحكم بها للمشتري وللذي لم يبيع .

• وإن بدأ الشريك كان فتحالفاً — فإن كان للشريك الذي لم يبيع بيينة أن البائع قبض الألف فأقامها — حكم بها على البائع للمشتري وللذي لم يبيع ، وإن لم يكن له بيينة غير المشتري لم تقبل شهادته للمشتري قولاً واحداً ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فيحلف البائع أنه لم يقبض الألف ولا شيئاً منها ويسقط حق الذي لم يبيع من كل جهة .

وإن نكل البائع عن اليمين فرد اليمين على الذي لم يبيع فحلف استحق الرجوع على البائع بخمسائه ، ولا يثبت حق المشتري على البائع ، سواء قلنا إن يمين الذي لم يبيع بمنزلة إقرار البائع أو بمنزلة قيام البيينة عليه ، لأن ذلك إنما يحكم به في حق المتحالفين لا في حق غيرهما . ولأن اليمين حجة في حق الحالف لا تدخلها النيابة فلم يثبت بيمينه حق غيره بخلاف البيينة . هكذا ذكر عامة أصحابنا . وذكر أبو علي الشيخي وجهاً لبعض أصحابنا أنه ثبت باليمين والنكول جميع الثمن على البائع في هذه وفي التي قبلها ، وهو إذا حلف المشتري مع نكول البائع كما قلنا في البيينة وليس بشيء .

وإن ادعى البائع أن الذي لم يبيع قبض الألف — من المشتري ، وادعى المشتري ذلك وأنكر الذي لم يبيع ، فلا يخلو من أربعة أقسام . إما أن يكون كل واحد منهما مأذوناً له في القبض ، أو كان الذي لم يبيع مأذوناً في القبض وحده أو كان كل واحد منهما غير مأذون له في القبض ؛ أو كان البائع مأذوناً له في القبض وحده .

فإن كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه بالقبض ، أو كان البائع قد أذن

للذى لم يبيع بقبض نصيبه وحده ، فان المشتري يبرأ من نصيب البائع من الثمن لانه أقر أنه دفع حقه إلى وكيله فيكون النظر إلى هذه المسألة كالنظر في التي قبلها إلا أن البائع همنا يكون كالذى لم يبيع هناك . والذى لم يبيع همنا كالبايع هناك على ما ذكرنا حرفاً بحرف .

قال العمراني : وإن كان كل واحد منها غير مأذون له في القبض فانه باقرار البائع أن الذى لم يبيع قبض الالف لا تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن : لأن البائع أقر بتسليم حصته من الالف إلى غير وكيله ، والذى لم يبيع ينسك القبض فيأخذ البائع حقه من الثمن من غير يمين ، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبيع وبين المشتري ، فان طالب الذى لم يبيع المشتري بحقه من الثمن ، فان كان مع المشتري بينة حكم له بها على الذى لم يبيع . وإن لم يكن له بينة غير البائع وهو عدل حاف معه وحكم ببرائة ذمة المشتري من نصيب الذى لم يبيع قولاً واحداً

والفرق بين هذه وبين المسائل المتقدمة أن هناك ردت شهادته في القبض للثمة ، وهما لم ترد شهادته في شيء أصلاً ، وإن لم يكن البائع عدلاً ، أو كان ممن لا تقبل شهادة المشتري بأن يكون والده أو ولده ، أو كان ممن لا تقبل شهادته على الذى لم يبيع بأن يكون عدواً له ، فالقول قول الذى لم يبيع مع يمينه ، لانه لم يقبض الالف ولا شيئاً منه ، فاذا حلف أخذ حقه من الثمن ، وإن نكل حلف المشتري وبرى من حق الذى لم يبيع

وأما إذا كان البائع قد أذن له الذى لم يقبض حقه ، وقلنا ان الاول في البيع يقتضى قبض الثمن ولم يأذن البائع الذى لم يبيع بقبض حقه من الثمن ، فان باقرار البائع لا تبرأ ذمة المشتري من نصيب البائع من الثمن ، لانه يقر أنه دفع ذلك إلى غير وكيله .

وأما نصيب الذى لم يبيع ، فان المبنى نقل أن المشتري يبرأ من نصف الثمن باقراره البائع أن شريكه قد قبض ، لانه في ذلك أمين . فمن أصحابنا من خطأه في النقل وقالوا هذا مذهب أهل العراق . وأن إقرار الوكيل يقبل على الموكل .

فيحتمل أن يكون الشافعي رحمه الله ذكر ذلك . قال : وبه قال محمد بن الحسن رحمه الله ، فظن المزني أنه أراد بذلك نفسه ، ولم يرد الشافعي رحمه الله تعالى إلا محمد بن الحسن

ومن أصحابنا من اعتذر للزني وقال : معنى قوله ، يبرأ المشتري من نصف الثمن يريد به في حق البائع . فان البائع كان له المضالفة بجميع الألف . فلما أقر أن شريكه قبض الألف سقطت مضالفته بالنصف .

إذا ثبت هذا وأن المشتري لا يبرأ من شيء من الثمن فان البائع يأخذ خمسمائة من غير يمين ، فإذا قبض ذلك فهل للذي لم يبيع أن يشارك البائع بما قبضه ؟ نقل المزني أن له أن يشاركه فيما قبضه ، وبه قال بعض أصحابنا ، لأن الذي لم يبيع يقول : قد أخذ البائع خمسمائة من المشتري بحق مشاع بيني وبينه ، وقول البائع : إنه أخذه لنفسه لا يقبل على الذي لم يبيع لأن المال إذا كان مشاعا بين اثنين فقبض أحدهما منه شيئا ثم قال قبضته لنفسه لم يقبل

وقال أبو العباس والمصنف . وعامة الأصحاب : لا يشاركه فيما قبض ، لأن البائع لما أقر أن الذي لم يبيع قد قبض الثمن تضمن ذلك عزل نفسه من الوكالة لأنه لم يبق ما يتوكل فيه

فان قلنا بقول المزني كان الذي لم يبيع بالخيار بين أن يطالب المشتري بخمسمائة وبين أن يأخذ من البائع مائتين وخمسين ومن المشتري مائتين وخمسين فإذا أخذ من البائع مائتين وخمسين لم يكن للبائع أن يرجع بها على المشتري ، لأنه يقول : ان الذي لم يبيع ظلمه بها فلا يرجع بها على غير من ظلمه

وإن قلنا بقول أبي العباس ومن تابعه لم يكن للذي لم يبيع أن يشارك البائع بشيء مما أخذ ، بل له أن يطالب المشتري بحقه من الثمن وهو خمسمائة فإذا طالب الذي لم يبيع المشتري — فإن كان مع المشتري يمينه على الذي لم يبيع أنه قبض منه الألف — برى من نصيبه من الثمن ، وكان له أن يرجع عليه بخمسمائة لأنه قبض منه أهما ولا يستحق عليه إلا خمسمائة .

وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له بقبض الذي لم يبيع الألف غير البائع وكان عدلا ، فهل تقبل شهادته ، إن قلنا بقول أبي العباس : إن الذي لم يبيع

لا يشارك البائع فيما قبض قبلت شهادته عليه ، فيحلف معه المشتري وتبرأ ذمته من حقه من الثمن ، ويرجع عليه بمخمسائة لانه لا يدفع بشهادته عن نفسه ضرراً ولا يجر بها الى نفسه نفعا

وان قلنا بقول المزني ومن تابعه : ان الذي لم يبيع يشارك البائع فيما قبض لم تقبل شهادته ، لانه يدفع بها عن نفسه ضرراً وهو حق الرجوع عليه بنصف ما قبض ، لانه اذا ثبت أنه قد استوفى الخمسائة من المشتري لم يشارك البائع في شيء مما قبض .

فان قلنا : لا تقبل شهادته عليه ، او كان ممن لا تقبل شهادته عليه ، او كان ممن لا تقبل شهادته لمعنى غير هذا فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه أنه لم يقبض الا اب ولا شيثا منه فاذا حلف استحق الرجوع بحصته من الثمن على ما مضى ، وان نكل عن اليمين لحلف المشتري أنه قد قبض منه الالف برىء من حصته من الثمن ، ويرجع عليه بما زاد على حقه .

(فرع) وان أقر أحد الشريكين أنه باع وقبض الثمن وتلف في يده وهو مأذون له فأنكر شريكه البيع أو القبض فهل يقبل قول المأذون له ؟ فيه قولان نذكرهما في الوكالة ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وانكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف اذا شاء ، لانه وكيل ، وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لانه وكيله فيملك عزله فاذا اعزل أحدهما لم يعزل الآخر عن التصرف ، لانهما وكيلان ، فلا يعزل أحدهما يعزل الآخر ، فان قال أحدهما فسخت الشركة اعزلا جميعاً ، لأن الفسخ يقتضى رفع العقد من الجانبين فاعزلا ، وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة ؛ لانه عقد جائز يبطل بالموت كالوديعة ، وإن جُنا أو أحدهما ، أو أغشى عليهما أو على أحدهما ، بطل لانه بالجنون والاعشاء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف ولهذا ثبت الولاية عليه في المال ، فبطل العقد كما لو مات ، والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : إذا اشتركا وأذن كل واحد منهما لصاحبه بالتصرف ثم عزل أحدهما صاحبه عن التصرف في نصيبه أو عزل أحدهما نفسه عن التصرف في نصيب شريكه كانت الشركة باقية إلا أن المعزول لا يتصرف إلا في نصيب نفسه مشاعاً ولا يعزل الآخر عن التصرف في نصيب صاحبه مالم يعزله صاحبه ، أو يعزل نفسه - أي ينحياها عن التصرف - لأن تصرف كل واحد منهما في نصيب شريكه بالأذن ، فإذا عزل المالك أو عزل نفسه انعزل ، وإن عزل كل واحد منهما صاحبه ، أو قال أحدهما : عزلت نفسي عن التصرف في نصيب شريكي وعزاتته عن التصرف في نصيب انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه ، ولا تبطل الشركة بذلك .

وإن قال أحدهما : فتمسخت الشركة انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه ، لأن ذلك يقتضى العزل من الجانبين ولا يبطل الاشتراك ، وإن اتفقا على القسمة قسم ، وإن اتفقا على البيع أو التبقية كان لهما ذلك فان دعا أحدهما الى البيع والآخر الى القسمة أجيب من دعا الى القسمة كالمال الموروث بين الورثة وإن جن أحدهما أو أغمى عليه انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب الآخر ، لأن الأذن عقد جائز فبطل بالجنون والاعتمام كالوكالة .

(فرع) اذا مات أحدهما انفسخت الشركة وانعزل الباقي منهما عن التصرف في نصيب الآخر ، لأن الأذن عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة .

اذا ثبت هذا : فان لم يكن على الميت دين ولا أوصى بشيء ، وإن كان الوارث بالغاً رشيداً فله أن يقيم على الشركة بأن يأذن الآخر في التصرف ، ويأذن الشريك له ، وله أن يقاسم لأن الحق لهما ، فكان لهما أن يفعل ما شاءا .

قال الشيخ أبو اسحاق : غير أن الأولى أن يقاسمه ، وإن كان الحظ في الشركة لأن الحوالة وقعت وهو رشيد ، وإن كان الوارث مولى عليه كان النظر فيه الى وليه ، فإن كان الحظ في الشركة لم يجوز له أن يقاسمه ، وإن كان الحظ في القسمة لم يجوز له أن يقيم على الشركة ، لأن الناظر في مال المولى عليه لا ينفذ تصرفه فيه إلا فيما له حظ . وسواء إن كان المال نقداً أو عرضاً فان الشركة تجوز ، لأن

الشركة انما لا تجوز ابتداء على العروض ، وهذا استدامة للشركة و ليس بابتداء عقد ، وان مات وعليه دين لم يحز للوارث أن يأذن في التصرف بمال الشركة ، لان الذين بتعلق بجميع المال فهو كالمرهون ، فان قضى الدين من غير مال الشركة كان كما لو مات ولا دين عليه ، وهكذا اذا قضى الدين ببعض مال الشركة كان للوارث أن يأذن له في التصرف فيها بقي ، فان أوصى بثلك ماله أو بشيء من مال الشركة - فان كانت الوصية لمعين - كان الموصى له شريكا كالوارث ، وله أن يفعل ما يفعل الوارث ،

وان كانت الوصية لغير معين لم يحز للموصى الاذن للشريك في التصرف ، لأنه قد وجب دفعه اليهم ، بل يعزل نصيبه ويفرق عليهم ، فان كان قد أوصى بثلك ماله فأعطى الوارث ثلث الموصى لهم من غير ذلك المال مثله لم يحز له ذلك لان الموصى لهم قد استحقوا ثلث ذلك المال بعينه ، فلا يجوز أن يعطوا من غيره .

مسائل حول الشركة . لو دفع شبكة الى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس المذهب أن السمك كله للصياد ، اذا قلنا : ان الآلة تؤجر بأجر معلوم ، فيكون لصاحب الشبكة أجر المثل ، وبهذا لا يكون لصاحب الشبكة شريكا في حصيلة الصيد ، فاذا قلنا : ان الآلة لا تؤجر ، وان الصياد قد لا يجد سمكا يحصل في شبكته فن أين يأتي بأجر الشبكة وليس لها أجر مثل معلوم في حين أن أجر الصياد معلوم قضينا بأن صاحب الشبكة له الصيد كله وللصياد أجر مثله على صاحب الشبكة . لان الربح تابع المال وقياس مذهب أحمد أن الصيد بينهما نصفان جائز على ما شرطاه لانها عين تنمى بالعمل ، فصح دفعها ببعض تمامها كالارض التي دفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود في خيبر أن يعملوا فيها على الشطر .

الشركات التي تؤسس من بلاد غير بلاد المسلمين لتعمل في أرض المسلمين لاستخراج خيراتها واستنباط خاماتها واستدراار زيوتها ومعادنها لا تصح إلا إذا قامت على هيمنة المسلمين وسيطرتهم على إدارتها . ويجب على المسلمين أن يبعثوا طائفة منهم تتعلم علوم طبقات الأرض ووسائل استثمار خاماتها وخيراتها ؛ ولو أن المسلمين فقهوا دينهم والتزموا في سلوكهم بأحكام هذه الفروع الدقيقة

لذات لهم الأرض ولبرعوا في شتى علومها الدنيوية وفنونها الحبوية . ولم تتعرض أرضهم للاغتصاب ورقابهم للعناء . وقد عرفنا أن احتلال الكفار لهم بدأ وأندونيسيا ومليزيا بدأ بتكوين شركات مالية تعمل على المناجرة واستغلال الأرض حتى انقلبت إلى سيطرة على المسلمين ، وكذلك فعل اليهود في فلسطين . فقد بدأوا بعمل شركات وجلبوا لها خبراء وعمالا فنيين ، ثم اتسعوا في ذلك حتى ابتلعوا ديار المسلمين وأرضهم وأموالهم . وصاروا خطراً جاثماً قائماً على أنفسنا ومقدراتنا ، فليقنا نقنبه إلى خطر الترخص في معاملة غير المسلمين ، والله الموفق للصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الوكالة

(الشرح) الوكالة مشتقة من وكل بكل الأمر إليه . إذا أتابه عنه واعتمد عليه لعجز أو طلب للراحة ، وفي الحديث : اللهم لا تكننا إلى أنفسنا . وأيضاً من تعلق تيممة وكل أمره إليها ، كأن الله قد تخلى عنه وجرده من عنيته به فصار أمره إلى نفسه أو إلى التيممة التي يتعلقها . والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع . فأما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) الآية ٦٠ من سورة التوبة . فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم .

ويقول القاضي أبو بكر بن العربي : قوله تعالى (والعاملين عليها) وهم الذين يقدمون لتحصيلها ويوكلون على جمعها ، وقال القرطبي في جامع أحكام القرآن : قوله تعالى (والعاملين عليها) يعني السعاة والحجباء الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الوكالة بالتوكل على ذلك .

ومن أدلة الكتاب على جواز الوكالة قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ، فليظفر أيها أركي طعاماً فليأتكم برزقاً عند وليتلاف) قال ابن العربي في أحكام القرآن : هذا يدل على صحة عقد الوكالة ، وهو عقد

نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به ، إذ يهجز كل أحد عن تناول أمور إلا بمعونة من غيره أو يترفه فيستنيب من يريجه حتى جاز ذلك في العبادات لطفاً منه سبحانه ورفقاً بضعفة الخليفة ، ذكرهما الله كما ترون ، وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تسمعون . وهو أقوى آية في الغرض

وقد تعلق بعض علمائنا في صحة الوكالة من القرآن بقوله تعالى (والعاملين عليها) وبقوله (اذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبي يأت بصيراً) وآية القميص ضعيفة في الاستدلال ، وآية العاملين حسنة ، وقد روى جابر بن عبد الله قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله (ص) ، وقلت له : إنى أريد الخروج إلى خيبر ، فقال ائت وكبلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتضى منك آية فضع يدك على ترقوته . رواه أبو داود

وقد جازت في الطهارة ، وهي عبادة تجوز النيابة فيها في صب الماء خاصة على أعضاء الوضوء ، ولا تجوز على عركها إلا أن يكون المتوضى مريضاً لا يقدر عليه . وتجوز في الزكاة في أخذها وإعطاها . وتجوز النيابة في الصيام عند الشافعي وأحمد وجملة من السلف الأول . وكذلك الاعتكاف مثله ، كما تجوز النيابة في الحج على ما مضى في أحكام الحج .

وتجوز الوكالة في البيع — وهو المعاوضة وأنواعها — والرهن وسائر المعاملات من الحجر والحواله والضمان والشركة والإقرار والصلح ، والعارية كما أعمال تجوز النيابة فيها .

وكذلك من الكتاب قوله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) بناء على أنه وكيل .

وأما السنة فقد روى أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد عن عروة بن الجعد قال : عرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً ، فقال يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة ، قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار ، فبعت أسودهما أو أودهما : فأتني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتك . قال وصنعت

كيف ؟ قال لحدثته الحديث . قال اللهم بارك له في صفقة يمينه . هذا لفظ رواية الأثرم . وروى أبو داود بإسناده حديث جابر الذي مضى وحديث أبي : استساف النبي صلى الله عليه وسلم بكرة فجاءت إبل الصدقة فأمرني أن أفضي الرجل بكرة ، وقد تقدم تخريجه في السلم ، وحديث ابن أبي أوفى ، وقد مر في كتاب القرض وكتاب الزكاة . وحديث أبي هريرة ، وكفى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حفظ زكاة رمضان . وأطى عقبه بن عامر غنما يقسمها بين أصحابه ، وقد مر في كتاب الزكاة .

وفي الوكالة أحاديث كثيرة ستأتي في فصول هذا الكتاب إن شاء الله تعالى .
وأما الإجماع فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزل الوحي إلى اليوم وإلى يوم الدين قال المصنف رحمه الله تعالى :

تجوز الوكالة في عقد البيع لما روى عن عروة بن الجعد قال : أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً اشتري له شاة أو أضحية ، فاشتريت شاتين فبعت إحداها بدينار ، وأتيت به شاة ودينار ، فدعاني بالبركة . فكان لو اشتري تراباً لربح فيه ، ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع ، لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره ، وتجوز في سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والإعارة والمضاربة والجمالة والمساقاة والإجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع وفي تملك المباحات ، كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش قولان .

(أحدهما) لا يصح التوكيل فيها ، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه ، كالإغتنام (والثاني) يصح ، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز أن يوكل فيه كالإقباع والانتهاج ، ويخالف الإغتنام لأنه يستحق بالجماد . وقد تبين عليه بالحضور ، فتعين له ما استحق به .

(الشرح) حديث عروة بن أبي الجعد البارقى رواه البخارى وأحمد وأبو داود والأثرم والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ، وفى إسناد من عدا البخارى سعيد ابن زيد أخو حماد ، وهو مختلف فيه ، عن أبي لييد لمأزة بن زبار ، وقد قيل لأنه مجهول ، لكنه قال الحافظ ابن حجر انه وثقه ابن سعد . وقال حرب سمعت أحمد يثنى عليه . وقال فى التقريب انه ناصب جلد

قال المنذرى والنووى اسناده صحيح لهيئته من وجهين ، وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقم سمعت الحى يحدثون عن عروة . ورواه الشافعى عن ابن عيينة ، وقال أن صح قلت به . ونقل المازنى عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقى انما ضعفه لأن الحى غير معروفين . وقال فى موضع آخر هو مرسل لأن شبيب بن غرقم لم يسمعه من عروة ، وإنما سمعه من الحى . وقال الرافعى هو مرسل . قال الحافظ ابن حجر فى تخريج أحاديث الرافعى من فتح العزيز والصواب أنه متصل فى إسناده مبهم ،

أما الأحكام فإن الإجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والاجارة وقضاء الديون والخصومات فى المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك ، وانفق الأئمة على أن اقرار الوكيل على موكله فى غير مجلس الحكم لا يقبل بحال . وكذلك اتفقوا على أن اقراره على موكله فى الحدود والقصاص غير مقبول ، سواء كان بمجلس الحكم أو غيره . وكذلك اتفقوا على أنه لا يجوز للوكيل أن يشتري بأكثر من ثمن المثل ولا الى أجل . وعلى أن قول الوكيل مقبول فى تلف المال بيمينه . وأما ما اختلفوا فيه فأمور ستأتى منبته فى فروع هذا

وحول حديث عروة فى شراء الشاة بقول ابن تيمية رحمه الله تعالى انه يدل على الوكيل فى شراء معلوم بمعلوم اذا اشترى به أكثر من المقدر جاز له بيع الفاضل . وكذا ينبغى أن يكون الحكم . وقال صاحب الكافى ، ظاهر كلام أحمد صحة ذلك الحديث عن عروة ،

وفى الحديث دليل على أنه يجوز للوكيل اذا قال له المالك اشترى بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة ، لأن مقصود الموكل قد

حصل وزاد الوكيل خيراً ، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين أو بأن يشتريها بدرهم فاشترها بنصف درهم ، وهو الصحيح عندنا كما نقله النووي في زيادات الروضة .

وقد استدلل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولي ، وهو الذي يبيع مالا يملك أو ما ليس مأذوناً في بيعه ، وهو قول مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، والشافعي في القديم ، وقواه النووي في الروضة ، وهو مروى عن جماعة من السلف منهم علي وابن عباس وابن مسعود وابن عمر ، واليه ذهب الزيدية وقال الشافعي في الجديد وأصحابه : إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان لحديث « لا تبع ما ليس عندك » وأجابوا عن حديث عروة بما فيه من المقال . وعلى تقدير الصحة فيمكن أن يكون وكيلاً في البيع أيضاً بقريضة فهمها من النبي صلى الله عليه وسلم ،

وقال أبو حنيفة : إنه يكون البيع الموقوف صحيحاً دون الشراء . والوجه أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الإدخال : ويجاب بأن الإدخال للبيع في الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن . وروى عن مالك العكس من قول أبي حنيفة ، فإن صح فهو قوى فإن جمعاً بين الأحاديث وأما الوكالة في تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش فعلى قولين (أحدهما) لا يصح فيها لأنه تملك مباح ، فهل يكون بتصلكه بوضع يده نائباً عن غيره من نفسه ، كأنه قد حاز شيئاً ثم وهبه فلم يصح التوكيل فيه كالغنيمة ، لا يخرج المجاهد بالغنيمة وكيلاً لغيره

(والثاني) يصح ، لأنه امتلك مالا بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه كسائر المعاملات من المماوضات والهبات . قال في روضة الطالب : يجوز التوكيل في تملك المباحات وإحياء الموات والانتقاط ، ويخالف الاغتناء لأنه لا يستحق إلا بالجهاد ، والجهاد لا وكالة فيه ، لأنه يتعين عليه بالحضور للملحمة ، فاستحق قسمه وسهمه فتعين له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز التوكيل في عقد النكاح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم

وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة ويجوز في الطلاق والخلع والعناق لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح ، ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان ، لأنها أيمان فلا يحتمل التوكيل . وفي الرجعة وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الإيلاء والظهار (والثاني) أنه يجوز ، وهو الصحيح ، فإنه إصلاح للنكاح ، فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة .

(المرح) حديث زواج أم حبيبة رضي الله عنها أخرجه أبو داود وأحمد . بسأني عن عروة عن أم حبيبة ولفظ أبي داود أنه زوجها النجاشي النبي (ص) وأمرها عنه أربعة آلاف درهم وبعث بها إلى النبي (ص) مع شرحبيل بن حسنة ، وأخرج أبو داود أيضا من حديث الزهري مرسله أن النجاشي زوج أم حبيبة بنت أبي سفيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

وكانت أم حبيبة مهاجرة إلى أرض الحبشة مع زوجها عبد الله بن جحش فاتت بتلك الأرض فزوجها النجاشي للنبي صلى الله عليه وسلم

وقد وكل النبي (ص) أبا رافع في نكاح ميمونة وقد مضى تخريجه في كتاب الحج في أحكام نكاح المحرم ووجه الصواب في ذلك .

أما الأحكام فإنه يصح من كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة كالزواج . وهل يصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه . ذكر أصحابنا في ذلك وجهين (أحدهما) يجوز توكيله لأنه ليس بولي . ووجه الوجه الآخر أنه موجب للنكاح فأشبهه الولي .

وقد صحح الأئمة التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له ، ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه . وفي الرجعة وجهان (أحدهما) أنه يجري مجرى الإيلاء والظهار فلا يجوز التوكيل (والثاني) وهو الصحيح أنه إصلاح لما فسد من النكاح ، فإذا صح التوكيل في عقد النكاح ابتداء فقد صح في استئنائه وإعادته فجاز . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل في اثبات الاموال والخصومه فيها لما روي أن علياً
 كرم الله وجهه وكل عقيلاً (رض) عند أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال :
 ما قضي له فلي وما قضي عليه فملي ، ووطن عبد الله بن جعفر عند عثمان (رض)
 وقال علي : إن للخصومات قحماً . قال أبو زياد النخعي : القحوم الممالك ، ولأن
 الحاجة تدعو الى التوكيل في الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه
 حق ولا يحسن الخصومه فيه ، أو يكره أن يتولاها بنفسه ، فيجاز أن يكمل فيه .
 ويجوز ذلك من غير رضي الخصم ، لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضي .
 عليه كالتوكيل في قبض الديون ، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف
 لأنه حق آدمي فجاز التوكيل في إثباته كاملاً ، ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود
 الله تعالى لأن الحق له ، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه ، وبالتوكيل
 يتوصل إلى إيجابه فلم يجز ، ويجوز التوكيل في استيفاء الاموال ؛ لأن النبي (ص)
 بعث العيال لقبض الصدقات وأخذ الجزى . ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى ،
 لأن النبي (ص) بعث أنيساً لاقامة الحد وقال : يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن
 اعترفت فارجمها ، ووكل عثمان (رض) علياً كرم الله وجهه ليقم حد الشرب على
 الوليد بن عقبه . وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل في استيفاءهما
 بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد أو قصاص
 ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره ، وهل يجوز أن يستوفيه في غيبته
 الموكل ؟ قال في الوكالة : لا يستوفى ، وقال في الجنائيات : ولو وكل فتنحى به فعفا
 الموكل فقتله الوكيل بعد العفو ، وقبل الدلم بالعفو ؛ ففي الضمان قولان . وهذا
 يدل على أنه يجوز أن يقتصر مع غيبته الموكل ، فن أصحابنا من قال : يجوز قولاً
 واحداً ، وهو قول أبي اسحاق ؛ لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل فجاز
 في غيبته كأخذ المال ، وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب ، ومنهم من قال
 لا يجوز قولاً واحداً ، لأن القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما ، والعفو مندوب
 اليه فهما ، فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه ، وحمل قوله في الجنائيات على
 أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل .

ومنهم من قال فيه قولان . أحدهما يجوز ، والثاني لا يجوز ووجهها ما ذكرناه
 (فصل) ويجوز التوكيل في فسخ العقود لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها
 ففي فسخها أولى ، ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون ، لأنه إذا جاز التوكيل
 في إثباتها واستيفائها جاز التوكيل في الإبراء عنها ، وفي التوكيل في الإقرار
 وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأنه إثبات مال في الذمة بالقول
 لجاز التوكيل فيه كالبيع .

(والثاني) لا يجوز ، وهو قول أبي العباس ، لأنه توكيل في الإخبار عن
 حق فلم يجز كالنوكيل في الشهادة بالحق ، فإذا قلنا : لا يجوز فهل يكون توكيله
 اقراراً؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه اقرار ، لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق الا والحق واجب عليه
 (والثاني) أنه لا يكون اقراراً كما لا يكون التوكيل في الإبراء ابراء .
 (الشرح) حديث أنيس سيأتي في كتاب الحدود وقد أخرجه البخاري ومسلم
 وقصة توكيل علي لأخيه عقيل وابن أخيه عبد الله بن جعفر . قال الشافعي في
 الأم : وأقبل الوكالة من الحاضر من الرجال والنساء في العذر وغير العذر ، وقد
 كان علي بن أبي طالب وكل عند عثمان عبد الله بن جعفر ، وعلي حاضر ، فقيل :
 ذلك عثمان وكان يوكل قبل عبد الله بن جعفر عقيل بن أبي طالب ولا أحسبه الا
 كان يوكله عند عمر ، ولعل عند أبي بكر ؛ وكان علي يقول : ان للخصومة قحماً ،
 وان الشيطان يحضرها اه .

وأما أحكام الفصل : أنه يجوز التوكيل في إثبات حقوق الله تعالى وحقوق
 العباد ، فإذا كان لرجل خصومة لرجل على شيء فوكل غيره عنه كما فعل علي حين
 وكل عقيلاً أخاه عند أبي بكر وعبد الله بن جعفر بن أخيه عند عثمان وقال : ان
 للخصومة قحماً ، وان الشيطان ليحضرها ، وانى لا كره أن أحضرها ، قال
 أبو زياد الكلابي : القم المهالك ، وهذه الروايات تحتاج الى تحرير وتخريج الا
 أن ابن قدامة في المعنى يقول : وهذه قصص قد انتشرت ، لأنها في مظنة الشهرة
 فلم ينقل انكارها ، ولان الحاجة تدعو الى ذلك ، فإنه قد يكون له حق أو يدعى
 عليه ولا يحسن الخصومة ؛ أو لا يجب أن يقولها بنفسه .

قلت : ولا صحابنا وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

• (والثاني) يجوز ، وهو الصحيح ، واليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى ، ولا يشترط في صحة التوكيل رضی الخصم ؛ لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضی من عليه الحق كالتوكيل في قبض الديون ، وبهذا قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم من أن وكالة الحاضر صحيحة ، وإن لم يرض الخصم بشرط أن لا يكون الوكيل عدوا للخصم . وقال أبو حنيفة : لا تصح وكالة الحاضر إلا برضى الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً على ثلاثة أيام فيجوز حينئذ وأما التوكيل في الجنایات فينقسم الى قسمين :

(أحدهما) التوكيل في اثبات الجنایة فهذا غير جائز ، لأن الحق لله تعالى وقد أمرنا فيه بالدبر لقوله صلى الله عليه وسلم : ادروا الحدود بالشبهات ، وأمرنا بالتوصل الى اسقاطه وقد يتوصل بالتوكيل الى ايجابه فلم يجز .

(القسم الثاني) وهو استيفاء حدود الله تعالى ، كالقصاص وأرض الجنایة وحد القذف وكل ما يتعلق به حق للعباد ، وكذلك في اقامة الحد بعد ثبوت الجنایة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نيس اذهب الى امرأة فلان فان اعترفت قارحها فعلق الجزاء على شرط الاعتراف ، وكذلك يمكن التوكيل في حضرة الموكل ، وهذه العبارة التي ساقها المصنف في قوله : فانه يجوز التوكيل في استيفائها بحضرة الموكل ، لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه ، لانه قد يكون له حد أو قصاص الخ عبارته . تدل هذه العبارة على صحة ما اتسم به عصرنا هذا من تخصيص فريق من الدارسين لاحكام الشرع وفقه الفروع يتوكلون عن أصحاب الخصومات في عمل الاجراءات التي يترافعون بها في ساحة المجاكم ومجالس القضاء ويسمونهم بالمحامين .

(فرع) قال الشافعي في الجنایات : ولو وكل فتنجى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ، فعلى من يكون الضمان ؟ على القاتل الذي لم يعلم بعفو موكله ؟ أم على الموكل الذي لم يحتط فوقع القتل ؟

قال المصنف فيه قولان ، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتصر مع غيبة الموكل
 من أصحابنا من قال : يجوز قولاً واحداً ، وهو قول أبي إسحاق المروزي ، لأنه
 حق يجوز استيفاءه بحضرة الموكل لجاز في غيبته : كقبض الدين ، وحمل قوله :
 لا يستوفى الذي قاله الشافعي في الوكالة على الاستحباب

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز قولاً واحداً ، لأن الحد والقصاص إذا عرفنا
 أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتمس الشبهات الصارفة عن الادانة وعرفنا
 مع ذلك أن العفو مندوب اليه بل رغب الله فيه وقال : فمن عفى له من أخيه شيء
 فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان ، ومن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو
 عنه ، ومن هنا حمل قول الشافعي في الجنائيات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب
 عن عينه فعدا عنه من حيث لم يسمع الوكيل صيغة العفو فقتله ، ووجه القولين
 بالجواز وعدمه ما ذكرنا والله تعالى أعلم .

(فرع) توكيل مسلم كافراً في استيفاء قود من مسلم هل يصح ؟ قولان .
 (أحدهما) لا يصح (والثاني) يصح ، وهو اختيار الرملي في شرحه للمنهاج للنووي
 قال : وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه ، وبأن المصنف إنما جعل
 صحة مباشرته شرطاً لصحة توكله ؛ ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط
 وإنما يلزم من عدمه عدمه والأول صحيح والثاني في غير محله إذ الشرط وهو صحة
 المباشرة غير موجود هنا رأساً ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يصح التوكيل إلا لمن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك
 أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمجور
 عليه في المال والمرأة في النكاح والفسق في تزويج ابنته ، فلا يملك التوكيل فيه
 لأنه لا يملكه ، فلا يملك أن يملك ذلك غيره ، وأما من لا يملك التصرف إلا
 بالأذن كالوكيل والعبد المأذون ، فإنه لا يملك التوكيل إلا بالأذن لأنه يملك
 التصرف بالأذن ، فكان توكيله بالأذن ؛ واختلف أصحابنا في غير الأب والجد
 من العصباء ، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة ؟ فمنهم من قال :

يملك ، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع ، فملك التوكيل من غير اذن كالأب والجد ، ومنهم من قال : لا يملك لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالكوكيل والعبد المأذون .

(الشرح) الأحكام : لا يصح التوكيل إلا إذا صدر للكوكيل من الموكل الذى يملك التصرف عن نفسه فى ملكه أو فيما يولى فيه أو عليه فإذا كان فاقد الأهلية لصغر سن أو جنون أو حجر لسفه أو غيره فإن أولئك لا يصح توكيلهم ماداموا لا يملكون التصرف ، وفاقد الشيء لا يعطيه ، ويلحق بهؤلاء المرأة لا تكون وكيلة عن غيرها من النساء ولو ابنتها فى عقد النكاح ، وكذلك الفاسق المعروف بفسقه فى تزويج ابنته ، لفقده حق الولاية عليهما ، ويلحق بالمجنون المغمى عليه والنائم : إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى وإنما أبيض توكيل الصبي فيما يكون مصدقا فيه كالخادم والعبد ما دام الصبي مميزا لم يجرب عليه ككذب فى الأذن فى دخول دار وإيصال هدية . أما الصبي غير المأمون المجرب الكذب عليه فلا يعتمد قطعا وما حفته قرينة يعتمد قطعا ، وحينئذ يكون العمل بالعمل لا بالخبر .

وأما المرأة فلا تنوكل فى عقد النكاح كما قلنا إيجابا وقبولا .

واختلاف فى الجد وغير الأب من العصابات هل يملك التوكيل فى التزويج من غير اذن المرأة ؟ فإن قلنا بحصول ولايته عليها من جهة الشرع فملك التوكيل من غير اذنها كالأب وأبى الأب .

ومنهم من قال : لا يملك التزويج إلا بإذن ، ويكون الأذن بمثابة توكيل منها والحق أن الأذن والتوكيل والولاية الشرعية أمور تحتاج منا إلى بيان درجاتها وإعطائها ما تستحقه من تفويض فالولاية الشرعية يعطى الولي الحق فى التزويج بغير اذن ولا توكيل ، والتوكيل يعطى الحق للكوكيل بالولاية الجعلية أو الولاية العرفية ، والظاهر أن الأولى أقوى فيمكن فىها بما لا يكتفى فى الثانية ، وأن باب الأذن أوسع من باب الوكالة ، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر بحمل عدم الصحة

على الوكالة ، والصحة على التصرف ، اذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف ، رد
بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول اذ الابضاع يحتاج لها فوق غيرها ومقابل الاصح
أنه يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

{ فصل } ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح
والصبي والمجنون في جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لانه اذ لم يملك ذلك
في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل ، ومن ملك التصرف فيما
تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره ، لانه يملك في حق نفسه بحق
الملك فملك في حق غيره بالاذن .

واختلف أصحابنا في العبد ، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح ؟ فمنهم من
قال : يجوز ، لانه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى ، فملك أن يقبل لغيره
بالتوكيل ، ومنهم من قال : لا يجوز لانه لا يملك النكاح ، وانما أجز له القبول
لنفسه للحاجة اليه ولا حاجة الى القبول لغيره ، فلم يجوز ، واختلفوا في توكيل
المرأة في طلاق غيرها ، فمنهم من قال : يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها ، ومنهم
من قال : لا يجوز ، لانها لا تملك الطلاق ، وانما أجز توكيلها في طلاق نفسها
للحاجة ، ولا حاجة الى توكيلها في طلاق غيرها ، فلم يجوز ، ويجوز للفاسق أن
يتوكل في قبول النكاح للزوج ، لانه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق ، فجاز أن
يقبل لغيره ، وهل يجوز أن يتوكل في الايجاب ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لانه موجب للنكاح فلم يجوز أن يكون فاسقا كالولي ،
(والثاني) يجوز ، لانه ليس بولي . وانما هو مأمور من جهة الولي ، والولي عدل

{ الشرح } الاحكام : بعض أحكام هذا الفصل مضى في الذي قبله . وقال

الرملي في شرح المنهاج

وشرط التوكيل تعيينه الا في نحو : من حج عنى فله كذا ، فيبطل : وكلمت
أحدكما ، نعم ان وقع غير المعين تبعا للمعين كوكلتك في كذا وكل مسلم صح كما بحثه

الشيخ في شرح منهجه قال : وعليه العمل . وما نظر فيه من قياسه على الموكل فيه غير صحيح فسد . أتى الفرق بينهما ، ودعوى أنه يحتاج في التعاقد مالا يحتاج في المعقود عليه لا التفات له هنا ، إذ الغرض الأعظم الإتيان بالمأذون فيه وصحة مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره . إلى أن قال :

والأصح صحة توكيل عبد في قبول نكاح وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره وتعبيره بلكن فيه إشارة إلى استثنائه . هذين من عكس الضابط ، وهو من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكله ، ويستثنى صحة توكل سفيه في قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة في طلاق غيرها ومرتد في تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم يشترط في بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه ، وسيأتي في باب ما فيه : ورجل في قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحتة أربع والموسر في قبول نكاح أمة . واستثناء بعضهم توكل كافر عن مسلم في شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح ، إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم في العدة بان نفوذ طلاقه .

وأشار المصنف — يعني النووي في المنهاج — في مسألة طلاق الكافر للمسلمة بأنه يصح طلاقه في الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه في جنس ما وكل فيه في الجملة لا في عينه ، وحينئذ فيسقط أكثر ما مر من المستثنيات وقياسه جريان ذلك في الموكل أيضا كما قدمناه ، ومنعه أي توكيل العبد ، أي من فيه رق في الإيجاب للنكاح ، لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى ، ويصح توكيل المكاتب في تزويج أمته كما يحتمل الأذرعى وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل حالة التوكيل ، وإلا فكيف يأذن فيه ؟

(فرع) إذا جاز للفاسق أن يتزوج وصح تعاقدته فجاز أن يتعاقد لغيره على أحد الوجهين لأنه ليس بولى . والولى عدل . والوجه الثانى : إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول ، لأنه عقد تعاق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والاجارة ، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخي .

وقال القاضي أبو حامد المروروذى : لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع - والمذهب الأول - لأنه إذن في التصرف ، والإذن قائم ما لم يرجع فيه ، فجاز القبول . ويجوز القبول بالفعل ، لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام

(الشرح) الأحكام : الوكالة كأي عقد من العقود لا ينقذ في الذمه إلا بتحقق هذين الشرطين : الإيجاب والقبول ، لما يترتب على هذا العقد من حق كل واحد منهما .

فيشترط من الموكل أو نائبه لفظ صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أخرس مفهومة لا لكل أحد يقتضى رضاه كوكالتك في كذا أو فوضته إليك أو أنتك فيه أو أقتك مقامى فيه ، أو أنت وكيلى فيه كبقية العقود ، إذ الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره إلا برضاه ، فلا يصح أن يقول : وكلت من أراد بيع دارى ولا ينفذ تصرف أحد بهذا الإذن لفساده .

نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد فى إعتاق عبدى هذا أو تزويج أمتى هذه صح على ما بحثه السبكي وأخذ منه صحه - قول من لا ولى لها أذنت لكل عاقد فى البلد أن يزوجنى . قال الأذرعى : وهذا إن صح فحله عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة ، وبذلك أفتى بن الصلاح ، ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل ، إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة .

وقد يشترط القبول هنا لفظا ، كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو منصوبة فورها لآخر وأذن له فى قبضها فوكل من هى فى يده فى قبضها له ، لا بد من قبول لفظا لنزول يده عنها به .

إذا ثبت هذا فهل يجوز القبول على الفور . أم يصح على التراخي . قولان
فالمصنف والأصحاب كافة على جوازها على الفور وعلى التراخي خلافاً للقاضي
أبي حامد المروروذى فإنه قال : لا يجوز إلا على الفور كالبيع

(فرع) إذا قال أذنت لك في إعطاء فلان صكاً بمائة دينار فأخرج القلم وأخذ
يكتب الصك كان ذلك هو القبول . ومن أصحابنا من اشترط التلفظ بالفظ القبول
وهو مرجوح ، إذ لو قال له أذنتك في الطعام فأقبل على الطعام ولم يقل شيئاً
وأكل الا يكون ذلك قبولا ، وما دام التوكيل أو الاذن القصد منه أداء الفعل
فأداءه فقد تحقق الغرض من الوكالة أو النيابة . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم . فإن قال وكنتك في كل
قليل وكثير لم يصح ، لأنه يدخل فيه ما يطبق وما لا يطبق ، فيعظم الضرر ويكثر
الغرر . وإن قال وكنتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديونني صح ؛ لأنه يعرف
ماله ودينه ، وإن قال بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديونني جاز لأنه
إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقبل الغرر .

وإن قال اشترى لي عبداً لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف ،
فيكثر الغرر ؛ وإن قال اشترى لي عبداً بمائة لم يصح ، لأن ذكر الثمن لا يدل على
النوع فيكثر الغرر .

وإن قال اشترى لي عبداً تركياً بمائة جاز ، لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل
الغرر ، فإن قال اشترى لي عبداً تركياً ولم يقدر الثمن ففيه وجهان . قال أبو العباس
يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقبل الغرر . ومن أصحابنا من
قال لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتفاوت ؛ فيكثر الغرر ، وإن وكله في
الابراء لم يجوز حتى يبين الجنس الذي يبرى منه والقدر الذي يبرى منه ، وإن
وكله في الاقرار وقلنا إنه يصح التوكيل فيه لم يجوز حتى يبين جنس ما يقر به ،
وقدر ما يقر به ؛ لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجوز ، وإن وكله في

خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن الخصومة معلومة (والثاني) لا يصح ، لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر .

(الشرح) الاحكام : لا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم من بعض الوجوه لكلا يعظم الغرر . ولا يشترط علمه من كل وجه . هكذا قرر النووي في المنهاج ، ولا يشترط ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها فلو قال : وكتك في كل قليل وكثير لي في كل أموري أو حقوقي ، أو فوضت اليك كل شيء لي ، أو كل ما شئت من مالي لم يصح لما فيه من عظيم الغرر ، لأنه يدخل فيه مالا يسمح الموكل ببعضه كعق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعاً لمعين . وكذلك أفتى الرملي الكبير شهاب الدين . فلا ينفذ تصرف الوكيل في شيء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذي هو السبب في البطلان لا يندفع بذلك .

قال شمس الدين الرملي : وقارق ما مر عن أبي حامد بأن ذاك في جزئي خاص معين فساغ كونه تابعاً لقلة الغرر فيه بخلاف هذا ، وبخلاف ما جاء في قوله : وكتك في كذا وكل مسلم . إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معيناً ، وليست هذه المسألة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر في التابع فيها .

وإن قال : وكتك في بيع أموال وعق أرقائي ووفاء ديوني واستيفائها ونحو ذلك صح ، وإن كان ما ذكر معلوماً عندهما لقلة الغرر فيه . ولو قال في بعض أموال أو شيء منها لم يصح . أما لو قال : بيع هذا أو هذا لتناول كل بطريق العموم البدي فلا إبهام فيه . وكذا لو قال : أبريء فلاناً عن شيء من ديني صح وحمل على أدنى شيء . إذ الإبراء عقد غيب فتوسع فيه بخلاف البيع . وكقوله أبريء فلاناً عما شئت من ديني فليبق عليه شيئاً . أما لو قال أبرئه عن جمعه صح أبرؤه عن بعضه بخلاف بيعه لبعض ما وكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لئلا يفتقر إلى التثقيص فيه الغرر .

وإن قال اشترى لي عبداً بمائة ولم يبين جنسه ولا يغني ذكر الوصف كأبيض أو

أسود . نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها . هذا اذا كان العبد للاقتناء أما اذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع أو غير ذلك لشبهه بالقراض . ونقله ابن الرفعة عن الماوردي وغيره .

قال الرملي شمس الدين : ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها ، ولا يكفي بكونها مكافئة له ، لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيراً فاندفع ما ذكره السبكي هنا . نعم ان أتى له بلفظ عام كزوجني من شئت صح للعموم ، وجعل الأمر راجعاً الى رأى الوكيل بخلاف الأول فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراد ظاهرة ، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض ، أو في شراء دار للقبية أيضاً وجب بيان المحلة — أى الحارة — ومن لازمها بيان البلد ، فلذا لم يصرح به .

أما الاقرار فإنه لا يصح التوكيل فيه الا اذا بين جنس ما يقرب به وقدره لعظم الضرر عند الاطلاق وكثرة الضرر فلم يصح ، فإذا وكله في خصوماته ، كقوله : وكلتك في خصومة من أخاصمه ففيه وجهان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل . ومن أصحابنا من قال يجوز لأنه أذن في التصرف لجواز تعلقه على شرط مستقبل كالوصية ، والمذهب الأول لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعلقه على شرط كالبيع والاجارة ويخالف الوصية فإنها لا تؤثر فيها غرر الجهالة فلا تؤثر فيها غرر الشرط ولو كانت تؤثر الجاهة في ابطالها فأثر غرر الشرط فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف ، لأن مع فساد العقد الإذن قائم فيكون تصرفه بإذن صح ، فإن كان قد سمى له جعلاً سقط المسمى ووجب له أجره المثل لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجره المثل كالعمل في الاجارة الفاسدة ، وان عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط ، بأن قال وكذلك أن تطلق امرأتى أو تبيع مالى بعد شهر صح ، لأنه لم يعلق العقد على شرط ، وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد

(الشرح) الأحكام : فرقوا بين تعليق العقد على شرط وتعليق التصرف على شرط فالأول لا يجوز والثاني يجوز .

أما اجرة الوكيل فتتحدد بأجرة المثل ولو سمي له جملا .

أما الشرط فقد قال الرملي شمس الدين : ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت في الأصح كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجمالة والامارة للحاجة والثاني : تصح كالوصية ورد بما مر اه ، ومثال الوصية قوله : إذا جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا ، وصورة الوكالة الباطلة لارتباطها بالشرط كقوله : وكنت من أراد بيع داري ، وقال الزركشي : لا ينفذ التصرف . قال ابن الصلاح : والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز ، إذ أنه ليس من تعاطى العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعه .

فإن نجزها وشرط للتصرف شرطا جاز ، كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه الا بعد شهر ، وعلم من هذا أنه لو قال لأخر قبل رمضان : وكلتك في إخراج فطرتي وأخرجها في رمضان صح لتنجيزه الوكالة ، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع ، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتي ، لأنه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع .

قال الشمس الرملي : والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل (قلت) وعلى هذا يتوجه كلام ابن الصلاح : لأن إخراج الفطرة هنا عمل صحيح ترتب على وكالة فاسدة فنقول بصحة إخراجها عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين . وفي أحدهما اضرار بالموكل لم يجز ما فيه ضرار لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، فان

تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان
 مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأس
 الدين النصيحة : قلنا يا رسول الله لمن قال لله ولرسوله وليكتابه ولأئمة المسلمين
 وللمسلمين عامة وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل .

(الشرح) حديث « لا ضرر ولا ضرار ، مضى تخريجه في غير موضع ،
 وحديث ثوبان رواه الجماعة .

الأحكام : إذا وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان
 (أحدهما) يملك تثبته ، وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة ، لأنه
 لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه ، وهو قول بعض
 أصحابنا لأنه يمكن أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الإذن في أحدهما الإذن في
 الآخر ، فإذا قال : قبض حق من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر
 بذلك ، وإن قال : قبض حق الذي قبل فلان أو على فلان جاز له المطالبة وارثه
 والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وكل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء نظرت ، فإن عين
 له من يوكله وكله أميناً كان أو غير أمين لأنه قطع اجتهاده بالتعيين ، وإن لم يعين
 من يوكل لم يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل غير الأمين ، فإن وكل
 أميناً فصار خائناً فهل يملك عزله ، فيه وجهان .

(أحدهما) يملك عزله ، لأن الوكالة تقتضي استعمال أمين ، فإذا خرج عن
 أن يكون أميناً لم يحز استعماله ، فوجب عزله .

(والثاني) لا يملك عزله ، لأنه أذن له في التوكيل دون العزل ، وإن وكله
 ولم يأذن له في التوكيل نظرت ، فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر
 عليه ، لم يحز أن يوكل فيه غيره ، لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة
 النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ،

وإن وكله في تصرف وقال : اصنع فيه ما شئت فقيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله : اصنع فيه ما شئت .

(والثاني) لا يجوز ، لأن التوكيل يقتضى تصرفاً يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع فيه ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه ، وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه أهمل لا يحسنه ، أو عمل يترفع عنه ، جاز أن يوكل فيه غيره ، لأن توكيله فيما لا يحسنه أو فيها يترفع عنه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف .

وإن كان مما يتولاه إلا أنه لا يقدر على جميعه لكثرته ، جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه : لأن توكيله فيما لا يقدر عليه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف ، وهل يجوز أن يوكل في جميعه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) له أن يوكل في جميعه . لأنه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل (والثاني) ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه ، لأن التوكيل يقتضى أن يتولى الوكيل بنفسه ، وإنما إذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقي فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وإن وكل نفسين في بيع أو طلاق فإن جعله إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن يتفرد به ، لأنه إذن لكل واحد منهما في التصرف وإن لم يحمل إلى كل واحد منهما لم يجوز لأحدهما أن يتفرد به ، لأنه لم يرض بتصرف أحدهما ، فلا يجوز أن يتفرد به ، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً في حرز لهما .

وخرج أبو العباس وجهاً آخر أنه إن كان مما ينقسم ، جاز أن يقسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه ، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الأول ؛ لأنه تصرف أشرك فيه بينهما فلم يجوز لأحدهما أن يتفرد ببعضه فيه كالبيع ، ويخالف المالكيين ، لأن تصرف المالكيين بحق الملك ففعل ما يقتضى الملك ، وتصرف الوكيلين بالإذن ، والإذن يقتضى اشتراكهما ، ولهذا يجوز لأحد المالكيين أن يتفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن يتفرد ببيع بعضه .

(الشرح) الاحكام : لا يخلو التوكيل من ثلاثة احوال :

(أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في اذنه كما لو لم يوكله .

(الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك ، لانه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ، ولا نعلم في هذا خلافا ، فإن قال له : وكلتك فاصنع ماشئت فهل له أن يوكل ؟ نظرت فإن كان ما وكله فيه مما يمكن أن يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، فإنه ليس له التوكيل ، لانه موكل بتصرف يتولاه بنفسه ، وقوله اصنع ماشئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وقال أصحاب أحمد له أن يوكل من شاء لدخوله في عموم التوكيل .

ولنا أنه اذا كان ما وكل به كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوكيل الى من يعينه على أدائه ، ومثله لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ، ويحتاج الى شخص قوى يؤديه جاز له توكيله ، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج الى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالمهندسة ونحوها جاز له توكيله ، وكذلك لو كان عملا سهلا ولكنه من الاعمال التي يترفع مثله عن القيام بها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقوم به .

(الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون العمل من الاعمال التي أشرنا اليها مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيئة في حق أشراف الناس أو يعجز عن فعلها أو لاي اعتبار مما ذكرنا آنفا فإن الإذن ينصرف الى ما جرت به العادة من الاستنابة ، وبه قال أحمد وأصحابه ، القسم الثاني أن يكون مما يعجز عن عمله لسكنته وانتشاره لجاز التوكيل في بعضه فيها لا يقدر عليه منه ، أما التوكيل في جميعه فيجوز عند أصحاب أحمد ، أما عند أصحابنا فوجهان (أحدهما) له أن يوكل في جميعه لانه ملك التوكيل فإك في جميعه كما لوكل (والثاني) ليس له أن يوكل الا فيما لا يقدر عليه منه ، وانما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقي ما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وهذا قول عند أصحاب أحمد ذكره ابن قدامة عن القاضي .

(القسم الثالث) وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه ، فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين

إحداهما لا يجوز . وهو المذهب عندنا ، واليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجوز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه إن لم يأمنه كالوديمة والأخرى يجوز ، نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى ، إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فلا يباة كالمالك . دليلنا أن التوكيل لا يقاوم تصرف غيره من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ويفارق المالك ، فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل فإنه يتصرف بالإذن .

(فرع) كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للوكيل في توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحفظ والنظر ، كما أن الإذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً ، لأنه قطع نظره بتعيينه . وإن وكل أميناً وصار خائناً فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضى استئمان أمين . وهذا ليس بأمين فوجب عزله

ويقول النووي : لا يملك الوكيل عزله في الأصح لأنه أذن في التوكيل دون العزل . وقد أورد الرملي الوجهين .

(فرع) إذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك ، لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل ذلك فليس لأحدهما الانفراد به ، لأنه لم يأذن له في ذلك ، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وهذا قال أحمد وأصحاب الرأي .

وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً معاً في حرز لهما ، لأن قوله انعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو مما يمكن فتماق بهما . وفارق هذا قوله بتمتكا ؛ حيث كان منقسماً بينهما . لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف .

وخرج أبو العباس بن مريج وجماً آخر أنه إن كان المال مما ينقسم اقتساماً
ويكون عند كل واحد منهما نصفه والصحيح ما قررنا
وليس للحاكم أن يضم أمين إلى الوكيل ليحل محل الغائب ، لأن الموكل
رشيد جازئ التصرف لا ولاية للحاكم عليه ، فلا يضم الحاكم وكيلاً له بغير أمره
وقارق ما لو مات أحد الوصيين - وفرق بين الوصاية والوكالة - حيث يضيف
الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرف ، ليكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم .
ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم . وإن حضر الحاكم
أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم
بشوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرف وحده ، فإذا حضر الآخر تصرفاً
معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة ، لأن الحاكم سمعها لهما مرة .
وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف ، وبما
ذكرناه قال أحمد وأبو حنيفة

وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها .
ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما فأشبهه البيع والشراء والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل رجلاً في الخصومة لم يملك الإقرار على الموكل ، ولا
الإبراء من دينه ولا الصلح عنه ، لأن الأذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من
ذلك ، وإن وكله في تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه ، لأن الأذن في التثبيت ليس
بإذن في القبض من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف
أن من رضاه للتثبيت يرضاه للقبض ، وإن وكله في قبض حق من رجل لمجدد
الرجل الحق ، فهل يملك أن يثبته عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يملك ، لأن الأذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة
النطق ؛ ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف أن من رضاه للقبض
يرضاه للتثبيت .

(والثاني) أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض ، فكان الأذن في

القبض إذناً في التثبيت ، وإن وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الإبراء من الثمن ، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن . وهل يملك قبضه أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يملك ، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يرضى الإنسان للبيع من لا يرضاه للقبض (والثاني) أنه يملك : لأن العرف في البيع تسليم للبيع وقبض الثمن ، فحملت الوكالة عليه ، وإن وكله في شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك أن يخاضم البائع في درك الثمن . فيه وجهان (أحدهما) يملك ، لأنه من أحكام العقد (والثاني) لا يملك ، لأن الذي وكل فيه هو العقد ، وقد فرغ منه فزالت الوكالة .

(الشرح) الأحكام : إذا وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره ، وبهذا قال أحمد ومالك وابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومحمد : يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص . وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره ؛ لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

دليلنا أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملك الوكيل فيها كالإبراء ، وفارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملك في الحدود وفي غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإقرار فافتراقاً . ولا يملك المصالحاة عن الحق ولا الإبراء منه بغير خلاف نعله ، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة يملك قبضه ؛ لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

دليلنا أن القبض لا يتناول الإذن نطقاً ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

وإن وكله في قبض حق لمجدد من عليه الحق فهل يملك القيام بتثبيت الحق على المجاهد . فيه وجهان لا صحابنا (أحدهما) لا يملك وليس له ذلك ، وهو أحد

الوجهين عند أصحاب أحمد ، لأنهما معنيان مختلفان ، فالوكيل في أحدهما لا يكون
وكيلا في الآخر ، كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة .

(والثاني) كان له القيام بتثبيت الحق على جاحده ، وبهذا قال أبو حنيفة ،
وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد

ووجه هذا الوجه أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذناً فيه
عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به فلاك ، كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه
أو وكل في بيع شيء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالماً بمجرد من عليه
الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه .
وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق
بين كون الحق عيناً أو ديناً .

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة : ان وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه
وكيل في نقلها ، أشبه الوكيل في نقل الزوجة .

(فرع) اذا وكله في بيع شيء ملك تسليمه ؛ لان اطلاق التوكيل في البيع
يقتضى التسليم لكونه من تمامه ، ولم يملك الابراء من ثمنه ، وبهذا قال أحمد .
وقال أبو حنيفة : يملكه

دلينا أن الابراء ليس من البيع ولا من ثمنه ، فلا يكون التوكيل في البيع
توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه

(فرع) وأما قبض الثمن فعلى وجهين ، ان قلنا انه قد يوكل في البيع من
لا يأمنه على قبض الثمن فعلى هذا ليس له قبض الثمن . وان قلنا ان العرف في
البيع تسليم المبيع وقبض للثمن . وأنه موجب للمبيع ملك القبض فكان كالتسليم
المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن ، فاذا سلمه قبل قبض ثمنه
ضمنه ، والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله
في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض
الوكيل له كان ادنا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له ، لان ظاهر حال
الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل

ذلك مضيعة مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه ، وبالوجهين قال
أحمد وأصحابه .

قال الماوردي في الحاوي : لو وكله في المطالبة بدين لم يكن له قبضه بعد
المطالبة ، وان وكله في المخاصمة في دار يدعيها لم يكن له قبضها . ولو وكله في اثبات
منفعة يستحقها لم يكن له انتزاعها وكان عمل الوكيل في هذه الاحوال كلها مقصورا
على ما تضمنه الاذن

والقسم الثاني ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً الى ما تضمنته الوكالة من
مقصوده ، وهو ما كان مقصود واجبا على الموكل ، كالتوكيل في بيع أو شراء
فله اذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن . وان لم يصرح له الموكل به ، لان
عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه ، وهو مندوب الى أن لا يسلمه الا بعد قبض
ثمنه ، فلذلك جاز أن يتجاوز العقد الى تسليم المبيع وقبض ثمنه

وهكذا لو وكله في شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها ، فان الشراء
قد أوجب عليه دفع الثمن ، وهو مندوب الى أن لا يدفع الثمن الا بعد قبض
المبيع ، فان وكله في البيع على أن لا يقبض الثمن من المشتري صححت الوكالة ولم
يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان في الوكالة وجهان
ذكرهما أبو علي الطبري في افصاحه

(أحدهما) تصح الوكالة ، كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فاذا أخذ تسليم
المبيع أخذ به الموكل

(والوجه الثاني) أن الوكالة باطلة ، لان اقباض المبيع من لوازم البيع فاذا
نهاه عنه بطل التوكيل

(القسم الثالث) ما اختلف المذهب ، هل يكون عمل المذهب فيه مقصوراً
على ما تضمنه الاذن أو تجوز له المجاوزة الى ما أدى اليه ، وهو ما لا يمكن من عمل
المأذون فيه الا به كالكافة في مقاسمته في دار وقبض الحصنة منها اذا جحد
الشريك ، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها واثبات الحجج والبيانات عليها ،
وكالوكالة في قبض دين ، أما جحد المطلب هل يجوز للوكيل مخاصمته واثبات

البيئة عليه؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج مخرجا (أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن، لأن ما تجاوزه ليس بواجب فيه فشا به القسم الأول.

(والقول الثاني) يجوز له ذلك، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به كالقسم الثاني. والله أعلم اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطاق ولا من جهة العرف، لأنه قد يؤثر البيع في زمان الحاجة، ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده؛ وإن وكله في البيع في مكان — فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقود فيه أجود — لم يحز البيع في غيره، لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقود، فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحداً ففيه وجهان (أحدهما) أنه يملك البيع في غيره، لأن المقصود فيهما واحد، فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر (والثاني) لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته.

(الشرح) الأحكام: قال الماوردي في الحاوي. وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يوكل لأميرين (أحدهما) أنه لما أقامه فيه مقام نفسه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه (والثاني) أن المقصود بوكالته حصول العمل في الحالين لو كله. وهذا خطأ من وجهين:

(أحدهما) أن فعل الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن من غير مجاوزة، وليس في التوكيل مجاوزة

(والثاني) أن الموكل يسكن في عمله إلى أمانة وكيله فلم يجوز أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته كالوديعة التي لا يجوز للدودع أن يودعها عند غيره، لأن المالك لم يرض إلا بأمانته. فأما استدلاله بأن هذا أقامه مقام نفسه فلعمرى أنه

كذلك في فعل ما وكل فيه لا في غيره ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء
وان كان للوكل أن يهب ويبرىء لأنه لم يأذن له فيه ، فكذلك في التوكيل .
وأما الجواب عن قولهم بأن الفرض حصول العمل فهو كذلك لكن قد خصه
به وارضى أمانته ، كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره
في عمله ، لأن قصد المستأجر إنما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله
لا بفعل غيره . كذلك ها هنا .

قلت : وللكلام المصنف هنا دلالة على ما يترتب على مخالفة الإذن ومجاورته
من أحكام ، فمثلاً إذا أذن الموكل للوكيل بالبيع في زمان فباع قبله فترتب على
بيعه قبله نقص ثمنه عن مثله في الزمن المحدد لنقص في السن أو الوزن أو الصفة
كان ذلك من ضمان الوكيل . وكذلك إذا باعه بعد الزمان الذي أذن له فيه فترتب
على ذلك ما ذكرنا كان من ضمانه .

وكذلك إذا أذن له في مكان لمصلحة يراها الموكل لكثرة الطالبين للساعة في
ذلك المكان أو لكثرة الثمن أو جودة النقد فلا يملك الوكيل مخالفة مضمون
الإذن ، فإذا كان الثمن في كل هذه الأحوال التي خالف فيها متفقاً مع الزمن
المطلوب أو المكان المطلوب بحيث لا يفوت الموكل شيئاً من الفائدة فهل يجوز
للوكيل مخالفة الإذن ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له ذلك ، لأن المقصود فيها
واحد (والثاني) لا يجوز ، لأن الموكل أعرف بما هو الأخط له وعلى الوكيل
الامتثال لأمر الموكل

قال المساوردي في الحاوي : أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع
وكيله يصبح معه العقد ولا يبطل به البيع ، فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط
المأذون فيه ولا يتجاوزه إلا أن يكون الشرط بالمجاوزه موجوداً مع زيادة فصح
البيع حينئذ على ما سئله ولا تكون الزيادة مانعة من صحته . فأما إذا نهى في بيعه
على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بيعه على غيره لأنه المقصود
بالتمليك فلم يصبح عدول الوكيل عنه كالمهبة ، فعلى هذا لو مات ذلك الرجل بطلت
الوكالة بالبيع . ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه .

ولو كان حيا وامتنع من ابيئاعه لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد ،
وأما إذنه ببيعه في زمان بعينه فلازم ، ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان
ولا بعده : أما قبله فلأن وقت الاذن لم يأت ، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات
وقد يكون للإنسان غرض صحيح في استيفاء ملكه الى زمان بعينه .

فأما إذنه في مكان بعينه — فإن كان فيه غرض صحيح لاختلاف الاسعار
باختلاف الاماكن أو جودة النقود وهو شرط لازم فلا يجوز للوكيل أن يبيعه
في غير ذلك المكان ، فان فعل وسلمه فالبيع باطل وهو بالتسليم ضامن ، فإن لم
يكن في ذلك المكان غرض صحيح ، ولا معنى مستفاد نظر في صفة إذنه ، فإن كان
قال : لا تبيعوا إلا في مكان كذا أو في سوق كذا لزم ، وكان بيع الوكيل في غير
ذلك المكان باطلا لصريح النهى عنه .

وإن قال : بعه في سوق كذا أو في مكان كذا ، ولم يصرح بالنهى عما سواه ففي
لزوم اشتراطه وجهان .

(أحدهما) أنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غيره ، لانه أملك
بأحوال إذنه .

(والوجه الثاني) أنه شرط غير لازم لفساد الغرض المقصود به ، والأول
أشبه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكله في البيع من رجل لم يجوز أن يبيع من غيره ، لانه قد
يوثر تملكه دون غيره ؛ فلا يكون الاذن في البيع منه إذنا في البيع من غيره ،
وان قال خذ مالي من فلان فإذن لم يجوز أن يأخذ من ورثته ، لانه قد لا يرضى أن
يكون ماله عنده ، ويرضى أن يكون عند ورثته ، فلا يكون الاذن في الاخذ منه
إذنا في الاخذ من ورثته ، وإن قال : خذ مالي على فلان فإذن ، جاز أن يأخذ من
ورثته ، لانه قصد أخذ ماله ، وذلك يتناول الاخذ منه ، ومن ورثته ، وان وكل
العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل ، فأخذت منه القيمة لم يجوز له بيع القيمة ، لأن
الاذن لم يتناول بيع القيمة .

(الشرح) الأحكام : فأما إذنه على رجل بعينه فلازم ، لأنه المقصود بالتوكيل فلم يصح عدول الوكيل عنه كما أوضح ذلك الماوردي فيما نقلناه في الفصل قبله ، وأما إذا قال الموكل لو كئيله : قد وكلتك في استيفاء مالي (على) زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، فإذا قال الموكل لو كئيله : قد وكلتك في استيفاء مالي (من) زيد فمات زيد لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، والفرق بينهما أن الأمر باستيفائه من زيد في الأول متوجه إلى المال لحاج أن يستوفيه من ورثته والأمر باستيفائه من زيد في الثاني متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه ، فلم يجز أن يستوفيه من غيره .

فإذا وكل المدل لامانته وصدقه في بيع الرهن فأتلفه غيره فأخذت القيمة من المتلف فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل ، لأن الإذن لا يتضمن بيع القيمة ، وإنما كان قاصراً على بيع الرهن وليست القيمة عين الرهن

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد ، لأن الشرع لم يأذن فيه ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه ،

(الشرح) الأحكام : إذا وكله في بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع حر أو بيع مالا يملك كالمغصوب أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو البيع بغير جنس الأثمان ، أو بيع مباح بمحرم أو باع بمالا يتغابن الناس بمثله على ما سيأتي تفصيله أو أعطاه دراهم ليس فيما لا يجوز السلم فيه كاللحم والثياب على ما مضى في كتاب السلم وكتاب البيوع بطلت الوكالة لأن الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل ، وما كان محظوراً على الوكيل لنفسه كان محظوراً عليه نيابة لغيره ، فإذا استبدل المبيع المحرم بمباح أو أبدل المسلم فيه بمجاز السلم فيه لم يملك ذلك من قبل أنه لم يأذن له الموكل في ذلك ، لأن مقتضى الوكالة في الإذن في البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد إلى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة في الفاسد من جهة الشرع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وكل فى بيع ساعة لم يملك بيعها من نفسه من غير اذن ، لان العرف فى البيع أن يوجب لغيره حمل الوكالة عليه ، ولان اذن الموكل يقتضى البيع من يستقضى فى الثمن عليه ، وفى البيع من نفسه لا يستقضى فى الثمن ، فلم يدخل فى الاذن ، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه ؟ فيه وجهان . (أحدهما) يملك ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لانه يجوز أن يبيع منه ماله ، لجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي .

(والثانى) لا يجوز : وهو قول أبى اسحاق ، لانه متهم فى الميل اليهما كما يتم فى الميل الى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما ، كما لا تقبل شهادته لنفسه ، فان اذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان .

أحدهما : يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة فى طلاقها .

والثانى : لا يجوز ، وهو المنصوص لانه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل ، والاسترخاء لنفسه فتانما ، ويخالف الطلاق ، فانه يصح بالزوج وحده ، فصح بمن يوكله ، والبيع لا يصح بالبايع وحده ، فلم يصح بمن يوكله ، وان وكل رجلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لانه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه .

وان وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح لانه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح ، كما لو وكله أحدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه . والثانى : يصح ، لانه لا يتم فى إقامة الحججة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فان وكل عبد الرجل ليشترى له نفسه أو عبدا غيره من مولاة ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لانه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاة جاز توكيله فى الشراء من مولاة (والثانى) لا يجوز ، لأن يد العبد كيد المولى ، ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده . ثم لو وكل المولى فى الشراء من نفسه لم يجز فكذلك اذا وكل العبد .

(الشرح) الأحكام : إذا وكله في بيعها لا يجوز له أن يبيعهما من نفسه ، فإن أذن له كان بيعاً ، فإن وقع حين التسليم وعقد الوكالة كان بيعاً ولا عبرة بالوكالة ولأن العرف في البيع وأيضاً أحكام الشريعة في البيع تقوم على الإيجاب ، والإيجاب هو أن يوجب لغيره ، ولأن أذن البيع يقتضى من الوكيل أن يبيع بما هو الاخط في الثمن من حيث استقصاء الثمن بغير محاباة ، فلو باع من نفسه فإنه ربما تغاضى عن مراعاة هذا الاعتبار بمحاباة نفسه ، ولم يدخل في الإذن . ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للوكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم وأب الطفل ، ولأنه لما كان الوكيل في البيع لا يملك الثمن ويكون الثمن بالعقد ملكاً للموكل وجب أن يكون الوكيل في الشراء لا يملك الثمن ويكون الملك بالعقد واقعاً للموكل

وأما الجواب عن استدلالهم بالشفعة فننتقض بولى اليتيم وأب الطفل ، ثم المعنى في الشفيع أنه يملك المبيع بالشفعة دون العقد . وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن فسيذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالا عنه . وأما الجواب عن استدلالهم بأن تمام العقد لمتعاقدين فكذا موجه من الملك يكون واقعاً بالمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولى اليتيم وأب الطفل وبالعقد النكاح ، وليس لهم استدلال في المسألة يسلم من الكسر .

(فرع) قال فى الحارثى : قال المزنى : أعلم للوكيل والوصى أن يشترى من نفسه . أعلم أن النيابة فى البيع والشراء قد يكون من أربعة أوجه ، أحدها من جهة النسب ، وهى الأب والجد على ابنة الطفل ، والثانى من جهة الحسب ، وهى للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه . والثالث من جهة الوصية ، وهى وصاية الأب والجد وغيرها على الطفل ممن تصح وصايته . والرابع من جهة الوكالة ، وهو الوكيل الرشيد ، فاختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم يبيعه ، ويشترى من أنفسهم ما لهم شراؤه ؟ على أربعة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك والأوزاعى أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشترى من أنفسهم .

والمذهب الثاني ، وهو قول زفر بن الهذيل : أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم
والمذهب الثالث ، وهو قول أبي حنيفة : أنه يجوز ذلك لجميعهم إلا الوكيل وحده . والمذهب الرابع ، وهو مذهب الشافعي : أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الأب وحده والجد مثله

واستدل من ذهب إلى جواره لجميعهم بأن المقصود في البيع حصول الثمن وفي الشراء حصول المشتري . ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشراء بخلاف النكاح ، فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره لحصول المقصود في الحالين ، وقياساً على الأب أن كل من جاز له بيعه على نفسه كالأب

واستدل من منع جواره لجميعهم بأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره ، والنائب مندوب إلى طلب الحظ المستبين فإن باع نفسه انصرف بحجة الطبع إلى حظ نفسه ، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجز ، وقياساً على الوكيل لأنه نائب في العقد عن غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه

واستدل من منع منه للوكيل وحده ، وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل غير جائز الأمر فكان مأذوناً له من غير ولاية نصار أنقصر حالاً من ذى الولاية . فجاز للولى مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب ، ولم يجز لتغير ذى الولاية كالوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبي

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه ، ما روى أن رجلاً أوصى إلى رجل بوصية فأراد الوصى بيع فرس من التركة على نفسه ، فسأل عبد الله بن مسعود عن جواره فقال لا . وليس نعرف له مخالفاً في الصحابة ولا جملة الضبيع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه . ولأن كل من كانت ولايته لغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الأب مجبول بحبوية الابوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والابنار على نفسه والاستكثار لولده ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : الولد مجبنة مبخلة مجهولة ، فأنفقت التهمة عنه في مبايعة نفسه . وهذا المعنى مفقود فيمن عداه ، فصار هذا الحكم لاختصاصه

بمعناه مقصوراً عما به منتفياً عما سواه. وهذا دليل وانفصال، فلو وكل الابن البالغ أباه في بيع سلعة، فاختلف أصحابنا هل يجوز له بيئها على نفسه أم لا؟ على وجهين: (أحدهما) يجوز كما لو كان في حجره تغليباً لحكم الأبوة (والثاني) لا يجوز، لأن ارتفاع الحجر يقتضى تغليب الوكالة.

(فرع) فأما الوصى والوكيل إذا أراد بيعهما المتولاه بالوصية والوكالة، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه

(والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مقهور في الميل إلى ولده كما كان مقهوراً في الميل إلى نفسه. ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجز مبايعة ولده بما لغيره، كما لم يجز مبايعة نفسه أو يشتري من نفسه، فذهب الشافعي رضي الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافي المقصود والغرض من الوكالة

قال الماوردي: لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله، وإذا كان هو المشتري انصرف منه إلى الاستقصاء لنفسه. وقال ابن سريج: يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عتقها

قال الماوردي: وهذا خطأ لما ذكرنا في الفرق بين البيع والطلاق والعتق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان، فصار بالميل إلى نفسه متبهماً فيه، وليس في الطلاق والعتق لمن تصير بالميل إلى نفسها متبهماً فيه (والثاني) أن العتق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات، والبيع أضيق حكماً منهما.

(والثالث) أنه ليس في الطلاق والعتق قبول معتبر. وفي البيع قبول معتبر فلم يجز أن يكون البازل قابلاً.

فأما إذا وكله رجل في بيع سيارته ووكله آخر في شراء السيارة الموكل في بيئها لم يجز لتنافي المقصود في العقدين، وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين، فإن أراد أن يقيم على أسبقهما في بيع أو شراء جاز؛ وإن أراد أن يقيم على الثانية فيهما يبعاً كان أو شراءً احتمال وجهين، لأن ثبوت الأول يمنع من جواز الثانية

والوجه الثاني : يجوز ، لأن الوكالة لا تلزم ، فلم يكن للمتقدمة منها تأثير ،
وتبطل بقبول الثانية . ومثل ذلك يقال في التوكل في الخصومة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وإن وكل في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري معيباً لأن
إطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب ، ولهذا لو اشترى عيناً فوجد بها عيباً
ثبت له الرد ، فإن اشترى معيباً نظرت ، فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح
الشراء للموكل ، لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه ، فلم يصح له ، وإن اشتراه وهو
لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل إما أن يرضى به أو لا يرضى ، فإن لم يرض به
نظرت ، فإن علم الموكل ورضى به لم يجز للوكيل رده ، لأن الرد لحقه وقد رضى
به فسقط . وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد ، لأنه ظلامة حصلت بعقده
فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه

فإن قال له البائع : آخر الرد حتى تشاور الموكل ، فإن لم يرض قبلته أم يلزمه
التأخير ، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره ، وإن قبل منه وأخره بهذا الشرط
فهل يسقط حقه من الرد ؛ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة

(والثاني) لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب ، فإن ادعى البائع أن الموكل علم
بالعيب ورضى به فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الرضا ، فإن
رضى الوكيل بالعيب سقط خياره ، فإن حضر الموكل ورضى بالعيب استقر العقد
وإن اختار الرد نظرت فإن كان قد سماه الوكيل في الابتياح أو نواه وصدقه البائع
جاز أن يرده ، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب ، وإنما رضى وكيه فلا
يسقط حقه من الرد ، وإن لم يسمه الوكيل في الابتياح ولا صدقه البائع أنه نواه
فلنصوص أن السلعة تلزم الوكيل ؛ لأنه ابتاع في الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له
ومن أصحابنا من قال يلزم الموكل ، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط
الوكيل في ترك الرد ؛ ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب ، لأن الوكيل
صار كالمستهلك له بتفريطه

وفي الذي يرجع به وجهان (أحدهما) وهو قول أبي يحيى البلخي : أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبا عن الثمن ، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشيء ، وإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة تسعين رجع بعشرة ، كما نقول في شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة ؛ فأخذت منه ووزن له المشتري الثمن ، ثم رجع الشهود عن الشهادة فإن الحكم لا ينتقض ويرجع البائع على اليهود بما نقص من القيمة عن الثمن ، فإن كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشيء ، وإن كانت القيمة مائة والثمن تسعون رجع بعشرة

(والثاني) أنه يرجع بأرش العيب ، وهو الصحيح ؛ لأنه عيب قات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش . وإن وكل في شراء سلعة بعينها فاشترها ووجد بها عيباً فهل له أن يرد من غير إذن الموكل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له أن يرد ، لأن البيع يقتضي السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيباً فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة

(والثاني) لا يرد من غير إذن الموكل لأنه قطع نظره واجتماده بالتعيين .

(الشرح) قال المزني رحمه الله تعالى : ولو وكاه بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب . وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الأمر ، فهذا قول الشافعي ومعناه . اهـ

قال الماوردي في الحاوي : اعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء شيء فعلى حالين (أحدهما) أن يعينه (والثاني) أن يصفه ولا يعينه ؛ فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليماً من العيوب لأن إطلاق الصفه يقتضيه ، ويجوز للعامل في القراض أن يشتري السليم والمعيب ، والفرق بينهما أن يشتري الوكيل للقرض ، وليس في المعيب صلاح اللقنتي ؛ وشراء العامل في القراض طلباً للربح ، وقد يوجد الربح في المعيب كوجوده في السليم

فإن اشتري الوكيل شيئاً على الصفة وكان معيباً فعلى ضربين (أحدهما) أن

يشتره عالماً بعيبه فالشراء غير لازم للوكيل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضه الاذن وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الاذن

والضرب الثاني : أن يشتره غير عالم بعيبه فلو وكيل اذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله ، لأن رد المغيب من حقوق عقده . فلو قال له البائع : قد أمهلتنك في رده فطالع موكلك بعيبه لم يلزمه المطالعه وكان له تهجيل الرد لما ذكرنا ، فإن رده ثم جاء الموكل راضياً بعيبه لم يكن لرضاه بعد ذلك تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضى

ولو رضى بغيب قبل رد الوكيل لزوم البيع ولم يكن للوكيل الرد ، ولو رضى رب المال في القراض بغيب المشتري كان للعامل أن يرده بخلاف الوكيل والفرق بينهما أن للعامل في القراض شرك في الربح . وليس للوكيل فيه شرك

فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله راض بالغيب فلا يمين له على الوكيل ، فإن ادعى عليه أنه قد علم برضى موكله بالغيب وكان عايبه أن يخلف أنه ما علم برضى موكله بالغيب ، وإه الرد واسترجاع الثمن . ثم للبائع إذا أراد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يخلفه باقائه أيضاً ما رضى بغيب المشتري الذي ابتاعه موكله قبل رده ، فإن نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن ، وهذا حكم الوكيل إذا رد بالغيب واقه اعلم

فأما إن رضى الوكيل بالغيب نظر في الموكل ، فإن رضى بالغيب كان الشراء لازماً له ، وإن لم يرض بالغيب نظر في عقد البائع فإن كان قد سمى موكله فيه فله الرد ، لأن مالك المشتري لا يلتزم عيباً لم يرض به ، وإن لم يسم الموكل في عقده نظر في البائع ، فإن صدق المبيع أن عقد الشراء لموكله كان له الرد ، وإن لم يصدقه حلف له : ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه وفي كيفية رجوع الموكل به وجهان :

(أحدها) وهو قول أبي يحيى البلخي : أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يساوي معيباً بمثل ما اشتراه فلا شيء له على الوكيل لعدم النقص في الثمن استشهد أداً بأن من ادعى بيع سيارته بمائة على رجل وأنكر ، وأقام المدعى بينة بالبيع لحكم له بالثمن ثم رجعت الشهود ، فإن كان ثمن السيارة مائة

فلا غرم على الشهود ، وإن كان ثمنها أقل من مائة غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنها .

والوجه الثاني ، وهو قول جمهور أصحابنا : أنه يرجع على الوكيل بأرض العيب سواء كان يساوي قدر ثمنه معيباً أم لا ، لأن العيب إذا فات معه الرد كان مقدراً بالأرض ، وإن لم يكن معتبراً بنقص الثمن ، وليس كالذي استشهد به من رجوع الشهود ، لأن غارم الثمن بشهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم ، فإذا وصل إليه من الثمن لم يبق له حق بغرمه ، فهذا حكم التوكيل في شراء سيارة موصوفة ، فأما إذا كانت السيارة معيبة فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يردّها قبل استئذان موكله أم لا ؟

على وجهين (أحدهما) وهو قول جمهور أصحابنا لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيها ، لأنه بالتعيين فيها قد قطع اجتهاده فيها ، ولعله قد أمره بشرائها مع علمه بعيبها .

والوجه الثاني وهو قول أبي حامد الاسفراييني : له الرد من غير استئذان ، لأن الرد من حقوق عقده ، ولأنها لا تكون مأخوذة به إن لم يرض الموكل بعيبها هذا والله الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل في بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على بعضه ، لأن العرف في بيع العبد وشراؤه أن يعقد على جميعه ، فحمل الوكالة عليه ، ولأن في تبعيضه إضراراً بالموكل فلم يملك من غير إذن ، وإن وكل في شراء أعبد أو بيع أعبد جاز أن يعقد على واحد واحد ، لأن العرف في العبيد أن تباع وتفتري واحداً واحداً ، ولأنه لا ضرر في أفراد بعضهم عن بعض ، وإن وكله أن يشتري له عشرة أعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ، ففيه وجهان ، قال أبو العباس : يلزم الموكل ، لأنه اشترى صفقة واحدة ، ومن أصحابنا من قال : لا يلزم الموكل ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان (فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن ،

ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن ، لأن إطلاق البيع يقتضى نقد البلد ، ولهذا لو قال : بعثك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد ؛ وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما ، لأن نقد البلد هو الغالب ، فإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للدوكل ، لأنه مأمور بالنصح له ، ومن النصح أن يبيع بالانفع ، فإن استويا باع بما شاء منها لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر غير بينهما وإن أذن له في العقد بنقد لم يجوز أن يعقد بنقد آخر ، لأن الأذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر ، ولهذا لو أذن له في شراء عبد لم يجوز أن يشتري جارية ، ولو أذن له في شراء حمار لم يجوز أن يشتري فرسا .

(الشرح) الاحكام: إذا وكله في بيع الشيء جميعه لانه لا يتجزأ ، أو يتجزأ ولكن الأذن منعقد على أن يباع صفقة واحدة ، فليس له أن يبيع بعضه ، فان قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بسبعين ، فان هذا البيع لا يلزم الموكل ، لانه لا يأمن أن يبيع الباقي بثلاثين

فإن قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بمائة جاز ، لأنه زاد خيرا وأتى بالغرض للدوكل من الحصول على المائة ، وزيادة ملكيته لنصف السيارة ، وليس عليه ضمير من هذه التجزئة . وكذلك توكيله في بيع شيتين بمائة فباع أحدهما بمائة . وبهذا قال أحمد والشافعي ومحمد وأبو يوسف

وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيع بعض الموكل فيه بأى ثمن اذا كان التوكيل مطلقا بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء . أما الشراء فاذا وكله في شراء طن من الورق فاشتره رزمه رزمه ، فاذا كان ثمنه ثمن الطن مرة واحدة جاز اذا لم يختلف بعضها عن بعض نوعا أو وزنا أو لونا أو ملسا ، وعند أحمد لا يصح لعدم الإذن

والذى يدور عليه مفهوم الوكالة هو اذن الموكل أولا ، وتوخي الانفع أو الاخط له ثانيا ، ومراعاة أن يكون النقد الذى يبيع به نقدا محليا ، حتى لا يشق على الموكل الانتفاع به أو الحصول على نقد معتبر متداول معروف ، فقد تنفق بعض النقود في الاسماء ولكنها تختلف من حيث القيمة وجهه الاصدار ،

والمعتبر هو نقد بلد البيع وليس بلد التوكيل ، فقد تعقد الوكالة في باد والمراد بيعه في بلد آخر فيكون البيع بنقد البلد الذي جرى فيه البيع ، وذلك لمعرفة أهل البلد بنقدهم ، وتقويمهم المبيع بنقدهم يمنع وقوعهم في الغرر .

قال المساوردي : لما لم يصح من الوكيل أن يشتري بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد ، وتحريره أنه عقد معاوضه بوكاله مطلقه فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد قياسا على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يحز للوكيل أن يبيع به قياسا على البيع بغير جنس الأثمان والمحرمات ، فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد ذهباً لم يبعه بالفضه ، ولو كان كلا النقدين سواء وليس أحدهما غالباً لزم الوكيل بيعهما بأحظهما للدوكل ، فان استويا كان حينئذ محيراً في بيعه بأيهما شاء ، فان باعه بكلا النقدين فان كان في عقدين صحا جميعا اذا كان مما يجوز تفريق الصفقة في بيعه ، وإن كان في عقد واحد فعلى وجهين أحدهما : يجوز الجمع بين النقدين كما جاز لإفراد كل واحد من النقدين .

والثاني : لا يجوز ، لأن غالب البياعات يتناول جنسا واحدا من الأثمان فلم يحز أن يعدل إلى غالبها ، وباقه التوفيق قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان دفع اليه ألفاً وقال اشتر بعينها عبدا ، فاشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل لأنه لم يرض بالتزام غير الالف ، فاذا ابتاع بألف في الذمه فقد ألزمه في ذمته ألفاً لم يرض بالتزامها فلم يلزمه . وان قال اشتر لي في الذمه وانقد الالف فيه ، فابتاع بعينها فقيه وجهان ، أحدهما أن البيع باطل ؛ لأنه أمره بعقد لا يفسخ بتلف الالف فعقد عقدا يفسخ بتلف الالف ، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به . والثاني أنه يصح لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الالف ومع تلفها وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً ، وان دفع اليه ألفاً وقال اشتر عبدا ولم يقل بعينها ، فقيه وجهان . أحدهما أن مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع اليه الالف دل على أنه قصد الشراء بها ، فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء . والثاني أنه لا يقتضى الشراء بعينها لان الامر مطلق ، فعلى هذا يجوز أن يشتري بعينها ، ويجوز أن يشتري في الذمه وينقد الالف فيه .

(الشرح) الاحكام : إذا أذن له في الشراء بالنقد فاشترى بالنسيئة ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يعين له الثمن الذي يشتري به ، فالشراء غير لازم للموكل لانه إذا اشترى بغير العين كان مخالفاً ولزم الوكيل ، وإن اشترى بالعين إلى أجل كان باطلاً ، ولم يلزم الموكل ولا الوكيل ، وبهذا قال أحمد .

(والضرب الثاني) أن لا يعين له الذي يشتري به فهذا على ضربين (أحدهما) أن يشتريه نسيئاً بما يساوي ثمنه نقداً أو بأقل من ثمن النساء ، فذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما أن الشراء لازم للموكل ، لأنه قد حصل له غرضه في استصلاح مع تعجيل الثمن ، ومن أصحابنا من قال : الشراء غير لازم للموكل لمخالفته ، وبقاء الثمن في ذمته ، وهو قول من زعم أن الوكيل في بيع النساء لا يجوز بيعه نقداً .

(والثاني) أن يشتريه بما يساوي نسيئاً وبأكثر مما يساوي نقداً ، فالشراء غير لازم للموكل لما فيه من التزام فعل النساء والشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله ، وإن ذكره فعلى وجهين .

أحدهما باطل ، والثاني لازم للوكيل . أما إذا أذن له في الشراء بالنسيئة فاشترى بالنقد فالشراء غير لازم للموكل لا يختلف مذهب الشافعي وسائر أصحابه سواء اشترى بما يساوي نقداً أو نسيئاً لما فيه من التزامه التعجيل بما لم يأذن به .

وهكذا لو أذن له أن يشتريه إلى أجل فاشتراه إلى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل ولو اشتراه إلى أجل هو أبعد كان حكمه للوكيل حكمه في النقد إذا اشترى بالنساء فيسكون لازماً للموكل . قال الماوردي : وهذا على مذهب الشافعي رضي الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه غير لازم .

(فرع) إذا دفع الموكل إلى وكيله ليشتري له به سيارة فهذا على ثلاثة أقسام أحدها : أن يأمره أن يشتري بعين المال سيارة فوجب على الوكيل أن يشتري بعين مال موكله ، فإن اشتراه في ذمته لم يلزم الموكل ، وكان الشراء لازماً للوكيل .

وقال أبو حنيفة : الوكيل بالخيار بين أن يشتري الشيء بعين المال وبين أن

يشتره في ذمته ، وهو في كلا الحالين لازم للموكل ، وبني ذلك على أصله : أن الدرهم والدنانير لا يتعينان عنده . قال الماوردي : وهذا خطأ لتعين الدرهم والدنانير عندنا في العقود كما يتعين في الغصوب ، وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع ، ولأن يد الوكيل كيد المودع ، ومال الودعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين ، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله ، وجب أن يكون الشراء محمولا على موجب اذنه ،

والقسم الثاني : أن يأمره أن يشتري في ذمته وينقد المال في ثمنه ، فإن اشتراه في الذمة صح وكان لازما للموكل ، وإن اشتراه بعين المال فقيه وجهار : أحدهما وهو قول أبي علي الطبري ذكره في افصاحه أن الشراء جائز ، وهو للموكل لازم لان العقد على المعين أحوط .

والوجه الثاني وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني : أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لانه غير مالك للمعين ، فلا يلزم الموكل ، لان الموكل قد فوت عليه بالمخالفة غرضا ، لأن العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن ، والعقد على العين يبطل بتلف الثمن . فصار فعل الوكيل مخالفا لامر الموكل ، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشترى السيارة بثمن في ذمته ثم نقد الثمن من عنده ، برىء الوكيل والموكل منه ، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لان أمره بنقد هذا المال في الثمن يتضمن نهيا عن نقده من غيره .

والقسم الثالث : أن يطلق الإذن في الشراء عند دفع المال فيقول : خذ هذا المال فاشتر لي به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون اطلاقه مقتضيا لتعيين أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما — وهو قول أبي علي الطبري : أنه يقتضيه لان تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه ، فعلى هذا ان اشترى في ذمته كان الشراء لازما للوكيل دون الموكل ، والوجه الثاني — وهو قول بعض البصريين : انه لا يقتضى التعيين ؛ لان الاطلاق على العموم ؛ فعلى هذا يكون الوكيل مخيرا بين العقد على العين أو في الذمة ، ومذهب أحمد في هذا كله كنهو مذهبنا .

فإذا تقرر ما أوضحنا فصوره مسألة الكتاب في رجل دفع إلى رجل مالا
ليشترى له به طعاما فنسلف المال قرصاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاما فالشراء
غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن في الشراء بعين المال أو في الذمة .
وقال أبو حنيفة : الشراء لازم للموكل سواء كان الإذن بالعين أو في الذمة
وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقاءه ، فإذا بطلت
الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله ، فلو أن الوكيل لم يستهلك
ولكن تعدى فيه تعدياً صار له ضامناً فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن
الوكالة أم لا ، على وجهين :

(أحدهما) ينعزل عن الوكالة بالتعدي لأنه مؤتمن كالمودع الذي ينعزل
بالتعدي عن الوديعة ، فعلى هذا يكون الشراء لازماً للوكيل دون موكله .
(والوجه الثاني) وهو قول أبي علي الطبري أنه على الوكالة لا ينعزل عنها
بالتعدي مع بقاء المالك كالمترهن لا يبطل الرهن بتعديه ، وإن كان مؤتمناً فعلى هذا
يكون الشراء لازماً للموكل والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه ، ففي الثمن ثلاثة
أوجه (أحدها) أنه على الموكل والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن
عليه ، والوكيل تولى العقد والنزح الثمن فضمنه ، فعلى هذا يجوز للبائع أن
يطلب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه ، فإن وزن
الوكيل الثمن رجوع على الموكل ؛ وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل .
(والثاني) أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذي التزم هو الوكيل
فكان الثمن عليه ، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل ، لأن الثمن عليه ،
ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه ، فإن وزن الوكيل رجوع على الموكل
لأنه التزم بأذنه ، وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل
لا دين له عليه : إنه إذا وزن رجوع ، وإذا لم يزن لم يرجع ، وإن أبرأ البائع
الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن .

(والثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع .

(الشرح) الأحكام : قال الماوردي في الحاوي : فإذا ثبت أن الملك يكون واقعاً بالعقد للموكل دون الوكيل وللوكيل حالتيان :

(إحداهما) أن يذكر اسم موكله في العقد فيقول : قد اشتريت هذا الشيء لفلان بأمره : فيكون الثمن واجباً على الموكل ، وهل يكون الوكيل ضامناً أم لا على وجهين ، حكاهما ابن سريج (أحدهما) عليه ضمانه لأنه عاقد (والثاني) لا يلزمه ضمانه لأنه غير مالك .

(والحال الثانية) أن لا يذكر الوكيل اسم موكله في العقد . ولكن ينوي قبله أن الشراء لموكله ، فعلى الوكيل ضمان الثمن بالعقد .

وهل يصبر الثمن واجباً على الموكل بالعقد ؟ أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج . أحدهما : أنه يكون الثمن واجباً عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد ، فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل ، فإذا أخذه من أحدهما برئاً معاً .

والوجه الثاني : أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد ، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرد به بالعقد ، فعلى هذا يطالب الوكيل وحده بالثمن دون الموكل .

وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه عنه أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج . أحدهما : أنه لا يستحقه عليه إلا بعد أدائه عنه ، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ ، وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل ، فصار الموكل مالكا للمبيع بغير بدل .

والوجه الثاني : أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد وله مطالبة الموكل به قبل أدائه ، وإن أبرأ الوكيل منه رجع به على الموكل ، ولو دفع بالثمن عرضاً رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضاً رجع على الموكل بأقل الأمرين

من الثمن أو قيمة العرض ، فلو أراد الوكيل أن يمتنع الموكل من المبيع إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معا ، لأن البائع لم يبعه منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل ١) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن ، لأن الأصل في البيع النقد ، وإنما يدخل التأجيل لسكاد أو فساد ، فإذا أطلق حمل على الأصل ، فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبيع إلى أجل أكثر منه ، لأنه لم يرض بما زاد على المقدر ، فبقى على الأصل في المنع ، وإن أطلق الاجل فقيه وجهان .

أحدهما : لا يصح التوكيل ، لأن الأجل تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح ، والثاني : يصح ويحمل على العرف في مثله ، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه ، لأنه مأمور بالنصح لموكله ، ومن أصحابنا من قال : يجوز القليل والكثير لأن اللفظ مطلق ، ومنهم من قال : يجوز إلى سنة ، لأن الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة ، وهي الدية والجزية ، والصحيح هو الأول .

وقول القائل الثاني : إن اللفظ مطلق لا يصح ، لأن العرف يخصه ، ونصح الموكل يخصه وقول القائل الثالث : لا يصح لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع ، وهذا وجب باذن الموكل فحمل على المتعارف ، وإن أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد نظرت ، فإن باع بدون ما يساوي نسبيته لم يصح لأن الأذن في البيع نسبيته يقتضى البيع بما يساوي نسبيته فإذا باع بما دونه لم يصح ، وإن باع نقدا بما يساوي نسبيته : فإن كان في وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح ، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه ، وإن كان في وقت مأمون ، فقيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ، لأنه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة ملى فقوت عليه ذلك فلم يصح . والثاني : يصح ؛ لأنه زاده بالتعجيل خيراً ، وإن وكله أن يشتري عبداً بألف فاشتراه بألف مؤجل فقيه وجهان (أحدهما) لا يصح القراء

للموكل لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشتري إلا بما معه (والثاني) أنه يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيراً .

(فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن لأنه شرط لا حظ فيه للموكل ، فلا يجوز من غير إذن كالأجل ، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن اطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط (والثاني) يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار .

(الشرح) الاحكام : ان بيعة بالثمن المؤجل من غير إذن موكله لا يجوز ، ودليلنا أن الأجل في البيوع يدخل تارة في الثمن فيكون سلماً ، وتارة في الثمن فيكون ديناً ، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل في الثمن فيجعله ديناً ، وتحريمه أنه تأجيل أحد العوضين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع اطلاق الإذن قياساً على تأجيل الثمن ، ولأن الأجل لما لم يلزم المالك في عقده ، ولا شرط صريح لم يلزم الموكل الا بإذن صريح ، لأن اطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الأجل أو قصر .

فأما الجواب عن الاستدلال بأن اطلاق الإذن يقتضى العموم فهو أنه خطأ في القول ، بل الإطلاق في الإذن يقتضى العرف بدليل أن اطلاق الإذن بالشراء لا يقتضى عموم الاثنية كذلك اطلاق الإذن بالبيع لا يقتضى عموم البيوع . وأما قياسه على نقد البلد فالمعنى فيه أن المعهود يقتضيه ، وأما قياسه في الأجل على خيار الثلاث فلاصحابنا في جوازه للوكيل وجهان سيأتي بيانهما ، والقياس منتقض بالأجل في الثمن ، ثم المعنى في خيار الثلاث أنه لما ملكه الوكيل في الشراء ملكه في البيع ، ولاصحابنا في جوازه للوكيل وجهان .

أحدهما : لا يصح من الوكيل ، فعلى هذا سقط الدليل .

والثاني : يصح منه والقياس عليه منتقض بالأجل في الثمن ، فهذا حكم العقد

مع اطلاق إذن الموكل ، وما يلزم من الشروط في عقد التوكيل .

وأما حالة التقييد مثل أن يكون إذن الموكل في البيع مقيداً بشرط ، فإن كان الشرط مبطلا للعقد كالأجل المجهول ، وهو كما يقول المصنف باطل على أحد الوجهين ، لأن الأجل يختلف فيكثر فيها الغرر ، وكالحبصار أكثر من ثلاث إلى ما جرى هذا المجرى الذي يبطل معه العقد على وجه من الوجوه ؛ فقد صار الموكل بها آذناً لو كيله بالبيع الفاسد ، فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذي أذن فيه الموكل كان فاسداً ، وإن رضى المالك بفساده ؛ فإذا أذن له في الأجل وأطلق الأجل فإن الصحيح بطلانه كما قلنا .

والثاني وهو وجه عند أصحابنا وبه قال أبو حنيفة : يصح . ويحمل على العرف في مثله ، لأن المطلق يحمل على المقيد نصاً أو عرفاً ، فإن لم يكن ثم عرف اجتهد في البيع بأحظ وأنفع ما يقدر عليه لموكله ، لأنه مؤتمن له ومن خصاله النصح له ومن أصحابنا من أجاز بيعه على أي نحو ولو لم يتجر الأنفع لموكله

ومنهم من قيد الإطلاق الأجل بسنة قربة ، لأن الله تعالى جعل عدة الشهور اثني عشر شهراً ، ولأن الجزية والدية والزكوات لأنها ديون شرعية في ذمة المكلفين بها مقدرة بالسنة ، فإذا أطلق الموكل حملنا إطلاقه على القيد الشرعي في الديون الشرعية ، والقول الأول هو الذي جعله الماوردي في الحاوي قولاً واحداً للمذهب ولم يحك غيره ، أما المصنف رحمه الله فقد ساق الأقوال كلها ثم رجح الأول .

ثم هو إذا خشي تلف المال أو سطو غاصب عليه أو كساده مما يلحق الضرر بموكله جاز له أن يبيع ولو لم يأذن له الموكل إذا لم يجد مشترى با نقداً
فإذا قدر الموكل له الأجل لم يصح أن يؤجل أكثر منه

(فرع) إذا باع نقداً ما هو مأذون فيه بأجل نظرت فإن تساوى ثمن المبيع نقداً مع ما قدره الموكل للثمن استأ ، فعلى وجهين (أحدهما) يصح لأنه زاد خيراً بتمجيل الثمن .

(والثاني) لا يصح لأنه قد يكون له غرض في جعل الثمن في ذمة مليء كأنه ودبعة في صورة دين فقوت عليه هذا القصد فلم يصح

(فرع) لا يجوز أن يشترط الوكيل الخيار للمشتري ولا لوكيله ، قال يجوز له أن يقبل شرط الخيار من غير اذن موكله في البيع أو في الشراء . وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه قيد المطلق بشرط ليس مأذونا فيه .

والوجه الثاني : إذا رأى أن هذا الشرط أنفع لموكله للاحتياط ولضمان مصلحته فإنه يصح واقفه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن به من غير إذن ، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن ، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع ، والزيادة على ثمن المثل في الشراء اضرار ، وترك النصح ، ولأن العرف في البيع ثمن المثل ، فحمل إطلاق الإذن عليه ، فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجوز أن يبيع بثمن المثل لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل ، ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة

وإن باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد في حال الخيار ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه فسخ البيع ، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك .

(والثاني) يلزمه الفسخ وهو الصحيح ، لأن حال الخيار كحال العقد . ولو حضر في حال العقد من يزيد وجب البيع منه ، فكذلك إذا حضر في حال الخيار وقول القائل الأول : إنه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك ، لا يصح لأن الظاهر أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك ، وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله ، بأن باع ما يساوي عشرة بتسعة صح البيع . وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بأحد عشرة صح الشراء ولزم الموكل ، لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل ؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه ففيه عنه

وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بائني عشر فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء ، لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه ، وإن كان في الذمة لزم الوكيل لأنه اشترى في الذمة بغير إذن فوق المملك له . وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع لأنه بيع غير مأذون فيه ، فإن كان المبيع باقياً رداً ، وإن كان تالفاً وجب هبمانه

وللوكيل أن يضمن الوكيل لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه ؛ وله أن يضمن المشتري لأنه قبض ما لم يكن له قبضه ، فإن اختار تضمين المشتري ضمن جميع القيمة ، وهو عشرة ، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكامل البدل ، وإن اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال

(أحدها) أنه يضمنه جميع القيمة ، لأنه لزمه رد المبيع ضمن جميع بدله (والثاني) يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز ، فلا يضمن ما زاد ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم

(والثالث) يضمنه درهماً لأنه لم يفرض إلا بدرهم ، فلا يضمن غيره ويضمن المشتري تمام القيمة وهو تسعة ؛ وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري ، وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل ، لأن المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه .

وإن قدر الثمن فقال : بع بألف درهم ، لم يجوز أن يبيع بما دونها ، لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها ، وإن باع بألفين نظرت ، فإن كان قد عين من يبيع منه لم يجوز ؛ لأنه قصد تملكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه ، وإن لم يعين من يبيع منه جاز . لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف . لأن من رضى بألف رضى بألفين

وإن قال بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجوز أن يبيع بما زاد ، لأنه صرح بالذمى فدل على غرض قصده فلم يجوز مخالفته . وإن قال بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح لأنه حصل له الألف وزيادة ، فصار كالموكل لو باع بألف درهم (والثاني) أنه لا يصح ، لأن الدرهم والثوب تنقسم على السلعة فيمكن ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب . وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن . فإن

الاذن يقتضى البيع بالنقد . فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفة

وإن وكله في بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز ، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف ، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف ، فإن باع نصفه بما دون الألف لم يصح ، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف . وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الألف لم يصح ، لأنه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الألف ، وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز ، لأن من رضى ببيع ثلاثة بألف رضى ببيع أحدهم بألف

وهل له أن يبيع الآخرين فيه وجهان (أحدهما) لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف (والثاني) أنه يجوز لأنه أذن له في بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم ، كما لو لم يقدر الثمن . وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف . لأن من رضى أن يشتري عبداً بمائة رضى أن يشتريه بخمسين ، وإن قال اشتر بمائة ولا تشتري بخمسين جاز أن يشتري بمائة ، لأنه مأذون فيه ، ولا يشتري بخمسين لأنه منهى عنه ، ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة ، لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضى بالشراء بما دونها ، ثم خرج الخمسون بالزهي وبقي فيها زاد على ما دل عليه المأمور به

وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن مادونها أولى إلا فيها أخرجه الزهي (والثاني) لا يجوز لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن مادونها أولى بالمنع . وإن قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتره بمائة وعشرة لم يلزم الموكل .

وقال أبو العباس يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة ، والمذهب الأول ، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل . كما لو قال اشتر لي عبداً فاشتره بأكثر من ثمن المثل ، ولأنه لو قال: بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح ، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة ، فكذلك

إذا قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتره بمائة وعشرة . لم يلزم الموكل ، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة .

وإن وكله في شراء عبد بمائة فاشترى عبدا بمائتين وهو يساوي المائتين ، لم يلزم الموكل ، لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين ، وإن دفع اليه دينارا وأمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين ، فإن لم تساو كل واحدة منهما دينارا لم يلزم الموكل لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي دينارا ، وإن كان كل واحدة منهما تساوي دينارا نظرت ، فإن اشترى في الذمة ففيه قولان .

(أحدهما) أن الجميع للوكل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي دينارا ليشتري له شاة فاشترى شاتين فباع إحداها بدينار وأتى النبي (ص) بشاة ودينار فدعا له بالبركة ، ولأن الأذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار ، لأن من رضى شاة بدينار رضى شاتين بدينار

(والثاني) أن للوكل شاة لأنه أذن فيه ، والآخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل ، فوقع الشراء للوكيل

فإن قلنا أن الجميع للوكل فباع إحداها فقد خرج أبو العباس فيه وجهين (أحدهما) أنه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح (والثاني) أنه يصح لحديث عروة البارقي ، والمذهب الأول ، والحديث يتناول

وإن قلنا إن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار ، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار ، فإن قلنا فيها اشترى في الذمة : إن الجميع للوكل كان الجميع ههنا للوكل . وإن قلنا : إن إحداها للوكيل والآخرى للوكل صح الابتاع للوكل في إحداها ويبطل في الآخرى ، لأنه لا يجوز أن يحصل الابتاع له بمال الموكل قبطل .

(الشرح) حديث عروة البارقي مر في غير موضع الكلام عليه في البيع والربا وأول الوكالة ، وقد أوفيناها حقه من البحث فليراجع .

أما الأحكام فقد قال المزني : ومن باع بما لا يتغابن الناس بمثله ففيه مردود .

لأنه تلف على صاحبه ، فهذا قول الشافعي ومعناه . وهذا صحيح . قال الماوردي للموكل فيما أذن له ببيعه حالتيان : حالة إطلاق . وحالة تقييد . فأما حالة الإطلاق فهو أن يأذن لوكيله في البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيده بشرط ، أو على صفة ، فعلى الوكيل في بيعه ثلاثة شروط :

(أحدها) أن يبيعه بمقابل نقد البلد ، فإن عدل إلى غيره لم يجز والشرط الثاني : أن يبيعه بشمن مثله ، فإن باعه بما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل ، كان يبيعه نافذاً ، ولموكله نافذاً استدلالاً بأن إطلاق الإذن يشتمل على عموم البيع ، وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل ، كالمطلق من عموم الكتاب والسنة ، فلما كان اسم البيع ينطبق على المبيع بغير نقد البلد وبملا يتغابن الناس به وعلى المؤجل ، وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه ، كما لو باعه بنقد البلد وبشمن المثل وبالمعجل . ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع بجنس الأثمان فصح كالمبيع بنقد البلد

واستدل على جوازه إلى أجل بأن الأجل مدة ملحقة بالعقد لجاز أن يملكها الوكيل قياساً على خيار الثلاث ، وهذا كله خطأ . والدليل على ما قلنا على الشرط الأول وهو أن يبيعه بغير نقد البلد لا يجوز هو أنه لما لم يصح من الوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد . وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب ألا يصح بغير نقد البلد ، قياساً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات

والدليل على الشرط الثاني ، وهو أن يبيعه بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز هو أنه عقد معاوضة عن وكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بأكثر من شمن المثل قياساً على الشراء ولأن من لم يملك الهبة في مال لم يملك المحاباة فيه كالرصى والعبد المأذون له في التجارة ، ولأن المحاباة كالهبة لا اعتبارها من الثالث ، فلما لم يصح من الوكيل في البيع هبة المال أو بعضه لم تصح منه المحاباة فيه .

وتحريره أنه عقد استهلاك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون باطلا كالهبة ، فإذا ثبت ما ذكرنا وأن المثل معتبر ، وأن البيع بما لا يتغابن الناس

بمثله ، فالاعتبار بالنبن عرف الناس في مثل المبيع ، وليس له حد مقدر .
وقال مالك : حد النبن في البيوع الثلث فصاعداً لقوله صلى الله عليه وسلم
« الثلث والثلث كثير ،

وقال أبو حنيفة : حد النبن من العشر فصاعداً لأنه أقل ما يجب في زكوات
الزروع والثمار .

قال الماوردي : وكلا المذهبين فاسد ، لأن عرف الناس فيما يكون غبنا كثيراً
يختلف باختلاف الأجناس ، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبنا كثيراً ؛
وهو الحنطة والشعير والذهب والورق . ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً
يسيراً ، كالزبيب والجوهر ، فلم يجوز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه في عرفهم .
ووجب الرجوع فيه إليهم .

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله كان يبيعه باطلاً ولا ضمان عليه ما لم
يسلم المبيع : فإن سلمه كان ضامناً ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً ، فإن هلك
في يد المشتري كان كل واحد من الوكيل والمشتري ضامناً . أما المشتري فضامن
بجميع القيمة ؛ لأنه فاض عن عقد بيع فاسد . وأما الوكيل ففي قدر ما يضمنه
قولان ذكرهما الشافعي في كتاب الرهن الصغير (أجدهما) أنه يضمن جميع القيمة
(والثاني) أنه يضمن ما غبن به من قدر المحاباة ؛ لأن به فسد العقد ولزم الضمان
وقد مضى من التفريع في كتاب الرهن ما يقتنع .

والدليل على الشرط الثالث وأن يبيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الاجل
في البيوع يدخل تارة في الثمن فيصير سلماً ، وتارة في الثمن فيكون ديناً ، فلما لم
يجز للوكيل أن يدخل الاجل في الثمن لم يجوز أن يدخل الاجل في الثمن على
مامضى في الفصل قبله

(فرع) قال الماوردي رحمه الله تعالى :

« وأما المختص بقدر الثمن وصورته أن يقول : بع بمائة درهم ، فلا يجوز أن
يبيعه بأقل منها ولو بقيراط ، فإن فعل كان البيع باطلاً ، ولو باعه بأكثر من مائة
درهم كان البيع جائزاً لحصول المائة التي أَرادها ، والزيادة عليها زيادة حظ له ،

إلا أن يكون قد أسره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه ، فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة ، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره ؛ لأنه لما نص على القدر صار مسامحا له بالزيادة عليه . فلو باع نصف العبد بمائة درهم صح البيع ، لأن بقاء نصف العبد مع حصول المائة التي أرادها أحظ ، فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجوز لتفويت ما أراده من كمال الثمن وتفريق الصفقة . فلو وكله ببيع عبيد فباع كل عبد في عقد ، فإن لم يذكر له قدر الثمن جاز . لأن العادة في بيع العبيد جارية بإفرادهم في العقود . ولو ذكر له قدر الثمن فقل : بيع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم . فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجوز لأنه قد لا يشتري العبدان الآخران بما بقي من تسكئة الألف وإن باع أول صفقة بأكثر من ألف درهم جاز . وهل يجوز بيع الاثنين الآخرين بعد حصول الألف ؟ على وجهين

أحدهما : لا يجوز ، لأن مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه ، فصارت الوكالة مقصورة عليها وباطلة فيها سواها

والوجه الثاني : أنه يجوز له بيع من بقي منهم لانعقاد الوكالة ببيعهم . ولا يكون حصول الثمن بكاله من بعضهم مانعا من بيع باقيهم . كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف . ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف ، ويكون عن بيع باقيه بللزيادة على الألف .

فأما العدد من الأثاب إذا وكله في بيعها وأمكن أن يتناع صفقة وتفريق . فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لو وكله في بيع جميعها صفقة أو أفرادا كل واحد منها بعقد . فإن عدل عن أحظهما لم يجوز ما لم يكن من الموكل تهريج به ، اهـ

(قلت) وكلام المصنف في المذهب يفيد أن البيع يصح وينفذ في كل حالة نقص فيها الثمن عن القدر الذي أذن فيه وضمنه الوكيل — أعنى ضمن الفرق الذي ينقص عن القدر المأذون فيه — كأن أذن له في البيع بمائة فباع بتسعين كان على الوكيل ضمان النقص وهو العشرة ، ونتيجة هذا أن البيع ينفذ بحصول الموكل على الثمن الذي حددته بكاله ، وذلك بضمان مقدار النقص على الوكيل

ومثل ما ذكر في البيع يكون في الشراء فلو أمره أن يشتري شاة بعشرة فاشترى بها أحد عشرة كان عليه ضمان الفرق ولا يلزم الموكل سوى عشرة ، وهذا هو تخريج أبي العباس بن سريج رحمه الله تعالى .

هذا وبقية ما ورد في هذا الفصل مضى بيانه في شرح الفصول السابقة : لأن المصنف في هذا الفصل ضمنه ما ورد في بعض الفصول السابقة ، وقد شرحناها واقة المستعان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه وان اشترى ما لم يأذن فيه ، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل ، فالعقد باطل ، لأنه عقد على مال لم يؤذن في العقد عليه ، فبطل كما لو باع مال غيره بخير إذنه ، وإن اشتراه بشمن في الذمة نظرت ، فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى ، لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فانهقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة ، وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان (أحدهما) أن العقد باطل ، لانه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل (والثاني) أنه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه ، وهو قول أبي إسحاق ، وهو الصحيح ، لانه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فانهقد في حقه كما لو لم يذكر الموكل .

(فصل) وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء ، لانه ما مور بالنظر والاحتياط للموكل ؛ ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه ، فإن ادعى الوكيل أنه قضاؤه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل هل الغريم ، لان الغريم لم يأتئنه على المال ، فلا يقبل قوله عليه في الدفع ، كالوصى إذا ادعى دفع المال إلى الصبي ، وهل يضمن المال للموكل ؟ ينظر فيه فإن كان في غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن ، لانه لم يفرط ، وإن لم يشهد ضمن لانه فرط .

وان أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، لأن الشاهد مع اليمين بيّنة (والثاني) يضمن لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بيّنة مختلف فيها وان كان بمحضر الموكل وأشهد لم يضمن ، وإن لم يشهد ففيه وجهان .

أحدهما : لا يضمن ، لان المفرط هو الموكل ، فإنه حضر وترك الاشهاد .
والثاني : أنه يضمن لان ترك الإشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل ، كما لو أنفد ماله وهو حاضر ، وان وكاه في إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الاشهاد ؟ ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود .
والثاني : لا يلزمه ، لأن القول قول المودع في الرد والهلاك ، فلا فائدة في الاشهاد ، وإن وكاه في الايداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه ، لانه لم يآتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه ، كالوصى إذا ادعى دفع المسال إلى اليتيم ، وهل يضمن الوكيل ؟ ينظر فيه ، فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن ؛ لانه لم يفرط ، وإن لم يشهد — فإن قلنا : إنه يجب الاشهاد ضمن لانه فرط ، وإن قلنا : لا يجب لم يضمن لانه لم يفرط .

(الشرح) الاحكام : قال المزني رحمه الله تعالى : لو دفع اليه مالا اشترى به طعاماً فبسلقه ، ثم اشترى له بمثله طعاماً فهو ضامن للمال والطعام ، لانه خرج من واكلته بالتعدي ؛ واشترى بغير ما أمره به .

اعلم أن هذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقدير المذهب فيها ليسكون الجواب في المسألة مبنيًا عليها ، وهو أن الرجل إذا وكل رجلاً في اقباع متاع له فلا يخلو حاله من أحد أمرين ، إما أن يدفع اليه ثمنه أم لا ، فإن لم يدفع الثمن اليه جاز للوكيل أن يشتريه بثمن في ذمته ناوياً به أنه لو كاه ، فيسكون بالعقد واقعا للموكل دون الوكيل .

وقال أبو حنيفة : يقع الملك بالعقد للوكيل ، ثم ينتقل الى الموكل استدلالاً بأن ما ملكه الانسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد ، ثم انتقل عنه الى متملكه كالشفعة يقع الملك الى المشتري ثم ينتقل عنه الى الشفيع ، ولأن الوكيل يلزمه

الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده ، لأن الثمن في مقابلة المثلن ، ولأنه لما كان شروط العقد والافتراق معتبراً بالعاقدين اقتضى أن يكون موجه من الملك واقفاً للعاقدين .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم .

(فرع) قال المزني : ولو أمر الموكل الوكيل بدفع مال الى رجل فادعى أنه دفعه اليه لم يقبل منه الا ببينة اهـ

قلت : وصورة ذلك تتضح في رجل أمر وكيله بدفع مال الى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع اليه القبض ، فلا يخلو حال ذلك المال من أربعة أقسام . أحدها : أن يكون ديناً في ذمة الموكل ، فقول الوكيل في الدفع غير مقبول على المدفوع اليه ، لأن الموكل لو ادعى دفع الدين لم تقبل دعواه ، فوكيله في دفعه أولى أن لا تقبل دعواه ، ويكون صاحب الدين على حقه في مطالبة الموكل بدينه ، وليس له مطالبة الوكيل به

فأما قبول قول الوكيل على الموكل فلا يخلو حال الموكل من أن يصدقه على الدفع أو يكذبه فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع لم يقبل قوله عليه ، وكان ضامناً له لأنه ، وإن كان أميناً له بقوله — غير مقبول في الدفع الى غيره . ألا ترى أن الوصى أمين الموصى ، ولا يقبل قوله على اليتيم في دفع ماله اليه ، لأنه يدعى دفعا الى غير من ائتمنه . وكذلك أمره الله تعالى بالاشهاد على اليتيم في دفع ماله اليه بقوله : فاذا دفعتم لهم أموالهم فاشهدوا عليهم ، لأن غير الايتام قد ائتمنواهم .

وقال في غير الأوصياء : فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته ، فأمره بأداء الامانة الى من ائتمنه من غير اشهاد . لأن قوله في الدفع مقبول . وأمر الأوصياء بالاشهاد . لأن قولهم في الدفع غير مقبول . فاذا ثبت أن قول الوصى غير مقبول في دفع مال اليتيم اليه . وإن كان مؤتمناً لان الائتمان من جهة غيره فكذلك قول الوكيل غير مقبول في دفع المال الى غير موكله ؛ وإن كان مؤتمناً

لأنه دفع إلى غير مؤتمنه ، أو لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصيا مات ، أو موكلا باقياً . فأما إن صدق الموكل وكيله في الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضرا للدفع أو غائبا عنه ، فإن كان غائبا عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل ، كما كان ضامنا مع تكذيبه ، لأنه وإن صدقة على الدفع فقد فرط بترك الإشهاد ، لأن أمره بالدفع يقتضى دفعا بديبه من المطالبة ، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالإشهاد ، فصار الإشهاد من مقومات الدفع ؛ وكما نقول في الإشهاد نقول في التوثيق والإشهار وكتابة الصكوك مع توقيع المدفوع إليه ، لأن العرف في زماننا هذا وفشو الفساد واستحلال المحرمات ، وصعوبة الإثبات بغير الوثائق المكتوبة صار من مقومات الدفع اعتبار هذه العناصر من البيئات ، وعدم التفريط فيها .

فصار الوكيل بترك الإشهاد مفرطا فيضمن به كما يضمن بالجناية وإن كان الوكيل حاضرا للدفع الوكيل ففي وجوب الضمان على الوكيل وجهان (أحدهما) لا ضمان عليه ؛ والإشهاد غير لازم له ، لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفى لنفسه الإشهاد ، لأن ما كان من شروط الدفع مع غيبة الموكل كان من شروطه مع حضوره ، وليس ما انفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل .

والقسم الثاني : أن يكون المدفوع عيناً مضمونة في يد الموكل كالعواري والغصب ، فيدعى الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربه ، وينسك ربه ذلك فالقول قوله مع يمينه ؛ وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما في الدفع ، ولصاحب العارية والمال المصوب أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل بخلاف الدين الذي لا يرجع صاحبه به على الوكيل ؛ لأن الوكيل في قضاء الدين لم تثبت له يد على عين مال لرب الدين ، وقد ثبت للوكيل في العارية والغصب فكأن يد الوكيل في وجوب الضمان كالموكل ، فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصدقه على الدفع وإن صدقه على الدفع وكان غائبا عن الدفع رجع به أيضا ، وإن كان حاضرا فعلى ما ذكرنا من الوجهين ، وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع

الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غالباً ، وهل يرجع به إن كان حاضراً معه على الوجهين .

والقسم الثالث : أن يكون ذلك وديعة في يد الموكل ، فلا يخلو حال رب الوديعة من أحد أمرين : إما أن يكون قد أذن للودع أن يوكل في ردها أم لا ، فإن لم يأذن له في التوكيل في رد الوديعة عليه فقول الوكيل غير مقبول في الرد والودع ضامن للوديعة ، وهل يكون الوكيل ضامناً لها أم لا ؟ على وجهين . وإن أذن له أن يوكل في ردها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يصدقه على التوكيل . فكون قول الوكيل في هذا مقبولاً على رب الوديعة في ردها عليه ، لأنه قد صار وكيلاً له ، وقول الوكيل مقبول على موكله

والضرب الثاني : أن يكذبه في التوكيل مع اعترافه بالإذن فيه . فهل يقبل قول المودع في الوكالة أم لا . على وجهين (أحدهما) يقبل قوله ، لأن التوكيل من جهته ، فعلى هذا يصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة ، وبصير قول الوكيل مقبولاً عليه في الرد . والوجه الثاني : أن قول المودع غير مقبول في الوكالة لأنه يدعى عقد توكيل على غيره ، فعلى هذا لا يقبل بقبول الوكيل في الرد ، وبصير المودع ضامناً ، وليس له إذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل ، لأن المودع مفرط بترك الإشهاد في التوكيل ، فصار ضامناً لتفريطه . فلم يجوز أن يرجع به على غيره .

والقسم الرابع : أن يكون ذلك وديعة للموكل ويأمر وكيله بإياداعها عند رجل فيدعى الوكيل تسليماً إليه فيكذب في دعواه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام . أحدها أن يكذبه المالك الموكل في الدفع ويكذبه المودع في القبض ، ففيه وجهان من اختلافهم في وجوب الإشهاد عليه عند الدفع (أحدهما) يجب عليه الإشهاد ، كما يجب عليه في قضاء الدين ، فعلى هذا يكون الوكيل بترك الإشهاد مفرطاً . وقوله في الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول . والوجه الثاني : أن الإشهاد لا يجب عليه في دفع الوديعة . لأن المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الإشهاد عليه كان مقبول القول فيه . فعلى هذا لا يكون مفرطاً . وقوله في الدفع مقبول

القسم الثاني: أن يصدق المالك الموكل ويكذبه المودع ، فلا ضمان على الوكيل وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه في سقوط الضمان عنه ، وغير مقبول على المودع . فإذا حلف المودع : ما تسلم منه الوديعة برى . من الدعوى
القسم الثالث: أن يصدق المودع على قبضها منه وبدعى تلفها وتكذيب المالك الموكل لقول الوكيل مقبول . وهو من ضمانها برى . لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه فلدا برى . من الإشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالإقرار و الله أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان عليه حق لرجل لرجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه ، جاز أن يدفع إليه : ولا يجب الدفع إليه . وقال المذني : يجب الدفع إليه ، لأنه أقر له بحق القبض : وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرى . فلم يجبر عليه ، كما لو كان عليه دين بشهادة فطوب به من غير إشهاد . فان دفع إليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه : أنه ما وكل ، لأن الأصل عدم التوكيل ، فإذا حلف نظرت . فان كان الحق عيناً أخذها إن كانت باقية ورجع بيدها إن كانت تالفة ، وله أن يطالب الدافع وللقابض . لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل . والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه . فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض . وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع . لأن كل واحد منهما يقول : إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به علي غيره .
وإن كان الحق ديناً فله أن يطالب به الدافع . لأن حقه في ذمته لم ينتقل . وهل له أن يطالب القابض ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يطالب . وهو قول أبي إسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً (والثاني) ليس له . وهو قول أكثر أصحابنا . لأن دينه في ذمة الدافع لم يتبين فيما صار في يد القابض فلم يجز أن يطالب به . وان جاء رجل إلى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع إليه لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره وأن دفعه إليه دفع مبرى . فلزمه . وان جاء رجل فقال : أحالني عليك صاحب الحق فصدقه . ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه الدفع اليه ، لأنه أقر له أنه انتقل الحق اليه فصار كالوارث (والثاني) أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرى . لأنه ربما يجيء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه ، وإن كذبه لم يلزمه الدفع اليه في المسائل كلها وهل يخلف إن قلنا : إنه إن صدقه لزمه الدفع اليه حلف ، لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع اليه . وإن قلنا لا يلزمه الدفع اليه إذا صدقه لم يخلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق ، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين .

(الشرح) الأحكام : قال المزني : ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكنتي فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله فله الخيار ، فإن أغرم الدافع على القابض لأنه يعلم أنه وكيل برى ، وإن أغرم القابض لم يكن له الرجوع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم وبرى .

وعورتها فيمن غاب وله مال على رجل أو في يده ، فحضر رجل ادعى وكالة العائذ في قبض ماله ، فإن أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها والبينة شاهدان عدلان ، فإن كان فيهما ابن مدعى الوكالة لم تقبل شهادته ، لأنه يشهد لأبيه ، وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم يقبل ، لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من صاحب الحق بهذا الدفع ، واسكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهادته لأنه يشهد على أبيه لا له ، فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل ، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاء ، وتوكيله إن شاء ، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيله ما أسكن ، وإن لم يكن لمدعى الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعى الوكالة ، سواء صدقه على الوكالة أو كذبه ،

وقال أبو حنيفة وكذا قال المزني : إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال اليه كالمصدق لمدعى سداد رب المال يلزمه دفع المال اليه .

وهذا خطأ من وجهين . أحدهما وهو تعليل أبي اسحاق : أنه دفع لا يبرئ من حق الوكيل عند انكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند انكاره لم يجبر . ألا ترى أن من عليه حق بوثيقه فله الامتناع من الدفع إلا بشهاد صاحب الحق على نفسه

ولو لم تسكن عليه وثيقة ففي جواز امتناعه لأجل الشهادة وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي : له أن يمتنع لأنه لا يتوجه يمين عند أدائه بعد دفعه (والثاني) ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد ، لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف بارأ .

والتعليل الثاني - وهو تعليل أبي علي بن أبي هريرة - أنه مقر في ملك غيره، ومدع عقد وكالة لغيره ، فلم تقبل دعواه ، ولم يلزم إقراره ، ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق ، وأن هذا الحاضر وصيه في قبض دينه لم يلزم دفع المال إليه ، وإن أقر باستحقاق قبضه ، فسكذا الوكيل ، فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه ؛ والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك ، فيلزمه الدفع لأنه بين أنه من الحق ، ولا يصير الوكيل مالكا ، ولا يبرأ بقبضه من الحق .

فأما إن أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به ، فهل يلزمه دفع المال إليه بإقراره ؟ أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لأنه مقر له بالملك فصار كإقراره للوارث (والثاني) لا يلزمه لأنه لا يبرأ بالدفع عند الجحود ، فصار كإقراره بالتوكيل .

فاذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل أو يكذبه فان كذبه على الوكالة وأنكره فلا يمين عليه ، وعليه عند أبي حنيفة والمزني اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق ؛ ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع إليه المال ، وإن صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لما ذكرنا ، لكن يجوز له في الحكم أن يدفعه إليه ، فإن دفعه إليه ، وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها ، فإن اعترف بها برى من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل الى حقه من وكيله أو لم يصل إليه بتلفه .

فإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فله المطالبة ، ثم لا يخلو حال حقه من أحد أمرين ، إما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان حقه عيناً قائمة كالنصوب والعوازي والودائع فكل واحد من الدافع والقابض ضامن لها ،

أما الدافع فلتعديه بالدفع . وأما القابض فليده عند إنكار توكيله ، ويكون رباها بالخيار في مطالبة من شاء بها من الدافع والقابض ، سواء كانت باقية أو تالفة ، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة : فان طالب بها الدافع وأغرمه برئاء ولم يرجع الدافع على القابض بغرمها لانه مقر أن القابض وكيل برئاء منها وأنه هو المظلوم بها .

وان طالب القابض فأغرمه برئاء ، ولم يرجع القابض على الدافع بغرمها : لانه مقر ببراءته منها ، وأنه هو المظلوم بها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء ، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء ، لانه أذن في التصرف في ماله لحاجته لكل واحد منهما ابطاله كالأذن في أكل طعامه ، وان رهن عند رجل شيئا وجعله على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه اذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لانه وكيله في البيع فانعزل بعزله كالوكيل في بيع غير الرهن .

وان عزله المرتهن ففيه وجهان (أحدهما) أنه يعزل ؛ وهو ظاهر النص لانه يبيع الرهن لحقه ، فانعزل بعزله كالراهن (والثاني) لا يعزل ، وهو قول أبي اسحاق لانه ليس بوكيل له في البيع ، فلم يعزل بعزله ، وان وكل رجلا في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت ، فان أذن له في التوكيل عن الموكل فمما وكيلان للموكل ، فان بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر ، وان أذن له في توكيله عن نفسه فان الثاني وكيل الوكيل ، فان عزله الموكل انعزل لانه يتصرف له فذلك عزله كالوكيل ، وان عزله الوكيل انعزل ، لانه وكيله فانعزل بعزله ، وان بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته ، لانه فرع له ، فاذا بطلت وكالة الاصل بطلت وكالة الفرع .

وان وكل رجلا في أمر ثم خرج عن أن يكون من أهـل التصرف في ذلك الامر بالموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة ، لانه

لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته ، وإن أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه فففيه وجهان .

(أحدهما) لا ينعزل كالأمر زوجته بعقد ثم طلقها .

(والثاني) أنه ينعزل ، لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة ، وإنما هو أمر ولهذا يلزم أمثاله ، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه ، وإن وكل في بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه ، أو دابة فركبها ، فهل تبطل الوكالة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما : تبطل فلا يجوز له البيع ، لأنه عقد أمانة فتبطل بالخیانة كالوديعة . والثاني : أنها لا تبطل ، لأن العقد يتضمن أمانة وقصرفاً ؛ فإذا تعدى فيه بطالت الأمانة وبقي التصرف ، كالرهن يتضمن أمانة وثيقة ، فإذا تعدى فيه بطالت الأمانة وبقيت الوثيقة .

وإن وكل رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالنعزل ، ففيه قولان . (أحدهما) لا ينعزل ، فإن تصرف صح تصرفه ، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمير صاحب الشرع (والثاني) أنه ينعزل ، فإن تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق .

(الشرح) الأحكام : لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ، لأنه أذن في التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن في أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعي فيه قولان ، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فيمان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق وإلى هذا ذهب الحنفي من الخنابلة .

والقول الثاني وهي الرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه في رواية جعفر بن محمد أمام التترة ، لأنه لو انعزل قبل علمه

كان فيه طرر ، لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة ، وربما باع الطعام فيما كله المشتري أو غير ذلك من اطلاق يد المشتري ويجب ضمانه . فيتضرر المشتري والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه بالفسخ . فعلى هذا لو تصرف قبل العلم نفذ تصرفه .

وعن أبي حنيفة أنه ان عزل الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا ، وان عزل الوكيل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل ، لانه يتصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة .

ولنا ما تقدم ، فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان ، فان أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه : ولا يكون عاصيا من غير علمه ، وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

ومتى خرج أحدهما عن أن يكون من أهل التصرف مثل أن يمن أو يحجر عليه لسفه حكمه حكم الموت . لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته .

فاذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل . وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها ، لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف . وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله . وان كانت في المصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها ، لان الموكل أهل لذلك . وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدانة ، وان فسق الوكيل لم ينزل . لانه من أهل التصرف . الا أن تكون الوكالة فيما يتأقبه الفسق كالإيجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسقه أو فسق وكيله بخروجه عن أهلية التصرف . فان كان وكيله في القبول للموكل لم ينزل بفسق موكله لانه لا يتأق جواز قبوله .

وهل ينزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وان كان وكيله فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل اليتيم ورلى الوقف على المساكين ونحو هذا العزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيله او وكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه . لان الوكيل

ليس له توكيل فاسق . ولا ينمزل بفسق موكله . لأن موكله وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاعشاء ، لأن ذلك لا يخرجها عن أهلية التصرف ، ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفنا

(فرع) إذا تعدى فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فهل تبطل الوكالة . وجهان (أحدهما) تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة (الثاني) لا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكل فيه ، وبهذا الوجه قال أحد أصحابه . لأنه إذا تصرف وإنما يتصرف في نطاق إذن موكله فكان كما لو لم يتعد فصح ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فناقها التعدى والحيانة ، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدى بقي الإذن بحاله . فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا ، فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمائه ، فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه . وإذا دفع إليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن فصار ضامنا له ، فإذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة .

وإن وجد بالمبيع عيبا فرد عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه ، لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه .

(فرع) إذا وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل ، فان تلف في يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن .

وإن وكله في بيع سلامة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها . وتلف الثمن واستحق

المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعمدة عليه .
كالو باع بنفسه .

(الشرح) الاحكام : اليد في أموال الغير على ثلاثة أقسام ، يد ضامنة ويد
أمانة ، ويد تختلف الشرائع هل هي ضامنة أو أمانة ، فالأولى كيد الغاصب
والمستعير والمساوم والمشتري والمستقرض ، وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك
بأيديهم ، وإن كان هلاكه من غير تعديهم ، لأنهم أصلاً بين متعد أو معاوض .
والثانية كيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن ،
فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا ، لأنه ليس فيهم متعد بيده
ولا معاوض .

وأما اليد المختلف فيها فيد الاجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله
من غير تفريط فيه ولا تعد عليه ، ففيها قولان (أحدهما) أنها كيد المستعير
عليها الضمان ، والثاني أنها كيد المودع لا ضمان عليها فيها هلك
فإذا تقرر هذا فإن الوكيل أمين فيما بيده لموكله ، ولا ضمان عليه إن هلك
لامرين (أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه ، وهو لا يلزم لنفسه ضمان
ما بيده ، فكذلك الوكيل الذي هو بمثابته

(والثاني) أن الوكيل له عقد ارقاق ومعونة ، وفي تعلق الضمان بهما ما يخرج
عن مقصود ارقاق والمعونة فيها : وسواء كانت الوكالة بهوض أو بغير عوض
فكان أبو علي الطبري رحمه الله يقول : إذا كانت بعوض جرت مجرى الاجير
المشترك فيكون وجوب الضمان على قولين . وهذا ليس بصحيح . لأنها إذا
خرجت عن حكم الاجارة في اللزوم خرجت عن حكمها في الضمان

(فرع) قال المازني : فإن طلب منه الثمن فنعمه فقد ضمنه الا في حال لا يمكنه
فيه دفعه . قال الماوردي في حاويه وهذا كما قال : إذا كان مع الوكيل ثمن
ماباع الموكل فطلب منه فنعمه ، فلا يخلو حال منعه من أحد أمرين . إما أن يكون
بعذر أو بغير عذر . فان كان لهذر لحدوث مرض أو خوف منع من الوصول
الى موضع الثمن . أو لخوف فوات فرض من جمعة أو مكتوبة قد ضاق وقتها .

أو لصياح مفتاح أو للملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر في تأخير الدفع ولا ضمان عليه أن تلف قبل الدفع . وإن منعه لعذر صار ضامناً له . فإن تلف كان عليه غرمه . فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا الخ .

(قلت) سيأتي مزيد إيضاح لهذا الفصل في آخر فصل في هذا الباب لتعلقها به هناك . أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول :

إن تلفت العين التي وكل في التصرف فيها فقد بطلت الوكالة . لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كماله وكله في بيع بقره فمات . ولو دفع إليه ديناراً ووكانه في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع . أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة . سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً ، ويجرى عليه من الضمان ما أسلفنا إيضاحه من حيث التهدى والتفريط أو عكسهما وإنا أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله لأنه ينكر عقداً الاصل عدمه فكان القول قوله . وإن اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها . بأن قال الوكيل : وكلتني في بيع ثوب . وقال الموكل : بل وكلتني في عبد ، أو قال الوكيل : وكلتني في البيع بألف وقال : بل وكلتني في البيع بالدينار . أو قال الوكيل : وكلتني في البيع بشمن مؤجل وقال الموكل : بل وكلتني في البيع بشمن حال فالقول قول الموكل لأنه ينكر اذناً والاصل عدمه . ولأن من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كیفيته كالزوج في الطلاق

(فصل) وإن اختلفا في التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل أو اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول الوكيل لأنه يملك العقد والقبض . ومن ملك تصرفاً ملك الاقرار به . كالأب في تزويج البكر .

(والثاني) أنه لا يقبل قوله ، لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن ، فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه ، وإن وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا ، فقال الوكيل : ابتعتها بإذنك بعشرين . وقال الموكل : بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة ، فالقول قول الموكل لما بيناه . فإن انف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر ، لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن ، فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن ، وإن كان صادقا كانت الجارية للموكل في الباطن ، وللوكيل في الظاهر

قال المزني : ويستحب الشافعي رحمه الله في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين ، فإن قال له : بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن وإن قال كما قال المزني : إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين فقد بعتهما بعشرين ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا يصح ، لأنه يبيع معلق على شرط فلم يصح ، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل . ومنهم من قال يصح : لأن هذا الشرط يقتضيه العقد لأنه لا يصح أن يبيعهما إلا أن يكون قد أذن له في الابتاع بعشرين ، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه فإن امتنع الموكل من البيع قال المزني : يبيعهما الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها . وقال أبو سعيد الاصطخري فيه وجهان (أحدهما) ما قال المزني .

(والثاني) أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً وأنكر المشتري ، وحلف أن المستحب للمشتري أن يقول للبائع : إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع ، وإن لم يفعل المشتري ذلك ففيه قولان (أحدهما) أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها (والثاني) أن البائع يملك الدار لأن المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته ، فيكون البائع أحق بعين ماله .

وقال أبو إسحاق : لا يملك الوكيل الجارية قولاً واحداً ، وتختلف الدار لأنها كانت للبائع ، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا

تخالص المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل ، فتعود اليه عند التعذر ، فان قلنا
بما ظاهرا وباطنا تصرف فيما بالوطء وغيره . وان قلنا انها للموكل في الباطن
كان كمن له على رجل دين لا يصل اليه . ووجد له مالا من غير جنس حقه .

(الشرح) الأحكام : قال المزني رحمه الله تعالى : فان كان وكله ببيع متاعه
فباعه فقال الوكيل قد دفعت اليك الثمن فالقول قوله مع يمينه . وقال الماوردي
في حاويه : اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يقبل
فيه قول الوكيل . وقسم لا يقبل فيه قوله . وقسم اختلف قوله في قبول قوله (١)
فيه . فأما القسم الأول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو في رد ما قد
اتتمنه عليه . وجملة الأيدي التي لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام
(أحدها) ما يقبل فيه (قول^٢) صاحبها في رد ما كان معه ، وهو من اتمنه
المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود (عليه) في أمانته كالمودع ، فقوله
في رد ما بيده من الوديعة على ربه مقبول ، لأنه لما أقامه مقام نفسه وجب أن
يكون قوله عليه (مقبولا) كقوله على نفسه

(والثاني) من لا يقبل قوله وان كان أمينا في رد ما بيده وهو من يده لحق
نفسه كالمرتن فلا يقبل قوله في الرهن على رهنه ، لأنه ليس بنائب عنه ، فلم
يقبل قوله عليه

(والثالث) من اختلف أصحابنا في قبول (قوله) وهو من كان نائبا عن
المالك لكن لنفع يعود عليه (من) نيابته ، كالعامل في القراض ، والاجر
المشترك ؛ ففي قبول قولهم وجهان
(أحدهما) أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك ، وهذا
أظهر القوايين (الوجهين) وهو قول الجمهور

(١) اختلف قوله ، أي قول الإمام الشافعي رضي الله عنه ، وكذا كل ما جاء
على هذا النحو من عود ضمير الغائب على غير المذكور في اثبات قول أو حكم أو
مذهب (٢) ما بين القوسين منا

(والثاني) وهو قول أبي علي الطبري : أن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم لأن عود النفع اليهم يحملهم كالتصرفين في حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمترهن فإذا تقرر هذا الأصل فالوكيل إن كان متطوعا ، فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله ، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل .

وأما القسم الثاني : وهو ما لا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل ، ، فهو أن يدعى إذناً في تصرف لقول الوكيل : أمرتني ببيع كذا ، أو بإعطاء زيد كذا فينكر الموكل ذلك ، فالقول قول الموكل دون الوكيل ، لأنه في هذه الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكالة ، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها ، لذلك مدعى الإذن لا يقبل قوله في ادعائه ، وكذلك إذا اتفقا على الإذن ، واختلفا في صفته كقول الوكيل أمرتني بإعطاء زيد ألفاً فقال : بل أمرتك بإعطائه ثوباً ، وكقوله أمرتني ببيع عبدك بألف ، فقال : بل أمرتك بالعين ، فالقول فيه قول الموكل ، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببيئته يقيمها على ادعائه ، والبيئته شاهدان عدلان لا غير ، لأنها بيئته في إثبات الوكالة .

وأما القسم الثالث : وهو ما اختلف قوله في قبول (قول) الوكيل فيه على موكله ، فهو أن يوكل في عمل فيدعى الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه ، وينكره الموكل ، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال ، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحه والموهوبة له والمطابقة والمقباض والمقبوض ؛ ففيه قولان محكيان عن الشافعي ، ووجهان ذكرهما ابن سريج ، فأحد قول الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بيئته على ما ادعاه ، والبيئته عليه معتبرة في كونه مالا أو غير مال ، وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم يلزم بمجرد الدعوى .

والقول الثاني : أن القول في جميع ذلك قول الوكيل ، لأن الموكل أقامه مقام نفسه ، بعد قوله عليه . فهذان قول الشافعي المحكيان عنه .
وأما وجهها أبي العباس بن سريج فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول

الشافعي وجهين ذكر احتمالهما ، ونص توجيههما ، أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعق والطلاق والبراء كان قوله مقبولاً فيه ؛ لأنه لما كان يصح من الوكيل في الحال صح إقراره به في تلك الحال . وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به .

والوجه الثاني : وهو الذي عول عليه واعتمد على نصرته : إن ن الإقرار به كإيقاع (طلاق) قبل قوله فيه ، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه ، وهذان الوجهان إنما يكونان للقول بها وجهه إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقياً على الوكالة ، فأما منع عزله عنها فلا وجه لتخرجهما لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا أمر الموكل وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه ، فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل ، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل ، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه كان قول الوكيل مقبولاً عليه ، لكن مع يمينه ، لأنه اختلاف في الدفع ، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشتري فهو على قولين : لأن الوكيل يدعى عملاً ينكره الموكل ، وإن كذبه في البيع وقبض الثمن ، فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا .

(فرع) إذا أمر الرجل وكيله أن يشتري سيارة ، فقال الوكيل : اشتريتها بألف ، قال الموكل : اشتريتها بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشتري السيارة بألف - وثمة قول بأنه إذا كانت السيارة ليست بيده فالقول قول الموكل - وهذا ليس بصحيح ، بل قول الوكيل أولى في الحالين لقبول قوله في أصل الشراء وكذا يقبل قوله في قدر أصل ثمنه .

(فرع) قال المزني : ولو قال أمرتك أن تشتري هذه الجارية بعشرة فاشتريتها بعشرين . وقال الوكيل : بل أمرتني بعشرين فالقول قول الأمر مع يمينه وتكون الجارية في الحكم للموكل ، والشافعي يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالأمر فيقول : إن كنت أمرته أن تشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين ، ويقول للآخر : قد قبلت ، ليحل له الفرج لمن يبتاعها منه .

وقد أثار هذه العبارة من المزي كلاً ما لدى الأصحاب ، لأنه إن قبل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله : ان كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعته عليك بعشرين ، وهذا شرط يفسد معه البيع ، فاختلاف أصحابنا فيما ذكره المزي من ذلك على وجهين .

أحدهما : أن المزي إنما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيهاً على معنى هذا العقد ، والسبب المقصود به من غير أن يذكره في نفس العقد ، فإذا ذكره فيه لم يصح ، بل يعقد له مطلقاً من هذا الشرط ، وهذا قول أكثر البصريين .
والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقده كذلك لأنه هكذا يكون في الحكم لجائز أن يكون ملفوظاً به في العقد .

(فرع) إذا ثبت ما أسلفنا للموكل حالتان :

أحدهما : أن يجيب إلى بيعها على الوكيل ان كان صادقاً فيصير الوكيل مالكا لها ظاهراً وباطناً . ويجوز له امساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها والحال الثانية : أن لا يجيب إلى بيعها فلا يجبر عليه لأنه ليس بمالك ، ولو كان مالكا لم يجبر على بيع ملكه ، وهل يكون الوكيل مالكا لها أم لا ؟ على وجهين أحدهما : وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه قد ملكها ملكاً تاماً ظاهراً وباطناً لان الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فافتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده ، فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها ، وان باعها ملك الفضل في ثمنها .

والوجه الثاني : وهو قول أبي اسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : أنه لا يصير مالكا لها ، وإنما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه ، لأنه مقر بأنها ملك للموكله ، فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها ، وان كان في ثمنها فضل لم يملكه ، وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يبيعها بنفسه (والثاني) يتولاه الحاكم : فإن كان الثمن بقدر ما دفع فقد استوفاه ، وان كان أقل فلا رجوع له بتأنيده ، وان كان أكثر فلا حق له في الزيادة .

وهل يجوز اقرارها في يده ؟ أم ينزعها الحاكم منه ؟ على وجهين ، أحدهما :

يقرها في يده لأنه لا خصم له فيها ، والوجه الثاني : بنزاعها منه لأنه مال قد جعل مستحقه فصار كأموال العيب — التي ترد بالعيب ويختلف فيها المتبايعان ويضع الحاكم يده عليها حتى يفصل في النزاع — أم يكون مشتري الجارية مالكمها ، على الوجهين جميعاً ، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشتري من وكيل في بيعها والله أعلم ،

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا في تلف المال فادعى الوكيل أنه تلف وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل ، لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه لجعل القول قوله .
(فصل) وإن اختلفا في رد المال فقال الوكيل : رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت ، فإن كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه : لأنه قبض العين لمنفعة المالك ، فكان القول في الرد قوله كالمودع : وإن كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن (والثاني) أنه يقبل قوله لأن انتفاعه بالعمل في العين : فأما العين فلا منفعة له فيها ، فقبل قوله في ردها كالمودع في الوديعة .

(فصل) إذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال : لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت ، فإن كان مضموناً عليه كالغصب والعارية فإن كان عليه فيه بينة فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض ، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ، ويقيم عليه البينة فيغرمه ، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ، فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه ، وفي الناس من يكره أن يحلف (والثاني) أنه ليس له أن يمتنع : لأنه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئاً ، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر فلم يجز له أن يمتنع والله أعلم .

(الشرح) الأحكام : هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه وبجمل القول :
إذا اختلف الموكل والوكيل لم يخجل من ستة أحوال :

الأول : إذا اختلفا في التلف ، فقال الوكيل تلف مالك في يدي ، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين . وهذا مما يتعذر إقامة البيعة عليه ، فلا يكف ذلك كما ودع . وكذلك كل من كان في يد موشىء على سبيل الأمانة ، كالأب والوصى وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والاجير المشترك على اختلاف فيه ، إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحرىق والنهب وشبههما فعليه إقامة البيعة على وجود ذلك في ناحيته ، ثم يكون القول قوله في تلفها ، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذر إقامة البيعة عليه الثاني : أن يختلفا في تعدى الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعى عليه أنه حمل على الدابة فوق طاقتها ، أو حمل عليها شيئاً لنفسه ، أو فرط في حفظها أو لبس الثوب ، أو أمره برد المسال فلم يفعل ، ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ولائته منكر لما يدعى عليه . والقول قول المنكر .

الثالث : أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل : بعث الثوب ، وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض شيئاً ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جمل ، لأنه إن كان بجمل كان أجيراً وبده ضامنة

(فرع) قال المزني : ولو قال لصاحب له قد طلبته منك فمعتنى وأنت ضامن هو مدع أن الأمانة تحوات مضمونة وعليه البيعة ، وعلى المنكر اليمين . وهذا كما قال ، إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك ، ثم اختلفا فقال الوكيل : منعتهك معذوراً فلا ضمان علي . وقال الماوكل منعته غير معذور فعليك الضمان ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان ما قاله ممكناً ، ولا ضمان عليه لأنه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه في انتقاله عن الأمانة إلى الضمان (فرع) قال المزني : ولو قال وكلتك ببيع متاعى فقبضته منى وأسكر ثم أقر ،

أو قامت عليه البيئته ضمن - أي انتقل من حال الأمين إلى حال الضامن - لأنه خرج بالجوحد من الأمانة ، وهذا صحيح ، وصورة ذلك في رجل ادعى على رجل أنه وكاه يبيع متاعاً ، وأقبضه إياه ، فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فاقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فإن أقام المدعى بيئته بالوكالة وقبض المتاع صار ضامناً وخرج بالجوحد عن الأمانة فصار كجاحد الودیعة ، فلو ادعى بعد قيام البيئته عليه تلفها أو ردها على مالكها لم تقبل دعواه ، لأنه ضمن ما لا يقبل قوله في ادعاء البراءة منه ، ولأنه صار بالإنكار الأول مكذباً لهذه الدعوى منه ، وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو رده لم يقبل منه ، وكان ضامناً له كقيام البيئته عليه بقبضه .

فلو أقام البيئته رده على موكله أو بتلف ذلك في يده قبل جحوده ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : إنها بيئته مردودة ، لأنه قد أكذبها بسابق إنكاره .

والوجه الثاني وهو قول أبي القاسم الصيمري ، وحكاه أبو حامد الاسفراييني إن بيئته مقبولة ، يقدم ما شهدت به على الجوحد الموجب للضمان . قال الماوردي والوجه الأول أصح .

(فرع) قال المزني : ولو قال : وكلتك في بيع متاعى فبعته ، وقال : مالك عندي شيء ، فأقام عليه البيئته فقال : صدق أو قد دفعت إلى أهله ثمنه فهو مصدق لأن من دفع شيئاً إلى أهله فليس هو عنده ، ولم يكذب نفسه فهو على أصل أمانته وتصديقه . وهذا صحيح ، إذا ادعى أنه وكله في متاع أقبضه إياه لبيعه فقال الوكيل : مالك عندي شيء أو ليس لك في يدي حق فهذا جواب مقنع في الدعوى والقول فيه قوله مع يمينه ، لأنه منكر . وكل من ادعى عليه مال في يديه وذكر المدعى سبب استحقاقه كالوديعة والغصب فالمدعى عليه إذا كان منكرأ له أن يجيب بأحد جوابين ، إما أن يقول : ما أخذت منك هذه الوديعة ، ولا غصبتك هذا المال ، وإما أن يقول : مالك قبلي حق ، فكل الجوابين مقنع في إنكار الدعوى وعليه اليمين .

وعفة إحلالة وتحليفه بحسب اختلاف الجواب ، فإن كان جوابه مطلقاً

بأن قال : ليس عندي لك حق ، أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبضه حق ، ولا يجوز للأحكام أن يخلفه : ما أخذ ودبعة ، أو ما غصبه ، لانه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بمد الوديعه والغصب ، بهبه - أو يبيع استوفى ثمنه ، فلا يكون قبله حق ، وبحيث إن حلف ما استودع ولا غصب بر

وإن كان جوابه أن قال : ما غصبتك ، أو قال : ما أخذت وديعتك ، فقد اختلف أصحابنا في صفة إحلافه على وجهين (أحدهما) أنه يحلف بالله ماله قبله حق احترازاً عما ذكرنا (والوجه الثاني) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ، ولا أخذ وديعته لان ترك الاحتراز في جوابه ينفي التوهم عنه فيما ذكرنا .

فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع لحلف ثم قامت البيئه عليه بقبض الممال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبولاً فيه لا مبرين أحدهما : أن ما ادعاه في الثاني مطابق لما أجاب به في الاول ، لان من يرد الشيء على مالكة فليس له شيء في يده .

والثاني : أنه ليس له في جوابه الاول تكذيب الشهود ، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين ، فلو قامت عليه البيئه في هذه المسأله بأن المتاع كان في يده بعد أن أجاب بأن لا شيء لك عندي صار ضامناً ولم يقبل قوله في الرد أو التلف لان هذا الجواب منه مع بقاء الشيء في يده كذب ووجوده صار ضامناً :

(فرع) قال المزني : ولو جعل للوكيل فيما وكله جملاً ، فقال للموكل جملي قبلك ، وقد دفعت إليك مالك ، فقال : بل خنتي فالجمل مضمون لا تبرئه منه الجنابة عليه ،

وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل ، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوماً ، فلو قال : قد وكلتك في بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجعل بمبلغ الثمن وله أجره مثله ؛ فلو وكله في بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيماً فأسدأ فلا جعل له ، لان مطلق الاذن بالبيع يقتضى ما صح منه ، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم يستحق جملاً عليه ، فلو باعه بيماً صحيحاً وقبض ثمنه ، وتلف الثمن في يده فله الاجرة لوجود العمل ، وهذا بخلاف الصانع اذا استؤجر عليه حساباً كالثوب أو تجليد كتاب

فتلف الثوب أو الكتاب في يده بعد عمله ، فلا أجر له إن كان مشتركا ، والفرق الذي تلف الثمن في يده والذي تلف الثوب أو الكتاب في يده أن المقصود من الاجير تسليم العمل المستحق في مقابلة العوض ، فما لم يحصل التسليم لم يجب ما في مقابلته من العوض ؛ والمقصود من الوكيل وجود العمل المأذون فيه ، فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب في يده قبل تسليمه إلى مستحقه بطل البيع ، ولم يبطل بجعل الوكيل ، لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته ، فصار بالعمل مأجورا فيه ، وكان بخلاف وقوع البيع قاسداً ، فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه فتلف في يده ، ثم استحق الثوب من يد المشتري كان البيع قاسداً وللوكيل جعله لأن بطلانه ليس من جهة الوكيل فصار مقصوده بالأذن مجرد العمل على وجه الصحة دون الصحة ، وقد وجد من الوكيل ذلك العمل .

فأما رجوع المشتري بالثمن ، فإن لم يعلم بالوكالة فله الرجوع على الوكيل ويرجع الوكيل به على الموكل ، وإن علم بالوكالة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي حامد المروزي ذكره في جامعه أنه يرجع على الموكل دون الوكيل ، لانه مبيع عليه كالمبيع على المفلس (والثاني) يرجع على من شاء منهما ، لأن لكل واحد منهما في العقد تأثيرا

فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بجعل واستحقاقه بعد العمل ، فطالب الوكيل الموكل بجعله ، وادعى أنه قد باع ما وكل في بيعه ، وأنه قد رد ثمنه على موكله فللموكل حالتان ، حالة ينكر العمل الذي ادعاه من البيع وقبض الثمن ، وحالة يعترف به ، فإن أنكر الموكل ذلك فالقول قوله مع يمينه ، ولا جعل للوكيل إلا بيمينه يقيمها على البيع ، سواء قبل قوله في البيع ؟ أم لا ، لانه يدعى عملا يستحق به جملا فلم يقبل قوله في دعواه ، وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل اليه فالقول قول الوكيل مع يمينه وله الجعل ، لأن الموكل مدع براءة الذمة من جعل تعلق بها ، فلو قال الموكل له بعد تصديقه على البيع ، إني كنت في عملي بقدر جعلك فبرئت منه بخيانتك ، وأنكر الوكيل الحيانة ؛ فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن وله المطالبة بجعله .

(فرع) إذا تلبث الثمن قبل دفعه للموكل ، فإن كان لعذر في تأخير الدفع فلا ضمان ، فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الاشهاد على نفسه بالقبض أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .
أحدها وهو الصحيح : أن ليس له ذلك ولا يلزم الموكل بالاشهاد على نفسه بالقبض ، لأن قول الوكيل مقبول في الدفع ، فعلى هذا يصير بالمنع ضامناً ؛ وعليه الغرم إن تلف .

والوجه الثاني : له الامتناع بالدفع إلا بالاشهاد ليسلم من اليمين مع الاكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع ضامناً ولا غرم عليه إن تلف .

والوجه الثالث وهو مذهب مالك : أنه إذا قبض المال بالاشهاد لم يلزم دفعه إلا بالاشهاد ، وإن قبضه بغير إشهاد لزمه الدفع بغير إشهاد ، فأما من كان غير مقبول القول في الدفع فلا يلزمه الدفع إلا بالاشهاد سواء كان ضامناً كالفاسد والمستعير أو غير ضامن كالمرتحن .

فأما المضارب والأجير المشترك - فإن قلنا بأحد الوجهين : إن قوله في الدفع غير مقبول لم يلزمهم الدفع إلا بالاشهاد ، وإن قلنا بالصحيح من المذهب : أن قولهم في الدفع مقبول ففي وجوب الاشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما أسلفنا والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الوديعه

(الشرح) يقال : ودعته أدعه ودعا تركته ، وأصل المضارع الكسر من ثم حذف الواو ثم فتح لمكان حرف الخلق ، قال بعض المتقدمين : وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضى يدع ومصدره واسم الفاعل ، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبي عملة ويزيد النحوى « ماودعك ربك » ، بالتخفيف ، وفي الحديث « لينتهين قوم عن ودعهم الجمات » ، أى تركهم ، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب ونقلت من طريق القراء ، فكيف يكون أماتته ، وقد جاء الماضى فى بعض الأشعار وما هذه سبيله فيجوز القول بقلة الاستعمال ، ولا يجوز القول بالأماتة ، ووادعته موادعته صالحته ، والاسم الوداع بالكسر وودعته توديعاً والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاماً وهو أن تشيعه عند سفره ، والوديعه فعيلة ، بمعنى مفعولة ، وأودعت زيدا ما لا دفعته اليه ليكون عنده وديعه وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعته وهى الراحة ، أو أخذتة منه وديعه ، فيسكون الفعل من الأضداد لكن الفعل فى الدفع أشهر واستودعته ما لا دفعته له وديعه يحفظه وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعته وهى الراحة وخفض العيش والهاء عوض من الواو

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته » وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » .

أما السنة : فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانه إلى من اتصنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذى من حديث أبى هريرة (رض)

وقال : حديث حسن . وأخرجه الحاكم وصححه ، وفي إسناده طلق بن غنم عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبي النباح عن أنس ، وفي إسناده أيوب بن سويد وهو مختلف فيه ، وقد تفرد به كما قال الطبراني ، وقد استنكره أبو حاتم وقد روى هذا الحديث أيضا البيهقي ومالك .

وفي هذا الباب عن أبي بن كعب عند ابن الجوزي في العمل المتناهية ، وفي إسناده من لا يعرف ، وأخرجه أيضا الدارقطني . وعن أبي أمامة عند البيهقي والطبراني بسند ضعيف . وعن أنس عند الدارقطني والطبراني والبيهقي وأبي نعيم وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي ، وفي إسناده مجهول آخر غير الصحابي ، لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلًا عند البيهقي .

قال الشافعي رضي الله عنه : هذا الحديث ليس بثابت ، وقال أحمد : هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح . وقال ابن الجوزي : لا يصح من جميع طرقه ، ولا يخفى أن ورود هذا الحديث بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعترين لبعضها ، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتزعا للاحتجاج به .

وقوله « ولا تخن من خانك » فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله ، فيسكون مخصصا للعموم في قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعمدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشوكاني رحمه الله تعالى : إن الأدلة القاضية بتحريم مال الأدمى ودمه وعرضه عمومها مخصص بهذه الآيات الثلاث ، والحديث مخصص لهذه الآيات ، فيحرم من مال الأدمى وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الحيانة وليكن الحيانة إنما تسكون في الأمانة كما يشعر بذلك كلام صاحب القاموس على أن الأحاديث التي بثبت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتي كثير منها في فصول هذا الباب إن شاء الله

وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإبداع والاستبداع والضرورة تقتضيها
وبالداس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ
لهم، واشتقاق الوديعة من السكون يقال ودع وديعه فيكأنها ساكنة عند المودع
مستقرة، أو هي مشتقة من الحفظ والدعه فيكأنها في دعه عند المودع وقبولها
مسحوب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته
والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى
«وتعاونوا على البر والتقوى»، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال: من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه
كربة من كرب يوم القيامة، والله تعالى في عون العبد مادام العبد في عون أخيه
فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف أن لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها،
لأن حرمة المسال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال: حرمته مال المؤمن كحرمة دمه، ولو خاف على دمه
لوجب عليه حفظه، فيكذلك إذا خاف على ماله وإن كان عاجزاً عن حفظها
أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها، لأنه يفرر بها ويمرضها للهلاك،
فلم يجز له أخذها .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه البخاري، وهو سلم بن عمرو، وروى
بعضه ابن ماجه وأسناده صحيح ورواه الترمذي بإلفظ: «المسلم أخو المسلم لا يخونه
ولا يكذبه ولا يخذله، كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه، التقوى
ههنا، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم»، قال الترمذي: حديث حسن
أما حديث ابن مسعود رضي الله عنه: فقد رواه أبو نعيم في الحلية. قال في
الجامع الصغير: وهو غريب ضعيف، وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها
ما جاء في خطبة الوداع: «إن الله حرم عليكم دماءكم وأرواحكم وأعراضكم كحرمته

يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا ، واقتران المال والدم والعرض في حرمتها
وتشبيهه الحرمة بجرمة مكة في يوم الوقوف من شهر ذى الحجة يدل على صحة
التساوي بين المال والدماء .

أما الأحكام فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب اليها .
واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب ، وأن قبول حفظها أمانة محضة ، وأن الضمان
لا يجب على المودع إلا إذا تمدى ، وأن القول قوله في تلفها وردها على الإطلاق
مع يمينه على تفصيل سيأتي كما سيأتي ما اختلفوا فيه . أما إذا خاف على الوديعة
التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضاً للخسارة ، أو كان له غرماء
ولا يأمن أن يستولوا عليها وقاه لحقهم ، أو كان لا يأمن أن تحمته نفسه بالخيانة
فيها ، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها ، ولا يجوز له قبولها ، حتى لا يفرر بها
ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الايداع إلا من جاز التصرف في المال ، فإن أودعه
صبي أو سفیه لم يقبل لأنه تصرف في المال ، فلم يصح من الصبي والسفیه كالبيع ،
فإن أخذها منه ضمنها ، لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه ، ولا يبرأ
من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله ، كما نقول فيما غصبه من ماله ، وإن
خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه استهلكه فأخذه فقيه وجهان ، بناء على القواين
في المحرم إذا خلاص طائراً من جارجة وأمسك ليحفظه (أحدهما) لا يضمن ،
لأنه قصد حفظه (والثاني) يضمن ؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان

(الشرح) الأحكام : يشتمل هذا الفصل على أمور :

أولها : لا يجوز لأحد أن يقبل الوديعة إلا من جاز التصرف ، وكما عرفنا
من قبل أنه العاقل البالغ

ثانيها : إذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت
يده من يد أمانة إلى يد ضمانته كالغاصب

ثالثها : إذا أراد أن يبريء ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها إلى

الناظر في مال الصبي أو المحجور عليه . رابعها: إذا خشي على مال الصبي أو السفية التلبس أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه في غير ما يصح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظاً من الضياع ، كالمحرم إذا خلع طائراً من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه .

خامساً : إذا قبله على هذا النحو في الأمر الرابع دل عليه ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يضمن لأن أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانيته (والثاني) وجب عليه الضمان . لأنه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جواز التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا في الأمر الثاني ولا يزول عنه الضمان بردها إليه ، وإنما يدفعها إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح إلا عند جواز التصرف ، فإن أودع صبياً أو سفياً لم يصح الإيداع ، لأن القصد من الإيداع الحفظ ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ ، فإن أودع واحداً منهما فتلّف عنده لم يضمن ، لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه ، كما لو تركه عند بالذم من غير إيداع فتلف ، وإن أودعه فأتلفه فقيه وجهان (أحدهما) يضمن لأنه لم يسلمه على اتلافه فضمنه بالاتلاف ، كما لو أدخله داره فأتلف ماله (والثاني) لا يضمن ، لأنه مكنته من اتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئاً وسلمه إليه فأتلفه .

(الشرح الاحكام : كما لا يجوز للعاقل المكاف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبي والسفيه حسبها أسلفنا من البيان ، فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبي أو سفية أو مجنون لأن الإيداع مقصود للحفظ ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ وهم مفتقرون إلى من يحفظ لهم مالهم ، فلا يحفظون مال غيرهم . فإذا أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت في يده لم يضمنها ، سواء حفظها أو فرط فيها ، فإن أتلفها أو أكلها أو استهلكها ضمنها في ظاهر المذهب ، وبه قال القاضى من الحنابلة والحرقي وابن قدامة : وذبح بعض الحنابلة ، وهو

قول ابن حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه ، لأن ربحها سلطه على إتلافها
بدفعها إليه ، فلا يلزمه ضمانها ؛ ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكننا فوق عايبها
كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا أن ما ضمنه بالتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبائع ، ولا يصح
قولهم : إنه سلطه على إتلافها لأنه استحفظه إياها ، وقارق دفع السكين فانه سبب
الإتلاف ، ودفع الوديعة بخلاف ذلك
(فرع) إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلغ لا ضمان عليه ،
كما لو أودعه ويفارق الإيداع من حيث التفريط ، ولو فرط فيه لم يضمنه في ظاهر
المذهب بخلاف المودع والله اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول ،
والقبول بالفعل ، وتفسخ بما تفسخ به الوكالة من العزل والجنون والاعباء
والموت ، كما تفسخ الوكالة ؛ لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في
العقد والفسخ .

(الشرح) الأحكام : وتتبع الوديعة الوكالة في جوازها وانعقادها وفسخها ،
فن هنا لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول .

وصورة الإيجاب أن يدفع الوديعة إليه - وهذا فعل - فإذا كانت سيارة
فأدخلها مرصاه أو حظيرته أو جراشه وقال له : هذه سيارتي عندك وديعة
صح الإيجاب . أما القبول فبأى لفظ دال على القبول يصح عقد الوديعة
أما الفسخ فيجرى فيه ما يجرى في فسخ الوكالة ، فإذا أراد المودع ردها
أنفسه عقدها ، لأنه متبرع بالقبول . وإذا أراد ربحها استردادها وفسخ عقدها
كان له ذلك لأنه مالكها ، كما تفسخ بجنون أحدهما أو هوته أو اغتائه ، لأن
استمرار العقد ينفى أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء ، ويبطل العقد
ما يمنعه ابتداء .

ففي حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة إلى ربحها ؛ وفي حالة الجنون أو

الإغناء يردّها الى الناظر في مال مالكتها ، وفي حالة الموت يردّها الى وارثه ، فان لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامنا كالغاصب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والوديعة أمانة في يد المودع ، فان تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أودع وديعة فلا ضمان عليه ، وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم ، وهو اجماع فقهاء الأمصار ، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده ؛ ولأن حفظ الوديعة معروف واحسان ؛ فلو تضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها ، فيؤدى الى قطع المعروف ، فان أودعه وشرط عليه الضمان لم يهر مضمونا لانه أمانة فلا يصير مضمونا بالشرط ، كماضمون لا يصير أمانة بالشرط .

وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة ، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه ، وهل يجوز له امساكه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألفت الرمح ثوبا في داره (والثاني) يجوز ، لأن ايداع الام ايداع لما يحدث منها .

(الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدارقطني . وقال الحافظ ابن حجر : فيه ضعف ، وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان ، وقال الدارقطني : إنما زوى هذا عن شريح غير مرفوع . قال الحافظ ابن حجر : في استناده ضعيفان .

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه ، وفي استناده المثني بن الصباح وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي . وأخرج أبو داود والترمذي وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول في حجة الوداع « العاربه مؤداة ؛ والزعيم غارم ،

وحديث الفصل الذي رواه الدارقطني يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروي عن أبيه وأبو شعيب يروي عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وفي سماع شعيب من جده نظر ، وقد أثبتت السماع في حاشيتي على تفسير القرآن للعلامة صدوق خان المسمى « بفتح البيان في مقاصد القرآن » ، الصادرة عن مطبعة الإمام .

وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو ، فالضمير في جده يعود على شعيب لا على عمرو ، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد إلى عبد الله لأن جد الأب جد ، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه ، وليس منصرفاً إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو .

أما الأحكام : ففي الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا الجنابة منه على العين . وقد حكى في البحر الاجماع على ذلك .

وتأول ما حكى عن الحسن البصرى أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجنابة المتعمدة ، والوجه في تضمينه الجنابة أنه صار بها عاتماً ، والخائن ضامن لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا على المستودع غير المغل ضمان ، والمغل هو الخائن . وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد في حفظ العين لأنه نوع من الحيانة .

وقد استدلل القائلون بالضمان بحديث الحسن البصرى عن سمرة بن جندب عن النبي (ص) قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، زاد أبو داود والترمذى : قال قتادة ثم نسي الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه

قال المقبلي في المنار : يستدلون بهذا الحديث على التعمين ولا أراه صريحاً ، لأن اليد الامينة أيضاً عليها ما أخذت حتى ترد ، والا فليست بأمانة

ومستخبر عن سر ليلي تركته بعمياء من ليلي بغير يقين

يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا ان خبيرتهم بأمين

إنما كلامنا هل يضمنها أو تلفت بغير جنابة ، وليس الفرق بين المضمون

وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ . فمشترك ، وهو الذى تفيده « على » ، فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال « هو أمينك لا ضمان عليه » ، بعد رواية الحديث . اهـ

قال الشوكاني « ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من قلة الجدوى وعدم الفائدة ، وبيان ذلك أن قوله « لأن اليد الامينة عليها ما أخذت حتى ترد ، والا فليست بيد امينة » يقتضى الملازمة بين عدم الرضا وعدم الامانة ، فيكون تلف الوديعة والعارية بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الامين عن كونه امينا وهو ممنوع ، فان المقتضى لذلك انما هو التلف بجنابة أو خيانه ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان ، انما النزاع فى تلف لا يصير به الامين خارجا عن كونه امينا كالتلف بأمر لا بطاق دفعه ، أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة ، أو ضياع بلا تفريط ، فانه يوجد للتلف فى هذه الامور مع بقاء الامانة » انتهى .

والمقتضى الذى يتوقف عليه فهم الحديث هو الأمر المقدر عليه وهو الضمان أو الحفظ ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معاً ، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له ، فن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير ، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان اذا وقع التلف مع الحفظ . المعتبر ، وبهذا تعرف أن التادية لغير التالف ليس على ما ينبغى

وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر فى الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأى ، لا سيما اذا تعززت الرواية بعمل الصحابة رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلي وابن مسعود وجابر

وعمى قال بأن الوديعة امانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع اذا لم يفرط شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأى وأحمد ، وعن أحد رواية أخرى « ان ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، وأصحاب أحمد يرجحون قول الجمهور على هذا القول

دليلنا : أن الله تعالى سماها أمانة والضمان يتأني الأمانة ، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها ، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها ، فلا يتأني ما ذكرنا .

(فرع) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة وقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، وبهذا قال الشافعي والثوري وإسحاق وابن المنذر ، وقال أحمد : إذا قال : أنا ضامن لها فسرت لا شيء عليه ، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة .

دليلنا : أنه شرط ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه ، لأنه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط (فرع) إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولدأ ، كان ما ولدته أمانة ، لأنه لا سبب منه ولا من أمه يوجب الضمان ، وهل يجوز له إمساكه ، باعتبار أنه قدر زاد عن قدر ما أودع عنده ؟ فيه وجهان .
(أحدهما) لا يجوز ، بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألقى الرمح ثوبا في دازه (والثاني) يجوز إمساكه ، لأن إيداع الام إيداع لما يحدث منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن قبل الوديعة نظرت ، فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها في حرز مثلها ، فإن أخرجها فتلقت لزمه الضمان ، لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها ، فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن ، لأن الإيداع يقتضي الحفظ ، فإذا أطلق حمل على التعارف ، وهو حرز المثل ، فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان ، وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لأن من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه ، فإن قال : لا تقبل عليه فأقبل عليه ، أو قال : لا تقبل عليه فقلن ، فأقبل قلن ، أو قال : لا ترقد عليه فرقد عليه

قال ذهب أنه لا يضمن ، لأنه زاده في الحرز ، ومن أصحابنا من قال : يضمن ،
لأنه نبيه الأص عليه وأغراه به .

(فصل) وإن عين له الحرز فقال احفظها في هذا البيت فنقلها إلى ما دونه
ضمن لأن من رضى حرزاً لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز
منه لم يضمن ، لأن من رضى حرزاً رضى مثله وما هو أحرز منه ، وإن قال له
احفظها في هذا البيت ولا تنقلها فنقلها إلى ما دونه ضمن ، لأنه لم يرض بما دونه
وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه ففيه وجهان .

قال أبو سعيد الاصطخري : لا يضمن لأنه جعله في مثله ، فأشبهه إذا لم ينه
عن النقل . وقال أبو إسحاق : يضمن لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل ، فإن
خاف عليه في الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت ، فإن كان النهى مطلقاً لزمه
النقل ولا يضمن ، لأن النهى عن النقل للاحتياط في حفظها ، والاحتياط في هذا
الحال أن تنقل ، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط في الترك
وإن قال : له لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن ، لأنه زاده خيراً
وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس وأبو إسحاق : لا يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ
من الضمان وقال أبو سعيد الاصطخري : يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف
الهلاك لا حكم له ، لأنه خلاف الشرع ، فيصير كما لو لم ينه ، والأول أظهر ،
لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله : وإن خالف الشرع كما لو قال لغيره : اقطع
يدي أو أتلغ مالي .

(الشرح) قوله : الحرز المكان الذي يحفظ فيه والجمع أحرار مثل حمل
وأعمال ، وأحرزت المناع جعلته في الحرز ، ويقال : حرز حرزاً للتأكيد ، كما
يقال : حصن حصين واحترز من كذا أي تحفظ . وتحرز مثله ؛ ومنه قولهم : أحرز
فحسب السبق ، إذا سبق إليها فضمها دون غيره .

أما الأحكام فإن الوديع إذا لم يعين له رب الوديع المكان الذي يحفظها فيه ؛
عليه أن يجتهد في حفظها بما يحفظ به مثلها ، فإذا اشترط عليه أن يحفظها في

صفائح وكانت زيتاً أو سمناً لحفظها في زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فكسرت القنآن كان عليه ضمائها لأنه خالف ما السكها ، فإذا أمره أن يحفظها في زجاج فكسرت القنآن فلا ضمان عليه فإذا خالفه وحفظها في براميل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيراً بهذه المخالفة وكان على أمانته ، فلو أمره أن يحفظها في حرز من الجلد لحفظها في قماش ضمن .

فإذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها ، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين ، أو قال لا تزود عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لأنها أمور تزيد في وسائل الحفظ ، وقوة الحرز . ومن أصحابنا من قال : بضمن ، لأنه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص اليه . وقال أصحاب أحمد : إذا بالغ في حفظها من غير حاجة ضمن .

(فرع) فإذا عين له الحرز فان نقلها الى مادونه - أعنى أقل كفاءة في الحفظ - ضمن ، فإذا نقلها الى حرز مثل الذي عينه أو أعلا كفاءة وحفظاً ؟ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري : لا بضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فيمكن أن لم ينقلها ، أو كان ربه لم يعينه ، أو لم ينه عن غير ما عينه . والثاني وهو قول أبي اسحاق المروزي . بضمن ، لأنه نهاه عن النقل فإذا خالف انتقل من الاقتمان الى الضمان .

(فرع) إذا كان الحرز الذي عينه المودع معرضاً لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الارض تتلفه نظرت فان كان نهييه مطلقاً بأن قال : لا تنقلها من هنا لزمه مخالفته ، لأن النهي أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها ، فان لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف .

(فرع) إذا قال : لا تنقلها وان خفت عليها الهلاك ، تخاف عليها الهلاك ونقلها لم بضمن بالمخالفة لأنه زاده خيراً : أما إذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج وأبو اسحاق المروزي . لا بضمن لان نهييه مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان .

وقال أبو سعيد الإصطخري : عليه الضمان ، لأن هذا النهي يتعارض مع

مسئولية الأمين في الاجتهاد وعدم التفريط شرعا ، فلا حكم للنهي وكأنه لم يكن وقد رجح الشيخ أبو إسحاق الشيرازي الاول لأنه بهذه الصورة من النهي قد أهدر حقه في الضمان وإن خالف الشرع ، كما لو أمر غيره بقطع يده أو إتلاف ماله فإنه لا ضمان له ، وإن أثم الفاعل ، وبهذا قال الحنابلة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(موصول) فإن أودعه شيئا فربطه في كفه لم يضمن ، فإن تركه في كفه ولم يربطه نظرت ، فإن كان خفيفاً إذا سقط لم يعلم به ضمنه ، لأنه مفروط في حفظه وإن كان ثقيلاً إذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفروط ، وإن تركه في جيبه فإن كان مزرراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد ، وإن كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله .

وإن أودعه شيئا فقال : اربطه في كحك فأمسكه في يده فتلف فقد روى المازني أنه لا يضمن ، وروى الربيع في الامم أنه يضمن ، فمن أصحابنا من قال : هو على قواين (أحدهما) لا يضمن ، لأن اليد أحرز من الكم ، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد (والثاني) أنه يضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ؛ لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر . ومن أصحابنا من قال : إن ربطها في كفه وأمسكها بيده لم يضمن ، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وإن تركها في يده ولم يربطها في كفه ضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .

وإن أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كفه ضمن ، لأن الجيب أحرز من الكم ، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب ، وإن قال أحفظها في البيت فهددها في ثوبه وخرج ضمنها ، لأن البيت أحرز ، فإن شدها في عضده ، فإن كان الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وإن كان من الجانب الآخر ضمن ، لأن البيت أحرز منه ، وإن دفعها اليه في السوق وقال : احفظها في البيت فقام في الحال ومضى الى البيت فأحرزها لم يضمن ، وإن قدم في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيها دون البيت .

وان أودعه خاتماً وقال : احفظه في البصر لجعله في الخنصر ضمن ، لأن الخنصر دون البصر في الحرز ، لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهو الى الوقوع أمرع . وان قال اجعله في الخنصر لجعله في البصر لم يضمن ، لأن البصر أحرز لأنه أغلظ. والخاتم فيه أحفظ . وان قال اجعله في الخنصر فلبسه في البصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه .

(الشرح) هذا الفصل تملخص أحكامه فيما اذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تمهون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعه ضمن في كل الصور التي ساقها المصنف ؛ لأنه لو قال له اربط الدراهم في كمي فأمسكها بيدي فضاقت لارتخا يده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فإنه يضمن ، لأن ضياعها كان بسبب المخالفة . ولو قال له : اربطها في كمي فربطها ولم يحكم ربطها ضمن . ولو قال له : ضعها في كور عمامتك فلم يشد عليها الهامة ضمن وهكذا . والجيب عندهم ما يفتتح على النحر . قال تعالى (وايضربن بخمرهن على جيوبهن)

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها اليه ، فان لم يجد سلمها الى الحاكم ، لأنه لا يمكن منعه من السفر ، ولا قدرة على المالك ولا وكيله ، فوجب الدفع الى الحاكم ، كما لو حضر من يخطب المرأة والولى غائب ، فان الحاكم ينوب عنه في التزويج ، فإن سلم الى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن ، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله ، كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله ، فان لم يكن حاكم سلمها الى أمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أمين واستخلف علياً كرم الله وجهه في ردها ، وان سلم الى أمين مع وجود الحاكم ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول أبي إسحاق لأنه أمين فأشبهه الحاكم (والثاني) يضمن ، وهو ظاهر قوله في الرهن . وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها ، وأمانة الأمين غير

مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النصر للاجتماع فإن لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها ، لأن السفر في هذه الحال أحوط ؛ فإن وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن ، لأن الإبداع يقتضى الحفظ في الحرز ، وليس السفر من مواضع الحفظ ، لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه ، فلا يجوز مع عدم الضرورة .

وإن دفتها ثم سافر نظرت فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد ضمن ؛ لأن ما تناوله الأيدي معرض للأخذ ، فإن كان في موضع مسكون فإن لم يعلم بها أحدًا ضمن ؛ لأنه ربما أدركته المنية في السفر فلا تصل إلى صاحبيها ؛ فإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن ، لأن ما في البيت إنما يكون محفوظاً بحافظ ، فإن أعلم بها من يسكن في الموضع فإن كان غير ثقة ضمن ، لأنه عرضه للأخذ . وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر ، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر

(الشرح) أم أيمن هي بركة بنت ثعلبة بن عمرو مولاة رسول الله (ص) ورثها عن أبيه وهي أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وآله وابن حبه ، تزوجها زيد بن حارثة بعد أبي أيمن وكان حبشياً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : أم أيمن أمي بعد أمي هاجرت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مع عائشة وأسامة وزيد وأسامة ، وأدركت المدينة والمسجد بيني وقد عطشت وهي مهاجرة فنزل لها دلو من السماء فشربت فما ظمئت بعد ذلك أبداً ؛ وكانت تقول ما أصابني بعد ذلك عطش ، ولقد تعرضت للعطش في الصوم في المواقف فما عطشت . والخبر وإن كان شائعاً في كتب الفقه ، إلا أنه غير موجود في الكتب الستة ، وليس في مسند أحمد أو سنن الدارمي أو سنن الدارقطني أو موطأ مالك ؛ وليس في مجمع الزوائد للهيثمي . وليس في أمهات فقه الحديث كتيل الأوطار وسبل السلام ، وليس في شيء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء . وليس في كتب السير إلا ما في ابن هشام أن ابن عمحاق قال : بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما هاجر جعل علياً على الودائع ، ولم يذكر شيئاً عن أم أيمن رضي الله عنها .

أما الأحكام فانها تشتمل على ما يأتي :

(أولا) يجب على الوديع اذا أزمع السفر أن يردّها ، فان لم يجد ربهما فوكيله
والا سلمها الى الحاكم . قال الشافعي في الامم ، فان كان المستودع حاضرا أو وكيله
لم يكن له أن يسافر حتى يردّها اليه أو الى وكيله ، أو يأذن له أن يودعها من رأى
فان فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن ، وقال الشافعي أيضا ، اذا استودع الرجل
الرجل وديعة وأراد المستودع سفرا فلم يشق بأحد يجعلها عنده فسافر بها برا أو
بحرا فهلكت ضمن . وكذلك لو أراد سفرا لجعل الوديعه في بيت مال المسلمين
فهلكت ضمن ، اه

(قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك
(ثانيا) اذا لم يقدر على ردها أو ابداعها عند الحاكم فقد قال الشافعي ، وان
كان غائبا فأودعها من يودع ماله من يكون أمينا فهلكت مضمن ، فان أودعها من
يودع ماله من ليست له أمانة فهلكت ضمن ، ثم قال ، لانه يجوز أن يوكل بماله
غير أمين ، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين . اه

(ثالثا) اذا أودعها أمينا مع وجود الحاكم فعلى الوجهين (أحدهما) وهو
ظاهر النص الذي أسلفنا نقله لا يضمن ، وبه أخذ أبو اسحاق المروزي (والثاني)
وهو ظاهر قول الشافعي في الرهن حيث يقول ، واذا أراد العبد الذي عليه الرهن الذي
هو غير الرهن والمرتهن رده بلا علة أو لعله والمرتهن والرهن حاضران فله ذلك
وان كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له اخراجه من يدي نفسه ، فان فعل بغير أمر
الحاكم فهلكت ضمن ، وان جاء الحاكم فان كان له عذرا أخرجه من يديه . وذلك
أن يبدوا له سفر أو يحدث له ، وان كان مقبلا لشغل أو علة ، وان لم يكن له عذر
يجبسه ان كان قريبا حتى يقدم أو يوكل ، فان كانا بعيدا لم أر عليه أن يضطره الى
حبسه ، وانما هي وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها ، وبسأله ذلك فان طابت نفسه
بحبسه والا أخرجه الى عدل غيره ، اه

ولأن أمانة الحاكم أمر قطعي وأمانة غيره كالأمين أمر ظني والقطعي مقدم
على الظني ، كالنصر يرد الاجتهاد

(رابعاً) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لأصحابها ، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط في حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبي حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن .

وقال الشافعي : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه مالو كان السفر مخوفاً .
 دليلنا : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالئها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن المسافر لعلى قلت إلا ما وقى الله ، والقلت الهلاك على ما أسلفنا القول .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر ، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه : كما لا يمكنه الحفظ مع السفر ، وقد بينا حكمه : وإن قال في مرضه : عندي وديعة ووصفها ، ولم يوجد ذلك في تركته ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق : لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها ، لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك ، ومن أصحابنا من قال يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص ، لأن الأصل وجوب ردها ، فلا يسقط ذلك بالشك .

(الشرح) قوله : لا يضرب المقر له . قال ابن بطال : مأخوذ من الضارب الذي يضرب بالقداح ، وهو الموكل بها ، ومثله الضريب والجمع الضرباء ، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم .

أما الأحكام محمد قال المصنف : إن حكم الميت حكم المسافر ، وقد مضى في الفصل قبله . أما إذا قال في مرض الموت : عندي وديعة ثم وصفها ، فلما مات لم توجد في تركته فقد اختلف فيه أصحابنا ، فقد ذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنها أمانة لا يجرز أن يسقط الائتمان فيها بالشك ، ومن ثم لا يضرب مالئها مع

الغرماء ، ومنهم من قال بظاهر النص في مختصر المزني حيث يقول الشافعي ، وإذا استودع الرجل الوديعة مات المستودع وأقر بالوديعة بعينها ، أو قامت عليها بيعة - وعليه دين 'يحيط بماله - كانت الوديعة لصاحبها ، فإن لم يعرف الوديعة بعينها بيينة تقوم ولا إقرار من الميت ، وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء ، قلت : وذلك أقيس ، لأن الله تعالى أمر برد الامانات إلى أهلها ، فكان ردها واجباً ، ولا يرد الواجب بمجرد الشك .

(فرع) إذا وصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بيعة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخاً في تاريخ قريب من يوم موته ، فإن كان في تاريخ بعيد نظرت ، فإذا ظهرت احتمالات شرأها من مالها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحق بطلت الوصية واعتبرت المبايعة أما إذا وضعها في حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها : فلا تعد هذه الكتابة بيعة للمالك ، لانه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه ، أو كانت وديعة قابضها .

(فرع) إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عتدى وديعه لم يلزمه بذلك بطوار أن يكون قد ردها ونسى أن يضرب على ما كتب ، أو غير ذلك .

(فرع) قال الشافعي : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة بعينها فإن أباحنيفه يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالحصص وكذلك قال ابن أبي ليلى ثم ساق رواية أبي حنيفة عن إبراهيم مثله ، ورواية الحجاج بن أرطاة عن عطاء وإبراهيم مثله .

(فرع) إذا ترك الوديع الوصية عند الاشراف على الموت - والوصية كاستأني إن شاء الله تعالى مفصلة - أن يعلم بها القاضى أو الامين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبة ، أو الإشارة اليها إن كانت حاضرة مع الامر بردها إلى المالك أو وكيله فوراً ، وعلى الوديع إذا مرض مرضاً مخوقاً أن يبادر بردها إلى ربها أو وكيله فان لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجده ، أو يوصى بها إلى من ذكرنا ، فان لم يكن حاكم ردها إلى أمين ، فان لم يفعل ضمننت

في تركته ، وكذا لو أوصى بها الى فاسق ضمن ، وقد ذهب السبكي الى الضمان اذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا : وذهب الاسنوى الى أنه يصير ضامناً بمجرد المرض حتى لو تلفت بأفة سماوية لفريقه في ردها ، ومحل هذا كله عند التمكن منه ان بالرد أو الإيداع أو الوصية ، أما موت الفجأة أو الغيلة فلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أودع الوديعه غيره من غير ضرورة ضمنها لان المودع لم يرض بأمانة غيره ، فان هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمّن الاول ، لانه سلم مالم يكن له تسليمه ، وله أن يضمّن الثاني ، لانه أخذ مالم يكن له أخذه فان ضمن الثاني نظرت ؛ فان كان قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الاول ، لانه دخل على أنه يضمّن فلم يرجع . فان لم يعلم فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه يرجع لانه دخل على أنه أمانه . فاذا ضمن رجوع على من غره (والثاني) أنه لا يرجع . لانه ملك في يده فاستقر الضمان عليه . فان ضمن الاول . فان قلنا : ان الثاني اذا ضمن يرجع على الاول — لم يرجع الاول عليه وان قلنا انه لا يرجع رجوع الاول عليه . فأما اذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز أو سقيها أو علقها . فانه لا يضمّن . لأن العادة قد جرت بالاستعانة . ولانه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره .

(الشرح) قوله : يضمّن الاول — من ضمن يضمّن بتضعيف الميم لتعدى الى مفعولين . ومعناها ألزمه بالضمان . وقال بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم . وهو غلط من جهة الاشتقاق . لان نون الضمان أصلية . وضمنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه هكذا ذكر الفيومي في المصباح .

(أما الأحكام) فقد قال المزني : قال الشافعي : واذا أودع الرجل الوديعه فاستودعها غيره ضمن ان تلفت . لان المستودع رضى بأمانته لا أمانته غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره . وكان متعديا ضامنا ان تلفت اه .

(قلت) للإيداع لدى غيره صورتان (إحداهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب . وهو قول شريح ومالك وأحمد وأصحابه وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق بن راهويه ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها وإحرازها . وقد أحرزها عند غيره وحفظها به . ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها في حرزه . دليلنا أنه خالف المودع فضمنها ، كما لو نهاه عن إيداعها ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين لا ضمان عليه ، فإن أحب المالك تضمين الثاني كان له ذلك . وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثاني . وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذ ذكر الضمان على الأول فقط .

دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، فإذا استعمل المالك حقه وضمنه ، فإن لم يكن يعلم — أعنى الوديع الثاني — بأن هذه الوديعة ليست لمن أودعها إياها ففي رجوع الثاني على الأول وجهان

(أحدهما) أنه يرجع عليه لأنه غره ولم يوضح له الأمر (والثاني) لا يرجع لأنها تلفت في يده فاستقر الضمان عليه ، فإن قلنا بالوجه الأول برجوع الثاني على الأول فليس للأول أن يرجع عليه . وإن قلنا بالوجه الثاني رجوع عليه وإن كان يعلم فلم يفرر به الأول فليس له الرجوع عليه وجهاً واحداً (فرع) للوديع أن يعين للوديعة إن كانت ماشية من يقوم على رعيها وسقيها ، فإن كانت تحتاج إلى حمل أو تنظيف أو صيانة فعمد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعاً لغيره وسيأتي مزيد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أودعه دراهم يخاطمها بثمام من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخاطم ماله بمال غيره ، فإن خاطمها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، لأن الجميع له (والثاني) أنه يضمن وهو الأنظر ، لأنه

لم يرض أن يكون أحدهما مختلطاً بالآخر . وإن أودعه دراهم في كيس مشدود خله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هنك الحرز من غير عذر . وإن أودعه دراهم في غير وعاء فأخذ منها درهما ضمن الدرهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقي لأنه لم يتعد فيه ، فإن رد الدرهم فإن كان متميزاً بعلامة لم يضمن غيره ، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضمن الجميع ، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع . والمنصوص أنه لا يضمن الجميع ، لأن المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدرهم فلم يضمن . فإن أنفق الدرهم ورد بدله . فإن كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لأنها باقية كما كانت ، وإن كان غير متميز ضمن الجميع لأنه خلط الوديعه بما لا يتميز عنها فضمن الجميع

(الشرح) الاحكام : إذا خلط دراهمه بمثلها من دراهمه ضمن عندنا ، وهذا قال الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي . وقال مالك : لا يضمن . وقال ابن القاسم من المالكية : إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن قال في الام : ولو أودعه عشرة دراهم فتعدى منها في درهم فأخرجه فأنفقته ثم أخذه فرده بعينه ثم هلك الوديعه ضمن الدرهم ولا يضمن التسعة ، لأنه تعدى بالدرهم ولم يتعد بالتسعة ، وكذلك إن كان ثوباً فألبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع : قول الشافعي : إن كان الدرهم الذي أخذه ثم وضع عينه معروفاً من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن التسعة . وإن كان لا يتميز ضمن العشرة . انتهى من الام ، ولم أطلع على قول الربيع الذي أشار اليه الشيخ أبو إسحاق قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعاقفها حتى ماتت ضمنها : لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها . وإن قال لا تسقها ولا تعاقفها فلم يسقها ولم يعاقفها حتى ماتت ففيه وجهان . قال أبو سعيد الاصبغى : يضمن لأنه لا حكم لتبنيه ، لأنه يجب عليه سقيها وعاقفها ، فإذا ترك ضمن كما لو لم يبه عن السقي والعاقف وقال أبو العباس وأبو إسحاق : لا يضمن . لأن الضمان يجب لحق المالك ، وقد رضى بإسقاطه .

(الشرح) الاحكام ، قال الشافعي في الام : واذا أودع الرجل الرجل الدابة فأمره بسقيها وعلفها ، فأمر بذلك من يسقى دوابه ويعلفها فتلفت من غير جناية لم يضمن ، وان كان سقى دوابه في داره فبعت بها خارجا من داره ضمن قال وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا علفها لحبسها المستودع مدة إذا أتت على مثلها لم تأكل ولم تشرب تلفت فتلفت فهو ضامن . وإن كانت تلفت في مدة قد تقيم الدواب في مثلها ولا تتلف فتلفت لم يضمن من تركها . واذا دفع اليه الدابة . اه

(قلت) فإذا أودعه بهيمة فأمره بعلفها وسقيها كان واجبا ذلك لوجهين . (الاول) لحرمة صاحبها (والثاني) لحرمة البهيمة لحديث دخات امرأة النار في هرة ، وإن لم يأمره بقيت في ذمته حرمة البهيمة ، كما لو أطلق ولم يأمره . وبهذا قال أحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه لانه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها ، فإذا لم يعلفها كان التفريط من مالكها دليلنا أنه لا يجوز له إتلافها أو التفريط فيها ، فإذا أمره بحفظها تضمن الامر علفها وسقيها .

فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردّها عليه أو يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع به عليه . فاذا هجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر الى الحاكم ، فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وان لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من اجارتها أو بيع جزء منها فان تعذر عليه ، علفها وأشهد على ذلك ليرجع به عليه ، فاذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلتها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدي والمخالفة لعله بعله النهي . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعضهم يضمن مطلقا .

أما اذا نهاه عن إطعام بهيمة سليمة فانه لا يضمن اذا تلفت ، وعليه لائم ترك إطعامها ، لان الضمان يجب لحق المالك وقد أسقطه ، وهو قول أبي العباس ابن سريج وأبي إسحاق المروزي .

وقال أبو سعيد الاصطخري يضمن إذ لا حكم لئنه عما أوجبه الله من حرمة البهيمة . وقال الزركشي ولو كانت الدابة مالكا لئيره ؛ كان أودع الولي حيوان

محجوره فيشبهه أن نهبه كالعادم . قال الشافعي : وإذا أودع الرجل الرجل شئنا من الحيوان ولم يأمره بالنفقة عليه انبغى له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليه ويجعله ديناً على المستودع ، ويوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه وينفقها غيره لئلا يكون أمين نفسه أو ببيعها ، وإن لم يفعل فأنفق عابها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشئ . وإذا خاف هلاك الوديعة لحملها إلى موضع آخر فلا يرجع بالكره على رب الوديعة لأنه متطوع . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها ، كإخراج الثياب للتشهير لم يضمن ، لأن ذلك من مصلحة الوديعة ، ومقتضى الإيداع فلم يضمن به ، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف في الوديعة بما يتنافى مقتضاها فضمن به . كالأمر بغير حرزها في غير حرزها ، فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز ، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن لأنه مضطر إلى الإخراج ، وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان

(أحدهما) يضمن ، وهو المنصوص . وهو قول أبي سعيد الاصطخري . لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها ، كالأمر بغيرها ليركبها . (والثاني) أنه لا يضمنها . وهو قول أبي إسحاق ، لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل ، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن . وإن نوى إخراجها للانتفاع كاللبس والركوب ، أو نوى أن لا يردّها على صاحبها ، ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها (والثاني) وهو قول القاضي أبي حامد المرورودي أنه إن نوى إخراجها للانتفاع بها لم يضمن . وإن نوى أن لا يردّها ضمن ، لأن بهذه النية صار مسكاً لها على نفسه ، وبالنية الأولى لا يصير مسكاً على نفسه (والثالث) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يضمن : لأن الضمان إنما يكون بفعل يوقع في العين ، وذلك لم يوجد .

(الشرح) الأحكام : هناك بعض الودائع لا تحفظ إلا بتعريضها للهواء أو الشمس في بعض الاوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونها لتأثير الهواء والشمس
م ١٣ ج ١٤ المجموع

على ألوان النسيج وغيره كما هو مشاهد ومعروف في علم الكيمياء حتى ان الضوء له تأثير على الالوان ، فاذا شررها - أى نشرها - بفرض حفظها فتلقت أو حالت ألوانها لم يضمن ، واذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالها استعمالا يحفظها ، فان هلكت فلا يضمن لأنه اذا أهملها تلقت ، ولأن ذلك من مصلحتها فلم يضمن

وقال بعض أصحابنا : لا يضمن الا اذا تحقق أن السارق دله على الموضع بعض من دخل أولا أو دله عليها وان لم يحدد موضعها ، فلو أخرجها ليركبها أو كان ثوبا ليلبسه ضمن ، أو نوى أن لا يردّها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول ابن سريج أنه يضمن ، لأنه نوى امتلاكها ، كما لو النقط شيئا ونوى امتلاكه (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد أنه لا يضمن في الانتفاع ويضمن في عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الأصحاب أنه لا يضمن لأن نية الامتلاك لا تؤثر في عين الوديعة
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أخذت الوديعة منه قهراً لم يضمن لأنه غير مفرط في ذلك ، وان أكره حتى سلمها فقيه وجهان ، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم (أحدهما) أنه يضمن ، لأن فوت الوديعة على صاحبها يدفع الضرر عن نفسه ، فأشبهه اذا أنفقها على نفسه لحوف التلف من الجوع (والثاني) أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبهه اذا أخذت بغير فعل من جهته

(فصل) وان طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط ، فان أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط

(فصل) وان تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدى في الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئا ثم رده الى الدار ، فإن قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها فقيه وجهان (أحدهما) يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه (والثاني) لا يبرأ حتى يردّها اليه ، لأن الإبراء انما يكون عن حق في الذمه ؛ ولا حق له في الذمة فلم يصح الإبراء

(الشرح) الأحكام : فرق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن ، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها ، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبراً وبين أن يسلمها مختاراً ، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضاً ، وعلى الوجه الثاني : ليس للمالك تضمين الوديع ، لأنه أكره ويرجع المالك على الظالم في كلا الحالين ، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره في الصوم على الأكل .

(أحدهما) لا يكون مفطراً (والثاني) يحكم بإفطاره . ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن إعلامه بها جهده . فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن ، ويجوز له أن يخلف على ذلك لحفظها . ويجب عليه إذا أمكنته التوريق أن يورى فإن لم يمكنه صرح بغير توريق منكرها وكفر عن يمينه

(فرع) لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكمها إذا طلبها لقوله تعالى : إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : أد الأمانة إلى من ائتمنتك ، يعني عند طلبها . ولأنها حق للمالكها لم يتعاق بها حق غيره فلزم أدائها له كالمغصوب والدين الحال ، فإن ائتمنت فتلقت ضمنها لأنه صار غاصباً لإمساكه مال غيره بغير إذنه ، أما إن طلبها في وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو مخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، فإن تلقت لم يضمنها لعدم عدوانه ؛ فإذا قال : أمهلوني حتى أؤضي صدقاتي أو آكل لاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممتلىء أمهل بقدر ذلك .

(فرع) إذا تعدى في الوديعة بأى من أنواع التعدي كجحدوها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان إلى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالإقرار فإنه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه إلا بالرد وإن أقام البيينة على تلفها بعد جحدوها لم يسقط عنه الضمان ، فلو أقام البيينة بتلفها قبل جحدوها فهل تسمع بيئته ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا تسمع بيئته لأنه مكذب لها بانكاره الإيداع . والثاني : تسمع بيئته ،

فاذا أبرأه المودع من الضمان ، أو أذن له في حفظها بعد ذلك فوجهان . أحدهما وهو ظاهر قول الشافعي : يبرأ من الضمان ، لأن الضمان وجب لحقه فسقط باسقاطه له . والثاني : لا يبرأ حتى يردها على ربها لأن الإبراء لا يكون إلا عن حق في الذمة فلم يصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك ودبعتك وأنكرها المودع فالقول قوله : لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لو أن الناس أعطوا بدعائهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبيينة على من أنكر ، ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله .

(فصل) وإن ادعى أنها تلفت نظرت ، فإن ادعى التلف بسبب ظاهراً كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البيينة على وجود النهب والحريق ، لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق ، ويمكن إقامة البيينة عليها ، فلم يقبل قوله من غير بيينة . فان أقام البيينة على ذلك أو جادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت ؛ لأن الهلاك يتعذر إقامة البيينة عليه ، فقبل قوله مع يمينه .

(فصل) وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أخذ اليمين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله ؛ وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع فأقام المودع بيئته بالإيداع فقال المودع : صدقت البيينة أودعتني ، وليكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لأنه صار خائناً ضامناً فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك ، فإن قال : أنا أقيم البيينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان

(أحدهما) أنها تسمع ، لأنه لو صدقه المدعى ثبتت براءته ، فإذا قامت البيينة سمعت (والثاني) لا تسمع ، لأنه كذب البيينة بإنتكاره الإيداع ، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال : ماله عندي شيء فأقام البيينة بالإيداع فقال : صدقت البيينة أودعتني ، وليكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده ، لأنها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء والله أعلم .

(الشرح) الحديث سبق وسبق تخريجه ،

أما الأحكام : فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه ودبعة فقال : مالك عندي شيء أو لا تستحق على شيئا فالقول قوله . فإذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلا : صدقت بالبينة ولكنها تلفت ، أو قال : وليكني رددتها إليك لم يقبل قوله ، لأنه كان يجوزده ، فلا يقبل قوله في التلف أو الرد .

وقد جمع الأستاذ محمد الخضر أوى من فقهاءنا المعاصرين عناصر ذات فائدة في أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه ، قال أثابه الله : وإذا ادعى الوديع رد الوديعه على من اتتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم ، صدق بيمينه ، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه اتتمنه . أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردها ، ويجرى ما ذكر في كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب في رد ما جباه على الذى استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وأمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره : لأنه اتتمنه بنسائه على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره ، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فإنه لا يصدق لأنه لم يأتته . ولا يصدق ملنقط الشيء ولا من ألفت عليه الريح ثوبا في الرد إلى المالك ، لأنه لم يأتتهما وضابط الذى يصدق بيمينه في الرد هو كل أمين ادعى الرد على من اتتمنه إلا المرتين والمستأجر فإنهما يصدقان في التلف لا في الرد ، لأنهما أخذوا الأمين لغرض أنفسهما .

قال ابن القاص وغيره : كل مال تلف في يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها ، فتلفت في يده ، فيضمنها لهم . وإذا ادعى الوديع الرد على غير من اتتمنه كوارث المالك ، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الأمين الرد على المالك طواب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر ، إذ الأصل عدم الرد ولم يأتته .

أما إذا ادعى الوارث الرد من مورثه فإنه يصدق بيمينه ، وصرح به البغوى

وقال الرافعي وهو الوجه ، لان الاصل عدم حصولها في يده . وقال ابن ابي الدم انه الاصح ، وخالف في ذلك المتولي وقال : يطالب بالبيينة .

ولو تنازع الوديعه بأن ادعى كل منهما أنه ماله ، فصدق الوديع أحدهما بعينه فللاخر تحليفه ، فان حلف سقطت دعوى الآخر ، وان نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة ، وان صدقها فاليد لهما والخصومة بينهما ، وان قال : هي لاحدكما ونسيته ، وكذبا في النسيان ضمن كالغاصب ، والغاصب اذا قال : المنصوب لاحدكما وأنسيته ، حلف أحدهما على البت أنه لم ينصبه تعين المنصوب الآخر بلا يمين .

ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك ، وطلب منه الوديعه فله تحليفه على نفي العلم بذلك ، فان نكل الوارث وأخذها ، وان قال الوديع : حبستها عندي لا تنظر هل أوصى بها مالكما أم لا ؟ فهو متعدد ضامن .

(مسألة) سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعه ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال : يصرفها في أم مصالح المسلمين ويقدم أهل الضرورة ومسيس الحاجة ، ولا يبني بها مسجداً ، ولا يصرفها الا فيما يجب على الامام العادل صرفها فيه ، وان جهله فليسأل أروع العلماء بالمصالح الواجبه التقديم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كتاب العارية

العارية بتشديد الياء . يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه . والعارية منه . والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهرى : نسبة الى العارة وهم اسم من الإعارة . يقال أعرته الشيء إعارة وعارة ، مثل أطعته إطاعة وطاعه ، وأجبتة إجابته وجابه . وقال الليث : سميت عاربه لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهري مثله ، وبعضهم يقول مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجهما من يد صاحبه وهما غلط ، لأن العاربه من الواو ، لأن العرب تقول : هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً . والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الأزهرى ، وقد تخفف العاربه في الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل ، واستعرت منه الشيء فأعاربه . والفقهاء يذهبون دائماً الى الأخذ بقول الجوهري

قال ابن قدامة : العاربه إباحة الانتفاع بهين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا جاء . ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته ، اه
وهو كما أوضحنا خطأ لأنه من مادة أخرى ، وقال ابن بطال : ومنه سميت العير لأنها عودتها ، وهو خطأ كما قلنا ، وقال ابن الأثير مثله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

الإعارة قرينة مندوب اليها لقوله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ، وروى جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها ، قال رجل يا رسول الله ما حق الإبل ؟ قال حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة حبلها ،

(فصل) ولا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف في المال ، فأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف في المال فلا يملك الصبي والسفيه كالبيع

(فصل) وتصحح الاعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها ، كالدور والعقار والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للاضراب ، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر إعارة دلوها وإعارة لحملها . وروى أنس ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من أبي طلحة فرسا فركبه ، وروى صفوان ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا غزاة حنين ، فثبت في هذه الاشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه

(الشرح) الاصل في العاربه الكتاب والسنة والاجماع
 أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود
 أنهما قالوا: العواري . وفسرها ابن مسعود فقال : القدر والميزان والدلو ، وقوله
 تعالى (وتمازنوا على البر والتقوى)

وأما السنة فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة الوداع
 العاربه مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم ، أخرجه الترمذى
 وقال: حديث حسن غريب ، وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم
 استعار منه أدرعا يوم حنين فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : بل عاربه مضمونة ،
 رواه أبو داود وأحمد والنسائي والحاكم وأورد له شاهدا من حديث ابن عباس ،
 ولفظه : بل عاربه مؤداة ،

وفي روايه لابن داود ، ان الادراع كانت ما بين الثلاثين الى الاربعين ،
 ورواه البيهقي عن أمية بن صفوان مرسلا ، وبين أن الادراع كانت ثمانين ،
 ورواه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله ، وذكر أنها مائة درع ؛ وأعل ابن
 حزم وابن القطان طرق هذا الحديث ، قال ابن حزم : أحسن ما فيها حديث يعلى
 ابن أمية وقد سقناه في الوكالة

أما حديث جابر في الفصل فقد رواه أحمد ومسلم ، فقد استوفى الكلام عليه
 الامام النووي في كتاب الزكاة من المجموع
 وأما الاجماع فقد انعقد من الامه كما على أن العاربه مندوب اليها لانها من القربات

وأما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمتاع . ولذلك
صححت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً ، ولأنه سبحانه قال : لا خير في كثير من
نجومهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ، والعارية من
المعروف ، وقال : وتعاونوا على البر والتقوى ، والعارية من البر ، والماعون
والماعون كان متعارفاً عليه في الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قبل أو كثير
قال الأعشى :

بأجود منه بماعونه إذا ما سماؤهم لم تغن
وفي الإسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعي :
أخليفة الرحمن إنا معشر حنفاء نسجد بكرة وأصيلاً
عرب نرى لله في أموالنا حق الزكاة منزلاً تنزيلاً
قوم على الإسلام لما يمنعوا ماعونهم ويضيعوا التمهلاً

أما الأحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء : معير ومستعير ومعار ،
فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز
من غير مالك ولا ممنوع من التصرف . وأما المستعير فكل من صح منه قبول
الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة . وأما المعار فهو كل مملوك صح
الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالماكولات ،
لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب .

فأما الفضة والذهب فتقسم ثلاثة أقسام : قسم يجوز إعارته واجارته وهو
الحلى لاباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ، وقسم لا تجوز إعارته ولا اجارته ،
وهو الاواني المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وقسم تجوز إعارته ، وفي جواز
اجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير ، لأن في التجمل بهما نفعا ، والفرق
بين العارية والاجارة وان اختصاصا بملك المنتفع أن حكم العارية أوسع من حكم
الاجارة ، لأنه يجوز أن يستعير لخل ضراب ولا يجوز أن يستأجره

والحيوان على أربعة أقسام : أحدها ما يجوز إعارته واجارته ، وهو كل
ما يقتنى لنتفه ، كالذواب الانتفاع بظهورها والجوارح المنتفع بصيدها ،

والثاني: ما لا يجوز إعارته ولا إيجارته ، وهو نوعان (أحدهما) ما كان محرماً .
 (والثاني) ما كانت منفعته عيناً ، فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب
 والكلاب غير المعلية ، فلا يجوز أن تعار ولا أن يؤاجر ، وأما ما كانت منفعته
 عيناً فذات الدر من المواشي كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص
 العارية والاجارة بالمنافع دون الأعيان ، ولكن يجوز أن تمنح

قال الشافعي : والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم
 يردّها فيكون اللبن ممنوحاً . وروى الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج
 عن أبي هريرة قال رسول الله (ص) : المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح
 بأجر . والقسم الثالث ما تجوز إعارته ولا تجوز إيجارته كالفحول إذ إيجارها ممن
 لعسبها ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن من عسب الفحل
 والقسم الرابع ما تجوز إعارته ، وفي جواز إيجارته وجهان ، وهو ما انتفع
 به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب ، وإذا صححت إجارة البهائم دون إيجارها
 فعلمنا ومؤوتها على المالك دون المستعير والمستاجر ، لأن ذلك من حقوق
 الملك ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم محرّم ، لأنه
 لا يأمن أن يخلو بها فيواقعا ، فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهي لم يحرم ،
 لأنه يؤمن عليها الفساد ، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر ، لأنه لا يجوز
 أن يخدمه . ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم ، لأنه لا يجوز له امساكه ولا
 التصرف فيه . ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة ، لأنه يكره أن يستخدمها
 ففكره استعارتهما لذلك .

{ فصل } ولا تمنعقد الا بإيجاب وقبول لأنه ايجاب حق لأدنى فلا يصح
 الا بالإيجاب والقبول كالبيع والاجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من
 الآخر ، فإن قال المستعير أعزني فسلها اليه انعقد ، وان قال المعير : أعزتك

فقبضها المستعير انعقد؛ لأنه إباحة للتصرف في ماله، فصح بالقول من أحدهما
والفعل من الآخر، كإباحة الطعام

(الشرح) هذا الفصل فيه من محاسن الإسلام في معاملة السبي، وهو ظاهرة
اجتماعية عالمية جاء الإسلام لتصفيتها بالتقرب إلى الله تعالى بفك رقابها. ومن
ذلك أن المرء إذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز إعارتها لخدمته آخر حتى
لا يؤدي ذلك إلى اغرائه بأن ينزو عليها، ويسرى هذا الأمر على الخاديات
اللاتي يعشن المنازل في زماننا هذا لا أداء بعض الخدمة وإعانة ربات البيوت على
بعض ما يشق عليهن، فلا يجوز إعارة مثل هؤلاء الخاديات إذا كن جميلات،
كما يكره للرجل أن يتعمرى أن تكون خادمته ذات جمال، كما لا يجوز للمرأة أن
يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته، وهذا الحكم في شكله الذي سبقناه هو
الملائم الآن. اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا قبض العين ضمانها، لما روى صفوان بن يحيى عن النبي صلى الله عليه
وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال أغصبا يا محمد؟ قال بل عارية مضمونة
ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها كالمضروب
فإن هكذا نظرت، فإن كان مما لا مثل له في ضمانها وجهان (أحدهما) بضمنها
بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمضروب، وتصير
الاجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الاجزاء وإن وجب
ضمانها بالتلف وجب ضمان الاجزاء (والثاني) أنها تضمن بقيمتها يوم التلف
وهو الصحيح، لأننا لو أئتمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين
التلف أوجبنا ضمان الاجزاء التالفة بالأذن، وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين
باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وإن كان مما له مثل.

فإن قلنا فيما لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلما، وإن قلنا
أنه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها

واختلف أصحابنا في ولد المستمارة فمنهم من قال : إنه مضمون لأنها مضمونة
فضمن ولدها كالمفصولة ، ومنهم من قال : لا يضمن : لأن الولد لم يدخل في
الإعارة فلم يدخل في الضمان ، ويخالف المفصولة ، فإن الولد يدخل في الغصب
فدخل في الضمان ؛ فإن غصب عيناً فأغارها من غيره ، ولم يعلم المستعير وتلفت
عنده ، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب ، لأنه دخل على أنه
يضمن العين ، وإن ضمنه أجره المنفعة فهل يرجع على الغاصب ؟ فيه قولان ،
بناء على القولين فيمن غصب طعاماً وقدمه الى غيره . أحدهما : يرجع لأنه غره
والثاني : لا يرجع ، لأن المنافع تلتفت تحت يده .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : العارية كلها مضمونة ، الدواب
والرقيق والدور والسياب لا فرق بين شيء منها ، فمن استعار شيئاً فتلف في يده
بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له ، والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير
مضمونة ، فما كان منها مضموناً مثل الغصب وما أشبهه فسواء ما ظهر منها هلاكه
وما خفي فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنياً فيه أو لم يجنياً أو غير مضمونة
مثل الوديعه فسواء ما ظهر هلاكه وما خفي فالقول فيها قول المستودع مع يمينه
وخالفنا بعض الناس في العارية فقال : لا يضمن شيئاً إلا ما تعدى فيه ؛ فسئل
من أين قاله ؟ فزعم أن شريحاً قاله ، وقال : ما حجبتكم في تضمينها .

قلنا : استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبي (ص)
عارية مضمونه مؤداة ، قال : أفرأيت إذا قلنا : فان شرط المستعير الضمان ضمن
وإن لم يشترطه لم يضمن ؟

قلنا : فأنت إذن تترك قولك . قال : وأين ؟ قلنا : أليس قولك : إنها غير
مضمونة إلا أن يشترط ؟ قال : بلى ، قلنا : فما تقول في الوديعه إذا اشترط
المستودع أنه ضامن أو المضارب ؟ قال لا يكون ضامناً ، قلنا فما تقول في المستسلف
إذا اشترط أنه غير ضامن ؟ قال لا شرط له ويكون ضامناً . قلنا . ويرد الأمانة
الى أصلها والمضمون الى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعاً ؟ قال نعم ، قلنا .
وكذلك ينبغي لك أن تقول في العارية ، وبذلك شرط النبي صلى الله عليه وسلم

أنها مضمونة الا لما يلزم . قال . فلم شرط ؟ قلنا لجمالة صفوان ، لانه كان مشركا لا يعرف الحكم ، ولو عرفه ما ضر الشرط اذا كان أصل العاربه - أنها مضمونه - بلا شرط كما لا يضر شرط العهدة و خلاص تقدمك في البيع ، ولو لم يشترط كان عليه العهدة و الخلاص أو الرد . قال . فهل قال هذا أحد ؟ قلنا في هذا كفايه : وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما ان العاربه مضمونه ، وكان قول أبي هريرة في بيع استعير تلف . انه مضمون اه .

وقال الماوردي في الحاوي : فتمامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير ، واختلفوا في تلف عينها على خمسة مذاهب .

(أحدها) وهو مذهب الشافعي أنها مضمونه عليه سواء تلفت بفعل آدمي أو بجانحه بما وبه ، وبه قال من الصحابه ابن عباس وعائشه وأبو هريرة رضي الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

(والمذهب الثاني) وهو مذهب أبي حنيفة أنها غير مضمونه عليه الا بالعدي وبه قال الحسن البصري والنعيمي والثوري والاوزاعي .

(والثالث) وهو مذهب مالك : ان كان مما يخفى هلاكه ضمن ، وان كان مما يظهر لم يضمن .

(والرابع) وهو مذهب الشيعة : ان تلفت بالموت لم يضمن ، وان تلفت بغيره ضمن .

(والخامس) وهو مذهب قتادة وعبيد الله الحسني والعمري وداود : ان شرط ضمانها الزم ، وان لم يشترط لم يلزم ، واستدلوا على سقوط الضمان بروايه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، وهذا نفي ، وبروايه عطاء بن أبي رباح عن صفوان ابن يحيى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أتتك رسل فاعطهم ثلاثين اميراً وثلاثين درهماً فقلت يا رسول الله أعاريه مضمونه أو عاربه مؤداة قال : بل مؤداة ، قالوا : فقد نفي الضمان عنهم فلم يجوز أن يتوجه اليها . قالوا : ولانه

مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمه المستعير قياساً على تلف الأجزاء
قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونه لم تكن جملته مضمونه كالردائع طرداً
والغصوب عكساً .

دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
« على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ، وهذا تضمنين ، ثم ساق الماوردي حديث صفوان
الماركدي آخر ، فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالردائع التي هي مضمونة
الرد ، وليست مضمونة العين ، قيل : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ،
ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه روى عنه
صلى الله عليه وسلم قال « عارية مضمونه مؤداة » ، وكان الأداء محمولاً على الرد
والضمان على التام ، ثم يجيب صاحب الحاوي على اعتراضات المخالفين فيقول
عن حديث إيس على المستعير غير المغفل ضمان :

الجواب من وجهين : أحدهما أنه محمول على ضمان الأجزاء الثالثة بالاستعمال
وهذا وإن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المختصة .

والثاني : أن المغفل في هذا الموضع ليس بماخوذ من الحيانه والغلول وإنما هو
مأخوذ من استغلال الغلة ، يقال : هذا غل فهو مغفل إذا أخذ الغلة .

قال زهير بن أبي سلمى :

فتمل لكم مالا تغل لامثالها قري بالعراق من قفيز ودرهم
فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أي غير القابض لأنه بالقبض يهيم مستغلاً
وهذا صحيح ، وأما الجواب عن « عارية مضمونه » أو مؤداة ؟ ، فهو أن معناه
« عارية مضمونه بالبدل ، أو مؤداة العين استعمالاً لحكمها هل تؤخذ على طريق
البدل والمعاوضة أو على طريق الرد والأداء فأخبر أنها مؤداة العين ، لا يحكمها
الأخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس
لم يضمه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية
إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس
المأذون فيه كأن شدد فيها متاعاً أو حمل فيها تراباً ضمن ، وعند أحد في أظهر
القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس .

(فرع) لا يخلو حال العارية اذا تلفت عن أحد أمرين . اما أن يكون لها مثل أو لا مثل لها ، فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمة ، وفيها وجهان .
 (أحدهما) يضمن قيمتها يوم التملك ليستقط ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال
 (والوجه الثاني) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض الى حين التلف
 كالغصب ، وتصير الاجزاء تبعاً للجملة ، فإن كان للعارية مثل ففي ما يضمنها به
 وجهان بناء على صفة ضمان ما لا مثل له .

(أحدهما) يضمنها بالمثل اذا جعل ضمانها في أكثر الاحوال كالغصب

(والثاني) يضمنها بالقيمة اذا جعل ضمانها وقت التلف .

فأما ما تنتجه العارية من ولد اذا حدث في يد المستعير ففي وجوب ضمانه عليه
 وجهان ، أحدهما : عليه ضمانه لأن ولد المضمون مضمون كالمغصوبه ، والوجه
 الثاني : لا ضمان عليه لان معنى الضمان في الأتم معدوم في الولد بخلاف الغصب
 لان ولد العارية لا يكون مستعاراً ، وولد المغصوبه يكون مغصوباً .

وأما قول الشافعي في موضع من كتاب الإجازات : ان العارية غير مضمونه
 الا بالتعدي — وهو ما أشرنا اليه في كتاب الضمان — فليس بقول ثان في سقوط
 ضمانها كما وهم فيه الربيع ، وهو محمول على أحد ثلاثه أوجه ، اما على سقوط
 ضمان الأجرة ، أو على سقوط ضمان الاجزاء : أو حكاية عن مذهب غيره كما
 قال : يجوز نكاح المحرم حكاية عن مذهب غيره وفرع عليه وان لم يعلنه مذهباً
 لنفسه والله أعلم . هذا وما يتعلق بالغصب في هذا الفصل أت ان شاء الله في الغصب
 ومن الله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض ، ويجوز للمستعير
 أن يرد ، لانه اباحه بلجاز لكل واحد منهما رده كماباحه الطعام . واذا فسخ العقد
 وجب الرد على المستعير ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله
 عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية أدراعاً وسلاحاً ، فقال أعاريه مؤداة ؟
 قال : عاريه مؤداة ، ويجب ردها الى المعير أو الى وكيله ، فان ردها الى المكان

الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق .

(فصل) ومن استعار : يباح له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله ، لأن الوكيل نائب عنه ، وهل له أن يعير غيره ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح ، لأنه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام ، ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع . ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض ، فملك نقله إلى غيره كالمشترى للطعام والمستعير لا يملك ، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه ، فلا يملك نقله إلى غيره ، كن قدم إليه الطعام .

(فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومعيناً ، لأنه إباحة بلاز مطلقاً ومعيناً كإباحة الطعام ، فإن قال : أعتك هذه الأرض لتنتفع بها ، جاز له أن يزرع ويفرس ويبني ، لأن الاذن مطلق ، وإن استعار للبناء أو للغراس جاز له أن يزرع لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس والبناء فإذا رضى بالبناء والغراس رضوا بالزرع ومن أصحابنا من قال : إن استعار للبناء لم يزرع ، لأن في الزرع ضرراً ليس في البناء ، وهو أنه يرعى الأرض ، وإن استعار للزرع لم يفرس ولم يبن ، لأن الغراس والبناء أكثر ضرراً من الزرع فلا يكون الاذن في الزرع إذناً في الغراس والبناء . وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة ؛ لأن الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله . وإن استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منها ، وهل يملك الآخر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه يملك الآخر ، لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأيد فكان الاذن في أحدهما إذناً في الآخر (والثاني) أنه لا يجوز ، لأن في كل واحد منهما ضرراً ليس في الآخر ، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر ، وضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر ، فلا يملك بالاذن في أحدهما الآخر

(الشرح) أما الأحكام فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخلاف المستأجر ، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة في الإجارة مستحق

على المؤاجرة فكانت مؤونة الرد عليه ، وتسليمها في العارية هبة للمستعير فكانت مؤونة الرد عليه .

فإذا استعمار دابة ثم ردها الى اصطبل المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها الى المعير أو وكيله فيها . وقال أبو حنيفة : يبرأ منها بردها الى الاصطبل استحساناً لا قياساً وهذا خطأ ، لأن الاصطبل لو كان كيداً لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها اليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها الى يده ، وفي بقاء الضمان عليه دليل على أن ليس عودها الى الاصطبل عوداً الى يده . وقال الخنابلة إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها الى المير أو وكيله في قبضها ، ويبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها الى من جرت عادته بجران ذلك على يده كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ

(فرح) إذا استعمار شيئاً فله استيفاء منفعتيه بنفسه وبوكيله ، لأن وكيله نائب عنه ويده كيدته ، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها غيره ، لأن المستعير لا يملك العين ، وليس للمستعير استعمال المعار الا فيما أذن له فيه ، وليس له أن يعيره غيره . وهذا هو الوجه الاصح عندنا ، ولا قول غيره عند الخنابلة .

والوجه الآخر له ذلك — وهو قول أبي حنيفة — لأنه يملكه على حسب ما ملكه لجاز كما للمستأجر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأي : إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه . وقال مالك : إذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه . ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجوز أن يبيعها غيره كإباحة الطعام ، وفارق الاجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها انما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام ، فعلى هذا ان أعار فلذلك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما ؛ لأن الاول ساط . غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه . والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني ، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقته الحال فيجوز

١٤ ج ١٤ م المجموع

أن يستقر الضمان على الأول لأنه غير الثاني . ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعتها بغير عوض ، وإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال ، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثاني . وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد على أحد القولين والثاني : له أن يرجع ، وسيأتي في الغصب إن شاء الله

(فرع) تجوز الإعارة مطلقاً ومقيداً لأنها إباحتها بإباحة ذلك كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويفرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الاذن مطلق ، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررها ، فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يفرس ولم يبن : لأن ضررها أكثر ، فلم يكن الاذن في القليل إذناً في الكثير . وإن استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها . وفي امتلاك الآخر وجهان (أحدهما) يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأيد فكان الاذن في أحدهما إذناً في الآخر

(والثاني) لا لاختلاف كل منهما . ولأن ضررها مختلف ، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها ؛ وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في أحدهما إذناً في الآخر .

وإن استعارها للزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشمير والبقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شوه رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن . لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحتها الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه . وفي الاجارة مزيد إن شاء الله تعالى .

ولما كانت بعض النباتات تجهد الأرض مثل القطن ، ولذا تحتاج الى تسميد وبيباخ وبعضها يفيد الأرض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الأرض ويكسبانها

مادة الاذوت . وفي البرسيم ميزة أخرى وهي تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فنحدث أنفاسها ، وبخاصة أنفاس الغنم ، وكذلك أبوها وأرواها تسميداً للأرض يكسبها قوة ويكمل في التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والحصب ما لا يتوفر في الذرة والقمح والقطن التي تضئف خصوبة التربة ، فان اختلاف ضرر الارض أو انتفاعها يختلف باختلاف زروعها . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أعاره أرضاً للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجوز أن يغرس ويبنى شيئاً آخر ، لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن وقد زال الإذن ، فأما ما غرس وبنى فينظر ، فان كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ، ولأنه رضئ بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع ، فاذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط عليه القلع رضئ بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه ما ذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص ، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبلبه منه ، وان لم بشرط القلع نظرت ، فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع ، لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار ، فوجب ردها ، فان نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت ، فان اختار المستعير القلع كان له ذلك . لأنه ملكه فملك نقله

فاذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه ، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع ، كان ذلك رضاً بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية . كما لو شرط القلع (والثاني) تلزمه لأن القلع باختياره ، فإنه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض ؛ كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس ، وان لم يختر القلع نظرت ، فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض أجبر المستعير عليه ، لأنه رجوع في العاربه من غير اضرار ، وان ضمن أرض النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لأنه رجوع في العاربه من غير اضرار .

وان بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض ، وبذل المستعير قيمة الأرض

ليأخذها مع الغراس قدم المعير: لأن الغراس يتبع الأرض في البيع لحجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك، وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير أجرة الأرض لم يجبر على القام لقوله صلى الله عليه وسلم: ليس لعرق ظالم حق، وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه، وإن لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقطع لأن الإطارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان (والثاني) يقطع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بما له من غير أجرة (فصل) وإذا أقرنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه، لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس، فأما البياض فلا حق للمستعير فيه لحجاز للمالك دخوله وإن أراد المستعير دخولها نظرت فإن كان للتفرج والاستراحة لم يجز، لأنه قد رجع في الإطارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لاصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان (أحدهما) لا يملك لأن حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه (والثاني) أنه يملك، وهو الصحيح لأن الإذن في الغراس إذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره، وإن أراد المعير بيع الأرض جاز لأنه لا حق فيها لغيره لحجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره (والثاني) لا يجوز لأن ملكه غير مستقر، لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذها، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالمقصود المشفوع يجوز للمشتري بيعه، وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة

(الشرح) حديث، المؤمنون عند شروطهم، وكذلك حديث، ليس لعرق ظالم حق، أسلفنا القول فيهما في غير موضع. أما الإكراه فقد قال صاحب الحاوي إذا قبض المستعير الأرض للغرس والبناء ثم رجع المعير فإن كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من عرسها وبنائها، فإن بنى بعد رجوعه أو عرس كاز في حكم المناصب يؤخذ بقطع الغرس والبناء مع أجرة المثل وأسوية الأرض: فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة في عرسه وبنائه، فإن

أحدث زيادة أجبر على قلعها . فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان :

أحدها أن يكون قد شرط على المستعير حين إعاره أن يقلع غرسه وبنائه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم ، ولقوله صلى الله عليه و آله المؤنون عند شروطهم ، ولأن رضاه بهذا الشرط التزام منه للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضامن لنفسه ، ولم يكن مغرورا بغيره .

(والحال الثانية) أن لا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين ، أحدهما أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائماً أو أكثر ، فيؤخذ المستعير بالقلع ، لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع . والضرب الثاني : أن يكون قيمته مقلوعا أقل ، فإن بذل المعير قيمته قائماً أو بذل نقص ما يميز قيمته مقلوعا وقائماً منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه ، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش ، فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لأمرين .

(أحدهما) أن الأرض أصل والغرس تبع فكان ملك الأصل أقوى .

(والثاني) أنه أسبق ملكا ، وقيل للمستعير : لا يجوز مع زوال الضرر عنك أن تدخل الضرر على المعير بالترك ، فإن أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع فإذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا ، على وجهين (أحدهما) لا يلزم لأنه ما ذون فيه ، فأشبهه بلبى الثوب باللبس (والوجه الثاني) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذاً بنقصه (فرع) إذا امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير من القلع فقد اختلفوا في حكمه على ثلاثة مذاهب :

أحدها وهو قول أبي حنيفة أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقررة أو مطلقة لحديث العارية مؤداة .

والثاني وهو قول أبي إبراهيم المزني أنه إن كانت العارية مطلقة ترك وإن كانت مقدره بمدة قلع بعدها ؛ فرقا بين المطلقة والمقيدة . لأنه المقصود في اشتراط المدة

والثالث : وهو قول الشافعي أنه يقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع في العارية لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق ، والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العارية إرقاق ومعونة فلو أوجبت الإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرقاق والمعونة لى حكم العدوان والضرر .

(فرع) إذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فأقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المعير على المبيع من ترك القيمة ، فصار إقراره مستحقا بهذين الشرطين فإن أجب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع ، لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتزويت الاجارة وما استدام وجب الإقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضه : وان كان مستظلا بغرسه وبنائه لان الاجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء ، فأما البياض الذي بين أنبائه فليس بمشغول بملك المستعير فلم يجز منع المعير منه ، وان بذلت له الاجرة عليه أن يجيب إلى اجارتها طوعا بمسمى يرضاه فيسكون كمن أجر أرضه مختاراً ، فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا على وجهين .

(أحدهما) لا يستحق الدخول لأرض المعير .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : انه يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه في مراعاته ومصالحته ؛ ويجبر المعير على تمكينه لأن الاذن بالغرس والبناء اذن به وبمنافعه ، فإن مات الغرس وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله الا باستحداث عارية وإلى ما سبق ذهب الحنابلة .

(فرع) وإذا أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير ففي جوازه وجهان ، أحدهما : يجوز ، لأنه مملوك ، وليس للمعير أن يأخذ المشتري بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير . والوجه الثاني أن يبيعه لا يجوز ، لان المشتري غير مستعير ، وترك ما اشتراه غير مستديم ؛ لان المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه ، وهذان الوجهان من اختلافهم في المستعير هل يجوز له أن يعير ؟

(فرع) وللمير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة ، لأن بين الفراس أرضا بيضاء ليست عارية ، وليس لصاحب الفرس منع صاحب الأرض من غشيانها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان حمل السيل طعام رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانا ، فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر لانه غير مفرط في انباته (والثاني) يجبر ، وهو الصحيح ، لانه شغل ملك غيره بملكه من غير اذن ، فأجبر على ازاله كماله كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواه دار غيره .

(فصل) وان اعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع ، ففيه وجهان . أحدهما : أنه كالفراس في التبقية والقلع والأرض والثاني : أنه يجبر المعير على التبقية الى الحصاد بأجرة المثل ؛ لأن للزرع وقتاً ينتهي اليه ؛ وليس للفراس وقت ينتهي اليه ، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه .

(فصل) وان اعاره حائطا ليضع عليه أجداعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعها ، لانها تراد للبقاء ، فلا يجبر على قلعها كالفراس ، وان ضمن المعير قيمة الأجداع لياخذها ، لم يجبر المستعير على قبولها ، لأن أحد طرفيها في ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته ، وان تلفت الأجداع وأراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز أن يعيد الا بادن ، لأن الأذن تناول الأول دون غيره ، فان تهدم الحائط وبناءه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجداع على الثاني ، لأن الأذن تناول الأول ومن أصحابنا من قال : يجوز لأن الاعارة اقتضت التأييد والمذهب الأول .

(فصل) وان وجدت أجداع على الحائط ، ولم يعرف سببها ، ثم تلفت جاز اعادة مثلها ، لان الظاهر أنها بحق ثابت .

(الشرح) الاحكام : اذا حمل السيل بذر رجل فنبت في أرض غيره أو نوى فصار غرسا فهو لملك البذر والنوى لانه نماء لملكه ، وهل لصاحب الأرض

أن يأخذ المالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لأنه نبت في أرضه بمنزلة اختياره ،

والوجه الثاني: ليس له قلعه إذا بذلت له الاجارة ، لأن مالكة غير متعد به وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . لأن قلعه إتلاف للمال على مالكة ، ولم يوجد منه تفریط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك . وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أى بين الزرع والغرس .

وقد صححنا الوجه الاول أنه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن مالكة نما في ملك غيره بغير إذنه ، فأشبهه مالو انتشرت أغصان شجرته في هواه ملك جاره . وكذلك النوى حيث ينبت شجراً كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه . وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولاً واحداً . (فرع) إذا غرس الأرض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففي لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس في التبقية والقلع والأرض على ما مضى في الفصل قبله (والثاني) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل ، وذلك لأن الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحدد في أشهر معلومات . أما الغراس فلا حد له .

(فرع) إذا أعار الرجل جاره حائطاً ليضع عليه أجذاعاً فليس المعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع ، لأن وضع الاجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الاجر بعد رجوعه في العاربه أم لا ؟ على وجهين

(أحدهما) يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء ، فعلى هذا إن امتنع صاحب الاجذاع من بذلها أخذ بقلعها (والوجه الثاني) وهو أصح : لا أجرة له . والفرق بين الحائط والأرض أن الحائط قد يصل مالكة إلى منافقه وإن كانت الاجذاع موضوعة فيه وليس كالأرض التي لا يصل مالكةا إلى منافقها مع بقاء الغرس والبناء فيها ، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار كما يمكن بإجارة الأرض ، فلو بذل صاحب الحائط ثمن الاجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء ، والفرق بينهما أن الاجذاع إذا حمل أحد طرفيها في حائط المعير والطرف الآخر في حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ

قيمة ما في ملكه ، والغرس والبناء كله في أرض المعير لحاز أن يجبر على أخذ قيمة ما في غير ملكه .

فلو انهدم الحائط الذي فيه الأجداع موضوعة فبناء المالك فهل يجوز لصاحب الأجداع إعادة موضعها بالإذن الأول أم لا ، على وجهين (أحدهما) له إعادتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها ، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجداع أن يبنيه ليصل الى حقه من وضع أجداعه فيه .
والوجه الثاني : ليس له إعادتها ، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعمه مالكة ، فعلى هذا لو أراد صاحب الأجداع أن يبني الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له

(فرع) إذا أعاره جذاً ليمسك به حائطاً فليس له بعد الإمساك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً لما فيه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد إقامته من خوف السقوط وهلاكه . وهل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا ، على ما ذكرنا من الوجهين ، فإن أنكر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر

(فرع) إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها ، لأن دفن الميت الاستدامة والبقاء شرعاً وعرفاً ، ولو رضى أولياؤه بنقله ممنعاً منه ، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمة النقل ، وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية وجهاً واحداً لا يخلف لأمرين . (أحدهما) أن العرف غير جار به (والثاني) أن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم ، فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع في عاريته ويمنع من دفنه ، لأنه قد صار حقاً للميت مؤبداً ، فلو أن رجلاً أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم في أرضه فإن سببها للدفن فليس له الرجوع فيها لحر وجهاً عن ملكه ، وإن لم يسببها فله الرجوع فيها ، ولا يكون الإذن بالدفن فيها تسبيلاً لها . فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن ، وليس له نقل من دفن ؛ ويحرم على من أعار الأرض للدفن أن

يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهي عنه فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يحز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا استعار من رجل عبدا ليرهنه فأعاره فقيه قولان . أحدهما أنه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقة عبده ، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك ، فدل على أنه ضمان . والثاني أنه عارية لانه استعاره ليقضى به حاجته فهو كسائر العواري

فإن قلنا إنه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحلّه ، لانه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك . وإن قلنا إنه عارية لم يفتقر إلى ذلك لانه عاريه فلا يعتبر فيه العلم ، فإن عين له جنسا وقدرأ ومحلا ، تعين على القولين ، لان الضمان والعاريه يتعينان بالتعيين : فإن خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد على ما لم يأذن له فيه ، وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح . لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال ، وإن أذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى أجل ، فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرهن بمادونهاجاز ، لان من رضى أن يقضى عن غيره عشرة رضى أن يقضى ما دونه ، وإن رهنه بخمسة عشر لم يصح ، لان من رضى بقضاء عشرة لم يرض بما زاد .

(فصل) وإن رهن العبد بإذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفسكك على القولين في الحال ، لأن للمعير أن يرجع في العاريه ، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان : فإن رهنه بدين مؤجل بآذنه ، فإن قلنا : انه عاريه جاز له المطالبة بالفسكك ، لأن للمعير أن يرجع متى شاء . وإن قلنا انه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن الى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل .

(فصل) وأن بيع في الدين فإن قلنا انه عاريه رجع السيد على الراهن بقيضته لأن العاريه تضمن بقيمتها . وإن قلنا انه ضمان رجع بما بيع به ، سواء بيع بقدر

قيمته أو بأقل أو بأكثر ، لأن الضامن يرجع بما غرم ، ولم يغرم إلا ما يبيع به .
 (فصل) وإن تلف العبد فإن قلنا إنه عارية ضمن قيمته ، لأن العارية مضمونة بالقيمة ، وإن قلنا أنه ضمان لم يضمن شيئاً لأنه لم يغرم شيئاً .
 (فصل) وإن استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصه أحدهما من الرهن ، ففيه قولان (أحدهما) لا تخرج لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا يتفك بمضاه دون بعض (والثاني) يخرج نصفه لأنه لم يأذن كل واحد منهما إلا في رهن نصيبه بخمسين ، فلا يصير رهننا بأكثر منه .

(الشرح) الاحكام : سبق أن قلنا إن العارية بإباحة المنفعة فلم يجوز أن يبيحها غيره ، ولكن إذا أذن له المعير في إيجارها أو رهنها أو إيجارها مدة معلومة جاز ، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه . وهل تكون العين مضمونه على المستعير أم تبقى يده على الائتمان ؟

قلنا : إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونه ، أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له في رهنها فأعارها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا ضمان لأن العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتيها ولقضاء حاجته منها (والثاني) أنه تعدى في منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكيها ، وهو الذي يملك المنفعة فدل على أنه ضمان . وقال ابن المنذر : إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم إلى وقت معلوم فوهن ذلك على ما أذن فيه له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز ، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته ، فصح كسائر العواري .

فإذا أذن له في رهن العارية ، فإن مالك العارية يكون مالكا للرهن فيضمن بذلك الدين عن الراهن ، فيجب أن يكون المعير عالماً بقدر الدين ومحلّه ، فإذا خالفه في أيهما لم يصح لما يترتب عليه من حرج لمالك الرهن

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه إلا إذا عينه المستعير من تلقاء نفسه لأن العارية لا يعتبر فيها العلم ، ولأن العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع . وإنما في هذه المسألة

قولان . وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره . أو حال بموئل أو مؤجل بحال للمال
التي أوضحها المصنف ، فإذا رهنه بأقل من القدر الذي عينه جاز ، لأن من رضى
بعشرة رضى بما دونها عرفا ، فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بأنقص ،
وللمعير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال ، سواء كان بدين مؤجل أو حال ،
لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء . وهو أحد القولين عندنا ، وقول واحد
عند أصحاب أحمد .

(فرع) إذا حل الدين فلم يفكك الراهن جاز بيعه لأن ذلك مقتضى الرهن ،
فإذا بيع في الدين أو تلف . فإن قلنا : إنه عارية رجوع المعير على المستعير بقيمتها
لأن العارية تضمن بقيمتها ، وإن تلف من غير تعريض فلا شيء على المرتهن ،
لأن الرهن لا يضمن من غير تعد . وإذا استعار عاربه من رجلين فرهنها بمائة
ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما فقولان (أحدهما) لا تخرج لأنه
رهنها بجميع الدين في الصفقة فلا ينفك بمضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد
لو أحد . وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثاني) يخرج نصفه لأن كل واحد منهما لم
يأذن إلا في رهن نصيبه . وله أن يرجع متى شاء . والله تعالى أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتها فعليك الاجرة
وقال الراكب : بل أعرتها فلا أجره لك ، فقد قال في العارية : القول قول
الراكب . وقال في المزارعة : إذا دفع أرضه إلى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال
المالك أكريتها وقال الزارع بل أعرتها ، فالقول قول المالك : فن أصحابنا من
حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الدابة : القول قول الراكب ، وقال في
الأرض القول قول المالك لأن العادة أن الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب
والعادة في الأرض أنها تنكرى ولا تعار ؛ فالظاهر فيها مع المالك ، ومنهم من
نقل الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين ، وهو اختيار
المزني (أحدهما) أن القول قول المالك ، لأن المنافع كالأعيان في المالك والعقد
عليها ، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك بعثتها . وقال الآخر بل وهبتها . كان
القول قول المالك . فكذلك إذا اختلفا في المنافع

(والثاني) أن القول قول المتصرف ، لأن المالك أقر بالمنافع له ، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله ، فإن قلنا : أن القول قول المالك حلف ووجب له الأجرة وفي قدر الأجرة وجهان ،

أحدهما : يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها .

والثاني : أنه يجب أجرة المثل وهو المنصوص لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا في قدرها ووجب أجرة المثل فلان يجب أجرة المثل وقد اختلفا في الأجرة أولى فإن نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لأن اليمين إنما ترد لاستحقاقها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه .

(وإن قلنا) أن القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة ، فإن نكل رد اليمين على المالك — فإذا حلف — استحق المسمى وجهها واحداً لأن يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالإقرار في الآخر وأيهما كان وجب المسمى ، وإن تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فإن قلنا) أن القول قول المالك حكم له بالأجرة (وإن قلنا) القول قول الراكب ، فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ، فيه وجهان ، أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه ، والثاني لا يحكم له بشيء لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

(فصل) وإن قال المالك : غصبتنيها فعليك الأجرة ، وقال المتصرف : بل أعرتنيها فلا أجرة علي ، فإن المذني نقل أن القول قول المستعير ، واختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال المسئلة على طريقين كما ذكرنا في المسئلة قبلها . أحدهما الفرق بين الأرض والدابة ، والثاني : أنهما على قولين لأن الخلاف في المسئلتين جميعا في وجوب الأجرة ، والمالك يدعى وجوبها ، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا في الطريقين .

ومنهم من قال : أن القول قول المالك ، وما نقل المذني غلط . لأن في تملك المسألة أو المالك للمتصرف ملك المنافع . فلا يقبل قوله في دعوى العوض ، وهما اختلفا أن المالك ادراك أو للمتصرف والأصل أنها المالك .

(فصل) وإن اختلفا فقال المالك : أعرتنيها ، وقال الراكب : بل أعرتنيها

فالقول قول المالك لأنها اتفقا أن المالك له ، واختلفا في صفة انتقال اليد ، فكان
 القول قول المالك ، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ . وإن كانت تالفة نظرت .
 فإن لم ترض مدة لمثلها أجره حلف واستحق القيمة ، وإن مضت مدة لمثلها أجره
 فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالأجرة . فإن كانت القيمة أكثر من
 الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف ، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ،
 ففيه وجهان .

(أحدهما) يستحق من غير يمين ، لأنها متفقان على استحقاقه .

(والثاني) لا يستحق من غير يمين ، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعى

القيمة بحكم العارية ، والراكب منكر ؛ فلم يستحق من غير يمين .

(فصل) وإن اختلفا فقال المالك : غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها

وقال الراكب : بل أجر تنيها فلا يلزمي ضمانها ، ولا أجره مثلها ، فالقول قول

المالك مع يمينه ، لأن الأصل أنه ما أجره ، فإن اختلفا — وقد تلفت للعين —

حلف واستحق القيمة ، وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا ، فإن المالك

يدعى أجره المثل والراكب يقر بالمسمى فإن كانت أجره المثل أكثر من المسمى

لم يستحق الزيادة حتى يحلف ، وإن لم تسكن أكثر استحق من غير يمين ، لأنها

متفقان على استحقاقه ، والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعي في العارية من الام : ولو قال رب الدابة

أكريتها إلى موضع كذا بكذا ، وقال الراكب بل عارية كان القول قول الراكب

مع يمينه ، ولو قال أعرنيها ، وقال ربه غصبتها كان القول قول المستعير ، قال

المزني هذا عندي خلاف أصله ، لأنه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على

سلعة فأتلفها فله قيمة السكن ، وقوله من أتلف شيئاً ضمن ، ومن ادعى البراءة

لم يبرأ به ؛ وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول . فالفصل

الاول وهو مذکور في الام صورته في رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا ، فقال

المالك أجر تسكها فلي الأجرة ، وقال الراكب أعرنيها ، فليس لك أجره ؛ فالذي

نص عليه الشافعي في كتاب العارية أن القول قول الراكب . فاختلف أصحابنا

لاختلاف هذا الجواب ، فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الآخر ، ويخرجونها على قولين (أحدهما) وهو اختيار المزني والربيع أن القول قول المالك في الدابة والأرض على ما نص عليه في المزارعة وله الاجرة ، ووجهته ما ذكره المزني ، وهو أن المنافع مملوك تصح المعارضة عليها كالأعيان ، ثم ثبت أنهما لو اختلفا في العين بعد استهلاكها ، فقال ربها : بعثها عليك ، وقال المستمك بل وهبتها ، فان القول قول المالك دون المذاب وله الاجرة .

(والقول الثاني) أن القول قول الراكب في الدابة والزارع في الأرض معاً على ما نص عليه في العارية ولا أجره عليه ، ووجهه أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع لنفسه إما بعارية أو إجارة ، ومن ادعى ثبوت عوض على غيره في استهلاك منافع لم يقبل منه ، وخالف استهلاك العين التي قد انفقت عليها أنها ملك لربها دون استهلاكها ، وفي هذا انفصال عما ذكره المزني توجيهاً .

وقال أبو العباس بن مريج . ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره في الموضوعين فيكون القول في الدابة قول راكبها وفي الأرض قول مالِكها اعتباراً بالعرف فيها ، لأن العادة في الدواب جارية بأعارتها ، فكانت العادة شاهدة لراكبها ، والعادة جارية في الأرض بالإجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها ، وهذه طريقة أبي العباس في اعتبار العرف والعادة فيها ، وليست مذهبا للشافعي لأن من يؤجر قد يعير ، ومن يعير قد يؤجر .

فاذا تقرر ما وصفنا فان قلنا : إن القول قول رب الدابة والأرض فمع يمينه فاذا تلف له الاجرة ، وفيها وجهان :

(أحدهما) أنه القدر الذي سماه ، لأنه قد جعل القول قوله فيه .

(والوجه الثاني) وهو أصح أن له أجره المثل لأنهما لو اختلفا في الاجرة مع اتفاقهما على الاجارة لم يقبل قول المذجر فيها ، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها ، فان نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير ، لأن ردها لا يفيد ، لان الاجرة ساقطه عنه لتسكول المالك . وإن قلنا إن القول قول

الراكب مع يمينه ، فان حلف برىء من الأجرة ورد الدابة ، وإن نكل ردت اليمين على المالك يستحق بها ما ادعاه من الأجرة ، فإذا حلف فله المسمى وجها واحداً ، لأن يمينه بعد النكول ، إما أن تجرى مجرى البيعة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى .

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الأجرة دون القيمة ، والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة — فان قلنا : إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة لأنه لا يدعيها . وإن قلنا : إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ على وجهين .
(أحدهما) يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه .

(والوجه الثاني) لا يحكم له بشيء فيها لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة والفصل الثاني وهو أن يقول المالك غصبتها ويقول الآخر بل أعتنيها ، فهذا الاختلاف مؤثر في الأجرة دون القيمة ، لأن العارية مضمونه كالغصب وأجرة العارية غير مضمونه بخلاف الغصب ، فان كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف ، وإن كان بعد الركوب فالذي نقله المزني ههنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاشتراكهما في العله ، ويجعل قول المزني ههنا أحد القولين .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول في هذه المسألة قول المالك قولاً واحداً ، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن في اختلافهما في العارية والأجرة اتفاقاً على أن الراكب مالك للمنفعة ، لجاز أن لا يقبل قول المالك في الأجرة ، ولم يتفقا على مثل ذلك في هذه المسألة ، لأن المالك يقول : أتلفت أيها الراكب منفعتي بغير حق ، والراكب يقول : أتلفتها مستعيراً بحق ، فلم يصدق .

فإن قال بهذا أجاب عما نقله المزني بجوابين (أحدهما) أن ذلك خطأ من المزني في نقله وسهوه (والثاني) تسليم الراوية واستعمالها على أحد تأويلين إما على : القول قول المستعير في قدر الأجرة ، وإما على : أن القول قول المستعير في أن لا يلزمه

الضمان إلا في العارية دون الغصب ، وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية -
 وضمان الغصب ، فعلى هذا لو تلفت الدابة ضمن قيمتها وكانت الاجرة على ما مضى
 والفصل الثالث أن يقول رب الدابة : أعرتسكما ، ويقول الراكب :
 استأجرتما فتأثير هذا الاختلاف من وجهين .

(أحدهما) في ضمان رقبتهما ، لأن العارية مضمونه والمؤاجرة غير مضمونه
 فان كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف ،

(والثاني) لزوم ركونها تلك المدة ، فان كانت الدابة تالفه أو المدة منقضيه
 سقط تأثير هذا الاختلاف ، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها
 لأن الراكب يدعى عليه عقدا في إيجارها ، فان كانت الدابة قائمه أخذها
 ولا أجره له ، لأن الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدهيها ، وان كانت الدابة
 تالفه كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لأنها تالفه في يده وهو يدعى بالإجارة
 استئمانا فلم تقبل دعواه ، ولزومه غرم القيمة ، فان لم يكن لمدة الركوب أجره لم
 يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها ولقد أطارها ، إلا أن
 تنقضى فيحلف بالله تعالى لقد أطارها ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الإجارة
 وإن كان لمدة الركوب أجره هي بقدر القيمة فصاعدا فهل يجب على المالك يمين
 يستحق بها القيمة أم لا : على وجهين .

(أحدهما) لا يمين عليه ، لأن الراكب مقر له أجره ، والمالك يدهيها قيمة
 فصاراتمفقين على استحقاقه . وإن اختلفا في جنسه فسقطت اليمين فيه .
 (والوجه الثاني) عليه اليمين لأنه قد أسقط حقه من الاجرة فلم يؤثر إقرار
 الراكب بها وهو يدعى القيمة . والراكب منسكرها . فإذا حكم له بدعواه
 لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين .

والفصل الرابع : أن يقول المالك غصبتنيها . ويقول الراكب : أجر تنيها :
 فتأثير هذا الاختلاف من وجهين (أحدهما) في ضمان الرقبة . لأن المصوب
 مضمون والمؤجر غير مضمون . فان كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف

والثاني في لزوم المدة ، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد ملكت سقط تأثير هذا الاختلاف . وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره وبصير الراكب ضامنا للدابة والأجرة . فيأخذ بالمالك من غير يمين إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذي أقر به الراكب . فلا يستحق الزيادة إلا بيمين . وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين . والله أعلم بالصواب . وهو حسبي ونعم الوكيل .

والى ما ذهبنا إليه قال أحد أصحابه :

قال ابن قدامة : وإن قال المالك : غصبتما . وقال الراكب أجر تفنيها فلاختلاف هنا في وجوب القيمة ؛ لأن الأجر يجب في الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابة نالته عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر ، والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقيقه ؛ وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى . وفي اليمين وجهان . وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجهها واحداً والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الغصب

الغصب محرم لما روى أبو بكره قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا . وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه ،

(فصل) ومن غصب مال غيره . وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه ، لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا على اليد ما أخذت حتى ترده ، (فصل) فان كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة ، لأنه يطلب بدلها بعقد المعاينة ، فضمن بالغصب كالأعيان .

(فصل) فإن كان المغصوب باقياً لزمه رده ، لما روى عبد الله بن السائب ابن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً أو جاداً ، فإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليردها ، فان اختلقت قيمته من حين الغصب الى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته

وقال أبو ثور من أصحابنا : يضمن كما يضمن زيادة العين ، وهذا خطأ ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب . والقيمة لا تدخل في الغصب ، لأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقه في العين . والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء .

(فصل) وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له ، فان لم يكن له مثل نظرت ، فان كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة . لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركاً له في عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه . وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه ما عتق فأوجب القيمة في العبد بالاتلاف بالعتق ، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة

لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة ، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه
وان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه
غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها ، كالحالة التي غصبه
فيها ، وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه ، لأنه موضع الضمان
فوجب القيمة من نقده ، وان كان من جنس الأثمان نظرت : فان لم يكن فيه
صنعة كالسبيكة والنقرة ، فان كان نقد البلد من غير جنسه ، أو من جنسه ولكن
لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة ، لان تضمينه بالقيمة لا يؤدي الى الربا .
فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الأثمان ، وان كان نقد البلد من جنسه واذا قوّم به
زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدي الى الربا ، وان كانت فيه
صنعة نظرت ، فان كانت صنعة محرمة ضمن كالصنعة السبيكة والنقرة ، لان
الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها ، وان كانت صنعة مباحة فان كان النقد
من غير جنسه أو من جنسه ، وليكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بقيمته ، لأنه
لا يؤدي الى الربا ،

وان كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهاً

(أحدهما) بقوّم بجنس آخر حتى لا يؤدي الى الربا

(والثاني) أنه بضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما باقت ، وهو الصحيح ، لأن

الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي الى الربا ، وان كان مخلوطاً من
الذهب والفضة قومه بما شاء منهما

(فصل) وان كان عماله مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل ، لأن اجباب

المثل رجوع الى المشاهدة والقطع ، واجباب القيمة رجوع الى الاجتماد والنظر

فاذا أمكن الرجوع الى القطع لم يرجع الى الاجتماد ، كما لا يجوز الرجوع الى

القياس مع النص .

وان غصب ماله مثل واتخذ منه مالا مثله . كالتر إذا اتخذ منه الخبز بالماء .

أو الخنطة إذا جعلها دقيقاً . وقلنا انه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأمل . لأن

المثل أقرب الى المنصوب من القيمة . وان غصب مالا مثله واتخذ منه ماله مثل

كالرطب إذا جعله تمرأ ثم تلف لزمه مثل التمر ، لأن المثل أقرب اليه من قيمة

الأصل ، وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما له مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلب فأنصبوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السمسم ، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن ، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما .

وإن وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة ، لأن الواجب هو المثل ، وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم . ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل ، كما تعتبر قيمة المنصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف . ومنهم من قال تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم ، لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم ، كما أن الواجب في المنصوب رد العين إلى وقت التلف ، ثم يغرم قيمة المنصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم . ومنهم من قال : إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع ، لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة . وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم .

وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين

(أحدهما) لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه ، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة
(والثاني) يلزمه ، لأن المثل كالعين : ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل .

(الشرح) الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب ، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً فهو غاصب ، والجمع غصاب ككفار وكفار ، ويتمدى إلى مفعولين . فيقال : غصبته ماله ، وقد تزايد من في المفعول الأول فيقال : غصبته منه ماله ، فزيدٌ منصوب ماله ، ومنصوب منه ماله ، ويبني للمفعول فيقال : اغتصبته

لما لم يسم فاعله - المرأة نفسها - بالنصب على المفعولية ، وربما قيل : على نفيها
 يضمن الفعل معنى غلبت ، والشئ مفعوب وغصب اسمية بالمصدر
 وعند الفقهاء الاستيلاء على مال غيره بغير حق ، وحكمه أنه محرم بالكتاب
 والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم
 بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا
 أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس
 بالإثم وأنتم تعلمون)

وأما السنة : فقد أخرج أحمد والبخاري عن أبي بكره ولفظه : خطبنا
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال : أتدرون أي يوم هذا ؟ قلنا : الله
 ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليس يوم النحر ؟
 قلنا بلى . قال أي شهر هذا . قلنا الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه
 بغير اسمه ، فقال أليس ذا الحجة . قلنا بلى . قال أي بلد هذا . قلنا الله ورسوله
 أعلم ، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليست البلدة الحرام .
 قلنا بلى . قال : فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم
 هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم ، ألا هل بلغت . قالوا نعم . قال اللهم اشهد
 فليلزم الشاهد منكم الغائب ، فرب مبلغ أوعى من سامع ، فلا ترجعوا بعدي
 كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ،

ورواه البخاري من حديث ابن عباس وفيه : قالوا يوم حرام ، وقالوا شهر
 حرام ، وه بلد حرام ،

وعند البخاري أيضاً من حديث ابن عمر بنحو حديث أبي بكره إلا أنه ليس
 فيه قوله ، فسكت ، في المواضع الثلاثة

وقد جمع بعضهم بين الأحاديث بتعدد الواقعة ، ورد ذلك الحافظ بن حجر
 في الفتح فقال وليس بشئ . لأن الخطبة يوم النحر إنما تشرع مرة واحدة ، وقد
 قال في كل منها إن ذلك كان يوم النحر

وأشار الكرماني إلى غمامة حديث أبي بكرة مما ليس في الروايات الأخرى ،
وقد رواه مسلم وغيره من حديث جابر بن عبد الله في وصف حجة النبي صلى الله
عليه وسلم وهي رواية مشهورة مرت في كتاب الحج ، وقد رأيت الحديث في
كتاب دعائم الإسلام للقاضي أبي حنيفة النعمان بن محمد بن حيون التميمي من
قضاة المعز لدين الله الفاطمي قال : روينا عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه عن
آبائه عن علي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر
بني في حجة الوداع وهو على ناقته القصواء فقال : أيها الناس ، إنى خشيت ألا
أفاكم بعد موافى هذا بعد عامي هذا ، فاسموا ما أقول لكم وانتفعوا به ، ثم قال
أي يوم أعظم حرمة ؟ قالوا : هذا اليوم يا رسول الله . قال : فأى الشهور أعظم
عند الله حرمة ، قالوا : هذا الشهر يا رسول الله . قال : فأى بلد أعظم حرمة .
قالوا : هذا البلد يا رسول الله ، قال : فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم
كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا ، في بلدكم هذا ، إلى أن تلقوا ربكم فبسالكم عن
أعمالكم ، ألا هل بلغت ، قالوا : نعم ، قال : اللهم اشهد ، اه من كتاب النصب
والتعدى ج ٢ ص ١٨٤ .

ومن السنة أيضاً حديث أبي حميد الساعدي الذي ساقه المصنف مر بك تخريج
في كتاب الصلح وغيره من أسفار المجموع ، وقد أخرجه الدارقطني وغيره .

ومن السنة أيضاً ما أخرجه الشيخان وغيرهما من حديث سعيد بن زيد قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أخذ شبراً من الأرض ظلماً
طوفه من سبع أرضين ، ورواه الشيخان أيضاً من حديث عائشة ، ورواه أحمد
عن أبي هريرة ، ورواه أحمد والبخاري عن ابن عمر ، ورواه ابن حبان وابن
أبي شيبة وأبو يعلى عن يعلى بن مرة . وأبو بكرة — هو نفيح بن الحارث — أو
ابن مسروح الثقفي ، وأم أبي بكرة سمية جارية الحارث بن كادة وهي أم زياد بن
أبيه ، وكان أبو بكرة يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويأبى أن
ينتمب إلى أحد ، وكان قد نزل يوم الطائف إلى رسول الله (ص) من حصن
الطائف ، فأسلم في غلمان من غلمان أهل الطائف فأعتقهم رسول الله (ص)

فكان يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد عد في مواليه ، قال أحمد بن زهير : سمعت يحيى بن معين يقول : أملى على هوذة بن خليفة البكر اوى نسبة لى أبى بكره ، فلها بلغ إلى أبى بكره ، قلت : ابن من ، قال : دع لا تزده ، وكان أبو بكره يقول : أنا من إخوانكم فى الدين .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع منه ، فإذا ثبت هذا فإن من غصب شيئاً لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : على اليد ما أخذت حتى ترده ، رواه الحسن البصرى عن سمرة ، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور : وقد أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم فى المستدرک . وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبى داود والترمذى وقال : حسن غريب وقال : لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب .

وقال الشافعى : إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً صغيراً أو كبيراً فأخذ ما بين طرفيه طولاً وعرضاً أو كسر له شيئاً صغيراً أو كبيراً أو رضخه أو جنى له على مملوك فأعماه فذلك كله سبوا ، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحاً ومكسوراً أو صحيحاً ومجروحاً قد برى من جرحه ثم يعطى مالكة ما بين القيمتين ويكون مابقى بعد الجنابة لصاحبه نفعه أو لم ينفعه .

وقد عرف الماوردى الغصب بأدق ما رأيت تعريفاً قال : الغصب هو منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق ، ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف ، فان منع ولم يتصرف كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك ، وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك ، فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المنصوب عن محله أم لا .

وقال أبو حنيفة : لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل ، فان كان مما لا ينقل كالذور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالاً بأن غير المفقول مختص بالمنع دون التصرف ، فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله ،

ولأن المسروق لا يكون مسروقا إلا بالنقل عن الحرز فكذا المنصوب لا يصير
منصوبا إلا بالنقل . وتحريمه قياساً أن كل مالم يصير به المال مسروقا لم يصير به
منصوبا كالمنع والإحالة ؛ دليله ما روى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض
غيره إلى أرض نفسه ، فأطلق على الأرض حكم الغلول والغصب ، وروى عنه
صلى الله عليه وسلم قوله : لعن الله سارق المنار ، قيل : وما سارق المنار ، قال :
أن يأخذ الرجل العلامة من أرضه إلى أرض غيره ، لجعل ذلك سرقة ، وقوله
صلى الله عليه وسلم : ملعون من لعن أباه ، ملعون من لعن أمه ، ملعون من غير
نجوم الأرض ، وفي نجوم الأرض تأويلان .

أحدهما : علمهاؤها ، والثاني : حدودها وأعلامها وما ضمن بالقبض في العقود
ضمن بالتصرف في العقود كالمحول والمنقول ، ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به
غير المنقول كالعقود ، ولأنه عدوان لجواز أن يضمن به غير المنقول كالجناية .
فأما الجواب بأن مالم ينقل يختص بالمنع كالحبس فهو أن المحبوس عن ماله حصل
التمدى عليه دون ماله فلم يصير المال منصوبا ، وخالف مالم تصرف فيه ، مع
اشتهار القول عرفا أن فلانا غصب دارا أو أرضا .

وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها يعتبر بهتك الحرز وإخراج
المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقا يقطع ويخالف الغصب المعتبر
بالتصرف في المال ، ألا ترى أنه لا يتمال : سرق دارا ، ويقال : غصب دارا ،
فإذا تقرر ما بيننا فالمنصوب على ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون باقيا (والثاني) أن يكون تالفا (والثالث) أن يكون
ناقصا ، وفي هذه الفصول التي سقتها للمصنف حالان منها .

فإن كان باقيا بحاله ارتجعه المالك منه ، فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى والى الأمر
استرجاعه وتأديب الغاصب وإن كان عما لا أجره لئله كالطعام والدرهم والدنانير
فقد يرى بعد رده من حكم الغصب ، وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق

أو أرخصت الأسعار أم لا ، لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق ، وإن كان مما مثله أجرة كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسي) وأقشة الصواوين والسرادقات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات والآلات الكاتبة والآلات الحاسبة والمكرفون وما إلى ذلك فعليه رد العين مع أجره المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة عرقا ، وعليه مؤونة الرد إن كان له مؤونة .

وأما الحال الثانية : وهو أن يكون المغصوب تالفا فهو مضمون عليه ، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم : على اليد ما أخذت حتى ترد ثم هو على ضربين .

(أحدهما) أن يكون له مثل كالذى تنساوى أجزاءه من الحبوب والادهان والدرام والدينانير فعليه رد مثله جنسا ونوعا وصفة وقدرا ؛ لأن مثل الشيء أحصر به بدلا من القيمة ، لأنه مثل في الشرع واللغة ، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة ، فإن طلب أحدهما القيمة لم يجب اليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه ، لأنها غير المستحق ، فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي جوارزه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المغيب (والثاني) أن لا يكون له مثل كالذى تختلف أجزاءه من الثياب والجواهر فعليه ثمنه في أكثر أحواله ، فثمنه من وقت الغصب إلى وقت التلف ، وبه قال جمهور الفقهاء .

وقال عبيد الله بن الحسن العنبري وأحمد بن حنبل : عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية العامري عن أنس في رواية الترمذي ، وعند الجماعة بمعناه إلا مسلما ، وعن عائشة في رواية أحمد وأبي داود والنسائي ، قالت عائشة : ما رأيت صانعة طعاما مثل صافية ، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم في إناء فما ملكت نفسي أن كسرتة ، فعلت : يا رسول الله ما كفارتة ، قال : إناء مثل إناء وطعام كطعام ، وما روى أن عثمان رضی الله عنه أتاه رجل فقال : يا أمير المؤمنين إن بنى عمك سمعوا على لبني فاحتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال عثمان : نعطيك لبلا مثل ابلك ،

وفصلانا مثل فصلانك ، فقال عبد الله بن مسعود : وقد رأيت يا أمير المؤمنين أن يكون ذلك من الوادي الذي جنى فيه بنو عمك ، فقال عثمان . نعم .

ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال . من أعتق شرك كاله في عبد قوم عليه ان كان موثرا فأوجب قيمة الحصاة ، ولم يوجب مثل تلك الحصاة ولأنه لما كانت أجزاءه مضمونة القيمة دون المثل ، حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته ، ومن حرق ثوبا لم يحرق ثوبه ، ووجب أن يكون في استهلاك العين بمثابة ، ولأن ما تخلف أجزاءه يتعذر فيه المماثلة ، ولا يخلو من أن يكون زائدا يظلم به الغاصب ، أو ناقصا يظلم به المغصوب ، والقيمة عدل يزمن فيها ظلم الفريقين ، فأما الجواب عن قوله اناء مثل الإناء وطعام مثل طعام فهو أن القيمة مثل في الشرع ، قال تعالى هـ فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ السكينة أو كجارة طعام مساكين ، فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلا وأما خبر عثمان فمحمول على الفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره من بني عمه .

(فرع) اذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب الى حين التلف في سوقه وبلده ، فإن قيل لم لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين ، قيل لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين . وان كان من جنس الأثمان فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح الاستعمال كالحلي ففي كيفية ضمانه وجهان .

(أحدهما) يضمن قيمته مصوغا من غير جنسه ، ان كان من الذهب ضمن قيمته فضة ، وان كان من الفضة ضمن قيمته ذهباً .

(والوجه الثاني) أنه يضمن بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته ، مثل أن يكون وزن مائة جرام من ذهب وهو مصوغ فيضمن مائة جرام ذهباً وبأجرة صياغته ، وهل يجوز أن تكون الأجرة ذهباً ، أم لا ، على وجهين (أحدهما) لا يجوز حتى تكون ورقا لئلا تفضى الى الربا ، والتفاضل في الذهب بالذهب .

والوجه الثاني وهو الأصح ، لأنه بدل من الصياغة والعمل الذي لا يدخله الربا ، ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقاً ، لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم ، كما لا يجوز أن تباع مائة دينار ودينار .

والضرب الثاني : أن يكون محظور الاستعمال كالأواني ، ففي صيغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين في إباحة ادخارها (أحدهما) أن ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن ، كصناعة الطنبور والمزمار والعود والبيانة لا تضمن صنعها إذا نقضت أو تارها أو تلفت أزرارها لأنه لا يضمن النقص في الإيقاع .

والوجه الثاني : أن ادخارها مباح وصياغتها مضمونة ، فعلى هذا في كيفية صيغتها وجهان على ما مضى .

(فرع) إذا غصب منه تمراً فجعله دبساً (عجوة) أو سمماً فعصره شيرجاً ، أو زيتوناً فأعصره زيتاً فللمغصوب أن يأخذ ذلك كله ويرجع بالنقص إن حدث فيه ، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المغصوب من أحد أمرين ، إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له ، فإن كان مما لا مثل له كالعجوة (التمر اللصيق) وكان يكتز بالبصرة قديماً وحديثاً ، وعندنا في ديارنا يصنع مثله في واحة سيوه ، رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه غير ماله ؛ ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره ، لأن أجزاء المغصوب أخص به من قيمته ، وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين

(أحدهما) أنه بمثابة مالا مثل له في استرجاع ما استخرج منه . والثاني أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل لأنه أشبه بالمغصوب من أجزاءه الأمر الثاني : وهو على أربعة أضرب (الأول) أن يكون له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل ؛ كالحنطة إذا طحنها فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق ، لأن مثل ذى المثل أولى من قيمته . فإن كانت الحنطة بعد الطحن قد زادت قيمتها دقيقا على قيمتها حبا استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة في الدقيق كما لو غصب دابة فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث في يده

مع بقاء العين ، فلأن بضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى . والضرب الثاني : أن يكون الأصل مما ليس له مثل . والمستخرج منه مما له مثل . كالزيتون إذا اعتصره زيتا ، لأن للزيت مثلا وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وينقص ان حدث في الزيتون ، لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الاصل لتقديم المثل على قيمه

والضرب الثالث : أن يكون الاصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل ، كالسمسم اذا اعتصره شيرجا ، لأن لكل واحد من السمسم والشيرج مثلا فيكون للمغصوب منه الخبثار في الرجوع بمثل أيها شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منها ، فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمننا من الشيرج فأراد نقصه لم يجز . وقيل له ان رضيت به وإلا فاعدل عنه الى الشيرج ولا أرشك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل ، فلا معنى لاخذ الاصل مع الارش مع استحقاك لمثل لا يدخله الارش

والضرب الرابع أن يكون مما لا مثل له والمستخرج منه لا مثل له كالدبس (العجوة) اذا استخرج دبسه بالماء ، فكل واحد من التمر والدبس غير ذى مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الاصل من الخنطه والدقيق ، ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمرأ أو دسأ . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبدا فأبق ، أو بهيمة فضلت ، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة لأنه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البديل كما لو تلف ، وإذا قبض البديل ملكه ، لأنه بدل ماله فملكه كبديل النائف ، ولا يملك الغاصب المغصوب ، لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمن كالتائف ، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك . وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة الى أن رده ، فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته (والثاني) تلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب فازمه ضمانها ، كما لو لم يدفع

القيمة . وإذ ارد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البديل ، لأنه ملكه بالخيولة وقد زالت الخيولة فوجب الرد ، وإن زاد البديل في يده نظرت ، فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الاصل في الفسخ بالعيب . وهذا فسخ ، وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبز لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعي رضي الله عنه : ولو غصب دابة فضاعت فادعى قيمتها ثم ظهرت ردت عليه ورد ما قبض من قيمتها لأنه أخذ قيمتها على أنها قائمة فكأن الفوت قد بطل لما وجدت ، ولو كان هذا بينا ما جاز أن تباع دابته عليه ، كعين جنى عليها فابيضت ، أو على سن صبي فانقلعت ، فأخذ أرشها بعد أن يئس منها ثم ذهب البياض ونبئت السن ، فلما عاد أرجع حقها وبطل الارش بذلك فيها . وهذا كما قال : إذا غصب عبداً فأبق أو بهيراً فشرده أو فرسا فعاد فهذا على ضربين

(أحدهما) أن يكون ذلك ممكناً ومكانه معروفاً ، فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤونة في زده ، ولو كانت أضعاف قيمته ، كما يؤخذ بهدم بناءه ، وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغصوبة أضعافاً ، فلو أمر الغاصب مالكمها أن يستأجر رجلاً لطلبها فاستأجر رجلاً ، وجبت أجرته على الغاصب ، ولو طالب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجره لطلبها ، لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعاً بطلبه .

فإن استأجر الغاصب مالكمها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان . أحدهما أن الاجارة غير جائزة وله الاجرة المسماة ، لأنه مالك للمنافع نفسه فملك المعاوضة عليها ، والوجه الثاني أن الاجارة باطلة ولا أجر له لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعموض على غيره . فإذا حصل منهما عدول عن طالب المغصوب الى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام

(أحدها) أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه . والقسم الثاني : أن يطالبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب . والقسم الثالث أن يتفق عليهما المغصوب منه والغاصب

فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة الموصوب ويطالب الموصوب منه بنفسه ويمتنع من أخذ قيمته قال قول قول الموصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مئوته ، لأن المالك لا يجبر على إزالة ما ملكه وأما القسم الثاني وهو أن يطلب الموصوب منه قيمة غضبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد الغصب بعينه فينظر : فإن كانت الغصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير قال قول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة ، لأن الشيء الموصوب مقدور عليه .

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل قال قول قول الموصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له لئلا يجز ما استحقه عاجلاً ، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكاً مستقراً وملك الغاصب الغصب ملكاً صريحاً فليس للموصوب منه أن يسترده ، لأنه وإن ملكه بالخيار ابتداءً فلم يملكه انتهاءً ، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداءً فقد ملكه انتهاءً ، وقد استقر ملكه عليه ، والضرب الثاني : وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر مما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد فإذا أخذها الموصوب منه في استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا (أ- دهما) أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد والوجه الثاني : لا ، لجواز القدرة على الرد ، فإن وجد الشيء الموصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه ، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك الموصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته .

وقال أبو حنيفة : يكون الموصوب ملكاً للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكون قد تكاذباً في قيمته ، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان الموصوب منه أحق بالغصب حينئذ استدلالاً بأن البذل إذا كان في مقابلة البذل كان استحقاق البذل موجباً لتلك البذل ، كالبيع والنكاح لما استحق على المشتري الثمن تملك المئتمن ، ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع . كذلك الغاصب لما ملك الموصوب منه القيمة ملك الغاصب الموصوب ، ولأن الجمع بين البذل والمبدل مرتفع في الأصول وفي بقاء ملك الموصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بطله وذلك باطل ، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك

الثمن والمثمن ، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع ، ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده ودليلنا قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك ، ولحديث سمرة مرفوعا د على اليد ما أخذت حتى ترده ، فجعل الرد غاية الأخذ ، فاقضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه

(فرع) إذا نما البديل في يد المغصوب منه فلا يخلو حال البديل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة ، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة . أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البديل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه في حالة زيادة المغصوب كما سيأتي .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن نقص المغصوب نقصانا تنقص به القيمة نظرت ، فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصانا مستقرا أو غير مستقر ، فإن كان مستقرا بأن كان ثوبا فتحرق ، أو إزاء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاما فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص : لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب ، فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببذله لم يكن له ذلك ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه : أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق ، والمذهب الأول ، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبه ببذله كالثوب إذا تحرق والشاة إذا ذبحت

وإن كان نقصانا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد ، فقد قال في الأُمم والغصوب منه مثل مكيلته ، وقال الربيع فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص ؛ فن أصحابنا من قال هو على قولين (أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تحرق (والثاني) أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد نسادد إلى أن يتناف

فصار كالمستهلك . ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولا واحداً ولا يثبت ما قاله الربيع ، وإن كان في الرقيق نظرت ، فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنائيات التي ليس لها أرش مقدر رده وأرش ما نقص ، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تحرق ، وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد نظرت ، فإن كان ذهب من غير جنابة رده وما نقص من قيمته . ومن أصحابنا من قال يردده وما يجب بالجنابة . والمذهب الأول ، لأن ضمان اليد ضمان المال . ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس ، فلم يجب فيه أرش مقدر . وإن ذهب بجنابة بأن غصبه ثم قطع يده ، فإن قلنا إن ضمانه باليد كضمانه بالجنابة وجب عليه نصف القيمة وقت الجنابة ، لأن اليد في الجنابة تضمن بنصف بدل النفس . وإن قلنا إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته ، لأنه وجد اليد والجنابة فوجب أكثرهما ضماناً . وإن غصب عبداً يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفاً ثم قطع يده لزمه خمسمائة ؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق .

(فصل) وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت ، فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة ، مثل أن غصب عبداً فقطع أنثيه ولم تنقص قيمته ، أو غصب صاعاً من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته ، لزمه في الأنثيين قيمة العبد وفي الزيت نصف صاع ، لأن الواجب في الأنثيين مقدر بالقيمة . والواجب في الزيت مقدر بما نقص من السكبل فلزمه ما يقدر به . وإن كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شيء ، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة شيء فلم يلزمه شيء . واختلاف أصحابنا فيمن غصب صاعاً من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته ، فقال أبو علي الطبري : يلزمه نصف صاع كما قلنا في الزيت

وقال أبو العباس : لا يلزمه شيء . لأن نقص العصير باستهلاك مائة ورطوبه

لا قيمة لها ، وأما حلاوته فهي باقية لم تنقص ، ونقصان الزيت باستهلاك أجزاءه ولا جزاءه قيمة فضمنها بمثلها .

(فصل) وإن تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقي بأن غصب ثوبا تنقص قيمته بالقطع فشقّه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ورد الباقي وأرث ما نقص ، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه ، فإن كان لرجل خفان قيمتها عشرة فأتلف رجل أحدها فصار قيمة الباقي درهماين ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهما ، لأن الذي أتلفه قيمته درهما (والثاني) تلزمه ثمانية ، وهو المذهب ، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به ، فلزمه ضمانه

(فصل) فإن غصب ثوبا فلبسه وأبلاه ، ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص ، لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجرة ، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الأجزاء (والثاني) تلزمه الأجرة وأرث ما نقص ، لأن الأجرة بدل للمنافع ، والأرث بدل الأجزاء ، فلم يدخل أحدهما في الآخر ، كالأجرة وأرث ما نقص من السمن

(فصل) وإن نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينه فهزلت ونقصت قيمتها ، ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان (أحدهما) يسقط عنه الضمان ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان ، كما لو جنى على عين فأبيضت ثم زال البياض (والثاني) أنه لا يسقط ، وهو قول أبي سعيد الأصطخري ، لأن السمن الثاني غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالاول

وإن سمنت ثم هزلت ثم سمنت ثم هزلت ضمن أكثر السمنين قيمة ، في قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن يعود السمن يسقط ما في مقابلته من الارش ، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد — لأن السمن الثاني غير الأول — فلزمه ضمانهما .

(فصل) وإن غصب عبداً لجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى في جنابته ، فإن كانت الجنابة على النفس فأقيد به ضمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان في يده فإن كان في الطرف فأقيد منه ضمن وفي الذي يضمن وجهان (أحدهما) أرش العضو في الجنابة (والثاني) ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا بالجنابة لأن القطع في القصاص ليس بجنابة وقد بينا الوجهين فيما تقدم فإن عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه لأنه حق تدلىق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه .

(الشرح) الأحكام : يشتمل هذا الفصل على الحال الثالثة من حالات المغصوب وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين .

أحدهما : أن يكون حيواناً . والثاني : أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين (أحدهما) أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها ، فيكون ضامناً للنقص بالمثل إن كان ذا مثل ، وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل ؛ ويرد الباقي بعينه ، سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله ، وهذا متفق عليه .

(والضرب الثاني) أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه ، فإن كان الناقص من أقل منافعه أخذه وما نقص من قيمته إجماعاً فيقوم صحيحاً ، فإن قيل : مائة درهم قوم ممزقا أو مكسورا ، فإن قيل : ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقا أو مكسورا ويأخذ منه أربعين درهما ، وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعي إلى أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم فصار بعد النقص يساوي درهما أخذه وتسعة وتسعين درهما ، وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لها قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . وقال مالك : يكون المالك مخيراً بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصاً ولا أرش له .

وقال أبو حنيفة . يكون المالك مخيراً بين أن يتمسك به ويرجع بأرشفه

وبين أن يسلمه الى الغاصب ويرجع بجميع قيمته ، واذا تمزق الثوب وترفض الإناء حتى يبلغ النقص جميع القيمة غرم القيمة ومملك المرصوص والممزق استدلالا بأن لا يصير جامعا بين البديل والمبدل ، قالوا ولان العين اذا ذهب أكثر منافعتها صار الباقي منها ذاهب المنفعة فيجاز له أن يرجع بجميع القيمة ، ولأن الاقل تبع الأكثر فلما كان غارما لا أكثر المنافع وجب أن يكون غارما لا قلما .

دليلنا . قوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، فإذا اعتدى باستهلاك بعضه لم يجز أن يقوى عليه باستهلاك كله ، ولان مالم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياسا على النقص المتميز ، ولان مالم يكن تمييز بعضه موجبا لغرم جميعه لم يكن عدم تمييزه موجبا لغرم جميعه قياسا على النقص الاقل ولا يدخل على هاتين العاليتين أطراف العبد كما نص عليه الماوردي في الحاوي .

فأما الجواب عن قولهم . انه جمع بين البديل والمبدل فهو غير صحيح ، لأن الماخوذ بديل من المستهلك دون الباقى ، فلم يكن جمعا بين البديل والمبدل ، وأما الجواب عن قولهم . ان الاقل تبع الأكثر ، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلا على وجوب الاقل تبعاً لسقوط الضمان فى الاكثر ، حتى لو أنه أتلف أقل المنافع لم يضمنها ، لأنه لم يضمن الأكثر فيها ، وهذا قول مردود عندنا ، فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه قليلا كان النقص أو كثيرا ، نفع الباقي منه أو لم ينفع نظر ، فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته ، وان كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة ليس له الرجوع بنقصه ، وهو بالخيار بين تسليمه الى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين امساكه ولا أرش ، لأن الأثمان مستحقة فى الأرش ، فلم يجز أن يدخلها أرش ، وهذا خطأ لان كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه — ولم يجز مع امكان الأرش أن يكون جزءا ، واذا كان هذا ضمانا فى كيفية ضمانه وجهان على ماضى .

(أحدهما) يضمن اجزاء صنفه لا غير .

(والثانى) يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً ان كان من ورق وورقا ان

كان من ذهب .

وان كان حيرا انا فعلى ضربين (أحدهما) أن يكون بهيمة (والثاني) أن يكون آدميا ، فإن كان بهيمة — وهو محل اهتمامنا بالبحث دون الآخر — فإنه يرد لها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وناقصة ، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در .

وقال أبو حنيفة . ان كان حيوانا يفتنع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها كالبعال والحير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا وان كان يفتنع بها من جهتين كظهر ودر كالابل ، وكذلك البقر والجاموس فاهما يعملان في المحراث والساقية وجر العربات والمعجلات والزحافات والنوارج كان في احدى عينيه ربع قيمته ، وفي سائر أعضائه ما نقص استدلالا بما رواه عن عمر رضى الله عنه أنه حكم في احدى عيني بقرة بربع قيمتها ، وقد رد الماوردي وغيره هذا الوجه ، لان مالم يضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينه قياساً على ذات الظهر ، ولان كل مالم يضمن بمقدر في غير ذات الظهر لم يضمن بمقدر من ذات الظهر والدر ، قياساً على سائر الاعضاء ، وما روى عن عمر (رض) لا دليل فيه لانه ناقصه وافقت الحكومة فيها ربع القيمة .

وقال مالك اذا قطع ذنب حمار القاضى كان عليه جميع قيمته ، ولو كان لغير القاضى لزمه ما نقص من قيمته استدلالا بأن في قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهن في الدين ، وحسبك بقبیح هذا القول دليلا على فساده ، ولو جاز أنه يجب في ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك في تحريق ثيابه والتعدى في قماشه ولتضاعف الجناية عليه على الجنابة على غيره ، ولكان كل ما اختص به زائدا في الحكم على من سواه ، وفي اتفاق الجميع على أن القاضى وغيره سواء في ضمان ما استهلك له أو جنى عليه ووجب أن يكون وغيره على سواء في الجنابة على حماره

(فرع) صورة من نقصت العين في يده ثم زال النقص فهي كما قال الشافعى في الامم هكذا . ولو غصب جارية تساوى مائة فزادت في يده بتعليم وهذيب وأنفق عليها من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسع مائة معها . قال الماوردي : وهذه المسألة مشتقة على فصلين :

(أحدهما) يخصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص (والثاني) أن يخصبها زائدة فتتقص ثم تزيد ، وتكمل عن الفصل الأول فصور المسألة في أمة زادت برة أو سمن أو تعليم قرآن فصارت تساوى ألفا ثم نقصت بنسيان أو هزال أو مرض حتى عادت لحالها لا تساوى إلا المائة ، فإنه يردّها ومعها تسعمائة ليقصر الزيادة الحادثة في يده وقال أبو حنيفة : يردّها ولا غرم عليه ليقصر ما زاد في يده استدلّلاً بأنه رد المنصوب كما أخذه . ولأن الزيادة في يد الغاصب قد تكون زيادة في السوق أو زيادة في العين ، فلما كانت زيادة الرق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ، كانت زيادة العين غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ، وتحريره قياساً أمّا زيادة حدثت في يد الغاصب فوجب أن يضمّنها مع بقاء المنصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف العين عكساً ، وكان ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب . وإن صار تحت يده ، ألا ترى لو أن شاة دخلت داراً لرجل لم يضمّنها . وإن صارت تحت يده . وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحدث ذلك بغير فعله ، وكذا الزيادة الحادثة في يده

دليلنا : أنه نقص عين حدث في يد الغاصب فوجب أن يكون مضموناً عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها ، بأن يخصبها صحيحة فتمرض أو سميئة فتمزول ، ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها فكذلك إن لم يبيعها

وفي ضمان النقص وجهان :

(أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة أنه غير مضمون على الغاصب استشهاده بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل قابضت فأخذ ديتها ، ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة ، فكذا الغاصب والوجه الثاني : وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، والأشبه بأصول الشافعي أنه مضمون على الغاصب فيردّها وتسعمائة معها كما نقلنا ذلك عن الشافعي فيما سبق ، ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده من زيادة لحادث على ملك المنصوب منه ، فلم يجز أن يسقط به ما قدّمه من الغرم وليس كبياض العين بالجناية لأنّها مضمونة بالفعل ، والغصب مضمون باليد .

فعل هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ما أتت ضمن على قول أبي سعيد الاصطخري قيمتها ونقصها مهما تكرر، ويتفرع على ذلك إذا غصبها وهي تساوى ألفاً فرضت حتى صارت تساوى مائة ثم برأت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبي بن هريرة ردها وتسمائه نقص مرة واحدة، وعلى قول أبي سعيد ردمها ألفاً ومائتائه نقصها مرتين. وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص، فلو عادت بعد النقص الثاني إلى البدء ثم ردها لم يلزمه على قول أبي بن هريرة شيء ولزمه على قول أبي سعيد نقصان. وانه أعلم بالصواب (فرع) قال الشافعي إن ثوباً فأبلاه المشتري أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وبين قيمته وقد أبلاه، ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن الذي دفع. اهـ

وهذه المسألة تشتمل على: إما إبلاء الغاصب له وإما إبلاء المشتري، فالغاصب لا يتخلو حاله في الثوب الذي غصبه من أربعة أقسام (أحدها) أن لا يبلى في يده ولا تمضي عليه مدة يكون لها أجره، فهذا يرد الثوب ولا شيء عليه سواء (والثاني) أن يكون قد بلى ولم تمض عليه مدة يكون لها أجره، فهو يرده ويرد معه أرش البلى لا غير.

(والثالث) أن لا يبلى، لكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجره، فهو يرده ويرد معه أجره مثله لا غير.

(والرابع) أن يبلى وتمضي عليه مدة يكون لها أجره، فهل يجمع عليه بين الارش والأجرة أم لا؟ على وجهين (أحدهما) يجمع بينهما وتجبان عليه لاختلاف موجبا، لأن الارش يجب باستهلاك الاجزاء والأجرة تجب باستهلاك المنفعة والوجه الثاني: أنهما يجتمعان عليه، ويجب عليه أكثر الأمرين من الارش والأجرة، لأن استهلاك الاجزاء في مقابلة الأجرة، ألا ترى أن المستأجر لا يضمّن أرش البلى، لأنه في مقابلة ما قد ضمنه من الأجرة. ولكن لو كان المنصوب حيواناً فضت عليه في يد الغاصب مدة فهزل فيها بدنه وذهب فيها سمته لزمته الأجرة مع أرش الهزال وجهها واحداً. والفرق بينهما وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه؛ وليس استخدام الحيوان موجبا لهزاله. وانه أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كانت شجرة فأثمرت ، أو جارية فسمنت أو ولدت ولداً مملوكا ، ثم تلف ، ضمن ذلك كله ، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب ، فضمنه بالتلف ، كالعين المغصوبة ، وإن ألفت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيا ، وهو ظاهر النص لأنه غصبه بغصب الام فضمنه بالتلف كالام .

(والثاني) أنه لا يضمنه ، وهو قول أبي إسحاق ، لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له في تلك الحال فلم يضمن ، وحمل النص عليه إذا ألفت حيا ثم مات .

(فصل) وإن غصب دراهم فاشتري سلعة في الذمه ، ونقد الدراهم في ثمنها وروح ، ففي الربح قولان ، قال في القديم : هو للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد ، فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كالثمرة والولد ، وقال في الجديد : هو للغاصب لأنه بدل ماله فكان له .

(فصل) وإن غصب عبدا فاصطاد صيدا فالصيد للمولاه ، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده وهل تلزم الغاصب أجره العبد للمدة التي اصطاد فيها فيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه (والثاني) لا تلزمه لأن منافعه صارت إلى المولى ، وإن غصب جارحه كالقهد والبازي فاصطاد بها صيدا ففي صيده وجهان (أحدهما) أنه للغاصب : لأنه هو المرسل والجارحه آله ، فكان الصيد له ؛ كما لو غصب قوسا فاصطاد بها ، وعليه أجره الجارحه لأنه أتلف على صاحبها منافعها (والثاني) أن الصيد للمغصوب منه ، لأنه كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا في أجرته وجهان على ما ذكرناه في العبد .

(فصل) وإن غصب عينا فاستحالت عنده بأن كان أيضا فصار فرغا أو كان حيا فصار زرعاً أو كان زرعاً فصار حيا فبلغ صوب منه أن يرجع به لأنه عين ماله

فإن نقصت قيمته بالاستعمال رجوع بأرش النقص لأنه حدث في يده ، وإن غصب عصيراً فصار خمرأ ضمن العصير بمثله لأنه بانقلابه خمرأ سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيوياً فمات فإن صار الخمر خلا رده ، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخمر ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه لأن الخمر غير العصير فلا يسقط برد الخمر ضمان ماوجب بهلاك العصير .

(والثاني) لا يلزمه لأن الخمر عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير ، فعلى هذا إن كانت قيمة الخمر دون قيمة العصير رد مع الخمر أرش النقص .
(فصل) وإن غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته بأن كان ثوباً فنصره أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو ذهباً فصاغه حليماً أو خشباً فعمل منه باباً رده على المالك لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببذله .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : وفي ولد المغصوبة الذي ولد في الغصب مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده وقال أبو حنيفة : ولد المغصوب غير مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده ، إلا أن يمنع من بعد الطاب فيضمن بالمنع استدلالاً بما ذكره في زيادة البدن من أن حدوث الشيء في يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوباً إليه أو الشاة إذا دخلت داراً .

ودليلنا : هو أن ولد المغصوبة في يد الغاصب كالآدم بدليل أنه لو ادعاه لقبيل قوله لما كان يده فوجب أن يكون مأمثاله باليد كأمه ، ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان العبد ، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضموناً على الغاصب ، لأنه نماء عن أصل مضمون بالتعدى فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللبن ، ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضموناً كالسمن وثمر الغرس ، ولأن ما ضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل ، ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائنه كالدرهم في كيس والحلي في حق .

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره وبالثوب إذا أطارته الريح إليها فهو أن لا يكون ذلك متعديا فلم يكن ضامنا ويكون يامسك الولد متعديا فكان ضامنا . ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه ، وولادة الصيد في يده توجب عليه الضمان لتعديه . فإذا ثبت أن ولد المفصولة مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه في ضمان قيمته في أكثر أحواله فيه من حين الولادة إلى وقت التلف ، فإن نقصت قيمة أمه بعد الولادة — فإن كان نقصها لغير الحمل — ضمنه مع قيمة الولد ، وإن كان نقصها لاجل لم يضمنها معا لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها ، فكان ضامنا لأكثر الأمرين من نقص الحمل وقيمة الولد .

فإذا تقرر ما وصفنا فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها ، وحال لا يضمن ، وحال يختص فيها . فأما أحوال الضمان ففي الغصب والجنابة والإحرام ، فإن ضمان الولد فيها واجب كالام ، وأما حال سقوط الضمان ففي الإجارة والرهن والوديعة ، فإن ولد المستأجرة والمرهونة والمودعة غير مضمون كالام ، فأما الحال المختلف فيها ففي العارية والبيع الفاسد ففي ضمان الولد فيها وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في ضمان الام في العارية والبيع الفاسد ، هل هو ضمان غصب أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أنه ضمان غصب ، فعلى هذا يكون الولد مضمونا بأكثر الأمرين من قيمته أو نقص الحمل كالفص .

(والوجه الثاني) أنه يكون مضمونا ضمان عقد ، فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لانه لم يدخل في العقد .

فأما إذا غصب مالا فاتجر به وربح فيه ففي ربحه قولان : أحدهما وهو قوله في القديم : أنه لرب المال ، وهو مذهب مالك . والقول الثاني : أنه للغاصب وهو مذهب أبي حنيفة ، وسندكر توجيه القولين في القراض ؛ فأما إذا غصب شيئا فصاد به ، فعلى ثلاثة أضرب . أحدها : أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجره الآلة ، والضرب الثاني : أن يكون عبدا فالصيد للغاصب منه لأن يده بد لصاحبه وهل على الغاصب أجرته مدة صيده أم لا ؟ على وجهين

أحدهما : عليه الأجرة ، لأنه غاصب . والثاني : لا أجرة عليه لأن السيد قد صار إلى منافعه في ذلك الزمان . والضرب الثالث : أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والثمر ففي الصيد وجمان . أحدهما : للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا عليه أجرة الفهد والثمر ، فهل عليه أجرة الكلب أم لا ؟ على وجهين .

قال الشافعي : ولو باعها الغاصب فأولدها المشتري ثم استحقها المخصوب منه أخذ من المشتري مهرها وقيمتها إن كانت ميتة ، وأخذها إن كانت حية ، وأخذ قيمة أولادها يوم سقطوا أحياء ، ولا يرجع بقيمة من سقط ميتاً ، ويرجع المشتري على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لأنه غره ، إلى أن قال : وعليه الحد إن لم يأت بشبهة .

(فرع) إذا كان قد غصب بيتاً فصار فراخاً أو فروجاً كان ملكاً للمخصوب منه أولده في ملكه ، ولو غصب منه شاة فأنزى عليها فخله فوضعت سخلاً كان للغاصب ، لأن مالك الأم ولا شيء للمخصوب منه في نزو فخله لأنه عسب فخل محرم آمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنها وقيمتها فيرجع على الغاصب بقدر النقص . فلو غصبه شاة فذبها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمخصوب منه مطبوخة وبنقص ما حدث فيها . وقال أبو حنيفة : قد صارت للغاصب بالطبخ ، ويغرم قيمتها استدلالاً برواية عاصم بن كليب عن أبي بردة بن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الأنصار فقدموا إليه شاة فصيالة فأكل منها لقمة فلم يلمهم فقال ما لي لأسيغها ، إن لها شاة أنا أو قال خبراً ، قالوا يا رسول الله إنا أخذناها من بني فلان وأنهم إذا وافوا راضيناكم فقال أطمعواها الأسارى . فجعل لهم ملكها بالعمل لأنه أمرهم باطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعهم .

ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لأحد منكم من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم . يا رسول الله أرأيت إن لقيت غنم ابن عمي اخترت منها شاة ؟ قال إن لقيتها نعمة تحمل شجرة وزناداً بخت الجبش - بفتح فسكون ، والجبش وزن الخميس - وهو صحراء بين مكة والمدينة - فلا تأخذها . قال الماوردي .

وأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذهابهم من غير ثمن مقدر ، ويحتمل أن يكون لتعذر مستحقه عن استبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظا لقيمته على أربابه اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غصب شيئا فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه ، بأن غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع من زيت ، أو صاعا من الطعام فخلطه بصاع من طعامه ، نظرت ، فإن خلطه بمثله في القيمة فله أن يدفع إليه صاعا منه لأنه تعذر بالاختلاط عين ماله ، فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله والبعض من مثله وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ، ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أن الخيار للمل الغاصب ، لأنه لا يقدر على رد عين ماله ، فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك ، والثاني وهو قول أبي اسحق وأبي علي بن أبي هريرة أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعا منه لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله فلا ينتقل إلى البديل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه ، وإن خلطه بأجود منه فإن بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله ، لأنه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيرا منه ، وإيض بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعا منه ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص في الغصب أن الخيار إلى الغاصب لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل . والثاني أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التفليس ، لانا إذا فعلنا ذلك أو صلنا كل واحد منهما إلى عين ماله ، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البديل ، فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب ، لأنه نقص بفعله فإلزمه ضمانه

وعلى هذا الوجه إن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان ، أحدهما ؛ لا يجوز ، وهو قول أبي اسحق لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا والثاني أنه يجوز لأن الربا إنما يكون في البيع

وليس ههنا بيع ، وإنما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض .

(فصل) وإن خلطه بما دونه فإن طاب الغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب أجزبر على الدفع ، لأنه رضى بأخذ حقه ناقصاً ، وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجزبر على دفع مثله ، لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله ، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة : لأنه نقص بفعله .

(فصل) وإن غصب شيئاً خلطه بغير جنسه أو نوعه ، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السوداء ، لزمه تمييزه ورده ، لأنه يمكن رد العين فلزمه ، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله ، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعُدل إلى مثله . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله كما قلنا في القسم قبله .

(فصل)

وإن غصب دقيقاً خلطه بدقيق له فقيه وجهان :

أحدهما : أن الدقيق له مثل . وهو قول أبي العباس وظاهر النص ، لأن تفاوته في النعومة والحشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره . فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة . وقد بيناه

والثاني : أنه لا مثل له . وهو قول أبي إسحاق : لأنه يتفاوت في الحشونة والنعومة ، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه فمنهم من قال يلزمه قيمته لأنه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجب القيمة ومنهم من قال بصيران شريكين فيه ، فباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : « وما كان له كيل أو وزن فعلية مثل كيله ووزنه ، وقد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل ، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة فأما حد ماله مثل فقد قال الشافعي ما سبقنا ، وليس ذلك منه حداً لماله مثل ، لأن كل ذي مثل مكيل أو موزون ، وليس كل مكيل أو موزون له مثل ، وإنما ذكر الشافعي ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم ، ولم يجعله حداً لماله مثل . وحد ما له مثل . أن يجتمع فيه شرطان ، تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل ، كالحبوب والأدهان ، فإن كان مكيفاً كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن ، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل ، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيون والثياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته .

أما خلط الشيء بمثله كالزيت بالزيت ، أو الحنطة بالحنطة فقد قال الشافعي : « ومن الشيء الذي يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز منه ، أو يغصبه مكيفاً زيت فيغصبه في زيت مثله ، أو خبير منه ، فيقال للغاصب : إن شئت أعطيتك مكيفاً زيت مثل زيتك ، وإن شئت أخذت من هذا الزيت مكيفاً ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيتك ، وكنت تاركاً للفضل ، إذا كان زيتك أكثر من زيتك ولا خيار للغاصب لأنه غير منتقص ، فإن كان صب ذلك المكيف في زيت شر من زيتك ضمن الغاصب له مثل زيتك ، لأنه قد انتقص زيتك بتصديره فيما هو شر منه ، وإن كان صب زيتك في شيرج أو دهن طيب أو سمن أو عسل ضمن في هذا كله ، لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه مكيفاً مثله ، وإن كان المكيف منه خيراً من الزيت من قبل أنه غير الزيت ولو كان صبه في ماء إن خلصه منه حتى يكون زيتاً لا ماء فيه ، وتكون مخالطة الماء غير نافعة له كان لازماً للغاصب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء نافعة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيفاً مثله مكانه ،

قال الربيع : ويعطيه هذا الزيت بعينه وإن نقصه الماء ، ويرجع عليه بثمنه

وهو معنى قول الشافعي قلت : فهذا هو المنصوص الذي أشار اليه المصنف
وقول الشافعي أعدل حكمه وأبعد عن الفرر .

(فرع) قال الشافعي ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص كان عليه أن
يسله اليه ، وما نقص مكيته ثم ان كانت النار تنقصه شيئاً في القيمة كان عليه أن
يفرم له نقصانه وان لم تنقصه شيئاً في القيمة فلا شيء عليه ، ولو اغتصبه حنطة
جيدة خلطها بردية كان خلطها بمثلها أو أجود منها كما وصفت في الزيت يفرم
له مثلها بمثل كيلها ؛ الا أن يكون يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة ،
وان خلطها بمثلها أو أجود كان كما وصفت في الزيت . قال : ولو خلطها بشعير أو
ذرة أو حب غير الحنطة كان عليه أن يؤخذ بتمييزها حتى يسلمها اليه بعينها بمثل
كيلها ، وان نقص كيلها شيئاً ضمنه ، قال : ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها
عنده ماء أو عفن أو أكلة أو دخلها نقص في عينها كان عليه أن يدفعها اليه
وقيمة ما نقصها تقوم بالحال التي غصبها والحال التي دفعها بها ثم يفرم فضل ما بين
القيمتين . قال : ولو غصبه دقيقاً خلطه بدقيق أجود منه أو مثله أو أردأ كان
كما وصفنا في الزيت .

هذا نصه فلو أن المصنوب منه أراد أن يأخذ من المختلط بقدر مكيته أو
بقدر قيمة ماله وفرق بين المكيته وقدر القيمة لأن الأول النسب أي في الكيل
والآخر النسب أي في القيمة فعلى وجهين أحدهما وهو قول أبي اسحاق المروزي :
لا يجوز ، والثاني : يجوز لأنه ليس بيعاً ويكون منبرعاً بفرق القيمة أو المكيته
أو الجودة ولا يكون ذلك من الربا لأنه ليس بيعاً وهو كما قال الشافعي في
الأم : ان غصبه سمناً وعسلاً ودقيقاً فعصده كان المصنوب الخيار في أن يأخذه
معصوداً ولا شيء للغاصب في الحطب والقدر والعمل من قبل أن ماله فيه أثر
لا عين ، أو يقوم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين . فإن كان قيمته
عشرة وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة من قبل أنه أدخله النقص ، ولو
غصبه دابة وشعيراً فمالف الدابة الشعير رد الدابة والشعير من قبل أنه هو
المستهلك له وليس في الدابة عين من الشعير يأخذه إنما فيها منه أثر ، قال : ولو

غصبه طعاماً فأطعمه إياه والمعصوب لا يعلم كان متطوعاً بالإطعام ، وكان عليه ضمان الطعام . وإن كان المعصوب يعلم أنه طعامه فأكله فلا شيء عليه من قبل أن سلطانه إنما كان على أخذ طعامه فقد أخذه

وقال الربيع : وفيه قول آخر أنه إذا أكله عالماً أو غير عالم فقد وصل إليه شيئته ولا شيء على العاصب ، إلا أن يكون نقص عمله فيه شيئاً فيرجع بما نقصه العمل . قلت وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه

(فرع) إذا نقص المعصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده : فعليه ضمان نقصه ، فلشافعي قولان (أحدهما) يضمن (والثاني) لا يضمن . وهو قول أحد الأقوال الثلاثة عند الحنابلة (أحدها) وهو قول القاضي لا يضمن (والثاني) يضمن ، وهو قول ابن قدامة (والثالث) المعصوب منه مخير بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ولا شيء له ، أو تسليمه إلى العاصب ويأخذ قيمته .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غصب أرضاً فعزس فيها غراساً أو بنى فيها بناءً ، فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك . لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس لعرق ظالم حق ، فإن قلعه فقد قال في العنصب يلزمه أرش ، ما نقص من الأرض . وقال في البيع : إذا قلع الأحجار المستودعة ، عليه تسوية الأرض فن أصحابنا من جعلها على قولين (أحدهما) يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون ، فلزمه أرشه . (والثاني) يلزمه تسوية الأرض لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة . ومنهم من قال : يلزمه في العنصب أرش ما نقص . وفي البيع يلزمه تسوية الأرض ، لأن العاصب متعد فعلمظ عليه بالأرش لأنه أوفى ، والبايع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية ، وإن كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع ، فإن كان له غرض في قلعه أخذ بقلعه ، لأنه قد فوت عليه غراس غرضاً مقصوداً في الأرض ، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت ، وإن لم يكن له غرض

ففيه وجهان (أحدهما) لا يؤخذ بقلمه ، لأن قلمه من غير غرس سفه وعيب (والثاني) يؤخذ به ، لأن المالك محكم في ملكه ، والعاصب غير محكم ، فوجب أن يؤخذ به .

(فصل) وان غصب أرضا وحفر فيها بئرا فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه ، وقد نقله من موضعه فآزمه رده الى موضعه ، فإن أراد العاصب طمها فامتنع صاحب الأرض أجبر . وقال المازني : لا يجبر كما لو غصب غزلا ونسجه ، لم يجبر المالك على نقضه ، وهذا غير صحيح ، لأن له غرضا في طمها . وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها ، بخلاف نقض المنزل المنسوج فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان (أحدهما) يصح الإبراء لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها سقط عنه إذا أبرأه منها . (والثاني) أنه لا يصح ، لأن الإبراء إنما يكون من واجب ، ولم يجب بعد شيء فلم يصح الإبراء .

(الشرح) حديث سعيد بن زيد رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه وأعله بالارسال والنسائي ، ورجح الدارقطني الارسال أيضا ؛ وقد اختلف مع ترجيح الارسال على الصحابي الذي رواه قبل جابر ، وقيل عائشة ، وقيل ابن عمر ، ورجح ابن حجر الاول ، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلفا كثيرا ، ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة ، وفي استناده زمعة ، وهو ضعيف . ورواه البخاري تعليقا

أما الاحكام فقد قال الشافعي : ولو اغتصبه أرضا فعزسها نخلا أو أصولا أو بني فيها بناء أو شق فيها أنهارا كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذي اغتصبه إياها ، وكان على الباني والعارس أن يقلع بناءه وغرسه ، فإذا قلمه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد اليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها . قال وكذلك ذلك في النهر وفي كل شيء أحدثه فيها لا يكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق ، ولا يكون لرب الأرض أن يملك مال العاصب ؛ ولم يملكه إياه كان ما يقلع العاصب منه ينفعه

أو لا ينفعه ، لأن له منع قليل مائة كما منع كثيره . وقال الماوردي قد ذكرنا أن الأرض والعقار يجرى عليها حكم الغصب لإبراء وضمانا ، وبه قال فقهاء الحرميين والبصرة ، وخالف أهل الكوفة فقال أبو حنيفة لا يجرى على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد . وهو قول أبي يوسف ، وقال محمد بن الحسن يجرى عليها حكم الضمان باليد ، ولا يجرى عليها حكم الغصب ، اه . وكلام محمد يرد عليه أنه كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول ، على أنه ليس للفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير .

فإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال غاصبها من أن يكون قد شتمها بعزس أو بناء أو لم يشتمها ، فإن لم يكن قد شتمها بعزس ولا بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبه ، وإن شتمها باحداث عزس أو بناء أخذ بقلع بناءه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها ، سواء أضر قلعها بالأرض أم لا .

وقال أبو حنيفة إن لم يضر القلع بالأرض أضراراً يفنا فله القلع ، ولا يجبر على أخذ القيمة ، وإن كان في قلعها أضرار بالأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة العزس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها ، وبين أن يأخذ بقلع العزس والبناء فيجبر على قلعها استدلالاً بما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار . وبما روى مجاهد أن رجلاً غصب قوماً أرضاً براحا فعزس فيها نخلاً فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال لهم ، إن شتمتم فادفعوا إليه قيمة النخل ، وروى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، من زرع أرض قوم بلا إذن منهم فليس له في الزرع شيء وله نفقته ، قال ولأن من دخل تملك على مالك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع

ودليلنا ما روى أنس مرفوعاً ، لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، أخرجه الدارقطني وأحمد والحاكم والبيهقي وابن حبان . وما رواه هشام بن عروة عن أبيه أن رجلاً غصب أرضاً من رجلين من بني بياض من الأنصار فعزسها نخلاً بها فرفع ذلك إلى رسول الله (ص) فأمر بقلعه ولم يجعل لرب الأرض خياراً ولو استحق خياراً لأعلمه وحكم به . ولأن يسير العزس والبناء أشبهه بأن يكون تبعاً للأرض من كثيره ، فلما لم يكن لرب الأرض أن يتملك بسيره فأولى أن

لا يملك كثيره ويتحرر من اعتلاله قياسان (أحدهما) أنه ما لم يملك بالنصب يسيره لم يملك به كثيره لمتاع (والثاني) أنه عدوان لا تملك به الأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة . وأما حديث لا ضرر ولا ضرار فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك المين . وأما قضية عمر فرسلة لأن مجاهدا لم يلق عمر ، ثم لا دليل فيها من وجهين (أحدهما) أنها قضية في عين إن لم تنقل شرعا لم تلزمه حكما (والثاني) قوله إن شتمم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طاب صاحبها ذلك . وهذا عندنا جائز . وأما قوله من زرع أرضا بغير إذنه فليس له في الزرع شيء ففيه جوابان (أحدهما) أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم يذرم (والثاني) ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء ، بما بينه بقوله ، ليس لعرق ظالم حق ،

فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون ملكا للغاصب (والثاني) أن يكون مغصوبا من رب الأرض (والثالث) أن يكون مغصوبا من غيره فأما الأول فلرب الأرض والغاصب أربعة - أول ، أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقاما على اتفاقهما ، لأن الحق فيه مختص بهما ، ثم ننظر فإن كان بعقد صح استحقاق المسمى فيه . ولم يكن له الرجوع في المطالبة بالملع قبل انقضاء المدة سواء علما قدر أجره المثل أو لم يعلم ، وإن كان بغير عقد فله أجره المثل ما لم يصرح بالعفو عنها وأن يأخذه بالقطع متى شاء .

والحال الثانية أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائما أو مقلوطا فيجوز ويكون ذلك بيعا يراعى فيه شروط البيع ، لأنه عن مرضاة فإن كان على الشجر ثمر ملكه إن كان مؤبرا ، ولا يلزم الغاصب أرض ما كان ينقص من الأرض لو قلع لأنه لم يقلع ، فلو باع الغاصب الغرس على غير مالك الأرض فإن اشتراها بشرط التبقية فالبيع باطل ، وإن اشتراها بشرط القلع فالبيع جائز ؛ فإذا قلعه المشتري فأحدث به نقصا فأرشه على الغاصب وحده لترتبه على تعديه أو يشتره مطلقا ففيه وجهان (أحدهما) باطل لاحتمال التبقية (والثاني) يجوز ويؤخذ المشتري بالقلع .

والحال الثالثة : أن يتفقا على أخذ ثمن الأرض من الغاصب وأسقط المطالبة عن الغاصب إلا بثمن الأرض ، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرض النقص لو قلع لأنه لم يقطع ، ولو كان صاحب الأرض باعها على أحد غير الغاصب كان للأجنبي الذي ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقطع بنائه وغرسه ، فإذا قلع لم يكن الأول أن يطالبه به لأنه عيب قد دخل أرضه ، ويكون البيع سببا لسقوط الأرض عن الغاصب .
والحال الرابعة ألا يتفقا على أحد الأحوال الثلاثة فيؤخذ الغاصب بالقلم ، لحديث سعيد بن زيد ، فإذا قلع برى من أجره الأرض بعد قلعه ، فإن نقصت الأرض شيئا لم يبرأ حتى يرد ما نقصت الأرض كما قال في الغصب

وأما القسم الثاني وهو أن يكون الغرس والبناء ملكا لرب الأرض فإن رضى رب الأرض أن يأخذ الأرض بعزسها وبنائها فأيا أخذ فلا شيء عليه من مئونة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لأنه لا يستفيد بقلعها شيئا فصار منه ذلك سفها ، وإن طالب رب الأرض الغاصب بقطع الغرس والبناء لينفصلا عن الأرض فقال الماوردي : فإن كان له في ذلك غرض صحيح أجبر الغاصب على القلم ولزمه غرم نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن يغرس وبنى ونقص الأرض وإن لم يكن في قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يجبر عليه لأنه عبث وسفه (والثاني) يجبر عليه لأن المالك متحكم على الغاصب لتعديبه ، فإن قيل بالاول لم يكن له الأرض ، وإن قيل بالوجه الثاني استحق الأرض

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الغرس والبناء مفصوبا من غير مالك الأرض فلكل واحد من رب الأرض ومالك الغرس أن يأخذ الغاصب بالقلم ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرض ما نقص من ماله ، فيرجع رب الأرض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه ، ولو أن رب الأرض اشتري الغرس من ربه قبل القلم صار مالكها وله أن يأخذ الغاصب بالقلم إن كان في قلعه غرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الأرض دون الشجر (فرج) قال الشافعي ولو حفر فيها بشرا وأراد الغاصب دفنها فذلك له وإن لم ينفه وهذا كما قال ، إذا غصب أرضا وحفر فيها بشرا كان متعديا بحفرها وعليه شدة ما

و ضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الارض والعاصب من أربعة أحوال .
 (أحدها) أن يتفقا على سدها ليبراً العاصب من ضمان ما يسقط فيها ، فإن لم
 يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شيء عليه سوى أجره المثل في مدة الغصب ،
 وإن كان لها أرش كان عليه غرمه مع الاجرة .

(والثانية) أن يتفقا على تركها فذاك لهما وعلى العاصب ضمان ما سقط فيها
 لتعدي به غيرها وليس لرب الارض من أن يطالبه بمؤونة السد وإنما له أن يأخذه
 متى شاء بالسد .

(والثالثة) أن يدعو رب الارض إلى سدها ويأبى العاصب ، فإن العاصب
 يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لحديث سعيد بن زيد ، ليس لعرق ظالم
 حق ، قال الشافعي : والعروق أربعة عرفان العرس والبناء ، وعرقان
 باطنان البئر والنهر ، وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، فعلى وجهين كما قلنا في قلع
 العرس والبناء .

(والرابعة) أن يدعو العاصب إلى سدها ، ويأبى ربه ، فإن لم يروه ربه من
 ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه ، وإن أبراه بها من
 الضمان ففيه وجهان .

(أحدهما) أن للعاصب أن يسدها لأن الضمان قد يجب لعنيره فلم يسقط
 بإبرائه (والوجه الثاني) أن العاصب يمنع من سدها لأنه بالإبراء يصير كالإذن له
 في الابتداء فيرتفع التعدي ، ولا يلزمه ضمان ، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة
 (فرع) إذا دفن في الارض المنصوبة ميتا أخذ العاصب بنبشه منها ، وإن
 كان فيه انتهاك حرمة الميت ، لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن ، ثم إذا نبش
 ضمن أرش نقصها إن نقصت ، فلو قال مالك الارض : أنا أقر الميت مدفوناً في
 الارض إن ضمن لي نقص الارض ففي اجبار العاصب على بذله وجهان ، أحدهما
 يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدى هو بدفنه فيها ، والثاني : لا يلزمه ذلك
 لأنه مدفون بعنبره حق .

(فرع) قال الشافعي : وكذلك لو نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها
 حتى يوفيه اياها بالحال التي أخذها قال المزني : غير هذا أشبه بقوله ، لأنه بقوله

لو غصب غزلا ففسجه ثوبا أو نقرة فطبعها دنائير أو طينا فضربه لبنا فهذا أثر لا عين ، ومنفعة المنعصوب له ولا حق في ذلك للعناصب كذلك نقل التراب عن الارض والنهر اذا لم يبن بها أثر لا عين الفعل ، وصورته ان رجل غصب أرضا فنقل منها ترابا فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقيا أو مستماتا فان استهلك فعليه رد مثله فإن للتراب مثلا ، فإن لم يقدر على مثله لانه من تربة ليس في الناحية مثلها ضمن القيمة ، وفيها وجهان .

(أحدهما) وقد نقله المذني عن الشافعي في جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب ثم تقوم الأرض بعد أخذه منها ويضمن العناصب ما بين القيمتين (والوجه الثاني) أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض ، وان كان التراب باقيا فله العناصب ورب الأرض أربعة أحوال أحدها أن يتفقا على رده الى الأرض فيبرأ العناصب منه ولا يعزرم الا النقص ان وجد في الأرض وأجرة مثاها في أكثر الحالين أجرة .

الثانية : أن يتفقا على ترك التراب خارجا عنها فذلك لهما ما لم يطرح في أرض معنصوبة ، الثالثة : أن يطلب رب الأرض رد التراب اليها ويمتنع العناصب فيؤخذ جبرا برده اليها مهما كانت مؤونته . والرابعة : أن يدعو العناصب الى رد التراب ويمتنع منه المالك فهو اما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن لم يبرئه كان للعناصب أن يرد التراب وحده بغير اذنه ولا اعتبار بمنعه ليسقط عنه ضمان رده

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) اذا غصب ثوبا فصبعه بصيغ من عنده نظرت ، فان لم تزد قيمة الثوب والصيغ ، ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصيغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين ، صار شريكا لصاحب الثوب بالصيغ لان الصيغ عين مال له قيمة ، فان بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين ، فان زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة في ملكهما ، لانه بفعله زاد ماله ومال غيره ، وما زاد في ماله يملكه لانه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله

فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين ، وإن نقص قيمتهما بأن صار الثوب يساوي خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب في صبغه ، لأنه بفعله حصل النقص ، فإن بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة ، وإلى الغاصب خمسة فإن صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب ، فإن بيع الثوب بعشرة دفع المشرة كلها إلى صاحب الثوب ، لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك ، أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب ، فإن صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئاً لأنه استهلكه في الثوب ، وبلمزمه درهمان لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان .

(فصل) إذا استملك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق ، لأن ماله هو الصبغ وقد استملكه ، وإن بقي للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب إلى ذلك لأنه عين ماله فكان له أخذه كما لو غرس في أرض مفضوبة غراساً ثم أراد قلمه ، فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لأنه حصل بسبب من جهته ، وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر ، وهو قول أبي العباس ، لأن الصبغ يملك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك ، لأنه يمكنه أن يستوفي حقه بالبيع ، ولا يجوز أن يتلف مال الغير .

(والثاني) يجبر ، وهو قول أبي اسحاق وأبي علي بن خيران ، لأنه عرق ظالم لا حق له فيه فأجبر على قلمه كالغراس في الأرض المفضوبة وإن بذل المفضوب منه قيمة الصبغ لئتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول ، لأنه إجبار على بيع ماله ، وإن أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب يبيع ، لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديده ، وإن أراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان .

أحدهما يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغة ، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه . والثاني : لا يجبر لأنه متعدد فلم يستحق بتعديده إزالة ملك

رب الثوب عن ثوبه ، وإن وهب الغاصب الصبيغ من صاحب الثوب ففيه وجمان أحدهما : يجبر على قبوله ، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقبول كقصة الثوب ، والثاني : لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : ولو كان ثوباً فصبيغه فزاد في قيمته خمسة فقال للغاصب : إن شئت أن تستخرج الزعفران على أنك ضامن لما نقص من الثوب وإن شئت فأنت شريك في الثوب لك ثلثه ولصاحب الثوب ثلثاه ، ولا يكون له غير ذلك ، وهكذا كل صبيغ كان قائماً فزاد فيه ، وإن صبغته بصبيغ يزيد ثم استحق الصبيغ فأبى يقوم الثوب ، فإن كان الصبيغ زائداً في قيمته شيئاً قل أو كثير فهكذا وإن كان غير زائد في قيمته قبل له : لبس لك ههنا مال زاد في مال الرجل فتكون شريكاً به ، فإن شئت فاستخرج الصبيغ على أنك ضامن لما نقص الثوب ، وإن شئت فدعه .

وصورتها في رجل غصب ثوباً فصبيغه فلا يخلو حال الصبيغ من ثلثه أقسام أحدها . أن يكون للغاصب ، والثاني . أن يكون لرب الثوب ، والثالث . أن يكون لأجنبي ، فإن كان الصبيغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام أحدها . أنه يمكن استخراجها . والثاني . لا يمكن . والثالث . أن يمكن استخراج بعضها ولا يمكن استخراج جميعه ، فإن لم يمكن استخراجها لم يخل ثمنه بعد الصبيغ من ثلاثة أقسام إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبيغ أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبيغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبيغ عشرة دراهم فيباع الثوب بعد صبغته بعشرة دراهم فهي بأسرها لرب الثوب لاستهلاك الصبيغ إما بذهاب قيمته ، وإما بجبره نقص الثوب .

وإن كان ثمنه بعد الصبيغ أقل مثل أن يساوي بعد الصبيغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بهما جميع الثمن ، وبصير صبيغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين ، وإن كان ثمنه بعد الصبيغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام : إما أن يكون بقدر ثمن الصبيغ ، أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كانت بقدر ثمن

الصبيغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبيغ عشرين درهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التي هي ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هي ثمن صبغه ، ولم يحصل فيها نقصر لافي الثوب ولا في الصبيغ ، وان كانت الزيادة أقل من ثمن الصبيغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبيغ خمسة عشر درهما فيأخذ رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملاً ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقصر مختصاً بصبغه لضمانه نقصر الثوب . وان كانت الزيادة أكثر من ثمن الصبيغ فتكون الزيادة بينهما بقدر مالهما بحسب قانون النسبة المعروف في الرياضيات ، وادا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين لم يختص الغاصب بها ، وان كانت حادثة بعمله . لأنه عمل في ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله في مال غيره وحصل له عوض عمله في مال نفسه ، فان دعا أحدهما الى بيعه وأبى الآخر نظر في الداعي الى البيع ، فان كان رب الثوب فله ذلك ، وليس للغاصب لتعديبه بالصبيغ أن يمنع من البيع فيستديم حكم الغصب ، وان دعا الغاصب الى بيعه ليتوصل الى ثمن صبغه وأبى رب الثوب ، فان بذل له مع إباته ثمن الصبيغ الذي يستحقه لو بيع الثوب فله ذلك ولا يجبر على البيع .

وان لم يبذل له الصبيغ ففيه وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في افصاحه ، أحدهما ، أنه يجبر رب الثوب الى ثمن ثوبه . والوجه الثاني أنه لا يجبر رب الثوب على بيعه لأن الغاصب متعدد بصبغه فلم يستحق بتعديبه ازالة ملك رب الثوب عن ثوبه فهذا الكلام في الصبيغ اذا لم يمكن استخراجه ، ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان .

وقال أبو حنيفة ، ان كان الصبيغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبيغ . وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمته ، وان كان الصبيغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبيغ . وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له في الأصناف كلها أن يأخذ من الغاصب قيمته ان شاء فله أن يأخذه مصبوغاً لكن ان كان

الصبيغ سواداً فلا قيمة عليه له ، وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته . واختلف أصحابه لم خص السواد بإسقاط القيمة ، فقال بعضهم لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب . وقال آخرون : بل قاله في آخر الدولة الأموية حين كان السواد شعاراً للعباسية في نمو دعوتها وكثرة أتباعها ، فقام أبو حنيفة واعتبر السواد نقصاً وشيئاً مذموماً ، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية فقد زاد على غيره من الألوان .

ولنا أن تملك الغاصب الثوب بأخذ قيمته منه خطأ ، لأن بقاء العين المنصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياساً عليه لو كان غير مصبوغ ، ولأن من لم يجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم يجب عليه قيمته بعد صبغه كالأجير ، ولأن الصبيغ لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن يكون نقصاً أو غير نقص ، فإن كان نقصاً ضمنه لا غير ، وإن لم يكن نقصاً فأولى أن لا يضمن .

وأما القسم الثاني وهو أن يكون الصبيغ مما يمكن استخراجهِ فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال (أحدها) أن يتفقا على تركه في الثوب ويبيعه مصبوغاً فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه .

والحال الثانية : أن يتفقا على استخراجهِ منه فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه ورب الثوب إلى ثوبه ، فإن استخرجه وأبى في الثوب نقصاً ضمنه به .

والحال الثالثة : أن يدعو الغاصب إلى استخراجهِ ويدعو رب الثوب إلى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه . لأنها عين ملوكة فعلي هذا يكون ضامناً لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبيغ لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه .

مثاله : أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبيغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغاً ثلاثين وبعد استخراج الصبيغ منه بخمسة فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هي نقص الثوب قبل صبغه ، وخمسة أخرى هي نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه .

والحال الرابعة : أن يدعو رب الثوب إلى استخراجهِ ويدعو الغاصب إلى تركه ، فهذا على وجهين (أحدهما) أن يترك استبقاء الملك الصبيغ فيه فينظر ،

فإن لم يكن الصبيغ قد أحدث زيادة نفوت باستخراج الصبيغ منه ففيه وجهان
 حكاهما ابن أبي هريرة (أحدهما) وهو اختيار أبي حامد أنه لا يجبر على استخراج
 إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء
 حقه بالبيع . قال وهو كلام الشافعي . حيث قال : إن قيل للغاصب إن شئت
 فاستخرج الصبيغ على أنك ضامن لما نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبيغ
 فحصل الخيار إليه .

والوجه الثاني وهو الأصح : أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له
 في الاستبقاء فصار كالغرس والبناء : ويكون تخيير الشافعي له في الترك
 والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك ، فعلى هذا إذا استخرجه ضمن نقص
 الثوب قبل الصبيغ .

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الصبيغ مما يمكن استخراج بعضه ، ولا يمكن
 استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراج كالقول في القسم الأول ، والقول
 في تمكين استخراج كالقول في القسم الثاني ، فيجتمع في هذا القسم حكم
 القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيماً وشرحاً ، فهذا حكم الصبيغ إذا كان للغاصب

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن غصب ساجاً فأدخله في البناء أو خيطاً فخاط به شيئاً نظرت
 فإن عفن الساج وبلى الخيط لم يؤخذ برده لأنه صار مستهلكاً فسقط رده ووجبت
 قيمته ، وإن كان باقياً على جهته نظرت فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب
 وجب نزع رده ، لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده ، كما لو لم يبن عليه ولم
 يخط به ، وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان ، فإن كان مباح الدم كالمترد
 والخنزير والنكاب المقور وجب نزع رده ، لأنه لا حرمة له فكان كالثوب وإن
 كان محرم الدم ، فإن كان مما لا يؤكل كاللحم والبغل والحمار وخيف من نزع
 الهلاك لم ينزع ، لأن حرمة الحيوان أكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز أخذ
 مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز أخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك
 حرمة الحيوان لحفظ المال .

وإن كان مما يؤكل ففيه قولان (أحدهما) يجب رده ، لأنه يمكن نزعه بسبب
مباح فوجب رده كالساج (والثاني) لا يجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن ذبح الحيوان لغير ما كلة

(فصل) وان غصب لوحاً وأدخله في سفينة وخاف من نزع الغرق ، فإن
كان فيها حيوان — لم ينزع لما ذكرناه في الحيط ، وإن كان فيها مال غير ماله ،
— فإن كان لغير الغاصب — لم ينزع ، لأنه إتلاف مال من له حرمة بمنسابة
غيره فلم يجوز .

وان كان المال للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) ينزع كما تنقض الدار لرد
الساج (والثاني) لا ينزع لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال ، بأن تجر الى
الشط بخلاف الساج في البناء . وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان
له ذلك ، لأنه حيل بينه وبين ماله لجأز له المطالبة بالبدل ، كما لو غصب منه عبداً
فأبق ، وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان
(أحدهما) ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة (والثاني) لا ينقض ما لم
تتعين ، لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي

(فصل)

وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ؛ فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة
الجوهرة ، لأنه تعذر ردها فضمن البدل ، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء
على القولين في الحيط الذي خيط به جرح ما يؤكل

(فصل) وإن غصب فصيلاً فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب
نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج ، وإن دخل الفصيل إلى داره
من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب ،
لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب

(فصل) وإن غصب ديناراً وطرحه في محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار ،
كما ينقض البناء لرد الساج ؛ وإن وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها

كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة ، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير
تفريط من صاحب المحبرة .

(فصل)

وان غصب عينا وبيعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده ،
فللمالك أن يضمن الغاصب ، لأنه غصبها . وله أن يضمن المشتري لأنه قبض
ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب

فإن ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين
الغصب إلى أن تلف في يد المشتري ، لأنه من حين الغصب إلى حين التلف
في ضمانه .

وإن ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف
لأنه لم يدخل في ضمانه قبل القبض ، فلا يضمن ما قبله .

فإن بدأ فضمن المشتري نظرت ، فإن كان عالما بالغصب لم يرجع بما ضمنه
على الغاصب ، لأنه غاصب تلف المنصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب
من المالك إذا تلف عنده

فإن لم يعلم نظرت فيما ضمن ، فإن التزم ضمانه بالعقد كبديل العين وما نقص
منها لم يرجع به على الغاصب ؛ لأن الغاصب لم يغرره ، بل دخل معه على أن
يضمنه ، وإن لم يلتزم ضمانه بالعقد نظرت ؛ فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة
كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة رجع على الغاصب ؛ لأنه غرر ودخل معه
على أن يضمنه .

وان حصلت له في مقابلته منفعة — كالاجرة والمهر وأرض البكارة —

ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع به لأنه غرر ولم يدخل معه على أن يضمنه (والثاني) لا يرجع ، لأنه
حصل له في مقابلته منفعة . وإن بدأ فضمن الغاصب فالأرجح به المشتري على
الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشتري ، وما يرجع به المشتري على
الغاصب لا يرجع به ، لأنه لا فائدة في أن يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه .

(فصل) وزن غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله فإن ضمن الآكل نظرت فإن علم أنه مخصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المخصوب فلم يرجع بما ضمنه فإن أكل ولم يعلم أنه مخصوب ففيه قولان .
(أحدهما) يرجع لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه .

(والثاني) لا يرجع لأنه حصل له منفعة ، فإن أطعمه المالك فإن علم أنه له برى الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به ، وإن لم يعلم ففيه قولان (أحدهما) يبرأ الغاصب لأنه عاد إلى يده فبرى الغاصب من الضمان ، كما لو رده عليه (والثاني) لا يبرأ لأنه إنما ضمن ، لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالقديم إليه ليا كله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان .

(الشرح) قال الشافعي : ولو كان لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه ، وهذا كما قال : إذا غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بناءه اللوح بعينه إلى صاحبه ، وبه قال مالك وأهل الحرمين ، وقال أبو حنيفة وأهل العراق يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، فمن ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه وفي أخذه بهدم بناءه أعظم إضرار به . ولقوله صلى الله عليه وسلم : يسروا ولا تعسروا إني بعثت بالحنيفية السمحة .

وفي أخذ القيمة منه تيسير ، وفي هدم بناءه تعسير منهي عنه ، ولأنه مخصوب يستنصر برده فلم يجبر عليه كالحيط إذا غاط به جرح حيوان ، ولأنه مخصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه ، فإن رده اللوح ، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعاً : لا يحمل المسلم أن يأخذ عها أخيه بغير طيب نفس منه ، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم ؛ وهذا خبر ظاهره كالنصر ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : إن اصحاب الحق يدأ ومقالا ،

ولان كل مغمصوب كان له رده وجب عليه رده كالذي لم يبن عليه طرداً ، والحيط في جرح الحيوان عكساً ، ولأنه شغل المغمصوب بما لا خير فيه له فوجب أن يلزمه رده ، كمالو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها . ولأنه كل مالو احتاج ابتداء اليه لم يجبر مالك عليه ، ووجب إذا غصب أن يجبر على رده اليه كالارض طردا والحيط للجرح عكسا ولان دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغمصوب كمالو حلف امتق عبده ألا يرد ما غصبه فإن عليه رد الغصب وعتق العبد .

والجواب عن حديث : لا ضرر ولا ضرار فهو أنه مشترك الدليل ، لان في منع المالك منه إضرارا به فكان دخول الضرر على الغاصب ورفعه عن المغمصوب أولى من دخوله على المغمصوب منه في تيسير أمر الغاصب ورفعه عنه والاستهانة بحق المغمصوب وحماية متعلقات الغاصب .

والجواب عن حديث : يسروا ولا تعسروا ، فمن وجهين .

(أحدهما) استعماله في المغمصوب منه وتيسير أمره برد ماله أولى من استعماله في الغاصب في تمليكك غير ماله .

(والثاني) أن التيسير معصية ، والغاصب عاصر لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريرة إلى استدامة المعصية . والجواب عن قياسهم على الحيط في جرح الحيوان فمن وجهين . أحدهما : أنه معارضة الاصل لان المعنى في الحيط أنه ليس له رده ، فلم يجب عليه رده ، وفي اللوح له رده . والثاني : أنه إذا احتاج ابتداء اليه أجبر المالك عليه لحرمة الحيوان وتقدمها على حرمة المالك .

فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغمصوب واجب فسواء كان البناء قليلا أو كثيرا أو سواء كانت قيمة اللوح قابلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم أخذ بقلمه حتى يخلص اللوح لربه ، إلا أن يرضيه على أخذ ثمنه ، ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجره مثله ان كانت له أجرة وأرض نقضه ان حدث به نقص فإن كان المغمصوب حجرا فبنى عليه منارة وجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر عليه ثم غرم نقض المنارة للمسجد ، وان كان هو المنتطوع بينها لخروج ذلك عن ملكه ، وان كانت السفينة سائرة في البحر ، فان كان اللوح

على سطحها أو على مكان مرتفع منها وأمكن أخذه أخذ منها ، وإن كان في أسفها بحيث لو أخذ منها هلك وما فيها نظر ، فإن كان فيها حيوان لم يجوز أن يقلع صيانة للنفوس سواء كانت آدمية أو عجماء ، وسواء كانت العجارات للغاصب أو لغيره ، لأن للحيوان حرمتين ، حرمة نفسه وحرمة صاحبه ، وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر ، فإن كان لغير الغاصب لم يجوز أخذ اللوح منها لما في أخذه من إتلاف مال له حرمة في الحفظ والحراسة وإن كان للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) يؤخذ اللوح منها ، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمة بتعديده كما يذهب ماله في هدم بنائه .

(والوجه الثاني) أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه قد يمكن أخذه بعد الدخول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال ، وليس كالبناء الذي لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه ، فعلى هذا يقال لرب اللوح : أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ في الموضع قيمة لوحك ، فلو اختلطت السفينة التي فيها اللوح بعشر سفن للغاصب ولم يوصل إليه إلا يهدم جميعها ففيه وجهان .

أحدهما : تهدم جميعها حتى يوصل إليه .

والوجه الثاني : أنه لا يجوز هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح المغصوب فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال إلا بتعيين المتعدى فيه .

فإذا عمل اللوح المغصوب ، بآ ، أو حديداً فعمله درعاً لم يملك في هذه الأحوال وجعله أبو حنيفة مالكا لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع والمغريات للاقدام على المغصوب ، وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلأن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى ، وإذا كان كذلك فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولا ، ولا شيء للغاصب إلا أن يكون قطع ركبها أو مسامير أو آلات بأعيانها ركبها فيها ، فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب .

(فرع) قال الشافعي : ولو كان خيطاً غلط به ثوباً ، وكذلك فان غلط به

جرح إنسان أو حيوان ضمن الحيط ولم ينزعه . قال الماوردي : وصورتها فيمن غصب خيطا فخاط به شيئا فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص .

(والضرب الثاني) أن يكون قد خاط به حيوانا فعلى ضربين . أحدهما : أن يكون الحيوان ميتا عند المطالبة بالحيط فينظر ، فإن كان الحيوان بماله حرمة كالأدمى نظر ، فإن لم يفحش حاله بعد نزع الحيط منه نزع ، وإن فحش لم ينزع لقوله صلى الله عليه وسلم حرمة ابن آدم حيا كحرمة ميتا . والضرب الثاني : أن يكون حيا فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح النفس من آدمى أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة للحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه (والضرب الثاني) أن يكون محظور النفس فعلى ضربين . أحدهما : أن يكون آدميا فعلى ضربين . أحدهما : أن يخاف من نزعه التلف فيقر الحيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه ، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته .

والضرب الثاني : أن يأمن التلف ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يأمن الضرر وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكه مع أرش نقصه .

(والضرب الثاني) أن يخاف ضرراً أو شدة ألم وتطول مرض إلخ اه . قلت : ومثل الحيط . شاش الجبائر والجص وجميع ما يستعمل في الجراح والكسور والرضوض لدى الأطباء والصيدلانية ، وكذلك جسور الأسنان والأضراس الصناعية وأسلاكها وأقاعها وبدائلها فانها جميعا عليها ما مضى من حكم الحيط . نزعاً وضرراً وحرمة للمستفيد منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غصب من رجل شيئاً ثم رهنه عنده أو أودعه أو أجره منه وتلف عنده فإن علم أنه له برىء الغاصب من ضمانه لأنه أعاده إلى يده وسلطانه ،

وان لم يعلم ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبرأ الغاصب من الضمان لأنه عاد الى يده (والثاني) لا يبرأ لأنه لم يعد الى سلطانه ، وإنما عاد اليه على أنه أمانة عنده ، وان باعه منه برىء من الضمان علم أو لم يعلم ، لان قبضه بائتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان .

(فصل) وان غصب شيئا فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب ، وقال المزني : يبرأ لأنه أذن له في امساكه فبرىء من الضمان كما لو أودعه ؛ والمذهب الاول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو اذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافي الضمان .

(فصل) وان غصب حراً وحبسَهُ ومات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها أجرة فان استوفى فيها منفعته لزمته الاجرة لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه ، وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه الأجرة لأن منفعته تضمنت بالاجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال (والثاني) لا تلزمه لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه .

(فصل) وان غصب كلباً فيه منفعة لزمه رده على صاحبه لانه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده فان حبسه مدة لمثلها أجرة ، فهل تلزمه الاجرة فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز اجارته .

(فصل) وان غصب خمرا نظرت ، فان غصبها من ذمي لزمه ردها عليه لأنه يقر على شربها فلزمه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان .
أحدهما : يلزمه ردها عليه لأنه يجوز أن يطبق بها ناراً أو يبل بها طيناً فوجب ردها عليه .

والثاني : لا يلزمه وهو الصحيح ، لما روى أن أبا طلحة رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا فأمره صلى الله عليه وسلم أن يبيعها فان أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه ،

ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببديل كالميتة والدم فإن صار خـ لا لزومه رده على صاحبه لأنه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده إليه فإن تلف ضمنه لأنه مال للمفصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه .

(فصل) وان غصب جـ لم يمتة لزمه رده لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان أحدهما يلزمه رده كالحنجر إذا صار خلا والثاني لا يلزمه لأنه بفعله صار مالا فلم يلزمه رده

(فصل) وان فصل ضليبا أو مزماراً لم يلزمه شيء لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله (ص) يوم فتح مكة أن الله تعالى حرم بيع الحنجر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة فدل على أنه لا قيمة له ومالا قيمة له لا يضمن فان كسره نظرت فاكان إذا فصله يصلح لمنفعه مباحة وإذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه فان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء لأنه لم يتلف ماله قيمة .

(الشرح) الأحكام : إذا غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرهما ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالسكها ، وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الحيط لأنه أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة فذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مفصولة ولم يمكن إخراجها إلا ذبحها ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل ، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله ؛ إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة .

فإذا مرت بهيمة رجل في سوق فأتلفت جوهرة رجل قال المـ اوردى في الحاوى والعمراتى فى البيان والروياتى فى البحر ما حاصله : لم يخجل حال البهيمية من أن يكون معها مالسكها أو لا ، فإن لم يكن معها فلا ضمان عليه فى الجوهرة ،

لأنه غير ضامن لما جنته ، فلو سأل صاحب الجوهرة ببيع البهيمة ليتوصل منها إلى جوهرة ، أو صيرورتها معا في ملكه لم يجبر المالك على البيع .
وقال أبو حنيفة : إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر . وهذا قاسد ، استدلالا بقياسين أحدهما : أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكمام طعاما - والثاني - أنه لا يستحق تملكه مع تلف شيء لم يستحق تملكه مع بقاءه ، قياساً على ما قيمته أقل .

وإن كان صاحبها معها كان ضامناً لها عندنا سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً وقال أبو علي بن أبي هريرة : إن كانت البهيمة بعيراً ضمن ، وإن كانت شاة لم يضمن ، وفرق بينهما بأن المألوف في البعير النفور فلزم منعه ومراعاته ، والمألوف في الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها . وهذا خطأ عند الأصحاب لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المأمور منها السلامة ، فإذا أهدت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أيسر للرجل ضرب زوجته والمعلم ضرب الصبي لأن عاقبته السلامة ، فإذا أفضى إلى التلف ضمننا ، فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر في البهيمة فإن كانت غير ما كولة اللحم غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها ، وإن كانت ما كولة اللحم فعلى قولين . أحدهما : تذبج عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها ؛ والثاني : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها لما كلة فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة :

ولنا بناء على ما تقدم ، وعلى ما وصل إليه الطب من عمل البنج للحيوان وأجراء جراحة بيطرية لاستخراج الجوهرة أنه يجوز ذلك ويبدل صاحب الجوهرة مؤونة الجراحة والنقاة حتى تبرأ ، فإذا كان صاحبها مفرداً كان عليه ذلك . فإذا كان صاحب البهيمة منتصباً للجوهرة على ما بنى المصنف فصله فالضمان عليه .

(فرع) إذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح ، سواء كان الثمن معيناً أو في الذمة أجراء المشتري منه بالدفع ، ثم ينظر في البهيمه فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته في يده مضمون عليه والثمن ملك له . وعليه تسليم البهيمه ، فان قدر على الثمن بموت أو ذبح اختياره المشتري لما كلة رد على البائع وإن كانت البهيمه في يد المشتري فالثمن مضمون عليه للبائع ، فان كانت غير ما كولة غرم مثله ، وإن كانت ما كولة اللحم فهل تذبح لاخذ الثمن منها أم لا ؟ على ما مضى من القولين .

والضرب الثاني : أن يتبلغ الثمن قبل قبضه فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون في الذمة لم يتعين بالمقد فالبيع لا يبطل ، وهو باق في ذمة المشتري . ثم ينظر ، فان كانت البهيمه عند ذلك في يد المشتري فما ابتلعه غير مضمون على واحد منهما . أما البائع فلزوال يده بالتسليم . وأما المشتري فلأنه ماله ، وجناية البهيمه من ضمانه ، وإن كانت في يد البائع فهو مضمون عليه ، فان كانت البهيمه مما لا تؤكل لزمه غرم مثله . فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله .

وإن كانت البهيمه ما كولة فهل تذبح أم لا . على القولين ، فان قيل لا تذبح لزمه غرم مثل الثمن وتقاضاه ، ولا خيار للمشتري في فسخ البيع لأن ذبح البهيمه قد استحق في يد البائع ، وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشتري خياراً به . وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب والضرب الثاني : أن يكون الثمن معيناً فهذا على ضربين

(أحدهما) أن تكون البهيمه غير ما كولة فالبيع باطل ؛ لأن تلف الثمن المدين قبل قبضه يبطل البيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف . ثم ينظر فان كانت البهيمه في يد المشتري فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشتري رد البهيمه على البائع ، فان قدر على الثمن بموتهارد على المشتري ، وإن كانت في يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله (فرع) إن غصب فصيلاً - وهو ولد الناقة سمي بذلك لفصله عن أمه - فأدخله

حظيرة، فيكبر حتى استحال خروجه من باب الحظيرة، أجزر على نقض الباب أو البناء لرد الفصيل على ما مضى من نقض السفينة لرد اللوح ونقض المنارة لرد الحجر. أما إذا دخل الفصيل إلى داره من غير تفریط منه بأن دخل الحظيرة فاخطأ بفصلانها وكبر وتعذر إخراجها من الحظيرة، نقض الباب أو البناء وعلى صاحب الفصيل إعادة الباب أو الحائط كما كان

فإذا مرت بهيمة بقدر فول فأدخلت رأسها فيه فلم يخرج إلا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون صاحب القدر متعدياً في وضعها في غير حق - بأن أشغل بها الطريق وعرضها لطريق المسارة مكشوفة بغير غطاء ولا حراسة - وكان صاحب البهيمة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة.

والقسم الثاني: أن يكون صاحب البهيمة متعدياً لإدخالها في غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديبه بها، فإن كانت مما لا يؤكل كسرت القدر لأن لنفس البهيمة حرمة في حراستها، ثم كسر القدر مضموناً على صاحبها، وإن كانت مما تؤكل فعلى قواين بناء على جواز ذبحها في تخليص ما جنته،

(أحدهما) تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها.

والقول الثاني: لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأسها ثم يضمن أرش كسرها، والقسم الثالث: أن يكون كل واحد منهما غير متعد فالخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدى ولكن لاستصلاح ملكه وعليه ضمان مؤونة ذلك فإن لم تكن البهيمة ما كولة كسرت القدر وضمن كسرها، فإن كانت ما كولة فعلى قولين، في ذبحها أو كسر القدر وضمانه على صاحبها

والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما متعدياً فالخليص مضمون عليهما لا اشتراكهما في التعدى كالتصادمين، فإن كانت البهيمة غير ما كولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وأهدر النصف الباقي، وإن كانت ما كولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة أرش القدر كله لا نصفه. فإن قال صاحب القدر: بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص

في ذبحها نظر البادى . منها بطلب التخليص ، فجعل ذلك في جنبته .
 (فرع) وإن غصب ديناراً أو جوهرة فوقع أو ألقاها في محبته أو أخذ
 ديناراً لغيره فسمها فوقع في محبة كسرت ورد الدينار أو الجوهرة كما ينقض البناء
 أو تدم السفينة لرد اللوح على ما مضى . وكذلك إن كان درهما أو أقل منه ،
 وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه والضمان
 عليه لأنه لتخليص ماله .

وإن غصب ديناراً فوقع في محبة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت
 لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها ، وإن كان كسرها أكثر
 ضرراً من بقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تنكسر . وإن رمى إنسان ديناراً في
 محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى
 برميها فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى
 الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها وما ترتب على قذف الدينار من رشاش
 الحبر على الأوراق أو الكتب أو الثياب فعليه ضمان قيمته تالفاً أو أرشه معيباً ،
 وأجاز أصحاب أحمد إجبار مالك المحبرة على كسرها لرد دينار الغاصب وتضمين
 الغاصب قيمة المحبرة .

(فرع) قال الشافعى ولو باعه عبداً وقبض المشتري ثم أقر البائع أنه غصبه
 من رجل ، فإن أقر المشتري نقضنا البيع ورددناه إلى ربه ، وقال في موضع آخر
 وإن باعه وقبضه المشتري ثم أعتقه فقامت بينة بغصبه وكان المغصوب أو ورثته
 قياماً رد العتق لأن البيع كان فاسداً ويرد إلى المغصوب . وإن لم تكن بينة وصدق
 الغاصب والمشتري المدعى أنه غصبه لم يقبل قول واحد منهما في العتق ومضى العتق ورددنا
 المغصوب على الغاصب بقيمة العبد في أكثر ما كان قيمة . وقال : ولو كان
 المشتري أعتقه ثم أقر هو والبائع أنه للمغصوب منه لم يقبل قول واحد منهما في
 رد العتق والمغصوب القيمة إن شاء أخذناها له من المشتري المعتق ، ويرجع
 المشتري المعتق على الغاصب بما أخذ منه لأنه أقر أنه باعه مالا يملك ، وهذا كما
 قال : إذا كان مشتري العبد قد أعتقه ثم أحضر من ادعاه مائكا وأن البائع أخذه
 غصباً كاف البينة قبل سؤالهما . اهـ

والعبد المغصوب بعد عتقه من مبياعه له حق الله تعالى في الحرية ، فلا يعاد الى مالكه وانما تعاد قيمته كأي شيء اغتصبه ثم باعه وتلف في يد المشتري ، فان المالك يرجع على الغاصب أو المشتري . وللمشتري أن يرجع على البائع لأنه غره فان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب .

(فرع) يلبني على ما تقدم أنه اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله . والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير اذن مالكه ، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغرير ، فاذا ضمن الغاصب رجع عليه ،

قال الشافعي : ولو غصب طعاما فأطعمه من أكله ثم استحق كان المستحق أخذ الغاصب به ، فان غرمه فلا شيء للواهب على الموهوب له ، وان شاء أخذ الموهوب له ، فان غرمه فقد قبل يرجع على الواهب وقيل لا يرجع به . قال المزني أشبهه بقوله : ان هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا يرجع به ، فان غرمه الغاصب رجع به عليه . وهذا عندي أشبه بأصله .

وهذه المسألة تنقسم الى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع :
فأما القسم الاول فأول أنواعه أن يهبه فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بالرجوع على أيهما شاء .

(ثانيها) وهو أن يأذن له في أكله من غير هبة ولا اقباض ، فان علم الآكل أنه مغصوب كان مضمونا عليه وربه أيضا بالخيار لتغريم أيهما شاء ، فان أغرم الآكل فقد اختلف أصحابنا ، فذهب البغداديون الى أن في رجوعه على الغاصب قولين . وذهب البصريون الى الرجوع به قولا واحدا . والفرق بين الآكل والموهوب له أن استهلاك الآكل بإذن الغاصب فرجع عليه ، وأن استهلاك الموهوب له بغير اذنه فلم يرجع عليه ، فان رجع المالك على الغاصب يكون وجوده فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع به قولا واحدا

وثالثها : أن يطعمه بهيمة رجل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة فهو مضمون على الغاصب وحده ، ويرجع به المالك على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة . فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له في رقبة البهيمة أو مالكتها لأن المنافع هو الغاصب ، وإن كان إطعامها بأمر مالكتها نظر ، فإن علم بأنه منصوب عند أمره ضمن ومالك الطعام بالحيار أن يرجع على أيهما شاء وليس للغاصب إذا غرم أن يرجع على الأمر إذا لم يعلم ويرجع إذا علم ويجرى عليه حكم الأكل والموهوب له من الإذن وعدمه .

وأما القسم الثاني فصور في الأنواع الثلاثة الآتية : إذا وهب الغاصب الطعام للمالكة فأكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغيره على الغاصب وإن لم يعلم فعلى قولين .

والنوع الثاني : أن يأذن الغاصب لرب الطعام في أكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغيره ، وإن لم يعلم فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين وعلى قول البصريين يرجع به قولاً واحداً .

والنوع الثالث : أن يطعمه بهيمة رب الطعام فإن كان بغير أمره رجع عليه بغيره ، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع ، وإن لم يعلم فإن دفعه إليه كان رجوعه على قولين ، كما لو وهبه له ، وإن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذنبين كما لو أطعمه إياه ، فلو باع الغاصب الطعام على مالكة وهو يعلم أو لا يعلم فتلف في يده بعد قبضه أو لم يتلف كان المالك برئاً من الثمن والغاصب برئاً من الضمان ، وذهب المصنف إلى أنه إذا علم فيه قولان على ما أوضح واقعه أعلم .

(فرغ) إذا أودع العبد عند مالكة أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو بالأجرة ثم تلف عنده نظر ، فإن علم بعد قبضه أنه ماله برئ العبد من ضمانه ، وإن لم يعلم نظر ، فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن المستأجر برئ الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً

عليه ، وان كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان في هذه الأحوال ، ففي براءة العاصب منه وجهان .

أحدهما : ببراءته لعودته الى يد مالكه .

والوجه الثاني : لا يبرأ منه لأن خروجه من يده اما نيابة عنه أو أمانة منه ، فلم تزل يده فكان على ضمانه . فلو أن العاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به ، فان لم يكن المال في يد المالك فالضمان باق على العاصب ، وان كان في يده فان تلف باستهلاك المالك برى منه العاصب ، وان تلف بهد استهلاكه كان في براءته منه وجهان .

وأما حبس الحر سواء عاش أو مات فسوف يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الجنایات والحدود .

وأما كلب المنفعة ككلب الصيد أو الحراسة ، فانه يجرى فيه ما يجرى في البهائم المستأجرة لظهرها أو لعلمها في الحقول والفارق أنها غير ما كولة كبعض الدواب التي لا تؤكل .

(فرع) قال الشافعي : فان أراق له - أي للذمي - خمرأ أو قتل له خنزيرا فلا شيء عليه ولا قيمة لمحرم لانه لا يجرى عليه ملك . أما الكلب بالخنزير والخنزير فعصية ، والقول فيها كالقول في الصليب ولا شيء على متلفها مسلما كان أو ذميا على مسلم أتلفه أو على ذمي ، ويعذر ان باتلافه على منازلهم أو بيوتهم .

وقال أبو حنيفة : ان أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلما كان أو ذميا ، وان أتلفها على ذمي ضمنها المتلف مسلما كان أو ذميا ، فان كان مسلما ضمن قيمة الخنزير والخنزير ، وان كان ذميا ضمن مثل الخنزير وقيمة الخنزير استدلالا من وجوب ضمانها للذمي بما روى أن عمر رضي الله عنه كتب الى أبي موسى الأشعري والى سرة بن جندب في خمور أهل الذمة أن لهم بيعها ، وخذ العشر من أثمانها . فكان الدليل من وجهين . أحدهما : أن جعل لها أثمانا والعقد عليها صحيحا ، والثاني : أخذ العشر منها ، ولو حرمت أثمانها لمحرم عشرها ، قال : ولانه معمول في عرفهم فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم قياسا على غيره من أموالهم ،

قالوا: ولائنه من أنشروهم المباحة فوجب أن يكون مضمونا بإتلافه عليهم
كسائر الأشرية، قالوا: ولائنه ما كان متمولا عند مالكة ضمن بالإتلاف وإن
لم يتمول عند متلفه قياسا على المصحف إذا أتلفه ذمي على مسلم.

ودليلنا ما رواه ابن أبي حبيب عن عطاء عن جابر قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم يوم فتح مكة: إن الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع
الإصنام وبيع الميتة، فقال رجل يا رسول الله ما ترى في شحومها فإنها
يدعن بها السفن ويستصبح بها فقال: قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها لجملوها
فباعوها فدل تحريمه لبيعته على تحريم ثمنه وقيمه، ولأن المرجوع في كون الشيء
مالا إلى صفته لا إلى صفة مالكة، لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه
في كونه مالا ويختلف مالكوه. فلا يختلف حكمه في كونه مالا كالحيوان هو
مال للمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا للمسلم أو كافر ثم لو دبح جلده
صار مالا للمسلم وكافر، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا للمسلم أو كافر ثم لو دبح جلد
الميتة صار مالا للمسلم وكافر. ويتحرر من هذا قياسان:

أحدهما. أن كل ما ليس مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في
حق الكافر كالميتة والدم، وإن شئت قلت. كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم
بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا.

والثاني. أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن،
ولائنه شراب مسكر فوجب أن لا يستحق على متلفه قيمته، ولأن ما استبيح
الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة: فما حرم
الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه، وتحريمه قياسا
أن ما حرم نفعه فأحرى أن يحرم عوضا من كافر على مسلم.

وأما الجواب عن حديث عمر وقوله. ولهم بيعها وخذ العشر من أمهاتها
فمن وجهين.

أحدهما. أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها، ولا يعترض عليهم فيما

استباحوه منها ، وخذ العشر من أثمانها أى من أموالهم وإن خالعت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها .

والثانى . أنه محمول على العصير الذى يصير خمرأ من باب اطلاق اسم ما سبؤول اليه عليه قال تعالى . هـ وقال انى أرى فى المنام أنى أرانى أعصر خمرأ ، وتحريم بيعها خمرأ متفق عليه بيننا وبينهم كاتفاقنا على اباحته بصيرأ . وأما كونه . . . ولا فى عرفهم فمتنقض بموقوذة المجوس والعبد المرتد .

ولنا أدلة من السنة تفحم كل ذى مرأ فحديث أس عن أبى طلحة الذى ساقه المصنف هنا ورجال اسناده وأصله فى صحيح مسلم ورواه الترمذى والدارقطنى بلفظ . يا رسول الله انى اشتريت خمرأ لا يتام فى حبرى فقال : أهرق الخمر واكسر الدنان . وأخرجه أحمد وأبو داود

وحديث ابن عمر . أمرنى النبي (ص) أن آتية بمديه وهى الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال أغد على بها ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخرقه جلبت من الشام ، فأخذ المدينة مئى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرة ثم أعطانيها ، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى أن آتى الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا الا شققته ، رواه أحمد وأشار اليه الترمذى وذكره الحافظ. ابن حجر فى الفتح معزوا الى أحمد .

وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد . انه رواه باسنادين فى أحدهما أبو بكر بن أبى مريم وقد اختلط وفى الآخر أبو طعمه وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلى وبقية رجاله ثقات . وقد ترجم له البخارى فى صحيحه فقال . باب هل تكسر الدنان التى فيها خمر وتخرق الزقاق . ويعلق ابن حجر على هذا فينفى أن المراد بهذا اتلاف الاوانى وانما المقصود اراقة الخمر واهدار جرمها ، واتلاف الأنية جاء تبعاً لذلك عقوبة لاصحابها .

(فرع) قال الشافعي : وأو كسر لنصراني صليبا ، فإن كان لشيء من المنافع مفصلا فؤديه ما بين قيمته مفصلا أو مكسورا وإلا فلا شيء عليه . أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى صلى الله عليه وسلم قتل وصاب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتسك به قرينة ، وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به ، ولا يجوز أن يقتحم أحد بهمهم وكنائسهم ولا أن يعطل لهم طقوسهم ماداموا لا يظهرون بها تحديا ولا يجامرون بها إغاظة ولا يعد هذا إقرارا منا على ما يعتقدونه فإن جاورنا بصليبيهم نظر ، فإن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك المجاهرة به جاز في الإنكار عليهم تفصيل الصليب وكسره رفعا لما أظهره من مخالفة عقد الذمة . وإن لم يشترط ذلك عليهم وجب الإقتصار على الإنكار في حال المجاهرة ولا يتجاوز الإنكار إلى كسره ، وقد حمى الإسلام الحنيف أهل الذمة وعاشت في ظله دبابات اليهود والنصارى بعد أن كان يضطهد بعضهم بعضا ، ويقتل بعضهم بعضا فأقر بينهم السكنينة والوثام والسلام وترك لهم حرية الاعتقاد عملا بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله .

وبلغ من تسامح المسلمين وحسن معاملتهم أن الكنائس التي فر أهلها إلى الصحارى القمبية وشعب الجبال ومزارعها أخذوا يبنونها في المدن والقرى ، بل إن المجاهدين من السلف كانوا يتخيرون أحيانا المواقع التي بها كنيسة مثلا فيتخذون من جوارها مدينة يتخذونها حاضرة أو عاصمة لحكمهم كمدينة تونس بذكر النون قولاً واحدا سميت كذلك لأن عقبة بن نافع القهري فاتح المغرب كان يسمع قرب معسكر أنعام القسس وهم يترنمون في الليل بترانيمهم فقال هذه البقعة تونس بحذف الهمزة فسميت بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان فتح قفصا عن طائر نظرت ، فان نفره حتى طار ضمنه لأن تغير الطائر بسبب ملجىء الى ذهابه فصار كما أو باشر اتلافه وان لم ينفره نظرت فان وقت ثم طار لم يضمه لأنه وجد منه سبب غير ملجىء . ووجد من الطائر

مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئاً واجتمع مع المباشرة سقط حكمه . كما لو حفر
بئراً فوق فيها إنسان باختياره ، فإن طار عقيب الفتح فقيه قولان
(أحدهما) لا يضمن لأنه طار باختياره فأشبهه إذا وقف بعد الفتح ثم طار .
(والثاني) يضمن لأن من طبع الطائر النفور بمن قرب منه ، فإذا طار عقيب
الفتح كان طهرانه بتفوره منه فصار كما لو نفره

(فصل) وإن وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه ،
لأن رميه لم يكن سبباً لغواته ، لأنه قد كان بمنعاً وقائماً من قبل أن يرميه ، فإن
طار في هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره
فصار كما لو رماه في غير داره

(فصل) وإن فتح زقا فيه مائع فخرج ما فيه نظرت ، فإن خرج في الحال
ضمنه ، لأنه كان محفوظاً بالوكاء فتلف بحمله فضمنه . وإن خرج منه شيء قابلاً
أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه ، لأنه ذهب بعضه بفعله
وبعضه بسبب فعله فضمنه ؛ كما لو قطع يد رجل فمات منه ، وإن فتحه ولم يخرج
منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن ، لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم
يضمنه ، كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقه ثم طار ، أو نقب حرزا فسرق منه
غيره ، وإن فتح زقا فيه جامد فذاب وخرج فقيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمنه ، لأنه لم يخرج عقيب الحل ، فصار كما لو كان مائداً
فهببت عليه الريح فسقط .

(والثاني) أنه يضمن وهو الصحيح ، لأنه الشمس لا توجب الخروج ، وإنما
تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح
وإن حل زقا فيه جامد وقرب إليه آخر ناراً فذاب وخرج ، فقد قال بعض
أصحابنا : لا ضمان على واحد منهما ، لأن الذي حل الوكاه لم توجد منه عند فعله
جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز
وأخرج الآخر المال ، فإنه لا قطع على واحد منهما ، وعندى أنه يجب الضمان
على صاحب النار ، لأنه باشر الاتلاف بإدناه النار فصار كما لو حفر رجل بئراً

ودفع فيها آخر إنسانا : وأما السارق فهو حجة عليه ، لانا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار . وأما القطع فلا يجب عليهما ، لانه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز ، والذي أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الإتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان

(فصل)

وإن فتح زقا مستعمل الرأس فاندفع ما فيه فخرج لجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه : ففيه وجهان .

(أحدهما) يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين (والثاني) أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجارح والذابح

(فصل) وإن حل رباط سفينة ففرقت نظرت ، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله ، وإن وقفت ثم غرقت ، فإن كان بسبب حادث كرمح هبت لم يضمن ، لأنها غرقت بغير فعله . وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط (والثاني) أنه يضمن ، لأن الماء أحد المتلفات .

(فصل) إذا أجاج على سطحه نارا فطارت شرارة الى دار الجار فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره ففرقها ، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن لانه غير متعمد ، وإن فعل ما لم تجر به العادة بأن أجاج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لانه متعمد

(فصل) إذا ألقى الريح ثوبا لإنسان في داره لزمه حفظه . لانه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظها كاللقطة ، فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه ، لانه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب . وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه ، لانه محفوظ بنفسه ، فإن دخل الى برج في داره فأغلق عليه الباب نظرت : فإن نوى إمساكه على نفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب ، وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لانه يملك التصرف في برجه فلا يضمن ما فيه .

(الشرح الأحكام : قال الشافعي : ولو حل دابة أو فتح قفصاً عن طائر فوقه ثم ذهب لم يضمن لأنها أحدهما الذهاب
وصدورة ذلك أن رجلاً حل دابة مربوطة أو فتح قفصاً عن طائر محبوس
فشردت الدابة وطار الطائر ، فهذا على ضربين
(أحدهما) أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره : فعليه
الضمان إجماعاً ، وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سبباً والطيران مباشرة لأنه قد
أجاء بالتنفير والتوبيخ إلى الطيران ، وإذا انضم إلى السبب إجماعاً تعلق الحكم
بالمسبب الملجئ سقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتصر منه
الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم ، لأنها أجاء بالشهادة
فسقط حكم المباشرة

(والثاني) أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير فللدابة والطائر حالتان :
(إحدهما) إن مكثا بعد حل الرباط وفتح القفص زماناً فلا ضمان عليه
لانفصال السبب عن المباشرة . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : عليه الضمان .
وكذلك قال أحمد .

والحال الثانية : أن تشرد الدابة وبطير الطائر في الحال من غير لبث ، ففي
الضمان لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : عليه
الضمان لاتصاله بالسبب . وهو قول أبي حنيفة (والثاني) وهو ظاهر نصر الشافعي
في كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإجماع .

واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلاً ومنفصلاً بأن
أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق
به الضمان ، ولأن كل ما يتعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان
مع انفصاله عن سببه كالجارح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل

ودليلنا هو أن للحيوان اختياراً يتصرف به لما شاهد عياناً من قصد لهذاه
واجتنابه بضره ، ثم لما قد استقر - كما من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحويل
ما صاده باسترسال مرسله ، فإذا اجتمع السبب والاختيار تعاقب الحكم على

الاختيار دون السبب كلفي نفسه مختاراً من شاهق يسقط الضمان عن باني الشاهق أو في بشر يسقط عن حافرها . وطيران الطائر باختياره لأنه غير مابجأ ، وقد كان يجوز بعد فتح القفص أن لا يطير ، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان ؛ ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح حبه فكما أن فاتح الحبس لا يضمنه إن هرب كذلك فاتح القفص لا يضمن الطائر إذا طار ، ولأن مثابته من فتح القفص عن طائر حتى طار بمثابة من هتك حرمة مال حتى سرق ، ثم كان كما لو فتح باب دار فيها مال فسرق لم يضمنه . وكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائر لم يضمن ، ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر ، بدليل أنه لو مات الطائر في القفص بعد فحجه لم يضمنه ، وما اتفق عنه التعدي لم يضمن به .

* * *

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة لحافر البئر يضمن ما سقط فيها ، فهو أنهما سواء ، وذلك أن من طبع الحيوان توقي المتالف . فإذا سقط في البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر ، ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمداً سقط الضمان عن الحافر ، والطير مطبوع على الطيران عند القدرة : إلا في أوقات الاستراحة ، فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص .

ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلقاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكأنما سواء .

فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تمجّل بها التلف أو تأجل فلاصحابنا في ضمانه إذا طار عقيب الفتح وجهان

(أحدهما) لا يضمنه ، فعلى هذا سقط السؤال فيه (الثاني) يضمنه . فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير في الحال فيضمن ، وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الانسان

قال الماوردي : قبا طار في الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتنفيره إياه
وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره : فأما إذا أمر طفلاً أو
مجنوناً بإرسال طائر في يده فأرسله فطار فهو كفتح القفص في أنه إذا نفره أو
أمر الطفل بتنفيره ضمن وان لم ينفره وليث زماناً لم يضمته ، وان طار في الحال
فعل وجبين ، ولو كان ساقطاً على برج أو جدار فرماه بحجر فنفره فطار من
تنفيره لم يضمته لأنه قبل التنفير لم يكن مقدوراً عليه .

(فرع) إذا رمى رجل حجراً في هواه داره فأصاب طائراً فقتله ضمنه سواء
تعمد قتله أو لم يتممه ، لأنه وان لم يتمد بالرمي في هواه داره فليس له منع
الطائر من الطيران في هواه ، فصار كما لو رماه من غير هواه وخالف دخول
البيهمة إذا منعها بضرب لا تخرج إلا به أنه لا يضمها .

(فرع) إذا فتح رجل مراح غنم فرعت زرعاً فان كان الفاسخ مالكمها ضمن
الزرع ، وان كان غيره لم يضمن ؛ لأنه لا يلزمه حفظها ، وكذلك لو حل دابة
مربوطة فأكلت شعيراً أو فولاً لم يضمن لأن الدابة هي المتلفة دونه وكذلك
كسرت إناه لم يضمته لما علناه .

(فرع) قال الشافعي : ولو حل زقا (١) أو راوية فاندفقا ضمن إلا أن يكون
الزق يثبت مستنداً وكان الحل لا يدفع ما فيه ثم سقط بتحرك أو غيره فلا يضمن
لأن الحل كان ولا جناية فيه .

وصورتها في زق قد أوكى على ما فيه فحل الوكاه حتى ذهب ما في الزق ، فلا
يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون من أرق المائعات قواماً
وأمرعها ذهاباً كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين .
أحدهما : أن يكون فم الزق منكسراً فعليه ضمان ما فيه ، لأن الذائب مع
التنكيس لا يبقى ، فكان هو المتلف له .

(١) الزق قارورة من الجلد يسميها عامة الحجاج زمزية ، والوكاه الرباط ،
ومنه حديث دهاثوا سبع قرب لم تحمل أو كيتهن ، وحديث العين وكاه السه ،
والسه الاست أو المقعدة من الانسان .

والضرب الثاني : أن يكون فم الزق مستعمليا فهذا على ضربين (أحدهما) أن يميل في الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه ، فإذا لم يكن بالحل تالفا ، وليس كالدابة إذا حملها لأن للدابة اختياراً (والثاني) أن يلبث بعد الحل متماسكا زمانا ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزق مستندا أو غير مستند لأنه قد كان باقيا بعد الحل فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك انسان .

والقسم الثاني : أن يكون ما في الزق تخين القوام بطيء الذهاب كالديس (المجوة بالعسل أو مريب التمر) والعسل القوي فإذا حل وكاؤه فاندفع يسيرا بعد يسير حتى ذهب ما فيه ، فإن كان مستعملي الرأس فلبث زمانا لا يتدفق شيء منه ثم اندفع فلا ضمان ، وإن اندفع في الحال أو كان منسكسا نظرا ، فإن لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان وإن قدر على الاستدراك لسده ففي الضمان وجهان .

(أحدهما) عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه ، لزمه الضمان ولا يكون قدرته على الدفع اختيارا وإبراء ، كذلك ما هنا .

والوجه الثاني : لا ضمان عليه ، والفرق بينهما أنه في القتل والتحريق ، وفي حل الوكاه غيره منسب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حضر بئرا فمر بها انسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر .

ولو كان الزق مستعملي الرأس وهو يتدفع بعد الحبل يسيرا يسيرا لجاء آخر فنسكه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده وجهان (أحدهما) أن ضمانه عليها لا اشتراكها في سبب ضمانه كالجارحين (والوجه الثاني) أن ضمانه على الثاني وحده لسقوط السبب مع المباثرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط براءة الجارح ويتوجه للذابح .

والقسم الثالث : أن يكون ما في الزق جامدا كالسمن والديس إذا جدا ومريب الجزر والفواكه إذا جف ماؤها وتبخر فيكشف بحل الوكاه أو يكشف الغطاء عن الاناء حتى تسطع عليه الشمس فيندوب ويذهب فإن كان الزق أو الاناء

على حال لو كان ما فيها عند الحل أو الكشف ذاتياً يعبأ في زقه وإنائه، فلا ضمان عليه؛ وإن كان لا يعبأ لو كان ذاتياً ففي ضمانه وجهان. أحدهما: لا ضمان عليه لأن ذواته من تأثير الشمس لا من تأثير حله (والوجه الثاني) عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سبباً فتعلق به الضمان.

(فرع) إذا أدنى من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكامه خمي فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما. أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به؛ وأما كاشف الإناء وحال الوكاه فلم يكن فعله جنائياً يضمن بها. وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما، لأن الأول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القطع.

والثاني: أخذ ما لا غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع؛ فإن قيل: لم يضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين ولم يضمن بالنار، قيل: لأن طلوع الشمس معلوم، فصار كالمقاصد له ودنو النار غير معلوم، فلم يصر قاصداً له ولكن لو كان كاشف الإناء وحال الوكاه هو الذي أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحداً بخلاف الشمس في أحد الوجهين، ولأن إدناه النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله، وخالف حدوث ذلك من شخصين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب القطع عليه ولا يجب الضمان لو كان من شخصين، بيد أن المصنف يقضى بأن عنده وجوب الضمان على صاحب النار قياساً على من حفر بئراً وجاء آخر فدفع إليها آخر ضمن صاحب البئر، وفيما ذهب إليه المصنف نظر عندي والله أعلم بالصواب.

❦ فرع ❦

ويبنى على ما تقدم أنه إذا حل رباط سفينة وترنحت في أحضان المروج ففرقت فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون غرقها في الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله (والضرب الثاني) أن يتناول بها اللبث بعد الحل ثم تفرق بعد فهو على ضربين، أحدهما: أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح - أو موج فلا ضمان عليه لتلقها بما هو غير منسوب إليه. والضرب الثاني: أن لا يظهر

حدوث سبب ائتلفا ففي ضمانها وجهان (احدهما) أنه لا يضمنها كما لا يضمن الرق إذا لبث بعد حله ثم مال (والوجه الثاني) عليه الضمان بخلاف الرق لأن الماء أحد المتلفات .

(فرع) إذا نصب رصيصا من اللبن لحرقة (قينه) حتى يجمر آجرا في غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة الناس بنصب الرصائص أو القمائن فيها كأن جاء في أوقات امتلاء الأجران بحصاد الحقول فأرقد في تنور اللبن بين الأجران أو وقت تعبئة القطن في الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الاقطان فأحرقتهما ضمن ما ألتلف ، أما إذا أعد الرصيصر في أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن ، وكان لآخر صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد ، وكذلك لو أروى أرضه في دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن لأنه غير متعد ، فإذا أرواها في غير دوره - وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق في المياه - ثم تسربت إلى حقل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف ، أما الثوب الذي حملته الريح من منشر الجار فألقاه في بيته فقد أسلفنا القول في الوديعة أنه وديعة يجب المبادرة إلى اعلام صاحبه به فإذا أخفاه أو تباطأ في اعلام صاحبه أو تلسكا كان عليه ضمايه وارتفعت يده من الامان إلى الضمان واذا طار فلم يعلم به صاحب الدار حتى احترق بنار في داره أو بهيمة أكلته لم يضمنه ، ولو علم به فإن لم يقدر على منعها لم يضمن ، وان قدر على منعها فعليه الضمان ، ولكن لو زاره عند حصول الثوب في داره فتركه ، فإن كان مالكة غير عالم به فعليه اعلامه فإن لم يعلمه فهو ضامن ، وان كان مالكة عالما به فهو غير ضامن ، فإذا هبت ريح فاجتاحته فألقتة بعيدا فإن لم يستطع منعه فلا ضمان ، وان قدر على منعه من الريح فتركه ففي ضمانه وجهان .

أحدهما : لا ضمان عليه لأنه لم يكن منه ما يضمن به .

والثاني : عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها ، فلو أن الثوب حين أطارته الريح وقع في صبيغ لصاحب الدار فانصبغ به فلا ضمان على واحد

منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعمد منهما ، وفي حالة
إمكان استخراج الصبغ من الثوب فاستخراجه ونقص الصبغ ونقص الثوب إن
حدث نقص كل ذلك مهدر لا قيمة له في ذمة واحد منهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب ، فقال
المغصوب منه هو باق . وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لأنه
يتعذر إقامة البيّنة على التالف وهل يلزمه البديل فيه وجمان . أحدهما : لا يلزمه
لأن المغصوب منه لا يدعيه . والثاني : يلزمه لأنه يمينه تعذر الرجوع إلى العين
فاستحق البديل بما لو غصب عبدا فأبق .

(فصل) وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته ، فقال الغاصب قيمته
عشرة ، وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب . لأن الأصل
برائة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به بما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه

(فصل) وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة . وقال
المغصوب منه لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لأن الأصل
عدم السرقة . ومن أصحابنا من قال : القول قول الغاصب لأنه غارم ، والأصل
برائة ذمته بما زاد على المائة ، فإن قال المغصوب منه : كان كاتباً فقيمته ألف ،
وقال الغاصب : لم يكن كاتباً فقيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل
عدم الكتابة وبرائة الذمة بما زاد على المائة ، فإن قال المغصوب منه غصبني طعاما
حديثا ، وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول قول الغاصب ، لأن
الأصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه
أنقص من حقه .

(فصل) وإن غصبه خمرأ وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار
خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على قاقول
قول الغاصب ، لأن الأصل برائة ذمته ، ولأن الأصل أنه باق على كونه خمرأ .

(فصل) وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المنصوب ، فادعى المنصوب منه أنها له ، وادعى الغاصب أنها له ، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله وانه أعلم
(الشرح) الأحكام . قال الشافعي : ولو غصبه جارية فملكك فقال : ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه .

قلت : قد ذكرنا أن المنصوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن ووقت الغصب الى وقت التلف . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدي ، وهذا خطأ من وجهين (أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعا .

أما الشرع فقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا ، أيا استداموا الإيمان ، وقال تعالى : واهدنا الصراط المستقيم ، أي ثبتنا على الهداية اليه ، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الإخبار والطلب . وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب يمين في كل حال غاصبا . ويقال قد غصب ، وإن كان قد تقدم من الغصب

(والثاني) أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية ، فلما كانت براءة الجراح في الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجرح : ووجب أن يكون الحادث بعد الغصب في حكم الموجود في حال الغصب ، ثم هو في الغصب أولى منه في الجناية لبقاء يده في الغصب وارتفاعها في الجناية ، وفيما ذكرناه من المعاني الماضية في نمو البدن وزيادته دليل كاف

فاذا ثبت هذا واختلفا في المنصوب فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدهما) أن يختلفا في قيمته (والثاني) أن يختلفا في تلفه (والثالث) أن

يختلفا في مثله . فأما الضرب الأول وهو اختلفا في قيمته فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون اختلفا في القيمة مع اتفاقهما على الصفة : فيقول

المنصوب منه قيمة مالي ألف . ويقول الغاصب : قيمة مالك مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه في قدر قيمته لأمرين : أحدهما إنكاره الزيادة ، والشرع في الإنكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى . والثاني : أنه غارم والقول في الأصول قول الغارم

فإن قيل : فكلا المعنيين يفسد بالشفيع والشفيع منكر وغارم ، فالجواب عنه من وجهين . أحدهما : أن المشتري مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ، ولا يغرم إلا بقوله . والثاني : أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله لأنه من صنعه ، وكذلك الغاصب فاعل الغصب وهو من صنعه فكان القول فيه قوله ، فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

فإن كان المغصوب منه بنية على ما ادعاه من القيمة سمعت وهي شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بيته أن قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيها بين الغصب والتلف كذا حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمتها في هذه الأحوال كلها ، وإن شهدت بيته بأن قيمته كانت ألفا قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول : إنه يصير لأجل هذه البيينة القول قول المغصوب منه مع يمينه ، لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح ، لأن ما قبل الغصب غير معتبر ، والبيينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البيينة بصفات المغصوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين .

أحدهما : أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل . والثاني : أن اختلافها في القيمة دون الصفة فلم تسمع البيينة في غير ما تداعياها واختلافا فيه .

والضرب الثاني : أن يكون اختلافها في الصفة فهو على نوعين أحدهما : أن تكون صفة زائدة . والثاني : أن تكون صفة نقص . فأما صفة الزيادة فترد دعوى المغصوب منه وسورتها . أن يقول المغصوب منه قيمته سيارتي ثلاثة آلاف لأنها مرسيدس أو كاديلاك ٧ راكب موديل ٦٨ ويقول الغاصب قيمتها ألف لأنها مرسيدس أو كاديلاك سبعة راكب موديل ٦٤ فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والإنكار . وأما صفة النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن يقول الغاصب قيمته السيارة التي غصبتها منك

مائة لأنهم مستهلكه ومحركها ضعيف وفراملها ناعمه وهي ماركة فيات أو فوكس هول موديل ٥٠ فيقول المغضوب منه قيمتها ألف لأنهما ليست مستهلكه ومحركها سليم وفراملها قوية ففيه وجهان لاختلاف المعنيين أحدهما أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بفرمه والثاني . القول قول المغضوب منه مع يمينه تعليلا بانسكاره ،

وأما الضرب الثاني وهو اختلافهما في تلفه فصورته أن يقول المغضوب منه سيارتي باقيه في يدك ويقول الغاصب : قد تلفت وذويت أجزاءها في (وكالة البلج^(١)) فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان أحدهما : أنه لا شيء عليه للمغضوب منه ما لم يصدقه على تلفها ، لأنه لا يدعى القيمة وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على تلفها ، والوجه الثاني ، أن عليه القيمة للمغضوب منه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصارت كالتاليه يلزم الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقيه ،

وأما الضرب الثالث وهو اختلافهما في مثله فعلى ثلاثة أضرب أحدها ، أن يختلفا في صفات المثل كقول المغضوب منه غضبني طعاما حديثا فيقول الغاصب بل طعاماً عتيقاً أو قديماً فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بالمعنيين من الانكار والغرم ، ثم للمغضوب منه أن يملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه .

والضرب الثاني . أن يختلفا في أصل المثل كقول المغضوب منه ، لما غضبته مثل ، وقول الغاصب ، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافها ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام ، فإن حكموا له بمثل طولب به ، وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه ، والضرب الثالث أن يختلفا في وجود المثل كقول المغضوب منه ، المثل موجود وقول الغاصب بل المثل معدوم ، فيكشف الحاكم عن وجوده ، ويقطع تنازعها

(١) سوق على شاطئ النيل في الشمال الغربي من مدينة القاهرة كانت تنزل من مرساه التمور الواردة من الصعيد الأعلى على عهد المماليك وهو اليوم سوق تباع فيه أجزاء السيارات القديمة وغيرها من الآلات .

فيه ، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصةً كان أو غالياً ، وإن عدمه خير .
 المنصوب منه بين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ قيمته ثم وجد المثل
 بعد ذلك فلا حق له فيه وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته بخلاف الرقيق
 إذا أخذت قيمته ثم وجد ، والفرق بينهما أن قيمة الأبق أخذت عند الإيثار منه
 فلزم ردها بعد القدرة عليه ، وقيمة المثل أخذ مع العلم بالقدرة عليه من بعد فلم
 يلزم ردها بعد القدرة عليه ، وإن جهد إلى وجود المثل ثم رجع مطالباً بالقيمة
 قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف السلم في الشيء إلى مدة تنقطع فيها فرضي
 المسلم بالصبر إلى وجوده فلا يكون له الرجوع قبله . والفرق بينهما أن تقدير وجود
 السلم عيب فإذا رضى به لزمه ذلك بالعقد . وصبر المنصوب منه إلى وجود المثل
 إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

(فرع) ولو غصب رجل عصيراً فصار في يده خلا رجوع به المنصوب منه
 وينقص إن حدث في قيمته ، ولو صار العصير خمرأ رجوع على الغاصب بقيمته
 عصيراً لأن الخمر لا قيمة له ، وهل له أخذ الخمر أم لا ؟ على وجهين : أحدهما
 — وهو قول الاسفراييني — إنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه .
 والوجه الثاني : له أخذه لأنه قد شفع بإراقته في بئر أو مسقى حيوان ، فلو
 صار الخمر في يد الغاصب خلا رجوع به المنصوب منه ، وفي رجوعه عليه بالقيمة
 وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما : يرجع بالقيمة لوجوبها . والثاني —
 لا يرجع عليه لعدم استقرارها .

وإذا غصبه خمرأ فصار في يده خلا صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلا
 ذا قيمة ، فلو اختلط بعد تلفه فقال المسالك : صار خلا فعليك ضمانه ، وقال
 الغاصب : بل تلف في يدي خمرأ على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتباراً
 ببرائة ذمته ، فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخمر فصار خمرأ ضمنه مع بقاء
 عينه لأنه بمصيره خمرأ قد صار تالفاً ، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المنصوب
 منه ، وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين أحدهما : لا ضمان عليه لعوده إلى
 ما كان عليه ، والوجه الثاني : عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط عنه
 والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال ، قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ، ربه أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لإزالة الضرر .

(فصل) وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله (ص) لا شفعة إلا في ربة أو حائط وأما البناء والقراس ، فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله (ص) من كان له شريك في ربيع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن رضي أخذه ، وإن كرهه تركه ولائنه يراد للتأبد فهو كالأرض ، فإن بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة واختلاف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فمنهم من قال : تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم من قال : لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها ، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها ، وإن كانت دار أسفلها لوحد وعلوها مشترك بين جماعة ، فباع أحدهم نصيبه فإن كان السقف لصاحب السفلى لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو ، لأنه بناء منفرد ، وإن كان السقف للشركاء في العلو فقيه وجهان ، أحدهما لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يبيع أرضاً والثاني : تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ، ويأوى إليه فهو كالأرض .

(فصل) وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثرة الظاهرة مع الأصل لم

تؤخذ مع الاصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الارض بالشفعة كغيران الضيعة ، فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان (أحدهما) تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة ، لأنها تبعت الاصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس . (والثاني) لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الاصل كالزرع والثمره الظاهرة . (فصل) ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع ، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر رضى الله عنه قال : إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به . فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك ، وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق . وهذا لا يوجد في المقسوم .

(فصل) ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطاب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة . وقال أبو العباس : تثبت فيه الشفعة لأنه عقار تثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته ، والمذهب الاول ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر والارف تقطع كل شفعة ، ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة ، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم .

وأما الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه ، فإن كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه الى ملكه فلا شفعة فيه ؛ وإن كان واسماً نظرت فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق ، لأنه أرض مشتركة تحمل القسمة ، ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبهه غير الطريق وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لأنه لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لأنه يبقى ملكه بعير طريق ، والضرر لا يزال بالضرر (والثاني) تثبت فيه الشفعة ، لأنه أرض تحمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق .

(والثالث) أنه إن مكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة ، وإن لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكن يمكن دفع الضرر من غير إضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكن إلا بالإضرار .

(فصل) وثبتت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، وثبتت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالأجارة والنكاح والخلع ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع

(فصل) فأما فيما ملك فيه الشقص بعوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة ، لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة ، كالأجر بالارث ، وإن باع من رجل شقصا فمما الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالأقالة لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه لم يملكه بعوض وإنما انسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل ، فإن باعه شقصا فمما الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا ثبتت فيه الشفعة ؛ لأن التولية بيع برأس المال . وإن قال لا ثم ولده : إن خدمت ورثت شر أهلك هذا الشقص ، فخدمتهم ملكت الشقص ، وهل تثبت فيه الشفعة ؟ فيه وجهان . أحدهما أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة نصار كالمملوك بالأجارة (والثاني) لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية في الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا ، وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصا عن نجم عليه ثم هجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لأنه بالعجز صار ماله للدولة بحق المالك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه (والثاني) تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده .

(فصل) وإن بيع شقص في شركة الوقف ؛ فإن قلنا إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم يجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له . وإن قلنا أنه يملك ففيه وجهان (أحدهما) أنه يأخذ بالشفعة ، لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك فأشبهه مالك المطلق (والثاني) لا يأخذه لأن ملكه غير تام ، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه ، فلا يملك به ملكا تاما

(الشرح) قال الضياء المقدسي في شرحه لثلاثيات المسند :
الشفعة لغة الزيادة ، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فكأنه كان
وتراً فصار شفعا ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وعرفا : استحقاق الشريك انتزاع
حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه . اهـ

قال الحافظ بن حجر في الفتح : الشفعة يضم المعجمة وسكون الفاء وغلط
من حركها ، وهي مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج ، وقيل من الزيادة ، وقيل
من الاعانة ، وفي الشرع : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي
بمثل العوض المسمى . اهـ

وقد ثبت بالسنة والاجماع . فأما السنة فالحديث الذي ساقه المصنف عن
جابر ولفظه عند مسلم والنسائي وأبي داود ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقضى
بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربحه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه
فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، ولفظه عند
الترمذي وصححه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة ،

ولفظه عند أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه ، إنما جعل النبي (ص)
الشفعة ، وفي رواية عند أحمد والبخاري والشافعية في الامم ، أن النبي (ص)
قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ،
وكلمها عن جابر إلا الشافعية فقد قال : أخبرنا مالك عن الزهري عن سعيد
ابن أبي سلمه . وقد روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
: إذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة ، رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه

أما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن
أبي بكر الأصم من إنكارها ، وفي ذلك يقول بعضهم : لا عبرة بقول الأصم فإنه
عن الحق أصم .

قال الماوردي في الحاوي : إن ما روى في الشفعة وإن لم يكن متواترا فالعمل
به مستفيض بصير به الخبر كالتواتر ، ثم الاجماع عليه منعقد ، والله بكونه شرعا
واقعا وليس في التمسك بحديثه ولا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ،

ما يمنع من الشفعة لأن المشتري يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه
 فإذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز للمسلم والكافر عند الشافعي وأبي حنيفة
 ومالك . وغالب أحمد فقهاء مذهبه على أنه لا شفعة للكافر على مسلم ، قال
 الضياء المقدسي نص عليه أحمد قال في الانصاف : وهو المذهب وعليه الأصحاب
 وهو من مفردات المذهب ، وبه قال الحسن البصري والشعبي ، وقد أفاض الضياء
 في شرح عمدة الأحكام في بيان العلة ، ووجه المذهب من جهة الدليل ، كما تفرد
 أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار ، وهو رواية عن أحمد إلا أنها
 مرجوحة بالمرة حسب الأظهر من المذهب

فإذا ثبت هذا فإن الشفعة مستحقة في عراض الأرضين . ويكون ما أنقل بها
 من الفراس والبناء تبعاً ، وإن كان المبيع منها مشاعاً كانت الشفعة فيه على قوانين
 وإن كان المبيع منها محرراً فالذي عليه جمهور الناس أنها غير واجبة ، وبه قال من
 الصحابة عمر وعثمان وعلي في أصح الروايتين عنه ؛ ومن التابعين سعيد بن المسيب
 وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ، ومن الفقهاء ربيعة ومالك وأحمد
 وإسحاق وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة وصاحبه وسفيان الثوري : إن الشفعة المجوزة مستحقة للجار
 وليس لهم فيه سلف ، وربما أضافوه إلى ابن مسعود ؛ فإن عفا الجار عنها كانت
 لمن يليه في القرب ثم لمن يليه إلى آخر الجوار ، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا
 يجب لغير الجار الملاصق استدلالاً بروايته عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الجار أحق بشقصه ، وروى بسقبه ، أي
 بقربه ، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
 أنه قال : جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض ، وبرواية عبد الملك بن أبي سليمان
 عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجار أحق بشفعة
 جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقتهما واحداً ،

وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الخليط أحق من
 الشفيع ، والشفيع أحق من غيره . وروى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه أنه
 قال : قلت : يا رسول الله أرض ابن لا أحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ،

بيعت لي ، فقال : أنت أحق بشفعة جارك يا ثريد ، قالوا ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه ، وهذا قد يوجد في الجار كوجوده في الخياط ، فاتفقوا أن تجب الشفعة للجار كوجودها للخياط .

ودلينا ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه قال : الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وهذا وإن كان مرسلًا فرسل سعيد عند الشافعي حسن ، ثم قد رواه مستدأ عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فكان من هذا الحديث دليلان :

أحدهما : قوله الشفعة فيما لم يقسم ، فكان دخول الألف واللام مستوعبا لجنس الشفعة فلم يجب في المقسوم شفعه

والثاني : قوله فإذا وقعت الحدود فلا شفعة . فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة ، فإن قيل : فإنما نفي الشفعة عنه بالقسمه الحادثة بعده ففيه جوابان (أحدهما) أنه محمول على عموم القسمه حادثة ومتقدمة (والثاني) أنه إنما نفي الشفعة عن المقسوم بما أثبتنا في غير المقسوم . فلما أثبتنا في غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع .

وقال أبو حنيفة : تجب للجار ، ثم ساق أحاديث الموجبين لها للجار ، وهي التي أوردناها هنا . ثم قال :

وقال العلقمي في حاشية الجامع الصغير : يحتاج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار - يعني حديث : الجار أحق بصقبة - ومن لم يشتها للجار تناول الجار على الشريك ، ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما في معناهما بسبب قربه من جاره .

وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له . ومن أثبت لقاءه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة . وقد رواه الحسن عن سمرة . وعن حديث الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا بأن شبهه قال : سها فيه عبد الملك راوى الحديث .

قال الإمام أحمد: هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه إلا عبد الملك وقد أنكر عليه .

وقال بعض علماء الحنفية : يلزم الشافعية القائلين بحمل اللفظ على حقيقةه ومجازه أن يقولوا بشفعة- الجوار ، لأن الجار حقيقة- في المجاور مجاز في الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن القرائن ، وقد قامت القرينة هنا للمجاز فان حديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك ، وحديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقا ، لأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ، ولا قائل به ، فان القائلين بشفعة- الجوار قدموا الشريك مطلقا ، ثم المشارك في الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور .

(قلت) واختار شيخ الاسلام ابن تيمية ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون شريكا في الطريق محتجا بآخر حديث جابر مرفوعا : الجار أحق بشفعة- جاره . قال : وهذا ظاهر كلام أحمد في روايته- أبي طالب حيث قال : إذا كان طريقهما واحدا شركاء لم يقسموا ، فاذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعة .

قلت : واختار بعض الحنابلة هذا الرأي ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور في نفي شفعة- الجار لو وجدنا أمه- من الصحابة والتابعين كعمرو وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصارى وأبو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي وأحمد والشافعي وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن شبرمه- والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي : الشفعة- بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار .

ولأن الشفعة- ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه .

وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة الى مقاسمته ، أو يطلب الداخلة المقاسمه فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمته- ملكه وما يحتاج الى احدا منه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم . م ١٠ : ١٤

فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب أقرب ، قال الشاعر :
كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب

وبقية الأحاديث التي ثبتت الشفعة لاجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه
يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على السنة الشعراء ، ويسمى كل واحد
من الزوجين جاراً ، قال الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طالقه ومومونة ما كنت فينا ووامقه

وتسمى الضرتان جارتين لا اشتراكهما في الزوج . قال حمل بن مالك : كنت
بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا كله
يمكن حمل حديث أبي رافع عليه ، فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطه دون
الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسام .
(أحدها) ما تجب به الشفعة .

(والثاني) ما تجب فيه (والثالث) من تجب له (والرابع) ما تؤخذ به .
فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثه أقسام
قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قول الشافعي
في وجوب العوض فيه ، فأما الموجب للعوض فخمسه عقود ، البيع والإجارة
والصلح والصداق والخلع ، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيع لانقال الملك بها
عوضاً أو معوضاً وسنشرح كلا في موضعه . وأما ما لا يوجب العوض إما لأنه
لا ينقل الملك كالرهن والعاريه ، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك
كالوقف والوصيه فلا شفعة به لأن ما لا ينقل للملك استحقق به نقل الملك ، وما لا
عوض فيه لا معوض فيه .

واختلف أصحابنا هل يغلب في ملك أم الولد للشفعة حكم المعاوضات أو
حكم الرضايا إذا قال لها : إن خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص
فعلت على وجهين .

أحدهما : أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة ، فعلى هذا
ياخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة .

والوجه الثاني : وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لامرين .
أحدهما اعتباره من الثلث ، والثاني : ملك الشقص من لم يملك الخدمة .
وأما اختلاف قوله في وجوب العوض فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب
المكافأة عليها فقال في القديم والإملاء بالوجوب : فعلى هذا تجب الشفعة بهما
بالتواب الذي تجب به المكافأة ، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرأ معلوما كان
على قولين .

أحدهما قاله في الإملاء : إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالتواب
المشروط ، لانها إذا صحت مع الجهل بالتواب كانت مع العلم به أصح .
والقول لثاني : إن الهبة بشرط الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة لأن
العوض فيها يجعلها بيعة والبيع بلفظ الهبة باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله في
القديم والإملاء . وقال في الجديد : ان المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا
لا شفعة بها ، ويكون في انقال المملك بها في سقوط الشفعة به كاتقاله بالميراث
فهذا حكم الفصل .

وأما القسم الثاني : وهو ما تجب فيه الشفعة فهي عراض الارضين وما يتبعها
متصلا دون غيرها ؛ وهي على ثلاثة أنواع ، أحدها ما واجب في الشفعة معقوداً
وهي عراض الارضين المحتملة للقسمة الجبرية ، فان لم تحملها لصغرها كطريق
ضيقه وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردي .

وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلاً بسوء المشاركة ،
واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة . وبه قال أبو حنيفة . وعند الشافعي أنه
لا شفعة فيها تعليلاً في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمة وأن مالا يقسم جبراً
فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونه القسمة .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : لا شفعة في فناء ولا طريق
ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة ، رواه أبو الخطاب من أصحاب الامام أحمد في
رهوس المسائل ، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء
ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة ، والرهوة الجوبة تكون في
محلة النوم يسيل فيها ماء المطر وغيره .

والنوع الثاني : ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس إن كان مبيعاً مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الإيجاب ، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي ، ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج ، وهو قول أبي حنيفة ، وإن كان البناء والغرس منفصلاً عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي وأبي حنيفة ،

وقال مالك : يجب الشفعة في البناء المنفرد وفي الثمار والمقائ والمباطنح لاتصاله بعراض الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم والشفعة فيما لم يقسم ، رواه البخاري . فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة لجعل حدود القسم شرطاً في إبطال الشفعة ، فدل على استحقاتها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء والغرس تبع لاصله ، فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجهما عن العقد لم يجب في البناء والغرس شفعة ، وإن دخلت في العقد ، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس ، وكانت دار ذات علو مشترك ، وسفلها غير الشركاء في علوها فباع أحد الشركاء في العلو حقه نظر في السقف ، فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة في الحصص المبيعة من العلو لأنها بناء مفرد ، وإن كان السقف لأرباب العلو ففي وجوب الشفعة في الحصص المبيعة منه وجهان ،

(أحدهما) لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضاً (والوجه الثاني) فيه الشفعة ، لأن السقف كالعرضه . وقول الشافعي في كتاب الصلح أن السقف أرض لصاحب العلو ، ولأنه إذا حاز أحدهما حصصه من البناء والسقف أمكنه سكناه كالأرض .

والنوع الثالث : لا تجب فيه الشفعة لا مقصوداً ولا تبعاً وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرنا ، وقال عطاء بن أبي رباح : الشفعة واجبة في كل مشترك من متاع وحيوان وغيره في صنوف الأموال وسائر الكلام معه .

وأما القسم الثالث وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط في الملك المبيع دون الجار ، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في شفعة الجوار ، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليله حتى لو خالط بنسبه واحد من ألف استحق الشفعة ، وإذا تعدد الخائضاء كانت بينهم على ما سيأتي .

ولا فرق بين أن يكون ملكه عار اليه بائنياع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره لأنه مالك قد يستنصر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤونة المقاسمة . وأما اذا كانت حصه الخليط وفقاً نظراً في الوقف فان كان عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو كان خاصاً لا يملك كالوقف على جامع فلا يستحق به شفعة في المبيع ، وان كان خاصاً على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف ، فأما الموقف عليه : فقد اختلف قول الشافعي هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا ؟ على قولين ، أحدهما : يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستنصراره بسوء المشاركة والوجه الثاني : لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف .

ثم الشفعة تجب للأب على ابته وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه وللمكاتب على مولاه ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده ولا يستحقها أحدهم عليه .

وأما القسم الرابع وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلا عن الشقص المنقول للملك من ثمن ان كان في أجرة أو بيع أو أجرة المثل ان كان في اجارة او مهر المثل ان كان في صداق على ما سنفصله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفي القول الثاني ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ؟ وفي القول الثالث يملكه مالكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وان شرط الخيار للمشتري وحده فان قلنا أنه لا يملك أو قلنا أنه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه في خيار البائع وان قلنا : انه يملكه ففيه قولان أحدهما لا يأخذه ، لأنه يبيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار البائع . والثاني : يأخذه وهو الصحيح لأنه لاحق فيه لغير

المشترى ، والشفيع يملك اسقاط حقه ، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلأن يملك قبل لزومه أولى .

(فصل) وثبتت الشفعة للكافر على المسلم الحديث جابر رضى الله عنه لا محل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق ولأنه خيار جعل للدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب .

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر فان أحضر رهنا أو ضمينا أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالبيع في يد البائع .

(فصل) ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به فان اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فان باعه فهو أحق به بالثمن وإن اشترى شقصاً وسيفاً بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشتري بحصته لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لأنه دخل فى العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمن ثم الحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه فى بيع المراجعة فان نقص الشقص فى يد المشتري فقد روى المولى أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال فى القديم يأخذه بالحصة واختاف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح أحدهما يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهب عينه فى يد البائع فان المشتري ، يأخذه بجميع الثمن والقول الثانى أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ بعض ما دخل فى العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف . ومنهم من قال إن ذهب التأليف ولم يذهب من الأجزاء شيء أخذ بالجميع لأن الذى يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فاز تاف به من الأجزاء

من الأجر والخشب أخذه بالحصصة لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصصة وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كانت العرصة باقية أخذ بالجميع لأن العرصة هي الأصل وهي باقية فان ذهب بعض العرصة أخذ بالحصصة لأنه تلف بعض الأصل فأخذ الباقي بالحصصة وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن تلفت بجائحة من السهام أخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف وأن تلف بفعل آدمي أخذ بالحصصة لأنه حصل للمشتري بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين .

(فصل) وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال أحدها يأخذ بمائة مؤجلة لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فيسكان تابعا له في التأجيل . والثاني : أنه يأخذه بسبعة تساوي مائة إلى الاجل ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري ، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة ، لأن الذمم لا تنهاتل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري ، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيها لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته . والثالث : وهو الصحيح أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ ، وبين أن يصبر إلى أن يحل فيأخذ ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسبعة لأن الشفيع إنما يأخذ بالمثل أو بالقيمة ، والسبعة ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق إلا التخخير .

(فصل) وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقفا يساوي ألفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه لأنه قدر المحاباة فان اختار الشفيع أن يأخذ النصف بالألف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة لأن الشفيع أخذه بالف وان لم يأخذه الشفيع فللمشتري أن يفسخ البيع لفرق الصفقة عليه وان باع من أجنبي وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ففيه خمسة أوجه أحدها أن البيع يصح في نصف الشقص بالألف ، وللشفيع أن يأخذه ويبقى النصف للمشتري بلا ثمن ، لأن المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح ، ولا تصح للشفيع ، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بشمن المثل ، ويأخذ الشفيع النصف بجميع

الثمن ، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن . والثاني أن البيع يصح في نصفه بالآلاف
لأننا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالآلاف حصلت الوصية للوارث وإن دفعنا إليه النصف
بالآلاف وتركنا النصف على المشتري الزمنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم
المشتري فلم يبق إلا الفسخ بالنصف ، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة ،
والثالث أن البيع باطل لأن المحاباة تعلق بالكل فلا يجوز أن تجعل في نصفه ،
والرابع أنه يصح البيع وتسقط الشفعة ، لأن اثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال
البيع ، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة ، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط
غيره سقطت الشفعة وبقي البيع ، والخامس وهو الصحيح أنه يصح البيع
في الجميع بالآلاف ، وبأخذ الشفيع الجميع بالآلاف ، لأن المحاباة وقعت للمشتري
دون الشفيع والمشتري أجنبي فصحت المحاباة له

(الشرح) قال الشافعي : وإن علم يعني بالبيع فطالب مكانه فهي له ، وإن
أمكنه فلم يطلب بطلت شفيعته قال الماوردي في الحواشي : اعلم أن الشفعة تجب
بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالآخذ ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة
لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم . فإن لم يعلم
بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تناول به الزمان كالمشتري إذا لم
يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم ، وأما إذا علم بالبيع فله حالان
أحدهما : أن يكون قادراً على الطلب . والحال الثانية : أن يكون معذوراً ، فإن
كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال إحداها : أن يبادر إلى الطلب ، فهو على
حقه من الشفعة ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الإحذابها لأنها ثبتت بنصر وجمال
وانما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فهو قال الشفيع حين يبادر بالطلب :
انظروني بالثمن واحكموا لي بالملك لم يجز ، وهكذا لو قال : احكموا لي بالملك
مترخص الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك . لأنه لا يجوز أن يزل الدور من نفسه
بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير ، فإن سأل التوقف حتى يحضر الثمن جاز
أن ينظره الحاكم به يوماً أو يومين وأكثره ثلاثاً ، فإن جاء بالثمن كان على
حقه من الشفعة وإن أخره عن المدة التي أنظره الحاكم بها بطلت شفيعته .

والحال الثانية : من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع أن يعفو عن الشفعة ،
والعفو على ضربين صريح وتعمير ، فالصريح أن يقول : قد عفوت عن الشفعة
أو تركتها أو زلت عنها : فهذا يبطل الشفعة ، والتعمير أن يساوم المشتري
في الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يسأجر منه أو يساميه ، فهل يكون التعمير
بهذه الألفاظ كصريح العفو في إبطال الشفعة أم لا ؟ على قولين نصر عليهما في
القديم (أحدهما) أنها كالصريح في إبطال الشفعة (والثاني) إنه على حقه ما لم
يصرح بالعفو لما فرق الله به في الخطبة بين حكم التعمير والتصريح .

فأما قوله للدشتري : بارك الله لك في صفقتك ، فليس بعفو صريح ولا
تعريض لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة في صفقته ، وهكذا لو شهد للدشتري
في ابتيائه لم يكن عفواً صريحاً ولا تعريضاً ، لأن الشهادة وثيقة في البيع الذي
بتامه يستحق الشفعة . وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً
والحال الثالثة بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطاب .
ففيه ثلاثة أقاويل :

(أحدها) وهو قوله في الجديد والاملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت
بتقضى زمان الممكنة وإن حق طلبها على الفور
(والثاني) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد الممكنة ، فإن طلبها إلى ثلاث
كان على حقه ، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعي في كتاب السير
قال وهذا استحسان وليس بأصل .
(والقول الثالث) أن حق الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة ،
وبه قال في القديم .

(قلت) فإذا قيل بالأول (الفور) وبه قال أبو حنيفة ، فإن أخذها فهو له
وإن تركها رجع بالأئمة على نفسه ، وإذا قيل بالثاني بتقديره بثلاثة أيام بعد
الممكنة فوجهه أن الشفعة موضوعه لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في
الأخذ والترك والاختيار والمشتري في حسن المشاركة ليقر ، أو في سوء المشاركة
ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه ، ولا يضر المشتري

بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة في رواية ابن وهب ؛ وبأربعه أشهر في رواية غيره .

دلينا قوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة كشيطه عقاب . فان أخذها فهو له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه

(فرع) ثبتت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكاً لحديث جابر ولا يجل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والنعبري وأصحاب الرأي لعموم الحديث . وقال أحمد : لا شفعة لمسلم على كافر وأصح من الذي لا يجل ، وهو مروى عن الحسن والشعبي أخذنا من حديثه لا شفعة له مراراً ، وهو حديث لم يصح إسناداً

ودلينا عموم الحديث وقواعد البياعات لأنها خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

(فرع) قال الشافعي : وإن اشتراها بضمن إلى أجل قيل للشفيع : إن شئت تمجل الثمن وتمجل الشفعة ، وإن شئت فدع حتى يجل الأجل ، وصورتهما في رجل اشترى شقصاً بضمن مؤجل وحضر الشفيع مطالباً فقيه قولان (أحدهما) وهو قوله في القديم وبه قال مالك : إن للشفيع أن يتمجل أخذها ويكون الثمن مؤجلاً في ذمته إن كان ثقه ؛ وإن كان غير ثقه أقام ضمينا ثقه . قال الشافعي : وهذا أشبه بصلاح الناس .

ووجه هذا القول شيثان (أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن وصفاته والأجل وصفاته ، فافتضى أن يأخذها بمثل الثمن وأجله . (والثاني) أن تمجيل المؤجل زيادة في القدر تتفاضل الأثمان به وليس للمشتري أن يشتريه . وتأخير الشفيع دفع له عن حقه ، وليس للمشتري دفع الشفيع والقول الثاني وبه قال في الجديد ، وهو قول أبي حنيفة أن الشفيع لا يتمجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تمجل الثمن فتمجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . ووجه هذا القول شيثان (١) إن أخذ الشفعة باستحقاق والأجل يدخل في عقود

المرضاة ولا يدخل في الاستحفاق ما لم يكن مرضاة (ب) إن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع ، ولذلك حل دين الميت لأن رضى ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه فإذا تقرر توجيه القولين فللمشتري والشفيع أربعة أحوال (أحدهما) أن يعجل الشفيع الثمن فيجبر المشتري على تسليم الشقة على القواين معاً ، لأنه قد تعجل مؤجلاً وأمن خطراً .

والحال الثانية أن يرضى المشتري تسليم الشقة وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يدفع على القواين معاً ، لأنه قد يتعجل منافع الشقة حتى لا يستضر بتعجيل الثمن ، فإن لم يفعل وانتظر لأخذه بحلول الأجل بطلت شفيعته على قوله في القديم ، وفي بطلانها على الجديد وجهان . أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج أنه على شفيعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطالب مقدرأ به . والوجه الثاني وهو الأصح : أن شفيعته قد بطلت لأن طلبه قدر بمدة الأجل وفقاً للمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع . والحال الثالثة : أن يدعو المشتري إلى تعجيل الشيء وتسليم الشقة ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القواين معاً ؛ لأن تعجيل المؤجل استزادة في الثمن والمشتري ممنوع من الاستزادة فيه ، فلو قال المشتري : أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين :

(أحدهما) أنه مفض إلى الربا (والثاني) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله والحال الرابعة : أن يطالب الشفيع بالشقة معجلاً ، ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهي مسألة القواين ، فعلى قوله في القديم يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو بضمته ثقة ، فعلى هذا لو مات المشتري حل ما عليه من الثمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله ، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن والمشتري أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله ، ولو كان المشتري قد دفع الثمن رهنًا لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهنًا ، لأن الرهن وثيقة في الثمن ، وليس في جملة الثمن وعلى قوله في الجديد يمنع من الشقة إلى حلول الأجل والمشتري يمكن من الصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك ، لأن تعلق حق

الشفيع به لا يزال ملك المشتري عنه فلا يمنع من التصرف في ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكاً لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء . فلو مات المشتري حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الأجل ، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول

(فرع) لو باع الرجل في مرض موته شقة بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف حابه في ثمنه بألفين فللمشتري وللشفيع ثلاثة أحوال : إحداهن أن يكونا أجنبيين من البائع ، والثانية أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً ، والثالثة أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً . فأما الحال الأولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك ما لا غير الشقة أو لا ؛ فإن كان يملك ما لا يخرج المحابة من ثمنه صحت المحابة وأخذ المشتري الشقة بألف درهم وللشفيع أن يأخذ منه بالالف لأنه يملك الشقة بالثمن مسترخصاً كان أو غالباً ، وإن كان البائع لا يملك غير الشقة فللمشتري الخيار في أن يأخذ عن الشقة بألف درهم أو يرد ليحصل له نصف المحابة ، وهي ألف تكون تلك التركة ويرجع إلى الورثة تلك الشقة وقيمتها ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثل المحابة بالالف ثم للشفيع أن يأخذ بالالف ثلثي الشقة الصائر للمشتري بالالف .

أما الحال الثانية : وهو أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحابة باطلة ، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارث والمشتري بالخيار بين أن يأخذ تلك الشقة بألف وبين أن يرده ، فإن أخذ مثله بالالف فلا شفيع أخذ الثلث منه بالالف ، وإن رده المشتري عرض على الشفيع قبل رده ، فإن رضى أن يأخذ تلك الشقة بألف كان أحق وبطل رد المشتري لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل إلى حقه وندع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمسح من رده بغير لو ظهر إذا رضى الشفيع ، ويكون عهدة الشفيع على المشتري ، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقة كله بالالف جاز . وفيما يأخذ الشفيع قولان مبيزان على اختلاف قولين في إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء ؟

(أحدهما) أنه امضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالالف (والثاني) أنه ابتداء عطية فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالالف ويخاص للمشتري ثلثاه لأنها عطية له خالصة . وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشتري أجنبيا والشفيع وارثا ، فالمحابة وهي ألفا درهم ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلث جميعها ، وحال لا يحتمل شيئا منها ، وحال يحتمل الثلث بعضها : فإن لم يحتمل الثلث شيئا منها لإحاطة الدين بالركة بطلت المحابة وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص بالالف أو رده ، فإن أخذه كان الشفيع أحق به ، وإن كان وارثا لأنه لا محابة فيه . وإن احتمل الثلث جميع المحابة لأنه ذو مال تخرج الألفان من ثلثه فالمحابة بثلثي الشقص . وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحابة وهو ثلث الشقص . وفيها أربعة أوجه حكاهما ابن سريج :

(أحدهما) أنها جائزة للمشتري والشفيع لأن المشتري مقصود بها فصحت له ، والشفيع داخل عليه فوجب له . فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالالف ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائر اليهم نمتها

والوجه الثاني : أن المحابة جائزة للمشتري دون الشفيع ، لأن المشتري ممن تصح محاباته - وهو مقصود - والشفيع ممن لا تصح محاباته ، وهو بها غير مقصود .

فعلى هذا يأخذ المشتري ثلث الشقص بألف . وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث . فيصير الشقص أثلاثاً : ثلثه للورثة ، لأن الثلث لا يحتمل ، وثلثه للمشتري لأنها محابة له ، وثلثه للشفيع بعد رد المحابة التي لا تصح له .

والوجه الثالث : أن المحابة باطلة للمشتري وللشفيع جميعا ، لأنها قد تفضى إلى الشفيع الذي لا يملكها وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها ، فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالالف . وللشفيع أن يأخذ منه بالالف ويرجع الثلثان على الورثة .

والوجه الرابع أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عني الشذيع عن شفيعته صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفيعته ، لأنها ليست محاباة من المشتري ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترى الشقص بعرض فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله ، لأنه من ذوات الامثال ، فأخذ به كالدراهم والدنانير وإن لم يكن له مثل كالبيد والثياب أخذه بقيمته لان القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة وإن اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيباً ورده أخذ بقيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص فيه وجهان أحدهما لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده والثاني يتراجعان فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجوع المشتري على الشفيع وإن كانت قيمة العبد أكثر رجوع الشفيع على المشتري لانه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشتري بالارش نظرت فإن أخذ المشتري من الشفيع قيمة العبد سلباً لم يرجع عليه بالارش لان الارش دخل في القيمة وإن أخذ قيمته معيباً فهل يرجع بالارش فيه وجهان أحدهما لا يرجع لانه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد . والثاني يرجع بالارش لانه استقر الشقص عليه بقيمة عيب سليم فرجع به على الشفيع .

(فصل) وان جعل الشقص أجرة في إجارة أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة فإن جعل صداقاً في نكاح أو بدلاً في خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد وان جعل متعة في طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر .

(فصل) والشفيع بالخيار بين الاخذ والترك لانه حق ثبت له لدفع الضرر

عنه فخير بين أحذه وتركه وفي خياره أربعة أقوال قولان نص عليهم في القديم أحدهما أنه على التراخي لا يسقط إلا بالعمو أو بما يدل على العمو كقوله يعني أو قاسمى وما أشبهها لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيرها فلم يسقط إلا بالعمو كالخيار في القصاص والثاني أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليحجره على الإخذ أو العمو لانا لو قلنا أنه على الفور أضررنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الإخذ أو بأخذه والحظ في الترك فيندم وإن قلنا أنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري لأنه لا يقدر على التصرف والسعى في عمارة خوفه من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر .

والثالث نص عليه في سير حرمة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخي لأنه يستضر به المشتري فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على الشفيع لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة أيام ولا على المشتري لأنه قريب .

والرابع نص عليه في الجديد أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها وروى أنه قال الشفعة كذشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها . فعلى هذا إن أضرر من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وإن أخره لظاهرة أو صلاة أو طعام أو ليس ثوب أو إغلاق باب فهو على شفيعه لأنه ترك الطلب لعذر وإن قال سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعة وإن قال بارك الله في شفيعه - يميناك أنا مطالب بالشفيع لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفيع لأنه يجوز أن يكون دعاء للشفيع بالبركة لأنها أوصالته إلى الإخذ بالشفيع وإن قال صالحني عن الشفيع على ما لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وفي شفيعه وجهان أحدهما تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر والثاني لا تسقط لأنه تركها على عوض وام سلم له العوض

فبقى على شفيعته فان أخذه بضمن مستحق ففيه وجهان أحدهما تسقط. لانه ترك
الاخذ الذى يملك به من غير عذر والثاني لا تسقط. لانه استحق الشقص بمثل
الضمن فى الذمه فاذا عينه فيها لا يملك سقط. التعيين وبقي الاستحقاق كما لو اشترى
شياً بضمن فى الذمه ووزن فيه الا يملك .

(الشرح) قال الشافعى وللشفيع الشفعة بالثمن الذى وقع به البيع ، وهذا
كما قال : وإنما أخذه بالضمن لرواية بعضهم ذلك عن النبي (ص) نصاً ، ولأنه يدخل
مدخل المشتري فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذه المشتري ، ولأن عدولهما عن
الضمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة ، إما أن يأخذه بما يرضى به المشتري ، وفى
ذلك ضرر على الشفيع لانه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن ، وإما أن يأخذه بالقيمة
فقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشتري وقد يكون أكثر من الثمن فيستضر
الشفيع ، وإذا بطلت هذه الأحوال فثبت أخذه بالضمن .

فاذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالضمن فلا يخلو أن يكون الثمن مما له مثل كالدراهم
والدنانير والبر والشعير أو مما لا مثل له كالحبوان والعروض ، فإن كان مما له مثل
أخذه بمثله جنساً وصفة وقدرأ ، وإن كان مما لا مثل له أخذه الشفيع بقيمته فى
أقل الأحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع ، لانه إن
زاد فالزيادة حادثة فى ملك البائع لم يتناولها العقد ، وإن نقص فالنقصان مضمون
على المشتري فخرج من العقد .

فلو كان الثمن ألف درهم فدفعها المشتري إلى البائع فوجدها البائع زبواً فهو
بالخيار بين أن يسامح وبين أن يبدلها ، فإن رضى بها فللشفيع أن يأخذ الشقص
بألف درهم جيداً ، أو لو كان الثمن حيواناً فاعور الحيوان فى يد المشتري
فللبائع الخيار بين فسخ البيع فى الحيوان وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع فإن
رضى بالعور أخذه الشفيع بقيمة الحيوان أعور . وقال أبو حنيفة : يأخذه بقيمة
سليها كما يأخذه بمثل الألف جيداً ، لانه ليس الرضا بالعيب الحادث خطأ فى
الضمن وهذا خطأ ، لان رضاه بعيبه رضا منه بأنه هو الثمن بعينه والفرق بين
الحيوان والألف أن عور الحيوان لما أحدث له خياراً فى فسخ البيع صار الحيوان

الأعور ثمنا وزيافة الدراهم لا تحدث له خياراً في فسخ البيع ، وإذا استحق أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له .

(فرع) إذا اشترى شقصاً من دار بمائة دينار ثم وجد به عيباً نقصه عشر الثمن فصالحه البائع عن العيب على شيء كذبايع صغير أو كبش ثم حضر الشفيع فله أخذ الشقص بتسعين ديناراً لأن المشتري قد استرجع العشر أرساً ، فإن استحق المدياع أو الكبش من يد المشتري أو ردها بخيار شرط أو عيب نظر ، فإن دفع البائع إلى المشتري العشرة التي هي أرس العيب فقد وصل إلى حقه من تمام الثمن ولا مطالبة بينه وبين الشفيع ، وإن امتنع البائع من دفعها ولم يرض إلا برد المبيع لم يجبر على بذل الأرس ، وقيل للشفيع : إن دفعت إلى المشتري عشرة لثمن المائة التي دفعها ثمناً جمعت لك الشفعة ، وإن امتنعت لم تجبر على دفعها ولزمك رد الشقص على المشتري واسترجاع التسعين التي دفعتها ، فإذا عاد الشقص إلى المشتري كان بالخيار بين أن يأخذه مبيعاً بالمائة كلها وبين أن يرده ، فإن رضى بأخذه بالمائة فلا شفعة للشفيع إن عاد يريدونها لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها فلو أن الشفيع أنكسر تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشتري كان القول قول الشفيع مع يمينه على العسل دون البت ولا يصدقان في الازدياد عليه ، فإن نكل الشفيع حلت المشتري دون البائع لأنه هو المتروك لنقص العيب ، فإن حلف كان الشفيع مخيراً بين دفع العشرة تكمله المائة أو الرد .

(فرع)

وقال الشافعي : فإن تزوجها على شقص فهو للشفيع بقيمته وهذا كما قال : إذا تزوجها على شتمس أصدقها وجب فيه الشفعة وهكذا لو خالها عليه ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة فيه استدلالاً بأمرين .
أحدهما : أنه مملوك بغير مال فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث .
والثاني : أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبهة عقد ، وليس بين الشفيع وبينهما ما يوجب تقويم بضعهما .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم ، ولأنه عقد معاوضة لجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه معنى وضع لرفع الضرر عن المالك فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب ، ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشتري فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالاتحاق ولأن كل عضو استحق فيه إقباض الشقص معاوضة ، استحق به إقباضه بشفعة كالبيع ، ولأن كل قبض وجب في عقد البيع وجب في عقد الصداق كالقبض الأول وبيانه أن في البيع قبضين ، قبض المشتري من البائع وقبض الشفيع من الزوج .
وأما الجواب عن قوله : إنه مملوك بغير مال فهو أن البضع في حكم الأموال لا من . أحدهما : أنه معاوض عليه بمال في الصداق والخلع ، ومالم يكن في حكم الأموال فلا يجوز أن يعاوض عليه بمال .

والثاني : أنه معتبر في اغتصابه بالمال ومالم يكن مالا لم يقوم في استهلاكه بالمال : ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل فلم تجب فيه الشفعة ، والصداق مملوك بيد فوجب فيه الشفعة .

وأما الجواب عن قوله : ان البضع لا يقوم الا في عقد أو شبهة عقد فهو أنه غير مسلم لأن المغتصبه مقومة البضع عندنا على غاصبها والمشهد بطلاقها مقومه البضع على الشهود اذ ارجعوا للزوج دونها ؛ فصار بضعها مقوما في غير عقد وشبهته في حق غيرها فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها .

فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلع فذهب الشافعي أنه مأخوذ بمهر المثل . وقال مالك وابن أبي ليلى يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعي في القديم لأن المهر قد يزداد فيها وينقص بخالف البيوع ، وهذا فاسد من وجهين ، أحدهما : وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ، ثم لم يمتنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمتنع في الصداق أن يؤخذ بقيمه البضع ، والثاني : أن مالا مثل له من الاعواض يوجب الرجوع الى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب ، كذلك البضع الذي لا مثل له يوجب الرجوع الى قيمته من المهر دون الشقص واقه اعلم .

(فرع) مضى كلامنا في الخيار للشفيع بين الاخذ والترك والمدة التي يجوز له فيها الرد ، ونزيد البحث فنقول :

إذا قيل بأن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المسكة فوجهه أن الشفعة موضوعه لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الاخذ والترك والاختيار والمشتري في حسن المشاركة ليقر أو في سوء المشاركة ليصرف . وقلنا إنه لو روعي فيه الفور ضاق على الشفيع ، ولو جعل على التأبيد أضر بالمشتري فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستنصر المشتري بتأخيره فكان أولى الامور تقديرها بثلاثة أيام لأمرين :

أحدهما : أن الثلاث حد في الشرع لمدة الخيار . والثاني أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة . ألا ترى أن الله تعالى قد قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً ، فقال : تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ، ذلك وعد غير مكذوب ، وقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً ، فعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة الأيام زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ، ولقوله من زمان المسكة - ثلاثة أيام يتمكّن جميعها من المطالبة ، فإذا قيل بأن حق الشفعة على التراخي فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : فإن باع فشريك أحق به حتى يؤديه ، فكان على عموم الاوقات ، ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالأخير كالدبون ، ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشتري في حصول المنفعة وتملك الاجرة ، فعلى هذا الذي يسقط حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل .

(أحدها) العفو الصريح دون غيره من التعريض ، وليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع اليه . لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالدبون .
والثاني : أن شفيعه تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا .

والقول الثالث : أن شفيعه تسقط بأحد ثلاثة . أحدها العفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض أو بأن يتحاكم المشتري إلى القاضي فيلزمه الاخذ والترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة . لأن القاضي مندوب إلى فصل الخصومات

فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجوز أن يشترط فيه خيار الثالث ، وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم : أحدهما له خيار المجلس لأنه يوافق عقد البيع . والثاني لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مرضاة . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الأشهاد فهو على شفيعته ، لأنه ترك بعذر ، وإن قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول القاضي أبي حامد أنه تسقط شفيعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبهه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك

(والثاني) وهو قول أبي علي الطبري أنه لا تسقط ، لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر ، وإن كان بغير عوض احتساج إلى التزام منه وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة

ومن أصحابنا من قال : إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفيعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك للضرر ، وإن عجز عن التوكيل وقدر على الأشهاد فلم يشهد ففيه قولان (أحدهما) تسقط شفيعته لأن الترك قد يكون لازماً وقد يكون للمعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالهداية ، فإذا لم يفعل سقطت شفيعته (والثاني) لا تسقط لأن عذره في الترك ظاهر فلم يحتاج معه إلى الشهادة

(فصل) وإن قال أخرجت الطلب لاني لم أصدق ، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفيعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق ، وإن أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط لأنه ليس ببينة (والثاني) تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الإخبار فوجب تصديقهم فيه

(فصل) فإن قال المشتري اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفيعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر ، وهو أنه لا يرضاه بمائة

أو ليس معه مائة . وإن قال اشترت بخمسين فعفائتم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة ، وإن قال اشترت نصفه بمائة فعفائتم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفيعته لأنه لم يرض بترك الجميع ، وإن قال اشترت الشقص بمائة فعفائتم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة . لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة .

وإن قال اشترت بأحد النقيدين فعفائتم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر فهو على شفيعته لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقيدين عنده أو لحاجته اليه . وإن قال اشترت الشقص فعفائتم بان أنه كان وكبلا فيه . وإنما المشتري غيره ، فهو على شفيعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ، ولا يرضى مشاركة الموكل .

(فصل) وإن وجبت له الشفعة فباع حصته ، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفيعته ، لأنه ليس له ملك يستحق به ، وإن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان (أحدهما) تسقط لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه (والثاني) لا تسقط لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده .

(فصل) ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجوز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض ، لأن في ذلك اضراماً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفيعته لأنه لا يتبعض فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالعناصر . وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، وهو الأظهر لما فيه من الاضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه . (والثاني) يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر ، فإن كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، لجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين

(فصل) وإن كان للشقص شفعاء نظرت فإن حضروا وطلبوا أخذوا ، فإن كانت حصته بعضهم أكثر ففيه قولان (أحدهما) أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الروس ، وهو قول المزنق ، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع ، فإذا اجتمعوا تساووا كما لو تساوا في الملك (والثاني) أنه يقسم بينهم على قدر الانهباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمره البستان ، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقيون جميعه . لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري ، فإن حمل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم ، لأن ذلك عفو وليس بهية . وإن حضر بعضهم أخذ جميعه ، فإن حضر آخر قاسمه ، وإن حضر الثالث قاسمها ، لانا بينما أنه لا يجوز التبعيض ، فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده ، بأن كان نخلاً فأثمرت ، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار ، لأن الثمار حديث في ملك الحاضر فاخص بها ، وإن قال الحاضر : أنا أخذ بقدر مالي لم يجز ، وهل تسقط شفيعته فيه وجهان أحدهما : وهو قول أبو علي بن أبي هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه . والثاني : وهو قول أبي إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعذر ، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة ، كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للأخر أن يأخذ الجميع — كما لو كان المشتري أجنبياً — وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع : لا تألو قلنا أنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة ، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه ، والمذهب الأول ، لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة ، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ، ويبقى الباقي على ملكه

(فصل) وإن ورث رجلان من أبيهما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابني ثم باع أحد هذين الابنين حصته في الشفعة قولان . أحدهما أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان المشتري فاشتركا في الشفعة كما لو ما كانا بسيد واحد

(والثاني) أنها للاخ دون العم لأن الاخ أقرب اليه في الشركة لا هما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم فيه وجهان ،

أحدهما . يستحق به لأنه شريك وإنما قدم الاخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الاخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالاول لأن حقه أسبق فإذا عفا ولى الاول قتل بالثاني : والوجه الثاني أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده .

وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين ، وعفا شريكاه عن الشفعة ، ثم باع أحد المشتريين نصيبه ، فعلى القولين (أحدهما) أن الشفعة للمشتري الآخر لانهما ملكاه بسبب واحد ، والشريكان الاخران ملكاه بسبب سابق للملك المشتريين (والثاني) أنها بين الجميع لان الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة ، وان مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الاختين نصيبها فقيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هي على القولين .

أحدهما : أن الشفعة للأخت لانها ملكت مع الاخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر .

والثاني : أن الشفعة بين البنات والاخت لان الجميع شركاء في الملك : ومنهم من قال : إن الشفعة بين البنات والاخت قولاً واحداً ، لان الجميع ملكن الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضاً .

(الشرح) قال الشافعي : فان علم وأخر الطلب فان كان له عذر من حبس أو غيره فهو على شفته والا فلا شفته له ، ولا يقطعها طول غيبته ، وإنما يقطعها أن يعلم فيتركه ، وهذا كما قال : اذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب اما لغيبته أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال .

أحدهما : أن يقدر على الترك ، فان وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز وكان على شفته ، لان من ثبت له حق فله الخيار

في استيفائه بنفسه أو بوكيله ، وهل إذا قدر على التوكيل مع مجزئه عن الطالب بنفسه يكون التوكيل واجباً وشرطاً في بقاء شفيعته أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .

أحدهما وهو قول أبي حامد المروروذى في جامعه : إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب .

والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري في إفساحه : إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأن بذل العوض التزام حرم .

والوجه الثالث وهو قول بعض المتأخرين : إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإن لم يجد إلا مستجلاً — والمستجمل طالب الجمالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن ، فدل هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفيعته إن لم يوكل ، وإن قيل : إنها غير واجبة كان على شفيعته .

والحال الثانية : أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الاضهاد بالطالب ، فعند أبي حنيفة أن الاضهاد شرط في استحقاق الشفيعته مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وإنه متى لم يشهد مع مكنته من الاضهاد بطلت الشفيعته ، وعند الشافعي أن الاضهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأن الاضهاد إنما يراد لئلا يكون بينه له على ارادة الطالب فاستغنى عنه بظهور الطلب ، فأما وجوب الاضهاد مع العجز عن الطالب ففيه قولان .

أحدهما وهو ظاهر نص الشافعي أن الاضهاد ليس بواجب ، وهو على شفيعته إن ترك كالتقادر على الطالب .

والقول الثاني : أن الاضهاد واجب ، وتركه يبطل للشفيعته ، والفرق بين التقادر على الطالب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من التقادر عليه يعني عن الاخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون أمسكاً تركاً للشفيعته ، ويحتمل أن يكون قصداً للطالب مع المكنة فانتقر الى نفي الاحتمال في الاخبار عن مراده بالاضهاد فدل هذا يجب أن يشهد ويكون بينة صالحة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامراًتين ؛ فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام

من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالاشهاد . ولو أشهد عبداً
أو صديقاً أو فساقاً لم يجزه .

وقال أبو حنيفة : يخرجهم به اشهادهم لأنه قد ينعق العبيد ويرشد الفساق
ويبلغ الصبيان وهذا خطأ : لأن مقصود الشهادة هو الأداء : فلم يرفع اشهاد من
لا يصح منه الأداء ، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغاب من
جواز بقائهم على أحوالهم ، فلو يقدم وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من
الاشهاد في ثبوت الشفعة .

والحاصل الثالثة : أن يعجز عن التوكيل والاشهاد فهو على حقه من الشفعة ،
وان تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب ، فإن قدر على القدوم فأخذ
فيه على المعهود في الناقب والمسير من غير ارهاق ولا استعجال كان على شفيعته ،
وان أخر قدومه عن وقت الممكنة بطلت شفيعته ، قال الماوردي : فإن اختلفا
فقال المشتري تأخرت مع القدرة عليه ، وقال الشفيع : تأخرت للعجز عنه
فالقول قول الشفيع مع يمينه اذا كان ما قال ممكناً ويكون على شفيعته ولم يقبل
قول المشتري في ابطالها ، وهكذا لو قال المشتري : قدمت بغير المطالبة ، وقال
الشفيع : قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه ، وهو على شفيعته .

(فرع) وهكذا لو قال المشتري : تقدم عليك على زمان الطلب ، وقال الشفيع
لم أعلم الا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه ، فأما ما يصير به طالماً بالبينة
العادلة ، وكل جهر طرق سمعه صوته ووقع في نفسه ، ولو من امرأة أو عبد أو
كافر لأن ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفسق اذا
وقع في النفس أن المخبر صادق .

وقال أبو حنيفة : لا يصير طالماً الا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت الا بها
فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعة نفى بطلانها
وجهان مخرجان من اختلاف قولين في الامه اذا اعتقت تحت عبد وأمسك عن
الفسخ لجهله باستحقاقه .

(فرع) اذا باع بمصر شقصاً من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع

القدرة عليه ليأتى دمشق فيطالبه بها بطلت شفيعته لأن قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر . ولكن لو أنكر المشتري بمصر أنه خليط فأخرها ليقم البيئنة في دمشق كان على شفيعته إذا لم يجد بيئنة بدمشق

قال الماوردي واختلف أصحابنا فيمن شهد به البيئنة في استحقاق الشفعة على وجهين : أحدهما أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البيئنة بالملك ، وبه قال أبو حنيفة ثلثا ينتزع ملكا بأمر محتمل

والوجه الثاني : أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البيئنة باليد ، وبه قال أبو يوسف ، لأنها حجة في الملك ، لكن يحلف الشفيع مع بيئته أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة .

وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتريه ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث . فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لأنه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه .

فإذا صالح الشفيع المشتري على مال يأخذه منه عوضا على تركه الشفعة لم يجوز وكان صالحا باطلا وعوضا مردودا ، كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين أو شرط .

وفي بطلان شفيعته بذلك وجهان (أحدهما) أنها قد بطلت لأنه تارك لها . والوجه الثاني : أنها لم تبطل لأن الترتك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترتك . وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان . أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة في الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل ، وبه قال أبو يوسف

والوجه الثاني وهو قول أبي العباس بن سريج أن العفو صحيح في الكل تمايقا لما ظهر من حكم التسليم ، وبه قال محمد بن الحسن

(فرع) إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الاخذ أو الترتك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين ، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها ، فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سوء

المشاركة والخوف من متونة القسمة قد ارتفع بالبيع وزوال الملك ، فعلى هذا لو باع بعض حصته في بطلان شفيعته وجمان مخرجان من العاقب عن باع شفيعته .
 أحدهما : أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها لا تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره . فأما إن كان يبيعه لخصته قبل العلم بشفيعته في بطلان الشفعة وجمان .
 أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج إن شفيعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافعه . والثاني حكاه أبو حامد الاسفراييني أنه على شفيعته لأنه قد ملكها ، وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها ، والوجه الأول أصح .
 فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد عفو عن الدرهم لأعوازها معه ، وهكذا لو قيل له إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفيعته .

وقال أبو يوسف : إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعداً فلا شفيعه له ؛
 وإن كانت قيمته أقل فله الشفعة ، وقد خطأ أصحابنا هذا .

وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعي : إذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن ، فإن حضر الثاني أخذ منه النصف بنصف الثمن ، فإن حضر الثالث أخذ منها الثلث بثلث الثمن حتى يكتونوا في ذلك سواء . وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبه لشركائه الثلاثة ، فإن كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا ، وللطالب أن يأخذ جميع الشفعة بشفيعته وليس له أن يبعث ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة

فإذا كانوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو ، فإذا ادعى المشتري على أحدهم العفو عن شفيعته لم تسمع دعواه ، لأن الآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى ؛ ولكن لو ادعى شريكاً على الثالث منهم العفو سمعت دعواهما لما فيه من توفر حقه عليهما وأحلف لهما ولم تسمع شهادة المشتري عليه بالعفو لما فيها من شفيعته عن مطالبته

ولو ادعى المشتري على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلالهم لأنهم لو نكحوا

ردت اليمين عليه وسقط حقهم من الشفعة ، فان حلف أحد الثلاثة ونكل إثنان منهم لم ترد أيمانها على المشتري بنكولها ، لأن عفو بعض الشفعاء بما يوجب الترك على المشتري وبأخذه من لم يعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة في الكل الا أن يحلف أن شريكه قد عفوا ، فاذا حلف أخذ كل الشقص وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصته .

وقال الشافعي : إذا كان الاثنان اقتسما كان للثالث نقض قسمتهما ، وهذا كما قال : إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر إثنان فأخذوا الشقص بينهما لقيمة الثالث منعاً من قسمته لأن في الشقص حقاً لثريتهما الغائب مع السهم الذي له بتقديم ملك ، فان اقتسماه كانت القسمة باطلة ؛ فلو حضر فمعا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بتقديم الملك وما أخذهما بمحدث الشفعة لم يمنعاً من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء ، فاذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذهما بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالاولى ويعفو عن الثانية ، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو عن الاولى . فان أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالاولى ثم الشقص وبطل البيع فيه وأخذ بالثانية نصف الباقي وهو ثلث الشقص ، لأنه أخذ شفعتين ففضل له ثلث الشقص بالشفعتين

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الاولى صح البيع في الجميع وأخذ نصف الشقص كله لأنه أخذ شفعتين . وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الاولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة . فان أحب أن يأخذ بشفعته الثانية صح البيع في الكل وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفع واحد . وإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته الاولى وبطل فيه البيع وصرح في ثلثيه فيما كان لهما بتقديم الملك وأخذها بشفعته الثانية

(فرع) قال الشافعي : ولو ورثه رجلان مات أحدهما وله اثنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواه ، لأنهما فيهما شريكان .

قال المزني : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه . قال المزني : وفي تسويته بين الشفعين على كثرة مالهم على الأخ . وصورتهما في دار بين رجلين ، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهما على أربعة أسهم للباقي من الأخوين المالكين سهمان والكل واحد من ابن الميت سهم واحد ؛ باع أحد الإبنين حقه وهو سهم واحد على أجنبي فالشفعة مستحقة فيه ، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم . فيه قولان

أحدهما : وهو أحد قوليه في القديم : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين : أحدهما أنهما اشتركا في سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده بسببه

(والثاني) أن ملك الأخوين كان مجتمعاً في حياة الأب وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معا ولم يتعلق بسهم العم . والقول الثاني قاله في الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الأخ والعم لأمرين :

(أحدهما) أنه لما تساويا في الاشتراك وجب أن يتساويا في الاستحقاق كالمختلفي الأسباب (والثاني) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشارك في شفعتها ، فانتفى أن يشاركها بشفعته . فإذا تقرر توجيه القولين ، فإن قيل بأن الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم ؛ فإن عفا الأخ عنها احتتمل استحقاق العم لها وجهين .

(أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها

والوجه الثاني : يستحقها الخاطئة ، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه ، وإن قيل إنها بينهما نصفين بالسوية ، وبه قال أبو حنيفة لأمرين : أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهماً من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسهمة الباقية ، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فافترق أن يتساوى الشريكان فيها .

وإن تفاضلا في المال اعتباراً بأعداد الروس لا بقدر الأملاك كالعبء
المشترك بمالك أحد الثلاثة نصفه والثاني ثلثه والثالث سدسه فإذا اعتق صاحباً
النصف والسادس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية
كذلك الشفعة .

والثاني : أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الأقل
كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوى صاحب الأقل منهما صاحب
الأكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم . خمسة منها للعم منها أربعة
بقديم ملكه وسهم بشفعته . وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم
بشفعته . والقول الثاني قاله في الجديد - وهو الصحيح - أنها بينهما على قدر
مالهما اعتباراً بالأملاك ، وبه قال مالك لأمرين .

أحدهما : أن منافع المالك يتوزع على قدره كالأرباح في التجارة والنتاج في
الحيوان ، والثاني : أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن المالك الداخل عليه
بحق لا بظلم مثل مؤونة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة . وهذا يقل ويكثر
لقلة المالك وكثرة فوجب أن ينقسم على الأملاك دون الملاك .

وأما سوء المصلحة فظلم يمكن رفعه بالسلطان ، وفي هذا انفصال . فعلى هذا
تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع
سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثاً .

فأما المزني فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين
ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالاً بما ذكرنا من العتق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تصرف المشتري في الشقة ثم حضر الشفيع نظرت ، فإن
تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع أن
يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك
الفسخ ، وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن

يفسخ وبأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني ، لأنه شفيع بالعقدين ،
 لجاز أن يأخذ بما شاء منهما ، وإن قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن
 يفسخ الإقالة والرد بالعيب ، وبأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة
 والرد بالعيب ، فملك الفسخ ، وإن تعالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن
 يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع ، لأن البائع أقر للمشتري بالملك وللشفيع
 بالشفعة بالثمن ، الذي حلف عليه ، فإذا بطل حق المشتري بالتعالف بقى حق
 الشفيع ، وإن اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ
 الشفيع فقيه وجهان .

أحدهما : يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت
 بالرد ، والثاني أن البائع أولى لأن في تقديم الشفيع اضراارا بالبائع في إسقاط حقه
 من الرد والضرر لا يزال بالضرر وإن أصدق امرأته شقصا وطلقها قبل الدخول
 وقبل أن يأخذ الشفيع فقيه وجهان .

(أحدهما) يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص
 الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج (والثاني) يقدم الشفيع
 لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق .

(الشرح) الأحكام : على المنصوص من حق الشفيع بقدم الملك أن يفسخ
 تصرف المشتري في الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه
 أو رهنه أو آجره سبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه في الشفعة لأنه
 لا يملك الأخذ للشقص ما دام تصرفه نافذا فلا مناص من الفسخ . أما البيع
 والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين ، فيما أن يأخذ بالثمن الذي بذله
 المشتري أو بالثمن الذي أخذه أو بمهر المثل بما هو الاحظ له .

فإذا تباع الرجلان شقصا فعفا الشفيع عن شفعة ولا شهة فيه بالاقالة لأنهم راع
 للعقد وليس تاسيقاه ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة
 لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع ولو كان مشتري

الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فلا شفيع بإبطال الوتف وأخذ الشقص بالشفيع وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة ، ولو أجره أخذه ثم له الخيار في إرضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن ، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة المشتري دون الشفيع لأنه عقدها في ملكه ، ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إرضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشتري الأول .

وفي الصداق خلاف بين النعماء فقد قال مالك وابن أبي ليلى : يأخذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعي في القديم لأن المهور قد يزداد فيها وينقص بخالف البيوع وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ثم لم يمنع ذلك من أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع (والثاني) أن مالا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص من ذلك البضع الذي لا مثل له فإنه يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص ، فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة المثل بآراء مهر المثل أو كان زائداً عليه أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا في مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلهما ويسقط تنازعهما .

(فرع) قال الشافعي : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال : إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشيء منه ، وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة شفيعته فللزوجة أن يرجع عليها بنصف قيمة الشقص في أقل أحواله قيمة من حين أصدق إلى أن أقبض ، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكها عنه ببيع أو هبة .

والحال الثانية : أن يكون الشفيع قد عفا عن شفيعته فيه فلزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها ولا شفعة : لى الزوج في النصف الذى ملكه بالطلاق لانه ملك بغير بدل .

والحال الثالثة : أن يكون الشفيع على حقه لعذر طال به فلم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج ، فأيهما أحق بالشفعة ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، أن الزوج أحق من الشفيع لأن حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به . وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان ظنياً ، والقضى يرد الظنى . فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك محيراً فى أخذ النصف الباقى بنصف مهر المثل . والوجه الثانى وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين :

(أ) لأن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل ، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل . (ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق ، فعلى هذا يعرض على الشفيع فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته . وإن تركه رجع الزوج بنصفه ، وقد زعم بعض الأصحاب أن تحريم هذين الوجهين فى اختلافهم فى نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك ، فإن قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع ، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق .

قال المنسب رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقامم وكبله فى القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقامم وغرس وبني ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمنا كثيراً فقامم ثم غرس وبني ثم بان خلافه وأراد الأخذ فان اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد ، وإن لم يختار القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالنقش والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يعلق الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا ضرر ولا ضرار ، ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك .

(فصل) وإن اشترى شقصا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فإن كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلا ، فإن الشفيع يأخذه مع زيادته لأن مالا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب ، وإن كانت متميزة كأنمرة فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب ، وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان . قال في القديم : تتبع الأصل كما تتبع في البيع ، وقال في الجديد : لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض ، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل

(فصل) إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالوص والاجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب ، فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه ، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يأخذ منه لأنه استحقاق فملك الأخذ ، كما لو كان في يد المشتري . والثاني لا يجوز أن يأخذ منه ، بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذ منه ، لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة ، لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط .

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار ، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار ، وهل يثبت له خيار المجلس فيه وجهان (أحدهما) يثبت لأنه تملك مال بالئن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع (والثاني) لا يثبت لأنه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب

(فصل) وإن وجد بالشقص عيبا فله أن يرد له لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع ؛ وإن خرج مستحقا رجوع بالعهد على المشتري لأنه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهد عليه كما لو اشتراه منه

(الشرح) قال الشافعي : ولو قاسم وبني قيل للشفيع : إن شئت نخذ الثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه قال المزني : هذا غلط ، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً . وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصاً من دار وقاسم عليه ثم بنى في حصته وحضر الشفيع مطالباً لشفعته قال الشافعي : قيل للشفيع إن شئت نخذ الشقص بثمانه وقيمة البناء قائماً ، ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناء غير متعد ، وهكذا عبارة الارض للزرع .

قال المزني : هذا غلط من الشافعي لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفيعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة ، فلم يجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة . وهذا الذي اعترض به المزني على الشافعي من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط ، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه .

(أحدها) أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى ، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لنوكيله في المقاسمة ، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل في طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفيعته بعد القسمة ويكون المشتري غير متعد في البناء

والوجه الثاني : أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل في القسمة فيأبى المشتري التحاكم فيسأله أن يقاسمه على الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة إلا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمته الحاكم عنه ، والمشتري غير متعد في البناء

والوجه الثالث : أن يذكر المشتري للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لو فور الثمن ويقاسم المشتري ، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشتري فالقسمة صحيحة والشفعة واجبه والمشتري غير متعد ببنائه ، لأنه بالكذب متعد في قوله لا في قسمته وبنائه ، فصار كرجل ابتاع داراً بثمن قد داسه بعيب ثم بنى ووجد الباع العيب في الثمن فعليه إذا رد العيب واسترجع الدار أن يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائماً لأنه بناء غير متعد في فعله ، وإن داس كاذباً في قوله

والوجه الرابع أن ينكر المشتري الشراء ويدعى الهبة فيكون القول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه في الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبني وتقوم البيعة عليه بعد بناءه بالشراء ، فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع وجوده الشراء لأنه تعدى في القول دون الفعل

والوجه الخامس : أن يكون الشفيع طفلاً أو مجنوناً فيمسك الولي عن طالب الشفعة ويقاسم المشتري ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مبطلاً للقسمة ، ولا مقاسمته مبطلاً للشفعة .

فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الختمة وبطل اعتراض المزني بهما لم يجبر المشتري على قلع بناءه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمه البناء ، وقال أبو حنيفة : يجبر المشتري على قلع بناءه ولا قيمته له على الشفيع استدلالاً بأن حق الشفيع أسبق من بناءه فصار كالأستحقاق بالغصب . وهذا خطأ لأن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص ، ألا تراه يملك البناء ، ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه ، ومن بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديده ونقض بناءه كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته ؛ ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلم يجوز أن تزال بضرر . وفي أخذ المشتري بهدم بناءه ضرر .

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدى الغاصب بتصرفه في غير ملكه ؛ وليس المشتري متعدياً لتصرفه في ملكه

(فرع) قال الشافعي : ولو كان الشقص في النخل فزادت كان له أخذها زائدة . أما النخل فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام ، أحدها ، أن تباع مفردة عن الأرض فلا شفعة فيها . وكذلك سائر الأشجار كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة ، لأنها مما ينتقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع . والقسم الثاني أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعاً للأرض بخلاف الزرع ، لأنه لا يتبع الأرض في البيع ولا يتبعها في الزرع ، والفرق بينهما أن إقرار الزرع في الأرض غير مستدام وإقرار النخل والشجر مستدام .

وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعاً للأرض . والقسم الثالث أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بيضاء الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان ، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البناء على هذين الوجهين : أحدهما ، فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت ، والوجه الثاني ، أنه لا شفعة فيه لأن قرار النخل يكون تبعاً لها . فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقياً من أرض ذات نخل وشجر فوادت بعد البيع وقبل أخذ الشفع لغيبه أو عذر لا تنصل به الشفعة لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين : إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة ، فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلأ ، والغرس إذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته ، لأن المالا يتميز من الزيادة تبعاً لأصله ، وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة بعد البيع فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة ، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهي ملك المشتري ، لأن ما كان مؤبراً من الثمار لا يقيم أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجداد ، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان :

أحدهما : يستحقها لاتصالها بما يدخل في البيع تبعاً . وهذا قوله في الجداد ، ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مرضاة لجاز أن يكون مالم يؤبر من الثمار تبعاً للقدر على استثنائها بالعقد . والشفعة استحقاق ملك بغير مرضاة فلم يملك بها الاماتناوله العقد ، وهكذا الحكم في كل ما استحق بغير مرضاة كالشفعة والتفليس ، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة ، هل يكون مالم يؤبر من الثمار فيما تبعاً لأصلها على ما ذكرنا من القولين

(فرع) أما قوله : إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقصر ملك الأخذ الخ ، فقد مضى قولنا ما حاصله ان كان الشفيع قادراً على الطالب فله ثلاثة أحوال :

(١) أن يبادر إلى الطلب فهو على - فقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ بها ، لأنها ثبتت بالنصر الصحيح المرفوع والإجماع ، ولم يشذ إلا الاصم ، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الزمن يوماً أو يومين .

(ب) خياره في التمسك بالشفعة والعفو عنها والعفو على ضربين صريح وتعريض ، وذهب أبو حنيفة إلى صحة العفو في بعض التعريض القوي لشبهه بالنصريح (ج) زمان المكنة ، وقد أوضحنا كل هذه الأحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال الشافعي : وإذا اشترى شقصا على أنما بالخيار جميعاً فلا شفعة حتى يسلم البائع ، وإن كان الخيار المشتري دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة اهـ .

قلت : إن ما يثبت من الخيار في البيع على أربعة أقسام :

- | | |
|---------------|--------------|
| ١ - خيار عقد | ٢ - خيار شرط |
| ٣ - خيار رؤية | ٤ - خيار عيب |

فالاول هو خيار المجلس فلا تستحق فيه الشفعة إلا بعد إمضائه بالافتراق عن تمام ، وسواء قيل : إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما ، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع ، فإذا افتراق عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وبماذا يصير الشفيع مالكا على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله في اقتضاء الملك .

١ - أن يكون مالكا لها بنفس العقد
٢ - أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذي يقول فيه : لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق .

٣ - أن ملك الشفعة كان موقوفا على اتمام العقد وامضائه فتأمله يدل على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد ، وهذا يدل على الذي يقول فيه : إن الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعد الاخذ بخيار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا أحدهما : أن له خيار المجلس لأنه يملك بمفاوضة كالبيع .

والوجه الثاني وهو أصح : أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعه لرفع الضرر بها

كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خياراً وإيس كالباع الموضوع للمباينة وطلب الأرباح .

وأما خيار الشرط فله ثلاثة أحوال :

أ - أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشتري .

ب - أن يكون مشروطاً للبائع دون المشتري .

ج - أن يكون مشروطاً للمشتري دون البائع . فإن كان الخيار مشروطاً للبائع والمشتري أو للبائع دون المشتري فلا حق للشفيع في أخذه بالشفعة مالم تنقض مدة الخيار لما ذكرنا في خيار المجلس ، فإذا تم البيع بينهما بانقضاء مدة الخيار استحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة ، وبماذا يصير مالها ؟ على ما مضى من الأقوال الثلاثة ، وإن كان الخيار مشروطاً للمشتري دون البائع فقد روى المازني ههنا أن للشفيع أخذه بالشفعة ، ورواه الربيع أيضاً ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع في أخذه إلا بعد نقض مدة الخيار ، فإن قيل : أنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار لأن الشفيع يملك عن المشتري فامتنع أن يملك مالم يملكه المشتري ، وإن قيل : أن المالك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان .

١ - أن فيه الشفعة لأن علاقة البائع عنه منقطعه وخيار المشتري فيه كخياره في الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ وهي روايه المازني .

٢ - أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن المشتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد بخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذي قد يحصل له من جهة الشفيع ، وهي روايه الربيع .

وأما خيار الرقبة فهو حال غياب العين المبيعة وفي صحته البيع به قولان ويتفرع عليهما خلاف في صحته الشفعة ، وأما خيار العيب فإما أن يكون في الشقص أو في الثمن فالأول خياره للمشتري وللشفيع أن يأخذه منه بعيبه ويمنعه من رده ، لأن رد المشتري بالعيب لاستدراك الغبن وهو يستدرك من الشفيع للحصول على الثمن الذي دفعة ، فلو صالح المشتري البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقي بعد اسقاط الأرش ، إن قيل بجواز أخذ الأرش صالحاً مع بقاء

العين في أحد الوجهين ، وإن قيل لا يجوز أخذه الشفيع بجميع الثمن ، وأما العيب في الثمن ففي آخر الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لأنه قبض استحققه بمقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وإن كان له وارثان فمما أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر فيه وجهان . أحدهما : يسقط لأما شفعة واحدة ، فإذا عفى عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص ، والثاني : لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كالمو عفا أحد الشفيعين .

(فصل) إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وقال الآخر : بل ورثته أو أوصيته فلا شفعة لك ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة ، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن نكل عن اليمين حلف المدعى وأخذ بالشفعة . وفي الثمن ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك ، فاما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجما إلى المولى فادعى المولى أنه مغصوب .

والثاني : أنه يترك الثمن في يد المدعى لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له .

والثالث : يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك .

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعدد ، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة ، فالقول قول كل واحد منهما ، لما ذكرناه ، فإن

سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه . ثم يدعى الخالف على الآخر فإن حلف استقر أيضا ملكه . وإن نكل الأول ردت البيز على المدعى فإذا حلف استحق . وإن أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسره مع دعواه ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة .

(الشرح) الأحكام : سبق الكلام في ميراث الشفعة في فصل مضى ، فإذا صح ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده ، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة ، ولم يكن للموروث فيها - ق لتقدم موته على البيع ، ثم يكون بين جميع من ملك ميراث الحصة ، وفيها قولان (أحدهما) أنها بينهم على عدد رؤوسهم ، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاها المزني عن الشافعي .

(والثاني) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريتهم للزوجة الثمن والابن الباقي وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط - ق من لم يعف ، وكان لمن بقي من الورثة - ولو كان واحداً - أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء ، فإذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقي ، وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوى فيها الوارث بنسب وسواء ، وهي بينهم على قدر مواريتهم للزوجة الثمن والباقي الابن قولاً واحداً ، لأنهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريتهم ، ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي أن امرأته وابنه في ذلك سواء ، يعني في استحقاقها لجميع الورثة ، لا يخصص بها بعضهم دون بعض .

قال الماوردي : كان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزني أحد القولين .

فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعة : والقول الثاني وهو أصح أنه لا يرجع على من بقي ، لأن جميعهم شفيع واحد . وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل ، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشيء حتى يجتمعوا ، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه

شفعة من بقى على وجهين ، أحدهما ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : إنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كاشفيع إذا عفا عن بعض شفيعته سقط جميعها . والثاني وبه قال أبو حامد الاسفراييني : إن من لم يعف على شفيعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفيعته ، لأن الواحد قد كان له أخذ جميعها لحاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها ، وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ، ولأن العافي عن البعض مختار للعفو لحاز أن يسرى عفوه في جميع حقه ، وليس الباقى من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفوه غيره في حقه .

(فرع) إذا ادعى على شريك : أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شفيعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال : بل ورثته من أبي فأقام المدعى بيته أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد بن الحسن : تثبت . ويقال له : إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع منها لأنها شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبائع

فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقة ؛ وبذلك قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه ، فإن أقر لزمه . وإن أنكر وقال : إنما اتهمته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برى . وإن نكل وقضى عليه . وإن قال : لا تستحق على الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الإنكار . وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه

- ١ - يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها
- ٢ - أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ، ومتى ادعاه دفع إليه

٣ - يقال له : اما أن تقبضه واما أن تبرى منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهذا مفرق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به ، وهذا لا يطالب الشفيع بشيء ، فلا ينبغي ان يكاف ابراهه عما لا يدعيه . والوجه الاول أولى ، وبهذا قال الحنابلة

(فرع) اذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعة سألتاهما متى ملكتها؟ فإن قالا : ملكناها دفعة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر : لأن الشفعة انما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعد

وان قال كل واحد منهما ملكى سابق ولا أحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وان كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تراضيا ، وان لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا الى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه ، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثانى على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا وان ادعى الاول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه ، لان خصمه قد استحق ملكه ، وان حلف الثانى ونكل الاول قضينا عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان اختلفا فى الثمن فقال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولانه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة

(فصل) وان ادعى الشفيع أن الثمن ألف ، وقال المشتري لا أعلم قدره فالقول قول المشتري ، لان ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز أن يكون قد اشترى بثمان جراف ، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسى ، فاذا حلف لم يستحق الشفعة لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه

وقال أبو العباس : يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلاً فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفاً فقال المدعى عليه لا أعلم القدر ، والمذهب الأول ، لأن ما يدعيه ممكن ، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي ، ويخالف إذا ادعى عليه ألفاً ، فقال : لا أعرف القدر ، لأن هناك لم يجب عن الدعوى . وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة ، وإنما ادعى الجهل بالثمن

(فصل) وإن قال المشتري : الثمن ألف . وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل ، فهل له أن يحلف المشتري ؟ فيه وجهان

(أحدهما) ليس له أن يحلفه حتى يعلم ، لأن اليمين لا يجب بالشك

(والثاني) له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى ، وإن قال المشتري الثمن ألف ، وقال الشفيع لا أعلم كم هو ؟ ولكنه دون الألف ، فالقول قول المشتري ، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن ، لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم

(فصل) وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته ، فالقول قول المشتري . لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى

(فصل) وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف ، لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه فإن كذبه المشتري فأقام عليه بينة أن الثمن أمان لزم المشتري الألفان ، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف ، لأنه كذب البينة بأقراره السابق

(الشرح) قال الشافعي : وإن اختلف في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه ، وهذا كما قال : إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن فادعى المشتري أن الثمن ألف ، وقال الشفيع خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشتري مع يمينه لا مبرين :

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره (والثاني) أنه مالك للشقص فلم ينتفع منه إلا بقوله ، فإن حلف المشتري على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به ، وإن نكحل المشتري ردت اليمين على الشفيع . فإن حلف أخذه بما قال .

فإن قيل : فهذا تحالفا عليه كما يتحالفت المتبايعان . قيل لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائيهما في الشقص . والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى ، فكان القول قول المشتري لفردته بالانكار ، فلو أقام أحدهما بيعة بما ذكره من الثمن حكم بها : والبيعة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين . فإن أقامها المشتري استفاد بها سقوط اليمين . فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه . ولو أقام الشفيع البيعة استفاد بها الحكم لقول الشافعي : فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهموم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد في الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده

فلو أقام كل واحد منهما بيعة على ما ادعاه من الثمن ، فعند أبي حنيفة ومحمد ابن الحسن أن بيعة الشفيع أولى للاتفاق عليها . وعند أبي يوسف أن بيعة المشتري أولى ، لأن فيها زيادة علم ، ويخرج في مذهب الشافعي على قولين من تعارض البيعتين .

- ١ - استقاطهما بالتعارض . ويكون القول قول المشتري مع يمينه
- ٢ - الإقراع بينهما فن قرعت بيئته كان أولى ، وهل يخلف معها أم لا ؟ على قولين من اختلاف قولين في القرعة ، هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبيعة .

فعلی هذا لو أخذه الشفيع بالالف عند يمين المشتري ثم قامت البيعة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع على المشتري بخمسمائة ولا خيار للشفيع ، لأنه لما رضى الشقص بالالف كان له بخمسمائة أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة يمينه ثم قامت البيعة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالالف أو يرد

ولو ادعى المشتري أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بهائم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصوت ، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجع بشيء ، لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء ، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشتري بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه . وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشتري ولا خيار له .

فلو قال المشتري ان الثمن ألف وقال الشفيع است أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الألف فله إخلاف المشتري ، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يخلف حتى يعلم قدر الثمن ، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إخلاف المشتري أم لا ؟ على وجهين :

١ - لا يستحق إخلافه حتى يعلم خلاف قوله ، لأن اليمين لا يجب بالنك .

٢ - يستحق إخلافه ما لم يعلم صدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول

(فرع)

ولو قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن انسيان حدث . قيل للشفيع : أتعلم قدره أم لا ؟ فإن قال لا أعلم قدره فلا شفعة له ، وله إخلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن ، وإنما يطلب لأنها تستحق بالثمن فكان جهاماً به مانعاً من استحقاقها بمجهول .

فإن قال الشفيع أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم . وقال المشتري : قد نسيت قدر الثمن ، قيل للمشتري : أفصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال نعم ؛ أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين . وإن أكذبه قال الشفيعي حلف المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفيعته .

واختلف أصحابنا في ذلك ، فكان أبو حامد المرورودي وأبو حامد الاسفراييني يجعلان هذا القول مذنباً له في هذه المسألة ، ويبطلان يمين المشتري الشفيعه تعليلاً بأن الثمن هو قوف على عاقبه وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفيعه به .

وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجعلان هذا الجواب
مصر وفا إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع دون المشتري ،
ويحكم له بالشفعة ، وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشتري كأنه كقول فوجب رد
اليمن على الشفيع .

قال الشافعي : وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه ، وهذا إنما أراد به
ما ادعى ، فانه قال : إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديثاً حلف الشفيع
وحكم له بالشفعة ، وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة ورفض
الماوردي هذا الفرق وقال : هذا قول مردول وفرق معلول .

فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع : بعته بألف ، وقال
المشتري : اشتريته بخمسمائة فانهما يتحالفان ، فاذا حلفا في بطلان البيع بتحالفهما
وجهان ذكرا في البيوع .

أحدهما : أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه .

والثاني : أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ ، فعلى هذا لا يخلو حال المثل من
أحد أمرين إما أن يكون معيناً أو غير معين ، فإن كان المثل معيناً كقول البائع
بعتك شقوى بهذه السيارة فيقول المشتري : اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل
فاذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالسيارة التي ادعاها البائع ثمناً لم يعرض على
الشفيع لأن عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم
البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه ؛ وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك
الشفيع بألف فيقول المشتري بخمسمائة ، عرض الشقص على المشتري والشفيع
بالألف ليأخذه أو يرداه لأنه قد يحصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع
والمشتري ، فلذلك عرض عليها ؛ وإذا كان كذلك فللشفيع والمشتري
أربعة أحوال .

أ - أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشتري الألف وللشفيع أن يأخذ منه
الشقص بالألف ،

ب - أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

ج - أن يرضاه المشتري بالآلاف و رده الشفيع بها فيلزم البيع للمشتري بالآلاف وتبطل شفعة الشفيع .
 د - أن يرضى به الشفيع بالآلاف ويرده المشتري فيكون رد المشتري باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع ، وبصير البيع لازما للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالآلاف ، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشتري ورجع عليه بالثمن لان عهده عليه ، وللمشتري حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن كان بين رجائين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه في يد رجل فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه استحق أخذه بالشفعة ، فأقر به ، فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يسلمه ، لأنه أقر بالملك للآلاف ، ثم ادعى انتقاله بالشراء ، فلم يقبل قوله (والثاني) يسلم إليه لأنه في يده فقبل قوله فيه .

(فصل) وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن ، وصدقه الشريك وأنكر الرجل ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك ، لان الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء ، فلم تثبت الشفعة للشريك ، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة ، وهو جواب المزي فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله . لأنه أقر للشفيع بالشفعة ، وللمشتري بالملك ، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر قالوا أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر ؛ وهل يجوز للبايع أن يخاصم المشتري : فيه وجهان .
 أحدهما : ليس له ذلك لانه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشتري .

والثاني : له أن يخاصمه لانه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع ، فإن قلنا : لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البايع وعهده عليه لانه منه أخذ ، واليه دفع الثمن .

وإن قلنا : بخاصه ، فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهد عليه ، وإن نكل فخلف البائع سلم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع الشقص من المشتري ، ورجع بالعهد عليه لأنه منه أخذ ، واليه دفع الثمن ، وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن ، وأنكر المشتري ، فمن قال : لاشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه ، ومن قال : تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا إذا أقر بقبضه ، فمنهم من قال : لا تثبت لأنه يأخذ الشقص من غير عوض ، وهذا لا يجوز : ومنهم من قال : تثبت ، لأن البائع أقر له بحق الشفعة وفي الثمن الأوجه الثلاثة التي ذكرناها . فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك : والله أعلم .

(الشرح) قال الشافعي : وعهدة المشتري على البائع وعهدة الشفيع على المشتري ، قال الماوردي في الحاوي : أما العهدة فمشقة من العهد لما فيه من الوفاء بوجبه قال تعالى : وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، وقال القوي في المصباح : العهد الوصية - يقال : عهد إليه بعهد من باب تعب إذا أوصاه وعهدت إليه بالامر قدمته وفي النزير : ألم عهد إليكم يا بني آدم ألا تعبدوا الشيطان ، والعهد الأمان والمواثق والذمة ، ومنه قيل للحربي يدخل بالأمان ذو عهد . ومعاهد أيضا بالبناء للفاعل والمفعول ، لأن الفعل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه - إلى أن قال . وقولهم : عهدته عليه من ذلك لأن المشتري يرجع على البائع بما بدره وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لأنه يرجع اليها عند الالتباس اه .

ونعود إلى قول الشافعي فنقول : لقد سمي ضمان الدرك عهدة ثم سمي كتاب الشراء (الفاتورة) عهدة ، واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع هل تجب على البائع أو على المشتري ؟ فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع .

وقال ابن أبي ليلى : عهدة الشفيع على البائع ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشفيع

قد قبضه من المشتري فعهده على المشتري ، وان كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري وكانت عهده على البائع .

فأما ابن أبي ليلى فاستدل بأن البائع أصل والمشتري فرع ، فكان الرجوع على البائع أولى من المشتري ، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل . قال : ولأن المشتري يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء الى الشفيع ، ثم ثبت في شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل ، كذلك في استحقاق الشفيع .

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده فيه لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك ودليلنا هو أن الشفيع يملك الشفيع عن المشتري ، بدليل أنه لو تركه لكان مقرراً على ملك المشتري ؛ ولو حدث منه نماء لكان للمشتري ، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري ، وتحريره قياساً أن انتقال الملك بالعوض ممن يظاهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبائع ؛ ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقاً على المشتري دون البائع وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشتري دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياساً :

(أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع قياساً على الرد بالعيب

(والثاني) أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق وبالغصب قياساً على المشتري لو كان بائعاً

فأما الجواب عن استدلال ابن أبي ليلى بأن البائع أصل والمشتري فرع فنتقض بالمشتري لو باع على الشفيع ، ثم نقول ان المشتري وان كان فرعاً للبائع فإنه أصل للشفيع .

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين :
(١) ان الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشتري وبين تركه عليه صار مالكا

عنه لا عن البائع ، ولما لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكا عن البائع دون الوكيل .

(ب) إنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشتري دون البائع صار مالكا عنه لا عن البائع ، ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكا عنه لا عن الوكيل .

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بأنه لما ملك إزالة ملكه رفع عقده فمن وجهين : (أ) أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك رفع عقده فكذلك قبل القبض (ب) أنه بالعقد ملك الشفعة ، وفي رفعه إبطال الشفعة .

(فرع) فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج (أحدهما) ليس له ذلك لأنه يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن ، ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض ، فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه ، فإن كان المشتري غائبا وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه .

(والثاني) وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري ، لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق ، وإن كره المشتري فجاز ، وإن كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشتري ، وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزي . (فرع) قال المزني : ولو أن البائع قال قد بعث من فلان شقصا بألف درهم وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص ،

وصورتها في رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقا للبائع ومطالباً بالشفعة ، فهذا على ضربين

(أ) أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري

(ب) أن يكون مقرراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن

حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فيحكم عليه بأقراره وإن ردت دعواه .

وفي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان :

- ١ - أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري
- ٢ - أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فيحكم عليه بأقراره وإن ردت دعواه .

وفي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان :

- ١ - قول أبي علي بن أبي هريرة : ليس له إحلافه ؛ لأن قصده حصول الثمن وقد حصل له ، وسواء حصل له من مشتري أو شفيع ، ولأنه لا يؤمن أن أحلف أن يحكم بفسخ البيع ، وفيه إبطال لحق الشفيع
- ٢ - له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره ؛ ولما فيه من البغية لو حصل الملك إلى مستحقه ، ولا يبطل ليمينه حق الشفيع ، فإذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع وتكون عهدة الشفيع هنا على البائع دون المشتري ، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهده . هذا ولم يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الأوجه وأحكامها ، وسأفرد ما قيدته فيها في كتاب مستقل إن شاء الله تعالى . والله أعلم بالصواب

كتاب القراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر ابن الخطاب رضی الله عنهم خرجا في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضی الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلي ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة وتوفرا ن رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه ، فقالا وددتنا ، ففعل فكاتب إلى عمر أن يأخذ منها المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا لا ، فقال عمر ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما . أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضناه فقال أدياه ، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا ، فأخذ رأس المال ونصف ربحه . وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال ، ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نماها المقصود إلا بالعمل لحاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالتخل في المساقاة

(فصل) وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز ولفظ المضاربة لأنه موضوع له في لغة أهل العراق وبما يودى معناه لان المقصود هو المعنى لحاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمايك

(فصل) ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدينار ، فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس ، فلا يصح القراض عايبها لان المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح ، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله ان كان له مثل ، وفي رد قيمته ان لم يكن له مثل . وفي هذا إضرار بالعامل ، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءا يسيرا من الكسب في رد مثله أو رد قيمته ، ثم يشارك رب المال في الباقي ، وفي هذا إضرار برب المال ، لأن

العامل يشاركه في أكثر رأس المال . وهذا لا يوجد في الأثمان لأنها لا تقوم
بغيرها ، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض
(فصل) ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر ، فإن قارضه على
دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد رأس المال ، وهذا لا يمكن فيما
لا يعرف صفته وقدره ، فإن دفع إليه كبسين في كل واحد منهما ألف درهم فقال
قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان
(أحدهما) يصح لانهما متساويان

(والثاني) لا يصح لانه لم يبين مال القراض من مال الوديعة ، وإن قارضه
على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز لانه معلوم ، وإن قارضه على ألف درهم
هي له عنده مغسوبة ففيه وجهان ، أحدهما ، يصح كالوديعة ، والثاني ، لا يصح
لأنه مقبوض عنده قبض ضمان ؛ فلا يصير مقبوضا قبض أمانة

(الشرح) قال ابن بطال : القراض مشتق من القرض وهو القطع ، كأنه
يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح . وقيل اشتقاقه من المساواة ؛ يقال :
تقارض الساعران إذا ساوى كل منهما صاحبه في المدح ، وتقارضا الشئاء . وقال
الصنعاني في سبل السلام : القراض بكسر القاف وهو معاملة العامل بنصيب
من الربح . وهذه تسميته في لغة أهل الحجاز ، وتسمى مضاربة ، مأخوذة من
الضرب في الأرض لما كان الربح يحصل في الغالب بالسفر أو من الضرب في المال
وهو التصرف . اهـ

وقال الرافعي : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لان العامل يختص بالضرب
في الأرض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التي تكون من واحد ، مثل
عاقبت اللص . وقال ابن قدامة في المغني من كتب الحنابلة : وهذه المضاربة تسمى
قراضا أيضا ، ومغناها أن يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل
من الربح بينهما حسب ما يشترطانه ، فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة
من الضرب في الأرض . اهـ

وقد جمع النووي بين الاسمين في المنهاج فقال : القراض والمضاربة أن يدفع

إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك . قال السبكي . قد يشاح النووي في قوله : أن يدفع . ويقال القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع . قال الشربيني في شرح المنهاج : وأركانه خمسة : مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان .

وقال الرشيدى في حاشيته على شرح شمس الدين الرملى للمنهاج في عطف الشارح : المقارضة على القرض ؛ أى إن القراض يجوز أن يكون مشتقاً من القرض ومن المقارضة ، وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه الآتى لا يسمى مقارضة بل قراضاً ومضاربة ، وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما . لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة . وقال الصنعانى لاختلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الاسلام وقال ابن حزم : كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فى السنة لكنه إجماع صحيح ، ويقطع بأنه كان فى عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره .

(قلت) ولستأخالف ابن حزم الا فى أن أمراً بجمعاً عليه من الأئمة منذ عهد نبيه صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحاً بالاخبار ، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعده الشك ما بلغ غيره ، وإن كانت هذه الاخبار المرفوعة يعترها بعض الوهن من ناحية الاسناد فانها مؤيدة بأخرى صحيحة ووقوفة على الصحابة ، وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجوداً فى عمده صلى الله عليه وسلم ، وإنما يدل بمنطوقه على وجوده ، فيكون استقراؤه من الإجماع على وجوده بتأصه ما روينا عن الصحابة من صحيح الاخبار

فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبي (ص) قال : ثلاث فيمن البركة : البيع الى أجل والمقارضة وخاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ، وأورده ابن حجر فى بلوغ المرام وضعف اسناده . وأما الموقوف فما رواه الدارقطنى ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام أنه كان يشترط على الرجل اذا أعطاه مالا مقارضة أن لا يجعل ماله فى كبد رطبة ولا تحمله فى بحر ولا تنزل به فى بطن مسيل ، فان قامت شيئاً من ذلك فقد

ضمنت مالي . وقال مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح بينهما ، وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يقيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر خرجا في جيش إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدا به إلى المدينة ، فباعاه وربحاه فيه ، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال : قد جعلته ، وأخذ منها نصف الربح ، وقد ساقها المصنف بأوفى من هذا .

وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطا ، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا .

قال الماوردي في الحاوي : والأصل في إحلال القراض وإباحته قوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ، وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدلل بحديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » على جوازها وقد ضارب النبي صلى الله عليه وسلم الخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبدا لها يقال له ميسرة ، وروى ابن أبي الجارود حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسالك به بجرأ ولا ينزل به وادبا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن ، قال الماوردي : فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأجازه .

وقد اختلف أصحابنا في وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه : (أحدها) قول الجليس : لو جعلته قراضا ، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساده لرده ، فلم يكن ما فعله معها قراضا لا صحيحا ولا فاسدا ، ولكن استطاب طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترايته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين ، الأمر الذي ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام .

(والثاني) أن عمر أجرى عليهما في الربح حكم القراض الفاسد لأنها عملا

على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم في المال عقد يصح حملها عليه ، فأخذ
منهما جميع الربح ، وعروضها على العمل بأجرة المثل وقدره بنصف الربح فرده
عليها أجرة ، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي .

(والثالث) أن عمر أجرى عليها أجراً في الربح حكم القراض الصحيح ،
وإن لم يتقدم منها عقد ، لأنه كان من الأمور العامة ما يتسع حكمه عن العقود
الخاصة ، فلما رأى المال لغيرهما والعمل منها ولم يرهما متعددين فيه ، جعل ذلك
عقد قراض صحيح ، وهذا ذكره أبو علي بن أبي هريرة ، فعلى هذا الوجه يكون
القول والفعل معاً دليلاً ، ثم الحديث الذي ساقه المصنف من مساقاة النبي صلى
الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع لا يدل بمنطوقه على
هذا وإنما يدل بالمفهوم أو المحمول ، لأن المساقاة عمل في محل استوجب به شطر
ثمرها فافتضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى . وقد ذهب الماوردي إلى
أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة .

قوله : النقر وهو مذاب الفضة وقبل الذوب هي تبر ، والسبائك جمع سبيكة
القطعة المستطيلة من الذهب .

والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل من المال ، ويسمى في الشام قرشياً
وفي العراق فلساً ، وفي مصر والسودان ملياً ، وفي الحجاز ونجد هلة ؛ وفي
اليمن بقشة ؛ وفي المغرب والجزائر بيزاً أو بسيطة ، وفي اليونان دراخماً ، وفي
اليابان ين ، وفي إنجلترا وأمريكا بنس ، والفرق بين الفلوس قديماً وحديثاً
أوضحناها في كتابنا تاريخ النقود الإسلامية .

فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لأنه عقد معونة وإرفاق ، فإنه عقد
اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منها أن يفسخه ، ومن أجل تيسير رد
رأس المال على صاحبه لم يوجه الفقهاء إلا بالدرهم والدنانير .

قال الشافعي : ولا يجوز القراض إلا في الدرهم والدنانير التي هي أثمان الأشياء
وقيمتها ، وحكى عن طاوس والأوزاعي وابن أبي ليلى جواز القراض بالعروض
لأنها كالدرهم والدنانير ، ولأن كل عقد صح بالدرهم والدنانير صح بالعروض

كالبيع ، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين ، أما رد رأس المال فلأن من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها .

وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاخص به رب المال ، وإن نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل ، وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى إليها ولأن كل مال يوجب القراض منع من أن يتعقد عليه القراض كالمنافع .

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح لمجاز بكل مال ، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه ، فإنه بالنقار والسبائك لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وكذلك بالفضة المغشوشة ، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اختياراً بحكم الأغلب ، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجوز به القراض فإذا خالطها لم يجوز به القراض ، ولأن مالم تخصص فضته لم تجز مقارضته كالكمثر الغش .

فإن قيل : فن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلاً للجهل بما تعاقدا عليه ، وإن علمتا قدره وجهاً صفة بطل القراض ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر في بطلان العقد ، فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى ، فإن علما كل نوع منها صح العقد ، وإن جهلاه بطل .

فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأى الألفين شاء ويستودعه الأخرى لم يجوز للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار ، كإلو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترليني ومبلغاً من العملة الأخرى وإكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة حرة ، وقيمة محلية وأخرى في أسواقها الرسمية أو الدولية ، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلاً

ولو دفع اليه بكيسين في كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون إحدى الألفين قراضا والاخرى وديعة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ويكون قراضا صحيحا لانه معقود على ألف دينار معلومة لتساوي الألفين .

(والثاني) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة : ولكن لو دفع اليه ألفا وألفا على أن له من ربح أحد الألفين النصف ومن ربح الآخر الثلث ، فإن عين الألف التي شرط له نصف ربحها من الألف التي شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين ، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين .

وإذا كانت لرجل في يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز ، ولو كانا يجملان القدر أو الصفة لم يجز ، ولو قال له : قد قارضتك على ألف من ديتي التي على فلان فافتضى منه قراضا لم يجز لأنه قراض على ملك غائب ، فإن قبضها وأنجز بها صح القبض لأنه وكل فيه ، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه ، لحدوثها عن ملكه في قراض فاسد ، ولو كان له على العامل دين فقال له : قد جعلت ألفا من ديني عليك قراضا في بدل لم يجز تعليلا بأنه قراض على مال غائب ؛ وفيها حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد في جامعه تخريجا .

(أحدهما) أنه لرب المال وعليه ؛ كالحادث عن مقارضة من دين على غيره ، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر به .

(والقول الثاني) وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال ، والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح لانه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثها عن ملكه وقبضه من نفسه فاسد لانه يصير مشتريا لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثها عن ملكه لأن في كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال .

(فرع) فأما إذا غصبه ألفا ثم قارضه عليها فهذا على ضربين . أحدهما : أن

يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً ، فيكون على ما ذكرنا والثاني أن تكون باقية فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقارض عليهما بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة (والثاني) أن تقارضه عليهما من غير تصريح بإبرائه منها ، ففي القراض وجهان (أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيما من ربح وخسران فرب المال وعليه .

(والثاني) وهو الصحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه . وفي برائه بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه :
 ١ - برائه من ضمانها لأنه قد صار مؤتمناً عليها ٢ - لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهن ٣ - أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض ف ضمانها باق عليه ، وإن تصرف فيها بدفعها في ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها ، ولم يبرأ إن عاقد بها في ذمته لأنها في التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالئها ، فصار كردها عليه ، وفيما تعلق بدمته يكون مبرئاً لنفسه .

فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين (١) جملة ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل (ب) عقده بالصفة ، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان يبيعه جائزاً لصحة الإذن فيه ، وإن اتجر به كان الربح والخسران لرب المال لحدوثها عن ملكه ، وللعامل أجره مثله في عمل القراض دون القرض ، لأنه لم يجعل له في بيع القرض جعلاً ، وإنما جعل له في عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معترضاً على القراض . ولو قال خذ من وكبلي ألف درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة ، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فرب المال وعليه .

فأما إذا دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصيد وعليه أجره الشبكة ، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الأولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة للمالكها وعليه أجر المثل للصيد . أو أن المصيد للصيد وعليه أجر الشبكة ، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصياد والمالك مراعاة

قياساً على المزارعة . والفرق بين صيد الصياد ونتاج الماشية أن حدوث النجاج من أعيانها فكان للمالكها دون عائلها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة في رأى الماوردى وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيداً فى رأى السبكي وعلى صاحبها أجر مثله ، وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز ، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله وعليه مالك السفينة أجرة المثل ، وهذه الاصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه ، وهى السمات الظاهرة المشرفة المشرفة فى مجتمع مسلم يقوم على الاسلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم ، فان قارضه على جزء مبهم لم يصح ، لأن الجزء يقع على الدرهم والالاف فيعظم الضرر ، وإن قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز ، لأن القراض كالمساقاة ، وقد ساق رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطرا ما يخرج من تمر وزرع ، وان قارضه على درهم معلوم لم يصح ، لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل : وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال .

وإن قال قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه مجهول ، لأن هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل (والثانى) يصح لأنه سوى بينهما فى الإضافة فحمل على التساوى ، كما لو قال : هذه الدار لزيد وعمرو . وإن قال قارضتك على أن لى نصف الربح ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويكون الربح بينهما نصفين ، لان الربح بينهما ، فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل (والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأن الربح كله لرب المال بالملك ، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل

وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه لم يبين ما لرب المال (والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لان ما لرب المال لا يحتاج الى شرط ، لأنه يملكه بملك المال ، وإنما يحتاج الى شرط ما للعامل ،

فإذا شرط للعامل النصف بقى الباقي على ملك رب المال ، فعلى هذا لو قال قارضتك على أن لك النصف ولى الثلث وسكنت عن السدس صح ، ويكون النصف له ، لأن الجميع له إلا ما شرطه للعامل ، وقد شرط له النصف ، فكان الباقي له .

(فصل) وإن قال : قارضتك على أن الربح كله لى أو كله لك بطل القراض لأن موضوعه على الاشتراك فى الربح ، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافى مقتضاه فبطل ، وإن دفع إليه ألفاً وقال : تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال فى ربحه ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض ، وقد قرن به حكم القرض ، فانهقد القرض به كلفظ التملك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً ، وإن قال : تصرف فيه والربح كله لى فهو بضاعة ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة ، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا فى لفظ التملك .

(فصل) ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ، ولا يجوز أن يختص أحدهما بربح ما فى السكيسين لأنه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الآخر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما فى عبد يشتره فان شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه لم يصح العقد لأنه قد لا يكون فى المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر

(الشرح) حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمر ولفظه : أن النبي (ص) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع ، ورواه الشيخان بلفظه . أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفون عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا ، وللبخارى : أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ، ولمسلم وأبى داود والنسائى : دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها ، ورواه أحمد عن عمر بلفظه .

« أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا ، ورواه البخارى بمعناه ، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظه « أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف ، ورواه البخارى عن أبي هريرة بلفظه « قالت الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم : اقسم بيننا وبين إخواننا المهاجرين - النخل ، قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمل ونشركم في الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا ، »

أما الاحكام فقد قال الشافعى : ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه وما بقى سهمها ويشترط أن يوليه سلعة ، أو على أن يرتفق أحدهما بشيء دون صاحبه ، وهذا صحيح ، فقد ظهر ان عقد القراض موجب لاشتراك رب المال والعامل في الربح ولا يختص به أحدهما دون الآخر ، لان المال والعمل متقابلان ، فرأس المال في مقابلة عمل العامل ، ولذلك وجب أن يشتركا في الربح ، ولم يجوز أن يختص به أحدهما مع تساويهما ، وإذا منعنا من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعا مما يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر ، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقي لصاحبه أو بينهما ، فلا يجوز ، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح ، ومثاله في البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مداً يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لأنه قد يجوز أن تملك الثمرة إلا ذلك المدا ، فيصير البائع أخذاً للثمن والثمره معاً ولو شرطاً تفاضلاً في الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره الآخر جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح ، ومثاله في البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لأن ما بقى منها فهو مبيع وغير مبيع .

قال الماوردى : ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولى مايراضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لأنه قد لا يكون في المشترى ربح إلا فيما تولى فيصير مختصاً بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح ، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربها دون صاحبه ، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه

من الثياب مدة بقائها في القراض فيبطل العقد لأنه قد لا يكون في أمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح لأن المنفعة مقومة كالأعيان فأما إذا شرطاً جميع الربح لأحدهما فهما مسألان :

١ - أن يشترطاً جميع الربح لرب المال

٢ - أن يشترطاً جميع الربح للعامل ، فإذا شرطاً الأول نظر فيه ، فإن لم يقل رب المال عند دفعه : انه قراض وليكن قال : خذه فاشتر به وبيع ولي جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجره للعامل في عمله .

وإن قال خذه قراضاً على أن جميع الربح لي ، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال ، وفي استحقاق العامل أجره مثله وجهان (أحدهما) وهو قول المازني إنه لا أجره له . لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله (والثاني) وهو قول ابن سريج إن له أجره مثله لعمله في قراض فاسد ، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل .

وأما ان شرطاً جميع الربح للعامل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضاً على أن جميع الربح لك ، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجره مثله لدخوله على عوض لم يحصل له . والضرب الثاني : أن يقول : خذه على أن جميع ربحه لك ولا يصرح في حال الدفع بأنه قراض ، ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) أن يكون سلفاً ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا يكون ضامناً للمال وجميع الربح له . والوجه الثاني : أن يكون قراضاً فاسداً ولا يكون قراضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به . فعلى هذا لا يكون ضامناً للمال ، ويكون جميع الربح لرب المال : وللعامل أجره المثل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجوز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والإجارة .

(فصل) قال القاضى رحمه الله : ولا تجوز الشرطية إلى مدة ، فمن أحمأبنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال : إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينسأفى مقتضاه فلم يصح . وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح ، لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء ، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته .

(فصل) ولا يصح إلا على التجارة فى جنس يعم كالتياب والطعام والفاكهة فى وقتها ، فإن عقده على ما لا يعم كالباقوت الأحمر والحبل البلق وما أشبهها أو على التجارة فى سلعة بعينها لم يصح لأن المقصود بالقراض الربح فإذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود لأنه ربما لم يتفق ذلك ولا يجوز عقده على أن لا يشتري إلا من رجل بعينه ، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه أو لا يبيع منه ما يربح فيه فيبطل المقصود

(فصل) وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطى والايجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالود والمسك ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، والعرف فى هذه الاشياء أن يتولأها بنفسه ، فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة فى ماله .

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه ، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه ، لأن العرف فى هذه الاشياء أن لا يتولاه بنفسه ، فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الاجرة لأنه تبرع به .

وإن سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يخاصم ، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة (والثانى) أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة

(فصل) ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه ، فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح بينهما على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح ، فان قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فقد قال المازني همنا ان لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين . واختاف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثاني بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون مارزق الله بينهما ؛ والذي رزق الله تعالى هو النصف ، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستملك . ومن أصحابنا من قال : يرجع العامل الثاني على العامل الاول بنصف أجره مثله لانه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك ، وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المازني الربح كله للعامل الاول وللعامل الثاني أجره المثل فن أصحابنا من قال هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثاني لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض . ومنهم من قال الربح الأول كما قال المازني لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه وانما اشتراه الأول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض ، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له .

(الشرح) قال الشافعي : ولا يجوز أن يقارضه الى مدة من المدد . فاذا عرفت ما قرناه في أول الباب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقاً بدون شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه ، فلو شرط مدة يكون القراض فيها لازماً بطل .

فاذا ثبت هذا فاشترط المدة على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطاً لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلاً لما ذكرنا .

(الثاني) أن يشترطاً الفسخ في العقد بعدها فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطاً فسخ القراض بعد المدة في البيع والشراء فيسكون القراض باطلاً إذا فاته موجب العقد في بيع ما حصل في القراض من عرض .
 (والثاني) أن يشترطاً فسخ القراض بعد المدة في الشراء دون البيع فيسكون القراض جائزاً ، لأن له فسخ القراض في الشراء عند مضي المدة فجاز أن يشترطه قبل مضي المدة .

ولو قال : خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأن كذلك تكون العقود الجائزة . ولو قال : خذه ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجوز وكان قراضاً فاسداً ، لأنه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفاً على رأى غيرهما .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما أقام العسكر ، أو إلى قدوم الحاج نظر ، فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلاً ، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز لما لهما من ذلك . والثاني : لا يجوز . لأن الجهالة المدة قسطاً من الفرر وتأثيراً في الفسخ .

(فرع)

عقد القراض يقتضى تصرف العامل في المال بالبيع والشراء ، فإذا قارضه على أن يشتري به نخلاً يملك رقابها ويطلب ثمارها لم يجوز لأنه قيد تصرفه الكمال بالبيع والشراء . ولأن القراض مختص بما يكون البناء فيه نتيجة البيع والشراء وهو في النخل نتيجة عن غير بيع وشراء فيبطل أن يكون قراضاً ولا يكون مسافة ، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشى بحبس رقابها ويطلب نتائجها لم يجوز لما ذكرنا ، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لأن الشراء عن إذن والبيع بغير إذن ، وكان الحاصل من الثمار والنتائج ملكاً لرب المال لأنه نتج عن ملكه ، وللامرل أجره مثله في الشرط والخدمة لأنها عمل عاوض عليها ، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال : لو أطلق القراض معه جاز له أن يشتري أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسمها فضل زرعها وغرستها وهذا فاسد لما بيناه .

وأما القسم الثاني وهو متونة العمل فمنه ما يجب في مال القراض ومنه ما يلزم العامل ولا يجب في مال القراض . فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات المجرى إذ لم يتأخر عن تسلمها من إهمال ، وأجر الصوامع والمخازن ، وما صار معهوداً من الرسوم والضرائب والدمغات التي لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال ثم وضعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهما على شرطهما .

وأما ما يلزم العامل مالياً فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضية في المجرى نتيجة الإهمال في ترك الإسراع لتسليمها وتخليصها ، وما يلزمه عملياً فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليات التسويق والبيع وتنفيذ السلع وعرضها وكتابة الأسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك ، أما الاعلان عن السلعة في الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتسكون في مال القراض .

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحدهما) ما يختص العامل بالتزامه كما كوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثاني) نفقة سفره ، فالذي رواه المزني في مختصره أن له النفقة بالمعروف . وقال في جامعه الكبير : والذي أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وهما يشتره فيكتسبه ، فروى في مختصره وجامعه وجوب النفقة ، وجعلها في جامعه معلومة كنفقات الزوجات ، وفي مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب ، فهذا ما رواه المزني . وروى أبو يعقوب البويطي أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً . فاختلف أصحابنا ، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما) وهو رواية المزني أنه ليس له النفقة في سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان والقول الثاني : لا نفقة له لمسافيه من اختصاصه بالربح أو بشيء منه دون رب المال .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : لا نفقة له قولا واحداً على ما رواه البويطي ، وحمل رواية المزني على نفقة المبتاع دون العامل ، وهذا

التأويل مدفوع بما بينه المذني في جامعه الكبير بقوله : نفقة معلومة في كل يوم ،
وثن ما يشتريه فيسكتسبه .

(فرع) قال الشافعي : وإذا سافر كان له أن يكتري من المال من يكفيه بعض
المثونة في الأعمال التي لا يعملها العامل ، وله النفقة بالمعروف اه
والكلام في هذه المسئلة التي ذكرها المصنف واستدلنا له عليها بقول الشافعي
مشتمل على ثلاثة أقسام :

١ - في جواز سفر العامل بمال القراض ٢ - في مثونة العمل

٣ - في نفقة العامل

فأما الأول فثرب المال معه ثلاثة أحوال (١) أن ينهأ عن السفر به فلا
يجوز أن يسافر إجماعاً ، فإن أذن له في السفر إلى بلد لم يجز أن يسافر إلى غيره ،
وان لم يخص به بلداً جاز أن يسافر به إلى البلدان المأمونة المسالك والأمصار التي
جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها ولا يخرج عن العرف
المهود فيها ، وفي البعد إلى أقصى البلدان ، فإن أبعده إلى أقصى البلدان ضمن المال
(ب) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهأ ، فقد اختلف الناس في جواز سفره
بالمال ، فذهب الشافعي أنه لا يجوز أن يسافر به قريباً ولا بعيداً سواء رد الأمر
إلى رأيه أم لا .

وقال أبو حنيفة يجوز له أن يسافر بالمال إذا رأى ، وان لم يأمره بذلك ما لم
ينهأ ، وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف : يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكنه
الرجوع من قبل الليل ، وقال محمد بن الحسن : يجوز له أن يسافر بالمال إلى حيث
لا يلزمه إليه مؤونة . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم ان المسافر وماله على قامت
الإما وفي الله ، يعني على خطر ، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال ، ولأنه مؤتمن
فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل ، ولأن كل سفر منع منه الوكيل منع منه
العامل ، كالسفر البعيد .

(فرع) قال الشافعي : فإن قارض العامل بالملك آخر من غير إذن صاحبه
فهو ضامن ، فإن ربح به صاحب المال شطر الربح ثم يكون للذي عمل شطره مما قى

قال المزني : هذا قوله في القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز . قال المزني : فإن اشترى بعين المال فهو فاسد ، وإن اشترى بعين العين جائز والربح للعامل الأول وعليه الضمان ، وللعامل الثاني أجرة مثله في قياس قوله .

وقال الماوردي : إن العامل في القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض ما لم يأذن له رب المال به إذناً صحيحاً صريحاً . وقال أبو حنيفة : إن قال له رب المال عند دفعه له : اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه . وهذا خطأ لأن قوله : اعمل فيه برأيك يقتضي أن يكون عمله فيه موكولاً إلى رأيه ، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز ، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره ، فيكذلك إذا قارض ببعضه ، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له في العمل بنفسه ولا يأذن له في مقارضة غيره (والثاني) أن يأذن له في مقارضة غيره

فأما القسم الأول فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامناً للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب . ولما يكون الربح ؟ على قولين : أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال ، فعلى هذا قال المزني ههنا أن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الأول والثاني فاختلاف أصحابنا في ذلك ، فكان أبو العباس بن سريج يقول :

يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال ، لأنه ربح مال مغصوب فأشبهه المغصوب من غير مقارضة ، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثاني على العامل الأول بأجرة مثله لأنه هو المستملك لعمله والضامن له بقراضه ، فلو تلف المال في يد العامل الثاني كان رب المال بالخيار في الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما ، لأن الأول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده ، فإن أغرم الأول لم يرجع على الثاني بشيء لأنه أمينه فيما غرمه . وإن أغرم الثاني رجع على الأول بما غرمه مع أجرة مثل عمله ، ولا يازم رب المال - وإن

أخذ جميع الربح - أن يدفع الى واحد من العاملين أجره المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة .

وذهب أبو اسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا الى أن مارواه المزني على هذا القول صحيح ، وأن رب المال ليس له من الربح الا نصفه خلاف المأخوذ غصباً محضاً ، لأب رب المال في هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه وجاعلاً نصفه الباقي لغيره ، فلذلك لم يستحق منه الا النصف . فاما النصف الثاني فقد روى المزني أنه يكون بين العاملين ؛ فاختلف أصحابنا على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق المروزي أن هذا خطأ من المزني في نقله ، ويجب أن يكون النصف الباقي من الربح للعامل الاول ولا حق فيه للثاني لفساد عقده ، ويرجع على الاول بأجرة مثل عمله ، لجعل الربح بين رب المال والعامل الاول ، ويجعل للثاني أن يرجع بأجرة مثله على الاول . والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن نقل المزني صحيح ويكون النصف الباقي من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما ، لأنه لما جرى على العامل الاول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الاول حكم القراض مع العامل الثاني ، فهذا حكم قوله الجديد .

(والثاني) وهو قوله في الجديد : ان ربح المال المنصوب للغاصب ، فعلى هذا لا شيء لرب المال في الربح وله مطالبة أي العاملين شاء برأس ماله ، لأن الاول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده . وقال أبو حنيفة : ان الربح للغاصب دون المنصوب لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء للمالك السبب ، وربح المال المنصوب ناتج عن التقلب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكاً لمن له العمل دون من له المال ، وهذه هي النظرية الحديثة المعاصرة التي تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل

وأما الثالث وهو أن يأذن له في مقارضة غيره ولا يأذن له في العمل بنفسه فهو وكيل في عقد القراض مع غيره ، فلا يجوز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه . ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم

يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهد رأيه فيمن يراه أهلاً للقراضه من ذوى الأمانة والخبرة ، فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز ، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان . فإن عدل عن ذلك كان ضامناً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال فإن أذن له في صنف لم يتجر في غيره ، لأن تصرفه بالأذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه ، فإن قال له اتجر في البز جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن والابرسم والكتان وما يلبس من الأصواف ، لأن اسم البز يقع على ذلك كله ، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز . وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنه يلبس فأشبهه الثياب (والثاني) لا يجوز لأنه لا يطلق عليه اسم البز . ولهذا لا يقال لبائعه بزاز ، وإنما يقال له كسائي ، ولو أذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير ، لأن الطعام لا يطلق إلا على الخنطة .

(فصل) ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال ، لأن الاذن لم يتناول غير رأس المال ، فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ؛ ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالأذن . وأما الثاني فينظر فيه فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل ، لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح ، وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء له

(فصل) ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط ؛ وإن اشترى معيباراً شرهه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب ، وإن

اشترى شيئاً على أنه سليم فوجده معيباً جاز له الرد ، لأنه فوض إليه النظر والاجتهاد فملك الرد

(فصل) وان اختلفا فدعا أحدهما الى الرد والآخر الى الامسك فعل ما فيه النظر لان المقصود طلب الحظ لهما : فإذا اختلفا حمل الامر على ما فيه الحظ ،

(فصل) وان اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال لان القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه وإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمها لان المقصود شراء ما تنفع به وشراء الزوج تستهضر به لان النكاح يفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها (والثاني) يلزمها لان المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فإلزمها شراؤه

(فصل) ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لانه مأمور بالنظر والاحتياط ، وليس في السفر احتياط ، لان فيه تغريراً بالمال ، ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت ، فان أذن له في السفر فقد قال في موضع له أن ينفق من مال القراض ، وقال في موضع آخر لا نفقة له ، فن أصحابنا من قال لا نفقة له قولاً واحداً لان نفقته على نفسه فلم يلزم من مال القراض كنفقة الإقامة ؛ وتأول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) لا ينفق لما ذكرناه (والثاني) ينفق لان سفره لاجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحال .

فإن قلنا ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان (أحدهما) جميع ما يحتاج اليه ، لان من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته (والثاني) ما يزيد على نفقة الحضر لان النفقة إنما لزمته لاجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر

(فصل) وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان (أحدهما) أن الجميع ارب المال فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة لانه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً ارب المال حتى اذا هلك شيء كان هالكاً من المالكين ، فلما لم يجعل التالف من المالكين دل على أنه لم يملك منه شيئاً (والثاني) أن العامل يملك حصته من

الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال .
 (فصل) وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر
 لم يجبر لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال
 فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال ، وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز
 إجباره لأنه يقول لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذناه ، وإن تقاسما جاز
 لأن المنع لحقهما وقد رضيا ، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره
 بما أخذ لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال

(فصل) وإن اشترى العامل من يعتق عليه فإن لم يكن في المال ربح لزم
 الشراء في مال القراض لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، فإن ظهر بعدما اشتراه
 ربح ، فإن قلنا انه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق ، وإن قلنا إنه يملك
 بالظهور فهل يعتق بقدر حصته ؟ فيه وجهان (أحدهما) إنه يعتق منه بقدر حصته
 لأنه ماله فعتق .

(والثاني) لا يعتق لأن ماله غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه
 جبرانه بماله ، وإن اشترى وفي المال ربح ، فإن قلنا إنه لا يعتق عليه صح الشراء
 لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود
 بالقراض شراء ما يربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه .

(الشرح) قد ذكرنا أن القراض خاص وعم ، فأما العام فهو أن يطلق
 تصرف العامل في كل ما يرجو فيه ربحاً ، فهذا جائز على عموم التصرف ، وأما
 الخاص فهو أن يختص بالعامل على نوع واحد فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) ما يوجد في عموم الاحوال كالحنطة والبر فيجوز ، ويكون
 مقصور التصرف على النوع الذي أذن فيه . فلو أذن له أن يتجر في البر جاز له
 أن يتجر في صنوف البر كلها وجاز أن يتجر في القطن والسكبان والحريرو والصوف
 ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش . وهل يجوز أن يتجر في الثياب والاكسية
 أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجوز لأنها ملبوسة (والثاني) لا يجوز لخروجها عن اسم البر

فلو أذن له أن يتجر في الطعام اقتصر على الخنطة وحدها دون الدقيق . وقال محمد بن الحسن : يجوز أن يتجر في الخنطة والدقيق ، وعندى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار الناجر فيه جامعا لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجموعة من الاصناف المتشابهة التي يتجر فيها فلو أذن له في البقالة اندرج تحت هذا الاسم أنواع الجبن والزيتون والمعلبات والصابون والمأكولات المجففة .

وإذا أذن له في الخردوات (البازار) اندرج تحت هذا الاسم مجموعة من الاصناف كالحيوط والاشربة والعطور وما أشبه ذلك . وهكذا في كل مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عندما يسمعه المرء منات للذهن أصناف متجره بغيره .

فإذا أذن له في فتح محل حاقى فلا يفتح مسطحا ولا فوالا ولا طباخا ، وان كانت كلها مأكولات ، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذي لا يختلط بغيره وهكذا .

فإذا أذن له في أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه ، كالياقوت الاحمر والحيل البلق والعبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجدته أو لم يجده لانه على غير ثقة من وجوده . فاذا أذن له أن يتجر في ثمار موسمية كالثمار والفواكه فينظر في عقد القراض ، فان كان في غير أو ان تلك الثمار فالقراض باطل ، فان جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فساده ، وان كان ذلك في أو ان الثمار وإبانها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمار باقية ، فان انقطعت ففي القراض وجهان (أحدهما) قد بطل بانقطاعها ، وليس له في العام المقبل أن يتجر فيها الا باذن وعقد مستجد .

والوجه الثاني : أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه في كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول . أما اذا كان انقطاعه في العام قايلا فالقراض على وجهه وحاله .

(فرع) إذا تقرر أنه لا يشتري إلا في حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعاً من البيع والشراء نسبيته ، فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان .

(أحدهما) أن يشتري بالنساء في مال القراض فيكون الشراء باطلا .
 (والثاني) أن يشتري بالنساء في ذمته فيكون الشراء لازماً له ، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه ما لم يقبضه فإن قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض ، وعليه استرجاعه ما كان باقياً ، فإن تلف فرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشتري ، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشتري ، وإن أغرم المشتري لم يرجع على العامل لأن الغرم ثبت على من كان في يده التلف .

فلو قال رب المال للعامل : اعمل في القراض برأيك لم يجوز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشتري بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح في الأعيان ولا يصح في الذمم ، ولو قارضه على مال فأذن له في الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشتري نساء بأكثر من مال القراض قدره لأن ما زاد عليه خارج منه .

(فرع) لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان عن رغبة في تأليف المبتاعين وترويج السلعة والقناعة بالقليل من الربح ما دام يتصرف على النظر والاحتياط وتوخى ما فيه الحظ له ولصاحبه بشرط أن لا يكون كثيراً لا يتغابن الناس بمثله .

(فرع) قال الشافعي : ومتى شاء رب المال أخذ ماله قبل العمل وبعده ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض يخرج منه ، وقد سبق أن قررنا أن عقد القراض عقد جواز وليس عقد لزوم فذلك واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران ؛ فإذا فسخها أحدهما انفسخت فصار كاجتماعهما على قسمها ، فإذا كان المال من جنس رأس المال فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو صاحبه ، ثم نظر فإن كان فيه فضل تقاسمها على شرطها ؛ وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذ به رب المال ولا شيء فيه للعامل ، وإن كان من غير جنس رأس المال فخسركم

هذا كحكمه لو كان عرضاً ، ولهما في العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال .
 (ا) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فاذا قضى
 ثمنه أخذ رب المال ماله فضلا إن كان فيه .
 (ب) أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على نوعين :

أحدهما : لا يكون في ثمنه — لو بيع — فضل ، فقد سقط حق العامل منه
 فصار العرض ملكا لرب المال بزيادته ونقصه ، فان زاد ثمنه بعد ترك العامل له
 لم يكن له حق في زيادته لخروجه بالترك عن قراضه .
 والنوع الثاني : أن يكون في ثمنه فضل لو بيع عند تركه نظر في ترك العامل
 فان كان قد تركه إسقاطا لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكا لرب المال
 ولا شيء للعامل فيه ، وإن كان قد ترك تأخير البيع فهو على حقه من فضل ثمنه
 وله بيعه متى شاء .

(ج) أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين .

أحدهما : أن لا يرجو في ثمنه فضلا ، ولا بأمل ربحاً فليس له بيعه ، ويمنع
 منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً .
 والضرب الثاني : أن يرجو في ثمنه فضلا ويأمل ربحاً فله بيعه وليس لرب
 المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح ، فلو بذل له رب المال حصته من
 ربحه ففي منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين في سيد العبد الجاني
 إذا امتنع المجنى عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته .

(أحدهما) يمنع المجنى عليه من بيعه لو صوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع
 العرض لو صوله إلى حقه .

(والقول الثاني) أن المجنى عليه لا يمنع من بيع الجاني ، وكذلك لا يمنع
 العامل من بيع القراض لأنه قد يرجو زيادة على القيمة لوجود رغب .
 (د) أن يدعو رب المال إلى بيعه ويمتنع العامل منه ، فان كان امتناعه تركا
 لحقه منه ففي إجباره على بيعه وجهان ، أحدهما : لا يجبر عليه لان البيع والشراء
 إنما يلزم في حقيقتها وبطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما .

والثاني : أن يحجر على بيعه ، لأن رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وإنما هو بدل عنه .

(فرع) سبق أن قررنا أنه لا يجوز له أن يسافر بغير إذن رب المال وأوضحنا من النفقات ما يؤخذ من القراض بالمعروف كنفقة الأقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة ؛ وقال أبو حنيفة : له في نفقته أجره حمامه وعلاجه وطيبه وما يباح من شهواته ، وهذا غير صحيح من وجهين .

(أحدهما) أن نفقات الزوجات أو كد من نفقات العامل ومع ذلك ليس فيها شيء من ذلك .

(والثاني) أن ذلك مما لا يختص بالسفر ولا بعمله ، على أن من أصحابنا من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر ، وحكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض متقدميهم وهو أشبه بالقياس ، فإن دخل في سفره بيتاً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر مالم يتجاوز أربعاً فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر ، فإن كان بغير مال القراض من مرض طراً أو عارض يختص به فنفقته في ماله دون القراض وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظارا لبيعه وقبض ثمنه أو التماسا للحل أو لسبب يتعلق به فنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض .

قال الشافعي : وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالكين بالخصص ، ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض ، ومنعه بعض العراقيين لأن عمله مستحق في مال القراض فصار كالأجير ، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لأنه إذا كان له أن يعمل في ماله ومال القراض حضراً جاز له ذلك سفراً ولأن عمله في القراض لا يمنعه من العمل في جميع الاعمال ما دام يؤدي ما لزمه من عمل القراض وسواء فيها لسواه ممسكاً أو عاملاً فلو شرطه في العقد أن لا يسافر بمال لنفسه بطل القراض لأنه قد وقع عليه حجراً غير مستحق ، والمطلوب منه أن لا يخالط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالكين ، فإن خلطها فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون باذن رب المال فيجوز وبصير شريكاً ومضارباً ، ومؤونة

المال مقسطة على قدر المالكين ، ونفقة نفسه إن قيل : إنما لا تجب في مال القراض فهو مختص بها ، وإن قيل إنها تجب في مال القراض فهي مقسطة على قدر المالكين (والثاني) أن يخاطب المالكين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالمادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه ، وتكون نفقة المالكين بقدر المحصر وريح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجره المثل بحيث لا يوجب له أجره كاملة لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض

(فرع) إذا أبيض رب المال عامله في مال القراض بضاعة - أي أعطاه قطعة من المال يتجر فيها لنفسه - يختص بربحها جاز إن كان من غير شرط في القراض ولم يجوز إن كان عن شرط وخالف مالك

(فرع) إذا ادعى ظهور الربح في المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح ، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيها بخبر به من وفوره أو سلامته فإذا حضر المال وتحاسبافوجدا رأس المال ناقصا ترادا الربح ليستكمل رأس المال ، ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما في جوازه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثاني) لا يجوز . وقد ذكره الشافعي في موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والعامل أمين فيما في يده فان تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ، فان دفع إليه ألفاً فاشتري عبداً في الذمة ثم تلف الألف قبل أن يتقده في ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه . وفي الثمن وجهان :

(أحدهما) أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شرائه فتلف الثمن في يده قبل أن يتقده .

(والثاني) أن الثمن على العامل ، لان رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال فلم يلزمه ما زاد .

وان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدین ثم تلف أحدهما ففیه وجمان :
أحدهما : يتلف من رأس المال وينفسخ فيه القراض لانه بدل عز رأس المال
فكان هلاكة كماله .

والثاني : أنه يتلف من الربح لانه تصرف في المال فكان في القراض ، وان
قارضه رجلان على مالين ، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكنا عليه ففیه
قولان ، أحدهما ، تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال ، وإن كان فيهما
ربح شاركهما العامل في الربح ؛ وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لانه
حصل بتفريطه ، والقول الثاني أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما ، لانه تعذر
ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما

(فصل) ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء لانه تصرف في مال
الغير بأذنه فملك كل واحد منهما فسخره كالوديعة والوكالة . فان فسخ العقد والمال
من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز . وإن باعاه جاز لان الحق لهما ، وان
طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر ، لان حق العامل في الربح ، وذلك
لا يحصل الا بالبيع

فان قال رب المال أنا أعطيتك مالك فيه من الربح وامتنع العامل ، فان قلنا
انه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه ، كما لو كان بينهما مال مشترك
وبذل أحدهما الآخر عوض حقه . وان قلنا لا يملك ففیه وجهان بناء على القوانين
في العبد الجاني اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن المدعي عليه قيمته وأحدهما ، لا يجبر
على بيعه لان البيع لحقه وقد بذل له حقه والثاني ، أنه يجبر لانه ربما زاد وزايد
ورغب راغب فزاد في قيمته .

وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لان حق رب المال
في رأس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع ، فان قال العامل أنا أترك حتى ولا أبيع
فان قلنا ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه ، لانه يريد أن يهب حقه
وقبول الهبات لا يجب . وان قلنا انه لا يملك بالظهور ففیه وجهان :

أحدهما ، لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد تركه فسقط
والثاني ، يجبر لان البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله ، فاذا رضی

ترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله ، وإن فسخ العقد وهناك دين
وجب على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال فوجب
أن يتقاضاه ليرده .

(فصل) وإن مات أحدهما أو جن انفسخ لأنه عقد جائز فبطل بالموت
والجنون كالوديعة والوكالة . وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو
الولي أن يعقد القراض والمال عرض ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق
يجوز لأنه ليس بابتداء قراض ، وإنما هو بناء على مال القراض الجاز . ومنهم
من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض
على عرض فلم يجوز .

(فصل) وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجره المثل ومات اعتبر
الربح من رأس المال ، لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرج من ماله والربح ليس
من ماله ، وإنما يحصل بنسب العامل فلم يعتبر من الثلث ، وإن مات وعليه دين
قدم العامل على الغرماء لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء .

(فصل) وإن قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل نفذ تصرفه لأن العقد
بطل وبقي الإذن فملك به التصرف ، فإن حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه
شيئاً لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض .

فأما أجره المثل فإنه ينظر فيه فإن لم يرض إلا بربح استحق لأنه لم يرض
أن يعمل إلا بعوض ، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجره المثل ، وإن رضى من غير
ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففي الاجرة وجهان

(أحدهما) لا يستحق وهو قول المازني لأنه رضى أن يعمل من غير عوض
فصار كالمطوع بالعمل من غير قراض

(والثاني) أنه يستحق وهو قول أبي العباس لأن العمل في القراض يقتضى
العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطء في النكاح .

وإن كان له على رجل دين فقال أقبض مالي عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه
عليه لم يصح القراض ، لأن قبضه له من نفسه لا يصح ، فإذا قارضه عليه فقد

قارضه على مال لا يملكه فلم يصح ، فإن اشترى العامل شيئاً في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح فففيه وجهان

(أحدهما) أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لأنه اشتراه له بإذنه ونقد فيه الثمن بإذنه وبرئت ذمته من الدين ، لأنه سلمه إلى من اشترى منه بإذنه ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه عمل ليس له الربح ولم يسلم فرجع إلى أجره عمله .

(والثاني) أن الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه ، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له

(فصل) وإن اختلف العامل ورب المال في تلف المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، أو في الحياة فادعاه رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لأنه أمين والاصل عدم الحيانة فكان القول قوله كالمودع

(فصل) فإن اختلفا في رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ففيه وجهان :

و أحدهما ، لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، والثاني ، يقبل قوله لأن معظم منفعته لرب المال ، لأن الجميع له إلا السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع

(فصل) فإن اختلفا في قدر الربح المشروط فادعى العامل أنه النصف وادعى رب المال أنه الثلث تحالفاً ، لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفاً كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، فإن حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه لم يسلم له المسمى فرجع ببديل عمله

(فصل)

وإن اختلفا في قدر رأس المال ، فقال رب المال ألفان ، وقال العامل ألف فإن لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن الاصل عدم القبض فلا يارمه إلا ما أقر به ، وإن كان في المال ربح فففيه وجهان

أحدهما : أن القول قول العامل لما ذكرناه .

والثاني : أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط ، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فان القول قول البائع .

(فصل) وإن كان في المال عهد فقال رب المال اشترته للقراض ، وقال العامل اشترته لنفسى أو قال رب المال اشترته لنفسك ، وقال العامل اشترته للقراض فالقول قول العامل لأنه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتمير أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه ، فان أقام رب المال البينة انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يحكم بالبينة لأنه لا يشتري بمال القراض الا للقراض .

(والثاني) أنه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعمد فلا يكون للقراض لبطلان البيع .

(فصل) وإن كان في يده عهد فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه وأنكر العامل فالقول قول العامل لان الاصل عدم النهي ولان هذا دعوى خيانة والعامل أمين فكان القول فيهما قوله .

(فصل) وإن قال ربحت في المال ألفا ثم ادعى أنه غلط فيه أو أظهر ذلك خوفا من نزع المال من يده لم يقبل قوله لان هذا رجوع عن الاقرار بالمال غيره فلم يقبل كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط ، فان قال قد كان فيه ربح ولكنه هلك قبل قوله لان دعوى التلف بعد الاقرار لا تكذب اقراره فقبل .

(الشرح) سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وارتفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ، ويجوز فسخه لمن شاء منهما ؛ فهو عقد اتیان كالوديعة والعارية ، فاذا تلف في يده فعلى تفصيل نضرب له مثلا يجتمع فيه

صور المسألة : رب مال دفع ألفي دينار قراضا فتلف أحد الألفين في يد العامل وبقي ألف ، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لها فهذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا .

(والقسم الثاني) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت الألف من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالنصرف الكامل قد صارت قراضا .

(القسم الثالث) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضا وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان ، أحدهما : أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها في الابتاع فعلى هذا يكون رأس المال ألفي دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها قد صارت قراضا .

(والوجه الثاني) أن الألف التالفة لا تصير قراضا لتلفها قبل كمال النصرف ببيع ما اشترى بها فعلى هذا يكون رأس المال ألفي درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها لم تصر قراضا .

فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضا فاشترى العامل بها عرضا ثم تلفت الألف قبل دفعها في ثمن العرض فلا يخلو حال الشراء من أمرين (أحدهما) أن يكون قد تعين الألف فيكون الشراء باطلا ، لان تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع ، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه (والثاني) أن يكون الشراء في ذمة العامل ولم يعقده على عين الألف ففنى الشراء وجهان .

(أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفا إليه ، وهذا على الوجه الذي يتول فيه الشافعي : ان ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض .

(والوجه الثاني) أن الشراء يكون في القراض لانه معقود له ، وهذا على الوجه الذي يقول فيه الشافعي : ان ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل في

القراض ، فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفاً ثانية ، تصرف في ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفي دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف الثالثة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها في ثمن العرض لزم رب المال أن يدفع ألفاً ثالثة ، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين الثالثتين .

فإذا دفع ألفاً قراضاً فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقي فصارت ألفاً وخمسمائة وأراد أن يعرف قدر رأس المال ليقسّمها الربح ، فوجه العمل فيه أن يقال لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر ديناراً وتسع ، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتسع دينار فلو كان قد خسر العامل مائة دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخمس عشرة وعشرون ثم على هذا القياس .

(فرع)

قال الشافعي : وإن مات رب المال صار لوارثه فإن رضى ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه ، وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه وهذا كما قال : عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال والعامل لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما في العقد سواء ، لأنه تم بهما وهو غير لازم ، فإذا بطل بموت كل واحد منهما لم يخجل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل ، فإن كان الميت منهما هو رب المال لم يخجل أن يكون المال ناضاً أو عرضاً ، فإن كان ناضاً والنقض النقود — منع العامل أن يتصرف فيه يبيع أو شراء ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال ويقاسموا العامل على ربح إن كان ، فإن أدنوا له في المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ ، فلا يخجلوا حالهم فيه من أحد أمرين ، إما أن يكونوا عالمين بقدر المال أو جاهلين به ، فإن

كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهـل رشد لا يولى عليهم ولم يتعاق
بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذتهم ، ثم إذا صح
فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل ؛
فإن لم يحصل فبكل المال الذى فى يده قراض لورثة ربه ، وإن كان قد حصل فيه
ربح قبل موت ربه فهو شريك فى المال بحصته من ربحه ، ويختص بما يحصل من
فضله ومضاربه فيما يبقى من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه .

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذتهم له بالقراض فففيه وجهان
مخرجان من وجهين .

(أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول .

(والثانى) أن القراض صحيح لأنه مبتدأ لعقد صحيح ، فإن كان مال القراض
عند موت ربه عرضا فقد قال الماوردى : للعامل بيعه من غير استئذان الورثة ،
ولا يجوز أن يشتري بثمنه شيئا من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد
الماضى ، وإس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف ، فإن أذن له الورثة فى
المقام على قراض أبيهم — فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضا — أى
نقودا — فيكون كإذتهم له بالقراض والمال ناض .

وإن كان قبل بيع العرض ففى جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان
المذكوران ، أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن القراض باطل لأن
عقده بالقراض باطل . الثانى وهو قول أبى إسحاق المروزى أن القراض جائز لأنه
استصحاب لعقد جائز .

وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشترى سواء كان المال
ناضيا أو عرضا ، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن
الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا باذن رب المال أن
عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف فى المال سواء كان المال لربه
أو لوارثه ، وما أوجب ائتمان وارث العامل فى المال لا مع ربه ولا مع وارثه ،
وإذا كان كذلك نظر فى المال ، فإن كان ناضا استرجع رب المال رأس ماله واقسمها

ربحاً ان كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل في المقام على القراض صح
ان كانا عالمين بقدر المال . ويبطل ان كانا جاهلين بقدره وجهها واحداً .

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال من جهة
ربه والعمل من جهة العامل ، فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقياً
لجاز استصحاب العقد المقدم لبقاء مقصوده ، ولم يبطل بحدوث الجهالة فيه ، وإذا
مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يمكن استصحاب العقد المتقدم وكان
استتباب عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه .

وان كان مال القراض عند موت العامل عرضاً لم يحز لوارثه أن يتفرد ببيع
العرض من غير إذن رب المال به ، فإذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال
بفضل ان كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل
- فان كان بعد بيع العرض والعلم بشتمه - صح ، وان كان العرض باقياً أو ثمنه
مجمولاً يبطل وجهها واحداً لما ذكرنا .

{ فرع }

قال الشافعي : وبيع ما كان في يديه مع ما كان من ثياب أو أداة للسفر أو
غير ذلك مما قل أو كثر ، فان كان فيه فضل كان لوارثه وان كان خسرانا كان ذلك
في المال ، وهذا كقوله : واذا بطل القراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان
من مال القراض من غير عرض للتجارة أو أداة للسفر .

قال الشافعي : مع ما كان من ثياب فتتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا الى
أن للعامل أن ينفق على نفسه في سفره من مال القراض ، لأنه لو لم يشتري ثياب
سفره من مال القراض لم يحز بيعها في القراض وهو لعمرى ظاهر يجوز التمسك به
وقد تأوله من ذلك الى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة ، أو
اشتراها لنفسه وهي غير مختصة بسفره ، فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل
من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع .

١ - أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه

٢ - أن يكون أكثر من رأس المال فله رب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل

شريكه في الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع ، فلو تالف بعض المال بعد أن صار ناضاً - نقوداً - نظر فيه ، فإن كانا قد عينا - حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفاً بالخصص . وإن لم يكونا قد عينا حق العامل فيه فالتالف منه تالف من الربح وحده ، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصداً لغيره من رأس المال .

٣ - أن يكون أقل من رأس المال ، إما بخسران حصل في المال أو لحادث أتلف شيئاً منه فيكون ذلك عائداً على رب المال دون العامل ، لأن الربح يعود عليهما والخسران يختص برب المال .

فإن قيل فهل كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما ؟ قيل هما في الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال لأن الخسران يعود إليه ، إلى ما تناوله عقد القراض ، لأنه إنما تناول عملاً من جهة العامل ومالاً من جهة رب المال ؛ فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله . فعلى هذا لو شرطاً في عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلاً لاشتراطهما خلاف موجب .

(فرع) قال المزني : وإن دفع مالا قراضاً في مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أخذ العامل بربحه واقتسم الغرماء ما بقي من ماله ، وهذا صحيح لأنه يجوز للريض أن يدفع مالا قراضاً لما فيه من تمشير ماله ، وسواء قارض العامل على تساوي الربح أو تفاضل فكان أقلهما سهماً أو أكثر ، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ، لأنه يسير الربح وأصل إلى ما لم يكن وأصل إليه لو كلف عن القراض . وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجر المثل لأنه قد كان مالكا للنفقة ، فإذا عاوض عليها في مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف بعض ملكه فكان معتبراً في الثلث ، وليس رب المال مالكا لربح المال الذي صار إلى بعضه فلذا كان من رأس المال

فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال في قليل الربح وكثيره تولى رب المال وإن كان حياً محاسبة العامل واستيفاء الحقين من أصل وربح ، فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان

شريكاً فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته ، وإن كان أجيراً فخقه متعاقق بهين المال كالمزني ، والمزني لا يزاحمه الغرماء في رهنه . وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضاً صح . وإن كان بأقل السهمين من الربح وكان من رأس المال ، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف

(فرع) قال المزني : من ذلك لو دفع إليه ألف درهم فقال : خذها فاشتر بها هروياً أو مروياً (١) بالنصف كان فاسداً لأنه لم يبين ، فإن اشترى بخائز وله أجرة مثله ، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره

إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال : اشتر بها هروياً أو مروياً كان فاسداً باتفاق أصحابنا ، وإنما اختلفوا في علة فساده على ثلاثة أوجه : أحدها : أن علقته أنه قال : فاشتر بها هروياً أو مروياً فلم يبين أحد النوعين من المروى والمروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلاً ، والقراض إنما يصح بأن يتم جميع الاجناس أو يعين أحد الاجناس

والثاني : وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون الرب للمال أو للعامل . قال واشترطه نصف الربح للعامل غير مبطل له فصار لنفسه مبطلا للقراض ما لم يبين نصيب العامل ، واشترطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض ؛ فصار القراض بهذا القول متردداً بين الصحة والفساد فبطل

والثالث : وهو اختيار أبي إسحاق المروزي : أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع ، والقراض إنما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل ، فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في علة فساده ، فإن اشترى كان الشراء جائزاً لأنه مأمور به وله أجرة مثله ، وإن باع كان البيع باطلاً لأنه غير مأمور به

وإذا قال : خذ هذا المال قراضاً ، ولم يزد على ذلك كان قراضاً فاسداً للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح . إلا أن شراء العامل وبيعه جائز ، لأنه أمر

(١) ثياب تنسب إلى مدينها التي صنعت فيها مثل هراء ومرو وهما مدينتان

بين بخاري ونيسابور وراء بحر قزوين

أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجره مثله . وحكى عن أبي العباس بن سريج أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه .

قال الماوردي : وهذا المحكى عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك في إطلاق القراض لجاز مثله في البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة ، وكذا في الإجارة وكل العقود .

فأما إذا قال : خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضا صحيحا ، ويصح شراء العامل وبيعه ، وهل يكون قراضا فاسداً أو معونة ؟ على وجهين :

أحدهما : يكون استعانة بعماله كما لو قال : اشتر وبع على أن جميع الربح لي . فعلى هذا لا أجره للعامل في عمله

والثاني : أنه يكون قراضا فاسداً لأنه الاغلب من حال أمره وحال قوله : على أن جميع الربح لي لما فيه من التصريح بأن لا شيء له فيه . فعلى هذا يكون للعامل أجره مثله ، وسواء حصل في المال فضل أو لم يحصل

(فرع)

قال المزني : وإن قال خذها قراضاً أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان ، فإن علما ذلك لجائز ، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد . وهذا كما قال : إذا دفع المال قراضاً من غير أن يسمى في الربح قدرأ ففعله محمول على مثل ما قارض زيد عمراً ، فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما ، لأنهما عقداه بمعلوم من الربح ، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله : على مثل ما قارض به زيد عمراً كان القراض باطلا لجهلهاما بقدره . والجهالة بقدر الربح مبطله للقراض

فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً . وهكذا لو عليه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض ، لأن جهل

أحد المتعاقدين بالعوض كجهام ما، به ، فلو قال : خذ قراضاً على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلاً ، لأن زيدا قد يقارض عمراً وقد لا يقارضه ، وقد يقارض على قليل أو كثير . وهكذا لو قال خذ قراضاً على ما وافقك عليه زيد لم يجز للجمل بما يكون من موافقته .

وهكذا لو قال : خذ قراضاً على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقتدك لم يجز لجهله بكفايته وقناعته ، فإن اشترى وباع في هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخمران لرب المال وعليه ، وللعامل أجره المثل :

(فرع) إذا اختلف رب المال والعامل في قدر رأس المال فقال العامل : هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان ، فإن لم يسكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه ، وإن كان في المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله ، مثل أن يدعى العامل - وقد أحضر ألفي دينار - أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح ، فقيه لأصحابنا وجهان ، وعن أبي حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين في العامل هل هو وكيل أو شريك ؟

(أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل : إن العامل وكيل مستأجر . وهذا قول زفر بن الهذيل

(والثاني) أن القول قول العامل إذا قيل إنه شريك مساهم . وهذا قول محمد بن الحسن ، وهو أصح الوجهين في اختلافهما ، لأن قوله نافذ فيما بيده ، فعلى هذا لو أحضر ثلاثة آلاف دينار وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان . وقال رب المال : رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الألفين ربهما ، وجعل رأس المال ألفاً .

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف : رأس المال منها ألف والربح ألف والألف الثالثة لي ، أو ودبعة في يدي ، أو هي دين علي من قراض وادعاه رب المال ربحاً فالقول قول العامل مع يمينه لما كان يده واقفه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب العبد المأذون له في التجارة)

لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعها مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذوناً له لأنه تصرف بغيره إلى الإذن فلم يكن السكوت إذناً فيه كبيع مال الأجنبي فإن اشترى شيئاً في الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الإصطخري وأبو اسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالفلس ويخالف النكاح فإنه تنقص به قيمته ويستضر به المولى فلم يصح من غير إذنه ، فإن قلنا : أنه يصح دخول المبيع في ملك المولى لأنه كسب للعبد فكان للمولى كما لو احتش أو اصطاد ويثبت الثمن في ذمته لأن اطلاق البيع يقتضي إيجاب الثمن في الذمة ، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضى بذمته فلو لمه الصبر إلى أن يقدر كما نقول فيمن باع من مفلس ، وإن لم يعلم ثم علم فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن ، وإن قلنا إن الشراء باطل وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد فإن تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق لأنه رضى بذمته وإن تلف في يد السيد جاز له مطالبة المولى في الحال ومطالبة العبد إذا عتق لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق .

(فصل) وإن أذن له في التجارة صح تصرفه لأن الحجر عليه لحق المولى وقد زال وما يكتسبه للمولى لأنه إن دفع إليه مالا فاشترى به كان المشتري عوض ماله فكان له ، وإن أذن له في الشراء في الذمة كان المشتري من أكسابه لأنه تناوله الإذن فإن لم يكن في يده شيء أتبع به إذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له في رقبته فلم يقض منها دينه .

(فصل) ولا يتجر الا فيما أذن به لان تصرفه بالإذن فلا يملك الا ما دخل فيه فان أذن له في التجارة لم يملك الاجارة ، ومن أصحابنا من قال : يملك اجارة ما يشتره للتجارة لانه من فوائد المال فملك العقد عليه كالصوف واللبن ، والمذهب الاول لان المأذون فيه هو التجارة ، والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن في التجارة .

(فصل) ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لان اطلاق الاذن يحمل على العرف والعرف هو البيع بالنقد وثن المثل ولانه يتصرف في حق غيره فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط وليس فيها ذكرناه نظر ولا احتياط فلا يملك ولا يسافر بالمال لان فيه تغريراً بالمال فلا يملك من غير إذن ، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه ففيه قولان .

١ (أحدهما) أنه لا يصح وهو الصحيح لان الاذن في التجارة يقتضى ما ينتفع به ويربح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه (والثاني) أنه يصح لان العبد لا يصح منه الشراء لنفسه فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب أن يملك جميع ما يملك فان قلنا يصح فان لم يكن عليه دين عتق ، وان كان عليه دين ففيه قولان ، أحدهما يعتق لانه ملكه ، والثاني : لا يعتق لأن حقوق الغرماء تعلقت به فان اشتراه باذنه صح الشراء فان لم يكن عليه دين عتق عليه ، وان كان عليه دين فعلى القولين ومتى صح العتق لزمه أن يغرر قيمته للغرماء لانه أسقط حقهم منه بالعتق .

(فصل) وإذا اكتسب العبد مالا بأن احتش أو اصطاد أو عمل في معدن فأخذ منه مالا أو ابتاع أو اتهم أو أوصى له بمال فقبل دخل ذلك في ملك المولى لانها اكتساب ماله فكانت له فان ملكه مالا ففيه قولان ، قال في القديم : يملكه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع ولانه يملك البضع فملك المال كالحر ، وقال في الجديد . لا يملك لانه سبب يملك به المال فلا يملك به العبد كالارث فان ملكه جارية وأذن له في وطنها ملك وطأها في قوله القديم ولا يملك في الجديد وان ملكه نصاباً لم يجب زكاته على المولى في قوله القديم ويجب في الجديد ؛ فان

وجب كتمارة عليه كفر بالطعام والكسوة في قوله القديم وكفر بالهجوم في قوله الجديد ، وأما العتق فلا يكفر به على القولين لان العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء وان باعه وشرط المبتاع ماله جاز في قوله القديم أن يكون المسال مجهولا لأنه تابع ولا يجوز في الجديد لانه غير تابع والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : لا يبطل الاذن بالاباق ، وقال أبو حنيفة : يبطل لانه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه مالو باعه .

وقال أحمد : ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره ، وما ذكره أبو حنيفة غير صحيح ، فان سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه واجارته بمن يقدر عليه ويبطل بالمنصوب .

ولا يجوز المأذون في التجارة التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب ولا الهبة بالمال كقول ولا اعارة الدابة ، وقال أحمد : يجوز هبته واعارته دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن امرافا ، وبه قال أبو حنيفة .

دليلنا : أنه تبرع بماله فلم يحز كهبة دراهمه ، وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ، وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمرهم وهو يومئذ عبد ، رواه صالح في مسأله بأسناده ، قال ابن قدامة : ولأن العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز المرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها والله تعالى أعلم .

كتاب المساقاة

تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع ، وتجوز على السكرم لأنه شجر تجب الزكاة في ثمرته بجازت المساقاة عليه كالنخل ، وتجوز على الفسلان وصغار السكرم إلى وقت تحمل لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والسكرم ، ولا تجوز على المباطح والمقائز والعلاف وقصب السكر لأنها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع . واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة كالبن والتفاح ، فقال في القديم : تجوز المساقاة عليها ، لأنها شجر مثمر فأشبهه النخل والسكرم . وقال في الجديد : لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب^(١) والخلاف .

واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الأم : تجوز لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر أبعد أولى .

وقال في البويطى : لا تجوز ، لأن المساقاة عقد على غرر ، وإنما أجزى على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل ، فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة ، فلم تجز .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه الجماعة ، وقد جاء في رواية الصحيحين عن ابن عمر أيضا أن النبي (ص) لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقرم بها على ذلك ما شئنا ،

(١) قال ابن بطال : الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية اسبنديدار . والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كما ورد ، وسمعهنا بالتخفيف وروى بالتثنية . وذكر ابن قتيبة في كتاب عيون الأخبار أن الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصنصاف

وعن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا رواه أحمد والبخاري بمعناه . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قالت الأنصار للنبي صلى الله عليه وسلم : أقسم بيننا وبين إخواننا النخل . قال لا ، فقالوا تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا . رواه البخاري . وعن طاوس أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والرابع ، فهو يعمل به إلى يومك هذا . رواه ابن ماجه . قال البخاري وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزعمون على الثلث والرابع ، وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وآل عمر . قال وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر . وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا . وقال الشافعي : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرض بينه وبينهم ، ثم يقول : إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي .

والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجرة ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره ، إلا أن هذا التعريف على سعة يقتضى وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه ، فقيد الشافعي هذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال . فخص المساقاة في قوله الجديد بالنخل والكروم وخصها داود بالنخل فقط ، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول ، وأجازها عبد الله بن دينار في البقول ، وجعلها أحمد في الشجر والنخل والسكرم

وقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع ، فأما السنة فقد مضى حديث ابن عمر المتفق عليه ، وأما الإجماع فقد قال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فإن عبد الله بن عمر الذي روى حديث معاملة أهل خيبر قد رجح عنه وقال : كنا نخاير

أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
المخابرة . وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويبدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه
عن العمل به إلى حديث رافع .

(قلت) هذا الكلام فيه نظر ، لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على مخالفة
الإجماع ، ولا حديث ابن عمر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل
خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده ، ثم من بعدهم ، فكيف يتصور نهى
الرسول عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عهد الخلفاء ولم يخبرهم من
سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم .

قال ابن قدامة : فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع
وعلى أنه قد روى في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا ، فروى
البخارى بإسناده قال : كنا نكفر الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض ،
فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهيتمنا .
فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، روى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع
الفساد وهو مضطرب جداً

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال : رافع روى عنه في هذا ضروب
قال الأثرم كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ؛ وقال طاووس :
إن أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبر أن النبي (ص) لم ينه عنه وإنما قاله لأن
يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً ، متفق عليه

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي
صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعد خبر
لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ، ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن
شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه . وأما غير ابن عمر فقد
أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل عليه .
فإن كثيراً من اصحاب النخيل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه ،
وقال الماوردي في الحارثي : والمساقاة في تسميتها ثلاثة تأويلات ، أحدها أنها

سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما تشرب بساق . والثاني : أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمي سقياً فاشتقوا اسم المساقاة منه . والثالث أنها سميت بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقي فاشتق اسمها منه .

قال والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين في جوازها وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا حنيفة وحده دون سائر أصحابه ، فإنه تفرد بإبطالها ، وحكى عن النخعي كراهتها .

واستدل من نصر قول أبي حنيفة على إبطال المساقاة بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها ، وبين قلتها وكثرتها ، فكان الغرر فيها أعظم : فافتضى أن يكون بإبطال العقد أحق ، ولأنه عتمد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقوداً ببعضها كالمخابرة ، ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلاً كالبيع ، لأنه عمل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلاً كما لو استؤجر على عمل بثمره هذه الثمار في القابل ولأن المساقاة اجارة على عمل جعلت الثمرة فيه أجرة والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة أو ثابتة في الذمة ، وما ثمره نخل المساقاة غير معين ولا ثابت في الذمة فوجب أن تكون باطلة ولأن الممتنع من المساقاة فيها سوى النخل والسكر من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن .

فاذا ثبت ما ذكرنا فإن المساقاة لا تصح في الزرع لأنها كالمخابرة على الزرع وقد نهى عنها النبي (ص) لما رواه أحمد ومسلم عن جابر قال : كنا نخابر على عهد رسول الله (ص) فنصيب من القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبي (ص) : من كان له أرض فليرزقها وليجرئها أخاه وإلا فليدعها ، واختلف قوله في سائر الأشجار فأجازها في قوله القديم في التين والتفاح لأنها شجر مثمر فأشبهه النخل إلا أنه قال في الجديد ، والمساقاة جائزة بما وصفت في النخل والسكر دون غيرها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالحرص وثمرهما مجتمع بائن من شجره ، ولا حائل دونه يمنع احاطة النظر اليه ؛ وثمر غيرهما متفرق بين أصفاف ورق شجره ولا يحاط بالنظر اليه .

وجملة الثمر من النبات مئعرا على ثلاثة أقسام ، قسم لا يختلف مذهب الشافعى فى جواز المساقاة عليه وهو النخل والسكرم ، وقال داود : المساقاة جائزة فى النخل دون السكرم ، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها فى البعل من النخل وفى السكرم ، واختلف أصحابنا فى جواز المساقاة فى السكرم ، هل قال به الشافعى نصاً أو قياساً ، فقال بعضهم : بل قال به نصاً وهو ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى فى النخل والسكرم ، وقال آخرون - وهو الأشبه : إنه قال به قياساً على النخل من وجهين ذكرهما : أحدهما لاشتراكهما فى وجوب الزكاة فيها ، والثانى : بروز ثمرهما وإمكان خرصهما .

(والقسم الثانى) مالا يختلف مذهب الشافعى فى بطلان المساقاة فيه ، وهو المقائى والمباطخ والبـاذنجان ويسمىها الزراعيون النباتات الزاحفة (١) وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض . وحكى عن مالك جوازها فى هذا كله مالم يبد صلاحه .

(والقسم الثالث) ما كان شجراً وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز المساقاة عليه قولان ، أحدهما : وبه قال فى القديم وهو قول أبى ثور : ان المساقاة عليه جائزة ، ووجهه أنه لما اجتمع فى الأشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إيجارها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها ، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل ، ولان المساقاة مشتقة مما يشرب بساق .

والقول الثانى : وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصاً بالنخل والسكرم لما ذكره الشافعى من المعنيين فى الفرق بين النخل والسكرم وبين الشجر .

(١) عند علماء النبات : الزاحفة كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار ، والمثلثة كالعنب والياسمين واللوف ، والنباتات الدرنية كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الأشجار الخشبية المنعرة لأنها كالتفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة .

(أحدهما) اختصاص النخل والسكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار .

(والثاني) بروز ثمرها وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار ، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاه عليها سحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما نصح المخابرة في البياض الذي بين النخل ويكون تبعا .

فوائد أصولية

انعقد اجماع الصحابة عن سيرة أبي بكر وعمر رضى الله عنهما في مساقاة أهل خيبر بعد النبي صلى الله عليه وسلم اتباعا له الى أن حدث من اجلاتهم ما حدث ، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز اجارتها جاز العمل عليها ببعض ثمنها كالدراهم والدنانير في القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين ، أحدهما ذكره أبو علي بن أبي هريرة أن الامة بجمعة على جواز القراض وما انعقد الاجماع عليه فلا بد أن يكون حكمه مأخوذا عن توقيف أو اجتهاد يرد الى أصل ، وليس في المضاربة توقيف نص عليه ؛ فلم يبق الا توقيف اجتهاد أدى الى الحاقه بأصل ، وليس في المضاربة في الشرع أصل ترد اليه الا المساقاة ، وإذا كانت المساقاة أصلا لفرع بجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه ، والثاني : ذكره أبو حامد الاسفراييني وهو أنه لما جازت المضاربة اجماعا وكانت عملا على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عوض على عمل معتاد من ثمرة نمائية .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجوز الا على شجر معلوم ، وان قال : ساقينك على أحد هذين الحائطين لم يصح ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره ؟ فيه طريقان أحدهما : أنه على قولين كالبيع : والثاني : أنه لا يصح قول واحد لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف اليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع .

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لانه عقد لازم ، فلو جوزناه مطلقا استبد العامل بالاصل فصار كالمالك ، ولا تجوز على اقل من مدة توجد فيها الثمرة فان ساقاه على النخل او على الودي الى مدة لا تحمل لم يصح ، لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ، وذلك لا يوجد ، فإن عمل العامل فهل يستحق أجره المثل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يستحق ؛ وهو قول المزني ، لانه رضى أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الاجرة كالمناطوع في غير المساقاة (والثاني) أنه يستحق ، وهو قول أبي العباس ، لان العمل في المساقاة يقتضى العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح ، وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان .

أحدهما : أنها تصح لانه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة ، فأشبهه اذا ساقاه الى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب . والثاني : أنها لا تصح وهو قول أبي اسحاق لانه عقد على عوض غير موجود ، ولا الظاهر وجوده ، فلم يصح ، كما لو أسلم في معدوم الى محل لا يوجد في الغالب ، فعلى هذا ان عمل استحق أجره المثل ، لانه لم يرض أن يعمل من غير ربح ، ولم يسلم له الربح ، فرجع الى بدل عمله . واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة ، فقال في موضع : سنة ، وقال في موضع : يجوز ما شاء ، وقال في موضع : يجوز ثلاثين سنة ، فن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أقوال .

أحدها : لا تجوز بأكثر من سنة ، لانه عقد على غرر أجز للحاجة ولا تدعو الحاجة الى أكثر من سنة ، لان منافع الاعيان تتكامل في سنة .

والثاني : تجوز ما بقيت العين ، لان كل عقد جاز الى سنة جاز الى أكثر منها كالكتابة والبيع الى أجل .

والثالث : أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الثلاثين شطر العمر ؛ ولا تبقى الاعيان على صفة أكثر من ذلك ؛ ومنهم من قال : هي على القواين الاولين ، وأما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التأكيد ، لا على سبيل التحديد ، وهو الصحيح .

فان ساقاه الى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ، لأن شهور السنة لا تختلف

منافعها ، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان ، أحدهما : لا يجب ذكر كل سنة كما إذا اشترى أعيانا بشمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها ، والثاني : يجب ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم تأمن أن يتفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال : القولان في الاجارة ، فأما في المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنه من العوض ، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين .

(فصل)

وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لأنها نائمة حدثت بعد انقضاء العقد وإن أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلح تعلق بها حق العامل لأنها حدثت قبل انقضاء المدة

(الشرح) قال الشافعي : فإذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهي المساقاة التي ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم اه .

(قلت) إذا تقرر هذا ، فإن المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة ، والفرق بينهما أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل ، فكان في ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل ، ونماء المال في المضاربة متصل بالبيع فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازماً في المساقاة وجائزاً في المضاربة ، وإذا كان كذلك فإن صحة العقد فيها معتبرة بأربعة شروط

١ - أن تكون النخل معلومة ، فإن كانت مجهولة بأن قال : ساقيتك أحد حوائطي ، أو على مال يثبت من نخلي كان باطلاً ، لأن النخل أصل في العقد فبطل بالجهالة كالبيع ، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه ، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع ، وذهب آخرون منهم - وهو الأصح - إلى فساد العقد قولاً واحداً .

وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرر بالغرر ، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية ، جرى على احتماله فصح فيه ، وعقد المساقاة غرر فإذا دخل

عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه ، وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد - فإن كانت عند عقد المساقاة مثمرة - فقد قال المزني : إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز ، وإن كان بعده لم يجوز .

وقال أبو ثور : إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز ، وإن لم تحتج لم يجوز . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت تزيد جاز ، وإن لم تزيد لم يجوز . فأما الشافعي فقد حكى عنه في الإملاء جوازها من غير تفصيل ، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى ، ولعل هذا على قوله في الأم إنه أجبر ، والمشهور من مذهبه والأصح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال . وقد حكى البوطي ذلك عنه نصاً كما أشار إليه الماوردي ، لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً في حدوث الثمرة ، كما أن لعامل المضاربة تأثيراً في حصول الربح ؛ ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق ، كذلك المساقاة ، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما تحدث من ثمرة العام المقبل لم يجوز لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحاً لثمرة قائمة من غير بدل .

(فرع) فإذا ثبت أن المساقاة عقد لازم فإنها لا تجوز إلا على مدة معلومة وهذا الشرط هو أحد الشروط الأربعة أن يكون النخل معلوماً ، وأن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوماً مدة تكون لهما معلومة . وأن يعقد بافظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث : يجوز إطلاقها من غير تقدير بمدة محددة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقدر لأهل خيبر مدة .

وقال أبو ثور : إن قدر مدة لزممت إلى انقضائها ، وإن لم يقدر مدة صحت وكانت على سنة واحدة ، وكلا القولين خطأ عندنا ، فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل ، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التي قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوعاً متناهياً ، فإن تأخر طلوعها فيها بجاذت أطلعت بعد تقضيها فعلى الأصح من المذهب في أن العامل شريك تكون بينهما ، وإن انقضت المدة ، وإن استحق الثمرة إلا فيها اخنص بالعمرة من تأبير وتلقيح إن قيل بأن الأمل أجبر فلا حق

له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل، ولا يستهلك عمله بغير مال فيحكم له حينئذ بأجرة المثل، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعي: تجوز المساقاة سنين .

(قلت) فإذا عرفنا أن أقلها مدة تطلم فيها الثمرة وتستغنى عن العمل فإن أقصاها، فقد حكى الماوردي أنها كالأجارة، وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعي في أكثر مدة الاجارة على قولين (أحدهما) لا تجوز إلا سنة واحدة لزيادة الفرر فيها زاد على السنة . والقول الثاني: تجوز سنين كثيرة

قال الشافعي تجوز ثلاثين سنة . فن أصحابنا من جعل الثلاثين حداً لا أكثر المدة اعتباراً بظاهر كلامه . وذهب سائرهم - وهو الصحيح - إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بمحد لاكثر المدة، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التأكيد (والثاني) أنه محمول على ما لا يبقى أكثر من ثلاثين سنة

فعلى هذا تجوز الاجارة سنين كثيرة، فمهل ذكر اجارة كل سنة لازم فيها على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين اجارة كل سنة منها (والثاني) لا يلزم فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة كما لا تجوز الاجارة أكثر من سنة (والثاني) تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل اليها كما تجوز الاجارة سنين كثيرة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجوز إلا على جزء معلوم، فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز، لحديث ابن عمر، فإن عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح، لأن ذلك يقع على القليل والكثير، فيعظم الفرر. وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل، وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل، وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها لم يصح لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل، أو لا يحمل إلا هي فيستضر رب النخل؛ وإن ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة

لم يصح ، لأنه شرط عليه بعد حقه فلا يستحق عليه عوضاً . وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح كما يصح أن يعمل في جميع السنة ؛ وإن كانت الثمرة في بعضها (والثاني) لا يصح لأنه يعمل فيها مدة ثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها .

(فصل) ولا يصح إلا على عمل معلوم فإن قال إن سقيته بالسيح فلك الثلث وإن سقيته بالناضح فلك النصف لم يصح لأنه عقد على مجهول .

(فصل) وتنعقد بلفظ المساقاة لأنه موضوع له وتنعقد بما يؤدي معناه ، لأن القصد منه المعنى ، فصح بما دل عليه ، فإن قال استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح لأنه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح .

(فصل) ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وفي خيار المجلس وجهان (أحدهما) يثبت فيه لأنه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كإبيع (والثاني) لا يثبت لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس ، فلو ثبت فيه خيار المجلس اثبت فيه خيار الشرط كإبيع .

(فصل) وإذا تم العقد لم يحجز لواحد منهما فسخه لان النماء متأخر عن العمل ، فلو قلنا انه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ولا تحصل له الثمرة (فصل) وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح

وصرف الجريد واصلاح الاجاجين وتنقية السواقي والسقي وقلم الحشيش المضر بالنخل ، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لأن ذلك يراد لحفظ الاصل ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله

واختلف أصحابنا في الجذاذ واللقاط ، فمنهم من قال لا يلزم العامل ذلك ، لأن ذلك يحتاج اليه بعد تكامل النماء ، ومنهم من قال يلزمه لأنه لا تستغنى عنه الثمرة .

(فصل) وإن شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لان موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ، فإذا لم يحجز شرط المال على العامل لم يحجز شرط العمل على رب المال ، وإن شرط أن

يعمل معه غلمان رب المال فقد نص في المساقاة أنه يجوز . واختلاف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه ، فمنهم من قال لا يجوز فيها لأن عمل الغلمان كعمل رب المال ، فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه ، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره

(والثاني) يجوز فيهما ، لأن غلمانه ماله ، لجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع ، بخلاف رب المال فإنه مالك ، فلا يجوز أن يجعل تابعاً لماله (والثالث) أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض ، لأن في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره ، لجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه ، وليس في القراض ما يلزم رب المال ، فلم يجز شرط غلمانه . فإذا قلنا إنه يجوز لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف ، ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل ، وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل جاز ، لأن بعملهم ينحفظ الأصل وتزكو الثمرة ، وإن لم بشرط ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنها على العامل ، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه .
(والثاني) أنها على رب المال ، لأن شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه :
(والثالث) أنها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها .

(فصل) وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين في العامل في القراض (أحدهما) تملك بالظهور (والثاني) بالتسليم . ومنهم من قال في المساقاة تملك بالظهور قولاً واحداً ، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور . والربح جعل وقاية لرأس المال فلم يملك بالظهور في أحد القولين (فصل) والعامل أمين فيما يدعى من هلاك وفيها يدعى عليه من خيانة ، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله ، فان ثبتت خيانته ضم إليه من يشرف عليه ولا تزال يده ، لأن العمل مستحق عليه ويمكن استيفاءه منه فوجب أن يستوفي وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفي بغيره

(فصل) وان هرب رفع الامر الى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه فان لم يكن مال افترض عليه ، فإن لم يجد من يقرضه فرب النخل أن يفسخ ،

لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ ، كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع فإن فسخ نظرت فإن لم تظهر ثمرة فهي لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجره ما عمل ، وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير إذن الحاكم لم يرجع لأنه متبرع وإن لم يقدر على إذن الحاكم فإن لم يشهد لم يرجع لأنه متبرع ؛ وإن أشهد ففيه وجهان . أحدهما يرجع لأنه موضع ضرورة ، والثاني لا يرجع لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره وهذا لا يجوز لا ضرورة ولا غيرها

(فصل) وإن مات العامل قبل الفراغ فإن تم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وإن لم يعمل ، فإن كان له تركة استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من الركبة فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين وله تركة ، وإن لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل لأن الموروث لا يطالب به الوارث كالدين ولا يقترض عليه لأنه لازمة له ولرب النخل أن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فإن فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب .

(فصل) وإن ساقى رجلاً على نخل على النصف فعمل فيه الدامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لأنه عمل بهوض ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله ، فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك فإن تلفت رجع بالبدل ، فإن أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع ، وإن أراد أن يضمّن العامل ففيه وجهان ، أحدهما يضمّن الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمّنه كالعامل في القراض في المال المغصوب ، والثاني لا يضمّن إلا النصف لأنه لم يحصل في يده إلا ما أخذه بالقسمة وهو النصف ، فأما النصف الآخر فإنه لم يكن في يده ، لأنه لو كان في يده لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض

(فصل) إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط ، فقال العامل شرط لي النصف وقال رب النخل شرطت لك الثلث تحالفاً لانهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بيئة فتحالفا كالمبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وبالله التوفيق

(الشرح) حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر وقد مضى تخريجهم ويبان طريقه وما قيل من رجوع ابن عمر عنه ، أما قوله : السبيح فهو الماء الجاري ويسميه الفلاحون في ديارنا المصرية (السقي بالراحة) وهو مالا يحتاج إلى شد للماء بالسواقي أو الشواذيف وإنما يرتفع الماء في جداوله على أعلى من مستوى سطح الأرض فيفتح الزارع فتحة من المسقاة فينساب الماء سيجاناً إلى الأرض المراد سقيها فيغمرها في لحظات قصيرة ، أما التلقيح فهو التأبير ، أما صرف الجريد وهو تنحيته وتخفيفه وبتراً أسدأفه لتمذيب النخل والحلوص إلى العذوق بغير أن تؤذى سلاها والأجاجين جمع أجانة وهو العلسوت والمواجير والمرآكن الكبير التي تغسل فيها الثياب .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي : ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم . قلت : لانه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة ، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبها ، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها ، ولا يكفيه إلا أكثرها ، فإن قيل : فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة ؟ قيل : لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها .

(فرع) قال الشافعي : وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز ، قال الماوردي : هذا صحيح ؛ لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل في الثمر فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها وأفضى إلى أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه لانه قد يجوز أن لا تحمل تلك النخلات فينصرف العامل بغير شيء ، ويجوز أن لا تحمل الا تلك النخلات فينصرف رب المال بغير شيء .

(فرع) وتحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم أحد شروط عقد المساقاة على أن يكون شائعاً في الثمرة غير معين من نصف أو ربع أو ثلث أو عشر قل ذلك الجزء أو أكثر ، فإن جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم له

الحاكم لم يجز للجهل به ، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة ، وأنه ربما كان جميعها أو سهماً يسيراً منها ، فلو قال : قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبي العباس بن سريج جوازها وجدل الثمرة بينهما نصفين بالسوية حملا لهما على عرف الناس في المسافة وتسويته بينهما في الثمرة ، وقد خطأ المـاوردى هذا لأن ترك ذكر العوض في العقد لا يقتضى حمله على معهود الناس عرفاً ، كالبيع والاجارة ، مع أن العرف مختلف .

فإذا قال : عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبي العباس لأنه ليس للمعاملة عنده عرف ، فلو قال : ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علماً قدر ذلك جاز ، وإن جهلاً أو أحدهما لم يجز ويجوز أن يكون النصيب مختلفاً فيكون في السنة الأولى النصف والثانية الثلث والثالثة الربع ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل في كل عام حتى يتساوى نصيبه في جميع الأعوام وهذا خطأ لأن ما جاز أن يكون العوض في أحواله منفقاً جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والاجارة ، فإذا علم نصيب العامل ورب المال فذهب الشافعي أن العامل شريك في الثمرة بقدر حصته .

وقد خرج قول آخر أنه أجبر كالمضاربة ، ويختص رب المال بتحمل الزكاة دون العامل والأصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصته كل واحد نصيباً ففي وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين في الخاطئة في غير المواشى هل يكون كالمخاطئة في المواشى ، وقد مضى في الزكاة للإمام النووي إفاضة وإفادة فيه .

(فرع) الشرط الرابع من شروطها عقدتها بلفظ ساقيتك ليفتق الاحتمال عنها فان عقداً ، بلفظ الاجارة بان قال : استأجرتك للعمل فيما كان العقد باطلاً لأن الاجارة فيها لا تصح ، فإذا عقداً بلفظ الاجارة ، انصرف إلى الاجارة فيطل ، وإن لم يعتمدها بواحدة من اللفظتين وقال : قد عاملتك عليهما بالعمل فيما على الشطر من ثمرها ففيه وجهان .

أحدهما : أن العقد صحيح لأن هكذا يكون عقد المساقاة .
والثاني : أن العقد باطل ، لأن هذا من أحكام العقد فلم ينعقد به العقد ،
وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع على ما فصله واستقصاه مجيداً السبكي
في النكح الاوّل اذا عقد بلفظ التمليك .

(فرع) فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجوز فيه خيار
الثلاث ، واختلاف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين كالاجارة
وجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان ،
لأنه عقد غير مضمون ، ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه ، فان لم يعمل في
النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمرة ان قيل : انه شريك ، ولا شيء له فيها
ان قيل : انه أجير ، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد ،
فان أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون
كالاجارة ، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لانه لا يملك الزيادة ، والفرق بين المساقاة
حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجوز للعامل أن يضارب بها أن
تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال لان العقد ليس بلازم فلم
يملك الاثنيات عليه في تصرفه ، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه
للزوم العقد فذلك الاستنابة في تصرفه .

(فرع) قال الشافعي : وكل ما كان مستزاداً في الثمرة من اصلاح للهار
وطريق الماء وتصريف الجريد ، وبار النخل وقطع الحشيش الذي يضر بالنخل
أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة ، وأما سد الحظار
فليس فيه مستزاد لاصلاح في الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقاة ، فان قال :
فان كان اصلاح للنخل أن يسد الحظار - بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة كسكاب
بعد ظاء معجمة : الحائط - فيكذلك أصلح لها أن يبني عليها حظار لم يكن ، وهو
لا يجيزه في المساقاة ، وليس هذا الاصلاح من الاستزادة في شيء من النخل انما
هو دفع الداخل ، قلت : والعمل المشروط في المساقاة على أربعة أنواع :

١ - ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل .

٢ - ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة .

٢ - ما يعود نفعه على النخل والثمرة ٤ - ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل .

فالأول مثل الإبار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً أو جدادها تمراً . فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم الى (ا) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تصلح الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار (ب) ما لا يجب عليه فعله إلا بالشرط ، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة ، وقد اصاح به - دمه كـ تصريف الجريد وتدلية الثمرة (ج) ما هو مختلف فيه ، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعده

(الثاني) أنه واجب على العامل بغير شرط ، لأن الثمرة لا تستغنى عنه ،

وإن تكاملت قبله .

وأما النوع الثاني وهو ما يعود على النخل دون الثمرة ، فمثل سد الحظار وحفر الآبار وشق السواقي ورفع مياه الأنهار ، فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة ، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل . وكذا ما شاكلة من عمل الدواليب وإصلاح الزرائيق ، فإن شرط رب المال على العامل شيئاً ما ذكرنا كان الشرط باطلاً ، والمساقاة فاسدة . وقال بعض أصحابنا : يبطل الشرط وتصح المساقاة حملاً على الشروط الزائدة في الرهن تبطل ولا تبطل معها الرهن في أحد القولين ، وقد خطأ جمهور فقهاءنا هذا لأن عقود المعارضات إذ اتضمت شروطاً فاسدة بطلت كـ لشروط الفاسدة في البيع والاجارة

والنوع الثالث وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة ، فكالسقي والابارة وقطع الحشيش المضر بالنخل الى ما جرى هذا المجرى مما فيه اصلاح النخل ومستزاد في الثمرة مما لا تصلح الثمرة الا به كالسقي فيها لا يشرب بعروقه كـنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفعل سواء ، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقد واشتراطه عليه تأكيداً لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة

(والوجه الثاني) أنه واجب على رب النخل ، واشتراطه عليه مبطل للعقد

لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة (والثالث) أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة ، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه ، فإن شرط على العامل لزمه ، وإن شرط على رب النخل لزمه ، وإن أغفل لم يلزم واحداً منهما ، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه ، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تسمير ماله .

وأما النوع الرابع ، وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة : فهو كالاتواط على العامل أن يبني له قصرأ أو يخدمه شهراً أو يسقي له زرعاً تنافى العقد وتمنع من صحته ، لأنه لا تعلق لها به ولا تخصص بشيء من مصلحته (فرع) قال الشافعي : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، والمساقون عمالاً لا عامل للنبي صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم . فإذا كان يجوز المساق أن يساقى نخلاً على أن يعمل فيه عمال الحائط ، لأن رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقاً ليسوا في الحائط يعملون فيه ، لأن عمل من فيه وعمل من ليس فيه سواء ، وإن لم تجز إلا بأن يكون على الداخل في المساقاة العمل كله لم يجز أن يعمل في الحائط أحد من رقيقه ، وجواز الأمرين من أشبه الأمر وعندنا والله أعلم قال ونفقة الرقيق على ما تشارط عليه ، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم ، فإذا جاز أن يعملوا المساق بغير أجره جاز أن يعملوا له بغير نفقة . اهـ وبقيّة الفروع التي فصلها المصنف على وجهها ، والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب المزارعة)

لا تجوز المزارعة على بياض لاشجر فيه لما روى سليم بن بشار أن رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله (ص) وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع . قلنا وما ذلك ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلك ولا بربع ولا بطعام مسمى . فأما إذا كانت

الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها نظرت فإن كان النخل كثيراً والبياض قليلاً جاز أن تساقبه على النخل وتزرعه على الأرض لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي (ص) عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة لأنها إنما أجزت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة . وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان (أحدهما) لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبهه إذا قدمت (والثاني) تصح لأنها يحصلان لمن له المساقاة ، وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض جاز لأن النبي (ص) عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع ، فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض ، والثاني لا يجوز لأنها إذا تفاضلتا تميزا فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر ، فإن كان النخل قليلاً والبياض كثيراً ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لا يمكن سقي النخل إلا بسقي الأرض فأشبهه الكثير (والثاني) لا يجوز لأن البياض أكثر فلا يجوز أن يكون الآخر أكثر تابعاً للأقل .

(الشرح) حديث رافع بن خديج رواه البخاري ومسلم بلفظ : كنا أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فتمانا عن ذلك . فأما الورق فلم ينهنا ، وفي لفظ للبخاري : كنا أكثر أهل الأرض مزدرباً ، كنا نكري الأرض بالناحية منها السيد الأرض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فتمينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وفي لفظ : عند مسلم وأبي داود والنسائي : إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله (ص) بما على الماذبانات .

(١) الماذبانات : حكى القاضي عياض عن بعض الرواة فتح الذال في غير صحيح مسلم ، وهي ما ينبت على حافة النهر ومسابل الماء ، وليست عربية لكنها سوادية ، وهي في الأصل مسابل المياه فتسمية النبات عليها باسمها ، كما وقع في بعض الروايات يؤاجرون على الماذبانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة والمحلية والاربعاء جمع ربع وهو النهر الصغير كنبى وأنبياء .

وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به .

وفي رواية عند أحمد والبخاري والنسائي عن رافع قال : سمعتني عماي أنهما كانا يكرهان الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأرباع ، وبشيء يستثنيه صاحب الأرض قال : فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك . .

وفي رواية عند أحمد ، إن الناس كانوا يكرون المزارع في زمان النبي صلى الله عليه وسلم بالماذيانات وما يسقى الربيع وشيء من التبن فسكروه رسول الله (ص) كرى المزارع بهذا ونهى عنها . .

وقد حكى في الفتح الحافظ بن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المنفصلي إلى الغرر والجهالة ، لا عن إكراهها مطلقاً حتى بالذهب والفضة قال : ثم اختلف الجمهور في جواز إكراهها بجزء مما يخرج منها فن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال : ومن لم يجر إجارتهما بجزء مما يخرج قال : النهى عن كراهها محمول على ما إذا اشترط صاحب الأرض ناحية منها أو شرط ما ينبت على النهر لصاحب الأرض لما في كل ذلك من الغرر والجهالة .

وفي رواية رافع عند البخاري أنه قال : ليس بها بأس بالدينار والدرهم ، قال ابن حجر : يحتمل أن يكون رافع قال ذلك باجتهاده ، ويحتمل أن يكون علم ذلك بطريق التنصيص على جوازه أو علم أن النهى عن كرى الأرض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشيء محمول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضة ويرجح كونه مرفوعاً بما أخرجه أبو داود والنسائي بإسناد صحيح عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال : إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض ورجل منح أرضاً ، ورجل اكترى أرضاً بذهب أو فضة ، لكن بين النسائي من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقلة والمزابنة ، وأن بقيته مدرج من كلام سعيد بن المسيب .

وقد أخرج أبو داود والنسائي ما هو أظهر في الدلالة على الرفع من هذا ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص ، إن أصحاب المزارع في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما صعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحتصموا في بعض ذلك فنهاهم أن يكرؤا بذلك وقال : اكرؤوا بالذهب والفضة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الأحاديث الواردة في النهي عن المخاربة التي فعلها النبي (ص) في خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة ، وبقي هذا تصريح رافع في هذا الحديث بجواز المزارعة على شيء معلوم مضمون ، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد ابن حضير قال : كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر إليه أعطاهما بالنصف والثلث والرابع ، وبشترط ثلاث جداول ، والقصاراة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ، وبسبب منها منفعة فأتانا رافع بن خديج فقال نهى النبي (ص) عن أسر كان لكم نافعاً ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم ، نهاكم عن الحقل ، رواه أحمد وابن ماجه .

والقصاراة بقية الحب في السنبيل بعد ما يداس . نعم لا يشكل هذا الحديث لأن مجموع ما في الحديث غير المخاربة التي أجازها صلى الله عليه وسلم وفعلها في خيبر ، نعم حديث رافع عند أبي داود والنسائي وابن ماجه ، من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام يسمى .

وكذلك حديثه أيضا عند أبي داود بإسناد فيه بكر بن عامر الجهلي السكوني وهو فيه مقال قال : إنه زرع أرضا فر به النبي (ص) وهو يسقيها فسأله : لمن الزرع ؟ ولمن الأرض ؟ فقال زرعى بيذرى وعملى ولى الشطر ولبنى فلان الشطر فقال أربيتها ، فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك .

ومثله حديث زيد بن ثابت عند أبي داود قال : نهى رسول الله عن المخاربة قلت : وما المخاربة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع ، فيها دليل

على المنع من المخاربة بجزء معلوم ، ومثل هذه الأحاديث ، حديث أسيد على فرض أنه نهى عن المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد وليكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبي (ص) في خير وهو مستعز على ذلك الى موته وتفريره لمجاعة من الصحابة عليه ولا سبيل الى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهى منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهى عنه في أثناء مدة معاملته ، ورجوع جماعة من الصحابة الى رواية من روى النهى ، والجمع ما أمكن هو الواجب ،

قال الشوكاني : النهى يحمل على معناه المجازى وهو السكراةة . قال الشافعى أخبرنا سفيان بن عيينة قال : سمعت عمرو بن دينار يقول : سمعت ابن عمر يقول كنا نأخر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله (ص) نهى عنها فتركناها لقول رافع .

قال الشافعى : والمخاربة استكراه الأرض ببعض ما يخرج منها فدلّت سنة رسول الله (ص) في نهيه عن المخاربة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء ، وذلك أن المزارع يقبض الأرض بيضاء لا أصل فيها ولا يزرع ثم يستحدث فيها زراعا . والزرع ليس بأصل والذي هو في معنى المزارعة الاجارة ، ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئا الا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة .

ثم قال الشافعى بعد أن جوز كراه الأرض بالذهب والفضة : وإذا كان النخل منفردا فبأصله عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهري النخل على المعاملة ، وكان ما بين ظهري النخل ومنافعها من الجريد والبيكرانيف ، وان كان الزرع منفردا عن النخل له طريق يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ربا للنخل ولا يشرب للنخل ربا له لم تحل المعاملة عليه ، وجازت اجارته ، وذلك أنه في حكم المزارعة لا حكم المعاملة على الاصل ، وسواء قل البياض في ذلك أو كراه ومن هنا نرى الإمام الشافعى يحرم المزارعة في بياض النخل تبعا للمساواة ، وقد قال في المساواة : وإذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المساواة كما تجوز

في الأصل ، وإن كان منفرداً عن النخل له طريق غيره لم تجز فيه المساقاة ولم تصح إلا أن يكتري كراء ، وسواء قليل ذلك وكثيره ولا حد فيه إلا ما وصفت اه .

وقال الماوردي : وإذا كانت المخابرة هي استئجار الأرض لزراعتها ببعض ما يخرج منها فهي على ضربين ، ضرب أجمع الفقهاء على فساده ، وضرب اختلفوا فيه ، فأما الضرب الذي أجمعوا على فساده فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول : قد زارعتك على هذه الأرض على ما نبت من الماذيبانات كان لي ، وما نبت على السواقي والجداول كان لك أو على أن ماسق بالسماء فهو لي وما سقى بالرشا فهو لك ، فهذه مزارعة باطلة انفق الفقهاء على فساده لرواية سعيد بن المسيب عن سعد بن أبي وقاص ثم ساق الحديث ، وأما الضرب الثاني الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليعمل العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطها على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع لياخذ الزارع سهمه بعمله ، وياخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هي المخابرة ، والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب :

أحدها وهو مذهب الشافعي أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض ، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ورافع ابن خديج رضي الله عنهم ومن التابعين سعيد بن جبير وعكرمة ومن الفقهاء الشافعي ومالك وأبو حنيفة .

والمذهب الثاني أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد ابن أبي وقاص ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب ومحمد ابن سيرين وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، ومن الفقهاء سفيان الثوري وأبو يوسف ومحمد ، والمذهب الثالث : أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز ، وإن شرطه على الزارع جاز وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ، واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي (ص)

عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع ، وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال : يا عمرو وأخبرني أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه خيبر له من أن يأخذ عليها خرجا معلوما .

والدليل على فسادها ما رواه الشافعي عن ابن عمر ، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال : كنا نخابر إلى أن قال صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى . وروى أبو خيثم عن أبي الزبير عن جابر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله ، ولأن الأصول التي تصح إيجارها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها ، وكذا الأرض لما جازت إيجارها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقة في صحة المخابرة وفسادها ، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الأهوار مع الضرورة الماسة إليها ، وكان ما عارضها محتملا أن يكون جاريا على ما فسره زيد بن ثابت ، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فسادها مع شهادة الأصول لها في المساقاة والمضاربة ، ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيد والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهي أن الأصل هو التغلب على أسباب الغبن والفرار ، ثم إن ما سميت به البشرية من بلشفيه ملحدة قتلت الحوافز ، وكفت الإرادة ، وجعلت من الإنسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة .

تم الجزء الرابع عشر ويليه الجزء الخامس عشر

وأوله كتاب الاجارة

(فهرس الجزء الرابع عشر من المجموع)

- ٣ كتاب الضمان ومعناه
- ٨ يصح ضمان الدين عن الميت ويصح من كل جائز التصرف في ماله
- ١١٣ ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه ، وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له ١٤ وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن ١٦ ويصح ضمان كل دين لازم
- ١٨ ولا يصح ضمان المجهول
- ٢٠ ولا يصح ضمان ما لم يجب . ولا يجوز تعليقه على شرط
- ٢١ ويجوز أن يضمن الدين الحال الى أجل
- ٢٢ ولا يثبت في الضمان خيار
- ٢٣ ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه
- ٢٥ وأن يضمن عن رجل ديناً بغير إذنه لم يجز مطالبة المضمون عنه
- ٢٧ وإن قبض صاحب الحق من المضمون براء الضامن
- ٢٨ وإن قضى الضامن الدين رجع على المضمون
- ٣٦ ويصح ضمان الدرك وبيان ما هو
- ٤١ وتجاوز كفالة البدن - وتفسيره
- ٤٦ إذا قال رجل لرجل : تكفل بفلان لفلان ففعل فمن يكون التكفل
- ٤٧ وتجاوز الكفالة حالاً ومؤجلاً
- ٤٨ وتجاوز الكفالة به ليسلم في مكان معين
- ٤٩ ولا تجوز الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول
- ٥٠ وإن أحضر المكفول به في غير الموضع المشروط
- ٥٤ وأن تكفل بيدن رجل فمات المكفول به براءة التكفل
- ٥٦ إذا ضمن الرجل في مرض موته عن غيره ديناً
- ٥٧ إذا ادعى رجل على أنه ابتاع منه هو ورجل غائب
- ٥٩ وأن ضمن ديناً ثم اختلفا قادهى الضامن انه كان صديقاً
- ٦١ كتاب الشركة ، ويكره أن يشارك المسلم الكافر

- ٦٤ وتجوز الشركة في التجارة : وبيان مالا تجوز الشركة فيه
- ٦٦ ولا يصح من الشرك الا شركة العنان وتفسيره ، ولا تصح حتى يختلط المالان ، ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه
- ٧١ ويقسم الربح والخسران على قدر المالكين
- ٧٢ وأما شركة الأبدان وهي الشركة على ما يكتسبان
- ٧٣ وأما شركة المفاوضة ومعناها
- ٧٥ وأما شركة الوجوه ومعناها
- ٧٦ وان أخذ رجل من رجل جملا ومن آخر راوية
- ٨٠ والشريك أمين فإن هلك من مال الشركة من غير تفریط فلا ضمان
- ٨١ إذا اشترى أحد الشريكين للشركة بأكثر من ثمن المثل
- ٨٩ ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه . اذامات أحدهما انفسحت الشركة
- ٩٢ كتاب الوكالة . تجوز الوكالة في عقد البيع ، وتجوز في عقد النكاح
- ٩٨ وتجوز في إثبات الأموال والخصومة وفي فسخ العقود
- ١٠١ ولا يصح التوكيل الا لمن يملك التصرف
- ١٠٢ المرأة لا يجوز توكيلها عن ابنتها في عقد النكاح
- ١٠٥ ولا تصح الوكالة الا بالاجاب والقبول ولا تصح إلا في تصرف معلوم
- ١٠٨ ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل
- ١٠٩ ولا يملك الوكيل التصرف الا في حد ما أذن الموكل . هل للوكيل أن يوكل غيره ١١٤ وان وكل رجلا في الخصومة فليس له الاقرار على الموكل ولا الإبراء من دينه .
- ١١٧ لو وكله في المطالبة بالدين فليس له قبضه
- ١١٨ وان وكل في البيع في زمان معين لم يملك البيع قبله ولا بعده
- ١٢٠ وان وكله في البيع من رجل فليس له أن يبيع لغيره
- ١٢٢ وان وكله في بيع سلعة لم يملك بيعها لنفسه الا باذن
- ١٢٦ وان وكله في شراء سلعة سليمة لم يملك شراء معيبة

- ١٢٩ ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد
 ١٣١ وان وكاه أن يشتري بالنقد فاشترى في الذمة لم يصح
 ١٣٤ وان وكاه في الشراء ولم يدفع له فاشتراه
 ١٣٦ ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع مؤجلا الا باذن
 ١٣٩ ولا يجوز للوكيل أن يبيع بدون ثمن المثل
 ١٤٦ اذا اشترى الوكيل ما هو مأذون فيه انتقل الملك الى الموكل . وان وكاه
 في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء
 ١٥٤ ويجوز للدول أن يعزل الوكيل ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه
 ١٥٧ الوكيل أمين فان تلف في يده لم يضمن
 ١٦٥ فان اختلفا في تلف المال فادعى الوكيل تلفه وانكر الموكل
 ١٧١ كتاب الوديعة وهي الأمانة . يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة أن يقبلها
 ١٧٤ ولا يصح الإيداع ولا القبول إلا من جازت التصرف ١٧٦ وتنعقد الوديعة
 بما تنعقد به الوكالة ١٧٧ حكم الوديعة إذا تلفت ١٨٠ الوديعة تحفظ في
 حرز مثلها ١٨٤ إذا أراد من عنده الوديعة أن يسافر
 ١٨٧ إذا حضره الموت فالحكم كالمسابق ١٨٩ من عنده وديعة : حكم ما لو أودعها
 غيره فتلفت ١٩٦ إذا أو أودع رجل لرجل وديعة فأنكرها من أخذها
 أو ادعى تلفها ١٩٩ كتاب العارية : معناها ٢٠٢ ولا يجوز إجارة جارية
 ٢٠٣ إذا قبض العارية ضمنها ٢٠٧ ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض
 ٢١٣ وإن أعاره أرضا للفراس ثم رجع بعد أن غرس ٢١٦ وإن أعاره حائطا
 ليضع عليه جذوعاً فليس له الرجوع ٢٢٠ إذا ركب دابة غيره فاختلعا
 فقال مالكها إنها إجارة وقال راكبها بل إجارة
 ٢٢٧ كتاب الغصب، من غصب مال غيره ضمنه، وإن كان لمثله أجره ضمن أجره المدة
 ٢٣٢ تحريم الغصب وتعريفه ٢٣٣ أحوال المغصوب إما أن يكون باقيا أو تالفا
 أو ناقصا وأحكام ذلك ٢٤٨ وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كان
 شجرة فأنمرت، ثم تلف، وإذا غصب دراهم فاتجر بها فربح، وان غصب
 عينا فاستحالت في يده بأن كان يضاف صار فرخا، فإن نقصت قيمة الاستحالة

- رجع بأرث النقص ٢٤٩ وان غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته
 بأن كان قاشاً غطاه ٢٥٢ وان غصب شيئاً تخلط به لا يتميز منه من جنسه
 فإن خلطه بمنه في القيمة . . وان خلطه بأجود منه . . وان خلطه بأدنى منه
 ٢٥٥ وان غصب أرضاً فغرس فيها وطلب صاحب الأرض قلع الغراس لزمه ذلك
 ٢٥٦ وان غصب أرضاً وحفر فيها بئراً وطلب صاحب الأرض طمسها لزمه ذلك
 ٢٦١ واذا غصب ثوباً فصبغه فان زادت قيمة الثوب بالصباغة . . .
 ٢٦٨ وان غصب عيناً وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها
 ٢٧٣ وان غصب خيراً : فإن غصبها من ذمي ، وان غصبها من مسلم
 ٢٧٤ وان غصب جلد ميتة لزمه رده ، وان غصب صليباً أو مزماراً لم يلزمه شيء
 ٢٨٤ وان فتح قفصاً عن طائر ، فإن . . . ٢٨٦ وان وقع طائر لغيره على جدار
 فرماه بحجر فطار لم يضمنه ، وان فتح زقاً فيه سائل فخرج ضمنه
 ٢٨٦ وان حل رباط سفينة فغرقت ضمن ، واذا أجاج على سطحه ناراً فطارت
 شرارة الى دار الجار فأحرقتها . ، واذا ألقى الريح ثوباً لانسان في داره
 لزمه حفظه ٢٩٤ اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف
 المغصوب وان تلف المغصوب واختلفا في قيمته
 — ٢٩٨ كتاب الشفعة ٣٠٠ ولا تثبت الشفعة الا للشريك في ملك مشاع . .
 ولا تجب الا فيها تجب قسمته عند الطلب
 ٣٠٩ وتثبت الشفعة للكافر على المسلم ، ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على
 العوض ، وبأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به
 ٣١٠ وان اشترى الحصاة بشمن مؤجل فهل من له الشفعة يأخذها كذلك
 ٣٢٣ وان وجبت له الشفعة وهو محبوس أو غائب ، وان قال المشتري اشتريت
 بمائة فعفا الشفيع ثم ظهر انه اشترى بخمسين فهو على شفيعته
 ٣٢٤ ومن وجبت له الشفعة في حصاة لم يجوز أن يأخذ بعضها
 ٣٢٥ وان كان للحصاة شفيعاً وأرادوا أخذها أخذوها ، وان كان المشتري شريكاً
 ٣٤٣ وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى وراثته
 ٣٥٦ كتاب القراض ومعناه ٣٥٨ ولا يجوز الا على مال معلوم الصفة والقدر

- ٣٦٤ ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم
- ٣٦٥ ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما
- ٣٦٧ ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل
- ٣٦٨ ولا يجوز على مسدة ، ولا يصح الا على التجارة ، وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه ٣٧٠ ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال
- ٣٧٣ ولا يتجر العامل الا فيما أذن فيه رب المال ، ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال ، ولا يتجر الا على النظر والاحتياط
- ٣٧٧ ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال ، وان ظهر في المال ربح
- ٣٧٨ وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاضلة
- ٣٨٣ والعامل أمين فيما في يده فإن تلف من غير تفريط
- ٣٨٤ ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء ٣٨٧ وإن مات أحدهما انفسخ
- ٣٨٦ وان اختلف العامل ورب المال في تلف المال . وان اختلفا في رد المال فادعاه العامل ، وان اختلفا في قدر الربح المشروط فاعى العامل انه النصف وان اختلفا في قدر رأس المال
- ٣٨٧ وإن قال ربحت في المال ألفاً ثم ادعى انه غلط
- ٣٩٦ باب العبد المأذون له في التجارة ٢٢٩ ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل
- ٣٩٩ (كتاب المساقاة) وبيانها ٢٣٧ ولا يجوز إلا على معلوم ومدة معلوفة
- ٤٠٨ ولا تجوز الا على جزء معلوم وعمل معلوم ٢٤٩ وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه . وان شرط العامل أن يعمل معه رب المال لم يصح
- ٤١٠ وان هرب رفع الأمر الى الحاكم ، وان مات العامل قبل التمام
- ٤١٥ باب المزارعه ، لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه

التكملة الثانية

المجموع

شرح المهدب

الجزء الخامس عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الإجارة

يجوز عقد الإجارة على المنافع المباحة ، والدليل عليه قوله تعالى : فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ،

وروى سميذ بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق .

وروى أبو أمامة التيمي قال : سألت ابن عمر فقلت : إنا قوم نكري في هذا الوجه ، وإن قوما يزعمون أن لا حج لنا ، فقال ابن عمر : أستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، إن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألونني عنه فلم يرد عليه حتى نزل عليه من ربه ، فتلها عليه . وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره ، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع

(فصل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

(فصل) واختلاف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم ، فمنهم من قال يجوز لأن فيه منفعة مباحة لجاز استئجاره كالفهد ، ومنهم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأن اقتنائه لا يجوز إلا للحاجة . وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم فيرطان وما أضح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة ، ولأنه لا يضمن منفعته بالذهب فدل على أنه لا قيمة لها .

(فصل) واختلافوا في استئجار الفحل للضراب ، فمنهم من قال يجوز لأنه

يجوز أن يستباح بالاعارة لحجاز ان يستباح بالاجارة كسائر المنافع ، ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن عشب الفحل ، ولان المقصود منه هو الماء الذى يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يحز أخذ العوض عليه كالميتة والدم (فصل) واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليجمع بها الدكان واستئجار الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فمنهم من قال يجوز ، لانه منفعة مباحة لحجاز الاستئجار لها كسائر المنافع . ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح ؛ لان الدراهم والدنانير لا تتراد للجهاى ولا الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، ولانه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد

(الشرح) حديث سعد بن أبى وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى . قال ابن حبان فى فتح البارى : رجاله ثقات إلا أن محمد بن بكرمة المخزومى لم يرو عنه إلا ابراهيم بن سعد . وأما حديث أبى أمامة التيمى فأخرجه أحمد وغيره ، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من أحكام فى كتاب الحج . وأما حديث « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية ، فقد أخرجاه أحمد فى مسنده والبخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر . وأما حديث النهى عن ثمن عشب الفحل فقد رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود ، ورواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى بالفظ « نهى عن عشب الفحل وعن قفيز الطحان ،

وقال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح ، إلا أن ابراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيها أحسب . وأخرجه أيضا البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق فى مسنده وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع والاصل فى جواز الاجارة الكباب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، « قالت إحداهما : يا أبت استأجره

٥
إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إنى أريد أن أنكحك إحدى إبنتي
هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج فإن أنعمت عشرأ فز عندك ،

وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم
فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال : إن موسى عليه السلام أجر نفسه
ثمانى حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال تعالى : فوجد فيها جدارأ
يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لانتخذت عليه أجرا ،

وأما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا
عبد الله بن الأريقط الديلى وكان خريتا - وهو الحبير بمسالك الصحراء والوهاد
العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة - ليكون هاديا ومرشدا لهما فى هجرتها
من مكة إلى المدينة .

وفى البخارى عن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثلاثة أنا خصمهم
يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل
استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والأحاديث فى هذا كثيرة

أما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة
إلا ما روى عن عبد الرحمن الأصم الذى قيل فيه : إنه عن الحق أصم من أنه
لا يجوز ذلك لأنه غرر ، لأنه يعقد على منافع لم تخاق ، ولو تحقق ما ينصـوره
الأصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والموصلات بكل أنواعها
لأنها كلها - وهى تستغرق مظاهر الحياة قديما وحديثا - قائمة على المواجرات
والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الاعيان سواء بسواء . بل إن المعاوضات
على المنافع أوسع مدى وأكثر عددا وأشمل مرفقا ، ولأن المنافع المناحة أوسع
أفاقا من الاعيان والعروض .

فإذا ثبت هذا فإن الاجارة كالبيع تنعقد بأربعة : بمؤجر ومسأجر ومؤجر
وأجرة . فالأول فهو باذل المنفعة كالبائع ، والثانى طالب المنفعة كالمشتري ،
وكل من صح شراؤه صح استئجاره . والثالث فهو كل عين صح الانتفاع بها مع
بقائها صحت إيجارها كالدور والمغار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعيانا كالنخل

والشجر ، وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح اجارته كالدرهم والماء كقول ، لأن
منفعة الدرهم بإزالتها عن الملك ، ومنفعة الماء كقول بالاستهلاك كاستئجار الدرهم
والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكبلاً ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين

(والوجه الثاني) لا يصح لأن هذا نادر من منافع ذلك ، والأغلب سواء ؛
فصار حكم الأغلب هو المغلب ، ولأن المنافع المضمونة بالاجارة هي المضمونة
بالغصب ، ومنافع الدرهم والطعام لا تضمن بالغصب كغيب الثياب فوق الشجر
فلم يصح أن تضمن بالاجارة . وهكذا كل ما كانت منافعها أعياناً من النخل
والشجر ، لأن منافعها نمار هي أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها ، فلم يصح
العقد عليها قبله .

فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفي مع بقاء العين كالاستئجار بالشجر أو ربط
ماشية اليها فذلك ضربان :

(أحدهما) أن يكون هذا غالباً فيها ومقصوداً من منافعها فصح الاجارة عليها
(والثاني) أن يكون نادراً غير مقصود في العرف ، فيكون على ما مضى
من الوجهين .

ثم العقد وان توجه الى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لان الاجرة في مقابلتها
وانما توجه الى العين لتعتبر المنفعة بها . وقال أبو إسحاق المروزي : العقد انما
تناول العين دون المنفعة ليستوفي من العين مقصوده من المنفعة ، لان المنافع غير
موجودة حين العقد فلم يجوز أن يتوجه العقد اليها . وهذا خطأ ، ألا ترى أنه قد
يصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة الى عين ؟ كرجل استأجر من
رجل عملاً مضموناً في ذمته ، واذا كان كذلك فلا بد أن تكون المنفعة معلومة
كألا بد أن يكون المبيع معلوماً ، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة ، كما لو كان
المبيع مجهولاً ، والعلم بها قد يكون من وجهين :

(أحدهما) تقدير العمل مع الجهل بالمدة (والثاني) تقدير المدة مع الجهل
بقدر العمل ، وسيأتي تفصيلهما وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلّفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً إجارة معينة ، فمنهم من قال فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه . ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لأن علياً كرم الله وجهه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة (فصل) ولا يصح إلا من جاز التصرّف في المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح إلا من جاز التصرّف في المال كالبيع

(فصل) وينعقد بلفظ الإجارة لأنه لفظ موضوع له ، وهل ينعقد بلفظ البيع ، فيه وجهان (أحدهما) ينعقد لأنه صنّف من البيع لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانهقد بلفظه (والثاني) لا ينعقد لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح .

(فصل) ويجوز على منفعة عين حاضرة ، مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر ظهراً في الذمة للركوب ، ويجوز على عمل معين مثل أن يكتري رجلاً ليخيط له ثوباً أو يبني له حائطاً ، ويجوز على عمل في الذمة ، مثل أن يكتري رجلاً ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط لانا بينما أن الإجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة ، فكذلك الإجارة . وفي استئجار عين لم يرها قولان (أحدهما) لا يصح (والثاني) يصح ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع

(فصل) وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع لانا بينما أنه بيع ، والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الإجارة .

(فصل) ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، فإن استأجر أرضاً للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه ، كما العين والمد بالبحرّة والنلج والمطر في الجبل لأن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع فإذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعه لا يقدر عليها فإن اكرت أرضاً على نهر إذا زاد سقى وإذا لم يزد لم يسق ، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة نظرت فان اكرتها بعد الزيادة صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه ، فهو كبيع الظهور

في القفص . وإن كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح كبيع الطير في الهواء ؛ وإن اكرت أرضا لاماء لها ولم يذكر أنه يكثرها للزراعة ففيه وجهان ، أحدهما : لا يصح لأن الأرض لا تكثر في العادة إلا للزراعة ، فصار كما لو شرط أنه يكثرها للزراعة . والثاني : أن كانت الأرض عالية لا يطعم في سقيها صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكثرها للزراعة . وإن كانت مستغلة يطعم في سقيها بسوق الماء اليها من موضع لم يصح لأنه اكرتها للزراعة مع تعذر الزراعة ، فإن اكرت أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في الماء كالحنطة والشعير نظرت فإن كان الماء مغيض إذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة صح العقد ، لأنه يمكن زراعتها بفتح المغيض ، كما يمكن سكني الدار بفتح الباب ، وإن لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما في يد الغاصب ، فإن كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الرياح ففيه وجهان : أحدهما لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال . والثاني يصح وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع به ، فإن اكرت أرضا على ماء إذا زاد غرقت فاكرتها قبل الزيادة صح العقد لأن الفرق متوهم فلا يمنع صحة العقد (الشرح) خبر على رضي الله عنه رواه أحمد وجود الحافظ بن حجر اسناده وانفذه دجعت مرة جو عاشديدا فخرجت لطلب العمل في عوالي المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا فظننتها تريد بله ، فقاطعتها كل ذنوب على تمر ، فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداي ، ثم أتيتها فعدت لي ست عشرة تمر ، فأتيت النبي (ص) فأخبرته فأكل معي منها ، وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس أن عليا أجز نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمر ، وعندهما أن كل عدد التمر سبع عشرة تمر . وفي اسناده حشش راويه عن عكرمة وهو ضعيف ، وقوله ذنوبا ، الدلو مطلقا أو التي فيها ماء أو الممتائة أو غير الممتائة وكما في القاموس ، وقوله دجعت ، بكسر الجيم أى غاظت وتنفطس وقد أجماع العمل أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء ، أو المجله جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء من أثر العمل .

وهذا الخبر يدل دلالة يعجز القلم عن استقصاء ما توحى به ، من بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشده الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتباع النفس في تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المتن ، وأن تأجير النفس لا يعد دناءة . وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشرف الناس وعظماؤهم ، وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الإجارة معاددة بمعنى أن يفعل الأجير عدداً معلوماً من العمل بعدد معلوم من الأجرة .

(فرع) الإجارة عوض في مقابلة المنفعة كائناً في مقابلة المبيع وحكمه كحكمه في جوازه معيناً وفي الذمة . قال الشافعي : فالإجارات صنف من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه اهـ .

ومن هذا أخذ الفقهاء أنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع ، فإن كان العيب موجوداً في الشيء المؤجر كالدار إذا خربت والداية إذا مرضت فالمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشتري أن يفسخ دون البائع ، وإن كان العيب موجوداً في الأجرة فإن كانت في الذمة أبدل المبيع بغيره ولا خيار ، وإن كانت معيبة فلمؤجر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب في الثمن المعين دون المشتري : ولا يجوز فسخ الإجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ في المعقود عليه عيب ، ومن هنا كان لأصحابنا وجهان في انعقاده بلفظ البيع ، ونظراً لأن عقد الإجارة كعقد الشكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضة وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا : إنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالشكاح ، والوجه الثاني : ينعقد بلفظ البيع لأنه تمليك بتقسط العوض فيه على البازل كالبيع سواء بسواء .

إذا ثبت هذا : فهل المعقود عليه العين لأنها الموجودة فيقال : أجرتك داري أم أن العقد يتعلق بالمنفعة دون الأعيان ، فيقال : أجرتك داري أو منفعة داري بكذا ، أو بعتك منفعتها ، وهذا الأخير هو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي ، ويصح العقد على منفعة مضمونه في الذمة غير مضافه إلى عين كرجل استأجر من رجل عملاً مضمناً في ذمته ، وإذا كان كذلك فلا بد أن تكون

المنفعة معلومة كما لا بد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة كما لو كان المبيع مجهولا ، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين ، نوع يكون عقده على مدة معلومة ؛ ونوع يكون على عمل معلوم فالأول كالدار والأرض فلا تجوز إيجارها إلا على مدة ومتى تقدرت المدد لم يحز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، لأن الجمع بينهما يزيدا غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدد ، فإن استعمل في بقية المدد فقد زاد على ما تعاقد عليه وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدد ، وقد لا يفرغ من العمل في المدد ، فإن أنه عمل في غير المدد ، وهذا غرر أمكن التحرز منه ، ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يحز العقد معه .

(فرع) قال الشافعي : إذا تكرر الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو الغيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى الغلتين والماء قائم ثم نضب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهاب الماء فذلك له ويكون عليه من السكراء بحصة ما زرع لأن كانت حصة الزرع الذي زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثاني اهـ .

قال النووي في المنهاج : ولا يصح استئجار آبق ومغصوب وأعمى للحفاظ . وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد ، ويجوز إن كان لها ماء دائم ، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو التلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح اهـ . قال الشريفي الخطيب في المغنى : ومجرد الامكان لا يكفي كما يمكن عود الآبق والمغصوب ، نعم لو قال المسكرى أنا أحفر لك بئراً وأسقي أرضك منها أو أسوق الماء اليها من موضع آخر صحت الاجارة كما قال الرويانى . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح ، وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمغارة ، إلى أن قال : ويجوز استئجار أراضى مصر للزراعة بعد ريبها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمسه عشر ذراعاً فما دونها كما نقله في السكنايه عن أبي الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين .

وقال السبكي : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة . وما يروى من

سنة عشر وسبعة عشر غالب الحصول ، وإن كان الاحتمال متطرقا إلى الستة عشر وإلى السبعة عشر كثيراً اهـ

وتصح الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها ، وإن سترها عن الرؤية ، لأن الماء من مصلحتها كاستتار اللوز والجوز بالقشر ، فإن قيل : ينبغي عدم الصحة لأن الانتفاع عقب العقد شرط ، والماء يمنع أجيب بأن الماء من مصلح الزرع ، وبأن صرفه يمكن في الحال بتمتع موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالاً كاستئجار دار مشحونه بالامتعة التي يمكن نقلها في زمن لا أجره له هذا إن وثق بأحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصح ، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يجرها بفيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز لأن الاصل والغالب السلامة .

وإن استأجر أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها ان اعتيد دخوله بعرف مطرد - والشرب بكسر الشين - النصيب من الماء ، بخلاف ما لو باعها لا يدخل ، لأن المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط في العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاعتناء عن شربها ، والامتناع الشرعي لتسليم المنفعة كالحسي في حكمه .

وقد أورد المصنف وجهين في الأرض التي يغطيها الماء وعلم انحسارها أو احتمال تبخرها وجفافها ، أحدهما : عدم صحة العقد لعدم إمكان استيفاء المنفعة حالاً ، والثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي وهو الصحيح والذي عليه الفتوى من أنه المذهب أنه يصح ، لأنه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن استأجر رجلاً ليعمله بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدينار ، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم (والثاني) لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كالمو أجر عبد غيره .

(فصل) ولا تصح الإجارة الا على منفعة معلومة القدر لانا بينا أن الإجارة

بيع والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر فكذلك الاجارة ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة ، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع دبدب والركوب إلى مكان قدرت بالعمل لأنهم معلومة في نفسها فلا تقدر بغيرها ، وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوماً ما ليخيط له قيصاً فالاجارة باطلة لأنه يؤدي إلى التعارض وذلك انه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم فان طوالب في بقية اليوم بالعمل أدخل بشرط العمل وإن لم يطالب أدخل بشرط المدة ، فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها كالسكنى والرضاع وسقى الأرض والتطين والتجصيص قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الأرض من السقي يختلف ولا ينضب ، ومقدار التطين والتجصيص لا ينضب لاختلافهما في الرقة والشخونة فقدر بالمدة ، واختلف أصحابنا في استئجار الظهر للحرث ، فهم من قال يجوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحراث أرضاً بعينها ، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحراث له شهراً ، ومنهم من قال لا يجوز تقديره بالمدة والأول أظهر لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما لحاز التقدير بكل واحد منهما

(فصل)

وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء . فإن قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة ، وقال في الاملاء تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد ، لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول ، كما لو قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الاول لأنه عقد على الشهر وما زاد من الشهر . وذلك مجهول فبطل ، ويخالف هذا اذا قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك أفراد الشهر الاول بالعقد وهمنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد ، فبطل بالجميع ، فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالاهله ، لأن السنة المعهودة في الشرع سنة الاهله . والدليل عليه قوله عز وجل : يسألونك عن الاهله قل هي موافقت للناس والحج . فوجب أن يحمل العقد عليه ، فإن كان العقد في أول الهلال عد اثنا عشر شهراً بالاهله ، تاماً كان الشهر أو ناقصاً ، وان كان في أثناء الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالاهله ثم كمل عدد الشهر

الأول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالشهر الهلالى فتمم بالمسدد، فإن أجره سنة شمسية فقيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه على حساب أنسى فيه أيام والنسيء حرام، والدليل عليه قوله تعالى وإنما النسيء زيادة في الكفر،

(والثاني) أنه يصح لأنه وإن كان النسيء حراماً، إلا أن المدة معلومة - لجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان، وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة، لان الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع، والبيع لا يصح الا في معلوم فكذلك الاجارة، فان كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار لان المنفعة تختلف باختلافها فوجب العلم بها ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لأنها لا تضبط بالصفة - فاتفقوا الى التعيين كالعقار والجواهر في البيع، وهل يفتقر الى الرؤية؟ فيه قولان بناء على القولين في البيع، ولا يفتقر الى ذكر السكنى ولا الى ذكر صفاتها لان الدار لا تسكترى الا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطاق في موضع فيه نقد معروف، وان اكرت أرضاً لم يصح حتى تعرف الأرض لما ذكرناه في الدار، ولا يصح حتى يذكر ما يكتري له من الزراعة والغراس والبناء، لان الأرض تسكترى لهذه المنافع وتأثيرها في الأرض يختلف فوجب بيانها .

وان قال : أجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز، لانه جعل له زراعته أضر الاشياء، فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه، وان قال أجرتك لتزرع وأطلق فقيهه وجهان (أحدهما) لا يصح لان الزرع مختلفه في التأثير في الأرض فوجب بيانها (والثاني) يصح لان التفاوت بين الزرعين يقل

وان قال أجرتك لتزرعها أو تفرسها لم يصح لانه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح، كما لو قال بعثك أحد هذين العبيدين، وان قال أجرتك لتزرعها وتفرسها فقيهه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول المزني وأبي العباس وأبي اسحاق لأنه

لم يبين المقدار من كل واحد منهما (والثاني) يصح وله أن يزرع النصف ويفرس النصف ، وهو ظاهر النص ، وهو قول أبي الطيب بن سلمه ، لأن الجمع يقتضى التسوية فوجب أن يكون نصفين

(الشرح) هذا الحكيم في تعليم القرآن ينبئ على أن تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا ؟ فقد روى ابن ماجه والبيهقي والرويانى فى مسنده عن أبى بن كعب قال : علمت رجلا القرآن فأهدى لى قوساً ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أخذتها أخذت قوساً من نار ، فرددها .

قال البيهقي وابن عبد البر : هو منقطع ، يعنى بين عطية الكلاعى وأبى بن كعب وكذلك قال المزى ، وتعقبهم الحافظ بن حجر بأن عطية ولد فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأعله ابن القطان بالجمل بحال عبد الرحمن بن سلم الراوى عن عطية ،

* * *

وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه بالفظ : علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن ، فأهدى لى رجل منهم قوسا فقالت : ليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله عز وجل ، لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا سأله فأتيته فقالت : يا رسول الله ، إنه رجل أهدى لى قوسا من كنت أعلمه الكتاب والقرآن وإست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله ، فقال : إن كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها ،

وفى إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلى ، وقد وثقه وكيع ويحيى بن معين وتكلم فيه جماعة . وقال أحمد : ضعيف الحديث ، حدث بأحاديث مناكير وكل حديث رفعه فهو منكر .

وقال أبو زرعة الرازى : لا يحتج بحديثه ، ولكنه قد روى عن عبادة من طريق أخرى عند أبى داود بالفظ : فقالت : ماترى فيها يا رسول الله ؟ فقال جرة

بين كنفيك تقلدتها أو تعلقتها ، وفي هذه الطريق بقية بن الوليد ، وقد تكلم فيه جماعة ووقفه الجمهور إذا روى عن الثقات ، وقد أورد ابن حجر حديث عبادة هكذا في كتاب النفقات من تلخيص الحبير وتكلم عليه ، وفي هذا المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبخاري بنحو حديث أبي ، وعن أبي الدرداء عند الدارمي بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضاً .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن كأحمد بن حنبل وأصحابه وأبي حنيفة ، وبهذا قال عطاء والضحاك بن قيس والزهري وإسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق ، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن ، وأجابوا عن هذه الأحاديث بأجوبة منها أن حديث عبادة وأبي قحيتان في عين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فبكره أخذ العوض عنه ، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين ، أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم : هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ فقال : ما عندي إلا إزارى هذه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن أعطيتها إزارك ؛ جلست لا إزار لك فانتس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتماً من حديد فانتس فلم يجد شيئاً ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شيء ؟ فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها ، فقال النبي (ص) قد زوجتكم بما معكم من القرآن ، وفي رواية : قد ما كتبكم بما معكم من القرآن ، ولمسلم زوجتكم بما تعلمها القرآن ،

وفي رواية لأبي داود وعندها عشرين آية وهي إمرأتك ، ولاحمد وقد أنكحتمكم على ما معكم من القرآن .

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم في كتاب الزكاة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : ما أتاك من هذا المال من غير مسئله ولا اشراف نفس نخذه ، ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذى أخرجه البخارى عن ابن عباس وفيه : إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله .

فإذا ثبت هذا : فإن كان الأجر على تعليم السورة لا يحفظها ففي صحة ذلك وجهان (أحدهما) يصح كما يصح شراء ما لا يملك ثمنه على أن يحصلها ثم يدفعها (والثانى) لا يصح لأن المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح .

قال العلامة الشربيني في المغنى على المنهاج : أما إذا استأجره مدة بجميعة فإنه لا يصح على الأصح فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغى أن يقول المصنف — يعنى النوى — تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعى رضى الله عنه في باب التدبير نص على أن القرآن بالآلف واللام لا يطلق إلا على جميعة ، فإذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفتى الغزالي بأن أيام السبوت مستثناة في استئجار اليهودى شهراً لا طراد العرف به .

وقال البلقيني : ويقاس عليه الأحاد للنصارى ، والجمع في حق المسلمين ، ثم قال ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فان لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكتفى أن يفتح المصحف ويقول : تعلمنى من هنا إلى هنا ، لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار اليه بسهولة أو صعوبة ، فإذا أطلق العقد في تعلم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردى والرويانى تفریباً على ذلك : يعلمه الاغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم فانه يتعين دراهم البلد ، أى فان لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فان عين له قراءة تعينت : فان أقرأه غيرها لم يستحق أجرة في أحد وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ، ويشترط في المتعلم أن يكون مسلماً أو يرجى إسلامه ؛ فان لم يرج لم يعلم كما يباع المصحف من الكافر .

(فرع) قال الشافعى : وكذلك يملك المستأجر المنفعة التى فى العبد والدار والدابة إلى المدة التى اشترط حتى يكون أحق بها من مالها ، ويملك بها صاحبها

العوض فهي منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان في حكم الدين ولم يحز أن يكثرى بدين لانه حينئذ يكون ديناً بدين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين ، فاذا وقع ما أكرهى وجب له جميع السكره كما اذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلا اه .

وجله القول في عقد الإجارة أن يتضمن تملك منافع في مقابلة- أجرة ، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض ، وأما الإجارة فلها ثلاثة- أحوال .

(أحدها) أن يشترط حلولها وتكون حاله- اتفاقا .

(والثاني) أن يشترط تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمة اجماعا

(والثالث) ان يطلقها فلا يشترط فيها حولا ولا تأجيلا ، فقد اختلف

الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب : فذهب الشافعي منها أن الأجرة تكون حاله-

تملك بالعقد وتستحق بالتسكين ، وقال أبو حنيفة : لا يتمحل الأجرة بل تكون

في مقابلة- المنفعة- ، فكلاهما مضى من المنفعة- جزء ملك ما في مقابلته من الأجرة ،

وقال مالك : لا يستحق الأجرة الا بمضى جميع المدة استدلالا بقوله تعالى ، فان

أرضمن لكم فآتوهن أجورهن ، فافتضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق

الأجرة ؛ وبما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وأعطوا الأجير

أجره قبل أن يحف عرقه ، فكان ذلك منه حثا على تعجيلها في أول زمان

استحقاقها ، وذلك بعد العمل الذي يعرف به ، ولان أصول العقود موضوعه-

على تساوى المتعاقدين فيما يملكه بالعقد ويكون ملك العوض تابيا لملك المعوض

كالبيع اذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن ، واذا سلم المبيع استحق قبض المنافع

مؤجلا وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلا ، وتحريره قياسا أنه عقد معاوضه

فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد قباض المعوض كالبيع ، ولان ما استحق

من الاعراض على المنافع يلزم أدائه بعد تسليم المنافع كالجعله والقراض ، ولان

من ملك الأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد ، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من

الأجرة فدل على أنه لم يكن مالكا للأجرة .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح ؛
ولأن كل عوض تدرج بالشرط فباطل لاقه . يوجب حلوله كالثمن ، ولأن الأصول
موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوى حكم المتعاقدين
فيما يملكه من عوض ومعوض كما هو مقرر في الأصول فلا يكون حظ أحدهما فيه
أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن ، وكذلك إذا
حصل التمكين وجب تسليم الصداق ، كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة
وجب تسليم الأجرة ، والمنافع ههنا مقبوضة بالتمكين حكماً ، وإن لم يكن
القبض مستقراً .

(فرع) قال الشافعي : وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد
الإجارة على سنة واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية اليها فأما
ما زاد على السنة الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين
لا غير ، وللشافعي فيما زاد على السنة الواحدة قولان .

(أحدهما) لا تجوز الإجارة أكثر من سنة ، لأن الإجارة غرر لأنها عقد
قد تسلّم وقد لا تسلّم ، فإذا قل الزمان قل غررها لجواز ، وإذا طال الزمان كثير
غررها فبطل كالخيار ، ولأن السنة هي المسددة التي تكمل فيها منافع الزراعة في
الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة
بها وبطلت فيما جاوزها .

(والقول الثاني) وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة
بثلاثين سنة قدرها الشافعي على سبيل الكثرة ؛ أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن
فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك قد يختلف باختلاف المؤاجر ، فإن كان
ذلك داراً للسكنى جازت إيجارها يوماً واحداً ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها
مدة زراعتها ، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك
أرضاً تأيد بقاءها ، وإن كان داراً روعى فيها مدة يبقى فيها بناؤها ، وإن كان
حيواناً روعى فيه الأغلب من مدة حياته .

(فرع) فأما إذا آجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجازات فيما عدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه ، فصار كقوله : أجزتكم مدة ، واختلف أصحابنا في صحتها ولزومها في الشهر الأول على وجهين .

(أحدهما) أن الاجارة فيه صحيحة لسكونه معلوما .

(والوجه الثاني) وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز في الحكم . وقال أبو حنيفة : الاجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الاجارة في كل شهر قبل دخوله ، فإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الاجارة لكل شهر جاريا مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمي ثمن كل قفيز ، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التي قد أشير إليها وينحصر كيلها ، ولأنه لا يخلو أن تصح الاجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل ، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى .

فإذا قدر المدة بسنة حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعا فان شرط هلاله كان تأكيدا ، وإن قال عديبه أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوما ، لأن الشهر العددي يكون ثلاثين يوما ، وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عدائني عشر شهرا بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا ؛ لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ؛ وإن كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوما لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الاصل ، وقد مضى في السلم بحث في الشهور العربية الهلالية والشمسية الرومية وبعد ذلك أساسا لتوقيت التعامل هنا كمثل هناك .

(فرع) قال في المنهاج : يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنة ، وتارة بعمل كدابه إلى مكة وكخياطه ذا الثوب فلو جمعها فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح في الأصح ، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفي البناء يبين الموضع والطول والعرض والسلك وما يبني به إن قدر بالعمل ،

وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة . ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الاصح . ولو قال : لننتفع بما شئت صح . وكذا لو قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس في الاصح . ويشترط في إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام ، وقيل لا يكفي الوصف ؛ وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له . وقال السبكي : لا بد في تصوير هذه المسألة من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت ، فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع . اهـ

وإذا صلحت الأرض لغراس أو بناء أو زراعة أو لإثنين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة في الصورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ، فإن أطلق لم يصح ، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفي الاطلاق فيما كالأرضى الا حكار فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس ؛ ويكفي في أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها ، كقوله أجر تسكها للزراعة أو اتزرعها ، فيصح لقله التفاوت بين أنواع الزرع ؛ ويزرع ما شاء للإطلاق

قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات . وما قاله حكاة الخوارزمي وجهها ، فيكون الوجه الثاني أنه لا يكفي لأن ضرر الزرع مختلف . نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفي الاطلاق لوجوب الاحتياط . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة لجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع ، فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالمهملج والقطوف من الخيل فقيه وجهان (أحدهما) يفترق إلى ذكره لأن سيرهما يختلف (والثاني) لا يفترق لأن التفاوت

في جنس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراسب ، ولا يعرف ذلك إلا بالتمييز لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره ، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب ،

فإن كان عماريه أو محملاً ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فبجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقنب ، والثاني إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لأنها لا تختلف وإن كانت من الحراسانية الثقال لم يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتفاوت (والثالث) وهو المذهب أنه لا يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف بالضيق والسعة والنقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة ، فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها . ومنهم من قال فيه قولان : (أحدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه (والثاني) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجمالة فيه كالغطاء في الاجارة والحمل في البيع ، وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفه جاز العقد عليه مطلقاً لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقاً كالثمن في موضع فيه نقد متعارف ، فإن لم يكن فيه منازل معروفه لم يصح حتى يبين لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه .

(فصل) فإن استأجر ظهراً الحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظاهر لأنه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن لأن ذلك يختلف على البهيمه ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف ، فإن كان موزوناً ذكر وزنه ، وإن كان مكيلاً ذكر كيله ، فإن ذكر الوزن فهو أولى لأنه أخصر وأبعد من الغرر ، فإن عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وإن لم يعرف كيلها ، فإن شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لأنه دخل في الشرط ما يقتل البهيمه ، وذلك لا يجوز فبطل به العقد .

فأما الظروف التي فيها المتاع فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد لأن

الغرر قد زال بالوزن وإن لم تدخل في وزن المتاع نظرت فإن كانت ظروفًا معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد عليها من غير تعيين لأنها لا تفاوت ، وإن كانت غير معروفة لم يجوز حتى تعين لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(الشرح) المهملج . قال في القاموس : والمهملجة فارسي معرب ؛ وشاة مهملج لا مخ فيها الزالها ، وأمر مهملج مذل منقاد ، والمهملج بالكسر من البراذين ، والقطوف الدابة ضاق مشيها ، قال زهير :

بارزة الفقارة لم يختمها - قطاف في الركاب ولا خلا .

والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة والمحمل كجاس الودج فكان منها ما يصلح للركوب ، ومنها ما يصلح للحمل ، والمعاليق جمع معلق ، وهو ما يعلق بدروة بلا شد ولا ربط ، السطيحة إناء مسطح من الجلد .

أما الأحكام فإنه يشترط في إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام له ليفتق الغرر . وذلك بنحو ضخامة أو نحافة ، كما في الحاوي الصغير خلافاً للبلقيني وغيره من اعتبار الوزن ، إذ أن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته ، وإنما اعتبروا في نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير ، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال ، فلم يعتبر جمدهما فيه ، وقيل لا يكفي الوصف وتعين المشاهدة لأنه ليس الخبر كالعيان ، ولما يأتي من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع ، وكذا الحكم فيما معه من متاع ، وفيما يركب عليه من محمل وسرج وأكاف إن خش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكنزي ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج يليق بالدابة ويناسب قوتها . فإن كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافاً للأذرعى ، ولا بد في نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه . وكذا غطاء إن شرط في العقد ، فإن كان ثمة عرف مطرد حمل الاطلاق عليه ، ولو شرط في عقد الإجارة حمل المعاليق فسد العقد في الأصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثاني) يصح وبحمل على الوسط المعتاد ،

وإن لم يشترطه لم يستحق حملها في الأصح ، هكذا أفاده النووي والرملي وغيرهما ويقاس على هذا ما ينبغي أن تكون عليه مؤاجرة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال ، فقد تحددت في زماننا هذا حمولة السيارات الركوبية بعدد الركاب وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب ، وكذلك السيارات الحولية تحددت حمولتها بالوزن ومقصد الشرع المحافظة على البهيمة من وجهين : حرمة الحياة وحرمة المال .

(فرع) وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب في الإيجار أن يعرف المحمول وقدره وجنسه ، فإذا كان في أوطبه وأجوله أو صناديقه أو تجهتها وعرف ما فيها ، فإن كانت عاريه فلا كلام وإن كانت مظروفه في أكياس أو معبأة وجب امتحانها ومعرفة جنسها ووزنها .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يجوز من ذلك شيء على شيء مغيب لا يجوز حتى يرى الراكب والراكبين ، وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين أو تكون الحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبة وما أشبه هذا . وقال أيضاً : وإذا تكرر الرجل الدابة إلى موضع تجاوزه إلى غيره فعليه كراه الموضع الذي تكرر ما إليه الكراه الذي تكرر ما به وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراه مثلها من ذلك الموضع ، وإذا عطبت عليه لزمه الكراه إلى الموضع التي عطبت فيه وقيمتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن استأجر ظهراً للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر ، لأنه لا يجوز إلا على مدة ، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة ، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين ، لأنه لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(فصل) وإن استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض ، لأنه يختلف ذلك بصلابه الأرض ورخاوتها ، فإن كان على جربان لم يفتقر إلى العلم بالظهر لأنه لا يختلف ، وإن كان على مدة وقلنا إنه يصح لم يجوز حتى يعرف الظاهر الذي يحرث به ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقي .

(فصل) وإن استأجر ظهراً للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يداس لأن العمل يختلف باختلافه ، فإن كان على زرع معين لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذي يداس به ، لأنه لا غرض في تعيينه ، فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي يداس به ، لأن العمل يختلف باختلافه

(فصل) وإن استأجر جارحةً للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة لأن الصيد يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لأنه يضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد ، لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً في أنواع الجارحة .

(الشرح) يجوز أكثر الدابة للاستقاء بالغمرب - وهو الدلو العظيمه - ونحوه كالدولاب ، فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بكيله مترياً أو قياسه أو وزنه ، ولا يجوز تقدير ذلك بموضع في الأرض أو حفرة فيها للجمالة وتسرب الماء في باطن التربة

فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفته الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه ، وإن قدره بملء شئ معين احتاج إلى معرفته ومعرفته ما يستقي منه ، وهذا ما يقال في الاستقاء .

ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فنقول : إن جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب ، وتحمل أبقالكم إلى بلد لم تسكونوا بالغية إلا بشق الأنفس ،

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبي صلى الله عليه وسلم
 « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت : إني لم أخلق لهذا ، وإنما خلقت
 للحرث ، رواه الشيخان ؛ على أن هذا يحتاج الى شرطين ، معرفة الأرض وتقدير
 العمل ، فأما الأرض فلا تعرف الا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة
 وضيقاً وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان - جمع جريب - وهو ما يبلغ
 ستين ذراعاً مربعاً مهياً للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب
 وألف خريب ويعنون بالخريب غير المهيا للزراعة ويحتاج الى اصلاح حتى يكون
 جريباً ، ومن هنا اختلف كراء الجريب عن الخريب لان الجريب تكون مستوية
 السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لأنها
 لا تعرف الا بالمشاهدة

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين اما بالمدة كيوم ويومين واما بالأرض
 كهذه القطعة ، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبية أو قصبتين (والقصبية ٣٥٥
 س م .) والفدان ٣٣٣ وثلاث قصبية .

أما الدراس أو الدياس - والدياس جعلوها مصدراً لدراس يدوس دوساً
 ودباساً مثل الدراس فن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب ،
 ومنهم من يقول : هو مجاز وكأه ماخوذ من داس الأرض دوساً اذا شدد وطأه
 عليها بقدمه ، والمدوس الذي تداس به الخنطة - بكسر الميم - لأنه آلة .
 وأما المداس الذي يفتعله الإنسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لأنه آلة
 والا فالسكر أيضاً حملاً على النظائر الغالبة من العربية ، ولا أدري وجه صاحب
 القساموس المحيط في جعله زنة صحاب - قلت : أما تأجير البقر للدراس او غير
 البقر فأشبهه الحرث في معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهـل بالنورج أم بدونه
 وعلى مدة ومعرفة الحيوان ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، فمن الحيوانات
 ما يكون نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج الى اختياره وتحديد نوعه
 وكذلك ادارة الرحى للطحن يفتقر الى شيئين ، معرفة الحجر بالمشاهدة ، واما
 بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل اما بالزهان كيوم ويومين
 ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته .

(فرع) إذا استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لأنها إذا كانت الجارحة كلباً فلا يصح استئجاره كما صحح ذلك النووي ، وحكى الرملي والشريفي منازعة النووي في هذا ، وقال الأذرعى : المختار قول الغزالي ، يبنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد .

أما الجوارح الأخرى كالبازي والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولاً واحداً كما يجوز استئجار السنور لصيد الفأر وعلى هذا يصح استئجارها - أعنى الجوارح - من ذى أو مجوسى ويجزى عليها حكم صيد المسلم بكلب النصرانى واليهودى ، إن قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز .

أما الجوارح الأخرى فإنه يصح استئجارها من يهودى أو نصرانى ويصح صيدها قال العبدري : وبه قال الفقهاء كافة . وقال ابن المنذر : وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء ومن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهويه ، وقال أحمد : كلب النصرانى واليهودى عندى أهون من المجوسى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان : لان لكل جنس من الماشية تأثيراً فى اتعاب الراعى ، ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس فى الذمه : فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد ، لان العمل يختلف باختلافه ، ومن أصحابنا من قال : يجوز مطلقاً ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائه أو أقل أو أكثر ، والاول أظهر لان ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد .

(فصل) وان استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذى عقد على ارضاعه ، لانه يختلف الرضاع باختلافه ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لانه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لان الغرض يختلف باختلافه .

(فصل) وان استأجر رجلا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الارض لان الحفر يختلف باختلافها ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ، لان الغرض يختلف باختلافها ، وان استأجر ابناً حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبني به من الآجر واللبن والجص والطين ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، وان استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والزراب ، ويذكر الطول والعرض والسلك والعدد ، وعلى هذا جميع الاعمال التي يستأجر عليها .

وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه مالا يعرفه ، رجع فيه الى أهل الخبرة ليعتمد على شرطه ، كما اذا أراد أن يعقد النكاح ، ولم يعرف شروط العقد رجع الى من يعرفه ليعقد بشرطه ، وان عجز عن ذلك فوضه الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الاعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع .

(فصل)

وان استأجر رجلا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لان الغرض يختلف باختلافها ، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف ، فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأن الاشارة تختلف (والثاني) يصح ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه ، فقال لها : اجلسي بارك الله فيك ، أما نحن فلا حاجة لنا فيك : ولكن تملكيننا أمرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوه القوم ، فدعا رجلاً منهم فقال لها : اني أريد أن أزوجه هذا ان رضيت فقالت : ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت ، ثم قال للرجل : هل عندك من شيء ؟ قال لا والله يا رسول الله . قال : ما تحفظ . من القرآن ؟ قال : سورة البقرة والتي تليها ، قال : قم فاعلمها عشرين آية وهي امرأتك ، وهل يفتقر الى تعيين الحرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يعين الحرف ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف (والثاني) لا يحتاج الى تعيين الحرف ، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل .

(فصل) وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه إفراد أو قران أو تمتع ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فأما موضع الاحرام فقال في الام لا يجوز حتى يعين وقال في الإملاء : إذا استأجر أجيراً أحرّم من الميقات ولم يشرط التعيين ، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق المروزي : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز حتى يعين ، لأن الإحرام قد يكون من الميقات ، وقد يكون من دويرة أهلها ، وقد يكون من غيرهما ، فإذا أطلق صار العقد على جمول فلم يصح (والثاني) أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع ، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق اليه كنفذ البلد في البيع

ومن أصحابنا من قال : إن كان الحج عن حى لم يحز حتى يعين لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه ، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين ، لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال : إن كان للبلد ميقتان لم يحز حتى يبين لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب بيانه كالمثل في موضع فيه نقدان . وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين ، كالمثل في موضع ليس فيه إلا نقد واحد ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن ترك التعيين وقلنا إنه لا يصح لحج الأجير ، أنه قد الحج للمستأجر لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كماله وكله وكالة فاسدة في بيع

(الشرح) أوردنا في صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى ، وقد روى أحمد والبخارى وابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم . فقال أصحابه وأنت ؟ قال نعم . كنت أرهاها على قراريط لأهل مكة ، وقال سويد بن سعيد : يعنى كل شاة بقيراط .

وقال ابراهيم الحربى : قراريط اسم موضع ، وقد صوب ابن الجوزى وابن ناصر التفسير الذى ذكره ابراهيم الحربى : لكن الذى رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكاناً يقال له : قراريط

وقد روى النسائى من حديث نصر بن حزن قال : افتخر أهل الابل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعث موسى وهو راعى غنم ، وبعث داود

وهو راعى غنم وبعثت وأنا راعى غنم أهلى بجياد ، وفى الحديث دليل على جواز الاجارة على رعى الغنم ، ويلحق بها فى الجواز غيرها من الحيوان ، وهل يصح أن يرعى قطيعا بغير عدد من الغنم ، أو قطيعا بغير عدد من البقر قل أو أكثر ؟ قولان (أحدهما) وهو الاصح أن يذكر العدد وأن يكون الاجر مناسبا لقدرة المنفعة والعمل (والثانى) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير عدد صح عقده .

(فرع) مذهب الشافعى رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الام لارضاع ولدها . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ما دامت فى النكاح أو العدة اه . ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لارضاع أو غيره مما يؤدى إلى خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الاصح ، ويؤخذ من قول الاذرى أنه يجوز لها ذلك إذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لاخلوة فيه بأجنبي ينقضى أجله قبل قدومه ، وقد اعترض الفزى على هذا بأن المرأة ومنافعها مستحقة لزوجها بعقد النكاح . قال الرملى : وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها ، وإنما يستحق المنفعة منها وهى متعذرة منه ، ولو اختلفت الزوجة مع زوجها حول الاذن صدق الزوج ولا كلام .

على أن الاقيس على ظاهر المذهب أنه يصح لها ذلك على حد قول الاذرى لانه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لارضاع ولده ولو كان منها فإن ذلك يفيد بمفهومه ماليتها بالمنفعة ، اذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها وكسوتها ؟ مذهب الشافعى على أن ذلك لا يجوز فى الظاهر ولا فى غيره من أنواع الاجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فىمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل أجر أو شرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك والشافعى وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عن أحمد أن ذلك جائز فى الظاهر دون غيره لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لهن النفقة والكسوة

على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوجة ، ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظاهر ولا في غيرها . وهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً فيكون مجهولاً ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً . إذا ثبت هذا فهل تدخل الحضانة في الرضاع أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لأن العقد لم يتناولها (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي ، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعادة . ويشترط لعقد الرضاعة أربعة شروط :

١ - أن تكون مدة الرضاع معلومة ، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها ، فإن السقي والعمل فيها يختلف .

٢ - معرفة الصبي بالمشاهدة ، لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهيمته وقناعته .

٣ - موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها

٤ - معرفة العوض وكونه معلوماً كما سبق

(فرع) إذا استأجر عاملاً يحفر له بئراً وحدد له مكان البئر وسعتهما وأجره ، أو استأجر عاملاً يضرب له لبناً وهياً له المساء والتبن والتراب والمكان الصالح لضرب اللبن ، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره ، ولا ضمان عليه في البئر ولا في اللبن

(فرع) يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم القرآن أو سورة منه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديده كما يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجاً وهو وجه في المذهب ، ولا يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه في الام حيث قال : إن القراءة لا تحصل له ،

وقال الشريبي في المعنى : الاجارة للقرآن على القبر مدة معلومة أو قدر معلوماً

جائزة الانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحي الحاضر ، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن الى الميت في ذلك ، ولان الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب الى الاجابة وأكثر بركة ؛ ولانه إذا جعل أجره الحاصل بقراءة الميت فهو دعاء بمحصول الاجر فينتفع به . فقول الشافعي رضي الله عنه أن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك . وقد أفنى الشهاب الرملي بذلك وأفاده ولده شمس الدين في نهاية المحتاج

قلت : وقد أجمع أهل العلم على أن القارئ إذا قرأ ابتغاء المال وطلباً للنقود لا سيما في زماننا الذي عمت فيه حرفة القراءة ؛ وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا إنما لأنه لا يبتغى بالقرآن وجه الله ، ولم يقف عند عجايبه فيحرك به قلبه ، وكما يقول أبو حامد الغزالي رحمه الله : الموعظة زكاة نصاب الاتعاظ ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه ، ففاقد الاتعاظ بكتاب الله ليس عنده ما يمنحه غيره من الموعظة

(فرع) قال أصحابنا : أعمال الحج معروفة فاذا علمنا المتعاقدان عند الاجارة صححت الاجارة ، وان جهلما أحدهما لم تصح بلا خلاف ، ومن صرح به امام الحرمين والبعغوى والمتولى ، وهل يشترط تعيين الميقات الذي يحرم منه الاجير ؟ نص الشافعي في الام ومختصر المزني أنه يشترط ، ونص في الاملاء أنه لا يشترط والأصحاب أربع طرق ، أصحابنا وبه قال أبو اسحاق المروزي والاكثر ، ووافق المصنفون على تصحيحه : فيه قولان أصحابنا لا يشترط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة في العادة الغالبة ، لأن الاجارة تقع على حج شرعى ، والحج الشرعى له ميقات معقود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق اليه ، ولانه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر في الشرع أو العرف ، كما لو باع ثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر في العرف ، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه .

ومن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد في تعليقه والمحاملي والبندنجي والرافعي وآخرون . والثاني : يشترط لان الاحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه ، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه

والطريق الثاني : إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يفضى إلى ميقتين اشترط بيانه وإلا فلا .

والطريق الثالث : إن كان الاستئجار عن حى اشترط ، وإن كان عن ميت فلا لأنه قد يتعلق للحى غرض فيه وهذا الطريق هو الذى حكاه المصنف هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ أبو حامد الاسفرايينى وآخرون ، وهذا الذى قبله ليس بشيء عندهم ونقله إمام الحرمين .

والطريق الرابع : ما حكاه الدارمى من أنه يشترط قولاً واحداً ، وعلى هذا إن شرطاه فأهمله فسدت الاجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه أجره المثل ، أما نعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف .

قالوا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان أنها أفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض بذلك ، هذا وقد نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب : من حج عني فله مائة درهم فحج عنه انسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجره المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الجمالة ، وللأصحاب فيها ثلاثة أوجه (أحدها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الأجير أجره المثل ، لأنه جمالة وليس بإجارة والجمالة تجوز على عمل مجهول فوقعها عن معلوم أولى ، هذا وبقية ما يتعلق بالإجارة عن الحج من أفراد أجير أو تعدد أجراء أو حصول الاجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط فى كتاب الحج من المجموع فاشدد به يدك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على أجره معلومة لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع ، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها : لأن المنافع فى الاجارة كالأعيان فى البيع ، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

(فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدرى (رض)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من استأجر أجيراً فليعلمه أجره ، ولأنه عقد معاوضة فلم يجوز بعوض مجهول كالبيع ، وإن عقد بمال جزاف نظرت ، فإن كان العقد على منفعة في الذمة ففيه قولان ، لأن اجارة المنفعة في الذمة كالسلم ، وفي السلم على مال جزاف قولان ، فكذلك في الاجارة ، فإن كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافاً قولاً واحداً ، فكذلك في الاجارة ، ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجوز (والثاني) لا يجوز ، لأنه عقد على منتظر ، وربما انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض ، فكان في عوضه جزافاً قولان كالسلم .

وإن كانت الاجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل . فكذلك الاجارة ؛ فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطوا الاجير أجره قبل أن يحفر رشحه .

ولأن الاجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين ، فكذلك في الاجارة ، فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال ربكم عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته ، رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع ، فإن سلم اليه العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البدل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري فإن عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الاجارة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشتري إذا تلف المبيع في يد البائع .

فإن كان هذا في اجارة فاسدة استقر عليه اجرة المثل ، لأن الاجارة كالبيع

والمنفعة كالعين ، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البذل ، فكذلك في الإجارة فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجوز بأجرة مؤجلة ، لأن إجارة ما في الذمة كالسلم ، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل ، فكذلك الإجارة ، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم ، ومن أصحابنا من قال : إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم ، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة والأول أظهر ، لأن الحكيم يتبع المعنى لا الاسم . ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ، ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة ، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه .

(الشرح) حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه رواه أحمد ولفظه : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره ، وعن النجش واللمس والقاء الحجر ، قال في مجمع الزوائد : رجال أحد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب . وأخرجه أيضاً البيهقي وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود في المراسيل ، والنسائي في الزراعة غير مرفوع ، ولفظ بعضهم : من استأجر أجيراً فليسهم له أجرته ، وفي هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الأجرة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة : لا يجب للعرف واستحسان المسلمين ، قال صاحب البحر : لا نسلم بل الإجماع على خلافه اهـ . ويؤيد قول المذهب القياس على ثمن المبيع .

أما حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقول الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، الحديث ، فقد أخرجه أحمد والبخاري ، وأخرجه أيضاً البزار وفي أسناد البزار هشام بن زياد (أبو المقدام) وهو ضعيف قال ابن التين : هو سبحانه خصم لجميع الظالمين إلا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالنصرح ، والخصم يطلق على الواحد والاثنين وعلى أكثر من ذلك .

وقال المروى : الواحد بكسر أوله ، قال الفراء في إطلاق الخصم على الواحد فأكثر هو قول الفصحاء ، ويجوز في الاثنين خصماً ، قلت : استعمل القرآن

في الاثنين خصمان في قوله تعالى « خصمان بغى بعضنا على بعض » وهو أبلغ استعمال وأفصح . قوله « من كنت خصمه خصمته » هذه الزيادة ليست في صحيح البخارى ولكنه أخرجهما أحمد وابن حبان وابن خزيمة والاسماعيلي ، قوله « باع حراً وأكل ثمنه » في رواية لابي داود ورجل اعتيد محرره ، وهو أعم في الفعل وأخص في المفعول .

قال الخطابي : اعتباد الحر يقع بأمرين ، أن يعتقه ثم يكتم ذلك أو يجرده ، والثاني أن يستخدمه كرها بعد العتق ، والأول أشدهما . قال في الفتح : الأول أشد لأن فيه مع كتم الفعل أو جرده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فن ثم كان الوعيد عليه أشد .

وفي قضاء الأجر عند توفية العمل خلاف بين العلماء فعند أبي حنيفة وأصحابه إنما تملك بالمقد فتبعض أحكام الملك ، وعند الشافعي وأصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا في الصحيحة ، وأما الفاسدة فقال في البحر : لا تجب بالعقد إجماعاً وتجب بالاستيفاء إجماعاً .

والاجارة أصول في أنفسها تتنوع على وجهها ، وهي كالبيوع سواء بسواء ، قال الشافعي رضى الله عنه : البيوع الصحيحة صنفان بيع عـين يراها المشتري والباطع ، وبيع صفة مضمونة على البائع ، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشتري ، غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشتري كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التي باعه إياها ، أو مخالفة لتلك الصفة ، لأن بيع الصفات التي تلزم المشتري ما كان مضموناً على صاحبه ، ولا يتم البيع في هذا حتى يرى المشتري السلعة فيرضاهما ويفرقان بعد البيع من مقامهما الذي رآه فيه ، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن في سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراخى ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بمينها إلى أجل من الأجل قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالأجل ويجوز فيما حل لصاحبه ، وأخذة مشتريه ولزمه بكل وجه اهـ .

ونقل السبكي في فتاويه عن القفال قوله : أما الاجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقه بالسلم حتى يجب فيها قبض البدل في المجلس

وقال : أما الرجل يؤاجر نفسه فالاجارة تجوز معيناً ، وفي الذمة ، فإن أجره معيناً فلا بد أن تكون المنفعة معلومة بأحد أمرين بتقدير العمل أو المدة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالا ومؤجلا في الذمة كالسلم ، والسلم يجوز حالا ومؤجلا ، فكذلك الاجارة في الذمة وإن استأجر منفعة في الذمة وأطلق وجبت المنفعة حالة ، كما إذا أسلم في شيء وأطلق وجب حالا ، فإن استأجر رجلا للحج في الذمة ارمه الحج من سنته ، فإن أخره عن السنة نظرت ، فإن كانت الاجارة عن حى كان له أن يفسخ ، لأن حقه تأخر ، وله في الفسخ فائدة ، وهو أن يتصرف في الاجرة ، فإن كانت عن مبيع لم يفسخ ، لأنه لا يمكن التصرف في الاجرة إذا فسخ العقد ، ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية ، فلم يكن للفسخ وجه ، وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالا ، فإن كان على مدة لم يحز إلا على مدة يتصل ابتداءها بالعقد ، وإن كان على عمل معين لم يحز إلا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لأن اجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الاجارة فإن استأجر من يحج لم يحز الا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه ، فإن كان في موضع قريب لم يحز قبل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج الا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر الا في الوقت الذي يتوجه بعده لأنه وقت الشروع في الاستيفاء ،

فإن قال أجرتك : هذه الدار شهراً لم يصح ؛ لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين ، فبطل كالمثل قال : بعنتك عبداً ، فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الاول ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد ، فأشبهه إذا أجرها من غيره .

(والثاني) أنه يصح ، وهو المنصوص ، لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ؛ ولأن أحد شهره لا ينفصل عن الآخر ، فأشبهه إذا جمع بينهما في العقد .

(الشرح) قال المحاملي في المجموع : لا يجوز أن يستأجره في إجارة العين إلا في الوقت الذي يتمكن فيه . وقال النووي : إن كان في موضع قريب لم يجوز استئجاره قبل أشهر الحج ؛ وإن كان في موضع بعيد لم يستأجره إلا في الوقت الذي يتوجه بعده لأنه وقت الشروع في الاستيفاء . وقال أبو الطيب لا يمكن إجارة إلا في وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب . اهـ

ومن هنا إذا لم يشرع في الحج في السنة الأولى لعذر أو لغير عذر ، فإن كانت الإجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولا واحداً ، وإن كانت في الذمة ، فإن لم تتمين السنة فهو كمتعين السنة الأولى ، وعند بعض أصحابنا يجوز التأخر عن السنة الأولى أو يثبت الخيار للمستأجر ، وإن عينا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحابهما :

على قولين كما لو انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل (ا) لا يفسخ العقد وهو الاظهر (ب) يفسخ قولا واحداً ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا .

وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر ، وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين ، وقد قال إمام الحرمين : وفيما ذكره نظر لأنه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الأجرة بالفسخ ، وهذا استدراك على المصنف يجعل للورثة الحق في أن يبذلوا الأجرة لأجير آخر ، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالي شيخه على هذا .

وقال بغوى وآخرون بوجوب مراعاة الولى المصلحة في ذلك ، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الاجير أو هربه وإلا تركه وضمن ، وصحح الرافعي هذا وحمل الرافعي قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة الصنف اليه .

وقال أبو إسحاق المرزى : للمستأجر أن يرفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد

إن كانت المصلحة تقتضيه . قال الرافعي : فإن نزل ما ذكره على المعنى الأول ارتفع الخلاف ، وإن نزل على الثاني هان أمره .

قوله ، لأنه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة ، قال النووي في المنهاج : ولا تجوز اجارة عين لمنفعة مستقبلية . اهـ

وذلك كاجارة هذه الدار السنة المستقبلية أو سنة أولها من غد ، وكذا ان قال أولها من أمس ، وكاجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها الا بعد مدة لمنام اجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف اجارة الذمة كما مر ، ولو قال - وقد عقد آخر النهار : أولها يوم تاريخه لم يضر لأن القرينة ظاهرة في أن المراد باليوم الوقت أو في التعبير باليوم عن بعضه ، ويستثنى من المنع في المستقبلية صور ، كما لو أجره ليلا ليكمل نهاراً . وهذا عرف شائع في ديارنا ابيان الحصاد وجنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الأرز وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى .

ومثله اجارة دار بغير بلد المتعاقدين ، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لأن استيفاء العقد لا يكون الا صيفاً ؛ واذا لم يوجرها فاته الانتفاع بمقصوده . فلو أجر الشهر الثاني لمستأجر الشهر الاول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز في الاصح لاتصال المدينين مع اتحاد المستأجر ، كما لو أجر منه السنتين في عقد ، ولا نظر الى احتمال انفساخ العقد الاول لأن الاصل عدمه ، فان وجد ذلك لم يقدر في الثاني .

(فرع) في جواز الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد . أفاد شمس الدين الرملي أن الاقرب منه الجواز لأنه نائبه .

وقال الزركشى : انه الظاهر ، وهذا اذا لم يحصل فصل بين السنين ، والا فلا يصح ، وهذا يشمل الطلق والوقف ، نعم لو شرط الواقف أن لا يوجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد آخر قبل مضي المدة فالمعتمد كما أفنى به ابن الصلاح ووافقه السبكي والاذرعي وغيرهما عدم صحة العقد الثاني . وان قلنا بصحة اجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعاً لشرط الواقف ، لأن المدين المتصلتين في العقدين في معنى العقد الواحد . وهذا يعينه

يقضى المنع في هذه الصورة لوقوعه زائداً على ما شرطه الواقف ، وان خالفه ابن الاستاذ وقال : ينبغي أن يصح نظراً الى ظاهر اللفظ .

(فرع) مذهبنا أنه لا تصح اجارة المسلم للجهاد في سبيل الله لحرب أعداء الدين ، لأن الجهاد فرض عليه ما دام مستطيعاً ، ولأنه اذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة ، ويصح الإمام أن يستأجر غير المسلمين لقتال غير المسلمين من الكفار . ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج الى نية الا الحج وتفريقة الزكاة أو تعليم قرآن ، وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنه ، وتصح الاجارة للصوم عن الميت ، وتصح لذبح الهدى والأضاحى ونحوها . ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالاذان .

قال الشريفي في المعنى : ولا يصح الاستئجار للإمامة ولو نافذة كالزراويج لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير ، ويصح استئجار بيت ليتخذ مصلًى ، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة ، أما اذا استأجره ليجمعه مسجداً فلا يصح بلا خلاف ، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم . قال الرملي وغيره : فزيارة قبر غيره أولى . هكذا أفاده الخطيب الشريفي وشمس الدين الرملي والشبرايمسى في شروحه لمنهاج النووي ، وعزا الرملي الى الماوردى هذا ووافقه عليه . واقه أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو أكثرى من رجل عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز . وقال المزني : لا يجوز اكتراء العقبة الا مضموناً لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجوز ، كما لو أكراه ظهراً في مدة تتأخر عن العقد ، والمذهب الاول ، لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد ، وانما يتأخر في القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو باع من رجلين صبرة فانه يصح ، وان تأخر حق أحدهما عند القسمة ، فان كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول ، جاز العقد عليه مطلقاً ، وحمل في الركوب والنزول على العادة لأنه معلوم بالعادة : فحمل الاطلاق عليه كالنقد المعروف

في البيع ، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لأنه غير معلوم بالعادة ، فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه ، فإن اختلفا في البادية في الركوب أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنها تساويها في الملك فقدم بالقرعة .

(الشرح) التعاقب التناوب ، فينزل هذا نوبة وهذا نوبة . وفي الحديث « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار ، والعقب يضم العين جمع عقبة ، أى نوبة

قال الشافعي رضي الله عنه : فإن تكرى منه لعبده عقبة فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال ، أو النهار دون الليل ، أو أراد ذلك به الجمال فلاس ذلك لو احد منهما ، ويركب على ما يعرف الناس العقبة ، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب ، ثم يركب بقدر ما مشى ، ولا يتابع المشى فيفدحه ولا الركوب فيضمر بالبعير اه . ويفهم من كلامه أن المقصد من عقد الاجارة تحقيق المنفعة للمستأجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمته .

قال النووي رضي الله عنه : ويجوز كراء العقب في الاصح ، وبيان ذلك أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبها المالك تناوباً أو يؤجرها رجلين ليركب ذا أياماً وذا أياماً كذلك تناوباً ، أو يقول : آجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ، ويبين البعضين في صورتين كنصف أو ربع ما لم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة ثم يقسمان بالتراضي ، فإذا تنازعا أيهما يبدأ أقرع بينهما ، لأنها يمكن المنفعة معاً ، ويفتقر التأخير الواقع لضرورة القسمة .

نعم شرط الصحة في الاولى تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ بزمن مستقبل ، ومقابل الاصح في قول النووي أوجه أصحها المنع لأنها إجارة أزمان متقطعة . وفي الروضة أنه ليس لأحدهما أن يطلب المشى ثلاثاً والركوب ثلاثاً للشقة . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ، لأن الخيار يمنع من التصرف ، فان حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة ، وإن حسب على المكبرى نقصنا من المدة . وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط .

(والثاني) يثبت لانه قدر يسير ، ولكل واحد منهما إسقاطه ، وإن كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار (والثاني) يثبت فيه الخياران ، لان المنفعة المعينه كالعين المعينه في البيع ، ثم العين المعينه يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة (والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لانه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالمسلم .

وإن كانت الاجارة على منفعة في الذمه ففيه وجهان (أحدهما) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار (والثاني) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لان الاجارة في الذمه كالمسلم ؛ وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، فكذلك في الاجارة .

(فصل) وإذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب لان الاجارة كالبيع ، ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة والله التوفيق

(الشرح) مذهبتنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد . وقال أبو حنيفة : يجوز للمستأجر فسخ الاجارة بالاعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ولا يجوز للوَجَر أن يفسخ بالاعذار ، مثل أن يستأجر دارا يسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزا المناعه ثم يريد بيعه ، أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره . الى ما أشبه ذلك من الاعذار ، فيجعل له بها فسخ الاجارة للعذر . ألا ترى أن من استأجر لقلع فدانين من الحطاب جاز للمستأجر فسخ الاجارة للعذر الطارىء . ولم يجبر على قلع فدانيه . وكذا كل عذر .

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، فكان
 عموم هذا الأمر بوجوب الوفاء بكل عقد مالم يقم دليل بتخصيصه ، ولأن كل عقد
 لزوم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمهما مالم يحدث بالموضوعين نقص كالبيع ، ولأن
 كل عقد لازم العاقد عند ارتناع العذر لم يحدث له خيار بمحدث عذر كالزوج ،
 ولأن كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالأجرة
 لا يكون حدوث الزيادة فيها موجبا لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها
 موجبا لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر
 ولأنه عقد إجارة فلم يجوز فسخه بعذر كالمؤجر ، ولأن العقود نوعان ؛ لازمة فلا
 يجوز فسخها بعذر كالبيع ، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عذر كالقراض .

فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر وجب
 أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر .

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها
 بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الإجارة ، وأما استدلاله بأن الأعدار تأميراً في
 عقود الإجازات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برىء ، فالجواب عنه هو أن
 من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ، وليس يجب عليه استيفاؤها ، ألا ترى
 أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ، ولا يجبر على سكنها ، فإن مسكن من
 سكنها فلم يسكن فعليه الإجارة .

هذا أصل مقرر في الإجارة ؛ وإذا كان كذلك — فإن كان الضرس على حال
 مرضه وألمه — فقلعه مباح ، والمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء ، فإن
 أبي المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه . وقيل له : قد بذل لك الأجير القلع
 وأنت تمتنع ، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة
 السكنى ، وإن برىء الضرس في الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة ، لأن
 قلعه قد حرم ، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً ، فصار محل العمل
 معدوماً ، فلذلك بطلت الإجارة كما لو استأجر لحياطة ثوب فلف ، إذ لا فرق
 بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالهضم .

فإذا تقرر أن عقد الاجارة من العقود اللازمة ، وأن فسخه بالعدر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه ، وقال أبو حنيفة : يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز في البيع لانهما معاً من عقود المعاوضات .

ودليلنا : هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض العقود عليه فيما ليس متابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح ، كما لو شرط في ابتياع جوادين أنه إن تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع . ولأن المعقود إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياساً على بيع الطعام الرطب .

فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يدخله كالبيع لكونها عقدي معاوضة . فعلى هذا إن أخرها المؤجر من غير المستأجر في خيار المجلس صححت الاجارة الثانية وكان ذلك فسخاً للاجارة الاولى . هكذا أفاده الماوردي .

وقال بعض أصحابنا : تفسخ الاجارة الاولى ولا تصح الاجارة الثانية لتقدم الفسخ . لأنه لا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيهما . ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو أن استقرار العقد الثاني يوجب فسخ العقد الاول بالتأهب للثاني . وعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت اجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه . لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر . وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشتري بيع ما لم يقبضه (والوجه الثاني) أن خيار المجلس لا يدخله . ويصير العقد بالبدل والقبول لازماً . لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبهه خيار الشرط . فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجوز . ولو أجره المستأجر . فإن كان بعد القبض جاز . وإن كان قبله ؟ فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز لفارقه البيع في الخيار ففارقه في القبض .

(والوجه الثاني) لا يجوز لكون المنفعة مضمونه على المستأجر فأشبهه ضمان

المبيع على البائع وإن فارق البيع في حكم الخيار وهذان الوجهان في إجازة ما لم يقبض مبيعاً على اختلاف أصحابنا في عقد الإجازة هل تناول الدار المؤاجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة ؟ فقال أبو إسحاق المروزي : عقد الإجازة إنما تناول الدار الموجودة ، لأن المنافع غير مخلوقة ، فعلى هذا يمنع من إجازتها قبل القبض كما يمنع من البيع .

(والوجه الثاني) وهو الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لأن العوض في مقابلتها ، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكماً ؛ وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمعنى المدة ، فعلى هذا تجوز إجازتها قبل قبضها .

وقال النووي : لا تنفسخ الإجازة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضاً لزراعه فزرع فملك الزرع بجائحه فليس له الفسخ ، ولا حط شيء من الأجرة ، وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين في المستقبل لا الماضي في الأظهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يلزم المنتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكري ما يحتاج إليه المكترى للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التي في أنفه والحزام والفتب والمرج واللجام للفرس لأن التمكين عليه ولا يحصل التمكين إلا بذلك ، فإن تلف شيء منه في يد المكترى لم يضمه كما لا يضم من الدين المستأجرة وعلى المكري بدله لأن التمكين مستحق عليه لئلا يستوفى المستأجر المنفعة وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالذلو والجبل والحمل والغطاء فهو على المكترى ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع ، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر ، فمنهم من قال : هو على المكري لأنه من آلة التمكين ، فكان على المكري ؛ ومنهم من قال : هو على المكترى لأنه بمنزلة تأليف الحمل وضم بعضه إلى بعض .

(فصل) وعلى المكري إشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده ، لأن العادة أنه يتولاه المكري فحمل العقد عليه ، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر ، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل ، لأنه يمكن فعله على الظهر وعليه أن يترك الحمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف ، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع ، فكان عليه فأما أجرة الدليل فينظر فيه فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فهو على المكري لأن ذلك من مؤن التحصيل ، وإن كانت الإجارة على ظهر بعينه فهو على المكترى لأن الذي يجب على المكري تسليم الظهر وقد فعل ، وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش ، لأنه من مقتضى التمكين ، فإن امتلأ في يد المكترى ففي كسبه وجهان :

(أحدهما) أنه على المكري لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه

(والثاني) أنه على المكترى لأنه حصل بفعله فكان تقيته عليه كتطيف الدار من القمامة وعلى المكري إصلاح ما تمدم من الدار وإبدال ما تكسر من الحشب ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه .

واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق؟ فمنهم من قال يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع ، فاستحقت بالعقد على الرضاع ومنهم من قال لا يلزمها لأنها منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمستأجر أن يطالبها بذلك لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي

(فصل) وعلى المكري علف الظهر وسقيه لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه ، فإن هرب الجمال وترك الجمال فللمستأجر أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف لأن ذلك مستحق عليه لجواز أن يتوصل بالحكم إليه فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع لأنه متطوع ، وإن رفع الأمر الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه ، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه

ثم دفعه اليه لينفق جاز ، وان لم يقبض منه وانكته أذن له في الإنفاق عايبها فرضاً على الجمال ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز لأنه إذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره (والثاني) يجوز لأنه موضع ضرورة ، لأنه لا بد للجمال من علف وليس ههنا من ينفق غيره ، فإن أذن له وأنفق ثم اختلفا في قدر ما أنفق فإن كان ما يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت اليه لأنه ان كان كاذباً فلا حق له وان كان صادقا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى ، وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لأنه مؤتمن في الإنفاق فقبل قوله فيه ، فان لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد لم يرجع لأنه متطوع ، وإن أشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يرجع لأنه يثبت حقاً لنفسه على غيره من غير إذن ولا حاكم . (والثاني) يرجع لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه لحجاز أن يتوصل اليه بنفسه ، كالمو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ؛ فان لم يجد من يشهد أنفق . وفي الرجوع وجهان (أحدهما) لا يرجع ، لما ذكرناه فيه إذا أشهد ؛ (والثاني) يرجع ، لان ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن في الإنفاق .

(الشرح) قوله « برة » محذوفه اللام ، هي حلقه تجعل في أنف البعير تكون من النحاس ونحوه ؛ وأبريت البعير جعلت له برة ، وقوله « القماش » وهو ما على وجه الارض من فئات الاشياء ، حتى يقال لرذالة الناس قماش . وما أعطاني إلا قاشاً ، أى أردأ ما وجدته ، أفاده في القاموس .

وقوله في ترجمه الباب « ما يلزم المتكاريين ، أى ما يتعين لدفع الخيسار ، فعلى المكري تسليم مفتاح ضبته الدار الى المكبرى لتوقف الانتفاع عليه ، وهو أمانة بيده ، فلو تلف ولو بتقصير فعلى المكبرى تجديده ، فان امتنع لم يجبر ولم يأثم وينبئ على ذلك سؤال :

هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ ففي هذه الصورة نظر وقد توجه الصحه إن أمكن الانتفاع بها بلا باب ، كأن أمكن التساق من الجدار ، وعلى القول

بالصحة هل يثبت الخيار للجاهل ، كان رأها قبل سد بابها ثم استأجرها اعتماداً على الرؤية السابقة ؟ قلنا يثبت له الخيار وجهها واحداً .

فأما القفل فلا يجب تسليمه فضلاً عن مفتاحه لأنه منقول وليس بتابع ، كما أن عليه من أسباب التمكن مبنياً على أصل المذهب إضاعة المدخل واستكمال المرافق الصحية ، فإن لم يفعل لم يجبر ، وكان المكترى بالخيار والمستأجر عليه كس السلم والفناء لأن ذلك ميسور له .

قال الشافعي رضي الله عنه في كراه الإبل والدواب من الام : وعلى المكترى أن يركب المرأة البعير باركاً وتنزل عنه باركاً ، لأن ذلك ركوب للنساء . أما الرجال فيركبون على الأغلب من ركوب الناس ، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصلها غير معجل له ولما لا بد له منه كالوضوء ، وليس عليه أن ينتظره لغير ما لا بد له منه . قال وليس للجهال إذا كانت القرى هي المنازل أن يتعداها إن أراد الكلاء ، ولا للمكترى إذا أراد عزلة الناس ، وكذلك إن اختلفا في الساعه التي يسيران فيها ، فإن أراد الجمال أو المكترى ذلك في حر شديد نظر إلى مسير الناس بقدر المرحلة التي يريدان

وقال الشافعي رضي الله عنه : وعلف الدواب والإبل على الجمال أو مالك الدواب ، فإن تغيب واحد منهما فعلف المكترى فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان ، وينبغي للسلطان أن يوكل رجلاً من أهل الرفقه بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابة والإبل ، وإن ضاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب فإن قال قائل : يأمر الراكب أن يعلف لأن من حقه الركوب والركوب لا يصلح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب الدابة ، وهذا موضع ضرورة ، ولا يوجد فيه إلا هذا ، لأنه لا بد من العلف والاتلف الدابة ولم يستوف المكترى الركوب كان مذهبا

ثم قال الشافعي رضي الله عنه : وفي هذا أن المكترى يكون أمين نفسه ، وأن رب الدابة إن قال لم يعلفها إلا بكذا ، وقال الامين : علفتها بكذا لا أكثر ،

فإن قبل قول رب الدابة في ماله سقط كثير من حق العالف ، وإن قبل قول المكزى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره ، وإن نظر إلى علف مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكزى من أن يكون القول قولها ، وقد ترد أشباه من هذا في الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس ، وأن القياس ضئيف ، وقد ذكر في غير هذا الموضوع ؛ ويقولون : يقضى بين الناس بأقرب الأمور في العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدما من حكم يتبعه .

قال الشافعى رضى الله عنه : فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره الرأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا في بعض أقاويلهم ، وإن لم يحجز فقد يترك أهل القياس القياس ، والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلات حشوشها فالذى عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين . قال الماوردى : والذى عندى وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر ، لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك انطام الآبار ، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه ، ولو امتنع المؤجر ما يلزمه من الآبار لم يحجز عليه ، وكان المستأجر بالخيار ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة ، فمنهم من قال : لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها ، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها ، فإن قلنا : لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة ، وإن قلنا : يلزمه مؤنة الرد كالعارية .

(فصل) وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، لأن إطلاق العقد يقتضى المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فإن استأجر داراً للسكنى

جاز أن يطرح فيها المتاع ، لأن ذلك متعارف في السكنى ، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب ، لأن ذلك غير متعارف في السكنى ، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع اليه الفساد ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن الفار ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك .

(والثاني) يجوز ، وهو الأظهر ؛ لأن طرح ما يسرع اليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف في سكنى الدار ، فلم يحز المنع منه ، وإن اكثرى قيصاً للبس لم يحز أن ينام فيه بالليل ، ويجوز بالنهار ، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار .

وإن استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقياً ولا منكباً ؛ لأن ذلك هو المتعارف ، وإن كان في طريق العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار لم يسر في الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف ، وإن اكثرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول للروح ففيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه النزول ، لأن ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط .

(والثاني) لا يلزمه ، لانه عقد على الركوب في جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضه ، فإن اكثرى ظهراً إلى مكة لم يحز أن يحج عليه ، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه ، وإن اكثره للحج عليه ، فله أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة ، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً إلى منى البيت والرعى ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه من تمام الحج (والثاني) ليس له لأنه قد حل من الحج .

(الشرح) قد عرفنا ما سبق من الشواهد والادله والنصوص أن عقد الإجارة يصح على العين مدة تبقى بصفاتهما غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة .

قال البغوى : الا أن الحكام اصطالحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يتدرس الوقف . قال السبكي : ولعل سببه أن اجارة الوقف

تحتاج الى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب . والمستأجر في اجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد امانة فيأتى فيه ما امر في الوديع مدة الاجارة ان قدرت بزمن ، أو مدة امكان استيفاء المنفعة ان قدرت بمحل عمل امدام امكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده ، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر للملكة المنفعة لجاز له استيفاؤها حيث شاء ، وظاهره عدم الفرق بين اجارة العين وهو ظاهر ، والذمة وهو محتمل ، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذاً بما مر في الوديعه .

ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لان العين امانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة الى مكة فنذهب من المكترى بسرقة أو زهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن . اهـ

فإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد في قول غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع ، وفارق العارية فإنه عليه أن يردّها من حيث أخذها ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعه وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده امانه كالوديعه ؛ ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه .

والقول الآخر : يضمن اذا انتهت مدة الإجارة لانه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في امسأكمها أشبهه العارية - المذقته بعد وقتها ، فإن ضمن الموزر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه يناهى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

وروى عن ابن عمر أنه قال : لا يصلح الكراء بالضمان . وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون : لا نيكترى بضمان ، الا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التمدى فهو ضامن ، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان

فيه ، وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً وما يجب ضمانه لا يفتق ضمانه بشرط نفيه .

فأما إن أكره عينا وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائه أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها ؟ أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشياء هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعدد لشرط كراهته فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفـيزاً لحمل قفيزين ، فإذا كانت العين داراً فلا يصح أن يقتنى فيها ما يؤدي إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذي جعل بعض الأصحاب يمنع أن يكون في متاعه بعض الماكولات التي تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من أحداث شقوق في جدران البيت ، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل ما يـكـوـلـات الإنسان تغري الفيران وتجذبها اليها ولذا فقد عفي في الأصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه .

(فرع) بشرط في اجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير كل يوم وكونه ليلاً أو نهاراً والنزول في عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصاً منه لحوف لحرق ضرر منه ولو كان ظناً جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والإياب فإنه لا تحسب عليه مدة اقامتها لحوف إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة ، فينزل عليها ، فإن لم تنضب شرط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، والا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، وحينئذ يتعذر الاستئجار في طريق مخوفة لا منازل فيها

(فرع) من أكثرى مطية ليحج عليها فله الركوب عليها إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليها إلى منى لأنه من تمام الحج ، وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ؛ ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قوله تعالى ، والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ، ومن أكثرى إلى مكة فقط فليس له الركوب

الى الحج لانها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لان الكراء الى مكة عبارة عن الكراء الى الحج لكونها لا يكثرى اليها الا للحج غالباً فكان بمنزلة المكترى للحج ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه .

قال الشافعي رضي الله عنه : واذا تكارى رجل محملاً من المدينة الى مكة فشرط سيراً معلوماً فهو أصح ، وان لم يشترط فالذي أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزمان المراحل لانها الاغلب من سير الناس ، فإن قال قائل كيف لا يفسد في هذا الكراء والسير يختلف ؟ قيل : ليس للافساد ههنا موضع ، فان قال : فبأى شيء قسمته ، قيل : بنقد البلد ، البلد له نقد وصنح وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالدرهم ولا يشترط نقداً بعينه ، ولا يفسد البيع ، ويكون له الاغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اهـ .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان اكرى ليحمل له أرطالا من الزاد فهل له أن يبدل ما يأكله فيه قولان .

(أحدهما) له أن يبدل وهو اختيار المزني كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء . (والثاني) ليس له أن يبدله ، لأن العادة أن الزاد يشتري موضعاً واحداً بخلاف الماء قال أبو اسحاق : هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل ، فأما اذا كانت قيمته تختلف في المنازل جاز له أن يبدله قولاً واحداً لان له غرضاً أن لا يشتري موضعاً واحداً .

(فصل) وان اكرى ظهراً فله أن يضربه ويكبجه باللجام ويركضه بالرجل للاستصلاح لما روى جابر قال : سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى مني بعيراً وحملني عليه الى المدينة ، وكان يسوقه وأنا راكبه وأنه ليضربه بالعصا ولا يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك لجاز له فعله .

(فصل) وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها في الكهرر ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر ، فإن اكرى ظهراً اركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه في الخشونة ولا يركبه فيما هو أخف منه ،

فإن استأجر أرضاً ليزرع فيها الخنطة فله أن يزرع مثلها وما دونها في الضرر ولا يزرع ما فوقها ، لأن في مثلها يستوفى قدر حقه وفيما دونها يستوفى بهضر حقه ، وفيما فوقها يستوفى أكثر من حقه ؛ فإن أكثرى ظهر اليجمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد لأنه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله ، فإن أكثره للحديد لم يحمل عليه القطن لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعيب الظهر ، فإن أكثره ليركبه بسرج لم يجوز أن يركبه عرباً لأن ركوبه عربياً أضر ، فإن أكثره عربياً لم يركبه بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، فإن أكثرى ظهر اليركبه لم يجوز أن يحمل عليه المتاع لأن الراكب يعين الظهر بركنه والمتاع لا يعينه ، فإن أكثره حمل المتاع لم يجوز أن يركبه لأن الراكب أشد على الظهر لأنه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبه ، فإن أكثرى قبصا للابس لم يجوز أن يتزر به ، لأن الاتزار أضر من اللبس ، لأنه يعتمد فيه على طاقين وفي اللبس يعتمد فيه على طاق واحد ، وهل له أن يرتدى به فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه أخف من اللبس

(والثاني) لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار

(فصل) وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره ، فإن أكثرى داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله ومن هو دونه في الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، فإن أكثرى ظهرأ ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه في الفصل قبله .

(الشرح) حديث جابر رواه البخاري ومسلم بلفظ « أنه كان يسير على جبل له قد أعيا فأراد أن يسقيه ، قال : ولحقني النبي صلى الله عليه وسلم فدعاني وضربه فسار سيراً لم يسر مثله فقال : بعنيه ، فقلت لا ، ثم قال : بعنيه فبعته واستثفيت حملته إلى أهلي ، وفي لفظ لأحمد والبخاري « وشرطت ظهره إلى المدينة ، وتمام الحديث في الصحيحين « فلما بلغت أميته فنقدني ثمنه ثم رجعت فأرسل في أنزي فقال : أتاني ما كنتك لا آخذ جملك ، خذ جملك ودرامك فهو لك ، أما أحكام هذه الطائفة من الفصول فانه إذا أكثرى دابة في الذمة فانه لا خيار

في عقدها إذا وجد بالدابة عيبا ، لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة ، والمعقود عليه هنا غير سليم ، فاذا لم يرض به رجع إلى ما في الذمة ، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار ، كما ذكر ذلك الأذرعى ، ويختص الميكترى بما تسلمه فله إيجار ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم ببنفعتها على جميع الأقران . فاذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فإنه يلزم ثبوته للطعام المحمول أو وكل في الطريق إذا لم يتعرض في العقد لإبداله ولا لعدمه فإنه يبدل إذا أكل في الأظرف عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا . وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل لعدم اطرادها .

(والثاني) لا ، لأن العادة عدم الإبدال للزاد ولو لم يجرده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أعدل جزما .

نعم لو شرط عدم إبداله أتبع الشرط ، ولو شرط قدراً فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكي أنه ليس للمؤجر مطالبة بنقص قدره أكله اتباعاً للشرط ، ويحتمل أن له ذلك للعرف ، لأنه لم يصرح بحمل الجميع في جميع الطريق . قال : وهو الذى إليه نميل . وخرج بعض الفقهاء ما يحمل عما يؤكل ، وما حمل فتناف قبل الوصول فإنه يبدل قطعاً .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اختلفا في الرحله رحل لا يكوبا ولا مستلقيا ، وإن انكسر المحمل أو الظل أعدل محملا مثله أو ظلا مثله ، وإن اختلفا في الزاد الذى ينفد بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه فالقياس أن يبدل له حتى يستوفى الوزن — وقال : ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلا ولا يبدل مكانه كان مذهبا — والله تعالى أعلم — من مذاهب الناس .

(فرع) يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، ويكفيها بالاجام وحتمها على السير بحسب طبيعتها ، فإن كانت من النوع الذى قال فيه علقمة : فأدركمها ثانيا من عنانه يمر كمر الراح المتحاب فليس له أن يضربها لأدراكها المقصود مع راحه- الراكب في سرعتها

وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرئ القيس :

فلساق الهوب وللوسط درة وللزجر منه وقع أهوج منمنع

إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منمنع ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه ، وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه . قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضر بها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سئل أهل العلم بالركوب ، فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامه فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضراب مثل ما يفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقة ولا شيء عليه ، وإن فعل ذلك عند الحاجة اليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله في الموضع الذى لا يفعله في مثله ضمن فى كل حال من قبل أن هذا تعد ، والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمته ، فإن أراد صاحبه أن يضمته العاربه فهو ضامن تعد أو لم يتعد .

وأما الرائض فإن من شأن الرأض الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير ، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعله الركاب غيرهم ، فإذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضة وإصلاحا وتأديبا للدابة بلا إعناف بيّن لم يضمّن إن عيّت ، وإن فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابة هكذا كما كترى فى ركوبها إذا تعدى ضمن ، وإذا لم يتعد لم يضمّن ثم قال : والذى نأخذ به فى المستعير أنه يضمّن تعدى أو لم يتعد ، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم والعاربه مضمونه مؤداة ، وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم اه هذا وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهد الضرب . وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه . ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمّن ما تلف . وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة : يضمّن لأنه تلف بجنايته يضمّنه كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

(فرع) إذا اكترى دابة الى مضافه فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع

ولأنه متعدد فلو قرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق . وإن اكثرى حمل القطن
 حمل بوزنه حديداً أو حديداً لحمل بوزنه قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل لأن
 ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على
 المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه ، فإذا أكره حمل قفيزين لحملها فوجدتهما
 ثلاثة ، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكترى بذلك فخبره حكم من
 اكثرى لحولة شيء فزاد عليه . فلو اكثرى حمل مائة رطل حنطة لحمل مائة
 شعيراً أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلها في محل واحد ، وهو الخفة يأخذ
 من ظفر الدابة أكثر ، فضررها مختلف ، وكذا كل مختلفي الضرر كما قلنا
 في الحديد والقطن .

فلو اكثرى عشرة أقفزة شعير لحمل عشرة أقفزة حنطة لأنها أثقل دون
 عكسه بأن اكره حمل عشرة أقفزة حنطة لحمل عشرة أقفزة شعيراً من غير
 زيادة أصلاً فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف ؛
 فلو اكثرى حمل مائة حنطة مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة
 لتعديده ، وإن تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن
 صاحبها معها لكونه غاصباً لها بحمل الزيادة .

فإن كان صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان جنابة
 لا سيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لا خصاص يده بمسأ ، ولهذا
 لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها في يد مالكها ، وفي قول يضمن
 نصف القيمة توزيعاً على الرءوس .

ولو سلم المائة والعشرة الى المؤجر فحمّلها جاهلاً بالزيادة ، كان قال له : مائة
 فصدقه ضمن المكترى القسط وأجرة الزيادة على المذهب إذ المكترى لجهله صار
 كالآلة بتأثير تدليس المكترى .

والطريق الثاني أنه على القولين في تعارض الفرر والمباشرة ، فإن كان طالماً
 كان وزن المؤجر وحمل ؛ أو رأى المكترى يكبل ويحمل ، أو أعلمه المكترى
 بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان ان تلفت ،
 وبهذا قال أحمد وأصحابه . إلا أنهم اختلفوا في أجر القدر الرائد على العقد

على وجهين (أحدهما) لا أجر له كذهبنا (والثاني) له أجر الزائد لأنها انفقنا على عمله على سبيل الاجارة لجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره . قالوا وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره ففي وجوب الاجر وجهان عندهم .

(فرع) قال النووي (رض) : وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره . قلت : وينبغي أن يكون غيره أميناً ، فلو شرط المكري استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد ، لأن المكتري يملك المنفعة فلا يباذعه فيها المكري ، ومثله كمثل من يشترط على المشتري ألا يبيع ما اشتراه . فله أن يركب ويسكن من هو مثله في الضرر اللاحق بالعين ودونه بالاولى ، لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة ، ولا يسكن حدادا ولا قصارا لما يحدهم النصار من الدق والازعاج وتأثير الدق في المبنى والازعاج للجار .

قال الرملي : إلا اذا قال : لنسكن من شئت كازرع ماشئت ، ونظر فيه الاذرعى فقال ان مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الاذن في الاضرار ، وقد رد الرملي بأن الاصل خلافه ، كما لا يجوز ابدال ركوب بحمل ويجوز عكسه ، وان قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر . وهذا قال أحمد وأصحاب الرأي

قال الشافعي مقروا : وهم يزعمون أن رجلا لو تكارى من رجل بيتا لم يكن له أن يعمل فيه رحي ولا قصارة ولا عمل حدادين لأن هذا مضر بالبناء ، فإن عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت ، وان سلم البيت فله أجره . ويزعمون أن من تكارى قيصا فليس له أن ياتزر به ، لان القميص لا يلبس هكذا ، فان فعل فتخرق ضمن قيمة القميص ، وان سلم كان له أجره ، ويزعمون أنه لو تكارى قبة لينصبها فنصبها في شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها . فإن عطبت ضمن وان سلمت فعليه أجرها مع أشياء من هذا الضرب يُكتفى بأقلام حتى يُستدل على أنهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضى به الآثار ، وما فيه صلاح الناس . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان استأجر عيناً لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الإجارة باطله لأنه شرط فيها ما يتناقى موجبها فبطلت (والثاني) أن الإجارة جائزة، والشرط باطل؛ لأنه شرط لا يؤثر في حق المؤجر، فألغى وبقي العقد على مقتضاه (والثالث) أن الإجارة جائزة والشرط لازم، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.

(فصل) والمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لأن الإجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض (والثاني) يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تتميز مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين (والثالث) أنه يجوز إيجارها من المؤجر لأنها في قبضته، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر لأنها بيننا أن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه، فكذلك الإجارة.

(فصل) وإن استأجر عيناً لمنفعة فاستوفي أكثر منها — فإن كانت زيادة تتميز — بأن اكترى ظهراً ليركبه إلى مكان يجاوز أو ليحمل عليه عشرة أقدرة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً أزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفي المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفي زيادة فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة أقدرة فقبض أحد عشر قفيزاً، فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها دخنًا، فقد اختلف أصحابنا فيه، فذهب المازني وأبو إسحاق إلى أن المسئلة على قولين.

(أحدهما) يلزمه أجرة المثل للجميع، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضاً للزراعة فزرع أرضاً أخرى.

(والثاني) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة، لأنه استوفى ما استحقه وزيادة، فأشبهه إذا استأجر ظهراً إلى موضع لجأوزه، وذهب القاضي أبو حامد المروروذى إلى أن المسئلة على قول واحد، وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة؛ وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع، لأنه أخذ شيئاً من استأجر ظهراً إلى مكان لجأوزه، وشبهها من أكثرى أرضاً للزرع فزرع غيرها، فغير بين الحكمين .

(فصل) وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها .

(الشرح) إذا اشترط ألا يستوفى في المنفعة مثلها أو ما دونها أو اشترط أن لا يستوفىها بمثلها أو من هو دونه، فعلى ثلاثة أوجه .

أحدها: أن الاجارة باطله لاشترط ما يتنافى موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمراً كان قال: أنتكاري منك محملاً أو زاملة على المنصوص في الأم، فإن هذا الشرط يبطل العقد، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فادونها بكذا فإن هذا البيع باطل، لأنه يتنافى موجب العقد الذي يوجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنايته، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بناتبه . والشرط يتنافى ذلك فكان باطلاً .

والوجه الثاني: أن الاجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر في حق المستأجر من استيفاء المنفعة، وفارق البيع، لأن البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة، وبهذا قال أحمد، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به .

والوجه الثالث: صحة الشرط وصحة العقد لأن المستأجر يملك المنفعة من قبل المؤجر فليس للمستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فإلزمه الشرط وصحت الاجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب، ونصه في الأم على ما سيأتي .

(فرع) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها إذا قبضها؛ ونص أحمد على ذلك، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة

وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي
 وذكر القاضى من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز ، لأن النبي صلى الله
 عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن ، والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولأنه عقد على
 مالم يدخل في ضمانه فلم يجوز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والأول أصح ،
 لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها لجواز العقد
 عليها كبيع الثمرة على الشجرة ، وقياس الرواية الأخرى باطل على هذا الأصل .

إذا ثبت هذا : فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما
 مضى فأما إجارته قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجوه الثلاثة
 عندنا وأحد الوجهين عند الحنابلة ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن المنافع ملوكة بعقد
 معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان .

والوجه الثاني : يجوز ، لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه : فلم يقف
 جواز التصرف عليه ، فأما إجارته قبل القبض من المؤجر - وهو الوجه الثالث
 عندنا وهو قول عند الحنابلة - فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان
 أحدهما : لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها ، والثاني : يجوز لأن القبض لا يعتمد
 عليه بخلاف الأجنبي . وأصلهما : بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه
 رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما إجارته بعد قبضها من
 المؤجر فجازة ، وبهذا قال أحمد والشافعي رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة لا يجوز
 لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على الكراء ، فإذا
 أكثرها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .

دلينا أن كل عقد جازم مع غير العاقد جازم مع العاقد كالبيع وما ذكره لا يصح لأن
 التسليم قد حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه
 تسليم العين ، فإذا اشتراها استحق تسليمها ، فإن قيل : التسليم ههنا مستحق في
 جميع المدة بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين وقد حصل ، وليس عليه
 تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار
 وغصبها رجع عليه لأنها بسبب كان في ضمانه .

(فرع) ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة ؛ وهذا قول أحمد والشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهري . وفي رواية لأحمد : إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة ، وروى هذا عن الشعبي والثوري وأبو حنيفة لأنه يربح فيما لم يضمن .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا أذن له فيها المالك جاز ، وإذا لم يأذن لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبوسلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقاً لدخولها فيما لم يضمن ، دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه .

وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت في نصمائه من وجه ، فإنها لو قامت من غير استيفائه كانت من نصمائه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه . فإن البيع ممنوع منه بالكفاية سواء ربح أو لم يربح ، وههنا جائز في الجملة . وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كئس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

(فرع) كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي تلك المنفعة وما دونها في الضرر . هذا ما سبق أن بيناه ، وبه قال أحمد . ولا نعرف في ذلك مخالفاً ، ومتى فعل ما ليس له كان ضامناً ، وقد ضرب المصنف مثلاً بالأرض يستأجرها ليزرعها حنطة فزرعها دخناً . قال الماوردي في الحاوي الكبير^(١) بعد أن أورد قول الشافعي رضي الله عنه في الأم : ولو أكثرها ليزرعها قمحاً فله أن يزرعها مالا يضر بالأرض لإضرار القمح ، وهذا كما قال : إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، وليس له

(١) الحاوي الكبير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة وعشرين مجلداً ومن نوعها المجلد الأول في دار الكتب الأزهرية والحواوي الصغير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة عشر مجلداً . على أن نقولنا التي اعتمداها هنا في الشكلة هذه من الحاوي الكبير .

أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة . وقال داود بن علي : لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة ، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالاً بقوله تعالى : أو فوا بالعقود ، فلم يجز العدول عما تضمنه العقد قال : ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد ، كذلك في اجارة الارض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة .

ودليلنا أن ذكر الحنطة في اجارة الارض إنما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفائه ، ألا تراه لو تسلم الارض ولم يزرعها لزمته الاجرة ، فإذا ثبت أنه ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة فندرت به في العقد وبغيره جاز ، كما لو استأجر لخل قفيز من حنطه لخل قفيزا غيره ، وكما لو استأجر ليزرع حنطه بعينها فزرع غيرها ، ولأن عقد الاجارة يتضمن اجرة يملكها المؤجر ومنفعة يملكها المستأجر ، فلما جاز للمؤجر أن يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعة كيف شاء بزرعها الحنطة وغير الحنطة ، وباعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها ،

وأما استدلاله بقوله تعالى : أو فوا بالعقود ، فمثل الحنطة ما يتضمنه العقد بما دللنا . وأما الجواب عما استدلل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا في الاجارة ، فهو أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه ، لأن الدراهم تعين بالعقد حتى لا يجوز العدول الى جنسها والحنطة لا تعين في عقد الاجارة وإنما الخلاف في تعيين جنسها لا قراره لو استأجرها لزرع حنطه بعينها جاز له العدول الى غيرها من الحنطة ، فكذلك يجوز أن يعدل الى غير الحنطة . اهـ

فإذا تقرر هذا لم يخل حال المستأجر ليزرع الارض حنطه من ثلاثة أقسام :
 ١ - أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها ، فيجوز له مع موافقة داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، إلا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيدياً .
 ٢ - أن يستأجرها لزرع الحنطة ويغفل ذكر ما سوى الحنطة مما ضرره أكثر من الحنطة أو أقل ،

٣ - أن يستأجرها لزراع الحنطة على أن لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه
 حكاهما ابن أبي هريرة (أحدها) أن الإجارة باطلة (والثاني) أن الإجارة جائزة
 والشرط باطل ، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لأنه لا يؤثر في حق المؤجر
 ما يبنى (والثالث) أن الإجارة جائزة والشرط لازم ، وليس له أن يزرعها غير
 الحنطة لأن منافع الإجارة إنما تملك بالعقد على ما سمي فيه ، ألا تراه لو
 استأجرها للزراع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع ، قال
 الشافعي : وإن كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له ، فإن فعل فهو متعمد
 ورب الأرض بالخيار إن شاء أخذ السكراء وما نقصت الأرض على ما ينقصم لزراع القمح
 ويأخذ منه كراء مثلها . قال المزني : يشبه أن يكون قوله الاول أولى ، لأنه أخذ
 ما كرى وزاد على الكرى ضررا ، كرجل اكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل
 سقفه فجعل فيه أكثر .

إذا عرف هذا فإنه إذا استأجر أرضا لزراع حنطة لم يكن له أن يزرعها ولا
 أن يفرسها ما هو أكثر ضررا منها لأنه غير مأذون فيه فصار كالتعاصب ، وهل
 يصير بذلك ضامنا لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها إن غصبت أو تلفت بسبل ،
 على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي حامد الاسفراييني أنه يضمنها لأنه قد صار
 بالعدول عما استحقه غاصبا . والغاصب ضامن

(والثاني) وهو الاصح ، أنه لا يضمن رقبة الأرض لأن تعديده في المنفعة
 لا في الرقبة ، فإن تبادى الأمر بمسئاجرها حتى حصد زرعها ثم طوّل بالاجرة
 فالذي نص عليه الشافعي أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما
 نقصت الأرض وبين أن يأخذ اجرة المثل ، فاختلف أصحابنا ، فكان المزني
 وأبو اسحاق المرزى وأبو علي بن أبي هريرة يخرجون تخبير الشافعي على قولين
 (أحدهما) أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدي الزارع
 بعدوله عن الحنطة الى ما هو أضر منها كتعديده بعدوله عن الأرض الى غيرها ،
 فلما كان بعدوله عن الأرض الى غيرها ، امتزما لاجرة المثل دون المسمى فكذلك
 بعدوله الى غير الحنطة .

والقول الثاني : أنه يرجع بالمسمى من الاجرة ، وينقص الضرر الزائد على

الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد ؛ فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فنجاوزه به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل في الزيادة. وقال الربيع وأبو الهيثم ابن سريج وأبو حامد المروروذى : إن المسألة على قول واحد ، وليس التخيير فيه اختلافاً للقول فيها ، فيكون رب الأرض بالختيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيراً به بين المقام أو الفسخ فأما المزني فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض . وتابعه أبو اسحاق المروروذى واستدلاً بمسألتين :

(إحداهما) أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها فهذا أمر ينتظر ، فان استأجر أسفل البيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلاً ، أو عدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه ، لأن أسفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول عن الجنس ، وإن كان علو البيت تسكون فيه الحمولة على سقفه ، فإن كانت الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلاً فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الاجارة وأجرة مثل الزيادة .

وإن كان قد استأجر لمائة رطل قطناً فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز ، لأن القطن يتفرق على السقف والحديد مجتمع في موضع منه ، فكان أضر فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا في القولين . والمسألة الثانية من دليل المزني على اختيار أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رحي ، فهذه زيادة ضرر لا تتميز ، فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في القولين . قال الماوردي : ليس للمزني من دليل فيها استشهاد به من مذهب ولا حجاج .

(فرع) قوله : وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها الخ . قال الشافعي في الام : وإذا تكرر ابلا بأعيانها ركبها ، قال وإن تكرر حمولة ولم يذكر بأعيانها وركب ما يحمله ، فإن حملة على بعير غليظ فإن كان ذلك ضرراً متفاحشاً أمر أن يبدله ، وإن كان شبيهاً بما يركب الناس لم يجبر على ابداله . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة فأراد أن يزرع مالا يستحصد في تلك المدة ، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز ، والدوَجْر أن يمنعه من زراعته فإن باذر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ، ويحتمل عندي أنه لا يجوز منعه من الزراعة ؛ لأنه يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة ، ولأنه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله ، فلا يجوز منعه من زراعته .

(فصل) وإن اكرى أرضاً مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين ، فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت ، فإن كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد في تلك المدة أو صنفاً يستحصد في المدة إلا أنه أخر زراعته ، فللمكرى أن يأخذه بنقله ، لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكرى ، فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان .

(أحدهما) يجبر على نقله ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الاجارة ، فإذا لم يفعل لم يلزم المكرى أن يستدرك له ما تركه .
(والثاني) لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه تأخر من غير تفريط منه ، فإن قاما يجبر على نقله وتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز ، لأن النقل لحق المكرى وقد رضى بتركه ، وإن قلنا : لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر في نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه .

فإن كان لزرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت فإن شرط عليه القلع فالاجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة ويجبر على قامه لأنه دخل على هذا الشرط ، فإن تراضيا على تركه باجاره أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن شرط التيقية بعد المدة فالاجارة باطلة لأنه شرط يناقض العقد فأبطله فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة لأنها زراعة في عقد باطل

فان بادر وزرع لم يجبر على القلع ، لانه زرع ما ذون فيه ، وعليه اجرة المثل لانه استوفى منفعة الأرض باجارة فاسدة ، فان أطلق العقد ولم بشرط التيقية ولا القلع ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : أنه يجبر على قلعه لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزرع المطلق .

(والثاني) لا يجبر لانه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد ، فلزمه الصبر عليه ، كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الإدراك ويخالف هذا إذا اكرت لزرع مطلق ، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة ، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه ، وههنا هو زرع معنى علم المسكرى أنه لا يستحصد في تلك المدة ، فإذا قلنا : يجبر فتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه ، وإن قلنا : لا يجبر لزمه المسمى للمدة ، وأجرة المثل للزيادة ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمسكرى في نقل زرعه لا يجوز الاضرار بالمسكرى في إبطال منفعة أرضه .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا تكرارها سنة فزرعها فانقضت السنة والزرع فيها لم يبلغ أن يحصد — فان كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصد قبلها فالكره جائز ، وليس لرب الأرض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الأرض إلا أن يشاء رب الأرض تركه ، وإذا شرط أن يزرعها صنفاً من الزرع يستحصد أو يستفصل قبل السنة فأخره إلى وقت من السنة فانقضت السنة قبل بلوغه فكذلك أيضاً ، وإن تكررى مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئاً بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد في مثل هذه المدة تكرارها فالكره فاسد من قبل أن أثبت بينهما شرطها ولم أثبت على رب الأرض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد ، وإن أثبتت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الأرض فكان هذا كراء فاسداً ولرب الأرض كراء مثل أرضه إذا زرع ، وعليه تركه حتى يستحصد .

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضا مدة معلومة ليزرعها، ووصفا
فزرعها، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها، فلا يتخلو حال المدة من ثلاثة
أحوال (أحدها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد في مثلها (والثانية) أن يعلم
أنه لا يستحق في مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه، فأما الأولى فلا تتخلو من
ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجفس الذي شرطه الى غيره مثل
أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها برأ فتنتقض المدة، والبر غير
مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده، لانه بعدوله عن الباقلا الى البر يصير
متعديا فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه، فان تراضى المؤجر والمستأجر على
تركة الى أو ان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر، وان رضى المستأجر
وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع .

(والقسم الثاني) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه
فهذا مفترط ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يازم غيره، فان
بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك والا قلع .

(والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لأمر سماوى من طول برد
أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام ثلج فقيه وجهان . أحدهما : يترك الى
وقت استحصاده لانه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفريط، فاذا ترك الى وقت
الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده . والوجه الثاني : أن
يؤخذ بقلعه ولا يترك لانه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه فى استزادة المدة
خوفا مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفترطاً .

أما الحال الثانية : وهو أن يعلم بجارى العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد
فى مثل تلك المدة، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها برأ أو شعيراً فهذا اما :
(أ) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة، فهذه اجارة جائزة، لانه قد يريد
زرعه قصيلاً ولا يريد حبا، فاذا انقضت المدة أخذ بقلع زرعه وقطعه .
(ب) أن يشترط تركه الى وقت حصاده فهذا اجارة فاسدة، لان اشتراط

استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة يتأني موجبها فبطات ، ثم لازرع استيفاء زرعه وقت حصاده ؛ وإن بطلت الإجارة ، ولا يؤخذ بقلع زرعه لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل ، والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الإجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأحوال والأقسام مع صحة الإجارة أن الإجارة إذا بطلت روعي الاذن دون المدة ، وإذا صححت روعيت المدة (ج) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلماً ولا تركاً فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضي القلع أو الترك ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي : أنه يقتضي القلع اعتباراً بموجب العقد ؛ فعلى هذا الإجارة صحيحة ، ويؤخذ المستاجر بقلع زرعه عند تقضى المدة (والثاني) وهو ظاهر كلام الشافعي أن الإطلاق يقتضي الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه ، كما أن مالم يبد صلاحه من الثمار يقتضي إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتباراً بالعرف فيه ، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة ، ويكون للمستاجر ترك زرعه إلى وقت حصاده ، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك .

الحال الثالثة : وهو أن يقع الشك في المدة هل يستحصد الزرع فيها ؟ كان استأجرها خمسة أشهر للزرع البر والشعير ، فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه المدة في بعض البلاد وبعض السنين ، ويجوز أن لا يستحصد فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه ، على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً بالباينين هكذا أنقذه الماوردي ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اكترى أرضاً للغراس مدة لم يجوز أن يغرس بعد انقضاءها ، لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها ؛ فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت ، فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط ، لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة ، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك ، وإنما يمنع من التيقية بعد المدة ، والتيقية بعد

المدة من مقتضى الاذن لا من مقتضى العقد ، فلم يبطل العقد بإسقاطها ، فإذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض لأنه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر ، فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع ، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعاً وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على حسب العادة في نقل مثله ، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يحف ويستقلع .

فإن اختار المكتري القلع نظرت ، فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان أحدهما : يلزمه تسوية الأرض ، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه ، فلزمه تسوية الأرض ، والثاني : لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهاً واحداً لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا يد ، فإن اختار التبقية نظرت ، فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة الغراس ويتملكه أجبر المكتري على ذلك لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة ، فإن أراد أن يقلعه نظرت ، فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكتري على القلع ، لأنه لا ضرر عليه في القلع ، فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع ، فإن ضمن له أرض مانقصة بالقلع أجبر عليه ، لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرض ، فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرضاً المنقص لم يجبر المكتري .

وقال المزني : يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه ، وهذا خطأ ، لأن في قلع ذلك من غير ضمان الأرض إضراراً بالمكتري ، والضرر لا يزال بالضرر .

فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض ويطالب المكتري بأجرة المثل أجبر المكتري ، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري بالقلع من غير ضمان ، لا يجوز الإضرار بالمكتري بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة ، فإن أراد المكتري أن يبيع الغراس من المكتري جاز ، وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان ، وقد بيناهما في كتاب العارية ، فإن اكتري بشرط التبقية بعد المدة جاز ، لأن إطلاق

العقد يقتضى التيقية فلا يبطل بشرطها ، والحكم في القلع والتيقية على ما ذكرناه فيه اذا أطلق العقد .

(فصل) فإن اكرى أرضا بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها في القلع والاقرار على ما بيناه في الاجارة الصحيحة لان الفاسد كالصحيح فيها يقتضيه من القلع والاقرار فكان حكمها واحدا ، وبالله التوفيق

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال اغرسها وازرعها ما شئت فالكرام جائز ، قال المزنى : أولى بقوله ألا يجوز هذا لانه لا يدري يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس وهذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل ، احدها ان يقول : أجر تسبكا لتزرعها ان شئت أو تغرسها ان شئت فالاجارة صحيحة ، وهو غير بين زرعهما ان شاء وبين غرسها ، فان زرع بعضها وغرس بعضها جاز ، لانه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز .

الثانية أن يقول : قد أجر تسبكا لتزرعها أو تغرسها ، فالاجارة باطلة ، لانه لم يجعل له الامرين معاً ، ولا أحدهما معيناً ، فصار ما أجره له مجهولاً
الثالثة أن يقول : قد أجر تسبكا لتزرعها وتغرسها فقيه وجهان (أحدهما) وهو مذهب المزنى أن الاجارة باطلة ، لانه لما لم يخيره بين الامرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولاً ، وهذا قول أبي اسحاق المروزي (والثاني) وهو ظاهر كلام الشافعى . وقال ابن أبي هريرة : ان الاجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصف لان جمعه بين الامرين يقتضى التسوية بينهما ، فلو زرعهما جميعاً جاز ، لان زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضرراً ، ولو غرسها جميعاً لم يجر لان غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضرراً

قال الشافعى رضى الله عنه : وان انقضت سنوه لم يكن لرب الارض أن يقطع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرة ان كانت فيه يوم نقله ، ولرب الارض الغراس ان شاء أن نقله على أن عليه ما نقص من الارض ، والغراس كالبناء اذا كان باذن مالك الارض مطلقاً .

قال المزني : القياس عندى أنه إذا حدث له أجلا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له أن يبني في عرصه له ، فانقضى الأجل فلا أرض والعرصه بعد انقضاء الأجل مردودان .

وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبنى فيها ويغرس فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم في الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء ، فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يحلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقاع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تدوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد

(الثانية) أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط وبصير بعد انقضاء المدة مستعيرا على مذهب الشافعي فلا يلزمه أجره ، وعلى مذهب المزني عليه الاجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبنائه لزمه تسوية ما حدث في حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد ؛ وإنما استحقه بالملك ، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا في تعليقه فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد ، وهو التمايل الذي ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لالزمه تسوية الأرض .

والحال الثالثة : أن يطلق العقد فلا يشترطا فيه قلعه ولا تركه فينظر ، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص . وإن كانت قيمته مقلوعا أقل من قيمته قائما وهو الاغلب نظر ، فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائما ، أو ما بين قيمته مقلوعا لم يكن للمستأجر تركه ؛ لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص . وقيل : لا يجبرك على أخذ القيمة ولكن يخيرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه ، وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر في المستأجر ، فإن امتنع من بذل أجره المثل بعد تقضى

المدة لم يكن له لإقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه ، وإن بذل له أجره المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص ، فذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الأرض بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالاً بما ذكره المزي من قول الله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وليس من رب الأرض رضئ بالترك فلم يجبر عليه ، ولأنه لما أخذ بقاع زرعه عند انقضاء المدة لم يقر إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود ، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانها أولى ، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم في الاستيفاء كما أوجب اختلاف الحكم في إحداث الغرس والبناء ، وهذا المذهب أظهر حجاً وأصح اجتهاداً .

واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير مرسلًا ؛ فاقضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق ، فلم يجوز أن يسوى بينهما في الأخذ بالقلع . قالوا ولأن من أذن لغيره في إحداث حق في ملك كان محمولاً فيه على العرف المعمود في مثله كمن أذن لجاره في وضع أجزاءه في جداره كان عليه تركه على الدوام ، ولم يكن له أخذه بقلعهما ، لأن العادة جارية باستدامة تركها ، كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء . دون القاع ؛ والتناول محمول على المادة . وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده ، ثم هي غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه .

(فرع) وإذا كانت الاجارة فاسدة فبنى المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو في الإقرار والترك على ما ذكرنا في الاجارة الصحيحة ، لأن الفاسد في كل عقد حكمه حكم الصحيح في الأمانة والضمان . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب تما يوجب فسخ الإجارة)

إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جاز له أن يرد ، لأن الإجارة كالبيع ، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر ، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب ، لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع ، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع ، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر .

(فصل) والعيب الذى يرد به ما تنقص به المنفعة ، كتعثر الظاهر فى المشى والعرج الذى يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجدام والبرص فى المستأجر للخدمة ، وانهدام الحائط فى الدار ، وانقطاع الماء فى البئر والعين والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعة .

فأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة . وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد ؛ وإن اكترى حماماً فتعذر عليه ما بوقده لم يجز له الرد ، لأن المعقود عليه باق ، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجز له الرد ، كما لو اشترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال ، وإن اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام تلج أو أكل جراد لم يجز له الرد لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد ، وإن اكترى داراً فتشعثت فبادر المالك إلى إصلاحها لم يكن المستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر ، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ لأنه يلحقه ضرر بتقصان المنفعة ، فإن رضى سكنها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة ، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت (والثانى) يلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب

فلزمه جميع البذل ، كما لو اشترى عبدا فتلفت يده في يد البائع ورضى به .
(فصل) ومتى رد المستأجر العين بالعيب ، فان كان العقد على عينها انفسخ العقد ، لانه عقد على معين فانفسخ برده ، كبيع العين . وإن كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد برد العين ، بل يطالب ببدله ، لان العقد على ما في الذمة ، فاذا رد العين رجع الى ما في الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده .

(فصل) وإن استأجر عبدا فمات في يده ، فان كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببدله لما ذكرناه في الرد بالعيب ، وان كان العقد على عينه فان لم يمض من المدة ما له أجره انفسخ العقد . وقال أبو ثور من أصحابنا : لا ينفسخ ، بل يلزم المستأجر الاجرة لانه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد ، كما لو هلك المبيع بعد التسليم فلم ينفسخ العقد ، والمذهب الاول ، لان المعقود عليه هو المنافع ، وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وان مضى من المدة ما له أجره انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود عليه ، وفيها مضى طريقان :
(أحدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا

(والثاني) أنه على قولين بناء على الطريقين في الهلاك الطارىء في بعض المبيع قبل القبض ، هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا ؟ لان المنافع في الاجارة كالمبيع قبل القبض ، وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة .

(فصل) وإن اكرى دارا فانهدمت فقد قال في الاجارة ينفسخ العقد ، وقال في المزارعة : اكرى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ان المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ . واختلف أصحابنا فيهما على طريقين ، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى فخرجهما على قولين ، وهو الصحيح **(أحدهما)** أن العقد ينفسخ فيهما ، لان المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة وقد فاتت فانفسخ العقد ، كما لو اكرى عبدا للخدمة فمات .

(والثاني) لا ينفسخ لان العين باقية يمكن الانتفاع بها وانما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب . ومنهم من قال اذا انهدمت الدار انفسخ

العقد ، وان انقطع الماء من الارض لم يفسخ لان الارض باقية مع انقطاع الماء والدار غير باقية مع الانهدام .

(الشرح) لا يفسخ عقد الاجارة عينية كانت أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بالأعذار التي لا توجب خملا في المعقود عليه ، كز استأجر حماما وتعذر عليه جلب الوقود له ، أو استأجر سيارة وتعذر عليه شراء وقودها ، أو مرض خال مرضه دون السفر عليها ، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثا يتخذة فراشا فيها ، ويقاس على هذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خال في عينه بعيب فيه ، وإذا استأجر دارا فوجد ماء بثرها متغيراً ، قال أبو حنيفة : إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر . وعندنا أنه إن خالف معهود الآبار في تلك الناحية فله الخيار : فإن كان معهودهم الشرب من آبارهم — فإذا كان تغييره يمنع من شربه — فله الخيار : وإن أمكن الوضوء منها ، وإن كان معهودهم ألا يشربوا منها فلا خيار ، وإن كان غير معهود في ذلك الوقت — فإن كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو طهور ، فلا خيار له ، وإن كان مقصراً عن الكفاية فله الخيار .

فأما رجاء الحصول على الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره ، ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهوداً في وقته فلا خيار فيه

قال الشافعي : وإذا اكترى الرجل الارض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها خيل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك ، وهي مثل الدار يكثرها سنة ويقبضها فتم — دم في أول السنة أو آخرها ، والعبد يستأجره السنة فيموت في أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقي ، وإن أكراه أرضاً بيضاء يصنع فيها ما شاء ، أو لم يذكر أنه اكترها للزرع ثم انحسر الماء عنها في أيام لا يدرك فيها زرعاً ، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقي بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقص مما اكترى . وكذلك إن اكترها للزرع ، وكراؤها للزرع أبين في أن له أن يردها إن شاء ، وإن كان مر بها ماء فأفسد زرعه أو أصابه

حريق أو ضرب^(١) أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الأرض فالكراء له لازم ، فإن أحب أن يحدد زرعاً جرده إن كان ذلك يمكنه ، وإن لم يمكنه فهذا شيء أصيب به في زرعه لم تصب به الأرض فالكراء له لازم ، وهذا مفارق للجائحة في الثمرة يشترطها الرجل فتصيدها الجائحة في يديه قبل أن يمكنه جدادها . ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا ، فإن قال قائل : إذا كاننا جائحتين فما بال إحداهما توضع والآخرى لا توضع ، فإن من وضع الجائحة الأولى فانما يضعها بالخبر ، وبأنه إذا كان البيع جائزاً في شراء الثمرة إذا بدأ صاحبها وتركها حتى تجدد فانما ينزلها بمنزلة الكراء الذي يقبض به الدار ثم تبر به أشهر ثم تنلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تالفت . اهـ

وقد اختلف أصحابنا في الفساد الطارىء على المستأجر - بفتح الجيم - على حسب اختلافهم في الفساد الطارىء على بعض الصفقة ، هل يكون كالفساد المقارن للعقد ؟ فقال بعض أصحابنا هما سواء ، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قواين من تفريق الصفقة .

وقال آخرون : ان الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد ، فتكون الاجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولاً واحداً . فان قيل يبطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزوم المستأجر أجره المثل في الماضي دون المسمى . وإن قيل بصحة الاجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار في نسخه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لفواته على يده ، فعلى هذا ان كانت أجره السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الاجارة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة

وإن كان العمل فيها مختلفاً والاجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجره النصف الماضي من السنة مائة درهم وأجره النصف الباقي خمسين درهماً تقسمت الأجرة على العمل المختلف دون المدة ، وكان على المستأجر ثلثي ثلثها الاجرة بمضى نصف المدة لأنها تقابل ثلثي العمل

(١) الضرب يقال للبلع الدائب ولسموم الماء انشفه الأرض . هكذا في القاموس

(والوجه الثاني) أن له الخيارات لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه ، فإن أقام على الماضي ازمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط ، وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً آخر أن يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ ، وهو قول من يجعل الفساد الطارئ كالفساد المقارن ، وإن فسخ الإجارة في الماضي ازمه فيه أجرة المثل ، لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه .

(فرع) وجملة بيان هذه الفصول أن من استأجر عيناً مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة .

(أحدها) أن تلتف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب ، أحدها : أن تلتف العين قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبهه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

(والثاني) أن تلتف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط ، لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها استيفائها أو امتلاكها ، ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين

(والثالث) أن تلتف بعد مضى شيء من المدة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، هذا معنى ما نقلناه من الأم قبل . وقال أحمد فيما رواه عنه إبراهيم بن الحارث : إذا اشترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرناه من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه فيبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداها وتلفت الأخرى قبل قبضها .

فإن كان المستأجر مختلف الأجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر أيجارها صيفاً أكثر من أجرها شتاء ، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفاً أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة

ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع ؛ وكذلك لو كان الأجر على قطع المسافة وكانت معروفة بالأمتيال أو الكيلو مترات .

القسم الثاني : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت إلا في انقطاع الماء لأنه لم يحدث في المعقود عليه خلل يفسد العقد فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقاءه ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، فان فسخ فعليه ما مضى من العقد ، وإن اختار إمضاءه فعليه جميع الأجر لان العيب إذا رضى به سقط حكمه .

فإذا انهدمت الدار أو مرض الخادم ، فان الاجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ، واسكن المستأجر بالخيار لاجل العيب الحادث المؤثر في منفعته بين المقام والفسخ ، والخيار فيه على التراخي لا على الفور بخلاف الخيار في البيع لانه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها فان كان مرض الخادم مرضا لا يؤثر في العمل نظر فيها استؤجر له من العمل ، فان كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالسكنس والرعى وحرث الارض فلا خيار للمستأجر ، وإن كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته في ما كله ومشربه وملبسه فله الخيار .

وقال النووي في الدار : تنفسخ بهدمها . وقال شمس الدين الرملي : في الاصح وإن كانت الاجارة في دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لانه عيب حدث في غير المعقود عليه ، فاذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر ، فان لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كالمهدم جميعها في بطلان الاجارة فيها ، وإن أمكن سكنها لم تبطل الاجارة وكان مخيراً في الفسخ للعيب الحادث . وأما إن انهدم نصفها وبقي نصفها واليباق منها يمكن سكنها بطلت الاجارة في النصف المنهدم ، وهي صحيحة في النصف السليم والمستأجر بالخيار ، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفة كالفساد المقارن للصفة خرج الاجارة فيها سلم من الدار على قولين .

(فرع) فإذا تهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد جديد ؛ لأن بطلانه يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختار المستأجر الفسخ حين عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان أحدهما : قد سقط لارتفاع موجب ، والثاني : أنه باق بحاله لما تقدم من استحقاقه وليكن له لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر ، وكان المستأجر على خيار .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو اكترى أرضاً سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراء لأنه لم يسلم له ما اكترى ، قلت : ومن هنا نعلم أن الأرض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ ، وهل تبطل الاجارة بالغصب ؟ على قولين . أحدهما : باطله ، والمستأجر بريء من أجره مدة الغصب ، ولا يكون المستأجر خصماً للغاصب فيها ، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيلاً فلم يكن خصماً .

والقول الثاني : أن الاجارة لا تبطل لأن غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر محدوث الغصب مختيراً بين المقام أو الفسخ فان فسخ سقطت عنه الاجارة ولم يكن خصماً للغاصب فيها ، وإن أقام فعليه المسمى ويرجع بأجرة المثل على الغاصب وبصير خصماً له في الأجرة دون الرقبة ، إلا أن يبقى من مدة الاجارة شيء فيجز أن يصير خصماً في الرقبة ليستوفي حقه من المنفعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أكرى نفسه فهرب أو أكرى عيناً فهرب بها نظرت ، فان كانت الاجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب ، فانه يبتاع عليه المسلم فيه ، وإن لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو أسلم في شيء فتمذر ، وإن كانت الاجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض ؛ فان لم يفسخ نظرت ، فان كانت الاجارة على مدة انفسخ العقد بمضى المدة يوماً بيوم

لأن المنافع تنلف بمضى الزمان فانفسخ العقد بمضيه ، وإن كانت على عمل معين لم يفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده

(فصل) وان غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر — فإن كان العقد على موصوف في الذمة — طوبى المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه في حرب المسكرى ، وإن كان على العين ف للمستأجر أن يفسخ العقد ، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ ، كما لو ابتاع عبداً فغصب فإن لم يفسخ — فإن كانت الإجارة على عمل — لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده ، وإن كانت على مدة فانقضت ففيه قولان :

(أحدهما) يفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

(والثاني) لا يفسخ ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ، ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب ، فصار كالبيع إذا تلفه الاجنبي . وفي المبيع قولان إذا تلفه الاجنبي فكذلك ههنا .

(فصل) وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه يفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فيبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يفسخ ، لأن المنفعة باقية ، وإنما هلك المستوفى فلم يفسخ العقد ، كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز . وإن تشاحا ففسخ العقد ، لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ

(فصل)

وإن استأجر رجلاً ليقطع له ضرساً فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقطع له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص في المسئلة قبلها ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فأنفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر .

(الشرح) إذا هرب الاجير أو شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة من غير هرب على نحو ما ، لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما ، فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة ، كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من عمله ، كما لو أسلم لاليه في شيء فهرب ابتيع من ماله ، فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل ، لان ما في الذمة لا يقوت بهربه ، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه ، أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق ؛ إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل — إن لم يكن على مدة — قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال ، وإلى هذا ذهب الحنابلة

(فرع) إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان : أحدهما للمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه ، فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة ، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن منافع الغصب لا تضمن ، وهو محل خلاف بين أصحابنا ، وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب أحمد .

(والثاني) لا تخيير ، بل يفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

وقول ثالث لم يذكره المصنف ، وهو قول ابن الرفعة : لا خيار ولا فسخ
أخذاً من النص ؛ وقد استشهد له الغزى . قال الرملى : فيه نظر . وقال الأزرعى
هو مشكل وما أظن الاصحاب يسمعون به

وإن كانت الاجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع
معين فقصبت الماكينة التي يخطط بها ، أو العربية التي يحمل عليها لم يفسخ العقد
وللمستأجر مطالبة الاجير بعوض المصنوب وإقامة من يعمل العمل ، لأن العقد
على ما في الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده ، فإن تعذر البديل ثبت
المستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المصنوبة فيستوفى منها
(فرع) وتفسخ الاجارة بموت الطفل ، لأنه يتعذر استيفاء العقود عليه
لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن
باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا هو منصوص
المصنف ، فإذا انفسخ العقد بطلت الاجارة من أصلها بالاجر كله . وإن كان في
أثناء المدة رجع بحصة ما بقي .

ومن أصحابنا من خرج قولاً آخر أنه لا يفسخ ، لأن المنفعة باقية ببقاء
المرضعة وإنما المستوفى هو الذي هلك والعقد باق بين المتعاقدين فإذا تراضيا على
ارضاع صبي آخر جاز وإلا انفسخ العقد .

أما إذا ماتت المرضعة فإن الاجارة تنفسخ لفوات المنفعة بهلاك محلمها ،
وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ ، وكذلك ذهب بعض الاصحاب
وقالوا : يجب في مالها اجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين .

(فرع) يجوز أن يستأجر طبيبياً يخلع له ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصوده
لجاز الاستئجار على فعلها كالتحنان ، فإذا برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة
لأن قلعه سليماً لا يجوز ، وإن لم يبرأ السكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه
لأن إتلاف جزء من الأذى محرم في الاصل ، وإنما أبيع القلع إذا صار بقاؤه
ضراً ، والامر مفوض الى الانسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك . وصاحب
الضرس أعلم بمضرته ومنفعته ، وكذلك . وإذا استأجر طبيبياً في الرد ليكمل
عينه بالنترات والا كاسيد فلم يبرأ عينه استحق الاجر ، وبه قال أكثر الفقهاء .

وقال مالك : إنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ، ولم يحك ذلك أصحابه ، وهو قاطئ ، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فإن برئت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة ؛ لأنه قد تم العمل فأشبهه ما لو حجر عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الاجر بمضى المدة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شارطه على البرء فإن مذهبا ومذهب أحمد ابن حنبل أن ذلك يكون جمالة فلا يستحق شيئاً حتى يتحقق البرء ، سواء وجد قريبا أو بعيدا ، فإن برى بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التى هى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجمالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة المعالج أو غير الجاعل فلا شيء له على تفصيل سيأتى فى الجمالة إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات الاجير فى الحج قبل الإحرام نظرت ، فإن كان العقد على حج فى الذمة استؤجر من تركته من يحج : فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الخيار فى فسح العقد كما قلنا فى السلم ؛ وإن كان على حجه بنفسه انفسح العقد ، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض ، فإن مات بعد ما أتى بجميع الأركان وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لأنه أتى بالأركان ، ويجب فى تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك فى حج نفسه .

وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يأتى بالأركان فهل يجوز أن يفنى غيره على عمله ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز لأنه عمل تدخله النيابة فجاز البناء عليه كسائر الأعمال . وقال فى الجديد : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تنأدى بنفسين كالصوم والصلاة ، فإن قلنا لا يجوز البناء فإن كانت الاجارة على عمل الاجير بنفسه بطلت ، لأنه فات المعقود عليه ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج .

وإن كانت الإجارة على حج في الذمة لم تبطل ، لأن المعقود عليه لم يفوت بموته ، فإن كان وقت الوقوف باقياً استؤجر من تركته من يحج ، وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فنبت له الفسخ .

وإن قلنا : يجوز البناء على فعل الأجير : فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه ، بطلت لأن حجه فات بموته ، فإن كان وقت الوقوف باقياً أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبني على عمل الأجير ، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم .

وقال أبو إسحاق : لا يجوز للباي أن يحرم بالحج ، لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا يتعقد ، بل يحرم بالعمرة ويتم ، والصحيح هو الأول لأنه لا يجوز أن يطوف في العمرة ويقع عن الحج ، وقوله : إن الإحرام بالحج لا يتعقد في غير أشهر الحج لا يصح : لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج ، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة استؤجر من تركه الأجير من يبني على إحرامه على ما ذكرناه .

(فصل) ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقي ، فاقابل المستوفى استقر ، وما قابل الباقي سقط ، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقي ، فإذا كان ذلك مما يختلف رجوعه في تقويمه إلى أهل الخبرة ، وإن كان العقد على الحج فوات الأجير أو أحصر نظرت ، فإن كان بعد قطع المسافة وقبل الإحرام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : إنه لا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على قوله في الام : إن الأجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح ، لأن الأجرة في مقابلة الحج وابتداء الحج من الإحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج وليس بحج فلم يستحق في مقابلته أجرة كالأجير رجلاً ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز .

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في الاملاء أن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل لأن الحج لا يتأدى إلا بما فسدت الأجرة عليهما .

وان كان بعد الفراغ من الاركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان : أحدهما يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله : كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبني تسعة ، ومنهم من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثاني) لا يلزمه لان ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم ، فصار كما لو لم يتركه ، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتي بباقي الاركان ففيه قولان (أحدهما) لا يستحق شيئاً كما لو قال من رد عبدى الأبق فله دينار فرده رجل الى باب البلد ثم هرب (والثاني) أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه فأشبهه اذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبني بعضها ثم مات .

فإذا قلنا : انه يستحق بعض الاجرة فهل تقسط الاجرة على العمل والمسافة أو على العمل دون المسافة ؟ على ما ذكرناه من القولين .

(فصل)

وان أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق لانه عقد على منفعة فلم يمنع العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح ، وهل يرجع العبد على مولاه بالاجرة ؟ فيه قولان ، قال في الجديد : لا يرجع وهو الصحيح ، لانها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدها بعد العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، وقال في القديم : يرجع لانه فوت بالاجارة ماله من منفعته بالعتق ، فوجب عليه البدل . فان قلنا يرجع بالاجرة كانت نفقته على نفسه لانه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه ، كما لو أجر نفسه بعد العتق ، وان قلنا : لا يرجع بالأجره ففي نفقته وجهان .

(أحدهما) أنها على المولى ، لانه كالباقي على ماله بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك ، فكانت نفقته عليه .

(والثاني) أنها في بيت المال لانه لا يمكن ايجابها على المولى ، لانه زال ملكه عنه ، ولا على العبد لانه لا يقدر عليها في مدة الاجارة ، فكانت في بيت المال .

(الشرح) اذا مات الاجير في أثناء الحج فله أحوال :

- ١ - يموت بعد الشروع في الأركان وقبل الفراغ منها .
- ٢ - أن يموت بعد الشروع في السفر وقبل الأحرام .
- ٣ - أن يموت بعد الفراغ من الأركان وقبل الفراغ من باقي الأعمال .

فأما الأولى وهي الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الأركان ففي استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق شيئاً لأنه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال : من رد ضالتي فله دينار فرده إلى باب الدار ثم هرب أو ماتت فإنه لا يستحق شيئاً ، وأصحهما عند المصنف ، ووافقته النووي والأصحاب يستحق بقدر عمله ، لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة أميال فقطع بعضها أو بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فإنه يستحق بقدره بخلاف الجمالة فإنها ليست عقداً لازماً ، ولسكنها التزام بشرط فإن لم يوجد الشرط تماماً فإنه لا يلزمه شيء . كالطلاق المعلق ، ونقل النووي عن الشيخ أبي حامد والأصحاب القول الأول وهو نص الشافعي في القديم ، والثاني نصه في الجديد والام وهو الأصح .

وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان ، هذا هو المذهب . وحكي الرافعي وجهاً شاذاً أنه يستحق بعده ، ثم في استحقاقه - إذا قلنا به - هل يكون على الأعمال والمسافة معاً أم على الأعمال فقط ؟ قولان ، أصحهما : على الأعمال والمسافة جميعاً عند الأكثرين ، وعن صححه الرافعي ، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط ، وفي المسألة طريق آخر ساقه النووي عن ابن سريج أنه إن قال : استأجرتك لتحج عني قسط . على العمل فقط . ، وإن قال : لتحج من بلد كذا قسط . عليهما جميعاً ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وأما الحال الثانية : وهي أن يموت قبل الأحرام وبعد الشروع في السفر ، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعي في القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور : لا يستحق شيئاً من الأجرة لأنه لم يقم بشيء من أعمال الحج ، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجز خيلاً للخبز لم تأسر حضر أدواته

وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له : وساق النووي تعليلاً غير المصنف بأنه لم يحصل شيئاً من المقصود .

والوجه الثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي : يستحق من الاجرة بقدر ما قطع من المسافة . وحكى الرافعي وجهاً ثالثاً عن أبي الفضل ابن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لنحج من بلد كذا استحق بقسطه ، ثم في البناء على فعل الاجير نظر ، إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الاجير كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل المستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان السابقان في الفرع قبله في جواز البناء ، وإن كنت الاجارة على الذمة ، فإن قلنا : لا يجوز البناء فلورثة الاجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم في تلك السنة لبقاء الوقت فذاك ، وإن تأخر الى القابل ثبت الخيار في فسخ الاجارة ، فان جوزنا البناء فلورثة الاجير أن يبنوا .

وأما الحال الثالثة : وهي موته قبل الفراغ من الاعمال بعد أدائه الاركان فينظر ، ان كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم يجوز البناء يحجر الباقي بالدم من مال الاجير ، وفي رد شيء من الاجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميعات ولم يعد اليه وجبره بالدم ، المذهب وجوب الرد وان جوزنا البناء وكان الوقت متسعاً فان كانت الاجارة على العين انفسخت في الباقي من الاعمال ، ووجب رد ما بقاها من الاجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت ، ولا حاجة الى الاحرام لان الرمي والمبيت يؤديان بعد التحلل ، ولا يلزم بذلك دم ولا شيء من الاجرة ، هكذا ذكره المتولي وغيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أجز عينا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان ، أحدهما : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع ، كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن ، والثاني : يصح لانه عقد على المنفعة فلم يمنع صحته البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها ولا تنفسخ الاجارة كما لا يفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجه . وان باعها من المستأجر صح البيع قولاً واحداً

لأنه في يده لا حائل دونه فصيح بيعها منه ، كما لو باع المغصوب من الفاسب ، والمرهون من المرتهن ، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعة بالاجارة لأن المملك لا ينافي الاجارة ، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر ، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها ، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشتري بالاجارة لما بقي على البائع .

(فصل) فإن أجز عيناً من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد ، لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع ، فإن أجز وقفا عليه ثم مات ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يبطل لأنه أجز ما يملك إجارته فلم يبطل بموته كما لو أجز ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركه المؤجر بأجرة المدة الباقية لان المنافع في المدة الباقية حق له ، فاستحق أجزتها .

(والثاني) تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية ، ويخالف إذا أجز ملكه ثم مات ، فان الوارث يملك من جهة الموروث : فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف ، فلم ينفذ عقد الأول عليه ، وإن أجز صيباً في حجره أو أجز ماله ثم باع ففيه وجهان .

أحدهما : لا يبطل العقد لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلا يبطل بالبلوغ كما لو باع داره ، والثاني : يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت والصحيح عندي في المسائل كلها أن الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق .

(الشرح) قال الماوردي في الحاوي الكبير : فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان .

أحدهما : أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والاجارة بحالها ، وبصير جامعا بين ملك المنفعة بالاجارة والرقبة بالبيع ، والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل أنه بالارث صار قائما مقام المؤجر فلم يجوز له عقد على نفسه ، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد .

والضرب الثاني أن تباع على أجنبي غير المستأجر ، ففي البيع قولان : أحدهما أنه باطل والاجارة لحالها ، لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المقصوب الذي يمنع يد المشتري منه بظلم .

والقول الثاني وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة ، فعلى هذا ان كان المشتري عالما بالاجارة فلا خيار له والاجارة للبائع لانه قد ملكها بعقده ، وان كان غير عالم فه الخيار بين المقام والفسخ . اه

قلت : وقد نص أحمد رضي الله عنه على صحة البيع سواء باعها من المستأجر أو من غيره . وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه . وقال في الآخر : ان باعها لغير المستأجر لم يصح البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم الى المشتري فمنعت الصحة كما في المقصوب .

فاذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ، ولا يستحق تسليم العين الا حينئذ ، لأن تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها انما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد ، فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها ، كالمسلم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن . لان ذلك عيب ونقص . وعلى هذا اذا اشترى المستأجر صح البيع أيضا : لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين في يده ، وهل تبطل الاجارة ؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولاً واحداً . وعند أحمد . واصحابه وجهان :

(أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا يتنافى العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز . فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويحتمل ان للبائع كما لو كان المشتري غيره

والوجه الثاني : تبطل الإجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ، قالوا ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة فمنع استدامتها كالنكاح : فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من الاجارة ، كما لو بطلت الاجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقى الاجر من الثمن والله تعالى أعلم .

(فرع) قال المزني : قال الشافعي ولا يفسخ بموت أحدهما اذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذي عنه ورثوا . اه
فإذا ثبت هذا فان عقد الاجارة لازم لا يفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة وسفيان والليث بن سعد : الاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ، ولأن الاجارة تفتقر الى مؤجر ومواجر فلما بطلت بتلف المواجر بطلت بتلف المؤجر ، وتحريره قياسا عليه اذا أجر نفسه ، ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المواجر يوجب فسخ الاجارة قياسا عليه اذا باع ما أجره برضى المستأجر ، ولأن منافع الاجارة انما تستوفى بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت وان كان عاقداً . والوارث لا عقد عليه وان صار مالكا ، فصارت منتقلة من العاقد الى من ليس بعاقد ، فوجب أن يبطل لتنافي اجتماع العقد والملك .

ودليلنا هو أن ما لازم من عقود المعاوضات المحضه لم تنفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع ، فان قيل : ينتقض بموت من أجر نفسه لم يصح لأن العقد انما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الاجارة ، وان كان العاقد حيا ، ولأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الاجارة . فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها . ويتحرر من هذا الاعتلال قياسا :
(أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته

(والثاني) أنه أحد منفعتي الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى ،
ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان لجاز أن تنتقل بالارث كالأعيان .
ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن تنتقل به المنافع في الاجارات
ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بمقد الاجارة فلم يبطل بعد
العقد كالجنون والزمانة ، ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع ،
ولأن منافع الاعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالاجارة أخرى .
فلما كان ما تستحق منفعته بارتثانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه
وجب أن يكون ما استحققت منفعته بالاجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب
بطلان إجارته ، وقد استدل الشافعي بهذا في الام .

ولأن الوارث إنما يملك بالارث ما كان يملكه الموروث ، والموروث إنما
كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة ،
ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت موجهه بوقاق أبي حنيفة . وإن قال بعض
أصحابنا : تبطل ؛ فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت موجهه كالوقف
وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه
إن رده الى النكاح ، فالنكاح لم يبطل بالموت ، وإنما انقضت مدته بالموت فصار
كانقضاء مدة الاجارة .

وان رده الى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة ،
وجواز فسوخهما بغير عذر ، وليست الاجارة كذلك للزومها في حال الحياة .
وأما الجواب عن قياسه على اهدام الدار ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود
عليه قبل قبضه .

وأما الجواب عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم
الأصل لان الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ،
وإنما البيع مخالف في إبطاله ثم ينتقص على أصله بعقوب العبد المااجر قد زال ملك

سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها ، فكذلك إذا زال بالبيع والموت .

وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت ؛ فهو أن اجماعهما يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيها بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يماقد عليه كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث ، لأن الموروث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته .

فأما قول الشافعي : فان قيل : فقد انتفع المشتري بالثمن قيل : كما لو أسلم في متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعي ؛ وقد اختلف أصحابنا في مراده فقال أبو إسحاق المروزي : أراد به الرد على من أجل الاجره ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكري بالاجره قبيل انتفاع المشتري بالمنفعة ، وقد تنهدم الدار فنضوت المنفعة فقال الشافعي : مثل هذا ليس يمنع كما أن بائع السلم قد يتمم مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشتري ، وكما يقبض غائب عنه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به . وقال أبو العباس بن سريج : يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجاره بموت المورث لئلا ينتفع المورث بالاجره ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين .

وقال أبو حامد الاسفراييني : انما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الاجاره فيما بقى ويوجب أن يرد من الاجره بقسطها ، وان انتفع المكري بها ولم ينتفع المشتري بما قابلها فأجاب بما ذكرنا من انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة .

وقال المزني : هذا تجوز بيع الغائب ، وعنه جوابان (أحدهما) أنه محمول على أحد قوليه (والثاني) أنه محمول على بيع غائب قدره ،

فاذا ثبت أن اجارة الملك لا تبطل بموت المورث والمستاجر انتقل الكلام الى اجارة الوقف ، فإن أجر ولا حق له في غلته صحت اجارته ولم تبطل بموته

لأنه لم يتوكل ماله وإنما ناب عن غيره ، وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لسكونه وفقاً عليه فقد اختلف أصحابنا في بطلان الإجارة بموته على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أن الإجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره ، وفرق بين المالك والوقف بأن وارث المالك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر ؛ وليس كذلك الوقف ، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته ، فإذا فقد انقطع ماله وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالارث .

(والوجه الثاني) وهو الأظهر : الإجارة لا تبطل لأن مؤجره وال قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته ، فإذا انقضى حقه بموته صححت إجارته في حق من بعده بولايته ، فإن كان قد استوفى الأجرة استرجع من تركته أجرة ما بقي من المدة بعد موته .

وإذا استأجر الرجل من أبيه داراً سنة ودفع إليه الأجرة ثم مات الأب نظرت فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكا للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة ، فإن لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثاً ، وإن كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الأجرة ، لأنها صارت بانفساخ الإجارة بالارث ديناً على الأب فساوى الغرماء فيها ؛ فلو كان الأب ابن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت في حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجره في تركه أبيه لأنها صارت ديناً عليه . فإذا أجر الأب أو الوصي صبياً ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة رشيداً فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب تضييع المستأجر والأجير

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لأنه عين قبضها ليستوفى منها ما ملكه ، فلم يضمنها بالقبض كالمرأة في يد الزوج ، والنخلة التي اشترى ثمرتها ، وإن تلفت بفعله نظرت فان كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللبجام للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل مستحق فلم يضمنه كالمالك تحت الحمل ، وإن تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان ، لأنه جنابة على مال الغير فلزمه ضمانه .

(فصل) وإن اكرتى ظهراً الى مكان يجاوز به المكان فهلك نظرت ، فان لم يكن معه صاحبه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان الى أن تلف لأنه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب ، وإن كان صاحبه معه نظرت ، فان هلك بعد نزوله وتسليمه الى صاحبه لم يضمن ، لأنه ضمنه باليد فبرىء بالرد كالغصوب اذا رده الى مالكه ، وإن تلف في حال السير والركوب ضمن ، لأنه هلك في حال العدوان ، وفي قدر الضمان قولان .

(أحدهما) نصف قيمته ، لأنه تلف من مضمون وغير مضمون ، فكان الضمان بينهما نصفين ، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه .

(والثاني) أنه تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ، وما قابل الزيادة يجب : لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين في الجلاد اذا ضرب رجلاً في القذف احدى وثمانين قات ، وإن تعادل اثنان ظهراً استأجراه وار تدف معهما ثالث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه يجب على المرتد نصف القيمة ، لأنه هلك من مضمون وغير مضمون .

(والثاني) يجب عليه الثلث ، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم .

(والثالث) أنه يقسط على أوزانهم ، فيجب على المرئف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تسيطة بالوزن فقسط عليه .

(فصل) وان استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت ، فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان ، لأنه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة وان كان لغير عذر — فإن قلنا لا يجب الرد قبل الطلب — لم يضمن كالوديعة قبل الطلب ، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب

(فصل) وان تلفت العين التي استأجر على العمل فيها نظرت ، فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف في الوقود أو الزرقه قبل وقته أو تركه في النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان فلزمه الضمان . وان استأجر على تأديب غلام فضربه فأت ضمنه ، لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب ، فإذا عدل الى الضرب كان ذلك تفريطا منه فلزمه الضمان . وان كان التلف بغير تفريط ، نظرت ، فإن كان العمل في ملك المستأجر بأن دعاه الى داره ليعمل له ، أو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر ، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه لم يضمن ، لان يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جنابة . وان كان العمل في يد الاجير من غير حضور المستأجر نظرت ، فان كان الاجير مشتركا ، وهو الذي يعمل له ولغيره ، كالقصار الذي يقصر لكل أحد والملاح الذي يحمل لكل أحد ففیه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الضمان ، لما روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال : استحملني رجل بضاعة فصاعت من بين متاعى . فضمنيها عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه .

وعن خلاص بن عمرو أن علياً رضي الله عنه كان يضمن الاجير . وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ والمواع وقال لا يصلح الناس الا ذلك .

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمتعير . والثاني : لاضمان عليه ، وهو قول المزني ، وهو الصحيح .

قال الربيع : كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ،
ولكنه لا يفتي به لفساد الناس ، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفتمته ومنفعة
المالك فلم يضمه كالمضارب .

وإن كان الأجير منفرداً وهو الذي يعمل له ولا يعمل لغيره ، فقد اختلف
أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو كالأجير المشترك وهو المنصوص ، فإن الشافعي
رحمه الله قال : والأجراء كلهم سواء ، فيكون على قولين لأنه منفرد باليد فأشبهه
الأجير المشترك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الضمان قولاً واحداً لأنه منفرد
بالعمل فأشبهه إذا كان عمله في دار المستأجر .

فإن قلنا إنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين
تعدى إلى أن تلف ، لأنه ضمن بالتعدى فصار كالمضارب ، وإن قلنا أنه ضامن
لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمضارب . ومن أصحابنا
من قال : يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير ؛ وإيسر بشي .

(فصل) وإن عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف نظرت فإن كان
العمل في ملك صاحبه أو بحضرة وجبت له الأجرة لأنه تحت يده فكل ما عمل
شئنا صار مسلماً له ، وإن كان في يد الأجير — فإن قلنا أنه أمين — لم يستحق
الأجرة لأنه لم يسلم العمل ، وإن قلنا أنه ضامن استحق الأجرة لأنه يقوم عليه
معمولاً فيصير بالتضمن مسلماً للعمل فاستحق الأجرة .

(فصل) وإن دفع ثوباً إلى خياط وقال : إن كان يكفيني لتقميص فاقطعه
فقطعه ولم يكفه أزمه الضمان ؛ لأنه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط
فضمنه . وإن قال : أيكفيني للتقميص ؟ فقال نعم ، فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم
يضمن لأنه قطعه بإذن مطلق ،

(الشرح) الأخبار الواردة في هذه الفصول كرواية الشعبي عن أنس وخبر
خلاص بن عمرو في الأم . وقد روي الشافعي خبر جعفر الصادق قال : أخبرنا
بذلك إبراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً ضمن الغسال

والصباغ وقال : لا يصلح الناس الا بذلك . وقد اعلموا الشافعى كما سياتى
فى شرح الفصل .

أما الاحكام ، فان الدابة اذا لم يكن صاحبها معها لزم المالكى قيمتها كما ،
وان كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المالكى لانها تلتفت فى يد صاحبها
أشبه ما لو تلتفت بعد مدة التعدى ، وان تلتفت تحت الراكب ففيه قولان .
(أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لانها تلتفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه
ما لو تلتفت بجراحته وجراحة مالكها .

(والثانى) تقسط القيمة على المسافين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب
الباقى ، ونحو هذا قول أبى حنيفة فانه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة لخم
عشرة فتلفت فعلى المالكى عشر قيمته . وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة
اذا كان صاحبها مع راكبها أو تلتفت فى يد صاحبها .

فأما اذا تلتفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها
بكمال قيمتها لانها تلتفت فى يد عادية فوجب ضمانها كالمقصوبة ، وكذلك اذا
تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها ، لأن اليد للراكب وصاحب
الحمل ، بدليل أنها لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ
بزمائها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ، ولأن الراكب متمدد بالزيادة وسكوت
صاحبها لا يسقط الضمان . كمن جلس الى انسان فخرق ثيابه وهو ساكت
ولانها ان تلتفت بسبب تعيها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجرا فى سفينة
موقرة ففرقت .

فأما ان تلتفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر ، فان كان تلفها
بسبب تعيها بالحمل والسير فهو كمالها لو تلتفت تحت الحمل والراكب . وان تلتفت
بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط فى هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لانها لم
تلتفت فى يد عادية ولا بسبب عدوان .

واختلف أصحاب أحمد فى الضمان فظاهر كلام الحرقى وجوب قيمتها اذا تلتفت
سواء تلتفت فى الزيادة أو بعد ردها الى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المالكى

أو لم يكن . وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الأثرم بإسناده عن أبي الزناد وقال : ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأضام رأياً ، فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكارها به . وهو ذاهو قول الشافعي والحكم وابن شبرمة وأحمد .

وقال القاضي من الخنابلة : إن كان المكترى نزل عنها وسلمها إلى صاحبها لميسكها أو بسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب من الخنابلة أيضا : إن كانت يد صاحبها عليها احتمال أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها .

ولنا أن ما نقلنا عن الشافعي رضي الله عنه في ضرب الدابة ونحسها بما مضى في شرح هذه الفصول كاف في توضيح المذهب .

وقال الشافعي أيضا في اختلاف العراقيين : وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع لجأوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذي تكارها إليه الكراء الذي تكارها به ، وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع . وإذا عطبت لزمه الكراء إلى الموضع الذي عطبت فيه وقيمتها ، وهذا مكتوب في كتاب الاجارات .

قال الشافعي رضي الله عنه : الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف في أيديهم شيء من غير جنابتهم فلا يجوز أن يقال فيه الا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامنا له يؤديه على السلامة أو يضمته أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجته أن يقول : الأمين هو من دفعت إليه راضيا بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ، وأعطاني هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لا ضمان على أجبر بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ

ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه ، أما بتساط على اتلافه كما يأخذ صانعا
 فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينقعه ويرد مثله . واما مستجير ساط على
 الانتفاع بما أعير فيضمن ، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه .
 وهذا ان نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والاجير من
 كان ليس في هذا المعنى فلا يضمن بحال الا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت
 يده . وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من
 أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت
 عند أهل الحديث عنهما . ولو ثبت عنهما ازم من يثبته أن يضمن الاجراء من
 كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والاجير المشترك والاجير على الحفظ والرعى
 وحمل المتاع والاجير على الشيء بصنعه لأن عمر ان كان ضمن الصانع فليس في
 تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا فكل من
 كان أخذ أجراً فهو في معنهم .

وان كان على رضی الله عنه ضمن القصار والصانع ، فكذلك كل صانع .
 وكل من أخذ أجرة . وقد يقال للراعي صناعته الرعية ، وللحمال صناعته الحمل
 للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قات أولاً من التضمن أو ترك
 التضمن . ومن ضمن الاجير بكل حال فكان مع الاجير ما قات مثل أن
 يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء في بيته أو غير بيته ، وهو حاضر
 لماله أو وكيل له بحفظه فتلف ماله بأى وجه ما تلف به اذا لم يكن عليه جان فلا
 ضمان على الصانع ولا على الاجير . وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه ،
 والضمان على الجاني . اه كلام الشافعي رضی الله عنه

(فرع) اذا ترك الاجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه
 والاجير على ضربين : خاص ومشترك . فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في
 مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها ، كرجل استؤجر لحدمة أو عمل
 في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه
 في تلك المدة دون سائر الناس ، والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين
 كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين ، أو على عمل في مدة

لا يستحق جميع نفعه فيها كالسكاح والطيب ، سمي مشتراً لأنه يتقبل أعمالاً
 لاثنتين أو ثلاثة أو أكثر لا شترأ كمهم في منفعته ، فالأجير المشترك ضامن لما
 جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضراً في دكان الأجير وقت العمل كانت يده
 عليه فيكون كالأجير الخاص لم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله ، فكما
 عمل شيئاً صار مسألاً إليه . وذهب مالك إلى ما ذهب إليه الأصحاب . وذهب
 أحمد إلى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب
 العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه قياساً على الطيب والخمير إذا جنت يدهما
 ضمناً مع حضور المطيب والخمير

فأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد . قال
 قال أحمد في رواية مهنا في رجل أمر غلامه أن يكبل لرجل بزراً فسقط الرطل
 من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار
 مشترك . قيل : فرجل أكثرى رجلاً يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟
 قال لا ضمان عليه .

قلت . وهذا ظاهر مذهب الشافعي ومذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه ،
 وللشافعي قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، والقول الأول أظهر . قال
 الربيع : هذا مذهب الشافعي وإن لم يبيع به . وروى ذلك عن عطاء وطاوس
 وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة .
 وما تلف بتعدى الحياز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل أوانه من حيث
 التخمر المطلوب عند خبزه ، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، فإنه يضمن
 في كل ذلك .

(فرع) إذا دفع إلى خياط ثوباً فقال : إن كان يقطع قيصاً فاقطعه ، فقال هو
 يقطع ، وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه . وإن قال : انظر هذا يكفيني قيصاً ؟ قال
 نعم . قال أقطعه . فقطعه فلم يكفه لم يضمن ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأي .
 وقال أبو ثور : لا ضمان عليه في المسألتين لأنه لو كان غره في الأولى لكان قد
 غره في الثانية . أفاده ابن قدامة في المغنى .

دليلنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه . وفي الثانية أذن له من غير شرط فافتراقاً ؛ ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغيريره ، بل لعدم الإذن في قطعه ، لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذناً في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا فيما يأخذ الحامى ، هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل ، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت وله عوض السطل إذا تلف . ومنهم من قال هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر ، وهل يضمن الحامى الثياب ؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك .

(فصل) وإن استأجر رجلاً للحج فتطيب في إحرامه أو لبس ، وجبت الفدية على الأجير ، لأنه جنابة لم يتناولها الإذن فوجب ضمانها ، كما لو استأجره ليشترى له ثوباً فاشتراه ثم خرقه . وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه ؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه فانهقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى أمة ، فإن ذن العقد على حجه في هذه السنة انفسخ ، لأنه فات المعقود عليه ، وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار ، لأنه تأخر حقه ، فإن استأجر للحج من ميعات فأحرم من ميعات آخر لم يلزمه شيء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم ، وإن كان بعضها أبعد من بعض ، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران .

وإن أحرم دون الميعات لزمه دم ، لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه ، فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه ، فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم ، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه .

وهل يلزمه أن يرد من الاجرة بقسطه ؟ قال في القديم يهرق دماً وحجه تام

وقال في الامم : يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك ، فمن أصحابنا من قال يلزمه قولاً واحداً ، والذي قاله في القديم ليس فيه نص أنه لا يجب . ومنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح (أحدهما) لا يلزمه لأن النقص الذي لحق الاحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك (والثاني) أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استوجب عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبني تسعة ، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذي أحرم منه

فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات فأحرم من الميقات بعمره عن نفسه ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة لزمه الدم لترك الميقات ، وهل يرد من الاجرة بقدر ما ترك ؟ على ما ذكرناه من الطريقتين ، فإن قلنا يلزمه ففيه قولان قال في الامم : يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة ، لأن الحج من الاحرام وما قبله ليس من الحج .

وقال في الإملاء : يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة . لأنه جعل الاجرة في مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه ، ويخالف المسألة قبلها لأن هالك سافر للمستأجر ، وإنما ترك الميقات .

وان استأجره للحج فحج عنه وترك الرمي أو المبيت لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الاجرة بقسطه ؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الاحرام من الميقات .

(الشرح) لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء ، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزول - وهي الثقوب والفتحات التي يأتي منها الماء أو النور - ويجري الماء . وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى . وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع الى تنقية الكنف والبالوعة فعلى المكترى ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفرغها ، وهذا مذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما .

وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأهبة مالوا كترى وهي ملائ .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المكثري والاستحسان أنه على رب الدار لان عادة الناس ذلك . وإذا انتضت الإجارة وفي الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه . وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي .

قال الشمس الرملي : نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالاجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الاجرة في مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه ما يعرف به الماء غير مضمون على الداخل ؛ وثبائه غير مضمونه على الخماي إن لم يستحفظه عايبا ويحميه الى ذلك ، ولا يجب بيان ما يستأجره له في الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ، ومن ثم حمل العقد على المهود في مثلها من سكانها ، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد في مثلها

(فرع) إذا استأجر رجلا للحج فارتكب ما يوجب الفدية ، كس الطيب ولبس الخيط في الاحرام ، فعلى الأجير الفدية من ماله ، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج اليه فيلزمه الفدية في ماله والماضي في قاسده والقضاء ، وهذا هو الذي قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعي . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء ، بل يبقى صحيحا واقعا عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره . وبهذا القول قال المزني . ولكن المذهب الأول .

قال الشافعي رضي الله عنه : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط اه . فإن أحرم منه فقد فعل واجبا ؛ وإن أحرم قبله فقد زاد خيرا كما قال أبو حامد الاسفراييني وغيره .

أما إذا عدل الأجير عن الميقات المعتبر الى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب الى مكة فطريقان أصحهما وهو المنعوص في الأتم وبه قطع البندنجي والجمهور أنه لا شيء عليه .

وحكى القاضي حسين والبعثوي وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووي في الحج أصحهما أنه لا شيء عليه لانه قائم مقام الميقات المعتبر . والثاني أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده . وهذا القول الثاني يعتبر الشرط في تعيين المكان .

أما إذا اتفقا على تعيين موضع آخر ، فإن كان أقرب الى مكة من الشرعى فالشرط قاسد بفساد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الاجير الاحرام منها وقاء بالشرط ، فإن جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان (أصحهما) كما هو منصوص : عليه الدم لأنه جاوز الميقات المشروط فأشبهه مجاوزة الميقات الشرعى (والثاني) لا دم ، فإن قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الاجرة .

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع — إذا قلنا : لا دم فيهما — لزمه رد شيء من الاجرة بقسطه بلا خلاف فإن لزمه بفعل محظور كاللبس والقلم والطيب لم يحط. عنه شيء من الاجرة بلا خلاف . نقل الغزالي وغيره الاتفاق عليه

فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمثل وتارة يعدل ، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران ؟ وجهان (أصحهما) على المستأجر ، ولو شرطاه على الاجير فقد نص الشافعى على فساد الاجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم ، وبين الاجارة .

فاذا قلنا بالأصح إنه على الاجير ، فإن كان معسراً فعليه الصوم الايام الثلاثة فى الحج ؛ لان الذى فى الحج منهما هو الاجير وعلى المستأجر الاجرة بكاملها . هذا وقد أفرد الامام النووى رضى الله عنه فى كتاب الحج من المجموع فصلا عن الاجير أوفى والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف المتكاريين

إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الاجرة ولم تكن بينة تحالفا لانه عقد معاوضة فأشبهه البيع وإذا تحالفا كان الحكم في فسخ الاجارة كالحكم في البيع ، لان الاجارة كالبيع ، فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع ، فان اختلفا في التمدى في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر ، فالقول قول المستأجر ، لان الاصل عدم العدوان ، والبرائة من الضمان ، فان اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر ، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه ، لان المستأجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، وان اختلف الاجير المشترك والمستأجر في رد العين فادعى الاجير أنه ردها وأنكر المستأجر فان قلنا : ان الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله في الرد ، لانه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والغاصب .

وان قلنا : انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله في الرد ؟ فيه وجهان كالوكيل بجمل ؛ وقد مضى ترجيحهما في الوكاله ، وان هلكت العين فادعى الاجير أنها هلكت بعد العمل ، وأنه يستحق الاجرة وأنكر المستأجر ، فالقول قول المستأجر ، لان الاصل عدم العمل وعدم البذل .

(فصل) وان دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباة ثم اختلفا فقال رب الثوب : أمرتك أن تقطعه قبيصاً فتعديت بقطعه قباة فمليك ضهان النقص . وقال الخياط بل أمرتني أن أقطعه قباة فعليك الاجرة ، فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف المراقبين قول ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط . وقول أبي حنيفة رحمه الله عليه أن القول قول رب الثوب ، ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول .

وقال في كتاب الاجير والمستأجر : اذا دفع اليه ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أخضر فقال : أمرتك أن تصبغه أحمر . فقال الصباغ : بل أمرتني أن أصبغه أخضر ، أنهما يتحالفا .

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال (أحدها) أن القول قول الخياط ، لأنه مأذون له في القطع فكان القول قوله في صفة (والثاني) أن القول قول رب الثوب ، كما لو اختلفا في أصل الاذن (والثالث) أنهما يتحالفان وهو الصحيح ، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعى الأرض والخياط ينسكره ، والخياط يدعى الاجرة وصاحب الثوب ينسكره فتحالفا كالمشتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن .

ومن أصحابنا من قال : المسئلة على القولين المذكورين في اختلاف العراقيين وهو قول أبي العباس وأبي اسحاق وأبي علي بن أبي هريرة والقاضي أبي حامد . ومن أصحابنا من قال : هي على قول واحد أنهما يتحالفان ، وهو قول أبي حامد الاسفراييني لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الاولين ، ثم قال وكلاهما مدخول فان قلنا : ان القول قول الخياط خلف لم يلزمه أرض النقص ، لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون له فيه ، وهل يستحق الاجرة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يستحق الاجرة ، لأن قوله قبل في سقوط الغرم لأنه منسكرك . فأما في الاجرة فإنه مدع فلم يقبل قوله .

(والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : ان له الاجرة لانا قبلنا قوله في الاذن ، فعلى هذا هل يجب المسمى أو اجرة المثل فيه وجهان أحدهما يجب المسمى لانا قبلنا قوله أنه أذن له فوجب ما اقتضاه (والثاني) يجب له اجرة المثل لانا اذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعى ألفاً وأجرة مثله درهم .

(وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب خلف لم تجب الاجرة لأنه فعل مالم يؤذن فيه ويلزمه أرض القطع لأنه قطع مالم يكن له قطعه . وفي قدر الارش قولان (أحدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً وصحيحاً لانا حكماً أنه لم يؤذن له في القطع فلزمه أرض القطع (والثاني) يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً قيبصاً وبين قيمته مقطوعاً قباه ، لأنه قد أذن له في القطع ، وانما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه أرض الزيادة ، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شيء .

واذا قلنا : انهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الاجرة ، لان التحالف يوجب رفع العقد ، والخياطة من غير عقد لا توجب الاجرة وهل يجب أرض القطع فيه قولان

(أحدهما) يجب ، لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه
فبرئنا كالمبتاعين (والثاني) أنه يجب أرش النقص لأننا حكمنا بارتفاع العقد
بالتحالف ، فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فإرشه . ومتى قلنا
لأنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط ، لأنه أخذ بدلها ، فإن قلنا : لا يستحق
الأجرة فله أن يأخذ خيوطه ، لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا اختلف الرجلان في الكراء
وتصادقا في العمل تحالفا ؛ وكان للعامل أجره له فيما عمل ، قال وإذا اختلفا في
الصفة فقال : أمرتك أن تصبغه أصفر أو تبيضه أو تبيضه قيصا فخطته قباء . وقال الصانع
عملت ما قلت لي ، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا أجر له ، وإن
زاد الصبغ فيه كان شريكاً بما زاد الصبغ في الثوب ، وإن نقصت منه فلا ضمان
عليه ولا أجر له .

وقال الربيع : الذي يأخذ به الشافعي في هذا أن القول قول رب الثوب
وعلى الصانع ما نقص الثوب ، وإن كان نقصه شيئاً لأنه مقر بأخذ الثوب صحيحاً
ومدع على أنه أمره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البيئة بما قال ، فإن لم يكن
بيئة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة ، وإن كانت زادت الصنعة
فيه شيئاً كان الصانع شريكاً بها إن كانت عيناً قائمة فيه مثل الصبغ ، ولا يأخذ
من الأجرة شيئاً ، فإن لم تكن عين قائمة فلا شيء له .

وقال في اختلاف العراقيين : وإذا اختلف الاجير والمستاجر في الأجرة ،
فإن أبا حنيفة كان يقول : القول قول المستاجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا
يأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول الاجير فيها بينه وبين أجرة مثله ،
إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا
في قول أبي حنيفة . وينبغي كذلك في قول ابن أبي ليلى . وقال أبو يوسف بعدد :
إذا كان شيئاً متقارباً قبلت قول المستاجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وجعلت
للعامل أجر مثله إذا حلف .

فلو أعطاه ثوبا ليخيظه بعد قطعه، فخطاه قباه، وقال أمرتني بقطعه قباه، فقال بل قبصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه، لأنه منكر أذنه له في قطعه قباه، إذ هو المصدق في أصل الإذن فيكذا في صفة.

والقول الثاني: يتحالفان، وانتصر الاسنوى له نقلا ومعنى، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملي، ونقل عن الإسنوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لأنه بائع المنفعة.

قال النووي: ولا أجره عليه - يعني المؤجر - بعد حلقه، وعلى الخياط أرش النقص لما ثبت من عدم الإذن، والأصل الضمان، وهو ما بين قيمته مقطوعا قبصا ومقطوعا قباه كما رجحه السبكي. ولأن أصل القطع مأذون فيه، وإن رجح الاسنوى كابن أبي عصرون. وجزم به القونوي والبارزي وغيرهما من شراح الحاوي وغيره أنه ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لانقضاء الإذن من أصله ولا يقدح في ترجيح الأول عدم الأجر له، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان؛ وللخياط نزع خيطه، وعليه أرش نقص النزع إن حصل، كما قاله الماوردي والرويانى في البحر؛ وله منع المالك من شد خيط فيه بجره مكانه. هكذا أفاده الشمس الرملي في النهاية.

ويمكننا أن نستخلص مما مضى من أقاويل أنهما إذا اختلفا في قدر الأجر فقال أجر تنبها سنة بدينار، قال بل بدينارين تحالفا، ويبدأ بيمين الأجر، وهو قول الشافعي وأحمد، لأن الأجرة نوع من البيع؛ فإذا تحالفا قبل مضى شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلقه، وهذا قول أحمد وأصحابه، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة في الأجر والقول قول المنكر.

فإذا عرفنا أن الأجرة نوع من المبيع عرفنا أنهما يتحالفان عند اختلافهما في العوض كالبيع؛ وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة.

وقال ابن أبي موسى: القول قول المالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: إذا
اختلف المتبايعان فالقول قول البائع

وقال الشافعي في أول اختلاف العراقيين: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً
فخطاه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص. وقال الخياط أمرتني بقباء، فإن
أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول الخياط في ذلك، ولو أن الثوب ضاع
من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله فإن أبا حنيفة قال:
لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ، وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت
أيديهم. بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: لا ضمان عليهم،
وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه.
وقال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

وقال الشافعي: وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا ضمان على صانع
ولا على أجير، فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع فلا مسأله فيه فهم
ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده، ولأن الجناية لا تبطل عن أحد،
وكذلك لو تعدوا ضمانوا.

قال الربيع: الذي يذهب إليه الشافعي فيها رأيت أنه لا ضمان على الصانع
إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الضياع. اهـ، يعني خوفاً من
أن يتهدى الصانع في الإهمال فيفضي ذلك إلى ضياع أموال الناس بفشـ والتلف
بين أصحاب الحرف

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) إذا استأجر صانعا على عمل من خياطة أو صياغة فعمل فعمل له
أن يحبس العين على الاجرة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه لم يرهن العين
عنده فلم يجوز له احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فعمله ثم أراد أن يحبس
المتاع على الاجرة (والثاني) يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض
كالبيع في يد البائع.

(فصل) وإن دفع ثوباً إلى رجل يخاطه ولم يذكر له أجره فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه .
أحدها : أنه تلزمه الأجرة ، وهو قول المزني رحمه الله ، لأنه استملك عمله فلزمه أجرته .

والثاني : أنه إن قال له : خطه لزمه ، وإن بدأ الرجل فقال : أعطني لاخيطة لم تلزمه وهو قول أبي إسحاق لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالأمر ؛ والعمل لا يلزم من غير أجره فلزمته ، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم .
والثالث : أنه إذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، وإذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه ؛ وهو قول أبي العباس ، لأنه إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف في حقه كالشرط ، وإن لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضي الأجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف .

والرابع : وهو المذهب : أنه لا يلزمه بحال ، لأنه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض ، كإلو بذل طعامه لمن أكله ، وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فعمله فيها إلى بلد لزمه الأجرة ، لأنه استملك منفعة موضعه من السفينة من غير إذن فلزمه أجرتها ، وإن نزل فيها عن إذنه ولم يذكر الأجرة ، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الخياطة ، وبالله التوفيق .

(الشرح) قال الماوردي في الحاوي الكبير : وليس مؤجر الأرض أن يجبس الأرض على المستأجر على دفع الأجرة ، ولا للجها أن يجبس ما استؤجر على حمله من المتاع لبأخذ الأجرة لأنه في يده أمانة وليس برهن . فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صباغة هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك قياساً على ما ذكرنا ، والثاني : له ذلك لأن عمله ملك له كالبائع ؛ فإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتألف ضمنه ، لأنه لم يرهنه عنده ، ولا إذن له في امساكه ، فلزمه الضمان كالغاصب ، وبهذا قال أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة .

(فرع) إذا عمل الصانع عملاً لغيره بإذنه كأن دفع ثوباً إلى قصار ليقصره

أو الى خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجرة فلا أجرة له لتبرعه ، ولأنه لو قال : أسكني دارك شهراً فأسكنته لم يستحق عليه أجرة بالإجماع كما في البحر والوجه كما يحتمل الأذرعى وجوبها في قن ومحجور سفه لانهما غير أهل للتبرع ومثلها غير المكاف بالأولى . قال النووي : وقيل : له أجرة مثله ، وقيل : ان كان معروفاً بذلك العمل بالأجرة فله والا فلا وقد يستحسن اهـ .

وصورة المسألة اذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك انما تعمل بأجر ، وكان الخياط والقصار متوفرين على ذلك وقد عرف عنهما الأجر الذى بأخذه ، أو كان لصاحب الدكان لافتة سجل فيها أسعار أجرته كما يفعل الكواءون والخلافون والخياطون والساعاتيون كان ذلك يجرى مجرى الإفهام الذى هو شرط عندنا فى صحة الاجارة .

وعند أصحاب أحمد أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنفذ البلد ، ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، اذا عرف هذا فإن فى المسألة أربعة أوجه .

(أحدها) وهو قول المذنب يستحق الاجر مطلقاً لأنه استهلك عمله فانه عوضه والثانى : التفريق بين طلب رب الثوب منه أن يخيطه وبين أن يطلب من رب الثوب أن يخيطه له ، فإذا قال له رب الثوب خذ هذا لي فقد كلفه بعمل له ما يقابله من الاجر فيأزمه لانه يأمره بالعمل والعمل لا يلزم بغير أجرة ، واذا قال الخياط أعطنى هذا الثوب لأخيطه لك لم تلزمه أجرته وهو قول أبى اسحاق المرزى ، حيث لم يأمره فليس ثم ما يوجب له الاجرة (والثالث) وهو قول أبى العباس بن سريج ، وهو الذى أخذ به أحمد وأصحابه ، وذكره النووي فى المنهاج بصيغة التريض بقوله : وقيل وهو أنه اذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، والالم يلزمه لان العرف يجرى مجرى الشرط (والرابع) وهو الظاهر من المذهب أنه لا أجرة له كمن قدم طعامه لمن يأكل فليس له أن يطلب ثمنه .

وخص المصنف والأصحاب السفينة اذا نزلها أو شحن فيها متاعه بغير اذن

الملاح فإنه يلزمه عوض استهلاك منفعة موضعه من السفينة . وقال الشرحس الرملي وقد يستحسن ترجيحه لوضوح مدركه - وهو يقصد أن يكون الصانع معروفاً بأخذ الاجرة - إذ هو العرف ، وهو يقوم مقام اللفظ كثيراً ، ونقل عن الأكثرين ، والمعتمد الأول ، فإن ذكر أجره استحقها قطعاً إن صح العقد ، ولا فأجرة المثل ، وأما إذا عرض كارضيك أو لا أخيبك أو ترى ما تحبه أو يسرك أو أطعمك فنوجب أجره المثل ، نعم في الأخيرة يحسب على الأجير ما أطعمه إياه كما هو ظاهر ؛ وقد تجب من غير تعرض بها كما في عامل الزكاة اكتفاء بثبوتها بالنسب فكأنها مسماة شرعاً ، وكعامل مساقاة عمل ماليس بلازم له بإذن المالك اكتفاء بذكر المقابل له في الجملة .

قال : ولا يستثنى وجوبها على داخل الحمام أو راكب السفينة مثلاً من غير إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها إليه بخلافه بإذنه ، وسواء في ذلك أسيّر السفينة بعلم مالكها أم لا . وقول ابن الرفعة في المطلب له فيما إذا لم يعلم به مالكها حين سيرها ، وإلا فيشبهه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالكها ، فإنه لا أجره على مالكه ، ولا ضمان مردود ، فقد فرق العراقي بينهما بأن راكب السفينة بغير إذن غاصب للبقعة التي هو فيها ولو لم يسيّر ، بخلاف واضح متاعه على الدابة لا يصير غاصباً لها بمجرد وضع متاعه ، وبفرق أيضاً بأن مجرد العلم لا يسقط الأجرة ولا الضمان ، فإن السكوت على إتلاف المال لا يسقط الضمان ، وهو علم وزيادة ، وهالك الدابة بسبيل من إلقاء المتاع قبل تسييرها بخلافه في راكب السفينة اه . قاله الرملي الصغير في النهاية والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجمالة

يجوز عقد الجمالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً من رد ضالة ورد آبق وبناء حائط وخياطة ثوب وكل ما يستأجر عليه من الأعمال ، والدليل عليه قوله تعالى ، ولما جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، وروى أبو سعيد الخدري ، أن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقرؤهم ، فبينهاهم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق فقالوا لم تقرؤنا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جملاً فجعلوا لهم قطع شاه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاه فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فضحك وقال : ما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي فيها بسهم ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك من رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه لجاز كالإجارة والمضاربة .

(فصل) ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية ، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمل له ، لجاز من غير تعيين ، وروى المزني في المختصر عن الشافعي رحمه الله في المشور أنه قال إذا قال أول من يبحج عنى فله مائة نخج عنه رجل أنه يستحق المائة . وقال المزني : يذوق أن يستحق أجرة المثل لأنه إجارة فلم تصح من غير تعيين ، وهذا خطأ ، لأن ذلك جمالة ، وقد بينا أن الجمالة تجوز من غير تعيين العامل .

(فصل) ويجوز على عمل مجهول للآية ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك لجاز مع الجمالة كالمضاربة ، ولا تجوز إلا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح ، فإن شرط له جملاً مجهولاً فعمل استحق أجرة المثل ، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده ، كالبيع والنكاح .

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال ، فأما إذا عمل له عملاً من غير إذنه بأن وجد له أبقاً لجاه به ، أو ضالة فردها إليه ، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعته من غير عوض ، فلم يستحق العوض ، فإن عمل بإذنه ولم يشترط له الجعل ، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة ، فإن أذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل ، لأنه استهلك منفعته بعوض فاستحق العوض كالاجير ، فان نادى فقال : من رد عبدي فله دينار فردته من لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لأنه متطوع بالرد من غير بدل ؛ فان أبق عبد لرجل فنادى غيره أن من رد عبد فلان فله دينار ، فرده رجل وجب الدينار على المنادى ، لأنه ضمن العوض فآزمه ، فان قال في النداء : قال فلان : من رد عبدي فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادى ، لأنه لم يضمن . وإنما حكى قول غيره .

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل ، فان شرط له جعلاً على رد الأبق فردته إلى باب الدار ففرد منه أو مات قبل أن يسلمه لم يستحق شيئاً من الجعل ، لان المقصود هو الرد ، والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء ، وإن قال : من رد عبدي الأبق من البصرة فله دينار وهو يتعداد فردته رجل من واسط ، استحق نصف الدينار ، لأنه رد من نصف الطريق ، وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار ، لأنه لم يضمن له لما زاد شيئاً .

وإن أبق له عبدان فقال من ردهما فله دينار ، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل . وإن قال : من رد عبدي فله دينار ، فاشترك في رده اثنان اشتركا في الدينار ، لانهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل وإن قال لرجل : إن رددت عبدي فلك دينار ، وقال لآخر : إن رددته فلك ديناران ، فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له ، وإن جعل لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً مجهولاً فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل ، لأن الدينار جعل صحيح ، فاستحق نصفه ، والثوب جعل باطل فاستحق نصف أجرة المثل ، وإن قال لرجل إن رددت عبدي فلك دينار فشاركه غيره في رده ، فان قال : شاركته معاونة له كان الدينار للعامل

لأن العمل كله له فكان الجمل كله له ، وان قال شاركته لا شراكة في الجمل كان
للامر نصف الجمل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولا شيء للشريك لأنه لم
يشترط له شيئاً .

(الشرح) هي بتثليث الجيم عند ابن مالك وغيره . واقتصر النووي والجوهري
والفيومي صاحب المصباح على كسرهما ، وابن الرفعة في الكفاية والمطاب على
فتحها ، وهي لغة اسم لما يجعله الانسان لغيره على شيء يفعله ، وكذا الجُمُعل
والجميلة ، وأما تعريفها شرعاً فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو
مجهول بمعين أو مجهول .

وقد أورد المصنف الجمالة عقب الاجارة ؛ وكذلك فعل النووي في الروضة
وصاحب الشرح ، لأن التلازم بين الاجارة والجمالة واضح ، لأنها عقد على
عمل ، إلا أن أكثر المصنفين في الفقه جعلوها بعد اللقطة ، لأنها طاب النقاط
الدابة الضالة .

وقد استدلل المصنف على أنها من العقود الجائزة بقوله تعالى ، ولما جاء به
حمل بعير ، واعتبر الرمي سوقه الآية استثناساً وليس استدلالاً ، وعال ذلك
الشبرا ملسى في حاشيته على النهاية هذه العبارة بأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا
وإن ورد في شرعنا ما يقرره .

أما الحديث الذي ساقه المصنف عن أبي سعيد فقد رواه البخاري ومسلم
وأبو داود والترمذي وابن ماجه ، وأتم هذه الطرق جميعاً رواية البخاري وانضمام
انطلاق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها حتى نزلوا
على حى من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيئوهم ، فلدغ سيد ذلك الحى
فستعوا له بكل شيء ، لا ينفعه شيء ، فقال بعضهم : لو أتيتهم دؤلاً الرهط
الذين نزلوا عليهم أن يكون عندهم بعض شيء ، فأتوهم فقالوا : يا أيها الرهط إن
سيدنا لدغ وسبعينا له بكل شيء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شيء ، قال بعضهم
إني والله لأرقي ولكن والله لقد استضفتناكم فلم تضيئونا فما أنا براق لكم حتى
تجعلوا لنا جعلاً ، فصالحوهم على قطيع من غنم فأنطاق يتفل غايه ، ويترأ الخاء لله

رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ، فانطلق يمشي وما به قنابة ، قال فأوفدوهم
 جعلهم الذي صالحوهم عليه ، فقال بعضهم : اقتسموا ، فقال الذي رقى :
 لا تفعلوا حتى نأتى النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذي كان : فنظر الذي
 يأمرنا ، فقدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال : وما يدريك
 أنها رقية ؟ ثم قال : قد أصبتم واضربوا الى معكم سهما ، وضحك النبي صلى الله
 عليه وسلم ، وقد روى البخارى رواية عن ابن عباس بلفظه أن نفرأ من أصحاب
 النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديمغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل
 الماء فقال : هل فيكم من راق فإن فى الماء رجلا لديغا أو سليما ، فانطلق رجل منهم
 فقرأ بفاتحة الكتاب على شاه ، فجاء بالشاه إلى أصحابه فذكرهوا ذلك وقالوا :
 أخذت على كتاب الله أجراً ؟ حتى قدموا المدينة فقالوا : يا رسول الله أخذ على
 كتاب الله أجراً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أحق ما أخذتم عليه
 أجراً كتاب الله ،

قوله « فاستضافوهم » فى رواية للترمذى أنهم ثلاثون رجلا . وقد روى
 الحاكم رواية أبى سعيد الخدرى على أنه هو الراق ، وهى على شرط مسلم . قال
 الزركشى : ويستنبط منه جواز الجمالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية
 وان لم يذكره . وهو متجه ان حصل به تعب والا فلا أخذاً مما يأتى .
 على أن الإجماع منعقد على جوازها لما تدعو اليه الحاجة من ضالة ، أو عمل
 لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به ، ولا تصح الاجارة عليه لجمالة ، فجاز أن
 يجعل له جملا كلاجارة والقراض . وأركان الجمالة أربعة : صيغة وهما قدان
 وعمل وعوض .

ولما كان الجمال لا يستحق الا بإذن صاحب المال كلاجارة ، فانه قارق الاجارة
 فى استحقاقه بالعمل ، أما الاجارة فانها تستحق بالعقد ، لأنه لو قال : من رد على
 ضالتي فه درهم قبلها بطل ، هكذا أقاده الغزالي فى كتاب الدور ، وعدم اشتراط
 قبضه فى المجلس مطلقا ، وبشترط فى الملزم للجمال مالكا أو غيره أن يكون
 مطلق التصرف كما فى الاجارة فلا يصح بالتزام الصبي أو المحجور عليه لاسفه أو
 المجنون . كما يشترط فى العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادراً عليه ولا

تشرط الحرية وغير المكلف ، وأن يقوم بالعمل بإذن وبغير إذن ، كما قال ذلك السبكي خلافا لابن الرفعة في اشتراط إذن السيد ، ويخرج بذلك العاجز عن العمل كالصغير والضعيف اذا غلبهما العمل ، فأشبهه استئجار الأعمى للحراسة . هكذا أفاده الزركشي وابن العماد

ونقل المزي أن الشافعي نص في المنثور أنه اذا قال المعضوب : من حج عني فله مائة درهم ، لحج عنه انسان يستحق المائة .

قال المزي : ينبغي أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الاجر . هذا كلام الشافعي والمزي ؛ والمسألة التي ساقها المصنف بذكر النووي رضى الله عنه أن الأصحاب فيهما ثلاثة أوجه الصحيح وقوع الحج عن المستأجر ويستحق الاجرة المسماة . وبهذا نص الشافعي واختاره النووي ، لأنه جمالة وليس باجارة . والجمالة تجوز على عمل مجهول ؛ فمن باب أولى المعلوم . (والثاني) وهو اختيار المزي : أنه يقع عن المستأجر ويستحق الاجير أجرة المثل لا المسمى . وقد حكى امام الحرمين ان معظم الأصحاب مالوا الى هذا . قال النووي : وليس كما قال . وهذا القائل يقول : لا تجوز الجمالة على عمل معلوم لأنه يمكن الاستئجار عليه .

(والثالث) أنه يفسد الاذن ويقع الحج عن الاجير ، لأن الاذن غير متوجه الى انسان بعينه ، فهو كما لو قال : وكلت من أراد بيع دارى في بيعها . قالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتماداً على هذا التوكيل . وهذا الوجه حكاه الرافعي . وذكر امام الحرمين أن شيخ والده أبا محمد أشار اليه فقال : لا يمتنع أن يحكم بفساد الاذن ، وهذا الوجه ضعيف جداً بل باطل مخالف للنص والمذهب والدليل . فاذا قلنا بالمذهب والمنصوص . فقال من حج عني فله مائة درهم فسمعه رجلاً وأحرما عنه .

قال القاضي حسين والأصحاب : ان سبق احرام أحدهما وقع عن المستأجر القائل ويستحق السابق المائة . واحرام الثاني يقع عن نفسه لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر فصار كمن عقد نكاح أختين بعقد واحد . ولو قال من حج عني فله مائة دينار لحج عنه رجلاً . أحدهما بعد الآخر .

وقوع إحرام السابق بالإحرام عن المستأجر القائل وله عليه المائة . ولو أحرما معاً
 وقع حج كل منهما عن نفسه ولا شيء لهما على القائل ، لأنه ليس فيها أول . ولو
 كان العوض مجهولاً بأن قال : من حج عني فله ثوب أو دراهم أو ناقة وقع الحج
 عن القائل بأجرة المثل .

(فرع) استدلل المصنف من قوله تعالى « ولما جاء به ، على جواز عقدها
 لغير المعين ، كما في المثال الذي سبق فيمن يوجب عنه ، كما استدلل بالآية أيضاً على
 جوازها على عمل مجهول . وكذلك لو قال : من رد ضالتي من سامعي ندائي فله
 كذا فرده من علم نداءه ولم يسمع منه لم يستحق ، هكذا أفاده المأوردى وصرح
 بمثله القاضي حسين .

قال الأذرعى ، وقول القاضي فان رده بنفسه أو تعبد استحق ، يفهم عدم
 الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد . قال النووي ، ولو قال أجنبي من رد عبد زيد
 فله كذا استحقه الراد على الأجنبي . قال الرملى استحقه الراد العالم به على الأجنبي
 لأنه التزمه فصار كخلم الأجنبي ؛ وكما لو التمس إلقاء متاع غيره في البحر لخوف
 الهلاك وعليه ضمانه .

إذا ثبت هذا فان العامل بلا إذن لا يستحق الجمالة ، لأنه لو أذن لشخص
 فعمل غيره فلا شيء له — ولو كان معروفاً برد الضال بعوض — لأنه لم يلتزم
 عوضاً له فوقع عمله تبرعاً . وقال الشبرايملى عند قوله « فلو عمل أحد بلا إذن
 فقال ومن ذلك ما جرت به العادة في قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة
 الجرين نهاراً وجماعة اعتادوا حراسته ليلاً ، فان اتفقت معاقدتهم على شيء من
 أهل الجرين أو من بعضهم باذن الباقيين لهم في العقد استحق الحارسون ما شرط
 لهم ان كانت الجمالة صحيحة ولأى فأجرة المثل

وأما ان باشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتياداً على ما سبق من دفع أرباب
 الزرع للحارس سهماً معلوماً عندهم لم يستحقوا شيئاً . وليس كما لو التزم الثمن في
 شراء غيره أو الثواب في هبة غيره ، لأنه عوض تملك فلا يتصور وجوبه على
 غير من حصل له الملك ؛ والجمل ليس عوض تملك .

واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول

الأجنبي بل يضمه فكيف يستحق الأجرة . وأجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن في ذلك لأن المالك راض به قطعاً ، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء في الرد والنزاع الأجنبي بالجعل ، أو يكون الأجنبي ولاية على المالك ، وقد يصور أيضاً بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه . وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل على .

قال الرملي : وهو كذلك فقد قال الخوارزمي في الكافي : ولو قال الفضولي : من رد عبد فلان فله علي دينار ؛ أو قال فله دينار ، فمن رده استحق على الفضولي ماسمى . وصرح به ابن يونس في شرح التعجيز ، فانه صور المسألة بما إذا قال على ثم قال وألحق الأئمة به قوله فله كذا . وإن لم يقل على ، لأن ظاهره التزام . ولو قال أحد الشريكين في رقيق : من رد رقيب فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل . وصورة المسألة إذا لم يكن القائل ولي المالك . فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه الراد في مال المالك بمقتضى قول وليه ، ويعلم بما تقرر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه . فلو قال لشخص معين : إن رددت علي ضالتي فلك كذا لم يتعين عليه السعي بنفسه ، بل له أن يستعين بغيره ، فإذا حصل الفعل استحق الأجرة . قاله الغزالي في البسيط .

قال الرملي : وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره في الرد كتوكيل الوكيل فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يلبق به كما يستعين به ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره ، كالتوكيل في الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز ، فعلم أن العامل المعين لا يستنصب فيها إلا إن عذر وعلم به الجاعل حال الجمالة . اهـ

(فرع) تصح الجمالة على عمل مجمول كما ذكر ذلك المصنف لأن الجهالة احتملت في القراض لحصول زيادة ، فاحتماها في رد الحاصل أولى ، وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسنمه وارتفاعه وما يبنى به ، وخباطة ثوب فيصفه كالإجارة . أما صحتها على المعلوم فأولى . ومثال ذلك قوله : من رد علي ضالتي من مكان كذا فله كذا ، وهذا هو الأصح .

(والثاني) المنع للاستغناء عنه بالإجارة ، وقد عرفت أنه لا بد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة ، كرد آبق أو ضال ، أو أداء حج أو خياطة ثوب أو تعليم علم أو حرفة ، أو إخبار فيه غرض وصدق فيه ، فلو ردهن هو بيده ولا كلفة فيه فلا شيء له ، إذ مالا كلفة فيه لا يقابل بعوض

فلو قال من دلتى على مالى فله كذا فدلته غير من هو بيده استحق ، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة . قال الأذرعى ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك . أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما وبازم عدم التوقيت فى الجمالة . لأنه لو قال من رد على ضالتى الى شهر كذا فله كذا لم يصح كما فى القراض ، لأن تقدير المدة محل بمقصد العقد ، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض ، سواء أضم اليه من محل كذا أم لا ، وغير واجب على العامل .

فلو قال من دلتى على مالى فله كذا فداه من المال فى يده لم يستحق شيئا لأن ذلك واجب عليه شرعا ؛ فلا يأخذ عليه عوضا . وكذا لو قال من رد مالى فله كذا فرده من هو فى يده ويجب عليه رده . وقضيته أنه لو كان الدال أو الراد غير مكاف استحق .

وقد أفق الإمام النووى كما حكى ذلك صاحب نهاية المحتاج فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجماهه وغيره بأنها جمالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعه ، ثم قال وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا

(قلت) فإذا كان العرف هو الذى يبنى عليه حد الإباحة والمنع فى الجمالة فمقتضى العرف الذى نعلمه اليوم أن ذلك رشوة ، فإذا كان صاحب جاه يستطيع أن يرفع ظلما وقع على إنسان بجماهه وجب عليه العمل على رفعه ، وبذلك تبطل الجمالة ، لأنها لا تكون إلا عوضا عما لا يجب على الأمل . ومقتضى الصبيحة والعمل لإحقاق الحق الذى يازم كل مسلم بمنع هذه الصورة التى أفق بها النووى رحمه الله تعالى .

ولأنهم قالوا إن السعى والعمل وبذل الجهود هى مع حصول المقصود توجب

الجمالة ، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملاً تافهاً لا جهد فيه ولا سعى فلا يستحق عليه جملاً ، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به في رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكلمة هل يحل له أن يأخذ جمالة ؟ إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك . ولا أعلم في ذلك خلافاً في الأصل الذي بنينا عليه ، لأنه يستمد قوته من قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين »

وبشروط لصحة العقد كون الجعل مالا معلوماً لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جواز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ؛ ولأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض ، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معيناً ، وبالوصف إن كان في الذمة . فلو قال : من رد ضالتي فله ما حملت ، وكان ما تحمله معروفاً كمرجها ولجامها أو شيئاً آخر تنقله ضلت به وكان معروفاً للمامل ،

واسـتـشـكـل ابن الرفعة اعتبار الوصف في المعين لأنهم منعه في البيع والاجارة وغيرهما .

قال البلقيني : ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع ، وقياسه صحته فله نصفه إن علم ، وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين . وما قاسه عليه الرافعي من استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه في الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءاً من الرضيع بعد الفطام يقتضى تأجيل ملكه ، وهذا إنما تملك بهتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع في مشترك ، كذا أفاده الرملي

(فرع) إذا قال : من رد علي ضالتي من بلد كذا فرده من جهته ذلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها . أما إذا قال : من رده من بلد كذا فرده من أقرب منه فلا يستحق الاقساطه من الجعل ، لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل ، فبعضه في مقابلة بعضه ، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل .

فإذا كانت الطريق غير متساوية في الحزونة والسهولة بأن كان النصف الذي قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجره النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل ، فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى . ولو رد من البلد المعين ، ورأى المالك في نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل .

ولو قال : من رد عليّ ضالتيّ فله كذا ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل ، استوت قيمة الضالتين أو اختلفت .

ولو قال لرجلين ان ردتما ضالتيّ فديكما كذا فرد أحدهما احدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو ردهما استحق المسمى .
ولو قال أول من يرد ضالتيّ فله كذا فرداها استحق المسمى مناصفة لو صفهما بالاولوية في الرد .

ولو قال لكل واحد من ثلاثة ردها ولك دينار ، فردوها جميعا استحق كل واحد منهم ثلث دينار توزيعا بالحصص على الرءوس . هذا اذا عمل كل منهم لنفسه لياخذ الدينار .

أما لو قال : أعنت صاحبيّ فلا شيء له ويقسمان في الدينار ؛ أو قال اثنان ذلك أخذ الثالث الدينار وحده ولا شيء لهما وللآخر جميع المشروط ، فان شاركهم رابع فلا شيء له .

أما اذا قصد بمعاونته المالك أو أخذ الجعل منه فليكل واحد من الثلاثة ربع المشروط ؛ فان أعانا أحدهم فليكل واحد من الإثنين ربع المشروط وللمعاون - بفتح الواو - النصف ، فان شرط لأحدهم جملا مجهولا ، وليكل من الآخرين ديناراً فردوه فله ثلث أجره المثل ولهما ثلثا المسمى . وهكذا قال النووي اذا اشترك اثنان في رده اشتركا في الجعل . ولو التزم جملا لمعين فشاركه غيره في العمل ان قصد اعانته فله كل الجعل .

وهنا يقول صاحب النهاية : لأن قصد الملتزم الرد من التزم له بأى وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيها إذا أذن للمعين فرد نائبه مع قدرته ، لأن المالك لم يأذن فيه أصلاً . ولا شيء للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجره ، ويؤخذ من كلامهم هنا ، وفي المساقاة كما أفاده السبكي جواز الاستنابة في الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التي تقبل النيابة ، أى ولو بدون عذر فيها يظهر ، ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيراً منه ؛ ويستحق المستناب جميع المعلوم ، وإن أفنى ابن عبد السلام والنووي بأنه لا يستحقه واحد منهما ، إذ المستناب لم يباشر والنائب لم يأذن له النائب ، فلا ولاية له ، وما نازع به الأذرعى من كون ذلك سبباً لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائماً مما أرسد للمناصب الدينية ، واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنذر يسير .

قال غيره : وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشرط كونه مثله أو خيراً منه .

ولو قال لو احد : إن رددته فلك دينار . وقال لآخر : إن رددته أرضيك ، أو أحلى بالحلوى فلك ، فرداه ، فللأول نصف الدينار ، وللآخر نصف أجره مثل عمله .

وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام :

(أحدها) لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والتخلف ، ولازم من أحدهما قطعاً ، ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعاً ، ومن جهة الزوج على الأصح ، وقدرته على الطلاق ليست فسخاً .

(ثانيها) لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالكتابة ، والرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والسكاه .

(ثالثها) جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض ، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة : فإن فسخ العامل لم يستحق شيئا لان الجعل يستحق بالمراع من العمل ، وقد تركه فسقط حقه ، وإن فسخ رب المال ، فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء ، لانه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل فلم يلزمه شيء ، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل ، وإن كان بعد ما شرع في العمل لزمه أجره المثل لما عمل ، لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته ، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل .

(فصل) ويجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل ، فان قال : من رد عبدي فله دينار : ثم قال : من رده فله عشرة ، فرده رجل استحق عشرة ، وإن قال : من رد عبدي فله عشرة ، ثم قال : من رده فله دينار ، استحق الدينار ، لانه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جائز فجائز والزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالرجح في المضاربة .

(فصل) وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل : شرطت لي الجعل وأنتك رب المال ، فالقول قول رب المال ؛ لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان ، وإن اختلفا في عين العبد فقال السيد : شرطت الجعل في رد غيره . وقال العامل : بل شرطت الجعل في رده ، فالقول قول المالك ، لأن العامل يدعى عليه شرط الجعل في عقد ، الأصل عدمه ، فكان القول فيه قوله ، وإن اختلفا في قدر الجعل تحالفا كما قلنا في البيع ، فإذا تحالفا رجع الى أجره المثل كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة الى قيمة العين .

وإن اختلف العامل والعبد فقال العامل : أنا رددته . وقال العبد جئت بنفسى وصدقه المولى ، فالقول قول المولى مع يمينته ، لأن الأصل عدم الرد ، وعدم وجوب الجعل ، وبالله التوفيق .

(الشرح) قلنا : إن العقود منها الجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية

والوديعة (والجمالة قبل الفراغ من العمل) ومن ثم يجوز لأى منهما الفسخ قبل تمام العمل ، لأنه عقد جائز من الطرفين ، أما من جهة الجاعل فمن حيث إنها تعلن استحقاق بشرط فأشبهت الوصية .

وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجبول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالغراض ، وإنما يتصور الفسخ من العامل في الابتداء إذا كان معيناً بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه في العمل ، والمراد بالفسخ رفع العقد ورده ، وخرج بقوله : قبل العمل ، ما بعده ، فإنه لا أثر للفسخ ، لأن العمل قد لزم واستقر ، وعلم من جوازها انفساؤها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغماؤه . فلو مات المالك بعد الشروع في العمل فرده إلى وارثه استحق القسط ما عمله في الحياة من المسمى .

وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضاً ، فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شيء له ، لأنه لم يعمل شيئاً في الأولى ، ولأن العمل إنما يستحق في الثانية بتمام العمل : وقد فوته باختياره .

وإن فسخ المالك بعد الشروع في العمل فعليه أجره المثل لما مضى في الأصح لأن جوازه يقتضى التسلط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجره المثل كالأجرة إذا فسخت بعيب .

والثاني : لا شيء للعامل كالمسمى بنفسه ، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلاً كرد الضال إلى بعض الطرق أو يحصل به بعضه كما لو قال : إن علمت ابنى القرآن فإني كذا ثم منعه من تعليمه ولا بشكل ما رجحوه هنا كما يقول الرملي من استحقاق أجره المثل بقولهم : إذا مات العامل أو المالك في أثناء العمل حيث يفسخ ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى في مسئلتنا بفسخه بخلافه في تلك ، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل في الانفساخ تم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه

بمخلافه في الفسخ ، محمل نظر ، إذ لا أثر له في الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ، ومن أجره المثل أخرى كما هو ظاهر للمتأمل .

(فرع)

ويجوز للمالك أن يزيد وينقص في العمل وفي الجعل ولو من غير جنسه ونوعه قبل الفراع كالمبيع في زمن الخيار ، سواء ما قبل الشروع في العمل أو بعده ، لأنه عقد جائز ، ولو قال : من رد ضالتي فله عشرة ، ثم قال من ردها فله خمسة أو عكس فلا اعتبار بالأخير من قوايه . أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجره المثل له ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجره المثل ، ومحملة قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير ، فإن لم يعلم به فيها إذا كان معيناً ولم يعلم به الملتزم فيها إذا كان غير معين . هكذا أفاده في النهاية .

وقال الغزالي في الوسيط : يتقدح أن يقال : يستحق أجره المثل وهو الراجح وقال المساوردي والرويانى وأقره السبكي : يستحق الجعل الأول ، كما أقر ذلك البلقيني وغيره ، فعلى الأول لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ، ومن سمع النداء الثاني استحق الأول نصف أجره المثل والثاني نصف المسمى الثاني ، وعلى قول المساوردي والرويانى والسبكي والبلقيني للأول نصف الجعل الأول وللثاني نصف الثاني .

أما التغيير بعد الفراع فلا يؤثر ، لأن المال قد لزم ، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ، ولهذا قال النووي : ولو مات الأبق في بعض الطريق أو هرب فلا شيء للعامل .

قال الشراح : لأنه لم يردده والاستحقاق معلق بالرد ، ويخالف موت أجير الحج في أثناء العمل فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمله في الإصحح لأن القصد بالحج الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض ، والقصد هنا الرد ولم يوجد ، ولو لم يجد المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل ، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه . ويجرى ذلك في سائر ما يتلف من محال الاعمال .

(فرع) اذا اختلف المالك والعامل فقد قال النووي رضى الله عنه يصدق المالك بيمينه اذا انكر شرط الجعل أو سعى العامل اه .

والأول كان يقول : ما شرطت الجعل ؛ أو شرطته في شيء آخر .

والثاني كان يقول : لم تزده أنت وانما رده غيرك ، أو عادت الضالة بنفسها من غير سعى منك ، لان الاصل عدم الرد والشرط وبرائة ذمته ، فلو اختلفا بعد الاستحقاق في قدر الجعل أو جنسه أو صفته أو في قدر العمل كان قال شرطت مائة على رد ضالتي فقال العامل بل على رد هذا فقط تحالفا ، وللعامل أجره المثل كما في القراض والاجارة ، كل هذا اذا اختلفا بعد الفراغ من العمل والتسليم ، أو قبل الفراغ فيها اذا وجب للعامل قسطه من العمل الذي عمله وجعالة ، فان كان العمل مضبوطاً مقدر اجارة ولو احتاج الى تردد غير مضبوط فجعالة والمراد أنه يجوز عقد الاجارة في الشق الاول دون الثاني ، ويد العامل على المأخوذ الى رده بد امانة .

ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كان خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره ، وان خلاه بلا تفريط كان خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكة ، فان انفق عليه مدة الرد فتمبرع الا ان أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب السبق والرمى

تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل ، المضمرة منها ، من الخفيا إلى ثنية الوداع . وما لم يضم منها من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق

وروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق ، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها ، فشق ذلك على المسلمين ، فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة شيء إلا وضعه .

وروى سلمة بن الأكوع قال : أتى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نترامى فقال : حسن هذا لعباً ، ارموا يا بنى اسماعيل ، فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع ابن الأدرع ، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا غلب يا رسول الله من كنت معه ، قال ارموا وأنا معكم جميعاً ، فإن كان ذلك للجهاد فهو مندوب اليه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ، ألا إن القوة هي الرمي . قالها ثلاثاً

وروى عقبة بن عامر قال ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ارموا واركبوا ، ولأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاثة ، ملاعبة الرجل أهله ، وتأديبه فرسه ، ورميه بقوسه . ومن علمه الله الرمي فتركه عنه فنعمة كفرها ، وإن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير ، والرامي ، ومنياه ،

(فصل) ويجوز ذلك بعوض لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم . راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فارس له فجاءت مسابقة فهش لذلك وأهجه ، والرهن

لا يكون إلا على عوض ، ولأن في بذل العوض فيه تحريضا على التعلم والاستعداد للجهد .

(فصل) ويجوز أن يكون العوض منها ، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال ، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله ، ولا يجوز إلا على عوض معلوم إما معيناً أو موصوفاً في الذمة ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز إلا على عوض معلوم كالبيع ، ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عيناً ودينياً فجاز أن يكون حالاً ومؤجلاً كالشئ في البيع .

(فصل) فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجمالة ، وإن كان منها فقيه قولان

(أحدهما) أنه يلزم كالإجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فيكون لازماً كالإجارة

(والثاني) أنه لا يلزم كالجمالة ، لأنه عقد يبذل العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجمالة . فإن قلنا إنه كالإجارة كان حكمهما في الرهن والضمان حكم الإجارة وحكمهما في خيار المجلس ، وخيار الشرط حكم الإجارة ، ولا يجوز لو أحد منهما فسخه بعد تمامه ، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه ، كما لا يجوز ذلك في الإجارة .

وإن قلنا إنه كالجمالة كان حكمه في الرهن والضمان حكم الجمالة ، وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان ، فأما الفسخ والزيادة والنقصان — فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص ، لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه والزيادة والنقصان فيه . وإن كانا غير متكافئين نظرت ، فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة جاز ، لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ والزيادة فيه ، فلك الفسخ والزيادة فيه .

وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجب . إن

(أحدهما) له ذلك ، لأنه عقد جائز فلما فسخه والزيادة فيه
(والثاني) ليس له لأننا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحد ، لأنه متى لاح له
أن صاحبه يغلب فسوخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود .

(الشرح) حديث ابن عمر رضي الله عنه متفق عليه عند الشيخين ، ورواه
أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بإفظه سابق رسول الله (ص)
بين الخيل فأرسلت التي ضممت منها وأمدتها الحفيااء إلى ثنية الوداع ، والتي لم تضمر
أمدتها ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق ،

وزاد البخارى قال : قال سفيان « من الحفيااء الى ثنية الوداع خمسة أميال
أو ستة . ومن ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق ميل .

وروى أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه عن ابن عمر « أن النبي (ص)
سابق بين الخيل وفضل القرع في الغاية ،

أما حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخارى بإفظه « كانت لرسول الله
صلى الله عليه وسلم ناقة تسمى العضباء ، وكانت لا تسبق ، فجاء أعرابي على
قعود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا : «سبقت العضباء ، فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم « إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه ،
أما حديث سلمة بن الأكوع فقد أخرجه أحمد والبخارى بإفظه « مر رسول
الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون بالسوق فقال : ارموا يا بني
اسماعيل فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع بني فلان ، قال فأسسك أحد
الفریقین بأيديهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما لكم لا ترمون ؟ قالوا
كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال ارموا وأنا معكم ،

وفي رواية عند ابن حبان والبخاري عن أبي هريرة في مثل هذه القصة « وأنا
مع ابن الأدرع ، وعند الطبراني من حديث حمزة بن عمرو الأسلمي « وأنا مع
عجن بن الأدرع ، وفي رواية « وأنا مع جماعتكم ، وفي رواية للطبراني : أنهم
قالوا من كنت معه فقد غلب ، وكذا في رواية ابن إسحاق ،
أما حديث عقبه بن عامر الجهني فقد رواه أحمد وسلم ، وإفظه « سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة . ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي وفيها عنه رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من علم الرمي ثم تركه فليس منا ،
وعنه أيضا عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعا : إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة ، صانعه الذى يختصب فى صنعته الخبير ، والذى يجهز به فى سبيل الله . والذى يرمى به فى سبيل الله . وقال أرموا وأركبوا . فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا . وقال كل شيء يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثا : رميه عن قوسه وتأديبه فرسه ، وملاعبته أهله ، فإنهم من الحق ، وفى إسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال .

وقال فيه ابن حجر فى التقريب : خالد بن زيد أو بن يزيد الجهنى عن عقبة فى الرمي ، مقبول من الثالثة .

قلت : وبقيّة إسناده ثقات ، وقد أخرجه الترمذى وابن ماجه من غير طريقه . وأخرجه أيضا ابن حبان ، وفى رواية أبى داود زيادة : ومن ترك الرمي بعدما علمه فإنها نعمة تركها .

وفى هذه الأحاديث وغيرها مما سياتى فى موضعه دليل على جواز المسابقة ومشروعيتها على جمل وعلى غير جمل ، فإن كان الجمل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق جائزة جاز أو من أحدهما جاز عند الجمهور . وكذا إذا كان معهما ثالث محلل بشرط أن لا يخرج من عنده شيئا ليخرج العقد عن صورة القمار وعلى تفصيل سياتى فى موضعه .

وقد وقع الاتفاق على جواز المسابقة بغير عوض لكن قصرها مالك والشافعى على الخف والحافر والنصل ، وخصه بعض العلماء بالخيل . وأجازته عطاء فى كل شيء .

وقد حكى عن أبى حنيفة أن عقد المسابقة على مال باطل . وحكى عن مالك أيضا أنه لا يجوز أن يكون العوض من غير الامام ، وحكى أيضا عن مالك وابن الصباغ وابن خيران أنه لا يصح بذل المال من جهةها وإن دخل المحال . وروى عن أحمد بن حنبل أنه لا يجوز السبق على الفيلة ، وروى عن أصحابنا أنه يجوز

على الأقدام مع العوض . وقوله « ضمرت » لفظ البخارى التى أضمرت والتي لم
تضمم بسكون الضاد المعجمة والمراد به أن تغلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم
يقلل علفها « بقدر القوت » وتدخل بيتاً وتغشى بالجلال حتى يحمى فتعرق ،
فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجرى ، هكذا فى الفتح والنهاية . وزاد
فى الصحاح أربعين يوماً . وقوله « الحفيا » بفتح فسكون بعد يوم ممدودة وقد
تقصّر . وحكى الحازمي تقديم الياء على الفاء ، وحكى القاضى عياض ضم أوله
وخطأه . وقوله « ثنية الوداع » من منعطفات الجبال قرب المدينة ، وكانوا
يودعون الحاج منها .

وقوله « قعود » بفتح القاف ، وهو ما استحق الركوب من الإبل . وقال
الجوهري : هو البكر حتى يركب ، وأقل ذلك أن يكون ابن سنتين إلى أن يدخل
فى السادسة فيسمى جملاً . وقال الأزهري : لا يقال إلا للذكر ؛ ولا يقال للأثني
قعود ، وإنما يقال لها قلوص . قال وقد حكى الكسائى فى النوادر قعودة للقلوص
وكلام الأكثر على غيره . وقال الخليل بن أحمد : القعودة من الإبل ما يفتعه
الراعى لحل مناعه .

قوله « تسمى العضباء » بفتح العين وسكون الضاد المعجمة ومد . قوله
« وكانت لا تسبق » زاد البخارى : قال حميد : أو لا تنكأ تسبق . شك منه وهو
موصول بإسناد الحديث المذكور كما قاله ابن حجر . وقوله أن لا يرفع شيئاً الخ
فى رواية موسى بن اسماعيل : أن لا يرتفع . وكذلك فى رواية للبخارى ، وفى

(١) يزعم بعض من لم يرزق نعمة التمهيص والتحقى أن الرسول (ص)
دخل المدينة منها فى الهجرة إليها ، وقابله أهلها بقولهم « طلع البدر علينا من ثنيات
الوداع » وهذا غير صحيح لأنه صلى الله عليه وسلم إنما دخلها من ثنية بنى النجار
وهذه فى الجنوب وتلك فى شمال المدينة . وإنما قيات هذه الأشرطة من جارية
نذرت أن تضرب بين يديه فقال لها : إن كنت نذرت فأفعل ، فأخذت تضرب
بالدف بين يديه وهى تغنى بها . هكذا رواها أبو داود وسأقها النووى فى كتاب
النذور من المجموع ، وورد أنها قيلت وهو عائد من غزاة تبوك . ولم يرد أنها
قيلت فى الهجرة من طريق معتبر .

رواية للنسائي « أن لا يرفع شيء نفسه في الدنيا ، ولم أطلع على رواية في طرق الحديث فيه لفظ « القدر ، والله أعلم

فإذا عرف أن السبق والرمى قد ثبتنا بالسنة المستفيضة عرف أيضا أنهما ثبتنا بالإجماع ، والسبق والرمية عنصران فارهان من عناصر مكونات المراء المسلم القوى . وقد بلغ من حرص النبي صلى الله عليه وسلم على أن يهتم أصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصا جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويبحث على حضورها ويقول صلى الله عليه وسلم « احضروا الهدف فإن الملائكة تحضره ، وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة ،

قال الماوردي في الحاوي الكبير : فإذا ثبت جواز السبق والرمى فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد ، ومباح إن قصد به غيره ، لأنه قد يكون حدة للجهاد ويجوز أخذ العوض في المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنده . وحكى عن أبي حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال ، فن متأخري أصحابه من أنكره من مذهبه وجعله موافقا .

وقال مالك : إن أخرج السلطان من بيت المال جاز ، وإن أخرج المتسابقون المتناضلون لم يجز ، استدلالا بأمرين (أحدهما) أنه أخذ عوض على لعب فأشبهه أخذه على اللهو والصراع (والثاني) أنه أخذ مال على غير بدل فأشبهه القمار .

ودليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل . فلما استثناه في الإباحة دل على اختصاصه بالعوض ، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض ، اه
وقول المصنف : لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه الخ . يؤخذ على المصنف فيه أمور :

(أحدها) أنه ساق الحديث بقوله روى بصيغة التريض ، والحديث رواه أحمد في مسنده والدارمي في سننه والدارقطني والبيهقي ، ولفظ أحمد بإسناده إلى أنس وقيل له « أكنتم تراهنون على عهد رسول الله (ص) ؟ أكان رسول الله

صلى الله عليه وسلم يراهن؟ قال: نعم والله لقد راهن على فرس يقال له: سبعة فسبق الناس فيهمش (١) لذلك وأعجبه، ورواية الدارمي والدارقطني والبيهقي عن أبي ليبيد قال: أتينا أنس بن مالك وأخرج نحوه البيهقي من طريق سليمان بن حزم عن حماد بن زيد أو سعيد بن زيد عن واصل مولى أبي عتبة قال حدثني موسى بن عبيد قال كنا في الحجر بعد ما صلينا الغداة فلما أسفرونا إذا فينا عبد الله بن عمر فجعل يستقر بنا رجلا رجلا ويقول: صليت يا فلان حتى قال: أين صليت يا أبا عبيد؟ فقلت: ههنا، فقال: بخ، ما يعلم صلاة أفضل عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة، فسألوه: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: نعم، لقد راهن على فرس يقال لها سبعة فجاءت سابقة، ثانيها: أنه قال سئل عثمان ورواية أحمد السؤال كان موجهها إلى أنس.

ورواية الدارمي والدارقطني والبيهقي من حديث أبي ليبيد قال: أتينا أنس بن مالك، وأخرج نحوه البيهقي من طريق سليمان بن حزم التي أوردناها من صلة مسندة إلى ابن عمر وليس في شيء منها سئل عثمان رضى الله عنه.

ثالثها. رواية بعض ألفاظ الخبر بالمعنى كقولهم: فهش لذلك بمخف الباء، وقد تكون هذه الأخيرة من أخطاء النساخ أو الطبايعين. أما بعد

فإذا صح جواز السبق بعوض وغير عوض فهو بغير عوض من العقود الجائزة دون اللازمة، وإن كان معقوداً على عوض ففي لزومه قولان، (أحدهما) أنه من العقود اللازمة كالإجارة، ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه إلا عن تراض منهما بقسمته، ولا يدخله خيار الثلاث، وفي دخول خيار المجلس فيه وجهان كالإجارة، فإن شرعا في السبق والرمى سقط خيار المجلس فيه لأن الشروع في العمل رضى بالامضاء.

(والقول الثاني) أنه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجمالة، وبه قال أبو حنيفة، ويكون كل واحد من المتسابقين قبل الشروع في السبق وبعد الشروع فيه بالخيار ما لم يستقر السبق وينبرم، فإن شرط فيه اللزوم بطل.

(١) همش بالباء الموحدة والثمين المعجمة أى هش وفرح.

فإن قيل يلزومه على القول الأول فدليله شيثان .
(أحدهما) أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوض ،
فوجب أن يكون لازماً كالأجارة طرداً والجمالة عكساً ،

(والثاني) أن ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعاً منه في العقد ،
وبقاء خياره فيه مفضى إلى إبطال المقصود به ، لأنه إذا توجه السبق على أحدهما
وفسخ لم يتوصل إلى سبق ولم يستحق فيه عوض ، والعقد موضوع لاستقراره
واستحقاقه فنافاه الخيار وضاهاه اللزوم .

فإن قيل بجوازه على القول الثاني فدليله شيثان أحدهما أن ما صح من عقود
المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من العقود
الجازية دون اللازمة كالأعمال طرداً ، لأنه لا يثق بالغبلة في السبق والرمي كما لا يثق
بوجود الضالة في الجماله ، وعكسه الأجارة ، متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح
العقد ، والثاني أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً
ولا يكون لازماً وحاصل ذلك أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو فريقين لم تخل
إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما ، فإن كان من غيرهما نظرت ، فإن كان
من الإمام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال ، لأن في ذلك مصاحبة وحناناً
على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين ، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ،
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الإمام ، لأن هذا مما يحتاج إليه
للجهاد ، فاخص به الإمام كتولية الولايات وتأمير الأمراء

ولصحة العقد على السبق بالأعواض خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتكافؤان به وجمان : أحدهما :
وهو الظاهر من مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه ، أن التكافؤ بالتجانس
فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق
ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الاجناس

معلوم ، وأنه لا يجرى البغل في شوط الفرس على ما سيأتى قريباً . والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالتجانس .

(والشرط الثاني) الاستباق عليها مركوبة لتنتهي إلى غايتها بتدبير راکبها فان شرط إرسـالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالارسال ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية ، وإنما لا تتنافر في طيرانها .

(والشرط الثالث) أن تكون الغاية معلومة لأنها مستحقة في عقد معاوضه فان وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يجز لأمرين ، أحدهما : جهالة الغاية . والثاني : لأنه يفرض ذلك لأجرائهما حتى يعطبا ويتلفا . (والشرط الرابع) أن تكون الغاية التي يمتد إليها شوطهما يمتثلها الفرسان ولا يتقطعان فيها ، فان طال عن انتهاء الفرسين إليها الا عن انقطاع وعطب بطل العقد لتحریم ما أفضى إلى ذلك .

(والشرط الخامس) أن يكون العوض فيه معلوماً كالأجور والأثمان ، فان أخرجه غير المتسابقين جاز أن يتساويا فيه ويتفاضلا ، لأن البازل للسبق مخير بين القليل والكثير ؛ فجـاز أن يكون مخير بين التساوي في التفضيل ، ويجوز أن يتماثل جنس العوضين وان لم يختلف .

قال الشافعي رضي الله عنه : والاسباق ثلاثة سبق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعاً به ، وذلك مثل أن يسبق بين الخيل من غايه الى غايه فيجعل للسابق شيئاً معلوماً وان شاء جعل للمصلى ، والثالث والرابع والذي يليه بفدر ما رأى ، فما جعل لهم كان على ما جعل لهم ، وكان مأجوراً عليه أن يؤدي فيه وحلالاً لمن أخذه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز المسابقة على الخيل والابل بعوض ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص) قال ولا سبق الا فى نصل أو خف أو حافر ، ولان

الحيل تقاتل عليها العرب والعجم والإبل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعرض
واختلف قوله في البغل والحمار ، فقال في أحد القولين تجوز المسابقة عليهما بعروض
لحديث أبي هريرة : ولأنه ذو حافر أهلي فجازت المسابقة عليهما بعروض كالحيل
(والثاني) لا تجوز لأنه لا يصلح للسكر والفر ، فأشبهه البيهقي

واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل بعروض ، فمنهم من قال : لا تجوز ،
لأنه لا يصلح للسكر والفر . ومنهم من قال : تجوز لحديث أبي هريرة ، ولأنه
ذو خف يقاتل عليه فأشبهه الإبل .

واختلفوا في المسابقة على الحمام ، فمنهم من قال لا تجوز المسابقة عليها بعروض
وهو المنصوص لحديث أبي هريرة ، ولأنه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة
عليه بعروض ، ومنهم من قال تجوز لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار
فجازت المسابقة عليه بعروض كالحيل .

واختلفوا في سفن الحرب كالزبازب والشدوات ، فمنهم من قال تجوز ، وهو
قول أبي العباس ؛ لأنها في قتال الماء كالحيل في قتال الأرض ، ومنهم من قال
لا تجوز ، لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها

واختلفوا في المسابقة على الأقدام بعروض ؛ فمنهم من قال تجوز لأن الأقدام
في قتال الرجال كالحيل في قتال الفرسان ، ومنهم من قال لا تجوز ، وهو
المنصوص لحديث أبي هريرة ، ولأن المسابقة بعروض أجزت ليتعلم بها ما يستعان
به في الجهاد ، والمشى بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم

واختلفوا في الصراع ، فمنهم من قال يجوز بعروض ، لما روى أن النبي (ص)
صارع يزيد بن ركانه على شاه فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، فأسلم
ورد عليه الغنم .

ومنهم من قال : لا يجوز . وهو المنصوص لحديث أبي هريرة ، ولأنه ليس
من آلات القتال .

وحديث يزيد بن ركانه محمول على أنه فعل ذلك ليسلم . ولأنه لما أسلم رد
عليه ما أخذ منه .

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، ولم يذكر فيه ابن ماجه: أو نضل، وأخرجه أيضا الشافعي والحاكم من طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد، وحسنه الترمذي وأعله يحيى بن سعيد القطان بالوقف، ورواه الطبراني وأبو الشيخ من حديث ابن عباس. وأما حديث يزيد بن ركانة فقد رواه أبو داود بلفظه عن محمد بن علي بن ركانة أن ركانة صارع النبي (ص) فصرعه النبي (ص)، وفي إسناده أبو الحسن العسقلاني وهو مجهول. وأخرجه أيضا الترمذي من حديث العسقلاني أيضا عن أبي جعفر محمد بن ركانة وقال: غريب وليس إسناده بالقائم.

وروى أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير قال: كان رسول الله (ص) بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه عير له فقال له: يا محمد هل لك أن تصارعني؟ فقال ما تسميني - أي ما تجعله لي من السبتي - قال: شاة من غنمي، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة، فقال ركانة: هل لك في العود؟ ففعل ذلك مراراً، فقال يا محمد ما وضع جنبي أحد إلى الأرض، وما أنت بالذي تصرعني فأسلم ورد النبي صلى الله عليه وسلم عليه فغمه.

قال الحافظ بن حجر: إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة، قال البيهقي وروى موصولاً.

وفي كتاب السبقي لأبي الشيخ من رواية عبيد الله بن يزيد المصري عن حماد عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مطولاً. ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث أبي أمامة مطولاً، وإسنادهما ضعيف.

وروى عبد الرزاق عن معمر بن يزيد بن أبي زياد، وأحسبه عن عبيد الله ابن الحارث قال: صارع النبي صلى الله عليه وسلم أبا ركانة في الجاهلية وكان شديداً، فقال شاة بشاة، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عاودني في لخرى، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عاودني، فصرعه صلى الله عليه وسلم الثالثة، فقال أبو ركانة: ماذا أقول لأهلي؟ شاة أكلها ذئب! وشاة نشرت فما أقول في الثالثة؟ فقال النبي (ص): ما كنا أنجمع عليك أن نصرعك فنفرمك خذ غمك، هكذا وقع فيه: أبو ركانة والصواب ركانة.

أما ألفاظ الفصل فقوله : لا سبق هو بفتح الباء . المال الذي يسابق عليه ، والنصل هو السهم ، والخنف الإبل ، والحافر للفرس والبغل والحمار ، الظلف لسائر البهائم ؛ والمخلب للطير ، وقوله كالزبازب جمع زبذب نوع من السفن منها الصغير والكبير والأول مربع خفيف ، وكذلك الشذوات وكلا اللفظين أعجمي . أما الأحكام فقد فسر الشافعي رضي الله عنه حديث أبي هريرة بقوله : والخنف الإبل والحافر الخيل والنصل كل سهم أو ما يشابهه . وقل في موضع أن الحافر الخيل والبغال والخمير لأنها تركب للجهاد كالإبل ويلقى عليها العدو كالحيل وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حرب هو أزن على بغلته الشهباء فصار في الحافر قولان .

فأما النصل فالمراد به السهم المرمى به عن قوس ، وإن كان النصل اسماً لحديدة السهم فالمراد بجميع السهم ، فهذه الثلاثة هي التي نص عليها النبي صلى الله عليه وسلم في جواز السبق بها ، فاختلف قول الشافعي فيها فقال : يحتمل معنيين . أحدهما أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله ، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها ؛ ويكون السبق مقصوراً على التي تضمنها الخبر وهي الخنف ، والخنف الإبل وحدها والحافر وفيه قولان . (أحدهما) الخيل وحدها (والثاني) الخيل والبغال والخمير ، والنصل وهو السهم ويكون السبق بما عداها محظوراً .

والقول الثاني في المعنيين أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانها وليس بمستثنى ، وإن خرج مخرج الاستثناء لأن المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان في معناها كما قيس على الستة في الرابما وافق معناها ، وعليه يكون التفريع ، فيقاس على الخنف السبق بالقبيلة لأنها ذوات أخفاف كالإبل ، وهي في ملافة العدو أنسكى من الإبل . وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطائرات البحرية التي أطلقوا عليها الزبازب والشذوات أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لأنها مدة لجهاد العدو في البحر وحمل ثقله كالابل في البر .

(والوجه الثاني) لا يجوز السبق عليها لان سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها ، فأما السبق بالزواريق الكبار والمراكب الثقال التي لم تجر العادة في لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معاً هكذا أفاده الماوردي في الحاوي ، فأما كون الحافر بالحيل والبعال والحير نصاً في أحد القولين لا نقلاً من اسم الحافر عليها وقياساً في القول الثاني لأنها ذوات حوافر كالحيل وفي معناها ، واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالاقدام أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وبه قال أبو حنيفة : تجوز المسابقة بالاقدام بعوض وبغير عوض لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو وعائشة على أقدامهما ، ولان السعى من قتال الرجال بالحيل في قتال الفرسان .

والوجه الثاني وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن المسابقة بالاقدام لا تجوز مطلقاً عند الماوردي في الحاوي ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لانه سبق على فعلها من غير آلة فأشبهه الظفرة والوثبة ، ولان السبق على ما يستفاد بالتعليم ليسكون باعثاً على معاطاته ، والسعى لا يستفاد بالتعليم ، وقيد المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض .

قال الماوردي : فعلى هذا ان قيل : ان المسابقة بالاقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز : وان قيل بجوازها على الاقدام ففي جوازها بالسباحة وجهان (أحدهما) تجوز كالاقدام لان أحدهما على الارض والآخر في الماء .
(والوجه الثاني) أنها لا تجوز بالسباحة وان جازت بالاقدام لان الماء مؤثر في السباحة والارض غير مؤثرة في السعى أه . وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحة وكونها علماً ومهارة ولها قواعد لا تتأتى الا بالتعلم والتربس مع لياقة البدن وقوته حتى تتكون المهارة والتفوق والسبق .

وقد تطورت أسباب الاعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشرية الذين يفرصون في أعماق البحار ليدمروا السفن الحربية وقلاع الثغور ، وهي أنسكى

على الأعداء من ركوب الخيل والحير . ولولا مهارة عساكر الإسلام وجند القرآن في علوم البحار وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابة أن يقتصرُوا على الروم في معركة ذات الصواري في الاسكندرية ولا طرقوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الأسطول لولده يزيد .

وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلاف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضاً وهي في زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية ، ولكل نوع منها أسلوبه في صرع الخصم ، وهي تهدف جميعاً إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعا يبسده يعجز معه عن المقاومة .

وقد اختلف أصحابنا في السبق بالصراع على وجهين :

(أحدهما) وهو مذهب أبي حنيفة أنه جائز لما روى عن النبي (ص) أنه خرج إلى الأبطح في قصة يزيد بن ركانة ، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهي روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنهض للاحتجاج .

والوجه الثاني وهو ظاهر مذهب الشافعي ، والمنصوص عنه أنه لا يجوز ، فالسبق على المشابكة بالأيدي لا تجوز . وإن قيل بجوازه في الصراع ففي جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة .

ومنها اختلاف أصحابنا في السبق بالحمام وجهان ، وهو نوع من الحمام الذكي الصبور الذي يعبر البحار ويقطع الفيافي والقفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الأخبار والكتب ، وكان لأمراء الإسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمام فيفضون كتبها بأنفسهم ، فمن جيش يطاب النجدة إلى قائد يعلن هزيمة عدوه ؛ فكان لهذا الحمام أثره وفعله ، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الإشارة ، فالوجه الأول يجوز لأنها تؤدي أخبار المجاهدين بسرعة . والوجه الثاني : لا يجوز لأنها لا تؤثر في جهاد العدو . وأما السبق بتطاح الكباش ونقار الديكة ، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم في عدم جوازه . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبيل ، وكل ما له نصل يرمى به كالحراب والرانات لحديث أبي هريرة ، ولأنه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فجاز أخذ العوض عليه ، ويجوز على رمي الأحجار عن المقلاع ، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب . وأما الرمح والسيف والعمود فقيه وجهان : أحدهما تجوز المسابقة عليها بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبهه النشاب ، والثاني لا تجوز لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب ، والمسابقة بهذه الآلات محاربه لا مسابقة ، فلم تجز . لسبق على أن يرمى بعضهم بعضها بالسهم .

(فصل) وأما كرة الصولجان ومداحة الأحجار ورفعها من الأرض ، والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب ، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض ، لأنه لا يعد للحرب ، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل .

(فصل) وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تجوز إلا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين ، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم ، وأنه لا يجرى البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر :

إن المذرع لا تغني خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاذير
ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين ، لأن العتيق في أول شوطه أحد وفي آخره ألين ، والهجين في أول شوطه ألين وفي آخره أحد . فربما صارا عند الغاية متكافئين . ومنهم من قال : وهو قول أبي إسحاق أنه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق ، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز ، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقا والآخر مسبوقا ، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبخق والنجيب لم يجز ، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجرى في شوط الآخر . قال الشاعر :

إن البراذين إذا أجرتهما مع العتاق ساعة أعنيتهما : فلا معنى للعقد عليه

(فصل) ولا تجوز إلا على مركوبين معينين لأن القصد معرفة جوهرهما ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين .

(الشرح) السلاح نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق اليد ، فكل سلاح يفارق يد صاحبه كالسهام والحراب ومقاليع الاحجار وقسي البندق ورمصاه فهو جائز بالاتفاق ، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة فقد اختلف اصحابنا فيها على وجهين .

أحدهما : يجوز كالمفارق ليده ، لان جهاد العدو بها .
والوجه الثاني : لا يجوز ، لانه يكون بذلك محارباً لا مسابقاً ، فأما السبق بالمداحي وأكورة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره ، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحي وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فن وقع حجره فيها فقد قرر وبين الدحو بالحجر الثقيل أو رفعه من الأرض لاختبار القوة والارتياض بها - وهو فى رياضة حمل الاثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين .

(فرع) عرفت فيما أسلفنا فى الفصل قبله أن لصحة السبق على الاعراض المبدولة خمسة شروط .

أحدهما : التكافؤ فيما يسبقان عليه وفيما يتكافآن به وجمان ، أحدهما : وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الاصحاب أن التكافؤ بالتجانس ، فيسابق بين فرسين أو بغالين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر فى البيت الذى ساقه المصنف والمذرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق :

إذا باهلى عنده حظايه له ولد منها فذاك المذرع

وإنما سمي البغل مذرعا بالعلامتين المستديرتين السوداوين فى ذراعيه الاماميتين ورثهما من الحمار ؛ والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار ، والعتيق عربى الايوين ، والهجين عربى الاب أعجمى الام ، والبختى إبل بطيئة العدو ، والنجيب الحسن الخاق السريع وانجبهته استخلصته ، ولكن يجوز السبق بين عتاق الخيل

وهما لهما لأن جميعهما جنس ، والعتيق في أول الشروط أحد من الهجين ، والهجين في أول الشروط ألين وفي آخره أحد فر بما صار عند الغاية متكافئين ، وهذا وجه (والثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي : أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالتجانس ، وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقيين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقة ، فإن جاوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما ، وإن علم يقيناً أن أحدهما يسبق الآخر عند الاختبار لم يجوز السبق بينهما ، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين ، أو بين بعيرين عربي وبختي لم يجوز السبق بينهما ، وكذلك لو اتفق الفرسان في الجنس ، واختلفا في القوة والضعف فيمنع من الاستباق بينهما وهما من جنس واحد ، ويجوز بينهما وهما من جنسين مختلفين اعتباراً بالجواهر دون التجانس .

والشرط الثاني من الشروط الخمسة : الاستباق عليها مركوبة لتنتهي إلى غايتها بتدبير راجعها ، فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجوز ، وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالإرسال ، ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور — إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية وأنها لا تتنافر في طيرانها ؛ وبقيّة الشروط مضى ذكرها إجمالاً ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع وبالم بضم منها من ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق ، ولائهما إذا تسابقا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطبا ، ولا يجوز أن يكون إجراءه إلا بتدبير الراكب لانهما إذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية ، وإن تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له ، فقد قال أبو علي الطبري في الإفصاح : يجوز ذلك عندي لانهما يتحاطان ما تساويا فيه ، وينفرد

أحدهما بالقدر الذي شرطه ، فجاز كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا
 ما تساويا فيه ، ويفضل لأحدهما عدد . قال أبو علي الطبري : ورأيت من أصحابنا
 من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً .

(فصل) وإن كان المخرج للسبق هو السلطان أو رجل من الرعية لم يخل
 إما أن يجعله للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم ، فإن جعله للسابق بأن قال : من
 سبق منكم فله عشرة جاز ؛ لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ
 السبق فيحصل المقصود ؛ فإن سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق ، وإن
 سبق إثنان أو ثلاثة وجاءوا مكاناً واحداً اشتركوا في العشرة لأنهم اشتركوا في
 السبق ، فإن جاءوا كلهم مكاناً واحداً لم يستحق واحد منهم لأنه لم يسبق منهم
 أحد ، وإن جعله لبعضهم بأن جعله للرجلي والمصلي ولم يجعل للباقي جاز ، لأن
 كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلي أو المصلي ليأخذ السبق فيحصل المقصود
 وإن جعله لجميعهم نظرت ، فإن سوى بينهم بأن قال : من جاء منكم إلى الغابة فله
 عشرة لم يصح ، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم
 الفروسية ، فإذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو
 تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود

وإن شرط للجميع وفاضل بينهم بأن قال للرجلي وهو الأول مائة ، وللصلي
 وهو الثاني خمسون ، وللثاني وهو الثالث أربعون ؛ وللبارع وهو الرابع ثلاثون
 وللبرتاح وهو الخامس عشرون ، وللحظي وهو السادس خمسة عشر ، وللعاطف
 وهو السابع عشرة ، وللرمل وهو الثامن ثمانية ، وللظيم وهو التاسع خمسة .
 وللسكيت وهو العاشر درهم ، وللفسكل وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم
 ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الاكثر (والثاني)
 لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد
 في المسابقة ، وإن جعل للأول عشرة وللثالث خمسة وللرابع أربعة ولم يجعل
 للثاني شيئاً ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويقوم الثالث مقام الثاني . والرابع مقام
 الثالث ، لأن الثاني يخرج من السبق يجعل كأن لم يكن (والثاني) أنه يبطل ،
 لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما .

(الشرح) حديث ابن عمر رضي تخريجه في أول هذه الفصول وشرحنا غريبه وطرقه . أما الأحكام فإنه يشترط في المسابقة بالحيران تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوها وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقتهما ، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما في الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه . وقد يكون عكس ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاله أو أحواله . ومن الخيل ما هو أصبر والقارح أصبر من غيره .

وقد روى أبو داود في سننه عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل وفضل القسريح في الغاية ، وسبق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع ، وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التي لم تضم من الثنية إلى مسجد بنى زريق ، وذلك ميل أو نحوه .

فإن استنبقاً بغير غايته لينظرا أيهما يقف أولاً لم يجز ، لأنه يؤدي إلى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الإشهاد على السبق فيه .

ويشترط في المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يجز هذا في المسابقة بدوئها لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعدهما بينهما ، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما ، وعند الغاية من يضبط السباق منهما لئلا يختلفا في ذلك .

وقول الشافعي : الإسباق جمع سبق - بفتح الباء - وهو العوض المخرج في المسابقة - وهو بإسكان الباء - مصدر سبق من المسابقة

أما السبق الأول الذي يراه الشافعي ، وهو الذي يخرج غير المتسابقين فيجوز ، سواء أخرجهم الإمام من بيت المال أو أخرجهم غير الإمام من ماله . وكلام مالك من عدم جواز تغيير الإمام قاسد من وجهين (أحدهما) أن ما فيه مهونه على الجهاد جاز أن يفعله غير الأئمة كارتباط الخيل وإعداد الملاح .

(والثاني) أن ما جاز أن يخرجهم الإمام من بيت مال المسلمين جاز أن يتطوع به كل واحد من المسلمين كبناء المساجد والقناطر

فأصح جوازه جاز أن يختص به السابق و - ده دون غيره ، كقول الباذل

إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسابق منكم عشرة وهذا جائز ، فأبهم جاء سابقاً لجماعتهم استحق العشرة كلها ولا شيء لمن بعده ، وإن كانوا متفاضلين ، في السبق ، فلو سبق اثنان من الجماعة فجاءا معاً وتأخر الباقيون اشترك الاثنان في العشرة لتساويهما في السبق فاستويا في الأخذ ، ولو سبق خمسة اشتركوا في الأخذ كذلك . ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشتركوا في العشرة دون المتأخر منهم ، ولو جاءوا جميعاً غرضاً واحداً لم يتأخر عنهم واحد منهم فلا شيء لهم لأنه ليس فيهم سابق ولا مسبوق .

والقسم الثاني : أن يبذله لجماعة منهم ولا يبذله لجميعهم ، كأن بذل الأول عوضاً والثاني عوضاً ولكل واحد منهم في اللغة اسم إذا تقدم على غيره خاص . فيقال للسابق الأول المجلي والثاني المصلي والثالث التالي والرابع البارخ والخامس المرتاح والسادس الحظي والسابع العاطف والثامن المؤمل والتاسع اللطيم والعاشر السكيت ، وليس لما بعد العاشر اسم ، إلا الذي يجيء آخر الخيل كلها ، ويقال له الفسكل .

قال الجاحظ : كانت العرب تعد السوابق ثمانية ولا تجعل لما جاوزها حظاً ، فأولها السابق ثم المصلي ثم المقفي ثم التالي ثم العاطف ثم المذمر ثم البارخ ثم اللطيم . قال الثعالبي : وكانت العرب تلتطم الآخر إن كان له حظ .

وقال أبو عكرمة : أخبرنا ابن قادم عن الفراء أنه ذكر في السوابق عشرة أسماء لم يحكمها أحد غيره وهي : السابق ثم المصلي ثم المسلمي ثم التالي ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظي ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت .

وقد جاء في الحاوي الكبير للباوردي هذه الأسماء التي ذكرها المصنف مع جعل المؤمل بدل المرمل ، وهو ما يوافق رواية الفراء هنا ، فإذا بذل لبعض دون بعض فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يفاضل بين السابق والمسبوق فيجعل الأول الذي هو المجلي — وقد اشتق اسمه من الجلاء — قال ابن بطال : قال المطرزي : يحتمل أن يكون من جلاء المهموم — عشرة ، ويجعل للثاني الذي هو المصلي — لأن جفلة على صلي السابق وهي منخره ؛ والصلوان عظامان عن يمين الذنب وشماله — تسعة ،

والثالث الذي هو التالي - أى التابع - خمسة والرابع الذي هو البارح - أى الفائق كما يقال لمن فاق أصحابه في العلم: بارح - أربعة ، والخامس الذي هو المراتح - من راح يراح راحة إذا خلا أو إذا نشط وجف - ثلاثة ، فإن هذا جائز لأنه قد منع المسبوقين وفاضل بين السابقين فحصل التحريض في طاب التفاضل وخشية المنع ويتفرع على هذا أن يجعل للسابق عشرة ، والمصلي خمسة ولا يجعل لمن بعدهم شيئاً فيكون السابق أو المجلي خمسة والمصلي واحداً الخمسة السابقين بالعشرة لكل واحد درهمان ويتفرد المصلي بالخمسة وإن صار بها أفضل من السابقين لأنه أخذ الزيادة لتفرده بدرجته ، ولم يأخذها لتفضيل أصل درجته ، وقد كان يجوز أن يشاركه غيره في درجته فيقبل سهمه عن سهم من بعده .

ثم على هذا القياس إذا جعل للثاني شيئاً ثالثاً فحصل في كل درجة انفراد أو اشتراك وجب أن يختص المنفرد بسبق درجته ، وبشترك المشترك بسبق درجاتهم .

والضرب الثاني : أن يستوى فيهم بين سابق ومسبوق ، كأنه جعل للسابق عشرة والمصلي عشرة وفاضل بين بقية الخمسة . وهذا جائز لأن مقتضى التحريض أن يفاضل بين السابق والمسبوق ، فإذا تساوا فيه بطل مقتضاه فلم يجز ، وكان السبق في حق المصلي الذي سوى بينه وبين سابقه باطلاً ، ولم يبطل في حق الأول بطلانه في حق من عداه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الذي يبطل السبق في حقه هل يستحق على البازل أجره مثله أم لا ؟ على وجهين

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا أجره له على البازل ، لأن منعه عائد عليه لا على البازل . فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده باطلاً لأنه يجوز أن يفضلوا به على من سبقهم .

والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري أن له على البازل أجره مثله لأن من استحق المسمى في العقد الصحيح استحق أجره المثل في العقد الفاسد اعتباراً بكل واحد من عقدي الاجارة والجماعة .

فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده صحيحا ، وليكل واحد منهم ما سمي له ، وإن كان أكثر من أجرة من بطل السبق في حقه ، لأنه لا يجوز أن يفضلوا عليه إذا كان مستحقا بالعقد . وهذا مستحق بغيره

ويتفرع على هذا إذا جعل للأول عشرة ولم يجعل للثاني شيئا ، وجعل للثالث خمسة وللرابع ثلاثة ولم يجعل بعدهم شيئا ، فالثاني خارج من السبق لخروجه من البذل . وفي قيام من بعده مقامه وجهان :

(أحدهما) يقوم الثالث مقام الثاني ، ويقوم الرابع مقام الثالث لأنه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه ، فعلى هذا يصح السبق فيها بالمسمى لهما بعد الأول .

والوجه الثاني : أنهم يترقبون على التسمية ولا يكون خروج الثاني منهم بالحكم مخرجا له من البذل . فعلى هذا يكون السبق فيهما باطلا لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون لهما أجرة مثلهما أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين :
والقسم الثالث : أن يبذل العوض لجماعتهم ولا يخلى آخرهم من عوض فينظر فإن سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلا . وكان الحكم فيه على ما قدمنا وإن لم يساو بين السابق والمسبوق ، وفضل كل سابق على كل مسبوق حتى يجعل متأخرهم أقلهم سهما في السبق وجهان :

(أحدهما) أنه جائز اعتباراً بالتفاضل في السبق ، فعلى هذا يأخذ كل واحد منهم ما سمي له .

والوجه الثاني : أن السبق باطل لأنهم قد تكافأوا في الاخذ وإن تفاضلوا فيه ، فعلى هذا هل يكون باطلا في حق الآخر وحده؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه باطل في حقه وحده لأن بالتسمية له فسد السبق

والوجه الثاني : أن يكون باطلا في حقوق جماعتهم ؛ لأن أول العقد مرتبط بآخره ، وهل يستحق كل واحد منهم أجرة مثله أم لا ؟ على الوجهين المذكورين فهذا حكم السبق الأول .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان كان المخرج للسبق هما المتسابقان نظرت ، فان كان معهما محال وهو ثالث على فرس كفاء لفرسيهما صح العقد ؛ وان لم يكن معهما محال فالعقد باطل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ، ولأن مع المحلل لا يكون قاراً ، لان فيهم من يأخذ إذا سبق ولا يعطى إذا سبق وهو المحلل ، ومع عدم المحلل ليس فيهم الا من يأخذ إذا سبق ، ويعطى اذا سبق ، وذلك قار . وان كان المحلل اثنين أو أكثر جاز ، لان ذلك أبعد من القمار ، وان كانت المسابقة بين حزين كان حكمهما في المحلل حكم الرجاءين ، لان القصد من دخول المحلل الخروج من القمار ، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلته العدد وكثرته .

واختلف أصحابنا في دخول المحلل فذهب أكثرهم الى أن دخول المحلل لتحليل السبق اكل من سبق منهم ، وذهب أبو علي بن خبيران الى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه وأن يأخذ اذا سبق ، ولا يأخذان اذا سبقا ، لانا لو قلنا : انهما اذا سبقا أخذوا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطى مرة ، وهذا قار ، والمذهب الاول لانا بينما أن بدخول المحلل خرجا من القمار ؛ لان في القمار ليس فيهم الا من يعطى مرة ويأخذ مرة ، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطى فلم يكن قاراً ؛ فإن تسابقوا نظرت ، فان انتهوا الى الغاية معاً أحرز كل واحد منهما سبقه لانه لم يسبقه أحد ، ولم يكن للمحلل شيء لانه لم يسبق واحداً منهما ، وان سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه لانهما تساويا في السبق ولا شيء للمحلل لانه مسبوش ، وان سبقهما المحلل أخذ سبقهما لانه سبقهما ؛ وان سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الاخر أحرز السابق سبق نفسه .

وفى سبق المسبوق وجهان المذهب أنه للسابق المخرج لانه انفرد بالسبق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لانه لا يستحقه السابق المخرج

على قوله ولا يستحقه المحلل لانه لم يسبق ، وان سبق المحلل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه ، وفي سبق المسبوق وجهان المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل ، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق ، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني ، ثم جاء المحلل ففيه وجهان المذهب أن سبق المسبوق للسابق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فيبقى على ملك صاحبه .

(فصل) وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل لان فيهم من يأخذ ولا يعطى وهو الذى لم يخرج فصار كما لو كان سبق منهما وبينهما محلل ، فان تسابقا فسبق المخرج أحرز السابق ، وان سبق الاخر أخذ سبقه وان جاء معا أحرز المخرج السابق لانه لم يسبقه الاخر .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأخرجه أيضا الحاكم وصححه والبيهقي ورواه ابن حبان بإسناده وصححه .
وقال الطبراني فى الصغير : تفرد به سعيد بن يسير عن قتادة عن سعيد بن المسيب وتفرد به عنه الوليد وتفرد به عنه هشام بن خالد ، ورواه أيضا أبو داود عن محمود بن خالد عن الوليد لكنه أبدل قتادة بالزهرى ، ورواه أبو داود وغيره عن تقدم من طريق سفیان بن حسين عن الزهرى وسفيان ضعيف فى الزهرى ، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهرى عن رجال من أهل العلم ، كذا قال أبو داود وقال : هذا أصح عندنا .

وقال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفا على سعيد بن المسيب ، فقد رواه يحيى بن سعيد عنه وهو كذلك فى الموطأ عن سعيد من قوله ، وقال ابن أبى خيثمة : سألت ابن معين فقال : هذا باطل ، وضرب على أبى هريرة .
وحكى أبو نعيم فى الحلية أنه من حديث الوليد عن سعيد بن عبد العزيز .

قل الدارقطنى : والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبرانى والحاكم ، وحكى الدارقطنى فى العلل أن عبيد بن شريك رواه عن هشام بن عمار عن الوليد عن سعيد عن الزهرى .

قال الحافظ : وقد رواه عبدان عن هشام ، أخرجه ابن عدى مثل ما قال عبيد وقال : إنه غلط قال : فتبين بهذا أن الغلط فيه من هشام ، وذلك أنه تغير حفظه أما الأحكام : فقد قال الشافعى رضى الله عنه والسبق الثانى من الأساق أن يجمع شيئين وذلك مثل الرجلين يريدان أن يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل منهما أن يسبق صاحبه ويخرجان سبقتين ، ولا يجوز إلا بمحمل ، وهو أن يجعل بينهما فرس ولا يجوز حتى يكون كفواً لفرسيهما لا يأمنان أن يسبقهما .

قلت : هذا هو السبق الثانى وهو أن يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما ، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محملاً لا يخرج شيئاً ، وبأخذ ان سبق ولا يعطى ان سبق لنص ومعنى .

أما النص فهو حديث أبى هريرة الذى مضى تخريجه . وأما المعنى فهو أن اباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار هو الذى لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانماً أن أخذ أو غارماً أن أعطى فإذا لم يدخل بينهما محمل كانت هذه بحالها فكان قاراً ، وإذا دخل بينهما محمل غير مخرج يأخذ ان سبق ولا يعطى ان سبق خرج عن معنى القمار فحل ، وهذا الداخل يسمى محملاً ، لأن العقد صح به فصار حلالاً ويسميه أهل السبق ميسراً ، ويصح العقد به بأربعة شروط .

أحدها : أن يكون فرسه كفواً لفرسيهما أو أكفاً منهما لا يأمنان أن يسبقهما فإن كان فرسه أدون من فرسيهما وهما يأمنان أن يسبقهما لنصر الحديث ، ولأن دخوله مع العلم بأنه لا يسبق غير مؤثر من أخذ السبق .

والشرط الثانى : أن يكون المحمل غير مخرج ائشى . وإن قل ، فإن أخرج شيئاً خرج من حكم المحمل وصار فى حكم المستبق .

والشرط الثالث : أن يأخذ ان سبق ، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح .
والشرط الرابع : أن يكون فرسه معيناً عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين

فرسمى المستبقيين ، وإن كان غير معين بطل ، فإذا صح العقد بالمحمل على استكمال شروطه فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن المحمل دخل ليحل العقد ، ويحل العقد الآخر فيما أخذ إن سبق ويؤخذ به إن سبق .

وقال أبو علي بن خيران : إن المحمل دخل للمحمل للعقد ويأخذ ولا يؤخذ به وهذا خطأ لأن التحريض المقصود باستفراهِ الخيل ومعاطاة القروسية غير موجود إذ لم يؤخذ بالسبق شيء فيصير مانعاً من السبق ، وإذا أخذ به صار باعثاً عليه وحافزاً له ، وهذا يتضح في التفريعات الآتية ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وبطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد لما روى الحسن أو خلاص عن علي كرم الله وجهه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي : يا علي قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسرقة ابن مالك فقال : يا سرقة إني قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنق من هذه السبقة في عنقك ، فإذا أتيت الميطان فصف الخيل ثم ناد ثلاثاً هل مصلح للجام أو حامل لغلّام أو طارح لجل ، فإذا لم يجيبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلبها عند الثالثة يسمعه الله بسمعه من يشاء من خلقه ، فإن كان بينهما محل وتنازعا في مكانه جعل بينهما ، لأنه عدل وأقطع للتناظر

وإن اختلف المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ولا يجلب وراه ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا ، قال مالك : الجلب أن يجلب وراه الفرس حين يدنو أو يحرك وراه الشين . ليستحدث به السبق .

(فصل) وأما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط في السبق أقداما معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعاقب الاستحقاق به وإن أطلق نظرت فان تساوى المركوبان في طول العنق اعتبر السبق بالعنق أو بالكند ، فان سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكند أو ببعضه فقد سبق ، وإن اختلفا في العنق

اعتبر السبق بالكند لأنه لا يختلف ، وإن سبق أطولهما عنقا بقدر زيادة الحلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الحلقة لا بجودة الجرى

(فصل) وإن عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض أو وقف لعل أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجرى ولا تأخر المسبوق لسوء جريه .

(فصل) وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد ، لأن العقد يتعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع إذا هلك قبل القبض . وإن مات الراكب ، فإن قلنا : إنه كالجمالة بطل العقد بموته ، وإن قلنا : إنه كالإجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه .

(فصل) وإن كان العقد على الرمي لم يجز بأقل من نفسيين ، لأن المقصود معرفة الخدق ، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين ، فإن قال رجل لآخر : ارم عشرين وناضل فيها خطأك بصوابك ، فإن كان صوابك أكثر فلك دينار لم يجز ، لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه . وقد بينا أن ذلك لا يجوز ،

وإن قال ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر فلك دينار ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه لجاز (والثاني) لا يجوز لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب ، والخطأ لا يستحق به بدل .

(الشرح) حديث على رواه الدارقطني وأخرجه البيهقي بإسناد الدارقطني وقال : هذا إسناد ضعيف ولفظه كاملاً هكذا ، يا علي قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على فدعا مراقبة بن مالك فقال : يا مراقبة إنى قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنق من هذه السبقة في عنقك ، فإذا أتيت الميطان — قال أبو عبد الرحمن : والميطان مرسلها من الغاية — فصف الخيل ثم ناد : هل من مصلح للجمام أو حامل للغلام أو طارح للجل ، فإذا لم يجيبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلعها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من شاء من خلقه .

وكان على يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطا ويقدم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفه بين إمامي أرجلها وتمر الخيل بين الرجلين ويقول إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلوا السبقة له ، فإن شككنا فاجعلنا سبهما نصفين ، فاذا قرتم ثنتين فاجعلوا الغاية من غايه أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شعار في الإسلام .

أما غريبه فقوله (هذه السبقة) فهي بضم السين وإسكان الباء هو الشيء الذي يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما . قال في القساموس : السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق . قوله (فإذا أتيت الميطان) بكسر الميم . قال في القساموس : والميطان بالكسر الغاية . قوله (فصف الخيل) هي خيل الحلبة . قال في القساموس : الحلبة بالفتح هي الدفعة من الخيل في الرهان ، وخيل تجتمع للسباق من كل أوب . قوله (ثم ناد الخ) فيه استحباب التأنى قبل ارسال خيل الحلبة ، وتنبههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه ، وجعل علامه على الإرسال من تكبير أو غيره ، وتأمير أمير يفعل ذلك .

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان ، وأخرجه الطبراني بلفظ لا جلب في الإسلام ، وفي إسناده أبو شيبه ضيف ، والمراد بالجلب في الرهان أن يأتي برجل يجلب على فرسه أي يصيح عليه يستحثه بالإزعاج حتى يسبق ، والجنب أن يجنب فرسا إلى فرسه حتى إذا فتر المركوب تحول إلى المحنوب . وقال ابن الأثير : له تفسيران ثم ذكر معنى في الرهان ومعنى في الزكاة ، وقد مضى معناه في الزكاة من كتاب الزكاة

أما الأحكام : فإن السبق يحصل في الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، فإن اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الإبل اعتبر السبق بالسكتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر ، فإن طو بل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وقد مضى لنا تفصيل ذلك ، وهو مذهب الشافعي وأحمد .

وقال الثوري : إذا سبق أحدهما بالأذن كان سابقاً ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً بأذنه لذلك لا لسبقه ، وإن شرطاً

السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح على أحد القولين عند أصحابنا
والثاني : يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي .

قال الماوردي في الحاوي الكبير : وإذا استقرت بينهما مع المحلل في الجري
فيختار أن يكون في الموضع الذي ينتهي إليه السبق ، وهو غاية المدى قصب قد
غرزت في الأرض بسميها العرب قصب السبق ليحرزها السابق منهم فيتلقفها حتى
يعلم بسبقه الداني والقاصي فيسقط الاختلاف ، وربما كررها راجعا يستقبل بها
المسبوقين إذا كان مفضلا في السبق مباهيا في الفروسية .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : والسبق أن يسبق أحدهما صاحبه وأقل
السبق أن يسبق أحدهما صاحبه بالهادي أو بعضه أو الكند أو بعضه اه . فالسبق
ضربان : أحدهما : أن يكون معتبرا بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة
أقدام ولا يتم السبق إلا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقا في استحقاق
البدل ، وإن كان سابقا في العمل . والضرب الثاني : أن يكون مطلقا بغير شرط
فيكون سابقا بكل قليل وكثير .

قال الشافعي رضي الله عنه : أقل السبق أن يسبق بالهادي أو بعضه أو الكند
أو بعضه ، فأما الهادي فهو العنق ، وأما الكند ويقال بفتح التاء وكسرهما والفتح
أشهر ، وفيه تأويلان . أحدهما : أنه الكند . والثاني : أنه ما بين أصل العنق
والظهر ، وهو مجتمع الكنديين في موضع السنام من الإبل ، فجعل الشافعي رضي
الله عنه أقل السبق السبق بالهادي والكند . وقال الأوزاعي : أقل السبق بالرأس
وقال المزني : أقل السبق بالأذن استدلالا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم .
أنه قال : بعثت والساعة كفرسى رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه ،

قال الماوردي ردأ على المزني : المقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه
المبالغة وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من بنى لله
بيتا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة ، وإن كان بيت لا يبني كمفحص
القطاة وإنما لم يعتبر بالأذن كما قال المزني ، ولا بالرأس كما قال الأوزاعي ، لأن
من الخيل ما يزجي أذنه ورأسه فيطول ، ومنها ما يرفعه فتقصر ، فلم يدل واحد
منهما على التقديم اه .

وإذا سقط اعتبارهما ثبت اعتبار الهادى والسكند ، ولو اعتبر السبق بأيديهما فأيهما تقدمت يدها وهو السابق كان عندى أصح ، لأن السعى بهما والجرى عليهما لكن الشافعى اعتبر بالهادى والسكند .

فأما السبق بالسكند فمتحقق سواء اتفق الفرسان فى الطول والقصر أو تفاضلا وأما السبق بالهادى وهو العنق فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا فى طوله أو قصره ، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقاً كان سابقاً ، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقاً لم يكن سابقاً إلا أن يتصاف السابق بكتده ، لأن سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه .

فإن قيل : فإن كان السبق بالسكند صحيحاً مع اختلاف الخلفة فلم اعتبر بالعنق التى يختلف حكمها باختلاف الخلفة ؟

قيل : لأن السبق بالسكند يتحققه القريب دون البعيد ، والسبق بالعنق يتحققه القريب والبعيد ، وربما دعت الضرورة اليه لمشاهدته شهود السبق فشهدوا به للسابق شهوداً يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق ، فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كتده ثم جريا بعد الغاية فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كتده كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها ، لأن ما يجاوز الغاية غير داخل فى العقد فلم يعتبر

وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبقه الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السبق اليها .

(فرع) إذا عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه فى الارض فسبق الآخر لم يحتسب له بالسبق ، لأن العثرة أخرته . ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه ، لأنه إذا سبق مع العثرة كان بعدها أسبق ، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجرى حتى وصل الآخر الى غايته كان مسبوقاً وإن وقف لغير مرض ، ولا يكون مسبوقاً إن وقف لمرض . فأما إن وقف قبل الجرى لم يكن مسبوقاً ، سواء وقف لمرض أو غير مرض لأنه بعد الجرى مشارك .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : والنضال فيما بين الاثنين يسبق أحدهما

الآخر . والثالث بينهما المحلل كهبو في الخيل لا يختلفان في الأصل فيجوز في كل واحد منهما ما جاز في الآخر ، ويرد فيهما ما يرد في الآخر ثم يتفرعان ، فإذا اختلفت عليهما اختلفا . اهـ

أما السبق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازا . وكل واحد منهما اسم خاص فتختص الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال ، فأما قولهم : سبق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الاضداد يسمى به من أخرج مال سبق ، وبسمى به من أحرز مال سبق . وقد مضى حكم السباق بالخيل .

فأما السباق بالنضال فهما في الإباحة سواء ، والخلاف فيها واحد ، وقد تقدم الدليل عليهما ، وقد ذكر الشافعي ها هنا كلاماً اشتمل على أربعة فصول : أحدها قوله : والنضال فيما بين الرماة كذلك في السبق والعلل ، يريد بهذا أمرين (أحدهما) جواز النضال بالرمي كجواز السباق بالخيل

(والثاني) اشتراكهما في التعليل لارهاب العدو بهما لقوله تعالى : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ، والفصل الثاني : قوله يجوز في كل واحد منهما ما يجوز في الآخر ، يريد بهذا أن الاسباق في النضال ثلاثة كما كانت الاسباق في الخيل ثلاثة (أحدها) أن يخرج الوالي مال سبق فيجوز كجوازه في الخيل

(والثاني) أن الخيل ثلاثة : أحدها أن يخرج الوالي مال سبق فيجوز كجوازه في الخيل . والثاني : أن يخرج المتناضلان فلا يجوز حتى يدخل بينهما محال يكون رميه كرميها أو أرمى منها ، كما لا يجوز في الخيل إلا محال يكون فرسه كفو أو لفرسيها أو أكفا . والثالث : أن يخرج أحد المتناضلين فيجوز كما يجوز في الخيل إذا أخرجه أحد المتسابقين

والفصل الثالث : قوله ثم يتفرعان ، يريد به أمرين (أحدهما) أن الأصل في سباق الخيل الفرس والراكب تبع . والأصل في النضال الرامي والآلة تبع . لأن المقصود في سباق الخيل فراهة الفرس ، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يجز ، ويجوز أن يبدل الراكب بغيره .

والمقصود في النضال حذق الرامي ، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يجز ،

ويجوز أن يبدل آلة بغيرها . والثاني : أن في النضال من تفريع الرمي بالمبادرة والمحاظة مالا يتفرع في سباق الخيل .

والنصل الرابع قوله : فإذا اختلفت عليهما اختلافا ، يريد به أنه لما كان المتصرد في سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس ولم يلزم تعيين الراكب ، ومتى مات الفرس بطل السبق ، ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد . وفي بطلانه بموت العاقد قولان :

(أحدهما) لا يبطل بموته إذا قيل إنه كالأجارة (والثاني) يبطل بموته إذا قيل إنه كالجمالة . ولما كان المقصود في النضال الرامي دون الآلة لزم تعيين الرامي ولم يلزم تعيين الآلة ، وبطل النضال إذا مات الرامي ، ولم يبطل إذا انكسر القوس ، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت عليهما . والله أعلم بالصواب
إذا ثبت هذا فإن الرمي لا يجوز إلا بين اثنين فأكثر ، فإذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، قال أحد وأصحابه : صح ذلك جمالة ولم يصح نضالا لأنه بذل مالا له في فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين نفسين فأكثر على أن يرموا جميعاً ويكون الجمل لبعضهم إذا كان سابقاً .

وإن قال : إن أصبت فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قرار . وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه بذل له العوض على عمل معلوم لم يناضل فيه نفسه لجاز (والثاني) أنه لا يجوز ، لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب . وقال الماوردي : إذا قال أحدهما لصاحبه أو لغيره : ارم بسهمك هذا فإن أصبت به فلك درهم جاز واستحق الدرهم إن أصاب . ولجوازه علمان

(أحدهما) أنه قد أجابه إلى ما سأل فالتزم له ما بذل ، وهذا قول ابن أبي هريرة . (والثانية) أنه تحريض في طاعة فلزم البذل عليها كالمناضة وقال أبو اسحاق المروزي : وهذا بذل مال على عمل وليس بنضال ، لأن النضال لا يكون إلا بين اثنين فأكثر .

وقال الشافعي رضي الله عنه ، ولو قال له : ارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجوز أن يناضل نفسه . وقد اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين .

(أحدهما) أن المزمع حذف منها ما قد ذكره الشافعي في كتاب الام فقال فيه ، ولو قال له : ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجوز أن يناضل نفسه ، فحذف المزمع قوله : ناضل نفسك ، وأورد باقي كلامه وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا واختلفوا في تعليقه فقال أبو اسحاق ، وهو الظاهر من تعاليل الشافعي : انه جعله مناظلا لنفسه ، والنضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فبطل .

وقال آخرون : بل غلة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله : ان كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به والوجه الثاني : ان المسألة مصورة على ما أورده المزمع معنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له : ارم عشرة أرشاق ، فعلى هذا يكون في صحته وجهان من اختلاف العلتين :

(أحدهما) انه صحيح ويستحق ما جعل له التعليل الاول ، لأنه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه .

والوجه الثاني : أنه باطل للتعليل الثاني أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين الثالثة ، واختلف فيها أصحابنا بأبيها تلحق ؟ على وجهين ، وهو أن يقول : ناضل وارم عشرة أرشاق ، فان كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسألة الاولى في قوله ناضل ، وتوافق المسألة الثانية في حذف قوله : ناضل نفسك ، وأحد الوجهين وهو قول أبي اسحاق المروزي أنها في حكم المسألة الاولى في البطلان لاجل قوله : ناضل ، والنضال لا يكون الا بين اثنين فصار كقوله : ناضل نفسك ، والوجه الثاني أنها في حكم المسألة الثانية في حمل صحتهما على وجهين من اختلاف العلتين اذا سقط قوله : نفسك ، صار قوله ناضل ، يعني ارم على نضال ، والنضال المال ، فصار كالاتداء بقوله : ارم عشرة أرشاق . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز إخراج السبق إلا على ما ذكرناه في المسابقة من إخراج العوض منهما أو من غيرهما ، وفي دخول المحلل بينهما ،

(فصل) ولا يصح حتى يتعين المتراميان ، لأن المقصود معرفة حذقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين ، فإن كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالأخذ للمال من غير نضال وذلك من أكل المال بالباطل (والثاني) لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه .

(فصل) ولا يصح إلا على آلتين متجانستين فإن عقد على جنسين بأن يرمى أحدهما بالنشاب والآخر بالحراب لم يجز ، لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من الجنسين ، وإن عقد على نوعين من جنس بأن يرمى أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب أو يرمى أحدهما على قوس عربي والآخر على قوس فارسي جاز ، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان ، فيعرف به حذقهما ، فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه ، وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين ، لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين ، فوجب بيانه ، وإن عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزم الإجابة إليه ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع ، فإن من الناس من يرمى بأحد النوعين أجود من رمية بالنوع الآخر ، وإن عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز ، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان ، فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بيناها في كتاب الاجارة .

(فصل) ولا يجوز إلا على رشق معلوم وهو العدد الذي يرمى به لأنه إذا لم يعرف انتهى العدد لم يبين الفضل ؛ ولم يظهر السبق .

(فصل) ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم ، لأنه لا يبين الفضل

إلا بذلك ؛ فإن شرط إصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان .
أحدهما : يصح لأنه قد يصيب ذلك فصح العقد كالمعنى شرط إصابة ثمانية من عشرة
والثاني : لا يصح لأن إصابة ذلك تندر وتعتذر فبطل المقصود بالعقد .

(الشرح) ذكرنا فيما مضى من أحكام المسابقة أنه لا يجوز اخراج السبق الا
على ما تراضيا عليه ، وكما يقول الامام الشافعي رضى الله عنه : ويخرج كل واحد
منهما ما تراضيا عليه ويتواضعانه على يدي رجل يثقان به أو يعينانه ، ولصحة العقد
بينهما مع دخول المحلل أربعة شروط .

(أحدهما) ان يكون العوض معلوما اما معينا أو موصوفا ، فإن كان مجهولا لم
يصح ، لأن الاعراض في العقود لا تصح الا معلومة .

(والشرط الثاني) أن يتساويا في جنسه ونوعه وقدره فإن تفاضلا أو اختلافا
لم يصح ، لأنهما لما تساويا في العقد وجب أن يتساويا في بذله .

(والشرط الثالث) تعيين الفرس في السباق . والرابع أن يكون مدى سبقهما
معلوما اما بالابتداء والانتهاء كالأجارة المعينه ، واما مذروعا بذراع مشهور
كالأجارة المضمونه .

فإذا صح العقد بينهما على الشروط المعتبرة وفي المحلل الداخل بينهما لم يخل
حالهما في مال السبق من ثلاثة أحوال .

أحدهما : أن يتفقا على تركه في أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان
على ذلك ولا يلزم اخراج مال السبق من أحدهما الا بعد أن يصير مسبوqa فيؤخذ
باستحقاقه ، والحالة الثانية : أن يتفقا على أمين فيؤخذ مال السبق منهما ويوضع
على يده ويمزل مال كل واحد منهما على حدته ، فإن سبق أحدهما سلم اليه ماله
ومال المسبوق ، فإن سبق المحلل سلم اليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجرة على
السابق ولا على المسبوق الا عن شرط ، فإن كانت له أجرة في عرف المتسابقين
ففي حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خيادا
فعمل بغير شرط هل يستحق أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أن الامين يستحق أجرة مثله اذا حكم للصانع بالأجرة ، ويكون

على المستبقين لا يختص بها السابق منهما لأنها أجرة على حفظ المالكين ، والثاني أنه لا أجرة له وإن جرى العرف إلا أن يحكم للصانع بالأجرة ، والحال الثالثة أن يختلفا على الأمين فيخرج الحاكم لهما أمينا يقطع تنازعهما .
إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يجوز السبق إلا معلوما ، كما يجوز في البيع .

قال الماوردي : وهذا صحيح ، يريد بالسبق المال المخرج في العقد فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوما من وجهين إما بالتعيين كاستبقاهما على دين شاهد ، وإما بالصفة كاستبقاهما على مال في الذمة ، لأنه من عقود المعاوضات كبيع والإجارة ، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهالة به عند العقد .

ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو ، فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح ، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل ، ولو كان لأحدهما في ذمة الآخر قفيز من حنطة فتناضلا عليه ، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح ، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ، وإن كان عن غصبه صح ، لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح .

وإن كان من قرض فعلي وجهين من الوجهين في صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقاً صح ، ولو تناضلا على دينار إلا درهما لم يصح لأنه يكون بالاستثناء من جنسه معلوما وبالاستثناء من غير جنسه مجهولا ، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطه مؤجل صح ، لأنه على عوضين : حال ومؤجل ؛ ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل دينارا ويعطى درهما لم يجوز ، لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطى .

ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما ، فإن نضل دفعه وإن شرط لم يرم أبداً أو شهراً كان العقد فاسداً لأنه قد شرط فيه الامتناع وهو مندوب إليه فبطل ، وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا فنفضل أحدهما ، فإن كان الناضل باذل المال فلا شيء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففي استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا سبق أحد الرجلين الآخر على أن يجعلها
بينهما قرعا معروفاً خواسق أو حوابي فهو جاز . اه
قلت : نعلم من أقوال الإمام الشافعي رضي الله عنه أن عقد الرمي معتبر
بشروط . أحدها أن يكون الراميان متعيينين ، لأن العقد عليهما ، والمقصود به
حددهما ، فإن لم يتعينا بطل العقد ، سواء وصفاً أو لم بوصفاً ، كما لو أطلق في
السبق الفرسان ، فإن لم يتعينا كان باطلاً ، ولا يلزم تعيين الآلة ، ولكل واحد
منهما أن يرمى عن أى قوس شاء ، وبأى سهم أحب ، فإن عينت الآلة لم يتعين
وبطلت في التعيين .

ولو قيل : ويرمى عن هذين القوسين لم يؤثر في العقد وجاز لهما الرمي عنها
ولغيرهما ، وإن قيل : على أن لا يرمى إلا عن هذين القوسين كان قاسداً لأنه
على الوجه الأول صفة وعلى الوجه الثاني شرط .

أما قوله « ولا يصح إلا على آلتين متجانستين » فقد قال الشافعي رضي الله
عنه : ولا يصلح أن يمنع الرجل أن يرمى بأى نبل أو قوس شاء إذا كانت من
صنف القوس التي سابق عليهما .

قلت : وأنواع القسي تختلف باختلاف أنواع الناس فللعرب قسي وسهام
وللمعجم قسي وسهام ، وقيل إن أول من صنع القسي العربية إبراهيم الخليل عليه
السلام ، وأول من صنع الفارسية الفرد . وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحب
القوس العربية ويأمر بها ويكره الفارسية وينهى عنها ، ورأى رجلاً يحمل قوساً
فارسية فقال : ملعون حاملها عليكم بالقسي العربية وسهامها ، فإنه سيفتح عليكم
بها . قال الماوردي : وليس هذا منه محمولاً على الحظر المانع ، وفي تأويله ثلاثة
أوجه (أحدها) ليحفظ به آثار العرب ، ولا يعدل الناس عنها رغبة في غيرها ،
فعلى هذا يكون النذب إلى تفضيل القوس العربية باقياً .

والوجه الثاني : أنه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا يتشبهوا بأهل
الحرب من المشركين فيقتلوا ، فعلى هذا يكون النذب إلى تفضيلها مرتفعاً لأنهم
قد فشع في طاعة المسلمين .

(والثالث) ما قاله عطاء أنه لعن من قاتل المسلمين بها . فعلى هذا لا يكون

ذلك ندبا إلى تفضيل العربية عليها ، ويكون نهيا عن قتال المساميين بها وبغيرها .
 وخصها باللعن لأنها كانت أنكى في المسلمين من غيرها ؛ وقد رمى عنها الصحابة
 والتابعون في قتال المشركين ، وإن كان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم
 في قومه لمن قوى رميه عنها أحب إلينا . فإن كان بالفارسية أرمى كانت به أولى ،
 ويكون الندب منهما إلى ما هو به أرمى . اهـ

فاذا تقرر ذلك فلا يخلو حال المتناضلين في عقد نضالهما من خمسة أحوال :
 أحدها أن يشترطا فيه الرمي عن القوس العربية ، فعليهما أن يتناضلا بالعربية ،
 وليس لأحدهما العدول عنها لأجل الشرط ، فإن تراضيا معا بالعدول إلى الفارسية
 جاز (الثانية) أن يشترطا فيه الرمي عن القوس الفارسية فعليهما أن يتناضلا بها
 وليس لأحدهما العدول إلى العربية ، فإن تراضيا بالعدول جاز
 (الثالثة) أن يشترطا أن يرمى أحدهما عن القوس العربية ويرمى الآخر عن
 القوس الفارسية فهذا جائز ، وإن اختلفت قوسهما ، لأن مقصود الرمي حذق
 الرامي والآلة تبع .

(الرابعة) أن يشترطا أن يرمى كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو
 فارسية ، فيجوز لكل واحد أن يرمى عن أي القوسين شاء قبل الشروع في
 الرمي وبعده . فإن أراد أحدهما منع صاحبه من خياره لم يجز ، سواء تماثلا فيها
 أو اختلفا (الخامسة) أن يطلقا العقد من غير شرط ، فإن كان للرماة عرف في
 أحد القوسين حمل عليه ، وجرى العرف في العقد المطابق مجرى الشرط في العقد
 المقيد . وإن لم يكن للرماة فيه عرف معهود فهما بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد
 القوسين إذا كانا فيها متساويين ، لأن مطلق العقد يوجب التكافؤ ، وإن اختلفا
 لم يقرع بينهما لأنه أصل في العقد ، وقيل لهما أن اتفقتما والافسخ العقد بينهما .
 والشرط الثالث : أن يكون عدد الاصابة من الرشق معلوما ليعرف به الفاضل
 عن المفضول ، وأكثر ما يجوز أن تشترط فيه ما نقص من عدد الرشق المشروط
 بشيء وإن قل ليسكون متلافيًا للخطأ الذي يتعذر أن يسلم منه المتناضلان ، فقد
 كان معروفا عندهم أن أحذق الرماة من يصيب ثمانية من العشرة ، فإن شرط
 اصابة الجميع من الجميع بطلت تعذره غالبا ؛ وإن شرط اصابة ثمانية من العشرة جاز

فإن شرطاً لإصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز إبقاء سهم الخطأ والوجه الثاني: لا يجوز لأن إصابتها نادرة . فأما أقل ما يشترط في الإصابة فهو ما يحصل فيه القاصر . وهو ما زاد على الواحد . وقد نص الشافعي رضي الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة .

واختلف أصحابنا في تأويل هذا على وجهين (أحدهما) تأويلها أن يشترطاً إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين (والثاني) تأويلها أن يشترطاً أن يكون الرشق عشرة والإصابة محتسبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجماً واحداً لاستحقاق الإصابة من جميع الرشق به ، فإن أغفلا عدد الإصابة وعقداه على أن يكون الناظر منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان (أحدهما) من التعليلين في اشتراط فعله في سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم في أي غايه كانت ، وهو باطل في الخيل لعنتين (إحدهما) أن من الخيل من يقوى جريه في ابتدائه ويضعف في انتهائه ؛ ومنها ما هو بضده ، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الإصابة باطلا ، لأن من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ومنهم من هو بضده .

والتعليل الثاني : أن اجراء الخيل الى غير غاية مفض الى انقطاعها ، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الإصابة لأنه مفض الى انقطاع الرماة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز الا أن يكون مدى الغرض معلوما ، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ، فوجب العلم به ، فإن كان في الموضع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه ، كما يجوز أن يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد وإن لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجوز العقد حتى يبين ، فإن أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بضمن مطلق في موضع لا نقد فيه ، ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلها في مثله في العادة ؛ ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلها في مثله ؛ وفيما يصيب مثلها في مثله نادراً وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه قد يصيب مثلها في مثله ، فإذا عقدا عليه بضمها العقد

على الاجتهاد في الاصابة (والثاني) لا يجوز لأن اصابتهما في مثله تندر فلا يحصل المقصود ، وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعا ، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعا ، وفيما بينهما وجهان ، فإن تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يتمتع به قوة الساعد ، ويستعان به على قتال من بعد من العدو (والثاني) لا يجوز لأن الذي يقصد بالرمي هو الاصابة ، فأما الابعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه .

(فصل) ويجب أن يكون الغرض معلوما في نفسه فيعرف طوله وعرضه وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض ، لأن الاصابة تختلف باختلافه ، فإن كان العقد في موضع فيه غرض معروف فأطاق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد ، وإن لم يكن فيه غرض وجب بيانه ، والمستحب أن يكون الرمي بين غرضين ، لما روى عبد الدائم بن دينار قال : بلغني أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة . وعن عقبه بن عامر أنه كان يرمى بين غرضين بينهما أربعمائة . وعن ابن عمر أنه كان يختفي بين الغرضين وعن أنس أنه كان يرمى بين الهدفين ، ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعجب

(الشرح) خبر : ما بين الهدفين الخ سبق أن سقناه في الحث على الرمي نقلا عن المصنف وغيره من الفقهاء ، كابن قدامة في المغني ، وقد أعضله ولم يوضح ، وأبناء دينار ثلاثه : عبد الله . ومالك . وعمر ، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم ، بل ليس في رواية السنه من اسمه عبد الدائم فضلا عن أن يكون ابن دينار

وذكر الماوردي في الحاوي الخبر مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم من طريق ابن دينار مبهما ، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب في الترغيب في الرمي . وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبي الدنيا بأسناده عن مكحول عن أبي هريرة يرفعه « تعلموا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة ، وفي أسناده ضعف وانقطاع .

أما خبر عقبة بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمي إلى أربعمائة ذراع وهو أحد ولاية مصر بعد عمرو وتوفى في آخر خلافة معاوية روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وأبو أمامة وسلمة بن مخلد ورواته من التابعين لا يحصون ، وقد غلط ابن الخياط عندما قال : إنه قتل شهيداً في معركة النهروان ، ومعركة النهروان كانت سنة ثمان وثلاثين وقد كان بعد ذلك والياً على مصر بعد سنة خمسين ،

أما الأحكام : فإن الشرط الرابع من شروط الرمي أن تكون المسافة بين موقف الرامي والهدف معلومة ؛ لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها فلزم العلم بها وأبعد ما في العرف ثلاثمائة ذراع ، وأقلها ما يحتمل أن يصاب وأن لا يصاب ؛ فإن أغفلا مسافة الرمي فلها ثلاثة أحوال .
(إحداهما) أن لا يكون للرمية هدف منصوب ولا أهم عرف معهود فيكون العقْد باطلاً للجها له .

(والثانية) أن يكون للرمية الحاضر في هدف منصوب وللرمية فيه موقف معروف فيصح العقْد ويكون متوجهاً إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد ، والرمية يسمون موقف الوجه .

(والثالثة) أن لا يكون لهم هدف منصوب ولكن أهم عرف معهود ، ففيه وجهان ، أحدهما يصح العقْد مع الإطلاق ، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الأثمان على غالب النقد المعهود ؛ والوجه الثاني : أن العقْد باطل ، لأن حذق الرمية يختلف باختلاف لاجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف .

(والشرط الخامس) الذي تضمنه هذان الفصلان من كلام المصنف أن يكون الغرض أو الهدف معلوماً لأنه المقصود بالإصابة ، أما الهدف فهو تراب يجمعونه أوحائط بيت ، وقد قيل من صنّف فقد استهدف لأنه يرمى بالأقابل من الحاسدين والناقضين . وأما الغرض فهو جلد أو شن بال ينصب في الهدف ويختص بالإصابة وربما جعل في الغرض دائرة كالهلال تختص بالإصابة ممن يحمله الغرض وهي الغاية في المقصود من حذق الرمية ، وإذا كان كذلك فالعلم بالغرض يكون من ثلاثه أوجه .

أحدهما : موضعه من الهدف في ارتفاعه وانخفاضه لأن الإصابه في المنخفض أكثر منها في المرتفع .

والثاني : قدر الغرض في ضيقه وسعته ، لأن الإصابه في الواسع أكثر منها في الضيق ، وأوسع الاغراض في عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع . والثالث قدر الدارة من الغرض إن شرطت الإصابه فيها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب أن يكون موضع الإصابه معلوما ، وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط الذي يبني أو إلى الغرض ، وهو الذي ينصب في الهدف ، أو الشن الذي في الغرض ، أو الدارة التي في الشن أو الحياتم الذي في الدارة ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، فإن أطلق العقد حمل على الغرض ، لأن العرف في الرمي إصابته الغرض فحمل العقد عليه ، ويجب أن تكون صفة الرمي معلومه من القرع وهو إصابته الغرض أو الخزق وهو أن يتقب الشن أو الخسق وهو الذي يتقبه ، ويثبت فيه ؛ أو المرق وهو الذي ينفذ منه ، أو الحرم وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجا منه ، لأن الخندق لا يبين إلا بذلك ، فإن أطلق العقد حمل على القرع ، لانه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه ، فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جازلاهما يتساويان فيه ، وإن أصاب أحدهما تسعه قرعا وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد فضله لانه استكمل العشرة بالخواسق .

(فصل) واختلف أصحابنا في بيان حكم الإصابه أنه مبادرة أو محاطة أو حواري ، فمنهم من قال : يجب بيانه ، فإن أطلق العقد لم يصح ، لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه ، ومنهم من قال : يصح ويحمل على المبادرة لأن المتعارف في الرمي هو المبادرة ، واختلفوا في بيان من يبدأ بالرمي ؛ فمنهم من قال : يجب فإن أطلق العقد بطل ، وهو المنصوص ؛ لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس ، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر

وساء رميه ، فلا يحصل مقصود العقد ، ومنهم من قال : يصح لان ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة ، فإذا قلنا : إنه يصح في البادى وجهان .

(أحدهما) إن كان السبق من أحدهما قدم ، لان له مزية بالسبق ، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر .

(والثاني) لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق ، فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر ، لانه أعـدل وأسهل ، فان كانت البداية لاحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن أصاب ولا عليه ان أخطأ لانه رمى بغير عقد فلم يعتد به ، وان اختلفا في موضع الوقوف كان الامر إلى من له البداية لانه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان فاذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف اليه امستويا ، وان طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لانه أوفق للرمى .

(الشرح) لغات الفصل فيها قوله : الشن وهو جلد بال ينصب في الهدف . أما الدارة فهي قطعة على شكل نصف دائرة ، والقرع باسكان الراء من باب نفع يقال : قرع السهم القرطاس إذا أصابه ، والقرع بفتحـتين السبق والندب الذى يستبق عليه .

وأما الأحكام : فإن المصنف ذكر هنا الشرط وهو أن يكون محل الإصابة معلوما ، هل هو في الهدف أو في الغرض أو في الدارة ، لان الإصابة في الهدف أوسع ، وفي الغرض أوسط وفي الدارة أضيق ، وإن أغفل ذلك كان جميع الغرض محلا للإصابة لان مادونه تخصيص ، وما زاد عليه فهو بالغرض مخصوص ، فإن كانت الإصابة مشروطة في الهدف سقط اعتبار الغرض ، ولزم وصف الهدف طوله وعرضه ؛ وإن شرطت الإصابة في الغرض سقط اعتبار الهدف ولزم وصف الغرض ، وإن شرطت الإصابة في الدارة سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدارة .

(فرع) والشرط السابع : أن تكون الاصابة موصوفة بقرع أو خرق أو خسق قالقارع ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه ، والخرق ما ثقب الغرض ولم يثبت فيه ، والحاسق ما ثبت في الغرض بعد أن ثقب ، ولا يحتسب بالقارع في الخرق والحسق ، ويحتسب بالخرق في القرع ولا يحتسب به في الحسق ، ويحتسب بالحاسق في القرع والخرق وينطلق على جميع هذه الاصابات اسم الخواصل وهو جمع خصال فإن أغفل هذا الشرط كانت الاصابة محمولة على القرع لأن ما عداه زيادة .

(فرع) والشرط الثامن أن يكون حكم الاصابة معلوما ، هل مبادرة أو محاطة لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الآخر ، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين على ما سيأتي ، والمحاطة أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما ويكون الباقي بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه ، فإن أغفلا ذلك ولم يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة عرف معهود ، وفي فساده إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وقد رأيت من الرماة من يقول : صاحب السبق أولى أن يبدأ وللمسبق لهما أن يبدأ أيهما شاء ، ولا يجوز في القياس عندي إلا أن يتشارطا . أما اشتراط الابتداء فهو معتبر في الرمي دون السبق لانهما في السبق يتساويان في الجري معاً لا يتقدم أحدهما على الآخر ، وأما الرمي فلا بد أن يبدأ به أحدهما قبل الآخر ولا يرميان معاً لاختلاط رميهما ولما يخاف من تنافرهما ، فإن شرطاً في العقد البادي منهما بالرمي كان أحقهما بالابتداء سواء كان المبتدئ مخج المال أو غير مخرجه ، فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع لأن التقدم حق له وليس بحق عليه ، وإن أغفل في العقد اشتراط البادي بالرمي ففي العقد قولان .

(أحدهما) وهو اختيار الشافعي في هذا الموضع أن العقد باطل لأن للبداية تأثيراً في قوة النفس وكثرة الاصابة فصارت مقصودة فبطل العقد باغفالها .
(والقول الثاني) أن العقد صحيح ، وإن أغفلت فيه البدايه ، وقد حكاه الشافعي عن بعض فقهاء الرماة لأنه من توابع الرمي الذي يمكن تلافيه بما تزول التهمة

فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعة ، فعلى هذا إن كان مخرج المال أحدهما كان هو
البادى . بالرعى اعتباراً بالعرف ، وفيه وجه آخر أنه يقرع بينهما ، فإن كانا
مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئهما وهل يدخل المحلل في قرعتهما أو يتأخر عنهما
على وجهين (أحدهما) يتأخر ولا يدخل في القرعة إذا قيل : إن مخرج المال
يستحق التقدم (والوجه الثاني) يدخل في القرعة ولا يتأخر إذا قيل : إن مخرج
المال لا يتقدم إلا بالقرعة .

قال الشافعى رضى الله عنه : وقد جرت عادة الرماة أن يكون الرامى الثانى
يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم
فإن كانت مختلفة فيه ، يفعلونه تارة ويسقطونه أخرى سقط اعتباره ووجب
التساوى فيه ، وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها ففي لزوم اعتباره بينهما
وجهان . أحدهما : لا يعتبر لوجوب تكافئهما في العقد فلم يجوز أن يتقدم أحدهما
على الآخر بشئ لأنه يصير مصيباً بتقدمه لا لحذقه . والوجه الثانى : يعتبر ذلك
فيها ، لأن العرف في العقود كإطلاق الأعيان ، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم في
عدد الأقدام حلا على العرف في عددها ليعكون القرب بالأقدام في مقابلة قوة
النفس تقدم أحدهما على الآخر بما لا يستحق لم يحتسب له بصوابه واحتسب
عليه بخطئه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : وأيهما بدأ من وجه بدأ صاحبه من الآخر .
قال الماوردى : عادة الرماة في الهدف مختلفة على وجهين وكلاهما جائز ، فمنهم من
يرمى بين هدفين متقابلين فيقف أحد الحزبين في هدف يرمى منه إلى الهدف الآخر
ويقف الحزب الآخر في الهدف المقابل فيرمى إلى الهدف الآخر اهـ .

(قلت) والحكمة في أن يتقدم أحدهما الآخر وأن لا يرميا سويا هو أن
التساوى في الرمى مفض إلى الاختلاف في الإصابة حيث لا يعرف من المصيب
منهما ومن ثم توجه ما مضى من أقوال وبهذا كاه أخذ أحمد وأصحابه .
فإذا تشاحا في موضع الوقوف ، فإن كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون
في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحا تؤذيه باستقبالها ونحو ذلك ، والآخر
يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف في الرمى والله تعالى أعلم .

قال المسنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يرميا سهما وخمسا خمسا ، وأن يرمى كل واحد منهما جميع الرشق ، فإن شرطا شيئا من ذلك حملا عليه ، وإن أطلق العقد تراسلا سهما سهما لأن العرف فيه ما ذكرناه ، وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب ، ولا عليه إن أخطأ لأنه رمي من غير عقد فلم يعتد به .

(فصل) ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق ولا في عدد الإصابة ولا في صفة الإصابة ولا في محل الإصابة ، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقا ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي ، ولا أن يرمى أحدهما والشمس في وجهه لأن القصد أن يعرف حذقهما ، وذلك لا يعرف مع الاختلاف ، لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي ، فإن شرط شيئا من ذلك بطل العقد ، لأنه في أحد القولين كالاجارة ، وفي الثاني كالجعالة ، والجميع يبطل بالشرط الفاسد .

وهل يجب للناضل في الفاسد أجره المثل ؟ فيه وجهان أحدهما لا يجب . وهو قول أبي إسحاق لأنه لا يحصل المسبوق منفعة بسبق الساق فلم تلزمه أجرته (والثاني) يجب ، وهو الصحيح ، لأن كل عقد وجب المسموع في صحيحه وجب عوض المثل في فاسده كالبيع والاجارة

(فصل) وإن شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فبطل ، وهو يبطل العقد المنصوص أنه يبطل لأنه تمليك مال شرط. فيه شرط. يمنع كمال التصرف ، فإذا بطل الشرط. بطل العقد ، كما لو باعه ساعة بألف على أن يتصدق بها . وقال أبو إسحاق : يحتمل قول آخر لا يبطل ، كما قال فيمن أصدق امرأته ألفين على أن تعطى أباه ألفا أن الشرط باطل ويصح الصداق ، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق ، وهل يرجع الساق بأجرة المثل ؟ على الوجهين .

(الشرح) إذا شرطا في العقد شرطا حملا فيه على موجب الشرط. وإن خالف العرف لأن الشرط. أحق من العرف ؛ فإن شرطا أن يرميا سهما وسهما أو شرطا

أن يرميا خمسا وخمسا ، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمي جميع رشقه
رمي كل واحد منهما عددا ما أوجب الشرط ، فإن زاد عليه لم يحسب به مصيبا
ولا مخطئا لخروجه عن موجب العقد ، وإن أغفل ولم يشترط في العقد لم يبطل
العقد بإغفاله لا مكان التكافؤ فيه واعتبر فيها عرف الرماة لأنه يجرى بعد الشرط
مجرى الشرط ، فإن كان عرف الرماة جاريا بأحد الثلاثة المجوزة من الشرط
صار كالمستحق بالشرط ، وإن لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهما
وسهما ، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفدا جميع الرشق . لأن
قرب المعاوذة الى الرمي أحفظ لحسن الصنيع ، فإن رمى أحدهما أكثر من سهم
فإن كان قبل استقرار هذا الترتيب كان محتسبا به مصيبا ومخطئا ، وإن كان بعد
استقراره لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا ، لأنه قبل الاستقرار يجوز وبعد
الاستقرار ممنوع .

وهذا الذي ذكرناه هو الشرط التاسع من شروط الرمي . قال في الحاوي
الكبير : يذكر المبتدئ منهما بالرمي وكيفية الرمي هل يتراميان سهما وسهما
أو خمسا وخمسا ليزول التنازع ويعمل كل واحد منهما على شرطه ، فإن أغفل
ذكر المبتدئ منهما بالرمي ففي العقد قولان (أحدهما) أنه باطل (والثاني) جائز
وفي المبتدئ وجهان (أحدهما) مخرج المال (والثاني) من قرع ، وإن أغفل
عدد ما يرميه كل واحد منهما في يديه فالعقد صحيح ويحملان على عرف الرماة إن
لم يختلف ، فإن اختلف عرفهم رميا سهما وسهما .

قلت : وقد مضى ذكر الشرط العاشر ، وهو المال المخرج في النضال ويسمى
الحظر ويجب ذكره ، فإن كان مجهلا ففي استحقاقه لأجرة مثله إذا نضل وجهان
(فرع) ولا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما قرعا وإصابة
الأخر خسقا ، لأن المقصود بالعقد معرفة أحدهما بالرمي ، كما لا يجوز أن
يتفاضلا على أن تكون إصابة أحدهما خمسة من عشرين وإصابة الآخر عشرة
من عشرين لما فيه من التفاضل الذي لا يعلم به الأحق

قال الشافعي رضي الله عنه : وهو متطوع باطعامه إياه ، وما نضله فله أن
يحرزه ويتموله ويمنعه منه ومن غيره ، وهو عندى كرجل كان له على رجل دينار

فأسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو، وقال أيضا: ومستحق سبقة بكون ملكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه إن شاء أطعم أصحابه، وإن شاء تموله.

قلت: وهذا صحيح إذا نضل الرامي ملك مال النضال وكذلك في السبق وصار كسائر أمواله، فإن كان عيناً استحق أخذها، وإن كان ديناً استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم أصحابه، من أهل النضال والسباق.

وحكى الشافعي عن بعض فقهاء الرماة أن عايبه أن يطعم أصحابه ولا يجوز أن يتملكه، وهذا فاسد، لأنه لا يخلو إما أن يكون كمال الاجارة أو مال الجمالة لأن عقده متردد بين هذين العقدين، والعوض في كل واحد منهما مستحق يتملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فيبطل ما قاله المخالف فيه، فلي هذا إن مظل به المنضول قضى به الحاكم عليه وحبسه فيه وباع عليه ملكه. وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته.

وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسداً. وقد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه أن يطعم أصحابه، فإن شرط عليه في العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان الشرط فاسداً، لأنه يناهى موجب العقد، وفي فساد العقد وجهان

(أحدهما) وهو الظاهر من المذهب أن العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع. والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وبه قال أبو حنيفة أن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط، لأن نفعه لا يعود على مشترطه، وكان وجوده كعدمه

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإذا تناضلا لم يخل إما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حوابة فإن كان مبادرة، وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق وأن من بدر منها إلى ذلك مع تساويهما في الرمي كان ناضلا، فإن كان العقد على إصابة عشرة من ثلاثين نظرت — فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين، وأصاب الآخر تسعة

من عشرين ، فالأول ناضل لأنه بادر إلى عدد الاصابة ، وإن أصاب كل واحد منها عشرة من عشرين لم ينضل واحد منها ويسقط رمى الباقي ، لأن الزيادة على عدد الاصابة غير معتد بها ، وإن أصاب الاول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله ، لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الاصابة فيرميان ، فإن رمى الأول سهماً وأصاب فقد فاج وسقط رمى الباقي ، وإن رمى الاول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني فأصاب في جميعها ، فإن الناضل هو الثاني ويسقط رمى ما بقى من الرشق ، لأن الاول أصاب تسعة من خمسة وعشرين . وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين ، وإن أصاب الاول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادى سهماً فأصاب فقد نضل ، ولا يرمى الثاني ما بقى من رشقه لأنه لا يستفيد به نضالاً ولا مساواة ، لأن الباقي من رشقه سهم وعليه اصابة سهمين ، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادى فأصاب جاز للثاني أن يرمى ، لأنه ربما يصيب فيساويه .

(فصل) وان كان الرمي محاطة وهو أن يعقد على اصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الاصابة ويفضل لأحدهما عدد الاصابة فيكون ناضلاً نظرت ، فإن كان العقد على اصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل أحدهما الآخر ، لأنه لم يفضل له عدد من الاصابة ويرميان ما تبقى من الرشق ، لأنه يرجو كل واحد منهما أن ينضل ، فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما في الرمي واسقاط ما استويا فيه عدد الاصابة لم يخل — اما أن يكون قبل الكمال الرشق أو بعده — فإن كان بعد الكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها ، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر ، فالأول هو الناضل ، لأنه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الاصابة ، وإن كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمى باقي الرشق نظرت ، فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمى الاول خمسة عشر وأصابها ؛ ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة ، لم يكن له مطالبته لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقى له وهو خمسة ، ويبقى الأول خمسة فينضله بها ، وإن كان له فيه فائدة بأن يرجو

أن ينزل بأن يرمى أحدهما أحد عشر فيصيب ستة ويرمى الآخر عشرة .
 فيصيب واحداً ، ثم يرمى صاحب الستة فيخطيء فيما بقي له من الرشق . ويرمى
 صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمى
 أحدهما خمسة عشر . فيصيب منها عشرة ويرمى الآخر خمسة عشر فيصيب
 منها خمسة . ثم يرمى صاحب العشرة فيخطيء في الجميع ويرمى صاحب الخمسة
 فيصيب فيساويه أو يقلل اصابته بأن يصيب أحدها أحد عشر من خمسة عشر
 ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر ثم يرمى صاحب الاثني عشر ما بقي له
 من رشقه فيخطيء في الجميع ويرمى صاحب السهمين فيصيب في الجميع فيصير له
 سبعة ويبقى لصاحبه أربعة . فهل لا قلها اصابته مطالبة الآخر بإكل الرشق ؟
 فيه وجهان (أحدهما) ليس له مطالبة لأنه بدر إلى الاصابة مع تساويهما في الرمي
 بعد المحاطة فحكم له بالسبق (والثاني) له مطالبة لأن مقتضى المحاطة اسقاط
 ما استويا فيه من الرشق . وقد بقي من الرشق بعضه

(فصل) وان كان العقد على حواشي وهو أن بشرط اصابته عدد من الرشق
 على أن يسقط ما قرب من اصابته أحدهما ما بعد من اصابته الآخر : فن فضل
 له بعد ذلك مما اشترط عليه من العدد كمن له سبق . فان رمى أحدهما فأصاب
 من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له ، فان رمى الآخر
 فأصاب موضعاً بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له وأسقط ما رماه الأول
 فان عاد الأول ورمى فأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه . وان أصاب أحدهما
 الشن وأصاب الآخر العظم الذي في الشن فقد قال الشافعي رحمه الله : من الرماة
 من قال : انه تسقط الاصابة من العظم ما كان أبعد منه .

قال الشافعي رحمه الله : وعندى أنهما سواء . لأن الغرض كله موضع الاصابة
 فان استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد تكافأ
 وان فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ سبق .

وحكى عن بعض الرماة أنهما اذا أصابا أعلى الغرض لم يتقايسا . قال والقياس
 أن يتقايسا لأن أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر فأسقط الأقرب الأبعد .
 كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه .

(الشرح) أما غريب هذه الفصول فقد مضى شرح المبادرة والمحاطة والحوابي
أما قوله : فلاج من الفلوج وبابه خرج فيقال : فلاج فلوجا أى ظفر بما يريد ،
وقوله : فضل أى فاز عليه بالمرامة

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وإن كان رميهما مبادرة فبلاغ
تسعة عشر من عشرين رمى صاحبه بالسهم الذى يرأسه ثم رمى الثانى فإن أصاب
بسهمه ذلك فلاج عليه ، وإن لم يرم الآخر بالسهم ، لأن المبادرة أن يفوت أحدهما
الآخر وليس كالمائة .

قال المزنى : وهذا عندى غلط لا ينضله حتى يرمى صاحبه بمثله ، قد ذكرنا
أن الرمى ضربان محاطة ومبادرة فالمبادرة صورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة
من ثلاثين مبادرة فيكون الرشق ثلاثين سهما والإصابة المشروطة منها عشرة
أسهم فأيهما بدر إلى إصابة من أقل العددين فيه فضل وسقط رمى الرشق ،
وإن تكافئا فى الإصابة من عدد متساو سقط رمى الثانى وليس منها ناضل . وبيانه أن
يصيب أحدهما عشرة من عشرين وقد رماها الثانى فنقص منها ، ولا يرميان بقية
الرشق لحصول النضل ، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن
منهما ناضل ولا منضول وسقط رمى الباقي من الرشق ، لأن زيادة الإصابة فيه
غير مفيدة لنضل .

ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين
فالنضال بحاله ، لأن عدد الإصابة لم يستوف ، فيرميان من بقية الرشق ما يكمل به
إصابه أحدهما عشرة ، فإن رمى الأول سهماً فأصاب فقد فلاج على الثانى وفضل
وسقط رمى الثانى ، ولو رمى الأول خمسة فأخطأ فى جميعها ورمى الثانى خمسة
فأصاب فى جميعها صار الثانى ناضلا وسقط رمى الثانى من الرشق ، لأن الأول
أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين
ثم على هذا الاعتبار .

فأما مسأله الكتاب فصورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة
فيصيب البادى منها تسعة من تسعة عشر ويصيب الآخر ثمانية من تسعة عشر

ثم يرمى البادىء منهما سهماً آخر يستكمل به العشرين فيصير به ناضلاً ؛
ويمنع الآخر من رمي السهم الآخر الذى رماه الثانى لانه لا يستفيد به نضالاً ولا
مساواة ، لان الثانى له من العشرين سهم واحد وعاليه إصابتان . ولو رمى فأصابه
بقيت عليه إصابة يكون بها منضولاً فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد . فلذلك
منع منه . ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى المبادىء
وأصاب كان للثبوت أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافى .

فاما للزنى فظن أن الشافعى منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباقى فى هذه المسألة
فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه فى المسألة المتقدمة للتعليل المذكور .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اشترطوا محاطة فكل ما أصاب
أحدهما وأصاب الآخر مثله أسقطا العددين ولا شيء لو أحدهما وبستانان .
وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذى شرطه
فينضله به .

قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة . فبدأ الشافعى رضى الله عنه
بذكر المحاطة فى الام وإن جعلها المصنف هنا بعد المبادرة ، لأن الغالب من النضال
فى زمانه كان محاطة والغالب فى بلد الشيخ أبى إسحاق كان المبادرة ، وقد قيل إن
الشافعى كان رامياً يصيب من العشرة ثمانية فى الغالب ، وهى عادة حذاق الرماة
فإذا عقدا سبق النضال على إصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب
أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما وينظر فى الباقى بعد الحط ، فإن كان خمسة
فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلاً . وإن كان الباقى أقل من خمسة لم
ينضل ، وإن كان أكثر إصابة لنقصانه من العدد المشروط ، وإذا كان كذلك لم
يخل حالهما بعد الرمي من أحد أمرين : إما أن يتساويا فى الإصابة أو يتفاضلا ،
فإن تساويا فى الإصابة فأصاب كل واحد منهما عشراً أو خمساً أو خمساً أقل
الشافعى فلا شيء لو أحدهما وبستانان .

فأختلف أصحابنا فى قوله : وبستانان على وجهين حكاهما أبو دلى بن أبهريرة
أحدهما بستانان الرمي بالعقد الأول ، لأن عقد المحاطة ما أوجب حط الأقل

من الأكثر وليس مع التساوى عقد حط . فخرج من عقد المحاطة . فلذلك استأنفا الرمي ليصير ما يستأنفانه من عقود المحاطة .

والوجه الثاني : أنه أراد بها يستأنفان عقداً مستجداً ان أحبا ، لأن العقد الواحد لا يلزم فيه إعادة الرمي مع التكافؤ ، كما لا يلزم في الخيل إعادة الجرى مع التكافؤ .

قال الماوردي : والذي أراه وهو عندي الأصح أن ينظر — فان تساويا في الإصابة قبل الرشق استأنفا الرمي بالعقد الاول ، وان تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفاه بعقد مستجد ان أحبا لأنها قبل استكمال الرشق في بقايا أحكام العقد ، وبعد استكمالها قد نقصت جميع أحكامه .

فان تفاضلا في الإصابة لم يخل تفاضلها فيما من أقسام ثلاثة :

١ — أن يفضل ولا ينضل بما فضل . وهو أن يشترطا إصابة خمسة من عشرين محاطة فيصيب أحدهما عشرة أسهم ويصيب الآخر ستة أسهم ، فنحط الستة من العشرة يكون الباقي منها أربعة فلا ينضل ، لأن شرط الإصابة خمسة وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر وأصاب الآخر أحد عشر لم ينضل الفاضل لأن الباقي له بعد الحط أربعة ، ثم على هذا الاعتبار ان كان الباقي أقل من خمسة .

٢ — أن ينضل بما فضل بعد استيفاء الرشق . وهو أن يصيب أحدهما خمسة عشر من عشرين ، ويصيب الآخر عشرة من عشرين فينضل الفاضل لأنك اذا أسقطت من إصابته عشرة كان الباقي بعدها خمسة ، وهو عدد النضل . وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة وأصاب الآخر خمسة كان الفاضل ناضلا ، لأنك اذا أسقطت الخمسة من إصابته كان الباقي بعدها خمسة ، وهو عدد الإصابات . وهكذا لو كان الباقي بعد الحط أكثر من خمسة ، ثم على هذا الاعتبار .

٣ - أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشر ، ويصيب الآخر خمسة من خمسة عشر ويكون الباقي من الأكثر خمسة ، وهو عدد النضل ، فهل يستقر النضال بهذا قبل استيفاء الرشق أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما : يستقر النضل ويسقط باقى الرشق ، لأن مقصوده معرفة الاحذق وقد عرف .

والوجه الثانى : وهو الأظهر ، أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا ببقية الرشق ، لأن العقد قد تضمنها ، وقد يجوز أن يصيب المفضول جميعها أو أكثرها ويخطئ الفاضل جميعها أو أكثرها . وعلى هذا يكون التفريع فإذا رميا ببقية الرشق وهو الخمسة الباقية ، فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها فقد استويا ولم ينضل واحد منهما ، لأن إصابته كل واحد منهما عشرة ، وإن أصاب الفاضل وأخطأ المفضول جميعها استقر فضل الفاضل لأنه أصاب خمسة وعشرين ، وأصاب المفضول خمسة من عشرين فكان الباقي بعد الحط عشرة ، هى أكثر من شرطه ، فلو أصاب الفاضل من الخمسة الباقية سهما وأصاب المفضول سهمين لم ينضل الفاضل لأن عدد إصابته أحد عشر سهما وعدد إصابته المفضول سبعة إذا حطت من تلك الإصابه كان الباقي أربعة والشرط أن تكون خمسة ، فلذلك لم ينضل وإن فضل .

فلو أصاب الناضل سهمين والمنضول سهمين صار الفاضل ناضلا ، لأنه أصاب اثني عشرة وأصاب المنضول سبعة يبقى للناضل بعد الحط خمسة ، ولو أصاب أحدهما سبعة من عشرة وأصاب الآخر سهمين من عشرة فإذا رميا ببقية السهام فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها صار الاول ناضلا والثانى منضولا ، لأن الاول له سبعة والثانى له اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسة ، ولو أصاب الاول جميعها وأصاب الثانى جميعها كان الاول ناضلا لأن إصابته سبعة عشر وإصابته الثانى اثنا عشر ، فإن أخطأ الاول فى سهم من بقیه الرشق لم يفضل ولم ينضل ، ولو أصاب اثني عشر من خمسة عشر وأصاب الآخر سهمين من

خمسه عشر استقر النضل وسقط بقيه الرشق وجهاً واحداً ، لأن المنضول لو أصاب جميع الخمسة الباقية من الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولاً ، لأن الباقي للفاضل بعد حطها خمسة فلم يستفد بقيه الرمي أن يدفع عن نفسه النضل فسقط ، ثم على هذا الاعتبار .

(فرع) قول المصنف : وإن كان العقد على حوابي . فإن الحوابي نوع من أنواع الرمي وهم فيه أبو حامد الاسفراييني لجعله صفة من صفات السهم وسماه حوابي بإثبات الباء فيه وحذفها وأنه السهم الواقع دون الهدف ثم يجوز إليه حتى ينضل به مأخوذاً من حبو الصبي . وهذا نوع من الرمي المزدلف يفرقان في الاسم لأن المزدلف أحد الحوابي أضعف ويستويان في الحكم على ما سياتي ، والذي قاله سائر أصحابنا أن الحوابي نوع من الرمي ، وأن أنواع الرمي ثلاثة : المحاطة والمبادرة والحوابي وقد ذكرنا المحاطة والمبادرة .

فأما الحواب فهو أن يحتسب بالاصابه في الشن ، وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب به ثم أصاب الآخر الهدف فتر من الشن احتسب به وأسقط إصابة الشبر لأنها أبعد ، ولو أصاب أحدهما خارج الشن واحتسب به وأصاب الآخر في الشن احتسب به وأسقط إصابته خارج الشن ، ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به وأصاب الآخر الدارة التي في الشن فاحتسب به وأصاب الآخر العظم الذي في دارة الشن احتسب وأسقط إصابته الدارة فيكون كل قريب مسقطاً لما هو أبعد منه ، فهذا نوع من الرمي ذكره الشافعي في كتاب الام وذكر مذاهب الرماة فيه وفرع عليه ، ولم يذكره المزي إلا باختصاره ، وإما لأنه غير موافق لرأيه لضيقه وكثرة خطره ، لأنه يثبت الاصابة بعد إثباتها ، والمذهب - كما ذكر المصنف - جوازه لامرين .

(أحدهما) أنه نوع معهود في الرمي فأشبهه المحاطة والمبادرة .
(والثاني) أنه أبعث على التمرن على الخدق ، والتمرس بمعاطاة الدقة في التصوير والتسديد فصح ، فإذا كان كذلك في جواز النضال على إصابة الحواب وكان عقدهما على إصابة خمسة من عشرين فلها إذا تناضلا ثلاثة أحوال .

١ - أن يقصر عن عدد الإصابة .

٢ - أن يستوفيا عدد الإصابة .

٣ - أن يستوفيا أحدهما ويقصر الآخر عنها .

فأما الأول كان يصيب كل منهما أقل من خمسة فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الإصابة من العدد والمشروط من غير أن يكون فيها ناضل أو منضول ولا اعتبار بالقرب والبعيد مع نقصان العدد . وأما الثانية من استيفائهما معا عدد الإصابة فيصيب كل منهما خمسة فصاعداً ، فيعتبر حينئذ حال القرب والبعيد ، فإنهما لا يخلو أمرهما من :

(أ) أن تكون الاصابات في الهدف ، وقد تساوت في القرب من الشن ، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض فقد تكافئا ؛ وليس فيهما ناضل ولا منضول وهـ . كذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقي سهامه وتساوى السهمان المتقدمان في القرب من الشن كانا سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ، فإن تقدم لأحدهما سهم والآخر سهمان وتساوت السهام الثلاثة في قربها من الشن ففيه وجهان .

أحدهما : أن المتقرب بسهمين ناضل المتقرب بسهم لفضله في العدد . والثاني أنهما سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ؛ لأن النضال الحوَاب موضوع على القرب دون زيادة العدد .

(ب) أن تكون سهام أحدهما أقرب إلى الشن من سهام الآخر ، فأقربهما إلى الشن هو الناضل ، وأبعدهما من الشن هو المنضول ؛ وهكذا لو تقدم لأحدهما سهم واحد فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الآخر أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وكان هو الناضل بسهمه الأقرب .

(ج) أن تكون سهام أحدهما في الهدف وسهام الآخر في الشن فيسكون المصيب في الشن هو الناضل والمصيب في الهدف منضول .

وهكذا لو كان لأحدهما سهم واحد في الشن وجميع سهام الآخر خارج الشن كان المصيب في الشن هو الناضل بسهمه الواحد ، وقد أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه

(د) أن تتكون سهامهما جميعاً صائبة في الشن ، ولكن سهام أحدهما أو بعضها في الدارة وسهام الآخر خارج الدارة وإن كان جميعاً في الشن ففيه وجهان .
 (أحدهما) وقد حكاه الشافعي عن بعض الرماة أن المصيب في الدارة ناضل والمصيب خارج الدارة منضول قطب الإصابة .
 (والوجه الثاني) وإليه أشار الشافعي في اختياره أنهما سواء وليس منهما ناضل ولا منضول ، لأن جميع الشن محل الإصابة .
 وأما الحال الثالثة : وهو أن يستوفي أحدهما إصابة الخمس ويقصر الآخر عنها فهذا على ضربين . أحدهما : أن يكون مستوفي الإصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساوياً صاحبه ، فيكون ناضلاً والمقصر منضولاً . والثاني : أن يكون المقصر في الإصابة أقرب سهاماً من المستوفي لها ، فليس فيهما ناضل ولا منضول ، لأن المستوفي قد سقطت سهامه بعدها ، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها ؛ واقه تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان النضال بين حزبين جاز . وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال : لا يجوز لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره ، والمذهب الأول لما روينا في أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع ، وينصب كل واحد من الحزبين زعيماً يتوكل لهم في العقد ، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً ، كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحداً ، ولا يجوز إلا على حزبين متساويي العدد لأن القصد معرفة الخندق ، فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالخندق وجودة الرمي ، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا في نضال الاثنين ، ولا يجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار ، فإن اقترع الزعيان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز ، لأنه ربما أخرجت القرعة الخندق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخر ، فإن عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار ، ثم اقترع الزعيان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع .

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم ، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين ، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين ، لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد ، فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه ، لأنه ليس بمحل في العقد وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد ، كما إذا بطل البيع في أحد العبدین سقط ما في مقابلته من الثمن وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة .

فإن قلنا : لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد ، لأن الصفقة تبعدت عليهم بغير اختيارهم ، فإن اختاروا البقاء على العقد وتنازعا فيمن يخرج في مقابلته من الحزب الآخر فسخ العقد ، لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ . ومن أصحابنا من قال : يبطل في الجميع قولاً واحداً ، لأن من في مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين ، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة ، فبطل في الجميع . فإن نضل أحد الحزبين الآخر ففي قسمة المال بين الناضلين وجهان .

أحدهما : تقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية ، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق .
والثاني : تقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم استحقوا بالإصابة فاختلف باختلاف الإصابة ، ويخالف ما لزم المنضولين ، فإن ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمي ، فاعتبر بقدر الإصابة ، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً ، وبالله التوفيق .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رضي الله عنه : إذا اقتسموا ثلاثة وثلاثة فلا يجوز أن يفتزعوا وليقسما قسماً معروفاً . قلت : إذا صح هذا فالنضال ضربان : أفراد وأحزاب ، فأما نضال الأفراد فقد مضى في فصول الكتاب . وأما نضال الأحزاب فهو أن يناضل حزبان يدخل في كل واحد منهما جماعة يتقدم عليهم أحدهم فيمقد النضال على جميعهم فهذا يصح على شروطه ، وهو منصوص المحافى وعليه جماعة أصحابه وجمهورهم .

وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يصح لأن كل واحد يأخذ بفعل غيره وهذا فاسد لانهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحداً فاشتركوا في موجبه لاشترائكهم في فعله مع ورود السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم برواية أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم يرمون فقال : ارءوا وأنا مع بنى الاذرع : فأمسك القوم قسيهم وقالوا : يا رسول الله من كنت معه غلب ، فقال : ارموا وأنا معكم كمايكم فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين ولان مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب والجهاد ، وهو بالأحزاب والمجموعات أشد تحريضاً وأكثر اجتهاداً ، وأدعى إلى التنسيق بين أفراد الجماعة وربطهم بالنظام والقيادة ، وتلك لعمر الله أعظم أسباب النصر في الجهاد .

فإذا ثبت جوازه في الحزبين بجوازه بين الاثنين فلصحته خمسة شروط :

(أحدها) أن يتساوى عدد الحزبين ، ولا يفضل أحدهما على الآخر فيكونوا ثلاثة وثلاثة ، أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر ، فان فضل أحدهما على الآخر بطل العقد لأن مقصوده معرفة أحذق الحزبين ، فإذا تفاضلوا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمي .

(الثاني) أن يكون العقد عليهم باذنبهم ، فان لم يأذنوا فيه لم يصح ، لانه عقد معاوضه متردد بين الاجارة والجمالة ، وكل واحد منهما لا يصح إلا باذن واختيار فان عقد عليهم من لم يستأذنبهم بطل (والثالث) أن يعينوا على متولى العقد منهم فيكون فيه متقدما عليهم وزائماً عنهم ، فان لم يعينوا واحداً منهم لم يصح العقد عليهم لانه توكيل فلم يصح إلا بالتعيين ، ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم وأطوعهم ، لان صفة الزعيم في العرف أن يكون متقدماً في الصناعة ، مطاعاً في الجماعة ، فان تقدموه في الرمي وأطاعوه في الاتباع جاز ، وان تقدمهم في الرمي ولم يطيعوه في الاتباع لم يجز ، لان أهم خصائص الزعيم أن يكون مطاعاً ، فإذا أمر ولم يتبعه أحد فلا يجوز العقد عليه .

(والرابع) أن يكون زعيم كل واحد من الحزبين غير زعيم الحزب الاخر

لتصح نيابته عنهم في العقد عليهم مع الحزب الاخر ، فان كان زعيم الحزبين واحداً لم يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل في العقد بائعاً ومشترياً .

والشرط الخامس وهو مسألة الكتاب أن يتعين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومراضاة ، فان عقده الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون في كل حزب لم يصح ، مثال ذلك : أن يكون الحزبان ثلاثة وثلاثة ، فيقول الزعيمان نقرع عليهم فمن خرجت قرعتي عليه كان معي ، ومن خرجت قرعتي عليه كان معك ؛ فهذا لا يصح لامرين .

أحدهما : أنهم أصل في عقد فلم يصح عقده على القرعة كابتعاغ أحد العينين بالقرعة والثاني : أنه ربما أخرجت القرعة حذاقهم لأحد الحزبين ، وضعفاءهم للحزب الآخر ، فخرج عن مقصود التجريص في التناضل ، فان عدلوا بين الحزبين في الحذق والضعف قبل العقد على أن يقترع الزعيمان على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصح التعليل الأول من كونهم في العقد أصلاً دون التعليل الثاني من اجتماع الحذاق في أحد الحزبين ، لانهم قد رفعوه بالتعديل ، فاذا ثبت تعيينهم قبل العقد بغير قرعة تعيينوا فيه بأحد أمرين ، إما بالاشارة إليهم إذا حضروا ، وإن لم يعرفوا ، وإما بأسمائهم إذا عرفوا ، فان تنازعا عند الاختيار قبل العقد فعدلوا إلى القرعة في التقدم بالاختيار جاز لأنها قرعه في الاختيار وليست بقرعه في العقد ، فاذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحداً ثم اختار الزعيم الثاني واحداً ؛ ثم دعا الزعيم الأول فاختار ثانياً واختار الزعيم الثاني ثانياً ، ثم عاد الأول فاختار ثالثاً ، وأخذ الآخر الثالث الباقي . ولم يجز أن يختار الأول الثلاثة في حال واحدة لانه لا يختار إلا الاحدق ، فيجتمع الحذاق في حزب والضعفاء في حزب فبعدم مقصود التناضل من التجريص .

(فرع) فاذا تكاملت الشروط الخمسة في عقد النضال بين الحزبين لم يخل حالهم في مال السابق من ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يخرجها أحد الحزبين دون الآخر ، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب باخراجه أو اشتركوا فيه ، ويكون الحزب المخرج للسبق معطياً إن كان

منضولا وغير آخذ إن كان ناضلا ، ويكون الحزب الآخر آخذاً إن كان ناضلا
وغير معط إن كان منضولا ، وهذا يعني عن المحلل لانه محلل .

والقسم الثاني : أن يكون الحزبان مخرجين ، ويختص باخراج المال زعيم الحزبين
فهذا يصح ويعنى عن محلل ، لأن مدخل المحلل ليأخذ ولا يعطى ، ورجال كل
حزب يأخذون ولا يعطون ، فاذا نضل أحد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه ،
وقسم مال الحزب المنضول بين أصحابه ، فان كان الزعيم راميا معهم شاركهم في
مال السبق ، وإن لم يرم معهم فلا حق له فيه ، لانه لا يجوز أن يتملك مال النضال
من لم يناضل ، وصار معهم كالأمين والشاهد ؛ فان رضخوا له بشيء منه عن
طيب أنفسهم جاز وكان تطوعا ، فان شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط ولم
يبطل به العقد لانه ليس بينه وبين أصحابه عقد يبطل بفساد شرطه ، وإنما العقد
بين الحزبين وليس لهذا الشرط تأثير فيه .

والقسم الثالث : أن يخرجوا المال ويشترك أهل كل حزب في إخراجهم ، فهذا
لا يصح حتى يدخل بين الحزبين حزب ثالث يكون محملا بكافى كل حزب في
العدد والرمى يأخذ ولا يعطى كما يعتبر في إخراج المتناضلين المال أن يدخل بينهما
محلل ثالث يأخذ ولا يعطى .

فاذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفنا اشتمل الكلام بعد تمامه بالمال
المسمى فيه على ثلاث مسائل .

(إحداهما) في حكم المال المخرج في كل حزب ، ولهم فيه حالتان . إحداهما :
أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم فيشتركو في التزامه بالسوية على
أعدادهم من غير تفاضل فيه لاستوائهم في التزامه ، فان كان زعيمهم راميا معهم
دخل في التزامه كأحدهم كما يدخل في الاخذ معهم ، فان لم يكن راميا لم يلتزم معهم
كما لا يأخذ معهم .

والثانية : أن يسموا قسط كل واحد منهم في التزام مال السبق فهو على طريقتين
أن يتساوى في التسمية فيصح ، لانه موافق لحكم الإطلاق . والضرب الثاني :
أن يتفاضلوا فيه ، ففي جوازه وجهان (أحدهما) لا يجوز لتساويهم في العقد
فوجب أن يتساووا في الالتزام .

(والثاني) يجوز لأبويه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد فاعتبر فيه التراضي فان شرطوا أن يكون المال بينهم مقسماً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجوز لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فيبطل ولا يؤثر بطلانه في العقد لأنه ليس فيها بينهم عقد وكانوا متساوين فيه .

المادة الثانية في حكم نضالهما وفيما يحاسب به من الصواب والخطأ ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عدداً يكون له ثلث صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة ، لأنه ليس له ثلث صحيح .

وان كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح ، وهكذا ان كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لأنه اذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب الا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لأن اشتراكهم في رمي السهم لا يصح ، فأما عدد الإصابة المشروطة فيجوز أن لا ينقسم على عددهم لان الاعتبار فيما باصابتهم لا باشتراكهم ، فاذا استقر هذا بينهم لزيم كل حزب باصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب في الإصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب ، فاذا جمعت الاصابات والمشروط فيها إصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الاصابتين من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون المجموع من إصابة كل حزب خمسين فصاعداً ، فليس فيهما منضول ، وان تفاضلا في النقصان من الخمسين .

والحال الثانية : أن مجموع إصابة كل منهما أقل من خمسين ، فليس فيهما منضول لتساويهما في النقصان .

والحال الثالثة : أن يكون مجموع إصابة أحدهما خمسين فصاعداً ، ومجموع إصابة الآخر أقل من خمسين فستكمل الخمسين هو الناضل ، وان كان أحدهم في

الإصابة مقلًا فالمقصود عن الحسين هو المنضول ، وإن كان أحدهم في الإصابة
مكثرًا فيصير مقلل الإصابة أخذًا ومكثرها مطلقًا ، لأن حزب الناقل
وحزب المكثر منضول .

المسألة الثالثة في حكم المال إذا استحقه الحزب الناقل . فيقسم بين جميعهم
وفي قسمته بينهم وجهان :

(أحدهما) أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم في الإصابة لا شتر اكهم في
العقد الذي أوجب تساويهم فيه .

والوجه الثاني : أنه يقسم بينهم على قدر إصابتهم لأنهم بالإصابة قد استحقوه
فلا يكافيء مقل الإصابة مكثرها . وخالف التزام المنضولين حيث تساوا فيه مع
اختلافهم في الخطأ ، لأن الالتزام قبل الرمي فلم يعتبر بالخطأ والاستحقاق بعد
الرمي ، فصار معتبراً بالصواب .

فعلی هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناقل في جميع سهامه ففي خروجه
من الاستحقاق وجهان :

(أحدهما) يستحق معهم وإن لم يصب إذا قيل بالوجه الأول : أنه مقسوم
بينهم بالسوية لا على قدر الإصابة .

والوجه الثاني أنه يخرج بالخطأ من الاستحقاق ويقسم بين من عداه إذا قيل
بالوجه الثاني إنه مقسوم بينهم على قدر الإصابة ويقابل هذا أن يكون في الحزب
المنضول من أصاب بجميع سهامه . ففي خروجه من التزام المال وجهان .

(أحدهما) يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطيء من استحقاقه

والوجه الثاني : لا يخرج من الالتزام ويكون فيه أسوة من أخطأ إذا قيل
بدخول المخطيء في الاستحقاق ، وأنه فيه أسوة من أصاب . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي)

إذا عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذي يشد فيه الشن ، أو العرى وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد ، حسب له . لأن ذلك كله من الغرض ، وإن أصاب العلاقة ففيه قولان (أحدهما) يحسب له ، لأنه من جملة الغرض ، ألا ترى أنه إذا امتد معه فأشبهه العرى (والثاني) لا يحسب لأن العلاقة ما يعاق به الغرض . فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به ، وإن شرط إصابة الحاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما لم يحسب له . لأنه لم يصب الحاصرة .

وإن شرط اصابة الشن فأصاب العروة - وهو السير أو العلاقة - لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن ، فإن أصاب سهماً في الغرض - فإن كان السهم متعلقاً بنصله وباقيه خارج الغرض - لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الغرض طول السهم ؛ ولا يدري لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب ؟ وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فوقه حسب له ، لأن العقد على إصابة الغرض ، ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض . فإن خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له وإن أصاب الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في الرمي ، وإنما أصاب بفعل الريح لا بفعله .

وإن رمى وفي الجرد ریح ضعيفة فأرسل السهم مفارقاً للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض ، أو كانت الريح خلفه فنزع نزحاً قريباً ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له . لأنه أصاب بفراسته وحذقه ، وإن أخطأ حسب عليه ، لأنه أخطأ بسوء رميه ، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له ؛ فإذا أخطأ معها حسب عليه .

وإن كانت الريح قوية لا حيلة له فيها لم يحسب له إذا أصاب ، لأنه لم يصب بحسن رميه ، ولا يحسب عليه إذا أخطأ لأنه لم يخطئ بسوء رميه . وإنما أخطأ

بالرمي في غير وقته ، وإن رمى من غير ربح فنارت ربح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه ، لأنه لم يخطئ بسوء رميه ، وإنما أخطأ بعارض الربح . وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا : فيه وجهان بناء على القولين في إصابة السهم المزدلف ، وعندى أنه لا يحسب له قولا واحداً لأن المزدلف إنما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الربح لا يعلم أنه أصاب برميه ، وإن رمى سهماً فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمي وأرداه

(فصل) وان انكسر القوس أو انقطع الوتر ، أو أصابت يده ربح فرمى وأصاب حسب له ، لأن إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه ، فإن أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ لأنه لم يخطئ بسوء رميه وإنما أخطأ بعارض . وإن أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر نظرت ، فإن أصاب حسب له لأن إصابته مع الاغراق أدل على حذقه ، وإن أخطأ لم يحسب عليه . ومن أصحابنا من قال : يحسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في مد القوس ، والمنصوص هو الاول ، لأن الاغراق ليس من سوء الرمي ، وإنما هو لما في قبل الرمي فهو كانه قطع الوتر وانكسار القوس ، وإن انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ لأنه إنما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمي ، وإن أصاب بما فيه النصل حسب له لأن إصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه ؛ وإن أصابه بالموضع الآخر لم يحسب له لأنه لم يصب ، ولم يحسب عليه لأن خطاه لفساد الآلة لا لسوء الرمي .

(فصل) وإن عرض دون الغرض عارض من إنسان أو بهيمة نظرت فإن رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي وإن نفذ السهم وأصاب حسب له ، لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه . وحكى أن الكسعي كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظيماً فرمى فأنفذ وخرج السهم فأصاب حجراً وقدح فيه ناراً فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع أبهامه ، فلما أصبح رأى الظبي صريعاً قد نفذ فيه سهمه فنسدم فضربت به العرب مثلاً وقال الشاعر :

ندمت ندامة الكسعي لما رأت عيناه ما صنعت يده

وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب فقيه
 وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق انه يحسب عليه في الخطأ ، لأنه أخطأ
 بسوء الرمي لا للعارض ، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض ،
 فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ .
 (والثاني) أنه لا يحسب عليه لان العارض قد يشوش الرمي فيقتصر عن الغرض
 وقد يجاوزه . وان رمى السهم فأصاب الأرض وازدلف فأصاب الغرض فقيه
 قولان (أحدهما) يحسب لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها وما عرض
 دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب كما لو عرض دونه شيء فتهتك وأصاب
 الغرض (والثاني) لا يحسب له ، لأن السهم خرج عن الرمي الى غير الغرض
 وانما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها الى الغرض فلم يحسب له ، وان ازدلف ولم
 يصب الغرض فقيه وجهان (أحدهما) يحسب عليه في الخطأ لأنه انما ازدلف
 بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه (والثاني) لا يحسب عليه لأن الأرض
 تشوش السهم وتزيله عن سننه فاذا أخطأ لم يكن من سوء رميه
 (الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أغرق أحدهما فأخرج السهم من

يده ولم يبلغ الغرض كان له أن يعود من قبل العارض
 فأما اغراق السهم فهو أن يزيد في مد القوس لنضل قوته حتى يستغرق السهم
 فيخرج من جانب الوتر المعهود الى جانب الاخر ، فان من أجناس القسي والسهم
 ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامي جارياً على ابهامه فيكون اغراقه أن
 يخرج السهم باستيفاء المد الى يساره جارياً على سبائته ، فيكون اغراقه أن يخرج
 السهم باستيفاء المد الى يساره جارياً على سبائته ، ومنها ما يكون مخرجه على يسار
 الرامي جارياً على سبائته فيكون اغراقه أن يخرج على يمينه جارياً على ابهامه ،
 فاذا أغرق السهم قال الشافعي : لم يكن اغراقه من سوء الرمي وانما هو لعارض
 فلا يحسب عليه ان أخطأ به ؛ وفيه عندى نظر . لأنه اذا لم يمد القوس يحسب
 الحاجة حتى زاد فيه فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمي أشبه ، فاذا أخطأ
 بالسهم المغرق لم يحسب عليه على مذهب الشافعي ، وان أصاب به احتسب له
 لان الاصابة به مع المحلل أدل على حذق الرامي من الاصابة مع الاستقامة

وقال الشافعي رضي الله عنه : ولو أرسله مفارقاً للشن فهبت ريح فصرفته إليه ؛ أو مقصر فأسرعت به فأصاب حسب مصيباً ولا حكم للريح اه . إننا نعلم أن للريح تأثيراً في تغيير مجرى السهم عن جهته ، وحذاق الرماة يعرفون مخرج السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطيء ؟ فإذا خرج السهم فغيرته الريح فهو على ضربين .

(أحدهما) أن يخرج مفارقاً للشن فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون مقصراً عن الهدف فهبته الريح حتى أصاب فتعتبر حال الريح ، فإن كانت ضعيفة كان محسوباً في الإصابة لأننا على يقين من تأثير الرمي وفي شك من تأثير الريح ، وإن كانت الريح قوية نظر ، فإن كانت موجودة عند الإرسال كان محسوباً في الإصابة لأنه قد اجتهد في التحرز من تأثير الريح وحسب حسابها بتعريف سهمه فأصاب باجتهاده ورهبه ، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم ففي الاحتساب به وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه في الاحتساب باصابة المزدلف . أحدهما : يحسب به مصيباً إذا احتسبت إصابة المزدلف . والوجه الثاني : لا يحسب مصيباً ولا مخطئاً ، إذا لم يحسب باصابة المزدلف .

(والضرب الثاني) أن يخرج السهم موافقاً للهدف فتعدل به الريح حتى يخرج عن الهدف فيعتبر حال الريح ، فإن كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس ألقى السهم ولم يحسب به في الخطأ ، لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن ، فلم ينسب إلى سوء الرمي ، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر فيها فإن كانت قوية لم يحسب به في الخطأ لأنه أخطأ في اجتهاده الذي يتحرز به من الريح ، ولم يخطيء في سوء الرمي .

وإن كانت الريح ضعيفة ففي الاحتساب به في الخطأ وجهان . أحدهما : يكون خطأ لأننا على يقين من تأثير الرمي وفي شك من تأثير الريح . والثاني لا يكون محسوباً في الخطأ لأن الريح تفسد صنيع المحسن . وإن قلت كما تفسده إذا كثرت فإذا أزال الريح الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن من ثلاثة أحوال .

- ١ - أن يقع في غير الشن وفي غير موضعه الذي كان فيه فيحتسب به مخطئا لانه وقع في غير محل الاصابة قبل الريح وبعدها .
- ٢ - أن يقع في الموضع الذي كان فيه الشن في الهدف فيحتسب مصيبا لوقوعه في محل الاصابة .
- ٣ - أن يقع في الشن بعد زواله عن موضعه ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم فتحسب به في الخطأ لوقوعه في غير محل الاصابة عند خروج السهم . والضرب الثاني : أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه وعلم الرامي بزواله فينظر في الموضع الذي صار فيه ، فان كان خارجا من الهدف لم يحسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن محل الصواب والخطأ ، وان كان مماثلا لموضعه من الهدف احتسب به مصيبا ، لانه قد صار محلا للاصابة ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وكذلك لو انقطع وتره أو انكسر قوسه فلم يبلغ الغرض ، أو عرض دونه دابة أو إنسان فأصابه أو عرض له في يده ما لا يمر السهم معه كان له أن يعود به .

قلت : إذا انقطع وتره أو انكسر قوسه فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحسب عليه ، لانه لم يخطىء لسوء رميه ، ولكن انقص آتته ، ولو أصاب به كان محسوبا من اصابته لانه أدل على حذقه ، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو إنسان وقع السهم فيه ومنع من وصوله الى الهدف لم يحسب عليه وأعيد السهم اليه ؛ فان خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل الى الهدف فأصاب كان محسوبا من اصابته لانه بالاصابة مع هذا العارض أشد وأرعى ، ويسمى هذا السهم مارقا .

وقد كان الكسعي في العرب راميا وقصته كما ساقها المصنف على وجهها ، والكسعي هو محارب بن قيس من كسيجه ، وقيل : هو من بني محارب من قحطان واسمه عامر بن الحارث ، وقد قال عن نفسه أو قيل بلسان حاله فيما جرت عايبه حادة القصاص من تسجيل الاخبار بالشعر على لسان أصحابها :

ندمت ندامة لو أن نفسى قطاوعنى إذن لقطعت حوسى
 تبين لى سفاه الرأى منى لعمر أبىك حين كسرت قوسى
 وهكذا لو عرض للرمى علة فى يده أو أخذته ربح فى يديه ضعف بهاعن
 مد قوسه لم يحتسب عليه إن قصر أو أخطأ ، لأنه لمعارض يمنع وليس من سوء
 رمى أو قلة حذق .

قال الشافعى رضى الله عنه : فأما إن جاز السهم وأجاز من وراء الناس فهذا
 سوء رمى وليس بعارض غلب عليه فلا يرد اليه . يقال : جاز السهم إذا مر فى
 أحد جانبي الهدف ويسمى غاصر وجمعه خواصر ؛ لأنه فى أحد الجانبين مأخوذ
 من الخاصرة لأنها فى جانبي الإنسان ، ويقال : أجاز السهم إذا وقع وراء
 الهدف ، فإذا جاز السهم وسقط فى جانب الهدف أو أجاز فوقه وراء الهدف كان
 محسوبا من خطئه ، لأنه منسوب إلى سوء رميه ، وليس بمنسوب إلى عارض
 فى يديه أو إليه .

وقال أبو على بن أبى هريرة : الجائز أن يقع فى الهدف عن أحد جانبي الشن
 فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة فى الشن كان الجائز مخطئا ، وإن كانت مشروطة
 فى الهدف كان الجائز مصيبا ، ويجوز أن يشترطا أن تكون إصابة سهامهما جائزة
 فيحتسب بالجائز ولا يحتسب بغير الجائز .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كان الشن منصوبا ففرق منه كان عندى
 خاسقا ، ومن الرماة من لا يحتسبه إذا لم يثبت فيه .

أما السهم المارق فهو أن ينفذ فى الشن وهو منصوب فوق الهدف ويخرج منه
 فيقع وراء الهدف فيحتسب به فى القارع ، فأما الخاسق فى الاحتساب به قولان
 أحدهما : وهو منصوب الشافعى أنه يحتسب به خاسقا اعتبارا بالمعنى وأنه زائد
 على الخسق فيؤخذ فيه معنى الخسق . والقول الثانى حكاه الشافعى عن بعض الرماة
 أنه لا يحتسب به خاسقا اعتبارا بالاسم لأنه يسمى مارقا ولا يسمى خاسقا ، فن
 أصحابنا من أثبت هذا القول للشافعى ، ومنهم من نفاه عنه ، لأنه إضافة إلى غيره
 ولا يكون مخطئا ، وإن لم يحتسب خاسقا لا يختلف فيه أصحابنا .

وأما السهم المزدلف فهو أن يقع على الأرض ثم يزدلف منها بمحمولته وحدته فيصير في الهدف ، ففي الاحتساب به مصيبا قولان . أحدهما : يحتسب به مصيبا لانه بمجرد الرمي أصاب ، والقول الثاني : ليس بمصيب لخروجه من الرامي إلى غير الهدف ، وإنما أعادته الأرض حين ازدلف عنها في الهدف .

قال أبو إسحاق المروزي : ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قوانين ، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقاته الأرض ، فإن ضعفت حوته بعد ازدلافه ولانت كان محسوبا في الإصابة ، وإن قويت وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيبا ، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه ، لان مروق السهم من فعل الرامي ، وازدلافه من تأثير الأرض . فعلى هذا في الاحتساب به مخطئا إذا لم يحتسب به مصيبا وجمان . أحدهما : يكون مخطئا لانه من سوء الرمي . والثاني : لا يكون مخطئا ما أصاب ويسقط الاعتداد به مصيبا ومخطئا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان العقد على إصابة موصوفة نظرت ، فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخزق أو خسق أو مرق حسب له لأن الشرط هو الإصابة ؛ وقد حصل ذلك في هذه الأنواع .

(فصل) وان كان الشرط هو الخسق نظرت ، فان أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط حسب له ، لان الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك كما لو ثبت ثم نزع انسان ، فان ثقب الموضوع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يحسب له ، لأن الخسق ان يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك ، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه .

(والثاني) وهو الصحيح : انه لا يحسب له لأن الاصل عدم الخسق ، وانه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له ، وان كان الغرض ملصقا بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه ، فقال الرامي : قد خسق إلا أنه لم يثبت فيه لغلظ

لقيه من نواة أو حصة . وقال رسيله : لم يخسق ، نظرت ، فإن لم يعلم موضع الإصابة من الغرض فالقول قول الرسيل ، لأن الاصل عدم الخسق ، وهل يخاف ؟ ينظر فيه فإن فتنس الغرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته لم يخاف ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته خلاف ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن .

وإن علم موضع الإصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وإن كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول الرامى ، لأن المانع شهد له (والثانى) أن القول قول الرسيل لأن الاصل عدم الخسق ، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقاً ، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رديه فلا يحكم له بالخسق بالشك ، وإن كان فى الشن خرق أو موضع بال فوقه فيه السهم وثبت فى الهدف نظرت ، فإن كان الموضوع الذى ثبت فيه فى صلابه الشن اعتد به ، لأننا نعلم أنه لو كان الشن صحيحاً ثبت فيه ، وإن كان دون الشن فى الصلابه كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه ، لأننا لا نعلم أنه لو كان صحيحاً هل كان يثبت فيه أم لا ؟ فيرد اليه السهم حتى يرميه .

وإن خرمه وثبت ففيه قولان (أحدهما) يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت (والثانى) لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم فى جميع الشن ولم يوجد ذلك ، فإن مرق السهم فقد قال الشافعى رحمه الله : هو عندى خاسق ومن الرماة من لا يحتميه ، فن أصحابنا من قال : يحتمى له قولاً واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له . لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة ، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب فكذلك إذا مرق والشرط الخسق

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يحسب له لما ذكرناه (والثانى) لا يحسب له لأن الخسق أن يثبت ، وما ثبت ، ولأن فى الخسق زيادة حذق وصنعة من نزع القوس بمقدار الخسق ، والتليل الاول أصح ، لأن هذا يبطل به إذا مرق والشرط القرع ، وإن أصاب الشن ومرق وثبت فى الهدف

ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن في الصلابة فقال الراوي هذا الجلد قطعه سهى بقوته ، وقال الرسيل بل كان في الشن ثقبه وهذه الجملة كانت قد انقطعت من قبل لخصت في السهم فالقول قول الرسيل لان الاصل عدم الخسق .

(فصل) إذا مات أحد الراميين أو ذهب يده بطل العقد ، لان المقصود معرفة حذقه ؛ وقد فات ذلك فبطل العقد كما لو هلك المبيع ، وان رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر ، وان أراد أن يفسخ - فان قلنا انه كالجمالة كان حكمه حكم الفسخ من غير عذر ، وقد بيناه في أول الكتاب ، وان قلنا انه كالاجارة جاز أن يفسخ ، لانه تأخر المعقود عليه فلما الفسخ كما يملك في الاجارة ، وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمي للدعة - فان قلنا انه كالاجارة - أجبر عليه كما أجبر في الاجارة ، وان قلنا انه كالجمالة لم يجبر كما لا يجبر في الجمالة

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو تشارطا المصيب ، فن أصاب الشن ولم يخرق حسب له لانه مصيب

قلت : فاذا تشارطا الاصابة احتسب كل مصيب من قارع وخارق وخاسق ، لان جميعهما مصيب . وهكذا لو تشارطا الاصابة قرعا احتسب بالقارع وبالمارق وبالخاسق لانه زيادة على القرع . ولو تشارطا الخواصر احتسب بكل مصيب لان اصابة الخواصر مشتمل على كل مصيب من قارع وخارق وخاسق . فاما الخواصر فهو ما أصاب جانب الشن ؛ فان شرطاً في الرمي لم يحتسب الا به ، وان لم يشترطه احتسب به مع كل مصيب في الشن اذا كانت الاصابة مشروطة في الشن .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ولو تشارطا الخواصر والشن ملصق بالهدف فأصاب ثم رجع فزعم الرامي أنه خسق ثم رجع لفاظ لقيه من حصاة أو غيرها وزعم المصاب عليه أنه لم يخسق ، وانما قرع ثم رجع فالقول قول من بينه الا أن تقوم بينة فيؤخذ بها

واشترط الخسق إنما يكون في إصابة الشن دون الهدف ، وقد ذكرنا أن الشن وهو جلد ينصب في الهدف تمتد أطرافه بأوتار أو خيوط تشد في أوتاد منصوبة في الهدف المبني ، وربما كان ماصقاً بجائط الهدف ، وربما كان بعيداً منه بنحو من شبر أو ذراع ، وهو أبعد ما ينصب ، وخسق الشن إذا كان بعيداً من الهدف أوضح منه إذا كان ماصقاً به .

فإذا رمى والشن ماصق بالهدف فأصاب الشن ثم سقط بالإصابة خسق فزعم الرامي أنها خسق ، ولقي غليظاً في الهدف من حصاة أو نواة فرجع وهو خاسق ، وزعم المرمى عليه أنه قرع فسقط ولم يخسق فلهما ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم صدق الرامي في قوله بغير يمين ، لأن الحال شاهدة بصدقه والحال الثانية : أن يعلم صدق المرمى عليه في إنكاره إما بأن لا يرى في الشن خسقاً ، وإما بأن لا يرى في الهدف غليظاً ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، لأن الحال شاهدة بصدقه

والحال الثالثة : أن يحتمل صدق المدعى وصدق المنكر لأن هل في الشن خواسق أم لا ، فإن كانت بيينة حمل عليها ، وإن عدهت البيينة قاقول قول المنكر مع يمينه ولا يحتسب به مصيباً ، وفي الاحتساب به مخطئاً وجمان :

(أحدهما) يحتسب به في الخطأ إذا لم يحتسب به في الإصابة لوقوف الرامي بين ضواب وخطأ .

والوجه الثاني لا يحتسب به في الإصابة ، لأن الإصابة لا يحتسب بها إلا مع اليقين ، وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين ، فإن نكل المنكر عن اليقين أحلف الرامي . فإذا حلف احتسب بإصابته

قال الشافعي رحمه الله : وإن كان الشن بالياً فأصاب موضع الخسق فصار في الهدف فهو مصيب .

وهذا معتبر بالشن والهدف ولهما ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الهدف أشد من الشن لأنه مبني قد قوى واشتد فإذا وصل السهم إليه من ثقب في الشن

ثبت في الهدف الذي هو أقوى من الشن كان ثبوته في الشن الاضعف أجدر .
وهو الذي أراده الشافعي فيحتمسب به محاسفا

والحال الثانية أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد لأنه جلد متين والهدف
تراب نائر أو طين لين فلا يحتمسب به مصيبا ولا مخطئا ، أما الاصابة فلجواز
أن لا يخسق الشن . وأما الخطأ فلهدم ما خسقه مع بلى الشن
والحال الثالثة : أن يتساوى الشن والهدف في القوة والضعف فلا يحتمسب به
مخطئا ، وفي الاحتساب به مصيبا وجهان :

(أحدهما) يحتمسب من اصابة الخسق لأن ثبوته في الهدف قائم مقام ثبوته
في الشن عند تساويهما .

والوجه الثاني : لا يحتمسب في اصابة الخسق ويحتمسب في اصابة القرع على
الاحوال كلها . وإن صادف السهم في ثقب في الغرض قد ثبت في الهدف مع
قطعة من الغرض ، فقال الرامي : خسقت ، وهذه الجلدة قطعها سمي لشدة الرمية
فأنكر صاحبه وقال : بل هي كانت مقطوعة ، فإن علم أن الغرض كان صحيحا
حكم بقول الرميل لأن الاصل عدم الخسق . وقال أحمد وأصحابه القول قول
الرامي إذا كان الغرض صحيحا .

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : وإذا أراد المسبق أن يجلس ولا يرمى
والسابق فضل أو لا فضل له ، فسواء قد يكون له الفضل فيفضل وعليه الفضل
فيفضل . الى آخر ما قال .

قلت : إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمي فله حالتان : احدهما أن يريد به
تأخير الرمي عن وقته فلا يخلو أن يكون فيه مذكورا أو غير مذكور ، فإن كان له
عذر وطلب التأخير آخر ولم يجبر على التعجيل ، سواء قبل بلزومه كالأجارة أو
بجوازه كالجمالة ، لأنه ليس بأوكد من فرض الجملة التي يجوز التأخر عنها بالعذر
وأعذاره في تأخير الرمي ما أثر في نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر في
رميه من شدة ريح أو مطر أو أثر في أهله من موت أو حادث نزل أو أثر في ماله
من جائحة طرق أو خوف طرا .

وإن لم يكن له في تأخير الرمي عذر : والتمس به الدعاء إلى وقت آخر ففي إجباره على التعميل قولان .

(أحدهما) يجبر عليه إذا قيل بلزومه كالإجارة .

(والثاني) لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجمالة . أما الحال الثانية : كان يريد بالجلوس عن الرمي فسخ العقد فلا يخلو أن يكون معذوراً في الفسخ أو غير معذور ، فإن كان معذوراً في الفسخ وأعدار الفسخ أضييق وأغلظ من أعدار التأخير وهي ما اقتصت نفسه من العيوب المانعة من صحة رميه وهي ضربان .

(أحدهما) ما لا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع وليس يحتاج إلى فسخه بالقول .

(والضرب الثاني) ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينيه أو علة جسده فلا يفسخ العقد بحدوث هذا المانع بخلاف الضرب الأول لامكان الرمي بعد زواله ويكون الفسخ بالقول ، وذلك معتبر بحال صاحبه ، فإن طلب تعجيل الرمي فله الفسخ لتعذر التعميل عليه ، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركاً بينه وبين صاحبه ، ولكل واحد منهما فسخ العقد به .

وان أجاب صاحبه إلى الإِنظار بالرمي إلى زوال المرض فهل يكون عذره في الفسخ باقياً ؟ أم لا ؟ على وجهين . أحدهما : يكون باقياً في استحقاق الفسخ لئلا تسكون ذمته مرتبة بالعقد . والوجه الثاني : أن عذر الفسخ قد زال بالانتظار ، وليس المنتظر أن يرجع في هذا الانتظار ، وإن جاز له أن يرجع في الانتظار بالديون لأن ذلك عن عيب رضى به ، وجرى مجرى الانتظار بالاعسار ، وإن لم يكن اطالب الفسخ عذر في الفسخ ، فإن قيل بلزوم العقد كالأجارة لم يكن له الفسخ وأخذ به جبراً ، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق إذا امتنع منها فإن طال به الحبس وهو على امتناعه عزر حتى يجيب .

فإن قيل بجواز العقد كالجمالة فله الفسخ قبل الرمي وبعد الشروع فيه وقبل ظهور الغلبة ، فإن ظهرت الغلبة لأحدهما ، فإن كانت لطالب الفسخ ، فله الفسخ وإن كانت لغيره ففي استحقاقه للفسخ قولان مضياً .

أحدهما : لا يستحقه بعد ظهورها انقويت الاغراض المقصودة بعد ظهورها
والقول الثاني - وهو الذي نص عليه الشافعي هاهنا - له الفسخ لما عطل به من
أنه قد يكون له الفضل فيفضل ، ويكون عليه الفضل فيفضل .

(مسألة) إذا عرفت أن الرمي مما يلزم المسلمين حذقه والترس عليه لفهر
الأعداء وجهادهم لتكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ، وعرفت
أن السهام والنبال من أسلحة النضال قد استحالت في أعصرنا إلى أسلحة نارية منها
ما يصيب بالنوجيه كرشاش بورسميد واللانكستر والبرتا ، ومنها ما يصيب
بالفسديد أو التصويب الدقيق كالبنديقية حكيم والي أنفيلد والتوميجن ، ومنها
ما يعطى مخروطا ناريا باللس الهين ويسمى آليا ، ومنها ما يعطى القذيفة بالضغط
بالإصبع ويسمى منفردا ، وقليل من حذاق الرماية الذين يستطيعون أن يجعلوا
الآلي منفردا ، وهو أمر يفتقر إلى قدرة على ضبط حركة الأصبع وسيطرة على
لس الزناد ، والفرق بين هذه الآلات والآلات السابقة لا يختلف في حكمه إلا
بمقدار ما يراعى من قوة الرمي وبعد ما ترميه الآلات الحديثة ومدى تأثيرها .
وقد سن النبي صلى الله عليه وسلم الأخذ بالآلات غير المسلمين حين حاصر الطائف
بالمجانيق ، ووجه الصحابة رضوان الله عليهم إلى صناعتها وصناعة الضبور وهي
نوع من المدافع البدائية التي تطورت صناعتها حتى بلغت في عصرنا هذا الصاروخ
طائر الفارات ، ويحتسب في الرماية بتلك القذائف دورة الأرض حول نفسها
ودورتها السنوية وقانون الجاذبية وهي تحتاج إلى معادلات رياضية وحساب دقيق
لتصل إلى أهدافها في قلاع الأعداء فتدمرها تدميرا .

وقد أخرج الشيخان والحاكم وصححه والشافعي وأحمد والنسائي وابن حبان
عن عبد الله بن مغفل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الخذف وقال
إنها لا تصيد صيدا ولا تنكأ عدوا ولكنها تكسر السن وتفقأ العين .

فقد وجهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما فيه الأثر الأقوى والإغلاظ
البالغ والسلاح الحامم لارهاب العدو . فإذا ثبت هذا فإن الرماية بالبنديقية وغيرها
من المستحدثات من فروع الكفايات التي تتأصل بها عزة الأمة وتحمي بها حوزتها

وتعلمي هارايتهما وعلى ولي الامر أن يحرص من وهب من قوة البنية وخفة الحركة
وحدة البصر ونور الايمان من ينهض به ويتوفر عليه حتى لا تكون فتنة ويكون
الدين كله لله ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب احياء الموات

يستحب احياء الموات لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : من أحيأ أرضاً ميتة فله فيها أجر ، وما أكله العوافي منها فهو له صدقة ،
وتملك به الأرض لما روى سعيد بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله (ص)
قال : من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر ، ولأنه
تملك مباح فلم يفتقر الى اذن الامام كالاصطياد .

(فصل) وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكه
ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه يملك بالاحياء لما روى طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
: عادى الأرض لله ورسوله ، ثم هي ليكم بعد ، ولأنه ان كان في دار الاسلام
فهو كاللقطه التي لا يعرف مالكها ، وان كان في دار الحرب فهو كالركاز .

(والثاني) لا يملك لأنه ان كان في دار الاسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت
المال ، فلا يجوز احيائه ، وان كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل
ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة ، فلا يحل ماله ، ولا يجوز تملكه .

(والثالث) أنه ان كان في دار الاسلام لم يملك ، وان كان في دار الحرب
ملك ، لأن ما كان في دار الاسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة ، وما كان في
دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له ؛ ولهذا ما يوجد في دار الحرب يخمس
وما يوجد في دار الاسلام يجب تعريفه ، وان قاتل الكفار عن أرض ولم يحبوها
ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أن تملك بالاحياء ، بل هي

غنيمة بين الغائبين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتهجرين ، فلم تملك بالاحياء (والثاني) أنه يجوز أن تملك بالاحياء لأنهم لم يحدوا فيها عمارة لجاز أن تملك بالاحياء كسائر الموات .

(فصل) وما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز إحياءه لأنه تابع للعامر فلا يملك بالاحياء ولأننا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالاحياء لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات وهذا من جهة العامر ولأننا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز .

(فصل) ويجوز إحياء كل من يملك المال لأنه فعل يملك به لجاز من كل من يملك المال كالاصطياد ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء في دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له في ذلك . لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ، لجمع الموتان وجعلها للمسلمين ، فانتفى أن يكون لغيرهم ، ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين ، فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك إحياءه ، ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه ، لأن الموات تابع للبلد ، فإذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته .

(الشرح) حديث جابر رواه أحمد والترمذي وصححه بلفظ : من أحيأ أرضاً فهي له ، وفي لفظ عند أحمد وأبي داود : من أحاط حائطاً على أرض فهي له ، ولاحمد وأبي داود والطبراني والبيهقي وصححه ابن الجارود من رواية سمرة بن جندب رواه عنه الحسن وفي سماع الحسن من سمرة خلاف معروف بين المحدثين تكامفا عاياه في غير ما موضع ، وأخرجه النسائي وابن حبان بنحوه .

أما حديث سعيد بن زيد فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذي بلفظ : من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، وليس لمرق ظالم حق ، وأخرجه أيضا النسائي ، وحسنه

الزمذى وأعله بالارسال ورجح الدارقطنى إرساله وقد مضى الاختلاف فى الصحابي الذى رواه غير سعيد بن زيد .

أما سعيد بن زيد فهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، كنيته أبو الأعور ، وهو قرشى عدوى من السابقين الأولين البدرين ، من رضى الله عنهم ورضوا عنه ، شهد المشاهد كلها ، وشهد حصار دمشق وفتحها ، وأول من ولى على دمشق فى الاسلام ؛ له حديثان فى الصحيحين ، وانفرد البخارى له بحديث ، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعمرو بن حريث وعروة وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وعبد الله بن ظالم وطائفة . وأبوه زيد بن عمرو بن نفيل ، مات قبل الاسلام على النجاة ، لأنه خرج يطلب الدين القيم حتى مات . وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يبعث أمة وحده يوم القيامة . وهو ابن عم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وقال ابن عبد البر : هذا الحديث مسنده صحيح متلقى بالقبول عند الفقهاء فى المدينة وغيرها .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : بلاد المسلمين شيتان : طامر وموات ، فالعامر لأهله كل ما صلح به العامر إن كان مرفقا لأهله من طريق وفناء ومسيل ماء أو غيره فهو كالعامر فى أن لا يملك على أهله إلا بإذنتهم . اهـ والموات هو الارض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً ومواتان بفتح الواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو لا بصيرة له ولا فهم .

إذا عرف هذا فإن الموات شيتان : موات قد كان عامراً لأهله معروفاً فى الاسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتاً ، فذلك كالعامر لأهله لا يملك عليهم إلا بإذنتهم (والثانى) ما لم يملكه أحد من أهل الاسلام يعرف ولا همارة فى الجاهلية أو لم يملك ، فذلك الموات الذى قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحياء مواتاً فهو له ،

وروى وهب بن كيسان عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحياء أرضاً ميتة فهي له وله فيه أجر وما أكلت العوافى منها فهو له صدقة ، والعوافى جمع عاف وهو طالب الفضل .

و قد روى أحمد والبخارى عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها ، وعن أسمر بن مضر قال : أتيت النبي (ص) فبايعته فقال : من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له . قال فخرج الناس يتعادون ويتخاطون ، أى يتسابقون عدوا يخطؤون في الارض تمهيدا لتعميرها .

وروى ابن ابي مليكة عن عروة قال : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الارض أرض الله والعباد عباد الله . ومن أحيانا فهو أحق به . جاءنا هذا عن النبي (ص) الذين جاءوا بالصلوات عنه ، والحديث بهذه المثابة لا يكون مرسل على القول الصحيح بناء على الاصل في أن الصحابة كلهم عدول ، فاذا قال التابعى الثقة أشهد أنه جاءني عن النبي (ص) به الذين جاءوا بالصلوات عنه وهو يعني الصحابة . فقد ارتفع الارسل وبقيت الجمالة ، والجمالة بالصحابي لا تقدر في الحديث ، اللهم الا اذا ثبت ولو مرة واحدة أن عروة التمس عليه أمر تابعى معاصر بإسلامه للنبي صلى الله عليه وسلم فظنه صحابيا ، ولكن اذا عرفنا أن عروة لا يشك في تثبته وعلمه بأحوال الصحابة والذي تربى في بيت النبوة والخلافة . فأبوه ابن عمه النبي صلى الله عليه وسلم ؛ وجده لأمه أبو بكر رضي الله عنه . وخالته أم المؤمنين ، وأخوه أمير المؤمنين عبد الله بن الزبير . وروى الشافعى عن سفيان عن طاوس أن النبي (ص) قال : عمارة الارض لله ولرسوله ثم هى لكم منى ، ولأن ما لم يجر عليه ملك نوحان أرض وحيوان ، فلما ملك الحيوان اذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الارض اذا ظهر عليه بالاحياء وقوله في حديث الفصل عن طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عادى الارض ، نسبة الى عاد رجل من العرب الاولى ، وهم العرب البائدة ، وبه سميت قبيلة قوم هود ، ويقال للملك القديم عادى كأنه نسبة اليه لتقدمه ، وبه عادى كذلك ؛ وعادى الارض ما تقدم ملكه .

وقد جاء حديث طاوس في الامم وعند المصنف هنا هكذا مرسل . وقد رواه هكذا سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال ، فاذا تقرر جواز الاحياء قال الشافعى : بلاد المسلمين شيان عامر وموات ، وانما خص بلاد المسلمين بما

ذكره من قسمي العامر والموات ، وإن كانت بلاد الشرك أيضا عامراً ومواتاً ،
لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنتهم . وعامر بلاد
الشرك قد يملك عليهم قهراً أو غلبة بغير إذنتهم . وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر
من بلاد المسلمين ثم بمواتهم . أما العامر فلأهله الذين قد ملكوه بأحد أسباب
التملك وهي ثمانية : ١ - الميراث ٢ - المعاوضات ٣ - الهبات ٤ - الوصايا ٥ - الوقف
٦ - الصدقات ٧ - الغنيمة ٨ - الإحياء .

فإذا ملك عامراً من بلاد المسلمين بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكاً له
والحرية ومرافقيه من بناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التي
لا يستغنى العامر عنها فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياءه ولا غيره
فمن أحياءه لم يملكه . وقال داود بن علي : حریم العامر كسائر الموات من أحياءه
فقد ملكه استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم : من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له ،
وهذا خطأ لأن حریم العامر قد كان على عهد رسول الله (ص) ثم على عهد خلفائه
مقرراً على أهله لم يتعرض أحد لإحياءه مما اتهموا الله به ، ولأنه لو جاز لإحياء حریم
العامر لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به ، لأنه يفضى إلى أن يبني الرجل
داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله . وما أدى إلى هذا من الضرر
وكان ممنوعاً منه ، وليس الحریم مواتاً فيصح استدلال داود عليه .

وأما الموات فضربان : أحدهما ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يهر قط ،
فهذا هو الموات جاء في الحديث أن من أحيأها فهي له ، فإن أحيأها فهي لم يملكه
وقال أبو حنيفة : يملكه الذمي بالإحياء كالمسلم ، استدلالاً بعموم قوله صلى الله
عليه وسلم : من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له ، ولأنها أعيان مباحة لجاز أن يستوى
في تملكها المسلم والذمي كالصيد والحطب ، ولأن من يملك بالأصطياد والاحتطاب
صح أن يملك بالإحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التملك فوجب أن
يستوى فيه المسلم والذمي كالبيع ، ودليلنا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
: ثم هي لكم مني ، فوجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات إليهم فدل على
اختصاصهم بالحكم .

ولأن النبي صلى الله عليه قال لا يجتمع في جزيرة العرب دينان ، إشارة الى إجلالهم حتى أجلهم عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكاً محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فإذا لم يكن لهم الأقوى فلا ضعف أولى ، ولأن من لم يقر في دار الإسلام إلا بجزية منع من الأحياء كالمعاهد ، ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية وأصله نكاح المسلمة . ولأنه نوع تملك ينافيه كفر الحربى فوجب أن ينافيه كفر الذمى كالارث من مسلم

فأما الجواب عن حديث من أحيأ أرضاً موأتا فهي له ، فهو أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك . وقوله ثم هي لكم ، وارد في بيان من يقع له الملك فصار المنصر في كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه ، فصار الخبران في التقدير كقوله من أحيأ أرضاً موأتا من المسلمين فهي له ،

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتقض بالغبنة حيث لم يستو المسلم والذمى فيها مع كونها أعياناً مباحة ، ثم لو سلم من النقص لكان المعنى في الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر ، وليس كذلك الأحياء . لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وإن منع من الأحياء ، فكان المعنى الذى فرقوا به في المعاهد بين إحيائه واصطياده هو فرقنا في الذمى بين إحيائه واصطياده ، وهو الجواب عن قياسهم الثانى ويكون المعنى في المسلم فضيلته بدينه واستقراره في دار الإسلام بغير حرمة مباحة له غار الآلة فاستعلى على من خالف الأمة .

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة لأنهم اسبب من أسباب التملك الذى يختص بها المسلم دون الذمى . ولما لم يجز في الأحياء أن يملك به المعاهد لم يملك به الذمى . وقال أحد بدم الفرق بين المسلم والذمى وقد مضى الرد على ذلك . والضرب الثانى من الموات ما كان عامراً ثم خرب فصار بالحراب موأتا فذلك ضربان ، أحدهما أن كان جاهلياً لم يعمر في الإسلام فهذا على ضربين أحدهما أن يكون قد خرب قبل الإسلام حتى صار موأتا مدرساً كأرض عاد وتبع ومدن طيبة ومنف وبابل وآشور وبعابك فهذه إذا أعان أهلها الى بيت

مال المسلمين وملاكت للدولة التي من حقها أن تكون لها الولاية عليها لدرضاها
 للاعتبار عملاً بقوله تعالى « أفلم يسروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين
 من قبلهم ، كانوا أشد منهم قوة وآثاراً في الأرض ، وعمرها أكثر مما عمرها ،
 إلى آخر ما ورد في القرآن الكريم من آيات الحث على السياحة والسير إلى الآثار
 للاعتبار والاتعاظ ، كان إحيائها معلقاً بإذن السلطان ، بل إن السلطان إذا أحيها
 بصيانتها وإقامة الحراس عليها وتمهيد طرقها وتيسير سبل الوصول إليها بسبب
 ما تحويه من توابخ من كانوا يعمرونها من الدارسين والباثدين كان هذا إحياء
 لها على هذا النحو ، وصارت ملكاً عاماً لا يختص به أحد ، وذلك أصله قوله (ص)
 « طأدى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ، والضرب الثاني : ما كان باقي العمارة
 إلى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتاً قبل أن يصير من بلاد الإسلام فهذا على
 ثلاثة أقسام (أحدها) أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه فهذا يملك
 بالاحياء كالذي لم يزل مواتاً (والقسم الثاني) أن يتمسكوا به إلى حين القدرة
 عليه فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك بالاحياء .

(والقسم الثالث) أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدرة
 عليه أم لا ، ففي جواز تملكه بالاحياء وجهان كالذي جهل حاله من الركاك .

والضرب الثاني : ما كان في الأصل عامراً من بلاد الإسلام ثم خرب حتى
 ذهبت عمارته ، واندرست آثاره ، فصار مواتاً . فقد اختلف الفقهاء في جواز
 تملكه بالاحياء على ثلاثة مذاهب ، فذهب الشافعي منها أنه لا يجوز أن يملك
 بالاحياء سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا . وقال أبو حنيفة : إن عرف أربابه فهو
 على ملكهم لا يملك بالاحياء وإن لم يعرفوا يملك بالاحياء استدلالاً بعموم الحديث
 « من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له » وحقبة الموات ما صار بعد الاحياء مواتاً من العامر
 فزال عن حكم العامر كالجاهلي . ولأنه موات لجاز إحيائه كسائر الموات .

وقال مالك : يصير كالموات الجاهلي يملكه من أحيائه سواء عرف أربابه أم لم
 يعرفوا . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب
 نفس منه » وهذا مال مسلم . وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد فهو أحق بها »

لجمل زوال الملك عن الموات شرطاً في جواز ملكه بالإحياء . ودل على أن ما جرى عليه ملك لم يجوز أن يملك بالإحياء .

وروى أسامة بن مضر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى مال بسبقه إليه مسلم فهو له مال ، فخرج الناس يتمادون يتخاطون ، وهذا نص ولاها أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين فلم يجوز أن يملك بالإحياء كالتى بقيت آثارها عند مالك ، وكالتى تعين أربابها عند أبي حنيفة ، ولأن ما صار مواتاً من جامر المسلمين لم يجوز إحياءه بالتملك كالآوقاف والمساجد .

وأما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم : من أحيى أرضاً مواتاً فهي له ، فهو دليل عليهم ؛ لأن الأول قد أحيأها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثاني لأمرين أحدهما : أنه سبق . والثاني : أن ملكه قد ثبت باتفاق . وأما الجواب عن قياسهم على الجاهل وعلى التى لم تزل خراباً فالمنى فيها أنها لم يجز عليها ملك مسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والإحياء الذى يملك به أن يعمر الأرض لما يريد ، ويرجع في ذلك إلى العرف . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق الإحياء ولم يبين لجمل على المتعارف ، فإن كان يريد للسكنى فإن بنى سور الدار من اللبن والاجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك ، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك ، ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك ، فإن أراد مراحاً للغم أو حظيرة للشوك والخطب بنى الحائط ونصب عليه البواب ، لأنه لا يصير مراحاً وحظيرة بما دون ذلك ، وإن أراد للزراعة فإن يعمل لها مسناة ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر ، فإن كانت الأرض من البطائح فإن يحبس عنها الماء لأن إحياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن إحياء اليابس بسوق الماء إليه ؛ وبجرها ؛ وهو أن يصلح ترابها ، وهل يشترط غير ذلك ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص في الأم ، وهو قول أبي إسحاق ، لأن الإحياء قد تم وما بقى إلا الزراعة ، وذلك انتفاع بالحيا فلم يشترط كسكنى الدار .

(والثاني) وهو ظاهر ما نقله المازني : أنه لا يملك إلا بالزراعة لأنهما من تمام العمارة ، وبخلاف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة ، وإنما هو كالحصاد في الزرع .
 (والثالث) وهو قول أبي العباس : أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقي ، لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك ؛ وإن أراد حفر بئر فأحيواؤها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء لأنه لا يحصل البئر إلا بذلك ، فإن كانت الأرض صلبة تم الأحياء ، وإن كانت رخوة لم يتم الأحياء حتى تطوى البئر لأنها لا تكمل إلا به ،

(الشرح) يختلف الأحياء باختلاف المقصود منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الأحياء ولم يحدده ، ولما كان ليس للأحياء في اللغة حد وجب الرجوع إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه تهيئة الشيء لما يقصد منه غالباً ، فإن أراد مسكناً نظرت إلى العرف الشائع في المكان الذي يجري فيه الأحياء مسكناً ، كتحويطه بالأجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان ، وقد رأى بعض الأصحاب الاكتفاء بالتحويط من غير بناء لكنه نص في الأتم على اشتراط البناء .

قال الرملي : وهو المعتمد ، والأوجه الرجوع في جميع ذلك إلى العادة ، ومن هنا قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرعى وغيرهما : لو اعتاد نازلوا الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمته وبناء معاقه فلهوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة ، وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة .

إذا ثبت هذا : فإن تحويط الأرض أحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو للخشب أو لغير ذلك ، هذا مذهبنا ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال : الأحياء أن يحوط عليها حائطاً ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا تعتبر في ذلك تسقيف ، وذلك لما روى عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أحاط حائطاً على أرض فهو له ، رواه أبو داود واحد ، وروى عن جابر مثله .

وقد نص الإمام النووي على عدم اشتراط تعليق الباب لأن الباب لا يشترط للسكنى وإنما هو للمحفظ والسكنى لا تنوقف عليه . وقد اعتبر القصد في مذهب

الشافعي رضي الله عنه ولم يعتبر القصد في مذهب أحمد رضي الله عنه : فلو أحاط موثقا بقصد أن يكون حظيرة فاتخذه سكنا له ولم يتخذ له ما قصد له ملكه عند أحمد لعدم اعتبار القصد وملكه عند الشافعي بالقصد الطارىء أما إذا حوطها لتكون حظيرة ولا تصالح للسكنى ثم سكنها فإنه لا يملك عند الشافعي ويملك عند أحمد ، فلو خندق حول الأرض خندقا لم يكن لإحياء . لأنه ليس بجائط ولا عمارة ، وإنما هو حفرة وتخريب ؛ وإن أحاطها بشوك وشبهه لم يكن ذلك لإحياء ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن ذلك لإحياء .

أما إذا فعل ذلك بحيث يربدها مزرعة لجمع التراب أو الشوك حولها وسوى الأرض فطم المنخفض منها واكتسح العالي وحرثها إذا توقف زرعها على الحرث ورتب لها الماء بشق المسقاة أو حفر الساقية أو شق الماء طريقا ولم يبق إلا اجراؤه كفى ذلك في تملكه ، وإن لم يجر الماء ، فإن هبأه ولم يحفر له طريقا كفى أيضا وهو المنصوص في الأم ، وبه قال أبو اسحاق المروزي ورجحه صاحب الشرح الصغير وتابعه الشمس الرملى .

فإذا كفاها المطر لم تحتج إلى ترتيب الماء وذلك خلافا لظاهر ما نقله المزني من أنه يشترط الزراعة لتام الملك بذلك ، ويخالف السكني ، وقد زاد أبو العباس بن سريج على ذلك اشتراط السقي أيضا ، وأرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر تكفي الحرثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام النووي في الروضة تبعا للرافعي وجزم به غيرهما . ولا يشترط أن تتم الزراعة على الأصح كما لا يشترط سكنى الدار لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء .

والثاني : لا تصير محياة إلا بالزراعة كما لا تصير الدار محياة إلا إذا صار فيها مال المحي ، وإذا اعتادوا أن يجمعوا ترابا حول ما يزرعونه بستانا لجمع التراب بدلا من التحويط كفى ، والا اشتراط التحويط حسب العادة وتهيئة ماء للبستان إن لم يكفه ماء المطر ، ويشترط فيه اتخاذ البواب وغرس الأشجار ولو لبعضه بحيث يسمى بستانا كما أفاده الأذرعى ، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين في المكان الواسع على المذهب إذ لا يتم اسم البستان بدون ذلك بخلاف المزرعة

بدون الزرع ، ولا يشترط في البستان الأثمار ، وما عمله مما يعود نفعه على غيره كطى بئر ، فإن ملكه له يتوقف على قصده من حفر البئر ، وقال الشافعي رضي الله عنه : وإنما يكون الأحياء ما عرفه الناس لأحياء مثل الحيا إن كان مسكناً فإن يبنى بمثل ما يبنى به مثله من بنيان حجر أو ابن أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما أحيى الأدمى من منزل له أو لدواب من حظائر أو غيره فأحياء ببناء حجر أو مدر أو بناء ، لأن هذه العمارة بمثل هذا ، ولو جمع تراباً لحظار أو خندق لم يكن هذا أحياء . وكذلك لو بنى خياماً من شعر أو جريد أو خشب لم يكن هذا أحياء تملك له الأرض بالأحياء ، وما كان هذا قائماً لم يكن لأحد أن ينزله ، فإذا أزاله صاحبه لم يملكه ، وكان لغيره أن ينزله ويعمره ، اه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا أحيى الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروز والحديد والرصاص لأنها من أجزاء الأرض فملك بملكها ويمالك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك . وقال أبو إسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها ، وقد بينا ذلك في البيوع ، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ . وقال أبو القاسم الصيمري : لا يملك الكلأ لما روى أن أبيض بن حمال سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الأراك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا حمى في الأراك ، ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملك ، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ ، وقال أكثر أصحابنا : يملك لأنه من ثمار الملك فملكه بملكه كشمع الغنم .

(فصل) ويملك بالأحياء ما يحتاج إليه من المرافق ، كقنات الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر ، وهو بقدر ما يقف فيه المستقي إن كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقي ، وحريم النهر وهو ملق الطين وما يخرج منه من التبن ، ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضع . والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها عطن لما شئته .

وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن حريم القليب

العادية خمسون ذراعا ، وحريم البديء خمسة وعشرون ذراعا ، وحريم بشر الزرع ثلثمائة ذراع ، فإن أحياء أرضا إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مذبذبة أو مقصرة لم يكن للأخر منعه من ذلك ، لأنه تصرف مباح في ملكه فلم يمنع منه . وإن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك . وإن طرح في أصل حائطه سرجينا منع منه لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه ، فإن حفر حيا في أصل حائطه لم يمنع منه لأنه تصرف في ملكه .

ومن أصحابنا من قال : يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض . وإن ملك بشرأ بالأحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئرا فنقصر ماء الاول لم يمنع منه لأنه تصرف في موات لا حق لغيره فيه .

(الشرح) حديث أبيض بن حمال رواه الترمذى وحسنه وأبو داود بلفظ : أنه وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح فقطع له ، فلما أن ولي قال رجل : أتدري ما أقطعت له ؟ إنما أقطعت الماء العذب . فقال انتزعه منه ، قال : وسألته عما يحمى من الأراك فقال : ما لم تنله خفاف الأبل ، وأخرجه أيضا ابن ماجه والسنائي ومحمد بن حبان وضعفه ابن القطان ولم يذكر وجه تضعيفه ولعله بسبب السبب المازنى الذى فى الاسناد . وقال فيه ابن عدى : أحاديثه مظلمة منكورة . وفى رواية : ما لم تنله أخفاف الأبل ،

قال محمد بن الحسن الخزومى : يعنى أن الأبل تأكل منتهى رءوسها ويحمى ما فوق ذلك . ورواه سعيد بن منصور قال : حدثنى اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربى عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربى قال : استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فأقطعتني ، فقيل يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العذب ، يعنى أنه لا ينقطع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فلا إذن .

وأما حديث عبد الله بن مغفل رضى الله عنه فقد رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف لأن فيه اسماعيل بن سلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن ، وأخرج حرب وعبد الله عن أحمد من حديث أبي هريرة بلفظ : من سبق

إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له ، وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ،
واختيار الحسين هو مذهب أحمد وأصحابه ، وأخرج ابن ماجه بلفظ « حريم البئر
طول رشاتها ،

أما اللغات في الفصل فالبلور كتثور وسنور وسبطار . وهو جرهر . وكذلك
الفيروزج ، والقار نوع من القطران ، والعدد بكسر العين . قال أبو عبيد : العدد
بلغة تميم الكثير ، وبلغة بكر بن وائل هو القليل ، والمراد هنا في الحديث الكثير
الذي لا ينقطع . وأما كلمة التقن التي جرت هنا في كلام المصنف فهي من الكلمات
التي كانت شائعة عند أهل بغداد ، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه
من الطين وغيره .

أما الأحكام فإن المعادن إما ظاهرة ، وهي التي سفتكلم عليها في الفصل التالي
أما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كعادن الذهب
والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرة
فلا تملك بالاحياء لما سيأتى ، وإن لم تكن ظاهرة فخبرها إنسان لم يملك بذلك في
ظاهر مذهب أحمد والشافعي ، وهو قول أبي إسحاق المرزى ، ويحتمل أن يملكها
بذلك ، وهو قول للشافعي والمصنف والنووي في المنهاج . ومنع أبو القاسم
الصيمري أن يملك الكلاك ، ولأنه لو فرخ طائر في الأرض لم يملك . وقول أكثر
الأصحاب يملك لأنه من نهاء الأرض كن يملك غنما فإنه يملك أصوافها وأشعارها
لأنه نهاء في ملكه ، ولأنه إظهار تهيأ بالعمل والمؤنة فلك بالاحياء كالارض ، ولأنه
بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبهه إحاطة
الأرض أو إجراء الماء اليها .

ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العبارة التي تهيأ بها المحي الانتفاع
من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريبه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع ،
فإن قيل : فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر تهيأت للانتفاع بها
من غير تجديد حفر ولا عبارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل
وعبارة فافترقا .

أما اذا ملك الارض بالاحياء فظهر أن فيها معدناً من المعادن الجامدة ظاهرة

أو باطنا فقد ملكه لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منما ويفارق
الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها : ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها
لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعاً كان لهم . وهمنا
لم يقطع عنهم شيئاً لأنه إنما ظهر بإظهاره له ، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر
فيها الممدن قبل إحيائها لكان له أحيائها ويملكها بما فيها لأنه صار أحق به
بتحجره واقطاعه فلم يمنع من أتمام حقه .

(فرع) يقال للبر التي تحفر في الأرض الموات : بر عادية بقشـديد المياه
منسوبة إلى عاد ؛ وليس المراد عاداً بعينها ، ولكن لما كانت عاد في الزمن الأول
وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم ، فكل من حفر برأ في موات
للتملك فله حريمها أربعون ذراعاً حولها أو خمس وعشرون ذراعاً من كل
جانب أو خمسون ذراعاً طول أبعد طرفي حريمها ، ومن سبق إلى بر عادية كان
أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله
حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ،

وقد فرق سعيد بن المسيب بين العادي منها والبديء ، فجعل الأولى حريمها
خمسون ذراعاً وجعل البدئية حريمها خمسة وعشرون ذراعاً . وجعل حريم بر
الزرع ثلاثمائة ذراع وقال : هذا من السنة . وإذا قال تابعي كبير كابن المسيب
« من السنة »

وكذلك روى أبو عبيد عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال « السنة في
حريم القليب العادي خمسون ذراعاً والبديء خمس وعشرون ذراعاً ، فإنها
يقول كل منهما — وهما تابعيان كبيران — ذلك لما صح عندهما من عمل الصحابة
واتفاقهم عليه مما يجعل هذا القدر هو السنة لأنه لا يخلو من هدى نبوي .

وقال أصحاب أحمد منهم أبو الخطاب والقاضي : ليس هذا على طريق التأكيد
بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه في ترقية ماؤها منها ، فإن كان بدولاب فقدر
دد الثور أو غيره ، وإن كان بساقية فقدر طول البر ، لما روى عن النبي (ص)
قال « حريم البر مد رشاتها » رواه ابن ماجه .

وذهب النووي إلى تحديد حریم البئر المحفورة في الموات بمقدار موقف النازح منها ، قال الرملي : وهل يعتبر قدر النازح من سائر الجوانب أو من أحدها فقط الأقرب اعتبار العادة في مثل ذلك المحل اه .

وعلى هذا يكون حریم البئر من جوانبه ما يحتاج اليه في مجال عمله ، وينبغي أن يمتد حریمها إلى ما تقتضيه . وقال أبو حنيفة : حریم البئر أربعون ذراعا ، وحریم العين خمسمائة ذراع ، لأن أبا هريرة روى عن النبي (ص) أنه قال : حریم البئر أربعون ذراعا لأعطان الإبل والغنم .

(قلت) حديث أبي هريرة رواه أحمد وحریم البئر العادي خمسون ذراعا ، وحریم البئر البدوي خمسة وعشرون ذراعا ، وعن الشعبي مثله . وقد روى الدارقطني والحلال بإسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : حریم البئر خمس وعشرون ذراعا ، وحریم العادي خمسون ذراعا ، وقد أعله الدارقطني بالارسال وقال : من أسنده فقد وهم ، وفي سنده محمد بن يوسف المقرئ شيخ شيخ الدارقطني وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقي من طريق يونس عن الزهري عن المسيب مرسلًا وزاد فيه : وحریم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها ، وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة موصولًا ومرسلًا والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف ، والأحاديث في مجموعها تثبت أن للبئر حریمًا ، والمراد بالحریم ما يمنع منه المحبي والمحضر لاضراره . وفي النهاية : سمي بالحریم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولأنه يحرم على غيره التصرف فيه .

وحديث عبد الله بن مغفل الذي ساقه المصنف يجعل العلة في ذلك هي ما يحتاج اليه صاحب البئر عند سقي إبله لاجتماعها على الماء .

وحديث أبي هريرة دال على أن العلة هو ما يحتاج اليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها باقتراب الاحياء منها ، ولذا وقع الاختلاف بين حالي كل من البدوي والعادي ، والجمع بين الحديثين يمكن أن ينظر فيهما من وجه الحاجة فإن كانت لاجل سقي الماشية لحديث الأربعين أو الخمس والعشرين ، وإن كانت لاجل البئر لخمسين وقد ذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن حریم البئر أربعون ، وذهب أحمد إلى أن الحریم خمسة وعشرون .

(فُرع) ومن كانت له بئر فيها ماء لهما آخر لحفر قريباً منها بشراً فليس له منعه من ذلك ، وإن نقص ماء البئر الأولى أو انصرف الماء اليها لأنه تصرف مباح في ملكه ، ويجوز أن يمنع من ذلك من حفر بشراً في موات إلى جوار بئر مثلها وجملة أعمق منها بحيث تجذب ماء الأولى اليها ، لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالملك قبله ، وهو مذهب أحمد وقول للشافعي رضي الله عنهما ، والقول الاظهر وهو المذهب : له ذلك لأنه تصرف مباح في ملكه لحاجته له كعملية داره . وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار بما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بمقار جاره برائحته أو غيرها ، أو يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين ونحو ذلك مما يؤذي الجيران فذهب أحمد : المنع من ذلك ، ومذهب الشافعي : له ذلك كله ، لأنه تصرف مباح في ملكه أشبهه ببناء ونقصه . وأما إذا أصق الحائط بالحائط بغير مسافة ولو بسيرة منع من ذلك .

أما إذا طرح في أصل حائطه فضلات عفنة تسرى في مسام الأرض فتحدث في البناء العطب والتلف يمنع من ذلك قولاً واحداً ، لأنه تصرف باشر ملك غيره بما يضره . أما إذا حفر في أصل حائطه حشاً فقولان . أحدهما : لم يمنع من ذلك والثاني : يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تحجر رجل مواتاً وهو أن يشرع في إحيائه ولم يتم صار أحق به من غيره لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى مالم يسبق إليه فهو أحق به ، وإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به ، لأنه أثره صاحب الحق به ، وإن مات انتقل ذلك إلى وارثه ، لأنه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة ، وإن باعه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : أنه يصح لأنه صار أحق به فملك بيعه .
(والثاني) أنه لا يصح ، وهو المذهب ، لأنه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ ؛ وإن بادر غيره إلى إحيائه نظرت ، فإن كان ذلك قبل أن تطول المدة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يملك لأن يد المتحجر أسبق .

والثاني : يملك لأن الأحياء يملك به والتحجر لا يملك به ، فقدم ما يملك به على ما لا يملك به ، وإن طالبت المدة ولم يتم قال له السلطان : إما أن تعمّر وإما أن ترفع يدك ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كالموقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء ومنع غيره منها ، ولأن سأل أن يعمل أمهل مدة قريبة ، فإن انقضت المدة ولم يحى فبادر غيره فأحيا ملك : لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة .

(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة كالماء والنفط والمومياء والياقوت والبرام والملح والسكر كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به ، فإن أطال المقام فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يمنع لأنه سبق إليه (والثاني) يمنع لأنه يصير كالتحجر ، فإن سبق اثنين وضاق المكان وتشاحا ، فإن كانا يأخذان للتجارة ، هابا الإمام بينهما فإن تشاحا في السبق أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وإن كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه .

أحدهما : يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

والثاني : يقسم بينهما لأنه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه .

والثالث : يقدم الإمام أحدهما لأن للإمام نظراً في ذلك فقدم من رأى تقديمه ، وإن كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالأحياء لأنه يوصل إليه بالعمل والمؤنة فملك بالأحياء كالموات .

(الشرح) حديث من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به ، هذا الحديث هو الذي سبق تخريجه فقد رواه أبو داود وصححه الضياء المقدسي عن أسمر بن مضر . وقال البغوي : لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث ، التحجر إحاطة الأرض بالحجارة ، أو بحائط صغير ، وهو شروع في أحياء الموات وليس أحياء تاماً ، ولذلك فإنه لا يملكها بذلك لأن الملك لا يكون إلا بالأحياء : وليس هذا

أحياء وإنما يمكن بصير أحق الناس به ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به ، فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلة الأول لأن صاحبه أقامه مقامه ؛ وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته من بعده ، وهذا هو المذهب ومذهب أحمد رضى الله عنه وقال أبو إسحاق المروزي : إن حق التملك قد ثبت له فيصح له بيعه وقبض ثمنه ، والمذهب أنه لا يصح له بيعه كالشفيع لا يصح له أن يبيع قبيل أن يأخذ . وإن ثبت له الاختصاص وفرق بين الاختصاص والملك ، والاختصاص لا يستلزم صحة البيع أو الهبة .

فإن سبق غيره فأحياء فثبته وجهان (أحدهما) أنه يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك به لم يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء لجاء غيره فأزاله وأخذه (والثاني) لا يملكه ، لأن مفهوم قوله عليه السلام : من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد ، وقوله : في حق غير مسلم فهي له ، أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ، وروى سعيد بن منصور في سننه أن عمر رضى الله عنه قال : من كانت له أرض - يعني من تحجر أرضاً - فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ،

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه ، ومذهب الشافعي رضى الله عنه أن المدة في التحجر إذا طالت عرفاً بلا عذر ، فإن السلطان يقول للمتحجر : إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كالأول وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع .

فإن سأل الإمام العذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فإن أحياء غيره في مدة المهلة فثبته الوجهان اللذان ذكرناهما ، وإن انقضت المدة ولم يعمر فغيره أن يعمره ويملكه ، لأن المادة قد ضربت له لينقطع حقه بمضيتها وسواء أذن له

السلطان في عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له
أما أن تعمّر وأما أن ترفع يدك ، فإن لم تعمرها كان لغیره عمارتها .

ومذهب أحمد في هذا كله نحو مذهبنا إلا في التوقيت بثلاث سنين لقول عمر
رضي الله عنه لأن عمر رضي الله عنه أخذ بالعرف في زمنه ، وقد تكون السنين
الثلاث معطلة لنفع يعود على المسلمين من إحياء الموات ونشر العمران مما يحقق
مقاصد الاسلام ، ويدفع المسلمين إلى التسابق في استخراج خيرات الأرض
واستنباط معادنها وإصلاح تربتها وتأهيل مهجورها وتعمير خرابها ؛ وذلك
صلاح للمسلمين وقوة لهم وعدة على أعدائهم ومصادر أعمال لعاطليهم وتوسيع
لرقة مساكنهم ، وما نشطت شركات الكفار وتسابقت تستعمر بلاد المسلمين
إلا لتعطيلهم هذه الأحكام الشرعية ، وتختلفوا عن غيرهم في مجالات التعمير
والبناء وهجرهم لنعاليم النبي صلى الله عليه وسلم وصدق الله العظيم ، ومن أعرض
عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى ، قال : رب لم
حشرني أعمى ، وقد كنت بصيراً ؟ قال : كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك
اليوم تنسى .

(فرع) حكم المعادن الظاهرة : قال الشافعي رضي الله عنه : ومثل هذا كل
عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت أو موميا (١) أو حجارة ظاهرة كوميا في غير
ملك لأحد ، فليس لأحد أن يتحجرها دون غيره ، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه
ولا لخاص من الناس ، لأن هذا كله ظاهر كالماء والسكران . وهي التي يوصل
إلى مافيا من غير مؤنة ينتابها الناس وينفعون بها كالمالح والماء والكبريت والنفط
وأحجار التلك الذي يتخذ مسحوقه لتبريد الجلد وأشباه ذلك لا تملك بالاحياء ،

(١) الموميا لفظ يونانية الأصل وأصلها مومياي فحذفت الياء اختصاراً
وبقيت الألف مقصورة ، وهو معدن يؤخذ منه دواء للعلاج كالتوتيا
وكالجزار من سلفات النحاس . وقال الرملي : الموميا شيء يلقى به البحر في بعض
السواحل فيجمد ويصير كالقار وقيل حجارة سود في اليمن ، والبرام حجر يعمل
منه قدور الطبخ .

ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين لما في ذلك من التضييق عليهم وحرمانهم خيرات ظاهرة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح في مأرب باليمن ، فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العذب . أمر برده ، فأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الكثير منزلة مشارع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل من الحنابلة : هذا من مواد الله وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منه فضايق على الناس ، فان أخذ عنه الثمن أغلاه فخرج عن الموضوع الذي وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كنفة . وهذا مذهب الشافعى وأحمد ولا نعلم لهما مخالفا من الأئمة .

قال الرملى : وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العمامة وأخذها بغير عمل ، ويمتنع أيضا إقطاع وتحجر أرض لا أخذ نحو خطبها وصيدها وبركة لا أخذ سمكها ، وظاهر كلام الاصحاب المنع من التملك والارتفاق وليكن الزركشى قيد المنع بالتملك .

ويأتى بعد هذا إذا اطلال من سبق اليه المقام فيه فقيه وجهان . أحدهما : لا يمنع لأنه سبق اليه فهو أحق به ، بشرط أن لا يمنع غيره يأخذ قدر حاجته والثانى : يمنع لأنه اطلال المقام والأخذ ، واحتمل أن يمنع غيره لأنه يصير كالمتملك له أو المنحجر ،

وإن استبق اليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لأنه لامزية لاحدهما هلى صاحبه وهذا اذا كانا يأخذانه للتجارة ، فإن كانا يأخذانه للحاجة ففيه ثلاثة أوجه ، اما أن يتمر بينهما كالمتجرين ، واما أن يقسم بينهما لامكان هذه القسمة وقد تساوا يافيه كما لو تداخيا في أيديهما ولا بينة لاحدهما بها ، واما أن يتم الامام من يرى منهما لأن له نظراً فى ذلك ؛ وهذه الواجهة كلها عند أحمد وأصحابه وأضاف القاضى وجهها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كوضع على شاطئ البحر إذا صار فيه ماء البحر وتبخر صار ملحاً ملك بالاحياء وجاز للإمام إقطاعه لشركات أو أفراد ، لأنه لا يضيق على المسلمين بأحداً ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، واحياء هذا يتم بتهيئته لما يصلح من حفر ترابه وتمهيدته وفتح القنوات اليه تصب الماء فيه ، لأنه يتم بهذا الانتفاع به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان سبق الى معدن باطن وهو الذي لا يوصل اليه الا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص والياقوت والفيروز فوصل الى نيله ملك ما أخذه لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به » ، وهل يملك المعدن : فيه قولان (أحدهما) يملكه لأنه موات لا يوصل الى ما فيه الا بالعمل والانتفاع ، فملكه بالاحياء كموات الارض (والثاني) لا يملك وهو الصحيح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الملك في الموات على الاحياء وهو العمارة ، والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ، ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه الى عمل فلا يملك منه الا ما أخذ ، وبخالف موات الارض لأنه اذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به ، فان قلنا انه يملك بالاحياء ملكه الى القرار وملك مرافقه ، فان تباعد انسان عن حرابه وحفر معدنا فوصل الى العرق لم يمنع من أخذ ما فيه ، لأنه احياء في موات لا حق فيه لغيره ، فان حفر ولم يصل الى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الارض . فان قلنا : لا يملك كان كالمعدن الظاهر في ازالة يده اذا طال مقامه ، وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه .

(فصل) ويجوز الارتفاق بها بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز ، فان سبق اليه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم « منى منساخ من سبق ، وله أن يظلل بها لا يضرر به على المارة من بارية وثوب ، لأن الحاجة تدعو

الى ذلك ، وان أراد أن يبني دكة منع ، لأنه يضيق به الطريق ، ويعثر به الضير وبالليل البصير فلم يجوز ، وان قام وترك المذاع لم يجوز غيره أن يقعد فيه ، لأن يد الاول لم تزل ، وان نقل متاعه كان غيره ان يقعد فيه لأنه زالت يده ، وان قعد وأطال ففيه وجهان :

(أحدهما) يمنع لأنه بصير كالمتملك ، وتملكه لا يجوز (والثاني) يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق اليه ، وان سبق اليه اثنان ففيه وجهان (أحدهما) يقرع بينهما لأنه لا مزبة لأحدهما على الآخر (والثاني) يقدم الامام أحدهما ، لأن للإمام النظر والاجتهاد ، ولا تجيء القسمة لانها لا تملك فلم تقسم .

(الشرح) حديث من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق ، سبق لنا تخريجه أما الأحكام فقد مضى أكثر مسائل هذين الفصلين ، أما ما كان من الشوارع والطرق والرحاب (الميادين) بين العمران فليس لأحد احياؤه ، سواء كان واسعا أو ضيقا ، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصالحهم فأشبهه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لا تفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاختياز والعبور .

وقال أحمد في السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل ، وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال رمى مناخ من سبق ، وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وهظلة وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو اليه ، فاذا جرى العرف بمنعه الا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستخدمة للركوب كالمترو والترولى والترام والباص ، والسيارات العام منها والخاص ، وللسلطان أن يقيد المطلق أحيانا اذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الاطلاق وجميع المدن المتحضرة في العالم اليوم لا تسمح بإشغال الطريق الا في حدود المترو ونحوه ، وبترخيص به صدر

من وزارة الإسكان والمرافق . ولو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن ينصب فيها تابوتاً لبضاعته في عرض الطريق لضاعت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين ، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذي يشغله على أن الفقهاء لم يرتبوا حقاً للتملك لمن يجلس في الطرقات للبيع والشراء فقالوا : والسابق أحق به ما دام فيه ، فإن قام وترك مناعه فيه لم يجر لغيره إلا أنه لأن يد الأول عليه ، وإن نقل مناعه كان لغيره أن يقعد فيه ، لأن يده قد زالت وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه ؛ ويحتمل أن لا يزال . وهذا وجه آخر لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم . وإن استبق إثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما .

وقال أحمد بن حنبل رضى الله عنه : ما كان ينبغي لنا أن نشتري من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق .

قلت : إن الامام أحمد رضى الله عنه يرى في وقوف مثله على قارعة الطريق للشراء ضرباً من التبذل المحل بأهل الوقار والنصون ؛ لأن هؤلاء قدام يراون حقوق الطريق ، فقد روى الشيخان عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إياكم والجلوس في الطرقات ، فقالوا يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : إذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقها . قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هذا والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الاقطاع والجمي

يجوز للإمام أن يقطع موات الارض لمن يملكه بالاحياء لما روى عاقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً فأرسل معه معاوية أن أعطه إياها ، أو قال أعطاها إياه .

وروى ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حنظل فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى أسوطه ، فقال أعطوه من حيث وقع السوط .
وروى أن أبا بكر أقطع الزبير وأقطع عمر عليا وأقطع عثمان رضى الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : الزبير وسعداً وابن مسعود وخباباً وأسامة بن زيد رضى الله عنهم . ومن أقطعه الامام شيئاً من ذلك صار أحق به . ويصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه ، لأن بياقطة الامام صار أحق به كالمتحجر ، فكان حكمه حكم المتحجر ، ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسامحة من غير فائدة .

(فصل) وأما المعادن فانها إن كانت من المعادن الظاهرة لم يجوز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه استقطع النبي صلى الله عليه وسلم ملح المسارب فأقطعه إياه ، ثم إن الأقرع بن حابس قال : يا رسول الله انى قد وردت الملح فى الجاهلية ، وهو بأرض لبس بها ملح ، ومن ورده أخذه ، وهو مثل الماء العذب بأرض ، فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض قد أفلتت فيه على أن تجعله منى صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو منك صدقة وهو مثل الماء العذب ومن ورده أخذه .

وان كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا انها تمام بالاحياء جزئاً اقطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالاحياء فجاز اقطاعه كموات الارض ، وان قلنا لا تمام بالاحياء فهل يجوز اقطاعه ، فيه قولان .
(أحدهما) يجوز اقطاعه لأنه يفتقر الانتفاع به الى المؤن فجاز اقطاعه

كموات الارض . والثاني لا يجوز لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلم يجوز إقطاعه
كالمعادن الظاهرة ، فاذا قلنا يجوز إقطاعه لم يجوز إلا ما يقوم به لما ذكرناه
في إقطاع الموات .

(فصل) ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الآسواق
للارتفاق ، فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع نقل مناعه أو لم ينقل ،
لأن للإمام النظر والاجتهاد ، فاذا أقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع فلم يكن لغيره
أن يقعد فيه .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أبو داود وفيه ضعف لأن في إسناده عبد الله
ابن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب الملقب بالعمري المكي . قال
ابن حجر في التقريب : ضعيف حابد . وقال الصنعمانى : فيه مقال . وقال الذهبي :
صدوق في حفظه شيء .

وروى عن ابن معين أنه قال : ليس به بأس ، يكتب حديثه ، وقال الدارمي
قلت لابن معين : كيف حاله في نافع؟ قال : صالح ثقة . وقال الفلاس : كان يجي
القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد بن حنبل : صالح لا بأس به ، وقال النسائي
وغيره ليس بالقوى ، وقال ابن عدي هو في نفسه صدوق . وقال أحمد : كان
عبد الله رجلاً صالحاً ، كان يسأل عن الحديث في حياة أخيه عبيد الله فيقول : أما
وأبو عثمان حتى فلا . وقال ابن المديني : عبد الله ضعيف . وقال ابن حبان : كان
من غلب عليه الصلاح والعبادة حتى غفل عن حفظ الأخبار وجودة الحفظ
للآثار ، فلما فحش خطؤه استحق الترك

وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبي بكر في حديث ذكرته قالت : كنت
أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي
وهو منى على ثلثي فرسخ ،

وقوله : حضر فرسه ، أي قدر ارتفاع الفرس في عدود ، وفي قولها : من
أرض الزبير ، يحتمل أن تكون هذه الأرض هي التي وردت في حديث ابن عمر
وفي البخاري في آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبي صلى الله عليه وسلم

أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير . وفي سنن أبي داود عن أسماء و أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير نخلاً ، والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي (ص) ومن بعده من الأئمة إقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وإحيائها واستنباط منافعها . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع صخر بن أبي العيلة البجلي الأحمسي ماء لبني سليم لما هربوا عن الإسلام وتركوا ذلك ، ثم رده اليهم في قصة طويلة مذتورة في سنن أبي داود .

ومنها ما أخرجه أبو داود عن سبرة بن معبد الجبلى و أن النبي صلى الله عليه وسلم نزل في موضع المسجد تحت دومة فأقام ثلاثاً ثم خرج إلى تبوك وإن جهينة لحقوه بالرحبة فقال لهم : من أهل ذى المروة ؟ فقالوا : بنو رفاعة من جهينة ، فقال قد أقطعنا لبني رفاعة فاقسموها ، فمنهم من باع ومنهم من أمسك فعمل

ومنها عند أبي داود عن قبيلة بنت مخزومة قالت : قدمنا على رسول الله (ص) وتقدم صاحبى يعنى خريت بن حسان وافد بكر بن وائل ، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه ، ثم قال يا رسول الله : اكتب بيننا وبين بنى تميم بالدهناء أن لا يجاوزها الينا منهم أحد إلا مسافر أو مجاور ، فقال اكتب له يا غلام بالدهناء فلما رأته قد أمر له بها شخص بن وهى وطنى ودارى ، فقلت : يا رسول الله إنه لم يسألك السوية من الأرض إذ سألك ، إنما هذه الدهناء عندك مقيد الجمل ومرعى الإبل ، ونساء بنى تميم وأبناؤها وراء ذلك ، فقال أمسك يا غلام صدقت المسكينة ، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتيان ، يعنى الشيطان ، وأخرجه أيضا الترمذى مختصراً

وقال الشافعى رضى الله عنه : والموات الذى للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما رأى أن يحميه عاماً لمنافع المسلمين ، والذى عرفنا نصاً ودلالة فيما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع ، وهو بلد ليس بالواسع الذى إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشى وأضر بهم

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهي الإحياء والإقطاع والحجى . فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له . وأما الإقطاع وهو موضوع الفصل ، فإنه لا يصح الا في موات لم يستقر عليه ملك وعلى هذا كان قواطع النبي صلى الله عليه وسلم حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة فقال : أعطوه منتهى سوطه ، وأما ورود بعض الأخبار فيما أعطاه للزبير من أرض بنى النضير أو من نخل المدينة فقد أوردها البخارى في آخر كتاب الخمس ومعنى هذا أنها غنائم زالت عنها يد الكفار وهذه قضية أخرى غير ما أقطعه من أرض البقيع مواتا لإحيائه ، وهكذا كانت قواطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما كان من شأن تميم الدارى وأبى ثعلبة الحنسى ، فإن تميميا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عبون البلد الذى كان منه بالشام قبل فتحه ، وأبو ثعلبة سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذى قال : فقال : ألا تسمعون ما يقول ؟ فقال والذى بعثك بالحق انتفتحن عليك ، فيكتب له كتابا .

فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاع تقليد لا إقطاع تملك ، أو يجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق أخبار وتحقيق اعجاز ، وأما الأئمة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لم يقطعا الا مواتا لم يجر عليه ملك ، واصطفى عمر رضى الله عنه من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وماهرب عنه أربابه أوهايكوا فكان يبلغ تسعة آلاف ألف فكان يصر فها في مصالح المسلمين ولم يقطع شيئا ، ثم ان عثمان رضى الله عنه أقطعهما لأنه رأى إقطاعها أو فى لغتها من تعطيلها ، وشرط على من أقطعهما أن يأخذ منه الغنى ، فكان ذلك منه إقطاع اجازة لا إقطاع تملك ، وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف ، ثم تناقلها الخلفاء بعده فاما كان عام الهجرت سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم مايلهم .

فاذا كان إقطاع الامام لأنها يختص بالموات دون العامر فالذى يؤثره إقطاع

الامام إنها يختص بالموات دون العاشر ، فالذي يؤثره إقطاع الامام أن يكون المقطع أولى الناس بأحيائه ممن لم يسبق إلى أحيائه لمكان اذنه وفضل اجتهاده ، فلو بادر فأحيائها غير المقطع فهي ملك للمحيي دون المقطع . وقال أبو حنيفة : ان أحيائها قبل مضي ثلاث سنوات من وقت الاقطاع فهي للمقطع ، وان أحيائها بعد ثلاث سنين فهي للمحيي .

وقال مالك بن أنس : ان أحيائها عالما بالاقطاع فهي للمقطع ، وان أحيائها غير عالم بالاقطاع خير المقطع بين أن يعطى المحيي نفقة عمارته وتكون الأرض له ، وبين أن يترك عليه الأرض وبأخذ قيمتها قبل العماره استدلالا برواية معمر عن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما فجاء آخرون في عهد عمر فأحيوها فقال لهم عمر رضى الله عنه حين فزعوا اليه : تركتموهم يعملون وبأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئا ، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ، ثم قال لأهل الاصل : ان شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم ، وان شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هي لهم .

ودليلنا على أنها ملك المحيي بكل حال دون المقطع ، قوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضا مواتا فهي له ، ولأن الاقطاع لا يوجب التملك ، والاحياء يوجب التملك ، فإذا اجتمعا كان ما أوجب التملك أقوى حكما مما لم يوجبه . فأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قال في قضيته : لولا أنها قطيعة رسول الله (ص) ما أعطيتكم شيئا ، فدل على أن من رأيه أنها للمحيي ، وأنها عدل عن هذا الرأي لما توجه اليها من اقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يبطله ، فاستنزل الخصمين الى ما قضى به مراضاة لا جبرا .

فان كان المقطع قد حجرها وجمع ترايبها حتى تميزت عن غيرها فاجاء غيره فعمرها وحرثها نظر ، فان كان المقطع مقبها على عمارتها حتى تغلب عليها الثاني فعمرها فهي الأول ويكون الثاني متطوعا بعمارته ، وان كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثاني فهي للثاني دون الأول ، وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير اقطاع فهذا حكم الاقطاع .

(فرع) مضى ما سقناه من حديث أبيض بن حمال الذي وفد إلى النبي (ص) استقطعه الملع ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العد ، وفي إقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن ابن عباس قال : أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال بن الحرث المزني معادن القبلية جلسيها وغوريها ، وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم ،

وفي إسناد أبي أويس عبد الله بن عبد الله أخرجه له مسلم في الشواهد وضعفه غير واحد . قال أبو عمر بن عبد البر : هو غريب من حديث ابن عباس ليس يرويه عن أبي أويس غير ثور . وحديث عمرو بن عوف رواه أحمد وأبو داود أيضا بمعنى حديث ابن عباس ، وفي إسناد ابن ابنه كثير بن عبد الله بن عمرو ابن عوف عن أبيه عن جده .

والأحاديث الواردة في جواز أن يقطع الإمام من يأنس منه صلاحا مكانا فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث . ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مارب الأبيض بن حمال عندما علم أن المالح فيها كالماء الجاري ويشترط في إقطاع المعادن أن يكون في موات لا يختص به أحد . وهذا أمر متفق عليه .

وقال في فتح الباري : حكى عياض أن الإقطاع تسويح الإمام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك ، وأكثر ما يستعمل في الأرض ؛ وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، إما بأن يملكه إياه فيعمره ، وإما بأن يجعل له غلته مدة . قال السبكي : والثاني هو الذي يسمى في زماننا هذا إقطاعا ولم أر أحدا من أصحابنا ذكره . وتخريجه على طريق فقهى مشكل . قال والذي يظهر أنه يحصل للمقطع اختصاص كاختصاص المتحجر ولكنه لا يملك الرقبة ، وبهذا جزم الطبري ، وادعى الأذرعى نفي الخلاف في جواز تخصيص الامام ببعض الجند بقلة أرضه إذا كان مستحقا لذلك . هكذا في الفتح

وحكى صاحب الفتح أيضا عن ابن التين أنه إنما يسمى إقطاعا إذا كان من أرض أو عقار ، وإنما يقطع من التربة ولا يقطع من حق مسلم ولا معاهد ،

قال : وقد يكون الإقطاع تمليكا وغير تمليك ، وعلى الثاني يحمل إقطاعه صلى الله عليه وسلم . وذكر الخطابي وجهاً آخر فقال : إنما يحصى من الأراك ما بعد عن حضرة العبارة فلا تبلغه الإبل الرائحة إذا أرسلت في الرعى اهـ

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا يجوز لإحياؤه من المعادن الظاهرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعاد من أبيض بن حمال ما أقطعاه ، لأنه وإن كان فيه توسعة على المقطوع له إلا أن فيه تضييقاً على المسلمين فإذا رأى الإمام أن مكاناً نائباً عن العمران فيه من المعادن والمواد الأولية ما يدخل في منافع الناس ، وهو من المعادن الظاهرة ، إلا أن يُبعد مكانها عن العمران يجعلها في حكم المعادن الباطنة ، لأن حملها ونقلها إلى حيث المنتفعون بها عمل يفوق أحياناً مزنة التنقيب والحفر .

وقد تكون المعادن الظاهرة هي في حقيقتها مركبة من مواد مختلفة يحتاج فصلها بعضها عن بعض إلى مصانع ومعامل كالفسفات والمنجنيز ، وثاني أكسيد الكالسيوم الذي يستخرج من الجير وهو يمثل نسبة عالية في الجير تبلغ النصف منه قدراً ووزناً ، ومع ذلك فإن الجير مع احتوائه على ثاني أكسيد الكالسيوم يباع الطن منه بقروش معدودة في حين أن ثاني أكسيد الكالسيوم يباع بالجرام والسبب في ذلك هو نفقات استخلاصه ومهونة تمييزه

ومن ثم يجوز للإمام أن يقطع المناجم والمحاجر المحتوية على الخامات الظاهرة إذا قصد تضييقها واستخلاص المواد النافعة الثمينة منها ، وذلك يساوي التنقيب عن المعادن الباطنة .

(فرع) مضمي كلامنا في أمر كان بعده الفقهاء من الإقطاع ويعدد المخنثون في زماننا هذا باسم الترخيص ، وهو إذن السلطان ، فإذا أراد أحد التجار أن يشغل الطريق أمامه استأذن الحاكم فمنحه رخصة رخصة يتحدد فيها المساحة المأذون في شغلها نظير مكوس يؤديها توقف على تعبيد الطرق وتنظيفها وإنارة الشوارع وصيانتها من الروائح الكريهة والمزابل المؤذية وهي من الأمور التي تناط باجتماع السلطان وبصره بالأمور ونظره في صلاح رعيته ، والله اعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز لأحد أن يحمى موثقاً لينع الاحياء ورعى ما فيه من الكلال . لما روى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا حمى إلا لله ولرسوله ، فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما لنفسه فإنه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين . والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لحيل المسلمين ، وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمى لنفسه للخبر . وهل يجوز أن يحمى لحيل المجاهدين ، ونعم الجزية ، وإبل الصدقة وماشية من يضعف عن الإبعاد في طلب النجعة ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يجوز للخبر . والثاني يجوز لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضى الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه — وكان إذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ — فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك : فقال عمر : المال مال الله . والعباد عباد الله ، فلولا ما أحل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر ، قال مالك : نبئت أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر ، وقال مرة من الحيل .

وروى زيد بن أسلم عن أبيه ، أن عمر رضى الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيئاً على الحمى وقال له : يا هنيئ اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم ، فإن دعوة المظلوم مجابة . وأدخل رب الصريمة والغنيمة . وإياك ونعم ابن عوف . وإياك ونعم ابن عفان ، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتهما فيأتياني فيقولان : يا أمير المؤمنين ، يا أمير المؤمنين ، أفتاركهم أنا لا أبالك ، إن الماء والكلاب يسر عندي من الذهب والورق ، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحل عليه في سبيل الله

ما حميت عليهم من بلادهم شبراً ، فإن حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً
لحاجة والحاجة باقية لم يجز إحيائها . وإن زالت الحاجة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه زال السبب .

(والثاني) لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نصر ، فلا
يجوز نقضه بالاجتهاد ، وإن حماه إمام غيره وقلنا : إنه يصح حماه فأحياه رجل ؛
ففيه قولان (أحدهما) لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
(والثاني) يملك لأن حمى الإمام اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نصر ، والنص
لا ينقض بالاجتهاد

(الشرح) حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخارى والنسائي
ولفظ النسائي هو الذي ساقه المصنف ، ولفظ أحمد وأبي داود أن النبي
صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله ، ونعمة رواية
البخارى هكذا : وقال : بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر
حمى شرف والربهة ، وأخرج الحديث أيضا الحاكم وقال البيهقي : إن قوله حمى
النقيع ، من قول الزهري .

وقد روى الحديث النسائي فذكر الموصول فقط وهو قوله : لا حمى إلا لله
ورسوله ، ويؤيد ما قاله البيهقي أن أبا داود أخرجه من حديث ابن وهب عن
يونس عن الزهري فذكره وقال في آخره قل ابن شهاب : وبلغني أن النبي (ص)
حمى النقيع . قال بعض المحدثين : وقد وهم الحاكم فزعم أن حديث لا حمى إلا لله
متفق عليه . وهو من أفراد البخارى ، وتبع الحاكم في وهمه أبو الفتح القشيري
في الإمام وابن الرقعة في المطلب .

والصعب بن جثامة بتشديد المثناة مع فتح الجيم اللبني ، صحابي مات في خلافة
أبي بكر على ما قيل ، والأصح أنه عاش إلى خلافة عثمان رضي الله عنه .
وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان . والنقيع بالنون مكان معروف .
وحكى الخطابي أن بعضهم صحفه فقال بالموحدة ، وهو على قدر عشرين فرسخاً
من المدينة ومساحته ميل في ثمانية أميال ، أفاده ابن وهب في موطنه ، وأهل

التقيع كل موضع يستنقع فيه الماء ، وهذا التقيع المذكور غير تقيع الخضبات
الذي جمع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور . وقال ابن الجوزي : إن
بعضهم قال : إنها واحد والأول أصح

وأثر عمر سقناه في الفصل قبله في الرد على مالك ، وأما خبر تولية هني
مولى عمر فقد رواه البخاري عن أسلم مولى عمر وأخرجه عن الدراوردي عن
زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ المصنف . وأخرجه عبد الرزاق عن معمر عن
الزهري مرسلًا

أما الأحكام فإن الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلاء فترعاه
المواشي ، لأن الحمى في كلامهم هو المنع ، والحمى على ثلاثة أنواع : حمى حماه
رسول الله (ص) فقد روى أنه وقف على جبل يعمل فصلى عليه ثم قال : هذا
حمى وأشار إلى التقيع وهو قدر ميل في ثمانية . وقال الماوردي ستة أميال فخياه
لخيل المسلمين . ولأن اجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمته أمضى ،
وقضاؤه فيهم أنفذ ؛ وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقرأ من
إحيائهم وعبارتهم .

فأما حمى الإمام بعده فإن أراد أن يحمى لنفسه أو لأهله أو الأغنياء خصوصًا
لم يجز ، وكان ما حماه مباحًا لمن أحياه .

وان أراد أن يحمى لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء
نظر ، فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم لضيق الكلاء عليهم
فحمى أكثر مواشيهم لم يجز . وان كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفي
المسلمون بما بقي من مواشيهم ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز أن يحمى لرواية مجاهد عن ابن عباس قال ، قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون شركاء في ثلاثة . الماء والنار والكلاء
وثمته حرام ، وسيأتي تخريجها في باب حكم المياه ، وحديث الصمب بن
جثامة الذي سبق .

(والقول الثاني) يجوز له أن يجي لما فيه من صلاح المسلمين ، ولما روى أن
أبا بكر رضى الله عنه حتى الربذة لإبل الصدقة واستعمل عليهما مولاه أبا أسامة
وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبي رضى الله عنه وحكى عمر رضى الله عنه الشرف
فحوى منه نحو ما حوى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له : هنى وقال :
يا هنى اضمم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة
وأدخل رب الصريمة - وهى بالتصغير القطعة من الابل نحو الثلاثين أو ما بين
المشرة إلى الأربعين - ورب الغنيمة ما بين الأربعين إلى المائة من الشاء والغنم
وتفرد به راع واحد - وإياى ونعم ابن عوف - يعنى عبد الرحمن - ونعم ابن
عفان - يعنى عثمان - فإنهما إن تملك ماشيتهما يرجعان الى نخل وزرع ، ورب
الصريمة ورب الغنيمة إن تملك ماشيتهما يأتينى ببنيه يقول : يا أمير المؤمنين ،
أفتاركهم أنا لا أبالك ، فالماء والسكلا أيسر من الذهب والورق - وعمر بهذا
يلزم نفسه ويلزم أمراء المسلمين بعده بأن عليهم عوض ما هلك من أموال الرعية
بسبب تقصيرهم فى حفظ أموالهم وعنده أن توفير المرعى والسكلا أيسر من توفير
الذهب والفضة يبذلها فى تعويض ما تلف على رب الصريمة والغنيمة ثم يقول :
وايم الله إنهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، لهما البلادهم قاتلوا عليهم فى الجاهلية وأسداوا
عليها فى الاسلام .

وهكذا يعطى تقويماً صحيحاً وتقديراً سليماً لمقومات الوطنية عند الشعب وهم
الرعية ومقومات الديموقراطية والعدل عند الحاكم حين يسمح لرعيته أن يتهموه
بالظلم إذا قصرت الدولة فى بذل الخدمات وتأمين سلامة الرعية وهو حوى من
أرضهم جزءاً للمرعى فيجب ألا يسمح للأغنياء والقادرين أن يراحمهم فى مرابعهم
لأن لهم من بسايتهم ومزارعهم غنية عن مزاحمة الفقراء .

والحنى فيه نفع للفقراء والأغنياء ، أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم ، وأما
الأغنياء فلنخيل المجاهدين عنهم ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم (لا حنى إلا لله)
فدناه لا حنى إلا أن يقصد به وجه الله ، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم

فيسلم فيها للفقراء المسلمين ومصالحهم يخالف فيه فعل الجاهلية فإن الذي في الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوتى بكاب لجمعه على جبل أو على نثر من الأرض واستعداه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيها سواء ، وهكذا كان كايب بن وائل إذا أعجبت روضة ألقى فيها كابا وحى الى منتهى عوائه وفيه يقول معبد بن شعبة الضبي :

كفعل كايب أنبت أنه يرى يخطط أكلاء المياه ويمنع

وقال العباس بن مرداس :

كما كان يبغيبها كايب لظلمه من العز حتى صاح وهو قتلها
على وائل إذ يترك الكاب هانجاً وإذ يمنع الأكلاء منها حلوها

وأما حى الواحد من عوام المسلمين فحضور وحماه مباح ، ان حى لنفسه فقد تحسبكم وتعدي بمنعه ، وان حى للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا يمن يؤثر اجتهاده لهم ، وقد أخرج الشيخان عن أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعاً : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاء » .

فلو أن رجلاً من عوام المسلمين حى مواتا ومنع الناس منه زماناً رماه وحده ، ثم نطهر الامام عليه ورفع يده عنه لم يقرمه ما رماه لأنه ليس بمالك ، ولا يعززه لأنه أحد مستحقه ولكن ينهاه عن مثله من التعدى . فأما أمير البلد ووالى الاقليم اذا رأى أن يحى لمصالح المسلمين كالامام فليس له ذلك الا بإذن الامام ، لأن اجتهاد الامام أعم .

ولكن لو أن والى الصدقات اجتمعت منه ماشية الصدقة ، وقل المرعى لها وغاف عليها أتلف ان لم يحم المواث لها : فإن منع الامام من الحى كان والى الصدقات أولى ، وان جوز الامام الحى ففى جوازه لوالى الصدقات عند ما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان .

(أحدهما) يجوز كما يجوز عند الضرورة أن يبيع ما بيده من مال الصدقة ،

وإن كان بيعها لا يجوز من غير الضرورة ، فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة ، ولا يستديم بخلاف حمى الامام .

(والوجه الثاني) لا يجوز أن يحمى لانه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء ، ويكون الضرر - إن كان - بالفريقين معاً ؛ وهذا أصح الوجهين كما أفاده الماوردي في الحاوي الكبير .

(فرع) إذا حمى الامام موثراً وصحتمناه وقلنا : انه كحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأحياه رجل من عامة المسلمين فهل يملك بإحيائه أم لا ؟ قال الماوردي تبعا للشيخ أبي اسحاق : فيه قولان .

أحدهما : لا يملك المحمي ما أحياه من حمى الامام كما لا يملك حمى النبي صلى الله عليه وسلم لأن كليهما حمى محرم .

والقول الثاني : يملك بالاحياء ، وان منع منه لأن حمى الامام اجتهاد وملك الموت بالاحياء نص ؛ والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

باب حكم المياه

الماء اثنان ، مباح وغير مباح ، فأما غير المباح فهو ما ينبع في أرض مملوكة ، فصاحب الأرض أحق به من غيره ، لأنه على المنصوص : يملكه ، وعلى قول أبي إسحاق : لا يملكه ، إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه ، فكان أحق به ، وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية للكلأ لزمه بدله من غير هوض . وقال أبو عبيد بن حرب : لا يلزمه بذلك إلا بالزمه بذل الكلأ للماشية ولا بذل الدلو والحبل ليستقي به الماء للماشية ، والمذهب الأول لما روى إياس بن عمرو أن النبي (ص) نهي عن بيع فضل الماء .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته . وبخالف الكلأ فإنه لا يستخاف عقوب أخذه ، وربما احتاج إليه لما شيبته قبل أن يستخلف فتملك ماشيته

والماء يستخلف عقيب أخذه وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف ، فيستخلف بالضرر لا يزال بالضرر ، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع ، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه ، والماشية لها حرمة في نفسها ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها ، وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الوعيد على منع الفضل . ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستخلف ببذله ؛ والضرر لا يزال بالضرر .

(الشرح) حديث اياس بن عمرو عند أهل السنن وصححه الترمذى . وقال أبو الفتح القشيري : هو على شرط الشيخين وقد رواه مسلم في صحيحه من حديث جابر مرفوعا . أما حديث أبي هريرة فقد وجدته عند الشيخين بلفظ « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلا » ، وعند أحمد من حديث أبي هريرة أيضا « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » ، أما اللفظ الذي ساقه المصنف معزوا إلى أبي هريرة فإنه وجدته عند أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه « من منع فضا مائه ، أو فضل كائه . منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة » ، وفي اسناده محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه .

قال ابن حجر : صدوق بهم ، ورعى بالقدر ، ورواه الطبراني في الصغير عن عمرو بن شعيب ورواه في الكبير من حديث وائلة بلفظ آخر واسناده ضعيف والأحاديث يشهد بعضها لبعض ويشهد لها جميعا حديث أبي هريرة عند الشيخين وحديث عائشة عند أحمد وابن ماجه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع نفع البئر » ، وحديث جابر عند مسلم « نهى عن بيع فضل الماء » ، وفي مسند عبد الله بن أحمد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة في النخل أن لا يمنع بئر وقضى بين أهل البادية أن لا يمنع فضل ماء لتمنع به الكلا » ، والنفع الماء الفاضل فيها عن حاجة صاحبها ، وقوله « فضل الماء » المراد به ما زاد على الحاجة ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد من حديث أبي هريرة بلفظ « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » .

قال ابن حجر في فتح الباري : وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة في الأرض المملوكة . وكذلك في الموات إذا كان لقصد التملك ، والصحيح عند الشافعية ونص عليه في التقديم وحرمة أن الحافر يملك ما دها .

وأما البئر المحفورة في الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ما دها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل . وفي الصورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته . والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيتة ، هذا هو الصحيح عند الشافعية ، وخص المالكية هذا الحكم بالموات . وقالوا في البئر التي لا تملك لا يجب عليه بذل فضلها . وأما الماء المحرز في الإناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح . اهـ

قال في البحر : والماء على ضرب ، حق إجماعاً كالأنهار غير المستخرجة والسيول ، وملك إجماعاً كما يحرز في الجرار ونحوها ، ويختلف فيه ماء الآبار والعيون والقنا المحفورة في الملك اهـ

قال ابن بطال : لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بماه حتى يروى قال الحافظ ابن حجر ، وما نفاه من الخلاف هو على القول بأن الماء يملك ، فكأن الذين يذهبون إلى أنه يملك وهم الجمهور الذين لا خلاف عندهم في ذلك وقد استدل بتوجه النهى إلى الفضل على جواز بيع الماء الذي لا فضل فيه . وقد تقدم في أبواب البيوع بحوث مستفيضة من المجموع فاشدد بها يدك .

وقوله دل يمنع به الكلاء ، هو النبات ، رطبه ويابس ، والمعنى أن يكون حول البئر كلاءً ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا مكثوا من سقى بهائهم من تلك لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى ، فيسألزم منهم من الماء منهم من الرعى ، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور . وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية ، ويلحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب ، لأنه إذا منعهم من الشرب امتنعوا من الرعى هناك .

ويحتمل أن يقال يمكنهم حمل الماء لأنفسهم لقله ما يحتاجون إليه منه بخلاف البهائم ، والصحيح الأول ، ويلحق بذلك الزرع عند مالك ، والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية الاختصاص بالماشية . وفرق الشافعي فيما حكاه المزني

عنه بين الموائى والزرع ، بأن الماشية ذات أرواح بخشي من عطشها موتها ،
بمخلاف الزرع . وبهذا أجاب النووى وغيره .

واستدل للمالك بحديث جابر في صحيح مسلم الذى ذكرناه لاطلاقه وعدم
تقييده ، وتعقب بأنه يحمل على المقيد ، وعلى هذا لو لم يكن هناك كلام يرعى فلا
منع من المنع لانتفاء العلة . على أنه ليس هناك صارف يصرف النهى عن معناه
الحقيقى من التحريم ، لا سيما وأن النهى مصحوب فى بعض روايات الحديث
بالوعيد . وقال فى الفتح ، وظاهر الحديث وجوب بذله مجاناً وبه قال الجمهور .
وقيل : لصاحبه طلب القيمة من المحتاج اليه كما فى طعام المضطر وتعقب بأنه يازم
منه جواز البيع حالة امتناع المحتاج من بذل القيمة ، ورد بمنع الملازمة فيجوز أن
يقال يجب عليه البذل وتثبت له القيمة فى ذمة المبدول له ، فيكون له أخذ القيمة
منه متى أمكن ، ولكنه لا يخفى أن رواية لا يباع فضل الماء ، ورواية النهى عن
بيع فضل الماء بدلان على تحريم البيع ، ولو جاز له أخذ العوض لجاز له البيع .
واقه تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المباح فهو الماء الذى ينبع فى الموات ، فهو مشترك بين الناس
لقوله صلى الله عليه وسلم : الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والنار والكلا ، فمن سبق
منهم الى شئ منه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق الى ما لم يسبق
اليه فهو أحق به ، فإن أراد أن يسقى منه أرضاً ، فإن كان نهراً عظيماً كالنيل
والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة ، جاز أن يسقى منه ما شاء ومتى شاء ،
لأنه لا ضرر فيه على أحد ، وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقى الأرض منه إلا
أن يجسه ، فإن كانت الأرض متساوية ، بدأ من أول النهر ، فيحبس الماء حتى
يسقى أرضه الى أن يبلغ الماء الى الكعب ، ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى
أن تنزهى الأراضى ، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم : قضى فى شرب نهر من سبيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل ،
ويجعل الماء فيه الى الكعب ، ثم يرسله الى الأسفل الذى يابيه كذلك ، حتى تنزهى

الأرضون ، وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلا من الأنه - ارتازعا في شراج الحرة التي يسقى بها النخل ، فقال الأنه - اري لازبير : سرح الماء ، فأبى الزبير ، فاخصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله (ص) لازبير : اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك ، فقال الأنه - اري : أن كان ابن عمك يا رسول الله ؟ فتلوون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا زبير اسق أرضك واحبس الماء إلى أن يبلغ الجذر ،

وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى السكب حتى يقف في الأرض المستقلة إلى الوسط : فيسقى المستقلة حتى يبلغ الماء إلى السكب ، ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ السكب ؛ فإن أحيا جماعة أرضا على هذا النهر وسقوا منه ، ثم جاء رجل فأحيا أرضا في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر ، منع من ذلك ، لأن من ملك أرضا ملكها بمراقبها ، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه

(الشرح) حديث «الناس شركاء» رواه أحمد وأبو داود عن أبي خراش عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلاء والنار»

ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه «وثمنه حرام» وقد رواه أبو نعيم في الصحابة في ترجمة أبي خراش ، ولم يذكر الرجل ، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال أبو خراش لم يدرك النبي (ص)

وقد وجدت عن كنيته أبو خراش في الصحابة ، وهو حدر بن أبي حدر الاسلمى وهو صحابي

قال ابن حجر في التقريب : له حديث واحد . ووجدت هذا الحديث يذكره ابن الاثير في أسد الغابة يقول : روى جندل بن والى عن يحيى بن يحيى الاسلمى عن سعيد بن مقلاص عن الوليد بن أبي الوليد عن عمران بن أبي أنس عن حدر الاسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «هجرة الرجل أخاه سنة كسفك دمه» ووجدت أبا داود يسميه في روايته حبان بن زيد وفي هامش فتح اللام

أبو خديش حبان بن زيد الشرعي ثقة لم يعرفه ابن حزم فقال : انه
مجهول . انتهى .

وقال ابن حجر في التقریب : حبان بن زيد الشرعي أبو خديش ثقة .
أخطأ من زعم أن له صحبة .

وقال في بلوغ المرام : عن رجل من الصحابة قال : غزوت مع النبي صلى الله
عليه وسلم فسمعتة يقول : الناس شركاء في ثلاثة . السكأ والماء والنار ، رواه
أحمد وأبو داود ورجاله ثقات .

قلت ، والجهاالة بالصحابي لا تؤثر في صحة الحديث كما هو معروف عند
المحدثين ، لانهم رضوان الله عليهم عدول أجمعون .

* * *

وأما رواية ابن عباس عند ابن ماجه والتي فيها : وثمنه حرام ، ففيها عبد الله
ابن خراش ، وهو متروك ، وقد صححه ابن السكن ، ويشهد لرواية ابن عباس
رواية أبي خراش ورواية أبي هريرة عند ابن ماجه . وعبد الله بن أحمد أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع الماء والنار والسكأ ،

* * *

وأما حديث من سبق الخ ، فقد مر تخريجه في غير موضع
وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد والبيهقي
والطبراني وفيها انقطاع بلفظ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في شرب النخل
من السبيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء الى الكعبين ثم يرسل الماء
الى الأسفل الذي يليه . وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفنى الماء ،

ورواها عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم
قضى في سبيل مهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى الى الأسفل ،
رواه أبو داود وابن ماجه ، وفي إسناده عبد الرحمن بن الحرث المخزومي المديني
تكلم فيه الإمام أحمد .

وقال الحافظ في الفتح : إن إسناد هذا الحديث حسن ورواه الحاكم في المستدرک من حديث عائشة أنه قضى في سيل مهزور أن الأعلى يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين . وأعله الدارقطني بالوقف وصححه الحاكم ، ورواه ابن ماجه وأبو داود من حديث ثعلبة بن أبي مالك . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي حاتم القرظي عن أبيه عن جده أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مهزور السيل الذي يقسمون مائه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى الأسفل ، ومهزور وادي بني قريظة بالحجاز . قال ابن الأثير : أما مهروز بتقديم الراء على الزاي فموضع سوق المدينة .

وهذه الأحاديث تدل على أن الأعلى تستحق أرضه الشرب بالسيل والنيل وماء البئر قبل الأرض التي تحتها ؛ وأن الأعلى يمسك الماء حتى يبلغ الكعبين أي كعبي رجل الإنسان الواقفين عند مفصل الساق والقدم ثم يرسله بعد ذلك .

وقال صاحب البحر : إن الماء إذا كان قليلا فله أن يعم أرض الأعلى إلى الكعبين في النخيل وإلى الشراك في الزرع لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك في خبر عبادة بن الصامت . قال : وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا زبير ، اسق أرضك حتى يبلغ الجدر ، فقيل : عقوبة الخصم ، وقيل : بل هو المستحق ، وكان أمره صلى الله عليه وسلم بالفضل ، فإن كانت الأرض بعضها مطمئن فلا يبلغ في بعضها الكعبين إلا وهو في المطمئن إلى الركبتين ، قدم المطمئن إلى الكعبين ثم حبسه وسقى باقيها .

وقال أبو طالب : العبرة بالكفاية للأعلى .

أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة وهو عند الخمسة من رواية عبد الله بن الزبير عن أبيه وعند النسائي من رواية عبد الله بن الزبير لم يذكر فيه عن أبيه وللبخاري في رواية قال : خاصم الزبير رجلا - وذكر نحوه - وزاد فيه : فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ لآزير حقه ، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللانصاري ، فلما أحفظ الانصاري رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى لآزير حقه في صريح الحكم .

قال عروة : قال الزبير ، فوالله ما أحسب هذه الآية نزلت الا في ذلك ،
 (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحسوك فيها شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم
 حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ، رواه أحمد كذلك لكن قال ، عن عروة بن
 الزبير أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلاً وذكره جملة من سنده وزاد البخاري في
 رواية . قال ابن شهاب فقدرت الانصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
 واسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر ، فكان ذلك الى الكعبين ، وقد
 جاء هذا الحديث عند المحدثين في أبواب الاقضية وأن القاضي اذا حكم وهو غضبان
 صح ان صادف الحق لانه صلى الله عليه وسلم قضى للزبير بعد أن أغضبه الرجل ولا يخفى
 أنه لا يصح الحاق غيره صلى الله عليه وسلم به لانه معصوم فلا يدل حكمه صلى الله
 عليه وسلم وهو غضبان على جواز ذلك للقضاة ، والنبي صلى الله عليه وسلم
 معصوم عن الحكم بالباطل في غضبه ورضاه بخلاف غيره ، ولهذا ذهب بعض
 الحنابلة الى أنه لا ينفذ الحكم في حال الغضب لثبوت النهي عنه ، وسيأتي مزيد ايضاح
 ان شاء الله تعالى في كتاب الاقضية ، وقد رواه مالك في موطنه من حديث
 عروة عن أبيه .

والرجل المبهم الذي خاصم الزبير هو ثعلبة بن حاطب ، وقيل حميد ، وقيل
 حاطب بن أبي بلتعة ولا يصح لأنه ليس أنصاريًا ، وقيل : انه ثابت بن قيس بن
 شماس ، وانما ترك النبي صلى الله عليه وسلم قتله بعد أن جاء في مقاله بما يدل على
 أنه صلى الله عليه وسلم جار في الحكم لاجل القرابة لان ذلك كان في أوائل الاسلام
 وقد كان صلى الله عليه وسلم يتألف الناس اذ ذلك كما ترك قتل عبد الله بن أبي بعد
 أن جاء بما يسوغ به قتله .

وقال القرطبي : يحتمل أنه لم يكن منافقاً بل صدر منه ذلك عن غير قصد ،
 كما اتفق لحاطب بن أبي بلتعة في قصة تخايره مع العدو ومسطح في قصة الافك
 وحننة وغيرهم ممن بدره لسانه بدرة شيطانية .

على أن الحكم في هذا الفصل يأتي هكذا : اذا كان الماء صغير المجرى بحيث
 يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح الناس من أصحاب الارض
 الشاربة منه فيه ؛ فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقى ويمس الماء حتى يبلغ الى

السكب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضى كلها ؛ فان لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن يليهم فلا شيء للباقيين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة في الميراث ، وهذا قول الفقهاء من أهل المدينة ومالك والشافعي وأحمد ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل فيه حديث الزبير ، قال الزهري : نظرنا في قول النبي صلى الله عليه وسلم ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر ، فوجدنا ذلك إلى السكبين .

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير ، والحرة أرض ملتبسة بمجارية بركانية سود ، والجدر الجدار ، وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلاً على غيره ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترك جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها ؛ فإن دخلوا على أن يتساووا ، تساووا في الإنفاق ، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا في الإنفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة ، لأنهم استفادوا ذلك بالإنفاق فكان حقهم على قدره ، فإن أرادوا سقى أراضيهم بالممأية يوماً يوماً جاز ، وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضى وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ، فنخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه ، فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم في ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك ، لأن حريم النهر مشترك بينهم ، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه ، فإن أراد أن ينصب رحاً قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك ، لأنه يتصرف في حريم مشترك ، فإن أراد أن يأخذ الماء ويسقى به أرضاً أخرى ليس لها رسم يشرب من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان في دربين أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) قوله : بالممأية أى بالمناوبة . وقوله : كوى جمع كوة بضم الكاف وتشديد الواو مثل مديّة ومدى وتفتح أيضاً وهى الثقب فى الحائط .

إذا كان النهر لجماعة وقد قلنا فيما مضى إن النهر المحيي في موات يكون لمحبيه حقوق الملك ، وإن لم يكن مالكا فهو بينهم على حسب العمل والنفقة أو على حسب اتفاقهم ، لأنه إنما كان لهم حق الملك بالعمارة والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم ، وإن تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر نفقتهم ، لأن لكل واحد منهم من الحقوق بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبه أو حجر مستوى الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حوز أو ثقب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به وليس له أن يأخذ قبل القسم ، كما أن ليس له أن يسقي أرضا ليس لها رسم شرب في هذا الماء لأن ذلك يدل على أن لها قسما في هذا الماء ، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى ، فأراد تنفيذ أحدهما إلى الأخرى لم يجز ، لأنه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصه يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل .

وإن قسموا النهار لجعلوا الواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز . وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسه مثقوبه تترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامه كانت ساعه وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين .

لا يجوز في النهر المشترك أن يتصرف أحد المشتركين به مل رحي أو دولاب أو معبر لياه لأنه يتصرف في نهر مشترك وفي حريمه بغير إذن شركائه . أما الشرب لنفسه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به في أشباه ذلك فإنه يجوز لكل المسلمين ، ولا يحل لصاحب الماء منعه من ذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكهم ولم يذهب عنهم أدمهم رجل - كان يفصل ماء بالطريق فمنه ابن السبيل ، رواه البخاري .

وعن أبيه عن أبيها أنه قال : يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الماء ، قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الملح ، قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : أن تفعل الخير خير لك ، رواه أبو داود ، ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما إذا لم يفضل شيء عن حاجة ماشيته لم يلزمه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب اللقطة

إذا وجد الحر الرشيد لقطه يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر واليابس - فإن كان ذلك في غير الحرم - جاز التقاطه للتملك ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : ما كان منها في طريق مشاء فمرفها حولا ، فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك ، وما كان منها في خراب ففيها وفي الركاز الخمس ، وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها ، لقوله تعالى (وتماونوا على البر والتقوى) ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا . كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ، وإن كانت في الحرم لم يجز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها .

ومن أصحابنا من قال : يجوز التقاطها للتملك لأنها أرض مباحة لجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم ، والمذهب الأول ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام إلى يوم القيامة ، لم يحل لأحد قبلي ، ولا يحل لأحد بعدى ولم يحل لي إلا ساعة من نهار ، وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفرد صيدها ، ولا يعضد شجرها ، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرفة ، ويلزمه المقام للتعريف : وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح

(فصل) وهل يجب أخذها ؟ روى الهزني أنه قال : لا أحب تركها . وقال

في الام : لا يجوز تركها . فمن اصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجب لأنها
أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة

(والثاني) يجب ، لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
« حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، ولو خاف على نفسه لوجب حفظها ، فكذلك
إذا خاف على ماله .

وقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما ، ان كانت في موضع لا يخاف عليها
لأمانة أهله لم يجب عليه ، لأن غيره يقوم مقامه في حفظها ، وإن كان في موضع
يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، فتمين عليه ،
وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن ، لأن المال
إنما يضمن باليد أو بالاتلاف . ولم يوجد شيء من ذلك ، ولهذا لا يضمن الوديعة
إذا ترك أخذها فكذلك اللفظة .

(فصل) وان أخذها اثنان كانت بينهما ، كما لو أخذها صيدا كان بينهما ، فإن
أخذها واحد وضاعت منه ووجدتها غيره وجب عليه ردها الى الاول لأنه سبق
اليها فقدم ، كما لو سبق الى موات فتحجره .

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر مروى من طريق عمرو بن شعيب عن
أبيه عن جده : وقد مضى للتروى تخريجها في زكاة الركا . وقد روى الجوزجاني
والاثرم في كتابيهما قال : حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو
ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟
فقال عرفه سنة ، فإن جاء صاحبه والافشأنك به ،

وحديث « من كشف عن مسلم كربة أخ ، سبق في غير موضع ؛ وحديث
ابن عباس مضى في الحج ، وحديث ابن مسعود مضى في البيوع في غير موضع
أما لغات الفصل فإن اللفظة بفتح القاف اسم الملقط . قال الخليل بن أحمد
لأن ما جاء على « فعدة فهو اسم للفاعل ، كقولهم « همزة ولمزة وضحكة » وهزأة .
واللفظة بسكون القاف المال الملقط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة

الذي يهزأ به . وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء : هي بفتح القاف اسم المال المقطوع أيضا وتعريفها عند الفقهاء . المال الضائع من ربه بقطعها غيره .

وقال الزحشري : اللقطة بفتح القاف والعامية تسمىها وأصله من لفظ الشيء والنقطة إذا أخذته من الأرض . وأصلُ فَعَلَةٍ في الكلام اسم الفاعل وفعلته اسم المفعول ، غير أن كلام العرب جاء في اللقطة على غير قياس . أجمع أهل اللغة ورواة الأخبار على أن اللقطة الشيء الملقط . ذكره الأزهرى . قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشيء من غير طلب .

قوله : مثناه ، أى مسلوك مفعول من الإتيان ، وقد تبدل الناء دالا للمجاورة النطق فتكون مبيداه ، ولا يزال العامة ينطقونها محرفة فيقولون المبدأ . وفي الحديث : لولا أنه طريق مثناه لحزننا عليك يا إبراهيم . أما الأحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمين نفسه عليها أخذها . وهذا قول الشافعى رضى الله عنه .

وقال أحمد رضى الله عنه : الأفضل ترك الالتقاط . وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له .

وقال الشافعى رضى الله عنه : انه يجب أخذها لقوله تعالى : والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله .

وقال فى الام فى اللقطة الصغيرة فى ضالة الغنم اذا وجدت فى موضع مملوكة فمى لك فكلمها ، فإذا جاء صاحبها فاغرمها له .

وقال فى المال يعرفه سنة ثم يأكله ان شاء ؛ فإن جاء صاحبه غرمها له ، وقال يعرفها سنة ثم يأكلها ، وسراً كان أو معسراً إن شاء ، إلا أنى لا أرى له أن يخاطبها بماله ولا يأكلها حتى يشهد على عددها ووزنها وظرفها وعفاصها ووكائنها فتم جاء صاحبها غرمها له الخ . اهـ

ومى رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة ، وأخذها

أبي بن كعب وسويد بن غفلة . وقال مالك ان كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلى
ويعرفه ، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تخصيصه
وتخليصه من الفرق

وقال ابن قدامة من الحنابلة في المغنى : ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا
نعرف لهما مخالفاً في الصحابة ، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام ، وتضييع
الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها ، فكان تركه أولى وأسلم ، كولاية مال
اليتيم وتخليص الخمر .

فإذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفتان في الجنس والحكم ، فالضوال
الحيوان ، لأنه يضل بنفسه ، واللقطة غير الحيوان ، سميت بذلك لالتقاط
واجدها لها ، ولها حالتان .

(أحدهما) أن توجد في أرض مملوكة ، فلا يجوز لو وجدها التعرض لأخذها
وهي في الظاهر للمالك الأرض إن ادعاها ، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال
ما كان منها في طريق مبيتا فعرها حولاً ، فإن جاء صاحبها والا فهي لك ، وما
كان في خراب ففيها وفي الركاز الخمس ،

والحال الثانية : أن توجد في أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات
فلا يخلو ذلك من أحد أمرين : إما أن يكون بمكة أو بغير مكة ، فإن كان بغير
مكة من سائر البلاد فعلى ضربين ، ظاهر ومدفون ؛ فإن كان ظاهراً فعلى ضربين
أحدهما ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره من بعد

(والثاني) أن يكون مما يبقى كالدرهم والدنانير والشياب والحلى والقماش فهذه
هي اللقطة التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد قال
سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف
وكاءها وعفاصها ثم عرفها ستة ، فإن لم تعرف فاستنقها ، ولتكن ودبعة عندك
فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه ، وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : مالك
ولها دعاء فإن دعاهم فداءها وسقاهم ماء ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدوا ربها ،

وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، متفق عليه .
 فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها
 وإن كان مدفوناً فضربان جاهلي وإسلامي ، فإن كان إسلامياً فلقطعة أيضاً وهي
 على ما ذكرنا ، وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه وإخراج خمسة
 في مصرف الزكوات للحديث وفي الركاز الخمس .

وإن كانت اللقطة بمكة فذهب الشافعي رضي الله عنه أنه ليس لو أجدها أن
 يتملكها ، وعليه إن أخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد ، وقال بعض
 أصحابنا : مكة وغيرها سواء في اللقطة استدلالاً بعموم الخبر ، وهذا خطأ لقوله
 صلى الله عليه وسلم : إن أبي إبراهيم حرم مكة ، فلا يتخلى نخلاها ولا يعصد شجرها
 ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ، وفي المنشد تأويلان : أحدهما وهو
 قول أبي عبيد : إنه صاحبها الطالب ، والناشد هو المعارف الواجد لها .

قال الشاعر :

يصيح للنباة أسماءه إصاخة الناشد المنشد

فكان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل أن يتملكها إلا صاحبها التي هي
 له دون الواجد . والتأويل الثاني وهو للشافعي رضي الله عنه أن المنشد الواجد
 المعارف ، والناشد هو المالك الطالب ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع
 رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال : أيها الناشد غيرك الواجد ، يعني لا وجدت
 كأنه دعا عليه ، فعلى هذا التأويل معنى قوله : لا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعارف
 يقيم على تعريفها ولا يتملكها ، فكان في كلا التأويلين دليل على تحريم تمليكها ،
 ولأن مكة لما باينت غيرها في تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها باينت غيرها
 في ملك اللقطة ، ولأن مكة لا يعود الحارج منها غالباً إلا بعد حول إن عاد ، فلم
 ينشر انشادها في البلاد كلها ، فلذلك وجب عليه مداومه تعريفها ، ولا فرق بين
 مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك في الحرمه .

فأما عرفة ومصلى إبراهيم عليه السلام ففيه وجهان . أحدهما : أنه حل تحمل لقطته قياساً على جميع الحل . والثاني : أنه كالحرم لا تحمل لقطته إلا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج ، ثم اختلفوا في جواز انشادها في المسجد الحرام مع اتفاقهم على تحريم انشادها في غيره من المساجد على وجهين (أصحهما) جوازه اعتباراً بالعرف وأنه مجمع الناس .

(فرع) إذا ضاعت اللقطة من مانتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانه في يده فأشبهت الوديعة ، فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حق التمتع ، وولاية التعريف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضياح : فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها ، لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها : لأن الملك مقدم على حق التملك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني ، وليس له مطالبه الأول لأنه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً ، لأن الأول ترك حقه فسقط ، وإن قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول احتتمل وجهين .

(الأول) يملكها ، لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول في تعريفها لنفسه .

(والثاني) لا يملكها لأن ولاية التعريف للأول أشبهه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالأول فرفعها ولم يعلم بها ، وبشبه هذا المنهج في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حصره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجهاً واحداً ، لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ، ويفارق هذا ما إذا التقطها فإن فإنه وجد منه الالتقاط والتعريف .

(فرع) إذا التقطها اثنان فعرفها حولا ملكها جميعاً ، وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر

وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها، أو رأها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لا تأخذها، لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد. وإن قال أحدهما لصاحبه: هاها فأخذها نظرت، فإن أخذها لنفسه فهي له دون الأمر، وإن أخذها للأمر فهي له كما لو وكاة في الاصطياد له.

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا أخذها عرف عفاصها، وهو الوعاء الذي تكون فيه، ووكاءها وهو الذي تشد به وجنسها وقدرها، لما روى زيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال: اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة، فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك، فنص على العفاص والوكاء، وقسنا عليهما الجنس والقدر، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله، وتعرف به صدق من يدعيها، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة أوجه.

(أحدها) لا يجب لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة (والثاني) يجب لما روى عياض بن حمار رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من سقط لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب، ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فنضبح اللقطة أو يسترق اللقيط.

(والثالث) أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه كالبيع، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب فوجب الإشهاد عليه كالشكاح، وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف، لأن التعريف للملك فإذا لم يرد الملك لم يجب التعريف.

فإن أراد أن يتملكها نظرت، فإن كان مالا له قدر يرجع من ضاع منه في طلبه لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو. وحديث زيد بن خالد، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة؟ فيه وجهان.

(أحدهما) لا يجوز، ومتى قطع استأنف، لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها.

(والثاني) يجوز لأن اسم السنة يقع عليها ، ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة . ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها ، وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه ، لأن من ضاع منه شيء يطلبه في الموضع الذي ضاع فيه ، ولا يعرفها في المساجد ، لما روى جابر قال : سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا ينشد ضالة في المسجد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : لا وجدت ، وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات ، ويقول : من ضاع منه شيء ، أو من ضاع منه دنائير ، ولا يزيد عاينها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها ؛ فإن ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، لأن بمجرد الصفه لا يجب الدفع ، والثاني : يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفه ، فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على المانقظ ، لأنه يتملك به ، وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف : لما روى أنس قال : مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمر في الطريق مطروحه فقال : لو لا أن أخشى أن تكون من الصدقة لا كنتها ، وإن كان مما يطلب إلا أنه قليل ، ففيه ثلاثه - أوجه ، أحدها : يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعدم الاخبار .

والثاني : لا يعرف الدينار ، لما روى أن عليا كرم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : كله أو شأنك به .

والثالث : يعرف ما يقطع فيه السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لأنه تافه ، ولهذا قالت عائشه رضي الله عنها : ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه .

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهني رواه البخاري ومسلم وأحمد ، واللفظ الذي ساقه المصنف أقرب إلى رواية أحمد . ولفظ الشيخين : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاهها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنقمها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها

يوما من الدهر فأدها اليه . وسأله عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها ؛ دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، ولم يقل فيه أحمد ، الذهب أو الورق ، وفي رواية لمسلم ، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاها فأعطاها إياه وإلا فهي لك ،

وحدث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائي وابن حبان ، وفي لفظ . للبيهقي ، ثم لا يكتم وليعرف ، وصححه ابن الجارود وابن حبان وقد رواه الشافعي أورده الربيع في اختلاف مالك والشافعي في اللقطة ليلزم مالك بما رواه فقال : أخبرنا مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني الخ ،

أما حديث جابر فقد مضى تخريجه في كتاب الصلاة من المجموع . أما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان .

أما حديث علي فقد أخرجه أبو داود عن بلال بن يحيى العبسي عنه وفيه ، أنه التقط دينارا فاشترى به دقيقا فعرفه صاحب الدقيق فرد عليه الدينار فأخذه علي فقطع منه قبراطين فاشترى به لحما . قال المنذري : في سماع بلال بن يحيى من علي نظر . وقال الحافظ بن حجر : إسناده حسن ، ورواه أبو داود أيضا عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب وجد دينارا ، فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هو رزق الله فأكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكل علي وفاطمة ، فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا علي أد الدينار ، وفي إسناده رجل مجهول . وأخرجه أبو داود أيضا من وجه آخر عن أبي سعيد ، وذكره مطولا وفي إسناده موسى بن يعقوب الزمعي وثقه ابن معين . وقال ابن عدي لا بأس به ، وقال النسائي ليس بالقوي .

وروي هذا الحديث الشافعي عن الدراوردي عن شريك بن أبي نمر عن عطاء ابن يسار عن أبي سعيد الخدري وزاده أنه أمره أن يهرقه ، ورواه عبد الرزاق

من هذا الوجه ، وزاد لجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام ؛ وفي إسناد هذه الزيادة أبو بكر بن أبي سبرة وهو ضعيف جداً .

وقد أعل البيهقي هذه الروايات لاضطرابها ولما راضتها لأحاديث اشترط السنة في التعريف ، قال ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطراب ، وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد ، وسيأتي في الحدود إن شاء الله تعالى .

قوله « فليشهد » ظاهر الأمر يدل على وجوب الاشهاد ، وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه وبه قال أبو حنيفة ، وفي كيفية الاشهاد قولان ، أحدهما يشهد أنه وجد لقطة ولا يعلم بالعفاص ولا غيره لئلا يتوصل بذلك الكاذب إلى أخذها ، والثاني يشهد على صفاتها كلها حتى إذا مات لم يتصرف فيها الوارث ، وأشار بعض أصحابنا إلى التوسط بين الوجهين فقال لا يستوعب الصفات ، ولكن يذكر بعضها ، قال النووي وهو الأصح ، والثاني من قولي الشافعي أنه لا يجب الاشهاد وبه قال مالك وأحمد وغيرهما ، وقالوا إنما يستحب احتياطاً ، لأن الرسول (ص) لم يأمر به في حديث زيد بن خالد ، ولو كان واجبا لبيته

أما العفاص بكسر العين المهملة وتخفيف الفاء . وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلداً أو غيره أخذاً من العفاص وهو الشيء لا ثمناته على ما فيه ، وقد وقع في زوائد المسند لعبد الله بن أحمد في حديث لأبي بن كعب رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعديتها ووعائها ووكئها وفرقتها فأعطاها إياه وإلا فاستمتع بها » والعفاص يكون على رأس القارورة لسدها وأما الذي يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام ، فحيث يذكر الوعاء مع العفاص فالمراد الأول ، وحيث يذكر العفاص مع الوعاء فالمراد الثاني ، أفاده في فتح الباري

قوله « ولا يكتم » يعني لا يحل كتم اللقطة إذا جاء لها صاحبها وجاء من أوصافها ما يغلب الظن بصدقه ، والمقصود من معرفة الآلات التي تحفظ فيها ويلتحق بذلك معرفة جنسها ونوعها وقدرها ، فقد قال النووي : يجمع بين الروايات بأن يكون مأموراً بالمعرفة في حالتين فيعرف العلامات وقت الالتقاط

حتى يعلم صدق واصفها إذا وصفها ، ثم يعرفها مرة أخرى بعد تعريفها سنة إذا أراد أن يتملكها ليعلم قدرها وصفتم إذا جاء بعد ذلك فردها اليه

قال الحافظ ابن حجر : ويحتمل أن تكون في الروايتين (يشير الى رواية البخاري ، عرفها سنة ثم عرف عفاصها ووكاهها ، ورواية البخاري أيضا ، اعرف عفاصها ووكاهها ثم عرفها سنة) ثم بمعنى الواو فلا تقتضى ترتيبا ، فلا تقتضى تخالفاً يحتاج إلى الجمع ، ويقويه كون المخرج واحداً والقصة واحدة ، وإنما يحسن الجمع بما تقدم لو كان المخرج مختلفا أو تعددت القصة . وليس الغرض إلا أن يقع التعرف والتعريف مع قطع النظر عن أيهما يسبق . قال واختلف العلماء في هذه المعرفة على قولين أظهرهما الوجوب لظاهر الأمر . وقبل يستحب ، وقال بعضهم يجب عند الالتقاط ويستحب بعده .

وقال أيضا في الفتح عند قوله « ثم عرفها » محل ذلك المحافل كأبواب المساجد والأسواق ونحو ذلك . قلت : كبرامج الإذاعة المخصصة للأشياء المفقودة كبرنامج طريق السلامة الذي توفر له إذاعة القاهرة عشر دقائق من صباح كل يوم في زماننا هذا .

قوله (سنة) الظاهر أن تكون متواليه وليكن على وجه لا يكون على جمه الاستيعاب ، فلا يلزمه التعريف بالليل ، ولا استيعاب الأيام بل على المعتاد ، فيعرف في الابتداء كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل أسبوع مرة ، ثم في كل شهر مرة ، ولا يشترط أن يعرفها بنفسه ، بل يجوز له توكيل غيره ؛ ويعرفها في مكان وجودها وفي غيره . كذا قال العلماء ، وظاهره أن التعريف واجب لاقتضاء الأمر الوجوب ، لا سيما وقد وصف النبي (ص) من لم يعرفها بالضللال في حديث يزيد بن خالد عند أحمد ومسلم . قال : لا يأوى الضلالة إلا ضلال ما لم يعرفها ، هكذا جاءت (لا يأوى) من الثلاثي اللازم ، وقد يتعدى في هذا الحديث .

وفي المبادرة الى التعريف خلاف مبناه هل الأمر يقتضى الفور أم على التراخي وظاهره أنه لا يجب التعريف بعد السنة ، وبه قال الجمهور وادعى صاحب البحر الإجماع ، على أنه وردت روايته عند البخاري عن أبي بن كعب بإفظ : وجدت

صرة فيها مائة دينار ، فأثبت النبي (ص) فقال عرفها - حولا ، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيت ثانيا فقال عرفها - حولا فلم أجد ، ثم أتيت ثالثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاهها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها فاستمتعت ، فلقيتها بعد بمكة فقال : لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا ، وذكر البخاري الحديث في موضع آخر من صحيحه فزاد ثم أتيت الرابعة فقال : اعرف وعاءها الخ ، قال في فتح الباري : القائل فلقيته بعد بمكة هو شعبة ، والذي قال لا أدري هو شيخه سلمة بن كهيل وهو الراوي لهذا الحديث عن سويد عن أبي ، قال شعبة فسمعتة بعد عشر سنين يقول : عرفها عاما واحدا ، وقد بين أبو داود الطيالسي في مسنده القائل : فلقيته والقائل لا أدري ، فقال في آخر الحديث : قال شعبة فلقيت سلمة بعد ذلك فقال لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا ، وبهذا يتبين بطلان قول ابن بطلان أن الذي شك هو أبي بن كعب ، والقائل هو سويد ابن غفلة ، وقد رواه عن شعبة عن سلمة بن كهيل بغير شك جماعه ، وفيه ثلاثة أحوال إلا حماد بن سلمة فإن في حديثه عامين أو ثلاثة ، وجمع بعضهم بين حديث أبي هذا وحديث خالد بن زيد المذكور فيه سنة فقط بأن حديث أبي محمول على مزيد الورع عن التصرف في اللقطة والمبالغة في التعفف عنها ، وحديث زيد على ما لا بد منه .

وجزم ابن حزم وابن الجوزي بأن الزيادة في حديث أبي غاط . قال ابن الجوزي : والذي يظهر لي أن سلمة أخطأ فيها ثم ثبت واستمر على عام واحد ، ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه ، لا بما يشك فيه راويه . وقال أيضا : يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم عرف أن تعريفها لم يقع على الوجه الذي ينبغي ، فأمر ثانيا بإعادة التعريف ، كما قال للرسول صلواته وارجع فصل فإنك لم تصل .

قال الحافظ بن حجر : ولا يخفى بعد هذا على مثل أبي مع كونه من فقهاء الصحابة وفضلائهم . قال المنذرى ولم يقل أحد من أئمة الفتوى أن الالقطة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر أربعة أقوال يعرف بها ، ثلاثة أحوال ، عاما واحدا ، ثلاثة أشهر ، ثلاثة أيام ، وزاد ابن حزم عن عمر قولاً خامساً وهو أربعة أشهر .

قال في الفتح : ويحمل ذلك على عظم اللقطة وحقارتها . وأما قوله في الحديث
 « فإن لم تعرف فاستنفقها » فقد قال يحيى بن سعيد الأنصاري : لا أدري هذا في
 الحديث أم هو شيء من عند يزيد مولى المنبج (وهو الراوي عن زيد بن خالد)
 كما حكى البخاري ذلك عن يحيى ، وتعقب ابن حجر هذا في الفتح فقال : شك يحيى
 هل قوله « ولتكن ودبعة عنده » مرفوع أم لا ، وهو القدر المشار إليه بهذا دون
 ما قبله لثبوت ما قبله في أكثر الروايات ، وخلوها عن ذكر الودبعة ، وقد جزم
 يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى كما في صحيح مسلم بلفظ « فاستنفقها ولتكن ودبعة
 عنده » ، وكذلك جزم برفعهما خالد بن مخلد عن سليمان عن ربيعة عن مسلم ، وقد
 أشار البخاري إلى رجحان رفعهما فترجم باب إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه
 لأنها ودبعة عنده ، والمراد بكونها ودبعة أنه يجب ردها فتجوز بذكر الودبعة عن
 وجوب ردها بعد الاستنفاق ، لا أنها ودبعة حقيقة يجب ردها ، لأن
 المأذون في استنفاقه لا تبقى عينه ؛ كذا أفاده ابن دقيق العيد قال : ويحتمل أن
 تكون الواو في قوله « ولتكن ودبعة » بمعنى أو ، أي إما أن تستنفقها وتغرم
 بدلها ، وإما أن تتركها عندك على سبيل الودبعة حتى يجيء صاحبها فتعطيها إياه
 ويستفاد من تسميتها ودبعة أنها لو تلفت لم يكن عليه ضمانها ، وهو اختيار
 البخاري تبعاً لجماعة من السلف .

(فرع)

روينا عن أحمد وأبي داود عن جابر بن عبد الله قال « رخص رسول الله صلى
 الله عليه وسلم في العصا والحبل وأشباهاه يلتقطه الرجل ينتفع به ، وفي إسناده
 المغيرة بن زياد ، قال المنذرى . تكلم فيه غير واحد ، وفي التقريب : صدوق له
 أوهام وفي الخلاصة : وثقه وكيع وابن معين وابن عدى وغيرهم .
 وقال أبو حاتم : شيخ لا يحتج به ، وفيه جواز الانتفاع بما يوجد في الطرقات
 من المحقرات لا سيما إذا كان هذا الشيء الحقير ما كولا لما في حديث أنس الذي
 ساقه المصنف ، فإنه يجوز أكله ولا يجب التعريف به أصلاً كالتمر ونحوها لأن
 النبي صلى الله عليه وسلم قد بين أنه لم يمنعه من أكل التمرة إلا خشية أن تكون
 من الصدقة ، ولولا ذلك لأكلها .

وقد روى ابن أبي شيبة عن ميمونة أم المؤمنين أنها وجدت ثمرة فأكلتها
وقالت : لا يجب الله الفساد . قال في الفتح : يعني أنها لو تركتها فلم تؤخذ فتؤكل
انفسدت ثم قال : وجواز الأكل هو المجزوم به عند الأكثر .

وعندنا أن القليل إذا كان يطلب في العادة وجب التعريف به كالأكثير مدة
التعريف المنصوص عليها وهي سنة للعموم الاصحابي الواردة . وعند أبي حنيفة
أنه يعرف بالقليل ثلاثة أيام . وذلك لحديث يعلى بن مرة مرفوعاً من التقط
لقطه بسيرة جبالاً أو درهماً أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثة أيام ، فإن كان فوق ذلك
فليعرفه ستة أيام ، رواه أحمد والطبراني والبيهقي ، وزاد الطبراني ، فإن جاء
صاحبها والا فليصدق بها ، وفي أسناده عمر بن عبد الله بن يعلى ، وقد صرح
جماعه ضعفه ، وزعم ابن حزم أنه مجهول وقد دافع عنه ابن حجر وابن رسلان
والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان (أحدهما) تدخل في ملكه
بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
فإن جاء صاحبها والأفمى لك ولأنه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك
كالصيد (والثاني) أنه يملكه باختيار التملك ، لما روى في حديث زيد بن خالد
الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن جاء صاحبها والأفشأنك بها فجعله
إلى اختياره ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالمالك بالبيع . وحكى فيه
وجهان آخران . أحدهما : أنه يملك بمجرد النية . والثاني : يملكه بالهرف
ولا وجه لواحد منهما ، ولا فرق في ملكها بين الغنى والفقير لقوله صلى الله عليه
وسلم : فإن جاء صاحبها والأفشأنك بها ، ولم يفرق لأنه ملك بعبوض فاستوى
فيه الغنى والفقير كالمالك في القرض والبيع .

(فصل) فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها نظرت ؛ فإن كانت الدين باقية
وجب ردها مع الزيادة المنصلة والمنفصلة ، لأنها باقية على ملكه ، وإن كانت
تالفه لم يلزم الملتقط ضمانها ، لأنه يحفظ لصاحبها ، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط

كالوديعة ، وإن حضر بعد ما ملكها — فإن كانت باقية — وجب ردها ، وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها ، وقال السكرانبيسي : لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك ؛ فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز ؛ والمذهب الأول ، لما روى أبو سعيد الخدري أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً لرجل صاحبه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أده قال علي : قد أكلته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إذا جاء ناشئ أديناه ، ويخالف الركاز فإنه مال لكافر لا حرمة له ، وهذا مال مسلم ، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز ، ويلزمه تعريف اللقطة ، فإن كانت العين باقية فقال الملتقط : أنا أعطيتك البديل ، لم يجبر المالك على قبوله ، لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله ، فلا يجبر على قبول البديل ، وإن حضر — وقد باعها الملتقط وبينهما خيار — ففيه وجهان .

(أحدهما) يفسخ البيع ، ويأخذ لأنه يستحق العين والعين باقية .

(والثاني) لا يجوز له أن يفسخ ، لأن الفسخ حق للعاقدة ، فلا يجوز لغيره من غير إذنه ، وإن حضر وقد زادت العين ، فإن كانت زيادة متصلة رجوع فيها مع الزيادة ، وإن كانت زيادة منفصلة رجوع فيها دون الزيادة ، لأنه فسخ ملك فاختلقت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب

(الشرح) الأحاديث المذكورة في هذين الفصلين سبق استيفاء الكلام عليهما في الفصل قبلهما .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وبأكل اللقطة الغنى والفقير ومن تحمل له الصدقة وتحرم عليه . وهذا كما قال : يجوز لو وجد اللقطة بعد تعريفها حولاً أن يتمسكها وبأكلها غنياً كان أو فقيراً . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إن كان فقيراً ، ولا يجوز إن كان غنياً أن يتمسكها ، ويكون مخيراً بين أمرين : إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبدأ كالوديعة ، وإما أن يتصدق بها ، فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد ، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالاً بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها ، وهو حديث في إسناده عمر بن عبد الله

ابن بعلی ، قال أبو حنیفة : وهذا نص ، ولأنه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن
يختلف فيه حال الغنی والفقیر كالزكاة ، ولأنه مال مسلم فوجب أن لا یحل إلا
لمضطر قیاساً علی غیر اللقطة .

ودلیلنا عموم قوله صلی الله علیه وسلم « فان جاء صاحبها وإلا فشانك بها »
وهو يقتضی التسوية بین الغنی والفقیر ، وروی أن أبی بن كعب وجد صرة فیها
ثمانون دیناراً أو مائة دینار فأمره النبی صلی الله علیه وسلم أن یعرفها حولاً فان
جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها .

قال الشافعی رضی الله عنه : وأبی من أسیر أهل المدینة أو کأسرهم ، ولولم
یکن موسراً لصار بعشرین دیناراً منها موسراً علی قول أبی حنیفة . فدل علی أن
الفقیر غیر معتبر فیها وأن الغنی لا یمنع منها . وروی عن عطاء بن یسار عن
أبی سعید الخدری أن علی بن أبی طالب وجد دیناراً فأتی به النبی صلی الله علیه
وسلم فأمره أن یعرف به ثلاثاً فعرفه فلم یجد من یعرفه ، فرجع به الی النبی صلی
الله علیه وسلم فأخبره فقال : کله حتی اذا أکله جاء صاحب الدینار یتعرفه فقال
علی رضی الله عنه : قد أمرنی رسول الله صلی الله علیه وسلم بأکله فانطلق صاحب
الدینار وكان یهودیا الی النبی صلی الله علیه وسلم فقال له النبی صلی الله علیه وسلم
اذا جاءنا شیء أدیناه الیک .

قال الشافعی رضی الله عنه : وعلی ممن یحرم علیهم الصدقة ، لانه من طینة
بنی هاشم ؛ فلو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنی لحظرها علیه ، ولأن کل
من كان من أهل الالتقاط جاز أن یرتفق بالاکل والتماق كالفقیر ؛ ولان ما ثبت
للفقیر فی اللقطة ثبت للغنی كالنسك والصدقة ، ولان کل مال استباح الفقیر اتلافه
بشرط الضمان استباح الغنی اتلافه بشرط الضمان كالقرض ، ولا بدخل علیه
طعام المضطر لاستوائهما فیها ، وقد یجعل المضطر أصلاً فیقول : کل ارتفاق بمال
الغیر اذا كان مضموناً استوی فیها الغنی والفقیر كأکل مال الغیر المضطر ، ولانه
استباحة اتلاف مال لغيره لمعنی فی المال فوجب أن یستوی فیها حکم الغنی والفقیر
كالفحل الصائل ، ولأن کل ما استبیح تناوله عند الإیاس من مالکة فی الاغاب
استوی فیها حکم الغنی والفقیر كالرکاز ، ولأن حال اللقطة فی ید واجدها لا یخلو

من أن تكون في حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من مال الغنى والفقير ، أو في حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى أو في حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير .

ومذهب أبي حنيفة مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة فكان فاسدا : ثم يقال لأبي حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الأفعال لأن صورها في الطاعة والمعصية على سواء كالمراعى بصلاته ، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفا على غير العامل في استحقاقه أو إحيائه

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بها فحمل على فرض صحة الرواية على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه ، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة ، لأن الزكاة تملك غير مضمون بيد ، واللقطة تؤخذ مضمونه بيد فكان الغنى أحق بتملكها ، لأنه أوفى ذمة ، وأما ما ذكره من المضطر فقد جعلناه أصلا .

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه ولا أحب لأحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أميناً عليها ، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه ، وقل أيضا ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها ، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها ، فاختلاف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين ، فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين

(أحدهما) أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نهر عليه في هذا الموضوع لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها .

(والقول الثانى) أن أخذها واجب وتركها مأثم ، لأنه لما وجب عليه حراسته نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم

وقال جمهور أصحابنا ، ليس ذلك على قولين ، إنما هو على اختلاف حالين ، فالموضع الذى لا يأخذها إذا كانت يؤمن عليها ويأخذها غيره عن يودى الأمانة فيها ، والموضع الذى واجب عليه أخذها إذا كانت في موضع لا يؤمن عليها ويأخذها غيره عن لا يودى الأمانة فيها ، لما فى ذلك من التعاون ، وعلى كلتا

الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أميناً عليهما ، بل يدور أخذها بين الاستحباب
والوجوب . وحكى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرها أخذها . وروى أن
شريحاً مر بدرهم فلم يعرض له . وفي هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف .
وقد أخذ أبي الصرة وأخذ على الدينار . وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر
ذلك عليهما ولا كرهه لهما ، ويجوز أن يكون المحكى عن ابن عباس وابن عمر
فيمن كان غير مأمون عليهما ، أو ضعيفاً عن القيام بها . ونحن نكره اغتير الأمين
عليها والضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها ، وإنما يؤمر به من كان أميناً
قريباً ، فلو تركها القوي الأمين حتى هلكت فلا ضمان عليه وإن أساء . وإن
أخذها لزمه القيام بها ، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان ، ولو ردها على الحاكم
فلا ضمان عليه بخلاف الضوال في أحد الوجهين لأنه ممنوع من أخذ الضوال
فضمنها . وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها

وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط في اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء
صاحبها هل يضمنها له أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى وجوب الرد إن كانت العين
موجودة أو البديل إن كانت قد استعملت . وخالف في ذلك الكرابيسي صاحب
الشافعي وواقعه أصحابه البخاري وداود بن علي الظاهري إمام المذهب المعروف
لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة .

ومن أدلة الجمهور مما تقدم من الأحاديث « ولتكن ودبعة عندك فإن جاء
طالبها ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها فلا تكتم فهو أحق بها »
وفي رواية للبخاري « فاعرف عفاصها ووكاهها ثم كلمها ، فإن جاء صاحبها فأدها
إليه ، أي بدلها لأن العين لا تبقى بعد أكلها .

وفي روايته لأبي داود « فإن جاء باغيها فأدها إليه ، والاعرف عفاصها
ووكاهها ثم كلمها ، فإن جاء باغيها فأدها إليه ، فأمر بأدائها قبل الإذن في
أكلها وبعده .

قال المساوردي في الحاوي الكبير : إن الواجد لو منع بعد الحول من تملكها
أدى ذلك إلى أحد أمرين ، إما أن لا يرغب الواجد في أخذها ، وإما أن تدخل

المشقة عليه في استدامته أمساكها ، فكان إباحته التملك لها بعد التعريف أحدث على أخذها وأحفظ لها على ماليتها لثبوت غرمها في ذمته ، فلا تكون معرضة للذات ، وليكون ارتفاع الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير ، ثم مذهب الشافعي لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف ، وتملكها بعد الحول ، لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمي .

فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واحد من غنى أو فقير فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالها ؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالها بمضى الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه . وهذا قول أبي حفص بن الوكيل لأنه كسب على غير بدل فأشبهه الركا والاصطياد

والوجه الثاني : أنه يملكها بعد مضي الحول باختيار التملك ، فإن لم يختار التملك لم يملك . وهذا قول أبي إسحاق المروزي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها ، فرد أمرها إلى اختياره ، ولأنه أبيع له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنا . فاقضى أن لا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبيع له والوجه الثالث : أنه لا يملكها بعد مضي الحول إلا بالاختيار والتصرف ، وهو ما لم يتصرف غير مالك ، لأن التصرف منه كالقبض فأشبهه الهبة .

فإذا صار مالها بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فن جاء طالبا لها رجع بها إن كانت باقية ، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدائها ، فإن كانت ذمته رجع بمثلها ، وإن كانت غير ذمته رجع لقيمتها حين تملكها ، لأنه إذ ذاك صار ضامنا لها . فإن اختلفا في القيمة فالقول قول ممتلكها لأنه غارم ؛ فلو كانت عند مجيء صاحبها باقية لسكن حدث منها نماء منفصل رجع بالأصل دون النماء لحدوث النماء بعد ملك الواجد

فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه إعلامه بها . ثم ينظر فإن كان ذلك قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كلوديعة . وفي هذه

الحال ترد بنائها متصلا ومنفصلا لأن ذلك قبل زمن التملك . وان كان بعد التملك ،
فثبوت ردها على الواجد دون صاحبها لبقائها على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جاء من يدعيها ووصفها ، فإن يغلب على ظنه أنها له جاز له
أن يدفع اليه ولا يلزمه الدفع لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة
فإن دفع اليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البيينة أنها له قضى بالبيينة لأنها حجة
توجب الدفع فقدمت على الوصف ، فإن كانت باقية ردت على صاحب البيينة ،
وان كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لأنه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن
الآخذ لأنه أخذ ماله بغير حق ، فإن ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط ، لأنه إن
كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع ، وإن كان مظلوماً لم يجز أن
يرجع على غير من ظلمه .

وإن ضمن الملتقط نظرت فإن كان قد أقر الآخذ بالملك بأن قال هي لك لم
يرجع عليه ، لأنه اعترف أنه أخذ ماله وأن صاحب البيينة ظلمه فلا يرجع
على من لم يظلمه ، وإن لم يقر له ولكنه قال يغلب على ظني أنها لك فله الرجوع
لأنه بان أنه لم يكن له ، وقد تلب في يده فاستقر الضمان عليه .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا انقط الرجل لقطعة مما لاروح له
ما يحمل ويحول ، فإذا انقط الرجل لقطعة قلت أو كثرت عرفها سنة ، ويعرفها
على أبواب المساجد والأسواق ومواضع العامة ، ويكون أكثر تعريفه إياها في
الجماعة التي أصابها فيها ، ويعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها وحليتها
ويكتب ويشهد عليه ، فإن جاء صاحبها وإلا فهي له بعد سنة . على أن صاحبها
متى جاء غيرها ، وان لم يأت فهي مال من ماله . وان جاء بعد السنة وقد
استهلكها والملتقط حي أو ميت فهو غريم من الغرماء يحاص الغرماء

فإن جاء ووقع في نفسه أنه لم يدع باطلاً أن يعطيه ولا أجبره في الحكم إلا ببينة تقوم عليها كما تقوم على الحقوق ، فإن ادعاها واحد أو اثنان فسواء لا يجبر على دفعها اليهم إلا ببينة يقيمونها عليه . وقال أيضاً : ونفتى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن ، ووقع في نفسه أنه صادق أن يعطيه ، ولا أجبره عليه إلا ببينة لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها .

قلت : وصورتها في رجل ادعى لقطعة في يد واجدها ، فإن أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها ، وإن لم يقم ببينة لكن وصفها - فإن أخطأ في صفتها - لم يجز دفعها اليه ، وإن أصاب في جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعت والعدد والوزن ، فإن لم يقم في نفسه صدقه لم يدفعها اليه ، وإن وقع في نفسه أنه صادق وأفتداه بدفعها اليه جوازاً لا واجباً - فإن امتنع من الدفع - لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك وأحمد : يجبر على دفعها اليه بالصفة استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة . فإن جاء طالبها فادفعها اليه ، فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبينة في الاستحقاق .

وروى سويد بن غفلة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها اليه ، وهذا نص . قالوا : ولأن كل إمارة غلب بها في الشرع صدق المدعى جاز أن يوجب قبول قوله كالبيئات . قالوا : ولأن البيئات في الأصول مختلفة ، وما تعذر منها في الغائب يخفف كالنساء المنفردات في الولادة وإقامه البينة على اللقطة متعذر لا سيما على الدنانير والدرهم التي لا تضبط أعيانها فجاز أن تكون الصفة التي هي غاية الاحوال الممكنة أن يكون بينة فيها .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم ، لو أعطى الناس بدعاوهم لادعى قوم دماء قوم وأمواهم ، لكن البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه . فلم يجعل الدعوى حجة ، ولا جعل مجرد القول حجة ببينة ، ولأن الصفة للمطلوب من تمام الدعوى ، فلم يجز أن تكون بينة للطالب قياساً على الطلب .

قال الشافعي رضي الله عنه محتجاً عليهم . أرأيت لو وصفها عشرة أعطونها ،

ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بغير عينه ، فرد عليه ابن داود فقال : كالم ادعاها عشرة وأقام كل واحد منهم بيئته عليها ، قسمتها بينهم ، وإن صدق جميعهم مستحيلاً ، كذلك إذا وصفوها كلهم .

والجواب عن هذا من وجهين : أحدهما : أن كذب المدعى أسقط الدعوى من كذب الشهود ، ألا ترى أن كذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى وإكذاب الشهود لأنفسهم غير مبطل للدعوى . والثاني : أن البيئته هي أقصى ما يقدر عليه المدعى وأقوى ما يحكم به الحاكم ؛ فدعت ضرورة الحاكم في البيئته إلى ما لم يدعه من الصفة .

وأما الجواب عن قولهم : اعرف عفاصها ووكاءها فهو أن ذلك منه لا يُلدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه ، ولكن لمعان هي أخص بمقصود اللقط ، منها أن بيئته يحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته ونزارته على حفظ ما فيه ووجوده مع كثرته . ومنها أن يتميز بذلك عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة ، وإن لم يجب ، وعلى هذا المعنى يحمل حديثه . وبذلك غفله الذي جعلوه نصاً .

وأما استدلالهم فنحن ما جعلنا الإمارة على الصدق حجة في قبول الدعوى وإنما جعلنا الأيمان بعدها حجة ، وأما استدلالهم بأن البيئات في الأصول مختلفة فصحيح ؛ وليس في جميعها بيئته تكون بمجرد الصفة ، ولا يكون تعذر البيئته موجبا أن تكون الصفة بينه . ألا ترى أن السارق تعذر إقامة البيئته عليه ، ولا يكون صفة ما بيده مدعى سرقة حجة .

فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعه ذلك إذا لم يقع في نفسه كذبه ؛ فإن أقام غيره البيئته عليها بشاهدين أو شاهد وإمرأتين أو شاهد وبمين كان مقيم البيئته أحق بها من الآخر لها بالصفة ، فإن كانت باقية في يد الواصف انتزعت منه لمقيم البيئته ، وإن كان قد استهلكها نظر في الدافع لها فإن كان قد دفعها بحكم حاكم فالصاحب البيئته الخيار في الرجوع بغيرها على الآخر لها بالصفة ، وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم فالصاحب البيئته الخيار في الرجوع

بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الاخذ الواصف ، فان رجع بها على الاخذ لها بالصفه فله ذلك لضمانه لها باليد ، واستحقاق غرمها بالاتلاف ، وقد برى الدافع لها من الضمان لو وصول الغرم إلى مستحقه ، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع ، لأنه إن كان مستحقا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد ، وان كان مظلوما به فالمظلوم بالشئ لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه .

وان رجع مقيم البيئه بغرمها على الدافع الملتقط نظر في الدافع ، فان كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البيئه عليها فليس له الرجوع بغرمها على الاخذ لها بالصفه ، لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وان لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الاخذ لها بالصفه لضمانه لها بالاستهلاك وتكون البيئه موجبة عليه وله ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وجد ضالة لم يخل اما أن تكون في برية أو بلد ، فان كانت في برية نظرت ، فان كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالإبل والبقر والحبل والبغال والحسير ، أو يبعد أثره لسرعته كالظباء والأرانب ، أو يجناحه كالحمم والدراج ، لم يجوز التقاطه للتملك ، لما روى زيد بن خالد الجهني قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الإبل فغضب واحمرت عيناه . وقال مالك ولها معها الحذاء والسقاء ، تأكل من الشجر وترد الماء حتى يأتي ربها ، وسئل عن ضالة الغنم فقال : خذها هي لك أو لا تخيك أو لا ذئب ، وهل يجوز أخذها للحفظ ؟ ينظر فيه ، فان كان الواجد هو السلطان جاز ، لان للسلطان ولاية في حفظ أموال المسلمين ، وإبدا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال ، فان كان له حمى تركها في الحمى وأشهد عليها وبسمها بسمه الضوال لتمييز عن غيرها من الاموال ، وان لم يكن له حمى ، فان كان يطمع في حمى صاحبا ، بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم ، حفظها لليومين والثلاثة ، وان لم يعرف أو عرف

ولم يجيء أصحابها باعها وحفظ ثمنها ، لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقة ،
وفي ذلك إضرار .

وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يأخذها
للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان (والثاني) لا يجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها
بخلاف السلطان ، فإن أخذها للتملك أو للحفظ - وقلنا : إنه لا يجوز - ضمنها
لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب ، وإن دفعها إلى السلطان ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد .

(والثاني) يبرأ ، وهو المذهب ، لأن للسلطان ولاية على الغائب في حفظ
ما يخاف عليه من ماله ، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على
مالكها ، فإذا أخذها غيره وسلمها إليه برىء من الضمان ، وإن كان مما لا يمنع من
صغار السباع كالغنم وصغار الإبل والبقر أخذها ، لحديث زيد بن خالد الجهني أن
رسول الله صلى الله عليه قال في ضالة الغنم دخذها هي لك أو لأخيك أو للذئب ، ولأنه
إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب ، فكان أخذها أحوط لصاحبها ، وإذا
أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالإفناق عليها ويعرفها - ولا ثم
يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن ، وبين أن يأكلها
ويغرم بدلها ويعرفها ، لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة ، وفي ذلك
إضرار بصاحبها ، والامساك أولى من البيع والاكل لأنه يحفظ العين على صاحبها
ويجوز فيها على سنة الالتقاط في التعريف والتملك ، والبيع أولى من الأكل ،
لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول ، وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول ، فكان
البيع أشبه بأحكام اللقطة ، فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه ، لأنه
موضع ضرورة ، وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان .

أحدهما : لا يبيع إلا بإذنه ، لأن الحاكم له ولاية ، ولا ولاية للملتقط .
والثاني : يبيع من غير إذنه لأنه قد قام مقام المالك فقام مقامه في البيع ، وإن
اكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف ؟ فيه وجهان .
(أحدهما) لا يلزمه ، لأن كل حالة جاز أن يستبيع أكل اللقطة لم يلزمه عزل

البدل كما بعد الحول ، ولأنه إذا لم يعزل كان البدل قرصاً في ذمته ، وإذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الأمانة .

(والثاني) يلزمه عزل البدل لأنه أشبه بأحكام اللقطة ، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول ، وقرصاً بعد الحول ، فيصير البدل كاللقطة إن شاء حفظها له وإن شاء عرفها ثم تملك .

وان أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء ، وإن وجد ذلك في بلد . فقد روى المزني أن الصغار والكبار في البلد لقطة ، فمن أصحابنا من قال : المذهب ما رواه المزني ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما فرق بين الصغار والكبار في البرية ، لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتحفظ بنفسها ، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك ، وأما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها ، فكان الجميع لقطة . ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر أن البلد كالبرية ، فالصغار فيه لقطة ، والكبار ليست بلقطة لعدم الخبر ، فإن قلنا : أن البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا في الأكل ؛ فله أن يأكل الصغار في البرية ، وليس له أكلها في البلد ، لأن في البرية إذا لم يأكل الصغار هلكت ، لأنه لا يمكن بيعها ، وفي البلد يمكن بيعها ، فلم يجز الأكل ، وإن قلنا : أن الجميع في البلد لقطة فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية إلا في الأكل ، فإنه لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه .

(فصل) وإن وجد عبداً صغيراً لا تمييز له جاز له أن يملكه ، لأنه كالغنم يعرفه حولاً ثم يملكه ، وإن وجد جارية صغيرة لا تمييز لها ، فإن كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يملكها للملك ، كما يجوز أن يقترضا ، وإن كانت تحل له لم يجز أن يملكها للملك كما لا يجوز أن يقترضا .

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهني متفق عليه ، وقد مضى الكلام عليه في الفصل قبله .

أما الأحكام : فإن خمر الحيون إذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين ، إما أن توجد في صحراء أو في مصر ؛ فإن وجدت في صحراء ، فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون مما يصل بنفسه الى الماء والرعى ، ويدفع عن نفسه صغار السباع ، اما لقوة جسمه كالإبل والبقرة والحيل والبغال والخيول . واما البعد أثره كالغزال والأرنب والطير ، فهذه الأنواع كما لا يجوز لو أجدها أمن يتعرض لأخذها اذا لم يعرف مالكمها لقوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الإبل : مالك ولها معها حذاؤها ، أى خفها الذى يقيها العثرات وتعتمد عليه فى السعى الى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام اليها ، ومعها سقاؤها ، اشارة الى طول عنقها ، فتمد عنقها الى الماء فلا تحتاج الى من يقدمه لها . واذ قال : ترد الماء وتاكل الشجر حتى يأتى ربهما ولانها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ فى أخذها فإن أخذها لم يخجل من أحد أمرين ، اما أن يأخذها لقطة لئلا يملككم ان لم يأت صاحبها ، فهذا متعمد وعليه ضمانها ، فان أرسلها لم يسقط الضمان .

وقال أبو حنيفة ومالك : قد سقط الضمان عنه بالارسال بناء على أن من تعدى فى ودبعة ثم كف عن التعدى فعندها يسقط عنه الضمان . وعند الشافعى وأصحابه لا يسقط ، فان لم يرسلها ودفعتها الى مالكمها فقد سقط عنه ضمانها بأدائها الى مستحقها ، وان دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك فى سقوط الضمان وجهان : (أحدهما) قد سقط لأن الحاكم نائب عن غاب (والثانى) لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه .

والامر الثانى : أن لا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظا لها على مالكمها ، فان كان عارفاً بمالكها لم يضمن ويده يد أمانته حتى تصل الى المالك . وان كان غير عارف للمالك فى وجوب الضمان وجهان

(أحدهما) لا ضمان لأنه من التعاون على البر والتقوى

(والوجه الثانى) عليه الضمان لأنه لا ولاية له على غائب ، فان كان والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه ؛ فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين . فهذا حكم أحد الضربين

والضرب الثانى : مالا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول الى الماء والرعى كالغنم والدجاج ، فلو أخذها وأكله فى الحال من غير تعريف ، غنيا كان أو فقيراً

فعلية غرمه لما لك إذا وجدته ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وداود : هو غير
مضمون عليه . وبأكله أكل إباحة ولا غرم عليه في استهلاكه استناداً إلى أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، ومعلوم أن ما استهلكه
الذئب هدر لا يضمن ، وإنما أراد بيان حكم الأخذ في سقوط الضمان ، ولأن
ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدرهم

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس
منه ، ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها ، فوجب أن يلزمه غرمها عند
استهلاكها قياساً على اللقطة في الأموال ، ولأنها ضالة فوجب أن تضمن
بالاستهلاك كالإبل .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : هي لك أو لأخيك أو للذئب ،
فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم . وأما الركاز فإنه
لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه ، وليس كذلك الشاة ، لأن ردها واجب
فصار غرمها واجباً .

فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه
فكذلك صغار الإبل والبقر ، لأنها لا تمنع عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال
واجد الشاة وما في معناها من أربعة أحوال

(أحدها) أن يأكلها فيلزمه غرم قيمتها قبل الذبح عند الأخذ في استهلاكها
ويكون ذلك مباحاً لا يأثم به وإن غرم

(والحال الثانية) أن يملكها ليستبقها حية لدر أو نسل فذلك له ، لأنه
لما استباح يملكها مع استهلاكها فأولى أن يستبيع يملكها مع استبقائها ثم في صحة
ضمانها وجهان كالعارية محرراً . وفي الاختلاف قولين في ضمان الصداق ، أحدهما
أنه ضمان لقيمتها أكثر ما كانت من حين وقت التملك الى وقت التلف ، فإن جاء
صاحبها وهي باقية وقد أخذ الواجد درهما ونشأها كان الدر والنسل للواجد
لحدوثه على ملكه ، ولذا لك أن يرجع بها دون قيمتها . فإن بذل له الواجد قيمتها
لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز ، ولو كانت

الشاة حين رجع بها المالك زائدة في بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق في الزيادة
وكانت المالك تبعاً للأصل ، ولو كانت ناقصة رجع المالك بتقصها على الواجد
لأنها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالتقص .

والحال الثالثة : أن يستبقها في يديه أمانة لصاحبها فذلك له ، لأنه لما جاز أن
يتملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها . ولا يلزمه تعريفها ، لأن ما جاز
تملكه سقط تعريفه ، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها ، بل إذا
وجد صاحبها سلمها إليه ، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو
نقصت لأن يده يد أمانة كالعرف .

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر أنه يضمها لأن إباحتها مقصور على
الكل الموجب للضمان دون الائتمان . وهكذا القول فيما حدث من درها ونسائها
على المذهب لا يضمه . وعلى هذا الوجه يضمه ، فإن أنفق عليها أكثر من مؤونة
علوفتها ، فإن كان ذلك منه مع وجود حى للمسلمين ترعى فيه فهو منطوع
بالنفقة وليس له الرجوع بها ، وإن كان مع عدم الحى ؛ فإن كان عن إذن الحاكم
رجع بما أنفق ، وإن كان عن غير إذنه ، فإن كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها
وإن لم يقدر على استئذانه ، فإن لم يشهد لم يرجع . وإن أشهد ففي رجوعه بها
وجهان (أحدهما) يرجع للضرورة (والثاني) لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه
فلو أراد بعد إمساكها أمانة ، أن يتملكها في جوارحه وجهان (أحدهما) له ذلك
كالابتداء (والثاني) ليس له ذلك لاستقرار حكمها

فأما إن أراد أن يتملك درها وتسلسلها من غير أن يتملك أصلها لم يكن له
ذلك وجهاً واحداً ؛ لأنه فرع يتبع أصله ، فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة لزمه
الضمان إلا أن يرفعها إلى حاكم فلا يضمن .

ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها لم يسقط
عنه ضمانها . وفي ارتفاع ملكه عنها وجهان

(أحدهما) لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول الممتلك ، فعلى هذا
يكون مالكا لما حدث من درها ونسلم البقاها على ملكه .

والوجه الثاني: يرتفع ملكه عنهما مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لملكها، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسائها ملك لربها تبعاً لأصلها وعليه ضمانه كالأصل .

والحال الرابعة: أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضمانا بقيمتها دون ثمنها . وفي هذه الحال تفصيل مضي للمصنف في فصل مضي .

قال المزني فيما وصفه بخطه: إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت في المصر أو في قرية فهي لقطه يعرفها سنة .

قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم إذا وجدها في الصحراء ، فأما إذا وجدها في البلد أو المصر فالذي حكاه المزني فيها وجدته بخط الشافعي أنها لقطه له أخذها وعليه تعريفها حولاً

وحكى عن الشافعي في الأم أنها في المصر والصحراء سواء ، يأكل الغنم ولا ولا يعرض للإبل ، فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحدهما) أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للإبل ، وهي المحكي في الأم لعموم قوله (ص) ، ضالة المئمن حرق النار ، أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبراني والطحاوي من حديث عبد الله بن الشيخير

والقول الثاني: أنها لقطه يأخذها الغنم والإبل جميعاً ، ويعرفها كسائر اللقطه حولاً كاملاً ، وهو الذي حكاه المزني عنه فيما لم يسمع منه ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الإبل: معها حذاؤها وسقاؤها ترد المساء وتأكل الشجر يختص بالبادية التي يكون فيها الماء والشجر دون المصر ، وهي تمنع صغار السباع عن أنفسها في البادية ، ولا يقدر على منع الناس في المصر ، والشاة تؤكل في البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها في المصر ، فاختلف معناهما في البادية والمصر فاختلف حكمهما .

ومن أصحابنا من يحمل جواز أحدهما على تسليمها إلى الإمام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك . هذا وبقيّة ما جاء في الفصل على وجهه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن وجد كلب صيد لم يجوز أن ينتفع به قبل الحول فإن عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به ؛ لأن الانتفاع بالكلب كالصرف في المال والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول ، فكذلك الانتفاع بالكلب .

(فصل) وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطيبخ والخباز والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البذل ، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعة وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله ، وخرج المذني فيه قولاً آخر أنه يلزمه البيع ، ولا يجوز الأكل ، والمذهب الأول ، لأنه معرض للهلاك بخير فيه بين البيع والأكل كالغنم ، وإن وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب - فإن كان الأنفع لصاحبه أن يباع - بيع ، وإن كان الأنفع أن يحفف جفف ، وإن احتاج إلى مؤونة في تجفيفه ولم يوجد من يتطوع ببيع بعضه وأنفق عليه .

(فصل) وإن وجد خيراً أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها ، لأن اراقها مستحقة فلم يجوز التعريف ؛ فإن صارت عنده خلا فيه وجهان . أحدهما : أنها لمن أراقها لأنها عادت إلى الملك السابق ، والملك السابق للذي أراق ، فعاد إليه كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلا . والثاني : أنه للملتقط لأن الأول أسقط حقه منها فصارت في يد الثاني ، ويخالف المغصوبة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها إليه .

(فصل) فأما العبد إذا وجد لقطة ففيه قولان (أحدهما) له أن يلتقط . لأنه كسب بفعل جاز للعبد كالاصطياد (والثاني) لا يجوز لأن الالتقاط يقتضي ولاية قبل الحول وضمنا بعد الحول والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفي منها الحق إلى أن يعتق ويوسر ، فإن قلنا : أنه يجوز أن يلتقط فالتقط فملك في يده من غير تفريط . لم يضمن ، وإن ملك بتفريط ضمنها في رقبته فتباع فيها ؛ وإن عرفها صح تعريفه ولا يملك به لأنه في أحد القواين لا يملك المال ،

وفي الثاني : يملك اذا ملكه السيد ، وههنا لم يملكه السيد ، فان قلنا : ان الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل في ملك السيد كما يدخل في ملكه ما التقطه وعرفه ، وان قلنا : لا يملك الا باختيار التملك وقف على اختياره ، فان تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان .

(أحدهما) بضمنها في ذمته ويتبع بها اذا عتق كما لو اقترض شيئا .

(والثاني) بضمنها في رقبته لانه مال لزمه بغدير رضا من له الحق ، فتمتاق برقبته كأرض الجنابة .

وان علم السيد نظرت فان لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولاً ثم تملك وان عرفها العبد تملكها السيد في الحال لأن تعريف العبد كتعريفه فان عرفها العبد بعرض الحول عرفها السيد ما بقي ثم تملك ، وان أقرها في يد العبد نظرت ، فان كان العبد أميناً لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه الى عبده ، وان كان خائناً ضمنها كما لو التقطها بنفسه وسلمها اليه وهو خائن .

وان قلنا : انه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها في رقبته لانه أخذ مال غيره بغير حق فأشبهه اذا غصبه ، وان عرفها لم يصح تعريفه لانها ليست في يده بحكم اللقطة ، فان علم السيد نظرت ، فان أخذها صارت في يده أمانة لانه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها وبرأ العبد من الضمان لانه دفعها الى من يجوز الدفع اليه فبرىء من الضمان كما لو دفعها الى الحاكم .

وان أراد أن يملك ابتداءً التعريف ثم تملك ، فان أقرها في يد العبد ليعرفها فان كان أميناً لم يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه وان لم يأخذها ولا أقرها في يده وليكنه أهمها ، فقد روى المزني أنه بضمنها في رقبة العبد . وروى الربيع أنه بضمنها في ذمته ورقبة العبد ، فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما رواه المزني أنه يختص برقبته لأن الذي أخذ هو العبد فاخص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان .

وقال أبو اسحاق : الصحيح ما رواه الربيع وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك فاشترك في الضمان ، فعلى هذا ان

تلف العبد لم يسقط الضمان وان التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى اعتقه ،
 فعلى القولين ، إن قلنا : أنه يجوز للعبد أن يلتقط. كان للسيد أن يأخذها منه لأنه
 كسب له حصل له في حال الرق فيمكن للسيد كسائر أكسابه ، وإن قلنا : لا يجوز
 له أن يلتقط. لم يكن للسيد أن يأخذها منه لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط ،
 فعلى هذا يكون العبد أحق بها لأنها في يده وهو من أهل الالتقاط (١) ، ويحتمل
 أن لا يكون أحق بها لأن يده يد ضمان فلا تصير يد أمانة .

(فصل) وإن وجد المكاتب لقطة فالمنصوص أنه كالحر ، واختلف أصحابنا
 فيه : فمنهم من قال : أنه كالحر قولاً واحداً لأنه يملك التصرف في المال وله ذمة
 يستوفى منها الحق فهو كالحر ، ومنهم من قال : هو كالعبد لأنه ناقص بالرق
 كالعبد فيكون في التقاطه قولان ، فإن قلنا : أنه كالحر أو قلنا أنه كالعبد وجوزنا
 التقاطه صح تعريفه فاذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك ، وإذا قلنا أنه كالعبد
 ولم يجوز التقاطه صار ضامناً لأنه تعدى بالاختصاص ويجب أن يسلمها إلى السلطان
 لأنه لا يمكن إقرارها في يده لأنها في يده بغير حق ولا يمكن تسليمها إلى السيد
 لأنه لا حق له في أكسابه فوجب تسليمها إلى السلطان فإن أخذها السلطان برىء
 المكاتب من الضمان فتكون في يد السلطان أبداً إلى أن يجد صاحبها .

(فصل) وإن وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص أنه كالحر
 فمن أصحابنا من قال : هو كالحر قولاً واحداً لأنه تملك ملكاً تاماً وله ذمة صحيحة
 فهو كالحر ، ومنهم من قال هو كالعبد لتمامه من نقص الرق فيكون على قولين
 فإذا قلنا : أنه كالحر نظرت ، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شرين فيما
 كسائر أكسابه ، وإن كان بينهما مهايأة ، فإن قلنا : أن الكسب النادر لا يدخل
 في المهايأة كانت اللقطة بينهما لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهايأة ، وإن قلنا : أن
 الكسب النادر يدخل في المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه .

(فصل) وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنون أو صغر لقطة صح التقاطه

(١) هكذا بالأصل ولينظر فيه فإنه جملة من غير أهل الالتقاط : تصححه

لأنه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالأصطياد وعلى الناظر في أمره أن يتزعمها منه ويعرفها لان اللقطة في مدة التعريف أمانة والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة فان كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له ، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يملك له لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل .

(فصل) وان وجد الفاسق لقطه لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة فيها فان التقطها ففيه قولان .

(أحدهما) لا تقر في يده وهو الصحيح لان المانقظ قبل الحول كاللولى في حق الصغير . والفاسق ليس من أهل الولاية في المال

(والثاني) تقر في يده لأنه كسب بفعل فاقدر في يده كالصيد ، فعلى هذا يضم اليه من يشرف عليه وهل يجوز أن يتفرد بالتعريف فيه قولان (أحدهما) يجوز لان التعريف لا يفترق إلى الأمانة (والثاني) لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لأنه لا يؤمن أن يفرط في التعريف فإذا عرفه مملكه لأنه من أهل التملك .

(فصل) وان النقط كافر لقطه في دار الإسلام ففيه وجهان (أحدهما) يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد (والثاني) لا يملك لان تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية . والكافر لا ولاية له على المسلم

(الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه : فإن كانت اللقطة طعاما رطباً لا يبقى فله أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه . وقال فيما وضع خطه لا أعلمه سمع منه إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه . قال المزني : هذا أولى القولين به اهـ .

قلت : أما الطعام الرطب فضربان : أحدهما أن يكون مما يبس فيبقى كالرطب الذي يصير تمراً ، والعنب الذي يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام في وجوب تعريفه واستبقائه ، فإن احتاج تخفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه ، ويقبل الحائز أحفظ. الأمرين للمالك من بيعه أو الانفاق عليه .

(والضرب الثاني) أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذي يفسد بالامساك كالحريسة والفواكه والبقول التي لا تبقى على الأيام ، فقد حكى المزني عن الشافعي ههنا أنه

قال في موضع : يا كاهل الواجد : وقال في موضع آخر : أحببت أن يبيعه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجون على قولين .

(أحدهما) لو أجدته أكله كالشاة التي لما تعذر استبقاؤها أبيع لو أجدتها أكلها (والقول الثاني) ليس لو أجدته أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيع له أكلها ، والطعام وان كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح واجده أكله . وحكى أبو علي بن أبي هريرة أن ذلك على اختلاف حالين ان كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لو أجدته أكله ، وان كان معدوماً جاز أكله .

وكان أبو القاسم الصيمري يقول : اختلاف حاله في إباحة أكله معتبر بحال واجده ، فإن كان فقيراً محتاجاً استباح أكله ، وان كان غنياً لم يستبحه ، فإن قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولا ، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا ؟ على قولين .

(أحدهما) يلزمه عزل القيمة لثلاث بصير متملك اللقطة . (والقول الثاني) لا يجب عليه عزلها لأنه لو عزلها فملكته كانت من ماله ، فكانت ذمته أحظ لها ، ولم يكن عزلها مفيداً ، ومن قال بالاول جعل قاعدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء ، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار في ضمانه للثمن ان تلف بعد وجوب عزله وجهين . أحدهما - وهو قول ابن أبي هريرة أنه يكون مضموناً عليه . والثاني وهو الاشبه : أنه لا ضمان عليه لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الاصل مع بقائه .

وإذا قلنا : لا يجوز له أكله فعليه أن يأتي الحاكم حتى يأذن له في بيعه ، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة اذا وجدها وأراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه تاجلاً من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه ، فان أعوزه اذن الحاكم جاز بيعه فلو باع ، باذن الحاكم كان الثمن في يده أمانة ، وعليه تعريف الطعام حولا ،

فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة ، ولو لم يأت صاحبه فلو وجد أن يتملك الثمن . ولو هلك الثمن في يده قبل الحول أو بعده وقبل التملك له كان تالفاً من مال ربه ولا ضمان على الملتقط ، وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم .

فأما إن باعه مع وجود الحاكم فبيعه باطل والمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد ، فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول عليه غرمه لتعديبه بقبضه مع فساد بيعه ، فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبلغ حقه ، وإن كان أقل فله المطالبة بتمام القيمة ويرجع على المشتري لأن المشتري اشترى شراء فاسداً فكان ضامناً للقيمة دون المسمى إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة ويكون الباقي منه مردوداً على المشتري ، إذ ليس يلزمه إلا القيمة . وما ساقه المصنف من مسائل فعلى وجهه ، هذا وما ذكر في الفصل من كلب الصيد إذا التقط فقد وفاه في المجموع في الصيد فاشدد به يدك

(فرع) مذهبتنا لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف والتملك بعد الحول لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمي .

وقال بعض أصحابنا : لا حق للذمي فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم ، ولا من يملك مرافق دار الاسلام كإحياء الموات . ولا حمد وأصحابه أنه كالصبي والمجنون فإنه يصح انتقاطهما مع عدم الامانة ، فاذا التقطها الذمي وعرفها حولا مملكها كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم إليه مشرفاً عدلاً (حارساً) يشرف عليه ويعرفها قالوا لأننا لا نؤمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه . ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل ، لأنه غير مأمون عليها ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب المقيط

التقاط المنبوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى)
ولأنه تخليص آدمي له حرمة من الهلاك فكان فرضا كبذل الطعام للمضطر .

(فصل) وإن وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته ، لما روى سنين أبو جميلة
قال : أخذت منبوذاً على عهد عمر رضي الله عنه فذكره عريبي لعمر رضي الله عنه
فأرسل إلى فدعاني والعريف عنده ، فلما رأي قال : عسى الغوير أبو سا ، فقال
عريبي إنه لا يتمم ، فقال عمر : ما حملك على ما صنعت ؟ قلت : وجدت نفساً
بمضيعة فأحببت أن يأجرني الله فيه ، فقال هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه .
ولأن الأصل في الناس الحرية ، فإن كان عليه ثياب أو حلي أو تحته فراش أو في
يده دراهم أو عنان فرس ، أو كان في دار ليس فيها غيره فهي له ، لأنه حر ،
فكان ما في يده له كالبالع .

وإن كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لأنه لا يد له
عليه . وإن كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان

(أحدهما) ليس له لأنه لا يد له عليه (والثاني) له لأن الإنسان قد يترك
ماله بقربه فإذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له ، وإن كان تحته مال مدفون لم يكن
له لأن البالع لو جلس على الأرض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك المقيط .

(فصل) وإن وجد في بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم ، لأنه
اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها ، وإن كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه ،
فهو كافر ، لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين . وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه كافر تغليباً لحكم الدار (والثاني) أنه مسلم تغليباً لإسلام المسلم
الذي فيه . وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موثر أقر في يده ؛ لما ذكرناه من
حديث عمر رضي الله عنه ، ولأنه لا بد من أن يكون في يد من يكفله ؛ فكان
الملتقط أحق به لحق السابق

(الشرح) أثر عمر وسنين أبي جميلة رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا . وقال الأمير ابن ماكولا في كتاب الإكمال : سنين بنونين بينهما باء حج مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وروى عنه الزهري ، قال أبو موسى : سنين بن فرقد .

أما غريب الخبر فقوله (قد كره عربى) العريف رجل يكون رئيساً على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو ، وهو فعيل بمعنى فاعل وقوله عسى الغوير أبوساً ، الغوير ماء ابني كلب وهذا مثل ، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر حين رأت الأبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت عسى أن يأتى ذلك الطريق بشر ، والأبوس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس .

وقال الأصمى : أصله أنه كان غار فيه ناس فأنهار عليهم أو أتاهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلاً لكل شيء يخاف أن يأتى منه شر . وقوله بمضيعة على وزن مهيضة أى مهلكة من ضاع الشيء أى هلك ، وقد أتى على هذا الوزن في قول قيس بن ذريح :

بدار مضيعة تركتك لبنى كذلك الحين يهدى للمضاع
هكذا أفاده ابن بطال في شرح غريب المهذب ،

واللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط ، وهو يطاق على الطفل المنبوذ والتقاطه واجب لقوله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ، ولأن فيه إحياء نفس فكان واجباً كأطعام المضطر وإنجائه من الغرق ، وكذلك قوله تعالى : ومن أحيائها فكأنما أحيى الناس جميعاً ، على أن تسميته منبوذاً بعد أخذه والتقاطه أو تسميته لقيطاً قبل أخذه فهذا وإن كان مجازاً لكنه صار حقيقة شرعية فهو بعد أخذه يبق مجازاً بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه .

وحكمه شرعاً فرض كفاية إذا علم به جماعة وأداه بعضهم سقط عن الباقي ،

فإن تركه الجماعة أموا جميعا إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه . على أن اللقيط
حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روى هذا عن عمر
وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك
والثوري والشافعي وإسحاق وأحمد بن حنبل وأصحاب الرأي ومن تبعهم ،

وقال النخعي : إن التقطه للحسبة فهو حر ، وإن كان أراد أن يسترقه فذلك
له ، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح في النظر ، فإن الأصل
في الادميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً ؛ وإنما الرق للعارض
فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل .

واللقيط إما أن يوجد في دار الإسلام أو في دار الكفر ؛ فالأولى ضربان ،
دار اختطها المسلمون وأحدثوا مبانها ابتداء أو أعادوا بناءها بعد أن كانت لغيرهم
لغلبة الإسلام عليها واصطبغوا بصبغة الإسلام فلا يوجد فيها من غير المسلمين
إلا قليل فلقيط هذه البلاد يحكم بالإسلام ، وإن كان فيها أهل ذمة تغلبوا للإسلام
ولظاهر الدار ، ولأن الإسلام يعلم ولا يعلم ، فمثل التي أنشأها المسلمون الكوفة
والبصرة وبغداد والقاهرة والفسطاط وتونس والرباط ، ومثل التي أعادها
المسلمون الإسكندرية ودمشق ودمنهور والقدس صانها الله وطهرها من رجس
أعدائه اليهود ، وقد مضى عام بتمامه منذ غزاها اليهود إلى ساعة كتابة هذا الفصل
وحسبنا الله ونعم الوكيل .

(الضرب الثاني) بلاد فتحها المسلمون وبقي أهلها على دينهم فإذا وجد فيها
مسلم واحد كان لقيطاً مسلماً تغلبوا لحكم الإسلام ووجود مسلم فيها .
وأما بلد الكفار فضربان أيضاً ، بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كبلاد
فلسطين فهذا كالضرب الذي قبله إن كان فيه مسلم حكم بالإسلام لقيطه : الثاني
بلد لم يفتحها المسلمون من قبل أو فتحوه وغلب الكفار عليه واستأصلوا منه
شأفة المسلمين كبلاد الأندلس (لحقى على قرطبة ومرسية وقشتالة وغرناطة ومجربط
مدريد ، وميورقة كلهم في على ربوع المسجد الأقصى وما حوله من المباركات)

ففي لقيطها مع وجود مسلم فيها وجهان (أحدهما) أن يحكم بكفره تغليباً للدار .
والوجه الثاني أنه مسلم تغليباً للإسلام بوجود مسلم فيه ، وهذا التفصيل كله
مذهب أحمد بن حنبل أيضا .

والضرب الثاني : دار لم تكن للمسلمين أصلاً كما كثير بلاد أوروبا وأمريكا ،
فهذه البلاد إن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين
ميتاً في أي مكان وجد وجب غسله وكفنه ودفنه في مقابر المسلمين ، وقد منعوا
أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . قال : إذا وجد لقيط في قرية ليس
فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكوا به أنه كافر . هذا قول الشافعي وأحمد
وأصحاب الرأي .

قالوا وفي الموضوع الذي حكنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهر ألا يقينا ، لأنه
يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بيته أنه ولد على فراشه حكنا له به .
وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو مسلم ، سواء
من حكم بإسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو من حكم بإسلامه فهل هو
مرتد لا يقر على كفره ؟ نص الشافعي في الأم أنه يقر على كفره ولا يكون
مرتداً . وقال أبو حنيفة هو مرتد لا يقر على كفره ، وعند الحنابلة وجهان كقول
أبي حنيفة والشافعي .

دليلنا أنه وصف الكفر بقوله ، وقوله أقوى من ظاهر الدار . اللهم إلا أن
يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال أن يكون كذبا .
هكذا أفاده الرملي .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن كان له مال كانت نفقته في ماله كالبالغ ، ولا يجوز للملئق
أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم ، فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمنه لأنه
لا ولاية له عليه إلا في الكفالة فلم يملك الاتفاق بنفسه كالأم ؛ وإن فوض إليه
الحاكم أن ينفق عليه بما وجده منه فقد قال في كتاب اللقيط يجوز .

وقال في كتاب اللقطة : اذا أنفق الواحد على الضالة ليرجع به لم يجوز حتى يدفع الى الحاكم ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليه ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى ، وجعلهما على قولين (أحدهما) لا يجوز لانه لا يلي بنفسه فلم يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في القبض له من نفسه ، كما لو كان عليه دين ففرض اليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه (والثاني) يجوز لانه جعل أميناً على الطفل لجواز أن ينفق عليه بما له في يده كالوصى . ومنهم من قال : يجوز في اللقيط ولا يجوز في الضالة ، لأن اللقيط لا ولي له في الظاهر ، لجواز أن يجعل الواحد ولياً له والضالة لها مالك هو ولي عليها فلا يجوز أن يجعل الواحد ولياً عليها . وان لم يكن حاكم فأنفق من غير اشهاد ضمن ، وان أشهد ففيه قولان (أحدهما) يضمن لأنه لا ولاية له فضمن ، كما لو كان الحاكم موجوداً (والثاني) لا يضمن لأنه موضع ضرورة ، وان لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بقيامه بنفقته لأنه آدمى له حرمة يخشى هلاكه ، فوجب على السلطان القيام بحفظه ، كالفقير الذي لا كسب له .

ومن أين تجب النفقة ؟ فيه قولان (أحدهما) من بيت المال ، ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال ، ولأن من لزم حفظه بالإفناق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال ، كالفقير الذي لا كسب . فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق عليه ؛ والقول الثاني لا يجب من بيت المال ، لأن مال بيت المال لا يصرف الا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه ؛ أو حراً له مال أو فقيراً له من تلزمه نفقته ، فلم يلزم من بيت المال . فعلى هذا يجب على الإمام أن يقتض له ما ينفق عليه من بيت المال أو من رجل من المسلمين ، فان لم يكن في بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الإمام من له مكتبة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته ، فان بان أنه عبد رجع على مولاه . وان بان أن له أباً موسراً رجع عليه بما اقتض له ، فان لم يكن له أحد وله كسب رجع في كسبه . وان لم يكن له كسب قضى من سهم من يرى من المساكين أو الغارمين .

(فصل) وأما اذا اللقطة عبد فان كان باذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز

لان الملتقط هو السيد ، والعبد نائب عنه وان كان بغير اذنه لم يقر في يده لانه لا يقدر على حضائته مع خدمة السيد ، وان علم به السيد وأقره في يده كان ذلك التقاطا من السيد ، والعبد نائب عنه

(الشرح) إذا وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه ، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي . وذلك الطفل يملك وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له ولديه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ فإذا ثبت هذا : فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدودا في ملبوسه أو في يديه أو مجموعا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه ، وإن كان مشدودا على دابة : أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له . وأما المنفصل عنه فإن كان بعيدا منه فليس في يده ، وإن كان قريبا منه كتب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان .

أحدهما : ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد .

والثاني : هو له ، وهو أصح لأن الظاهر أنه ترك له فهو بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن البائع الجائل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده ؟ والحال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريبا منه فأما المدفون تحته فقد قال بعض الفقهاء : إن كان الحفر طريا فهو له ، وإلا فلا ، لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ، لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا ، فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكنا بأنه ليس له لحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لأنه ذو مال فأشبهه غيره من الناس .

فإذا ثبت هذا : فإن الملتقطه الإنفاق عاياه بإذن الحاكم . وقل أصحاب أحمد : ينفق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة .

قال ابن قدامة : لأنه ولي له فلم يعتبر في الاتفاق عليه في حقه إذن الحاكم كوصى اليقيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث عن أحمد رضى الله عنه في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم ؟ فلم يجعل له الاتفاق عليهم من غير إذن الحاكم ؛ فقال بعض أصحاب أحمد : هذا مثله . وقال بعضهم وهو الصحيح عندهم : إن هذا مخالف بناء على أن الملتقط له ولاية على اللقيط عندهم فيكون له ولاية أخذه وحفظه .

ولنا أن اللقيط ينبغي أن يتولى الحاكم أمره فقد يعين له من هو أوفر خبرة وأكثر صيانة والحاكم مجتهد له بصره الناقد ورأيه الصائب وهو ولي من لا ولي له فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله الذي وجدته ضمنه لأنه لا حق له في الاتفاق إلا بإذن الحاكم فقد قال الشافعي رضى الله عنه في رواية الربيع بن سليمان في المنبوذ هو حر ولا ولاء له ، وإنما يرثه المسلمون بأنهم خولوا كل مال لا مالك له ، ألا ترى أنهم يأخذون مال النصراني ولا وارث له ؟ ولو كانوا أعتقوه لم يأخذوا ماله بالولاء ، وليكنهم خولوا مالا مالك له من الاموال .

وقال في اللقطة ما يفيد عدم جواز الاتفاق على الضالة بقصد الرجوع به على ربها الا باذن الحاكم ، ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليه ، وفي النص الاول جعل للمسلمين جميعاً حق الولاية والارث على اللقيط وماله ، وفي النص الثاني جعل ذلك باذن الحاكم ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل مسألة الى الاخرى لجعل في اللقطة قولين وفي اللقيط قولين ، فالقول بجواز اللقطة بمنعه في اللقيط ، والقول بجوازه في اللقيط بمنعه في اللقطة .

فإذا لم يجد الحاكم فأشهد رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أربع نسوة ، ففي ضمائه قولان .

أما اذا لم يكن له مال لم يلزم الملتقط الاتفاق عليه في قول عامه - أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقه - اللقيط - غير واجبه على الملتقط . كوجوب نفقه - الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقه من

القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ؛ وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك نفقة كالمو فله بغير اللقيط ، فإذا عرف هذا وكان نسمة يجب تعهدا بالتربية والإنفاق انصرف هذا الواجب إلى بيت مال المسلمين ، لقول عمر رضى الله عنه : هو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته ، وذلك لأنه كالفقير الذى لا كسب فان نفقته واجبة له في بيت مال المسلمين ، وذلك لأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته وموالاته .

فان تعذر الانفاق عليه لعدم وجود مال في بيت المال أو كان اللقيط في مكان لا تقوم فيه حكومه تنفيذ شريعته الله وترعى العجزة والفقراء واللقطاء فعلى من علم حاله أن يتولى الانفاق عليه .

ويحتمل أن يقال : إنه لا يجب الانفاق عليه من بيت المال ولو كان موجوداً وفيه مال ، لأن بيت المال إنما ينفق منه في الوجوه التي توفر على الانفاق عليها ، وقد تكون أهم من هذا ، واللقيط يحتمل أن يكون غنيا ، ويحتمل أن يكون له أب موثر ، ويحتمل أن له سيد يجب عليه نفقته .

فإذا قلنا : إنه لا يجب الانفاق عليه من بيت المال وجب على الامام أن ينظم جماعة يكون هو أحد أفرادها تتولى الانفاق عليه على سبيل الاقراض ، حتى إذا ظهر له مال أو ولى شرعى موثر ، أو استطاع الكسب أمكن رد ما أنفق عليه ، فان لم يكن يستطيع الكسب ولم يكن له ولى موثر قضى من سهم المساكين أو الغارمين ، ويجرى هذا كاه على اللقيط ولو حكم بكفره . قال في النهاية : خلافا لما في السكافيه تبعاً للهاوردى .

فإذا امتنع أهل القرية أو البلدة عن أن ينفقوا على اللقيط وجب على الامام قتالهم ، ويفرق هنا بين كونها قرصاً وفي بيت المال مجاناً ، بأن وضع بيت المال الانفاق على المحتاجين فلمهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، وإذا لزهمهم وزعموا الامام على مياسير بلده ، فان شق ذلك فعلى من يراه الامام منهم ، فان استوا في نظره تخير ، وهذا إن لم يبلغ اللقيط ، فان بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما قررنا ، فان ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وتد ضمه هذا النووى في الروضة وخالفه الشمس الرملى في النهاية .

وجملة هذا أن من أنفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وإن تبرع بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة تصدأ بالمعروف ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي

وان أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقد قال الشافعي ومالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشعبي وابن المنذر : هو متبرع . وقال أحمد بن حنبل : تؤدي النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه . وقال عمر بن عبد العزيز : يحلف ما أنفق احتسابا ، فإن حلف استسمى

والأصل عند القائلين بالرجوع أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه . وهذا وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان التقطه كافر نظرت ، فإن كان اللقيط محكوما بإسلامه لم يقر في يده ، لأن الكفالة ولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفنته عن دينه ؛ وان كان محكوما بكفره أقر في يده لأنه على دينه ، وان التقطه فاسق لم يقر في يده ، لأنه لا يؤمن أن يستترقه ، وأن يسوء في تربيته ، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية

(فصل) وان التقطه ظاعن يريد أن يسافر به نظرت ، فان لم تختبر أمانته في الباطن لم يقر في يده ، لأنه لا يؤمن أن يستترقه اذا غاب ، وان اختبرت أمانته في الباطن ، فان كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به الى البدو منع منه ؛ لأنه ينقله من العيش في الرخاء الى العيش في الشقاء ، ومن طيب المنشأ الى موضع الجفاء . وفي الخبر من بدأ فقد جفأ ، وان أراد أن يخرج به الى بلد آخر فقيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأن البلد كالبلد (والثاني) لا يجوز ، لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه .

وإن كان الملتقط في بدو ، فإن كان الملتقط من أهل الحضرة وأراد أن يخرج به إلى الحضرة جاز ، لأن الحضرة أرفق به وأنفع له ، وإن كان من البادية فإن كانت حلتته في مكان لا ينتقل عنه أقر في يده ، لأن الحيلة كالقرية ، وإن كان يظن في طلب الماء والكلأ ففيه وجهان (أحدهما) يُقَرَّر في يده لأنه أرجى لظهور نسبه .
(والثاني) لا يقر في يده لأنه يشق بالتنقل في البدو .

(فصل) وإن التقطه فقير ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده لأنه لا يقدر على القيام بمحضاته ؛ وفي ذلك إضرار باللقب (والثاني) يقر في يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع .

(الشرح) حديث « من بدا فقد جفا » رواه أحمد في المسند عن البراء بن عازب بلفظ « من بدا جفا » ورواه الطبراني في الكبير عن عبد الله بن مسعود بالفظ « من بدا جفا » ، ومن اتبع الصيد غفل ، ومن أتى أبواب الساطان افتن ، وإسناد أحمد صحيح ، وفي إسناد الطبراني نظر

أما اللغات فقوله : ظاعن فاعل ظعن وبابه نفع ، أى ارتحل ، ويتعدى بالهزة وبالحرث ، فيقال أظعنته وطمعنت به ، فهو ظاعن للفاعل ومظعون للمفعول ، والأصل مظعون به ولكن حذف الصلة لكثرة الاستعمال ، وباسم المفعول سمي الرجل ، ويقال للمرأة ظعينة فعيلة بمعنى مفعولة ، لأن زوجها يظعن بها ، ويقال للظعينة اليهودج ، وسواء كان فيه امرأة أم لا ، والجمع ظعائن وظُعُنن بضمهتين . ويقال للظعينة في الأصل وصف المرأة في هودجها ، سميت بهذا الاسم وإن كانت في بيتها . قال تعالى (ويوم ظعنكم ويوم إقامتكم)

قوله : ومن طيب المنشا إلى موضع الجفاء . المنشا بالهمز مقصور ، وهو موضع النشوء وزمان الحدائث ، يقال نشأت في بني فلان إذا شديت فيهم ، مأخوذ من انشاء الله له ، أى ابتداء خلقه . وقوله صلى الله عليه وسلم « من بدا جفا » أى من نزل البادية صار فيه جفاء الاعراب ، والجفاء ممدود وهو ضد البر ، يقال جفوت الرجل أجفوه ، ولا يقال جفيت . وهو مأخوذ من جفاء السيل ، وهو ما نفاه السيل ، والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون .

أما الأحكام فإنه ليس للكافر التقاط مسلم لأنه لا ولاية للكافر على مسلم ،
ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويلقنه الكفر ، بل الظاهر أنه يريه على ملته : وينشأ
على ذلك كولد ، فإن التقطه فلا يقر في يده ، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله
التقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعضهم .

أما إذا التقطه من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الحيانة
أقر اللقيط في يديه ، لأن حكمه - حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح
والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام ، ولأن الأصل في المسلم العدالة ، ولذلك قال
عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، فإن أراد أن يسافر
بلقطته فإنه لا يقر في يديه ، وهذا هو مذهبنا ، لأنه لم تتحقق أمانته فلم يؤمن
خيانتته ، وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة . والوجه الثاني عندهم يقر

فأما من عرفت عدالته واتضحت أمانته ، فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره
لأنه مأمون عليه إذا كان سفره غير النقلة ، فإذا كان سفر الامين باللقيط الى
مكان يقيم به نظرت فان كان التقطه من الحضر فأراد النقل به الى البادية لم يقر
في يده لوجهين :

(أحدهما) أن مقامه في الحضر أصح له في دينه ودينياه وأرفه له

(والثاني) أنه إذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى
لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به من بلد الحضر فقيه
وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة : يقر في
يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالبلد الاول في الرقابة فيقر في يده ، كما لو
انتقل من أحد أقسام البلد الى قسم آخر ، وقارق المنتقل به الى البادية لأنه يضر
به بتفويت الرقابة عليه

وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء
الى الرقابة والدعة والدين

(الثاني) لا يقر في يده ، ولأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في
يد المنتقل عنه قياسا على المنتقل به الى البادية ، وإن أقام به في حلة يستوطنها ،
فله ذلك ، وإن كان ينتقل به الى المراضع احتمل أن يقر في يديه ، لأن الظاهر

أنه ابن بدويين وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسيه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لأنه أرفه له وأخف عليه
 وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه وإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه من هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه ، لأن إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به . إذ لا فائدة في نزعه من يده ، ودفعه إلى مثله .

(فرع) إذا التقطه فقير فإن قلنا إنه لا يقدر على حضائته من حيث ضعف الإمكانيات اللازمة لحياة الطفل من الأمور التي تخرج من الإنفاق ، إذ أن الإنفاق لا يلزم الملتقط كما قررنا قبل ، كأن كان مسكنه غير صحي لا تتوفر فيه وسائل التهوية ولا أسباب الوقاية والنظافة ، فعلى هذا الوجه لا يقر في يده ، وإن قلنا بأن الأمور تجري بضمان الله وكفالاته ، وأن الله تعالى تكفل بحفظه إذا شاء ، وأن الأسباب الضرورية للحياة التي ينشأ عليها أبناء الفقراء والوفة عندهم ويشبون عليها وتبنى فيها أجسامهم كأقوى ما تبنى الأجسام ، وقد رأينا بالحس والمشاهدة ما يتمتع به أبناء الفقراء من مناعة ضد الأمراض مع الكفاف في العيش ، وذلك من رعاية الله تعالى لحلقه ، فعلى هذا الوجه يقر في يده والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تنازع في كفالاته نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذه ، أخذه السلطان وجعله في يد من يرى منها أو من غيرها ، لأنه لا حق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرها ، فكان الأمر فيه إلى السلطان . وإن التقطاه وتشاحا أقرع بينهما ، فن خرجت عليه القرعة أقر في يده .

وقال أبو علي بن خيران : لا يقرع بينهما ، بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له ، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضائته ، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهاباة ، لأنه تخالف عليه الاخلاق والاعذية فيستضر ، ولا يمكن أن يقدم أحدهما لأنها متساويان في

سبب الاستحقاق ، ولا يمكن أن يسلم الى غيرهما ، لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز اخراجه عنهما فأقرع بينهما . كما لو أراد أن يسافر بإحدى نساته ، وان ترك أحدهما حقه من الحضانة فقيه وجهان

(أحدهما) يدفع الى السلطان فيقره في يد من يرى ، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ . فأما إقرار اللقيط في يد غيره فليس ذلك اليه ، وإمـ ذالو انفراد بالالتقاط لم يملك أن ينقله الى غيره .

(والثاني) وهو المذهب أنه يقر في يد الآخر من غير اذن السلطان ، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفترق الى اذن السلطان ، ولماذا لو انفراد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير اذن ، فاذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين

(فصل) فأما اذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بيته ، فان لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لاحق لهما ، وان كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له .

وان كان في يدهما تحالفا ، فان حلما أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب ، وعلى قول أبي علي بن خيران يقره الحاكم في يدهن هو أحظ له ، فان كان لأحدهما بيته قضي له ، لأن البيته أقوى من اليد والدعوى ، وان كان لكل واحد منهما بيته ، فان كانت بيته أحدهما أقدم تاريخاً قضي له ، لأنه قد ثبت له السبق الى الالتقاط ، وان لم تكن بيته أحدهما أقدم تاريخاً فقد تعارضت البيتان ، ففي أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بيته ، وقد بيناه ، وفي القول الثاني تستعملان ، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال

(أحدها) القسمة (والثاني) القرعة (والثالث) الوقف . ولا يجيء ههنا الا القرعة لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما . ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراراً باللقيط فوجب القرعة .

(الشرح) الأحكام : إذا تنازع كفالتة اثنان من غير أهل الكفالة لفسقهما أو رفقهما مع كونهما غير مأذونين من سيديهما فإنه لا يقر في يدي واحد منهما : وينزع منهما ويسلم إلى غيرهما ، فإذا كانا من أهل الكفالة ، وأن كل واحد منهما عن يقر في يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ. للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط. مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره . فقد قال أصحابنا وأصحاب أحمد : هما سواء ، لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم في ذلك ، ولابن قدامة الحنبلي رأى في مخالفة مذهبه بقوله : إن دفعه إلى المسلم أحظ. له ، لأنه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعاق به توسعة عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة ، فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . قال : وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ. فيها باليسار . وربما تخاف بأخلاقه وتعلم من جوده .

فإذا تساوى في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فإن رضى أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز . لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به ، وإن تشاحا أفرع بينهما لقول الله تعالى : وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، ولأنه لا يمكن كونه عندهما ، لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة ، وإن تباياه فجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والالاف ، ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو ، فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الأفرع بينهما ، كما يتمر بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعناق . والرجل مقدم على المرأة عندنا على الأصح

وهما سواء عند أحمد وأصحابه ، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانه ولدها على أبيه لانها رجحت هناك لشفقها على ولدها وتوليها لحضانه بنفسها ، والاب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ. له وأرق به : أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا على القول بالتساوى ، أو رجح الرجل على الاصح فإن كان أحدهما مستور الحال والاخر ظاهر العدالة رجح السلطان العدل على المستور ، لان المانع من الالتقاط منتف في حقه والاخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أم ، ويحتمل أن يساوى السلطان بينهما بالقرعة لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح ، والامر متروك إلى اجتهاد الحاكم الذى ليس له أن يسلم الى ثالث لم يثبت له حق الالتقاط .

وقال أبو علي بن خيران : يجتهد الحاكم في اختيار الاحظ للطفل والاجدى عليه والاحفظ. وليس له أن يقرع بينهما وليس هذا بالمذهب بل المذهب الاقراع (فرع) وان رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » ، وان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الاخر ، فالسابق الى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية ، ولو قال أحدهما لصاحبه : ناؤنيه ، فأخذه الآخر نظرت الى نيته ، فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به ، كالم لم يأمره الاخر بمناولته اياه ، وان نوى مناولته فهو الأمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح .

فان اختلفا فقال كل واحد منهما : أنا التقطته ولا بينة لأحدهما ، وكان في يد أحدهما ، فالقول قوله مع بينة أنه التقطه ، وهذا هو المذهب عند أصحاب أحمد كما ذكره أبو الخطاب ، وقد خالفه القاضى وجعل قياس مذهب أحمد أنه لا يخلف كما في الطلاق والنيكاح .

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم » ، وليكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم ، فان كان في يديهما تحالفا فان حلفا أو نكلا صارا كالمقتضين ويقرع السلطان بينهما على المذهب .

وقال أبو علي بن خيران مقالته في الفرع قبله لا قرعة بينهما بل يجتهد الحاكم في اختيار أحدهما من هو أحظ للطفل ، فإن كان لأحدهما بينة قضى له ، وإن كان لكل منهما بينة نظرت في أقدام البيئتين تاريخاً وقضيت لصاحبها ، فإذا استوى تاريخهما أو أطلقنا معاً ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضنا ، وهل تسقطان ؟ أو تستعملان ؟ فيه قولان عندنا ووجهان عند أصحاب أحمد ،

(أحدهما) تستقطان فيصيران كن لا بينة لهما فيقرع بينهما .

(والثاني) تستعملان ، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال . أحدها : القسمة واستعمال القسمة بين المتداعين إذا جاز في المال فلا سبيل إليه ههنا . والثاني : الإقراع بينهما . والثالث : الوقف وفي الوقف إضرار باللقيط ، وليس اللقيط بما يجوز وقفه فلا مناص من الإقراع فوجبت القرعة بينهما ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام ، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال ، وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط ، وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب أن يقال له : من أين صار ابنك ؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أباه ، وإن ادعى نسبه عبد لحق به ، لأن العبد كالحر في السبب الذي يلحق به النسب ، ولا يدفع إليه لأنه لا يقدر على حضنته لاشتغاله بخدمة مولاه ، وإن ادعى نسبه كافر لحق به ، لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب ، وهل بصير اللقيط كافراً ؟ قال في اللقيط : أحبيت أن أجعله مسلماً . وقال في الدعوى والبيئات : أجعله مسلماً ؛ فن أصحابنا من قال : إن أقام البينة حكم بكفره قولاً واحداً ، وإن لم تقم البينة ففيه قولان .

(أحدهما) يحكم بكفره لأننا لما حكمتنا بثبوت نسبه فقد حكمتنا بأنه ولد على فراشه . (والقول الثاني) يحكم بإسلامه لأنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر . وقال أبو اسحاق : الذي قال في اللقيط . أراد به إذا ادعاه وأقام البينة

عليه ؛ لانه قد ثبت بالبينة انه ولد على فراش كافر ، والذي قال في الدعوى والبينات أراد اذا ادعاه من غير بينه لانه محكوم باسلامه بظاهر الدار ، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر ، وهذا الطريق هو الصحيح لانه نص عليه في الاملاء . واذا قلنا انه يتبع الاب في الكفر فالمستحب أن يسلم الى مسلم الى أن يبلغ احتياطاً للاسلام ؛ فان بلغ ووصف الكفر أقرناه على كفره ، وان وصف الاسلام حكمتنا باسلامه من وقته .

(فصل) وان ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة اوجه . أحدها : يقبل لانها أحد الابوين ، فقبل اقرارها بالنسب كلاب . والثاني : لا يقبل وهو ظاهر النص لانه يمكن اقامه البينة على ولادتها من طريق المشاهدة ، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الاب ، فانه لا يمكن اقامه البينة على ولادته من طريق المشاهدة ، فقبلت فيه دعواه ؛ ولهذا قلنا : انه اذا قال لامرأته : ان دخلت الدار فانت طالق ، لم يقبل قولها في دخول الدار الا ببينه ، ولو قال لها : ان حضت فانت طالق ، قبل قولها في الحيض من غير بينه ، لما ذكرناه من الفرق ، فكذلك ههنا . والثالث : ان كانت فراشاً لرجل لم يقبل قولها ، لان اقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وان لم تكن فراشاً قبل لانه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها .

(الشرح) اللغة : الدعوى ، ودعواه ودعواها كالماء بكسر الدال . قال الأزهري : الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدعي غير أبيه ، يقال : الدعي بين الدعوة بالكسر اذا كان يدعى الى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثاني .

وعن الكسائي : لم يفي القوم دعوة أي قرابه واخاه ، والدعوة بالفتح في الطعام اسم من دعوت الناس اذا طلبتهم لياً كانوا عندك ، يقال : نحن في دعوة فلان ومدعائه ودعائه بمعنى . قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب الا عدى الرباب فانهم يعكسون ويعملون الفتح في النسب والكسر في الطعام ، ودعوى فلان كذا أي قوله : وادعيت الشيء تمنيته ، وادعيت طلبته لنفسي والاسم الدعوى . أما الاحكام : فانه اذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى النسب من قسمين .

أحدهما : أن يدعيه واحد بنفرد بدعواه فينظر ، فإن كان المدعى رجلا مسلما حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه ، لأن الاقرار محض نفع للطامل لا اتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبيل كما لو أقر له بمال ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يده ، إلا أن المستحب أن يناقش كيف صار ابنك لأنه قد ينتقد أنه بالالتقاط يصير أباه ، والله يقول : فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه . وإذا اللقط مسلم لقيطاً فهو حر مسلم مالم يعلم لأبويه دين غير دين الاسلام ، فإذا أقر به نصراني الحقناه به وجعلناه مسلماً لأن اقراره به ليس بعلم منا أنه كما قال ، فلا نغير الاسلام إذا لم نعلم الكفر . اهـ من الدعوى والبيئات من الام .

وقال في كتاب اللقيط من الام . سئل أبو حنيفة رحمه الله عن الصبي يسي وأبوه كافر وقعا في سهم رجل ثم مات أبوه وهو كافر ثم مات الغلام قبل أن يتكلم بالاسلام فقال لا يصل علىه ، وهو على دين أبيه لأنه لا يقر بالاسلام . وقال الأوزاعي : مولاه أولى من أبيه يصل علىه . وقال لو لم يكن معه أبوه ، وخرج أبوه مستامناً لكان لمولاه أن يبيعه من أبيه .

وقال أبو يوسف إذا لم يسب معه أبوه صار مسلماً ، ليس لمولاه أن يبيعه من أبيه إذا دخل بأمان ، وهو ينتقض قول الأوزاعي : انه لا بأس أن يبتاع الصبي ويرد الى دار الحرب في مسألة قبل هذا ، فانقول في هذا ما قال أبو حنيفة إذا كان معه أبواه أو أحدهما فهو مسلم اهـ .

(قلت) إذا ادعى نسبه اثنتان فصاعداً نظرت ، فإذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما . وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد ، لان على اللقيط ضرراً إذا ألحق بالعبد والذمي ، فكان الخافه بالحر المسلم أولى ، كما لو تنازعا في الحضائنه . ولنا أن كل واحد لو انفرد صححت دعواه ، فإذا تنازعا تساوا في الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق ، فاننا لانحكم برفه

ولا ككفره ، ولا يشبه النسب الحضانية ، بدليل أننا نقدم في الحضانه المومر والحضرى ولا تقدمهما في دعوى النسب .

وجعل الإمام الشافعى رضى الله عنه التسليم للنصرانى بدعواه بنوة اللقيط لا يمد تسليها للقيط بالكفر ، بل يجعله مسلماً حتى نعلم الكفر . وهذا أحد قوايه فن أصحابنا من قال : إن أقام الذمى البيته حكماً بكفره قولاً واحداً ، كقوله فى الأخذ بقول أبى حنيفة مما سقناه عنه .

وإن لم تقم بيته فففيه قولان (أحدهما) إن الحكم بثبوت النسب من الكافر حكم بكفره على طريق التبعية والضمن ، لأنه ولد على فراشه .

(والثانى) لأن غلبة دار الاسلام أقوى من دعوى النسب التى يدعيها الكافر وكل لقيط فى دار الإسلام هو مسلم ، فلا يحكم بكفره بقول كافر . وذهب أبو إسحاق المرزى فى قولى الشافعى الى تخريجهما وجهين للمسألة لا قولين ، بأن الحكم بكفره يتبع البيته للذى ادعاه من الكفار ، فإذا ثبت أنه ولد على فراش الكافر قضينا بكفره وألحقناه بصاحب البيته ، وأنه إذا لم يقم بيته حكماً بإسلامه وهذا هو توجيه ما فى الدعوى والبيئات من الأم ، وفى هذا التخريج ما يؤيده من قوله فى الإملاء .

قال النووى فى المنهاج : ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمى بيته بنسبه لحقه وتبعه فى الكفر . وقال الزركشى : وكذلك المعاهد والمؤمن . وقال الرملى : فارتفع ماظنناه من إسلامه ، لأن الدار حكم باليد ، والبيته أقوى من اليد المجردة وتصور علوقه من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البيته . قال وإن اقتصر الكافر على الدعوى بأنه ابنه ولا حجة له فالمنهاج أنه لا يتبعه فى الكفر وإن لحقه فى النسب ، لانا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بدعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة .

والطريق الثانى : فيه قولان ثانياً يتبعه فى الكفر كالتسبب ، وجعل الماوردى محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم ، فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الاسلام قطعاً ، وسواء أقمنا بتبعيته فى الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوى يميز وصف الإسلام وبيته .

قال في الكفاية وقضية اطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما - إن قلنا به - دم تبعيته له في الكفر ، لكن في المذهب انه يستحب تسايجه لمسلم ، فاذا بلغ ووصف الكفر ، فان قلنا بالتبعية - قرر لكن هذا التقرير يهدده له لمسلم ، وإلا ففي تقريره ما سبق من الخلاف .

(فرع) إذا كان المدعى امرأة فقيه ثلاثه - أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضي الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين ، فيثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويأحقها ولدها من الزنادون الرجل ، ولأن في قصة داود وسليمان في المراتين كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى فخيمكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما

فعل هذا الوجه يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه . فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته ، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره ، قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فان قيل إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصاحبة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبه إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة ، بل الحاقه بها دون زوجها تطرق للعار اليه واليهما . قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقاً لا منازع له فيه ، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال ، وهذا متحقق في دعوى المرأة .

والوجه الثاني - وهو روايته ثانياً عن أحمد رضي الله عنه نقلها الكوسج عنه في امرأة ادعت ولداً ، ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا بينه وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه ، لأنه اذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ، يتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم

بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ، ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ؛ وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرد ، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

أما كيف تكون البينة ؟ فقد قال الشافعي رضى الله عنه : لا يجوز على الولادة ولا شيء مما تجوز فيه شهادة النساء مما يغيب عن الرجال إلا أربع نسوة عدول من قبل أن الله عز وجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلامها إلى شاهدين أو شاهد وامرأتين ، فأقام الثنتين من النساء مقام رجل حيث أجازهما ، فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يجز والله أعلم أن يجيزوا إلا على أصل حكم الله عز وجل في الشهادات ، فيجعلون كل امرأتين يقومان مقام رجل ؛ وإذا فعلوا لم يجز إلا أربع . وهكذا المعنى في كتاب الله عز وجل وما أجمع عليه المسلمون .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء أنه قال في شهادة النساء على الشيء من أمر النساء لا يجوز فيه أقل من أربع . وقد قال غيرنا تجوز فيه واحدة لأنه من موضع الأخبار كما تجوز الواحدة في الخبر ، لا أنه من موضع الشهادة ، ولو كان من موضع الشهادات ما جاز عدد من النساء — وإن كثرن على شيء إلى أن قال قال : فإننا روينا عن علي رضى الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها . قلت : لو ثبت هذا عن علي صرنا إليه إن شاء الله تعالى ، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه . وهذا لا من جهة ما قلنا من القياس على حكم الله ولا من جهة قبول خبر المرأة ، ولا أعرف له معنى .

قلت إذا ثبت هذا في وجوب البينة لما يمكن أن تقوم عليه بينة كالولادة للقيط المدعى أو المعلق طلاقها على دخول الدار في المجرى ببينة على دخول الدار ، وفارق الحيض فإنه من الأعراض الخفية التي يقبل فيها الإقرار ولا يطالب فيها بالبينة لنعذرها أو استحالتها . والوجه الثالث وهو الرواية الثالثة عن أحمد رضى الله عنه أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها

بغير إقراره ولا رضاه ؛ أو الى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به ، وإن لم يكن لها زوج قيات دعواها لعدم هذا الضرر . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تداعى نسبه رجلان لم يجوز إلحاقه بهما ، لأن الولد لا ينعتد من اثنين ؛ والدليل عليه قوله تعالى « إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ، فإن لم يكن لواحد منهما بيعة عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة ، فإن الحقته بأحدهما لحق به لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور في وجهه فقال : ألم ترى إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد وقد غلبا رؤسهما ، وقد بدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهل يجوز أن يكون من غير بنى مدلج ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع إلا في بنى مدلج (والثاني) أنه يجوز وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى ؛ فلم تخصص به قبيلة كالعلم بالأحكام ، وهل يجوز أن يكون واحداً ؟ فيه وجهان . أحدهما : أنه يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم مر بقول مجزز المدلجي وحده ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم . والثاني : لا يجوز أقل من اثنين لأنه حكم بالشبه في الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم في المثل في جزاء الصيد . ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبداً كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبداً ولا يقبل الا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل في الفتيا الا قول من عرف في العلم حذقه ، وإن الحقته بهما أو نفقته عنهما أو أشكل الأمر عليها أو لم تكن قافة ترك حتى يبلغ ، ويؤخذان بالنفقة عليه ؛ لأن كل واحد منهما يقول : أنا الأب وعلى نفقته ، فاذا بلغ أمرناه أن ينتسب الى من يميل طبعه اليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال للغلام الذى الحقته القافة بهما : وال أيهما شئت ، ولأن الولد يجد لوالده مالا يجد لغيره ، فإذا تعذر العمل بقول الزائف ترجع الى اختيار الولد ، وهل يصح أن ينتسب اذا صار بمزأوم يبلغ ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يصح كما يصح أن يختار السكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزاً .
(والثاني) لا يصح لأنه قول يتمين به النسب ويلزم الأحكام به ، فلا يقبل
من الصبي ، وبخالف اختيار السكون مع أحد الأبوين ، لأن ذلك غير لازم ؛
ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر جاز ، ولا يجوز ذلك في النسب ، وإن
كان لأحدهما بينه قدمت على القافة ، لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة
تخبر عن اجتهاد ، فإن كان لكل واحد منهما بينه فهما متعارضتان لأنه لا يجوز
أن يكون الولد من اثنين ، ففي أحد القولين يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينة ،
وقد بيناه ، وفي الثاني تستعملان ، فعلى هذا هل يقرع بينهما ، فيه وجهان .
أحدهما : يقرع بينهما ، فن خرجت له القرعة قضي له ، لأنه لا يمكن قسمة
الولد بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه أضراراً باللقيط فوجبت القرعة .
والثاني : لا يقرع ، لأن معناها هو أقوى من القرعة وهو القافة ، فعلى هذا
يصير كما لو لم يكن لهما بينه ، وليس في موضع تسقط الأقوال الثلاثة في استعمال
البينتين إلا في هذا الموضع على هذا المذهب .

وإن تداعت امرأتان نسبه وقلنا : أنه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة ، فمهل
يعرض على القافة ، فيه وجهان (أحدهما) يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من
الأم كما يأخذ من الأب ، فإذا جاز الرجوع إلى القافة في تمييز الأب من غيره
بالشبه جاز في تمييز الأم من غيرها (والثاني) لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة
أمه يقيناً فلم يرجع فيه إلى القافة بخلاف الأب فإنه لا يمكن معرفته إلا ظناً لجاز
أن يرجع فيه إلى الشبه .

(فصل) وإن ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل إلا بينته ، لأن الأصل هو
الحرية فإن شهدت له البينة نظرت ، فإن شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال في
اللقيط : جعلته له . وقال في الدعوى والبيئات : إن شهدت له بأنه ولدته أمته في
في ملكه جعلته له ، فن أصحابنا من قال يجعل له قولاً واحداً ، وإن لم تقل ولدته
في ملكه ، وما قال في الدعوى والبيئات ذكره تأكيداً لا شرطاً لأن ما أتى به
أمته من غيره لا يكون إلا مملوكاً له .

ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجعل له لما بيناه (والثاني) لا يجعل له لأنه يحمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم يملكها فلم يملك ولدها وان شهدت له البيعة بالملك ولم تذكر سبب الملك ، ففيه قولان .

أحدهما : يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال ، وإن لم تذكر سببه .
والثاني : لا يحكم لأن البيعة قد تراه في يده فتشهد بأنه عبده بشئ يده عليه بالانتقاط أو غيره ، وإن شهدت البيعة له باليد ، فإن كان المدعى هو المنتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الانتقاط ، ويد الانتقاط لا تدل على الملك ؛ فلم يكن للشهادة تأثير . وإن كان المدعى غيره ، ففيه قولان .

(أحدهما) يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت ، فإذا حلف - حكم له كما لو كان في يده مال لحلف عليه (والثاني) لا يحكم له لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لان الظاهر الحرية .

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها متفق عليه بلفظه دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى الى مجزأ المدلجى نظر أنفا الى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض ، وفي رواية للبخارى : ألم ترى أن مجزأ المدلجى دخل فرأى أسامة وزبدا وعليهما قطيفة قد غظيا رؤسهما ومندت أقدامهما فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض ، ومجزأ بضم الميم وفتح الجيم ثم زأى مشددة مكسورة ثم زأى أخرى اسم فاعل لأنه كان في الجاهلية إذا أسر أسيراً جز ناصيته وأطلقه وقد كان الكفار يقدحون في نسب أسامة لكونه كان أسود شديد السواد ؛ وكان زيد أبيض كذا قاله أبو داود . وأم أيمن هي أم أيمن بركة الحبشية . ولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه حيث كانت وصيفته ، ويقال : كانت من سبي الحبشة الذين قدموا زمن الفيل فصارت لعبد المطلب فوهبها لعبد الله والد النبي صلى الله عليه وسلم ، وتزوجت قبل زيد عبيداً الحبشى فولدت له أيمن فكسبت به والقافة جمع قائف كقادة جمع قائد وسادة جمع سائد ، والقائف هر الذى يتتبع الاثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الدعوى والبيئات من الام
 واذا ادعى الحر والعبد المسلمان والذي الحر والعبد مولوداً وجد لقيطاً فلا فرق
 بين أحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما ادعوا فيه مما يملكون : فتراد القافه ،
 فإن الحقوه بأحدهم فهو ابنه ليس له أن ينفيه ولا للمولود أن ينتفي منه بحال أبداً
 وان الحقته القافه باثنين فأكثر أو لم تكن قافه ، أو كانت فلم تعرف ، لم يكن ابن
 واحد منهم حتى يبلوغ فينتسب الى أيهم شاء ، فإذا فعل ذلك انقطعت دعوى
 الآخرين ، ولم يكن للذي انتسب اليه أن ينفيه وهو حر في كل حالاته بأيهم لحق
 لان اللقيط حر ، وانما جعلناه حراً اذا غاب عنا معناه ، لان أصل الناس الحر به
 حتى يعلم أنهم غير أحرار

ولو أن أحدهم قال : هو ابني من أمة نسكتها لم يكن بهذا رقيقاً لرب الأمة
 حتى يعلم أن الأمة ولدته ، ولا يجعل اقرار غيره لازماً له ، وبكفي القائف الواحد
 لان هذا موضع حكم بعلم لا موضع شهادة ، ولو كان ، انما حكمه حكم الشهادات
 ما أجزنا غير اثنين ولا أجزنا شهادة اثنين يشهدان على ما لم يحضرا ولم يربا ،
 ولكنه كاجتهاد العالم بنفسه كما ينفذ هذا ، ولا يحتاج معه الى ثان ولا يقبل القائف
 الواحد حتى يكون أميناً ولا أكثر منه حتى يكونوا أمناء أو بعضهم ، فإذا حضرنا
 القائف والمتداعيين للولد أو ذوى أرحامهم ان كان المدعون له موتى أو كان به
 المدعين له ميتا ، فأحضرنا ذوى رحمه أحضرنا احتياطاً أقرب الناس نسباً وشبهها
 في الخلق والسن والبلد بالمدعين له ، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ، ثم أمرنا القائف
 بالحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه ان لم يكن له أب .

وان كانت معه أم أحضرنا لها نسباً في القرب منها كما وصفت ثم بدأنا فأمرنا
 القائف أن يلحقه بأمه لأن للقائف في الأم معنى ، وليكن يستدل به على صوابه
 في الاب ان أصاب فيها ويستدل على غيره ان أخطأ فيها ، بخالفنا بعض الناس في
 القافه فقال القافه باطل ؛ فذكرنا له أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع مجزراً المدلجى
 ونظر الى أقدام أسامه وأبيه زيد وقد غطيا وجوههما فقال : ان هذه الأقدام
 بعضها من بعض فحكى ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لاماشه مسروراً به ، فقال :

ليس في هذا حكم . فقلنا انه وان لم يكن فيه حكم فإن فيه دلالة على أن النبي صلى الله عليه وسلم رضيه ورآه علماً ، لأنه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكماً ما سره ما سمع منه ان شاء الله تعالى ، وانهاه أن يعود له . فقال انك وان أصبت في هذا فقد تخطى في غيره . فقال فهل في هذا غيره ؟ قلنا نعم ، أخبرنا ابن عليه عن حميد عن أنس أنه شك في ابن له فدعا القافة .

أخبرنا أنس بن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رجلين تداخيا ولداً ، فدعا له عمر القافة ، فقالوا قد اشتركا فيه ، فقال له عمر وال أيهما شئت .

أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن عمر مثل معناه ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن عروة عن عمر بن الخطاب مثل معناه قال فإننا لا نقول بهذا ونزعم أن عمر قال هو ابنكما ترثانه ويرثكما ، وهو للباقي منكما . قلت فقد روي عن عمر أنه دعا القافة ، فزعمت أنك لا تدعو القافة ، فلو لم يكن في هذا حجة عليك في شيء مما وصفنا ، إلا أنك رويت عن عمر شيئاً يخالفه فيه كانت عليك

قال ، قد رويت عنه أنه ابنهما ، وهذا خلاف ما رويتم ، قلنا وأنت تخالف أيضاً هذا ، قال فكيف لم تصيروا إلى القول به ؟ قلنا هو لا يثبت عن عمر لأن اسناد حديث هشام متصل ، والمتصل أثبت عندنا وعندك من المنقطع ، وإنما هذا حديث منقطع وسليمان بن يسار وعروة أحسن رسلاً عن عمر من رويت عنه ، قال فأنت تخالف عمر فيما قضى به من أن يكون ابن اثنين ؟ قلت فإنك زعمت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى به اذ كان في أيديهما قضاء الأموال قال كذلك قلت اه

قلت ووجه دلالة ما علم من أن التقرير منه صلى الله عليه وسلم حجة ، لأنه أحد أقسام السنة ، وحقيقته التقرير أن يرى النبي (ص) فعلاً من أحد أو يسمع قوله أو يعلم به وكان ذلك الفعل من الأفعال التي لا يعلم تقدم إنكاره لها ، دل ذلك على جوازه ، فان استبشر به فأوضح كما في هذه القصة ، والحكم بالقافة اذ لم تكن بينه أو تعارضت به بينتان وسقطتا اذا الحقود ، فدلحقه بمن الحقود

وهذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث وأبي ثور
والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل ،

وقال أصحاب الرأي : لا حكم للقاءة ، ويلحق بالمدعين جميعاً تعويل على
مجرد الشبه والظن والتخمين ، فإن الشبه يوجد بين الاجانب ، ويمتنع بين الاقارب
ولهذا روى الشيخان أن رجلاً أتى النبي فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً
أسود فقال : هل لك من ابل ، قال : نعم ، قال : فما ألوانها ، قال : حمر . قال :
فهل فيها من أورك ، قال نعم ، قال أنى أتاهـا ذلك ، قال لعل عرقا نزع ، قال :
وهذا لعل عرقا نزع ، قالوا ولو كان الشبه كافياً لا اكتفى به في ولد الملاعنة ، وفيما
إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقرن .

ودايلنا عليهم غير حديث مجزز قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة
د انظروها فان جاءت به أحش الساقين كأنه وجرة فلا أراه الا قد كذب عليها
وان جاءت به أكحل جمعاً جمالها سابغ الاليتين خدج الساقين فهو للذي وميت
به ، فأتت به على النعت المسكروه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان
لكان لى ولها شأن ، فقد حكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي أشبهه منهما ، وقوله
لولا الايمان لكأن لى ولها شأن ، يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان
فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن زمعة حين رأى به شيباً بيناً
بعته بن أبى وقاص د احتجى منه يا سودة ، فعمل بالشبه في حجب سودة عنه ،
فان قيل : فالخديتان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه
فيهما بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمعة هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد
للفراس وللعاقر الحجر . ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في اقامة الحد عليها لشبهه
بالمقدوف ، قلنا انما لم يعمل في ابن زمعة لان الفرأس أقوى ، وترك العمل
بالبينة لمعارضته ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه ، اذا خلت عن المعارض
وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد
لا يوجب ضممه عن الحاق النسب ، فان الحد في الزنا لا يثبت الا بأقوى البيئات

وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدراً بالشبهات ، ولأن ضعف الشبهه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب يحتاج لإثباته ، ويثبت بأدنى دليل ، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة ، كما أن الحد لما انتفى بالشبهه لم يثبت إلا بأقوى داييل : فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبهه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا .

والقافة قوم يعرفون الإنسان بالشبهه . ولا يختصر ذلك بقبيلة معينة على الصحيح من المذهب ، وبه قال أحد رضى الله عنه وأصحابه : بل هو علم يتعلم بقواعده وأصوله التي كانت عند العرب ، وكان أكثر ما يكون في بنى مدج رهط مجزز الذى رأى أسامة وأباه زيدا ، و بن إياس بن معاوية المزنى قائفاً . وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عدداً مجرباً فى الإصابة ، حراً لأن قوله حكم .

وقد كان بعض العرب يستدل من اختلاف أحد الأبناء عن إخوته على أسباب الشك التي تساوره ، فقد عاد أحدهم إلى امرأته من سفر فوجدها قد ولدت له ولداً ، فقال لها :

لا تمسحى رأسى ولا تفلينى وحاذرى ذا الريق فى يمينى
واقتربنى منى أخـبرينى ما له أسود كالهجين
خالف ألوان بنى الجـون

على أن أسباب المعرفة فى زماننا هذا قد اتسعت آفاقها واستقرت قواعدها على أسباب أدق ومبادئ أضبط ، وإن كانت غير قطعية فى أكثر أحوالها ، وقد يأخذ العلم الحديث بالقبافة حيث يعجز التحليل الطبى ، والقبافة أحد فروع الطب الشرعى أو هى الأساس الفعلى للطب الشرعى ، ومن قرأ كتب الطب الشرعى العربية أو الأجنبية يتضح له صحة هذا الحكم .

وقد جاء فى كتاب الطب الشرعى الجنائى للدكاترة شريف وسيف النهر ومشالى أن فصائل الدم تنقسم فى جميع الشعوب إلى أربعة أقسام ، قسمان كبيران ويمكن إطلاق معنى السائدة عليهما ويرمز اليهما بألف وباء ، ونوع يتكون منهما

ويرمز اليه بأب باء ، ونوع نادر ويسمى (أو) فإذا كان الرجل من فصيلة (أ) والمرأة من فصيلة (ب) أمكن أن يكون الولد أوب أو (أب) ويلاحظ أن قيافة الدم هنا وإن كانت قائمة على أساس علمي إلا أنها سلبية وليست إيجابية، فهي تقول بأن هذا ليس أباً ولا تستطيع أن تقول هذا أب، لأنه قد يكون الأب شخصاً له فصيلة المدعى، ولكن يمكن أن ينفي فيقول إذا كانت فصيلة دم الابن أو وكانت فصيلة الأب المدعى أب والأم ب حكموا بالاقطع بأن هذا ليس أباه، ولكن لو كانت فصيلته من فصيلة الطفل قالوا بمحتمل أن يكون أباه ويحتمل أن يكون أبوه غيره، على أن أحسن القيافة التعرف عن طريق الأطراف كالأيدي والارجل وملامح الوجه. وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل الا قول اثنين - وجهان - (أحدهما) أنه حكم بالاجتهاد فيصح من واحد. (والثاني) لا يجوز بأقل من اثنين كالحكم بالمثل في جزاء الصيد في قوله تعالى «يحكم به ذوا عدل منكم» ولأنه حكم بالشبه في الخلقة فأشبه الحكم في المثل في جزاء الصيد «فجزاء مثل ما قتل من النعم»

وبهذا الوجه قال أحمد رضي الله عنه في ظاهر رواية الاثرم عنه أنه قيل له: إذا قال أحد القافة هو لهذا، وقال الآخر هو لهذا. قال لا يقبل واحد منهما حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة.

وقال القاضي من الحنابلة، يقبل قول الواحد لأنه حكم، ويقبل في الحكم قول واحد. وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال «إذا خالف القائف غيره تعارضاً وسقطاً، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقواهما أولى لأنهما شاهدان فقواهما أولى لأنه أقوى من قول واحد. وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع. وإن عارض قول الإثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فالحقته بآخر كان لاحقاً بالأول، لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم، وهى حكم الحاكم حكماً لم ينقض بمخالفته غيره له، وإن ألحقته القافة بكثير أو رقيق لم يحكم

بكفره ولا رقه لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد .

ولو ادعى نسب اللغيط لإنسان فالحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لأنه حكم له به فلم يزل بمجرد الدعوى ، فإن الحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول ، لأنها بيينة في إلحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

(فرع) إذا ادعاه إثنان فالحقته القافة بهما لحق بهما في النفقة . وكان أحمد رضى الله عنه يقول : إنه ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب رضى الله عنهما وهو قول أبي ثور . وقال أصحاب الرأى يلحق بهما بمجرد الدعوى . وقال الشافعى لا يلحق بأكثر من واحد ، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما ، واحتج برواية عمر رضى الله عنه أن القافة قالت ، قد اشتركا فيه ، فقال عمر وال أيهما شئت ، ولائنه لا يتصور كونه من رجلين ، فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأثنين ، ولأن المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بيينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بيئتهما ، هذا وما لم نتناوله من مسائل الفصل فعلى وجه من تقرير المصنف . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسبب لحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية . لأن السبب الذى أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبهه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه ، فإن بلغ ووصف الكفر فالمنصوص أنه مرتد ، فإن تاب وإلا قتل لأنه محكوم بإسلامه قطعاً فأشبهه من أسلم بنفسه ثم ارتد . ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) ما ذكرناه (والثانى) أنه يقر على الكفر لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه ، فإن بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر فقتله قاتل فالمنصوص أنه لا قود على قاتله .

ومن أصحابنا من قال : يجب القود لأنه محكوم بإسلامه فأشبه ما قبل البلوغ ، وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكون غير راض بالإسلام ، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط ؛ ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطباً وبعد البلوغ لا نعلم بفناء الإسلام ، فأما من حكم بإسلامه بالدار فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالساني ، فإن بلوغه ووصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطاً ، فإن أقام على الكفر أقر عليه .

ومن أصحابنا من قال : هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه لأنه محكوم بإسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه ، والمنصوص أنه يقر على الكفر لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر ، ولهذا لو ادعاه ذمى وأقام البيعة حكم بكفره .

(فصل) وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية (والثاني) أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبداً ، والأصل برامة ذمة القاذف من الحد وإن قطع حر طرفه وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقذف . ومنهم من قال : أن القول قول اللقيط قولاً واحداً وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر ووجوب القيمة مشكوك فيه فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجوز وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد ، فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين لحاز .

(فصل) إذا بلغ اللقيط ووهب وأقبض وباع وابتاع ونسكح وأصدق وجنى ؛ وجنى عليه ثم قامت البيعة على رقه كان حكمه في التصرفات كما حكم العبد القن يمضى ما يمضى من تصرفه ، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره ، لأنه قد ثبت بالبيعة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك ، فإن أقر على نفسه بالرق لرجل فعده نظرت ، فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته لم يقبل إقراره بالرق . لأنه لزمه باقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل

إقراره في إسقاطها ، وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) لا يقبل إقراره بالرق ، لأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحرية ، ثم أقر بالرق .

(والثاني) يقبل لأننا حكمنا بحريته في الظاهر ، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار ، ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار وبلغ وأقر بالكفر قبل منه ، وكذلك ههنا ، ومنهم من قال : يقبل إقراره بالرق قولاً واحداً لما ذكرناه ، ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق ، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين (أحدهما) يقبل إقراره في جميعه ، لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة (والثاني) يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره ، لأن إقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره ، ولم يقبل فيما يضر غيره ، كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره ، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفرع فان باع واشترى — فان قلنا : يقبل إقراره في الجميع ، وقلنا : ان عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح — كانت عقودها فاسدة فان كانت الاعيان باقية وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب بدلها في ذمته يتبع به اذا عتق . وان قلنا : يقبل فيما يضره ، ولا يقبل فيما يضر غيره ، لم يقبل قوله في افساد العقود ، ويلزمه اعراضها ، فان كان في يده مال استوفى منه ، فان فضل في يده شيء كان لمولاه .

وان كان الاقريط جارية فزوجها الحالكيم ثم أقرت بالرق — فان قلنا : يقبل إقرارها في الجميع — فالنكاح باطل ، لأنه عقد بغير إذن المولى ، فان كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء ، وان كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل لأنه وطء في نكاح فاسد ، وان أتت بولد فهو حر لأنه دخل على أنه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة أمة وهي قرآن .

وان قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح ، لان فيه اضراراً بالزوج ولكنه في حق الزوج في حكم الصحيح ، وفي حقها في حكم الفاسد ، فان كان قبل الدخول لم يجب لها مهر ، لانها لا تدعيه ، وان كان بعد الدخول وجب لها أقل

الأميرين من مهر المثل أو المسمى ، لأنه إن كان المهر أقل لم يجب ما زاد لأن فيه إضراراً بالزوج ، وإن أتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لأننا لا نقبل قولها فيما يضره ، ونقول للزوج قد ثبت أن زوجتك أمة ، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكاً للسيد لأنك تطؤها على علم أنها أمة ، وإن طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة أقراء وله فيها الرجعة لأننا لا نقبل قولها عليه فيما يضره ، وإن مات عنها الزمها عدة أمة وهي شهران وخمس ليال . لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها ، ولهذا تجب من غير وطء . وقول اللقيط يقبل فيها يسقط حق الله تعالى من العبادات ، وإن كان اللقيط غلاماً فتزوج ثم أقر بالرق .

فإن قلنا : يقبل إقراره في الجميع : بطل النكاح من أصله لأنه بغير إذن المولى فإن لم يدخل بها لم يلزمه شيء ، وإن دخل بها لزمه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ؛ لأنه إن كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لأننا لا نقبل قولها ، وإن كان مهر المثل أقل لم يجب ما زاد لأن قوله مقبول ؛ وإن ضر غيره . وإن قلنا : لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله : إن النكاح باطل ، لأنه يضرها ، ولكن يحكم بإفساخه في الحال لأنه أقر بتحريمها ، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى وإن دخل بها لزمه جميعه لأنه لا يقبل قوله في إسقاط المسمى .

(الشرح) من حكم بإسلامه أو بإسلام أحد أبويه ، وإن علا وقت العلق ولو أنثى غير وارثة ، ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله فهو مسلم بالاجماع بشرط فسبته إليه نسبة تقتضي التوارث فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام ، ولو ارتد بعد البلوغ بأن وصف كفراً أى أعرب به عن نفسه فترد لأنه مسلم ظاهراً وباطناً ، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما ، وإن علا قبل بلوغه ولو بعد تمييزه حكم بإسلامه أجماعاً كما في إسلام الأب والخبر في الإسلام بعلو ولا يعلى عليه ، ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل إسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزم إمكانه قال الرملي : وما يحثه الولي العراقي من عدم قبول قوله إلا أن يثبت على عاقبته شعر خشن ، غير ظاهر اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه ، ولاصل بقاء الصغر ، فإن بلغت ووصف كفراً فترد لسبق الحسب

بإسلامه ظاهراً وباطناً ، وفي قول كافر أصلي ، لأن تبعيته أزالته الحكم بكفره ، وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولاً ، وبني عليه أنه يلزمه التللفظ بالاسلام بعد البلوغ بخلافه على الاول ، ومن ثم لو مات قبل التللفظ جهر كمسلم ؛ بل قال امام الحرمين وصوبه في الروضة هو كذلك على الثاني أيضاً لان هذه الامور مبنية على الظاهر ، وظاهره الاسلام .

وما ذكره بعضهم من أن المسلم باسلام أحد أبويه لا يغني عنه اسلامه شيئاً ما لم يسلم بنفسه فغريب أو سبق قلم على ما قرره الاذرعى أو مفرع على وجوب التللفظ ولو تلفظ ثم ارتد فترتد قطعاً ؛ ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الاسلام قبل رده على الأصح .

ولو سبي مسلم طفلاً تبع هذا الطفل سايه في الاسلام ظاهراً وباطناً ان لم يكن معه أحد أبويه بالاجماع ؛ ولا اعتبار بمن شذ ، ولانه صار تحت ولايته كالأبوين ، وقضية الحكم باسلامه باطنياً أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتداً أما اذا كان معه أحد أبويه وان علا بأن كان في جيش واحد وغنيمة واحدة ، وان لم يتحد المالك وقد سببها معا — وان أطلق القاضي في تعليقه أنه اذا سبق سبي أحدهما سبي الآخر تبع السابي ، فلا يحكم باسلامه ، لان تبعيتهما أقوى من تبعية السابي وان ماتا بعد ، لان التبعية انما تثبت في ابتداء السبي ، ولو سباه ذمى قاطن ببلادنا على حد قول امام الحرمين أو دخل به دارنا كما قال البغوى ، أو سباه في جيشنا ، وكل ذلك انما هو قيل للخلاف في قواهم : لم يحكم باسلامه في الاصح . والثاني : يحكم باسلامه تبعاً للدار والاوجه أنه لو سبي أبواه ثم أسلما صار مسلماً باسلامهما خلافاً للحليمي ومن تبعه ، ولو سباه مسلم وذمى حكم باسلامه تغليماً لحكم الاسلام ، ولو سبي الذمى صبياً أو مجنوناً وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابي له مع أحد أبويه في جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشتري لفوات وقت التبعية ، لانها انما تثبت ابتداء وما جاء من قتله فسيأتى في الاقضية ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا ادعى رق اللقيط مدع بعد بلوغه كلف اجابته ، فان أنكر ولا يبيته

لم تقبل دعواه ، وإن كانت له بيعة حكم له بها ، فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لتصرفه بغير إذن ، وإن لم تكن بيعة فأقر بالرق نظرنا ، فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهي حق الله تعالى فلا يبطل برجوعه .

فإن قلنا : يقبل إقراره كأحد الوجهين عند الشافعي صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله ، وهذا قال أبو حنيفة والمزني وأحمد ، وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه ، لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما عليه دون ما له كما لو قال : لفلان علي ألف درهم ولي عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع ، وهو القول الثاني للشافعي لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبيعة ، فإن قبلنا إقراره بالرق لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ؛ فإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح في حقها ، فإن كان قبل الدخول فلا جهر لها ، وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها وأما أولادها فأحرار ولا يثبت الرق في حق أولادها بإقرارها فأما بقية النكاح فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها ، وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفسادا للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الإماء لا تعتبر في استدامة العقد إنما تعتبر في ابتدائه .

فإن قيل : قد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج . قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه ، فأما الحكم في المستقبل فيمكن إبقاء حقه وحق من يثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليها أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق صيدها ، فإن طلقها اعتدت عدة الحرة ؛ لأن عدة الطلاق حق للزوج عند أحمد والشافعي ثلاثة قروء ، وإن مات اعتدت عدة الأمة وهي شهران وخمس ليال لأنه وطء في نكاح فاسد ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جنى عمدا على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على

القولين وإن جنى خطأ وجب الأرش في رقبته على القولين لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش في رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه ، وإن جنى عليه حر عمداً لم يجب القود على الجاني لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه ، وإن جنى عليه خطأ بأن قطع يده ، فإن الجاني يقر بنصف الدية واللقيط يدعى نصف القيمة ، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة ، لأن ما زاد عليه لا يدعيه . وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين إن قلنا يقبل قوله في الجميع وجب على الجاني نصف القيمة ، وإن قلنا لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد إضراراً بالجاني

(فصل) وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط لإقراره ، كما لو أقر له بدار فكذبه ، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل . وقال أبو العباس يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر ، والمذهب الأول لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره ، فإذا كذبه المقر له رجع إلى الأصل ، وهو أنه حر فلم يقبل لإقراره بالرق بعده ، ويخالف الدار لأنه إذا كذبه الأول رجع إلى الأصل وهي مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره .

(فصل) وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره فالقول قوله لأن الأصل الحرية ، وإن طالب المدعى يمينه فهل يحلف ؟ يبني على القولين في إقراره بالرق ، فإن قلنا يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق ، وإن قلنا لا يقبل لم يحلف ؛ لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيقر ، ولو أقر لم يقبل فلم يكن في عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق .

(الشرح) إذا جنى جنابة موجبة للقصاص فعليه القود حرراً كان المجنى عليه أو عبداً ، لأن إقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه فيما إذا كان المجنى عليه عبداً أو حرراً فقبل إقراره فيه . وإن كانت الجنابة خطأ تعلق أرشها برقبته ، لأن ذلك مضر به ، فإن كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة ، لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجباً للجنى عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه .

وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط ، لأن الحر لا يقاد منه للعبد ، وقد أقر الميجنى عليه بما يسقط القصاص ، واذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وان كانت مخالفة لظاهر الدار ، فان لم تكن له بيعة فلا شيء له ، أما اذا ادعاه بعد بلوغه فأندكر اللقيط قاله قول قوله لاستصحاب الاصل وهو الحرية ، وهي حق لله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الوقف

الوقف قرينة مندوب اليها لما روى عبد الله بن عمر أن عمر رضى الله عنه ، أتى النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد ملك مائة سهم من خيبر ، فقال : قد أصبت ما لا لم أصب مثله ، وقد أردت أن أتقرب به الى الله تعالى ، فقال : حبس الاصل وسبل الثمرة ،

(فصل) ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والاثاث والسلاح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ، أنه ذكر للنبي (ص) أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطاب ، يعنى الصدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما نقم ابن جميل الا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله . فأما خالد فانكم تظلمون خالداً ، ان خالداً قد حبس أدرعه وأعتده معاً فى سبيل الله ، ولأنه لما أمر عمر رضى الله عنه بتحبس الاصل وتسبيل الثمرة ، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به .

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام ، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان ، لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام ، ولا يجوز وقف الحمل لأنه تملك منجز فلم يصح فى الحمل وحده كالبيع

(فصل) واختلاف أصحابنا في الدراهم والدنانير . فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها ، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها . واختلفوا في الكلب فمنهم من قال لا يجوز وقفه لأن الوقف تملك والكلب لا يملك . ومنهم من قال يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفي الكلب منفعة لجاز وقفه ، واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لأنه ينتفع بها على الدوام فهي كالأمة الفقة ، ومنهم من قال لا يجوز لأنها لا تملك

(فصل) ولا يصح الوقف إلا في عين معينة . فإن وقف عبداً غير معين أو فرساً غير معين فالوقف باطل لأنه إزالة ملك على وجه القرية فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بلفظ « أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال : يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني ؟ فقال : إن شئت حبست أصلها ؛ وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر — على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث — في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متعول ، وفي لفظ « غير متأهل مالا ،

وفي حديث عمر وبن دينار عند البخاري قال في صدقة عمر « ليس على الولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً له غير متأهل ، قال « وكان ابن عمر هو بلي صدقة عمر ويهدى لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم ، وللحديث روايات للبيهقي والطحاوي والدارقطني .

وروى النسائي وابن ماجه والشافعي عن ابن عمر ، وهو متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، قال عمر للنبي صلى الله عليه وسلم « إن المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إليّ منها ، وقد أردت أن أتصدق بها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : احبس أصلها وسبل ثمرتها ،

وأما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ «بعث رسول الله (ص) عمر على الصدقة فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبي (ص) فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً ، قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى . وأما العباس فهي علي ومثلها معها . ثم قال : يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه ، وأخرجه البخاري وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له في العباس . وأخرجه أبو داود الطيالسي من حديث أبي رافع وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر «إنا كنا تعجلنا صدقة مال العباس عام الأول ، وأخرجه الطبراني والبخاري وفي إسناده محمد بن زكوان ، وهو ضعيف . ورواه البزار من حديث موسى بن طلحة عن أبيه نحوه . وفي إسناده الحسن بن عماره وهو متروك .

ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس ، وفي إسناده مندل بن علي والعرزمي وهما ضعيفان .

أما اللغات فالوقف مصدر وقف يقف : ووقفته أنا يتعدى ويلزم ، ووقفت الدار حبستها في سبيل الله ، وشيء موقوف ووقف - تسمية بالمصدر ، والجمع أوقف ، كتب وأثواب ، ولا يقال أوقفت إلا في الكلام ، فنقول فأوقفت عن الكلام .

وقوله «حبس الأصل وسبل الثمرة» الحبس ضد الإطلاق ، أي اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب . وسبل الثمرة ، أي اجعل لها سبيلاً ، أي طريقاً لمصرفها ، والأثاث متاع البيت ، قال الله تعالى «أثاثنا ومتاعنا إلى حين» .

وقوله «ما نقم ابن جميل» نقم من باب ضرب نقما ونقوما ، وفي لغة من باب نعب ، ومعناه كره الشيء وعابه أشد العيب ، وفي التنزيل «وما تنقم منا» على اللغة الأولى ، أي وما تطعن فينا وتقدح ، وقيل ليس لك عندنا ذنب ولا ركبتا مكروها .

والاعتدة جمع عتاد وهو أهبة الحرب من السلاح والذخيرة وغيرها يقال :
أخذ للأمر عدته وعتاده أى أهبته وآلته .

أما الأحكام : فقد استدل المصنف بحديث ابن عمر على صحة وقف المشاع وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف ومالك ، لأن عمر وقف مائة سهم بخيبر ولم تكن مقسومة ، وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشرى بدين فيلزم مع وقف أحد الشرى بدين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكا وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفا ، فينصف كل جزء بالصحة وعدمها وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الأعبد كما صح هنا ، وإذا صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال .

وقد استدل البخارى على صحة وقف المشاع بحديث أنس فى قصة بناء المسجد وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «ثامنوني حائطكم» ، قالوا : لا نطلب ثمنه إلا إلى الله عز وجل ، وهذا ظاهر فى جواز وقف المشاع ولو كان غير جائز لا تنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم قولهم هذا وبين لهم الحكيم .

على أن الوقف عند أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحته قال جابر رضى الله عنه لم يكن أحد من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ولم ير شريح الوقف وقال : لا حبس عن فرائض الله ، وقال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجردة ، وللاوقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم ، وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس ، وخالفه أصحابه فقالا كقول سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالا : يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فرده النبي صلى الله عليه وسلم ثم ماتا فورتهما . رواه المحاملى فى أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية

من مملوكة فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه صلى الله عليه قال لعمر في وقفه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث ، قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي (ص) وغيرهم ، لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً .

قال الحميدى شيخ البخارى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق على بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط ، وداره بمكة على ولده ، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده قال : فذلك كله إلى اليوم اه .

فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينسكه أحد فكان إجماعاً ، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية ، فإذا انجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ؛ وأجيب عن حديث عبدالله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف والظاهر أنه جملة صدقة غير موقوف ، استتاب فيها النبي صلى الله عليه وسلم فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولذلك لم يردا عليه ، وإنما دفعها إليهما ، ويحتمل أن الحائظ كان لهما ، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه ، وأتينا النبي صلى الله عليه وسلم فرده إليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما تفتقر إلى القبض ، والوقف لا يفتقر إليه فافتراقاً ، فإذا صح الوقف فقد زال به ملك الواقف على المشهور من مذهبينا . والصحيح من مذهب أحمد ، وكذلك المشهور من مذهب أبي حنيفة . وعن مالك : لا يزول ملكه ، وهو قول لأحمد . وحكى قولاً للشافعى لقول النبي (ص) « حبس الأصل وسبل الثمرة » .

وأجيب على القول بيقضاء الملك بأن الوقف سبب يزول التصرف في الرقبة والمنفعة ، فأزال الملك كالعتق ؛ ولأنه لو كان ملكاً لرجعت إليه قيمته كاملاً المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث ،

وقائمة الخلاف أنا إذا حكمتنا ببقاء ملكك لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرش جنابته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك إذا صح هذا فما ينتفع به بالتلافه كالمطعم والمشروب والمشعوم فوقه غير جائز ، وكذلك الشمع ، وكذلك كل ما يسرع اليه الفساد وكل ما لا يمكن الانتفاع به على الدوام وقد ألحق الخنابلة ، الدراهم والدنانير بالما كول والمشروب ، ويحكي شيء عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ، ولم يحكم أصحاب مالك ، وهذا غير صحيح ، لأن الوقف تحبب الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به إلا بالتلاف لا يصح فيه ذلك ولا يصح في المشعوم مقطوعا ويصح فيه مزروعا لبقائه مدة كما قاله النووي وغيره ، ولهذا قال ابن الصلاح والخوارزمي يصح وقف المشعوم كالريحان وغيره وكالعتبر والمسك بخلاف عود البخور لاستهلاكه بالمنفعة وقد اختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير فن قال بجواز أن تكون لها ثمرة دائمة كالإجارة أجاز وقفها ، ومن قال بعدم جواز الإجارة ، قال بعدم جواز الوقف فيها ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له وأجاز الأصحاب وقف الدراهم والدنانير حليا وللعارية لما روى نافع قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فخبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، رواه الخليل بإسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ، ولأنه يصح تحبب أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار ، وإلى هذا ذهب أصحاب أحمد .

وروى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ، وذكره ابن أبي موسى ، ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم .

قال ابن قدامة : والأول هو المذهب ، والتحلي من المقاصد المهمة ، والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذة وجوز لإجاراته لذلك ، وبفارق الدراهم والدنانير ، فإن العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا .

(فرع) لا يجوز وقف مالا يجوز امتلاكه كالسكك ولو كان صيد وكذلك الخنزير كما لا يجوز وقف أدوات اللهو والمعازف ، والسكك إنما أبيع الانتفاع به على خلاف الأصل للقدره فلا يجوز التوسع فيها . هذا هو الأصح كما قرره النووي في المنهاج وتابعه جميع الشراح .

كما لا يجوز الوقف إلا على عين معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة وضابط المنفعة المقصودة ما يصح استئجاره ، على شرط ثبوت حق الملك في الرقبه وشمل كلام النووي في المنهاج وقف الموصى بعينه مدة والمأجور ، وإن طال مدتهما ونحو الجحش الصغير وإن لم تسكن لأولئك منفعة حالا ، ولا يصح وقف حيوان أو متاع أو ثياب في الذمه لأن حقيقته إزالة ملك عن عين ، نعم يجوز التزامه فيها بالنذر وهذا كله قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما جاز وقفه جاز وقف جز منه مشاع لأن عمر رضي الله عنه وقف مائة سهم من خيبر بأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسهيل المنفعة ، والمشاع كالمقسوم في ذلك ، ويجوز وقف علو الدار دون سفليها وسفليها دون علوها ، لأنهما عينان يجوز وقفهما ، لجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدین .

(فصل) ولا يصح الوقف إلا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والاقارب ، فإن وقف على ما لا قربة فيه كالبيع واليكائنس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح ، لأن القصد بالوقف القربة ، وفيما ذكرناه إعانته على المعصية ، وإن وقف على ذي جاز لأنه في موضع القربة ، ولهذا يجوز التصديق عليه لجاز الوقف عليه ، وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان .

(أحدهما) يجوز لأنه يجوز تملكه لجاز الوقف عليه كالذمي .

(والثاني) لا يجوز ، لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه ، والمرتد والحربي مأمور بقتلها فلا معنى للوقف عليهما ، وإن وقف على دابة رجل ،

ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، لأن مؤنتها على صاحبها ، والثاني : يجوز لأنه كالوقف على مالكم .

(فصل) ولا يجوز أن يقف على نفسه ، ولا أن بشرط لنفسه منه شيئا . وقال أبو عبد الله الزبيرى (١) : يجوز لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة وقال دلولى فيها كدلاء المسلمين ، وهذا خطأ لأن الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه لأن ذلك وقف عام ويجوز أن يدخل فى العام ما لا يدخل فى الخاص ، والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى المساجد وهى وقف على المسلمين ، وإن كان لا يجوز أن ينخص بالصدقة ولأن فى الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ولا يدخل فى الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما .

(فصل) ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة .
(فصل) ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين والوقف على من يختاره فلان لأنه تمليك منجز فلم يصح فى مجهول كالبيع والهبة .

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه مضى تخريجه وبعض فقهاء ولما تكلم المصنف عن منع وقف غير المعين ناسب أن يردفه بحكم المشاع ، وبجوازه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وأحمد ، وقال محمد بن الحسن : لا يصح ، وبناء على أصله فى أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصح فى المشاع ، وخبر عمر هو أول وقف شرع فى الاسلام حيث لم يكن وقف فى الجاهلية .
وقال الشافعى رضى الله عنه إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية . وقيل إن أول وقف ما وقفه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أموال مخيريق التى أوصى بها له فى السنة الثالثة .

(١) فى نسخ المذهب المتداولة الزبيدى وصوابه الزبيرى . المطبوعى

وصحح أصحابنا وقف المشاع وإن جهل قدر حصته أو صفتها ، لأن وقف عمر كان مشاعا ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً لجاز عليه مشاعا كالبيع ، أو عرصة يجوز بيعها لجاز وقفها كالمفرزة ، ولأن الوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز ، ولا نسلم اعتبار القبض .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يوقف جزءاً من داره أو علويها أو سفليها . وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يوقفها على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم ، لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين .

(فرع) إذا لم يكن الوقف على بر أو معروف فهو باطل ، وبيان ذلك أنه لا يصح إلا على ولده وأقاربه ورجل معين ، أو بناء المساجد والجسور والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات ولا يصلح على غير معين كرجل وامرأة ، لأن الوقف تملك للمعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار لعبدتها والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر ، وهذه الكتب مبدلة منسوخة . ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال : أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ، وفي رواية : أمتهم وكون أمتهم ؟ والله لو كان موسى حياً ما وسعه إلا اتباعي ، وفي رواية : ألم أت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخى حياً ما وسعه إلا اتباعي ، فلولا أن ذلك معصية ما غضب صلى الله عليه وسلم منه .

والوقف على قناديل البيعة أو معابد البوذيين أو دور الهندوك أو محافل البهائيين أو القاديانيين أو أي معبد يقوم على غير أصل الإسلام وخلوص الوجدانية من شوائب الزيغ باطل .

وقال أحمد بن حنبل في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى ، فلم يؤخذوا وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم .

وهذا هو مذهب الشافعي رضي الله عنه ولا نعلم فيه خلافاً ، ولأن مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين .
فإن قيل : فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقودوا عقوداً فاسدة وتفاضوا ثم أسلموا وترافعوا اليئالم نناقض ما فعلوه ، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القرية ، فإذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعقود ، وقد أفتى أحمد رضي الله عنه في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجره خدمة مبلغ أربع سنين . وروى عنه قال : هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية .

وظاهر كلام المصنف التفرقة بين الذمي ومعابد الكفار ، حيث يقول : وإن وقف على ذمي جاز الخ . قلت هذا مبنى على أصل أن الوقف لا يصح على من لا يملك ، كالوقف على القن وأم الولد والجن والملائكة ولأنه يجوز التصديق عليه أما الوقف على المرتد والحربي في صفوف الأعداء فوجهان . فمن جعله كالذمي أجاز الوقف عليه .

ومن قال إن القصد من الوقف نفع الموقوف عليه ونحن مأمورون بقتل المرتد والحربي ، وهذا أقصى درجات الحرمان وهو فقد الحياة ، فكيف يجوز إيصال المنفعة إليه ؟ ولأن أموال المرتدين والمحاربين مباحة في الأصل ، ويجوز أخذها بالقهر والغلبة ، فما يتجدد لهم أولى على أن الوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لانه تحييس الأصل

وفارق أهل الذمة فانه يصح الوقف عليهم لأنهم يملكون ملكاً محترماً ، ولأن صفيه أم المؤمنين وفتت على أخ لها يهودي ، ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم ويبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع (فرع) لا يجوز أن يخص نفسه بالوقف وكذلك إذا جعله عاماً وجعل لنفسه شيئاً منه فإنه لا يجوز وقيل يجوز ، واستدل القائلون بجوازه ، ومنهم أبو عبد الله

الزبيرى وابن حجر العسقلانى فى فتح البارى بحديث بئر رومة ، وهو عن عثمان رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة ولبس بها ماء يستمذب غير بئر رومة فقال : من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ، فاشترىها من صلب مالى ، رواه النسائى والترمذى وقال : حديث حسن ، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه .

وفى رواية للبعغوى فى كتاب الصحابة من طريق بشر بن بشير الأسلمى عن أبيه أنها كانت لرجل من بنى غفار عين يقال لها رومة . وكان يبيع منها القربة بمد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : تبيعنيها بعين فى الجنة ؟ فقال يا رسول الله ليس لى ولا لعمالى غيرها ، فبلىع ذلك عثمان فاشترىها بخمسة وثلاثين ألف درهم . ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أتجعل لى ما جعلت له ؟ قال نعم قال قد جعلتها للمسلمين . وللنسائى من طريق الأحنف عن عثمان قال : اجعلها سقاية للمسلمين وأجرها لك ، وزاد أيضاً فى رواية من هذه الطريق أن عثمان قال ذلك وهو محصور وصدقه جماعة منهم على بن أبى طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبى وقاص وفى قوله : فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين ، الدليل على جواز أن يجعل الواقف لنفسه نصيباً فى الوقف ، قالوا ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف ، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره . هكذا قالوا . قال ابن حجر فى فتح البارى : ويستنبط منه صحة الوقف على النفس وهو قول ابن أبى ليلى وأبى يوسف وأحمد فى الأرجح عنه . وقال به ابن شعبان من المالكية ، وجمهورهم على المنع إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيراً بحيث لا يتم أنه قصد حرمان ورثته . ومن الشافعية أبو العباس بن مريج وطائفة . ووصف فيه محمد بن عبد الله الأنصارى شيخ البخارى جزءاً ضخماً ، واستدل له بقصة عمر هذه ، وبقصة راكب البدنة ، وبحديث أنس فى أنه صلى الله عليه وسلم أعتق ضفيرة وجعل عتقها صداقها ، ووجه الاستدلال به أنه أخرجها عن ملكه بالعتق وردها إليه بالشرط . اهـ

وقد حكى جواز الوقف على النفس ابن شبرمة والزبيرى ، وعن الشافعى

ومحمد بن الحسن أنه لا يصح الوقف-- على النفس ، قالا لأنه تملك فلا يصح أن يملكه نفسه من نفسه كالبيع والهبة ، واقوله صلى الله عليه وسلم « سبيل الثرة ، وتسبيلها تملكها للغير .

قال ابن حجر : وقد نقب بأن امتناع ذلك غير مستحيل ، ومنعه تملكه لنفسه إنما هو لعدم الفائدة . والفائدة في الوقف-- حاصلة لأن استحقاقه إياه وقفا . اهـ قلت : وقد استدلل القائلون بصحة الوقف-- على النفس بحديث الرجل الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم « عندي دينار ، فقال تصدق به على نفسك ، رواه أبو داود والنسائي .

وقال ابن قدامة : قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله -- يعني أحمد بن حنبل -- يشترط في الوقف-- أنى أنفق على نفسه وأهلى منه ؟ قال نعم . واحتج قال : سمعت ابن عيينة-- عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنسكر . اهـ . ودليل المانعين وهم مالك والشافعي ومحمد بن الحسن أنه إزالة ملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة-- ، وكأ لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفعه على نفسه مجبول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

وقال النووي في المنهاج « ويصح على ذمى لا مرتد وحر بنى ونفسه في الأصح ، وقد فهم بعض الشراح كما يقول الرملي من هذا أن النووي صحح الوقف لنفسه ، والذي يقابره إلى الفهم من كلام النووي أن عطف نفسه يرجع على المعطوف عليه وهو ذمى المقول بصحة الوقف عليه ، ولكن الرملي رحمه الله قال : لتعذر تملك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة ، إذ استحقاقه وقفاً غيره ملكاً الذي نظر له مقابل الأصح . واختاره جمع ، ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه بما وقفه ، أو انتفاعه به أو شربه منه أو مطالعته في الكتاب ، أو طبخه في القدر أو استعماله من بئر أو كوز وقف ذلك على الفقراء فيبطل الوقف بذلك ، خلافاً لبعض الشراح هنا ، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان في وقفه لبئر رومه دلوى فيها كدلاء المسلمين .

قال : وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط ، بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام ، كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها . نعم ، لو شرط أن يضحى عنه صح أخذاً من قول الماوردي وغيره بصحة شرط أن يُحَجَّجَ عنه منه ، أى لأنه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضر ، بل هو المقصود من الوقف ، ولو وقف على الفقراء مثلاً ثم صار فقيراً أجاز له الأخذ منه . وكذا لو كان فقيراً حال الوقف ، كما في الكافي واعتمده السبكي وغيره ، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجره المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح

ومن حيل الفقهاء الذين يمنعون الوقف بهذه الصورة أن ابن الرفعة وهو من كبار الفقهاء وقف على الأئمة من بني الرفعة ، ففنى بذلك نفسه ؛ أو باقى آخر ويقف على أولاد أبيه الذين من صفاتهم كيت وكيت ويضفي صفات نفسه على المنتفع من الوقف فينصرف ذلك الى نفسه ، وقد صحح هذه الحيلة الرملي وقال : وهو الأوجه وإن خالف في الإسئوى وغيره تبعاً للغزالي والخوارزمي فأبطالوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح .

(فرع) إذا وقف على من لا يصح تملكه أو غير مؤهل للملك ، لأن الوقف تملك منفعة ، وضرب مثلاً بالعبد والحمل ، لأن الجنين لا يملك شيئاً ، كما لا يصح الوقف على مجهول أو معدوم كعلى مسجد سيدنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير . ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه بموضعه ولا على ميت لأن الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية ، كما لا يصح الوقف على بهيمة مجهولة بأن أطاق بغير تعيين ، وقبل هو وقف على مالكها ، ومن ثم لا يصح على الوحوش ولا على الطيور المباحة ، ولو كانت معينة على نزع في الجزم به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن

يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء أو يخرج منه من شاء لأنه إخراج مال على وجه القرية فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة .
 (فصل) ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القرية فلم يجوز إلى مدة كالعق والصدقة .

(الشرح) الأحكام : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس ، أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم لى غائبى ونحو ذلك . ولا نعلم فى هذا خلافا ، لأنه نقل للملك فيما لم بين على التغليب والعراية ؛ فلم يجوز تعليقه بالموت ، وتعليقه بشرط فى الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله : دارى وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة ، لأنه بنى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه التأييد .

والوجه الآخر عندهم يصح لأنه منقطع الانتفاء فأشبهه ما لو وقفه على منقطع الانتفاء ، فإن حكمتنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتفاء .

وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا ، لأنه بنى مقتضى الوقف . ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن شرط الخيار فى الوقف فسد . هكذا قال الشافعى ونص عليه أحمد .

وقال أبو يوسف فى رواية عنه يصح : لأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط يتبقى مقتضى العقد فلا يصح ، كما لو شرط أن له يبيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح الخيار فيه كالعق ، ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ، ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهى نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار .

أو التصرف ، وهمنا لو ثبت الخيسار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع
النصرف فافترقا .

وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء
من غيرهم ، لأنه شرط يناهق مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع .
إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يقول : وقفنا هذا على الفقراء أو على مسجد
مثلا سنة مثلا ، وبطلانه من فساد صيغته ، إذ أن وضع الوقف على التأبيد فإذا
جعل له إلى مدة كان باطلا كالعتق والصدقة ، وسواء في ذلك طويل المدة وقصيرها
وقد بحث الأذرعى كما فعل الزركشى جوازه إذا وقفه على الفقراء ألف سنة أو
نحوها مما يبعد البقاء إليه ؛ كما تقرر أنه لا أثر لتوقيت الاستحقاق ، كقوله وقفته
على زيد سنة ثم على الفقراء ، أو إلا أن يولد لى ولد ، كما نقله البلقيني عن
الخوارزمي وجزم به ابن الصباغ وجرى عليه في الأنوار والله أعلم

قال المصنف - رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع ، وذلك من وجهين :
(أحدهما) أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما
أشبهها (والثاني) أن يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض ؛
مثل أن يقف على رجل بعينه ، ثم على الفقراء أو على رجل ثم على عقبه ثم على
الفقراء ، فأما إذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاى كالوقف على عبده أو
على ولده ولا ولد له فالوقف باطل لأن العبد لا يملك والولد الذي لم يخلق لا يملك
فلا يفيد الوقف عليها شيئا .

وإن وقف وقفاً متصلاً بالابتداء منقطع الانتهاى بأن وقف على رجل بعينه
ولم يزد عليه ، أو على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه ففيه قولان
(أحدهما) أن الوقف باطل ، لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على
الدوام ، وهذا لا يوجد في هذا الوقف ، لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه .
(والثاني) أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى
الواقف ؛ لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد ؛ فحمل فيها سماه على ما شرطه

وفيما سكت عنه على مقتضاه ، وبصير كأنه وقف مؤبد . ويقدم المسمى على غيره
فإذا انقضى المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ، لأنه من أعظم
جهات الثواب ، والدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا صدقة
وذو رحم محتاج .

وروى سليمان بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : صدقتك على
المساكين صدقة ، وعلى ذى الرحم اثنتان ، صدقة وصلة ، وهل يختص به فقراؤهم
أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ فيه قولان

(أحدهما) يختص به الفقراء ، لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء .

(والثاني) يشترك فيه الفقراء والأغنياء : لأن في الوقف الغنى والفقير
سواء ، وإن وقف وقفاً منقطعاً ابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم
على الفقراء ، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء ، ففيه طريقان . من أصحابنا
من قال : يبطل قولاً واحداً لأن الأول باطل والثاني فرع لا أصل باطل
فيكون باطلاً . ومنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه (والثاني) أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار
كان لم يكن . وصار الثاني أصلاً . فإذا قلنا إنه يصح فإن كان الأول لا يمكن
اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف إلى من بعده وهم الفقراء ، لأنه لا يمكن
اعتبار انقراضه فسقط حكمه ، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة
أوجه (أحدها) ينقل في الحال إلى من بعده ، لأن الذي وقف عليه في الابتداء
لم يصح الوقف عليه ، فصار كالمعدوم (والثاني) وهو المنصوص : أنه للواقف
ثم لو ارثه إلى أن ينقضى الموقوف عليه ، ثم يجعل لمن بعده لأنه لم يوجد شرط
الانتقال إلى الفقراء ، فيبقى على ملكه .

(والثالث) أن يكون لا قرباء الواقف إلى أن ينقضى الموقوف عليه ثم
يجعل للفقراء ، لأنه لا يمكن تركه على الواقف لأنه أزال المالك فيه ؛ ولا يمكن
أن يجعل للفقراء لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليهم فكان أقرباء الواقف أحق
وهل يختص به فقراؤهم ؟ أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ على ما ذكرنا
من القولين .

(فصل) وإن وقفه وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان :
 (أحدهما) أن الوقف باطل لأنه تملك فلا يصح مطلقاً ، كما لو قال : بعت
 دارى ووهبت مالى .

(والثانى) يصح وهو الصحيح لأنه إزالة ملك على وجه القرية فصح مطلقاً
 كالأضحية ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع
 الانتهاء ، وقد بيناه

(الشرح) الحديث الاول جزء من حديث طويل عن أبى هريرة أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال : «والذى بعثنى بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من
 رحم البيت ولأن له فى الكلام ورحم يتمه وضعفه ولم يتناول على جاره بفضل
 ما آتاه الله . وقال : يا أمة محمد والذى بعثنى بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل
 وله قرابة محتاجون الى صلته ويصرفها الى غيرهم ، والذى نفسى بيده لا ينظر الله
 اليه يوم القيامة ، رواه الطبرانى فى الاوسط .

قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفيه عبد الله بن عامر الأسلمى ، وهو ضعيف .
 وقال أبو حاتم ليس بالمروك . أما بقية رجاله فنقات .

أما حديث سلمان بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ «الصدقة على
 المسلمين صدقة ، وهى على ذى الرحم ثنتان صدقة وصلة ، رواه أحمد وابن ماجه
 والترمذى والنسائى وابن حبان والدارقطنى والحاكم وحسنه الترمذى

أما الاحكام : فإنه لا يجوز إلا على سبيل مراد للتأيد لا للانقطاع ولا يتحقق
 هذا إلا إذا جعل وقفه ائمة أو طائفة لا تنقرض ، فإذا وقف على قوم ونسأهم
 ثم على المساكين فانقرض القوم ونسأهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم
 ينتقل اليهم مادام أحد من القوم أو من نسأهم باقياً ، لأنه رتب للمساكين بعدهم
 والمساكين من الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه
 المساكين ، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذى يسميان به
 شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ؛ ولهذا لما سمي الله عز وجل المساكين فى مصرف
 كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الاذى تناوئهما جميعاً ، وجاز الصرف الى كل

واحد منهما ، فإذا وقفه وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء ، كعبي رجل ، أو رجل ونسله فقيه وجهان :

(أحدهما) البطلان لأنه منقطع . وهو لا يجوز إلا على الدوام .

(والثاني) أنه يجوز لإمكان صرفه إلى أقرب الناس إلى الواقف وإن كانوا أغنياء . وهذا هو أحد القولين عندنا وبه قال أحد أصحابه ، والثاني يقدم الفقراء منهم وأكثرهم حاجة .

ويحتمل أن يجوز الوقف ثلاثة أجزاء . الجزء يصرف إلى الغزاة في سبيل الله وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة ، والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته . وهم خمسة أصناف لأنهم أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن ، فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره وإن ساواه في الحاجة .

(فرع) سبق أن قررنا أن الوقف على من لا يملك باطل ، فإذا وقف وقفاً متصلاً غير منقطع في دوامه واستمراره إلا أنه منقطع في ابتدائه بأن وقفه على عبد أو جنين في بطن أمه على أن يؤول بعد ذلك إلى الفقراء فلا صحابنا طريقتان ، الأولى يبطل لبطلان أوله قولاً واحداً . والثاني يصح لصحة استمراره ودوامه فيصير أوله كأن لم يكن ويصرفه الوقف على وجه الصحيح

وقد بحث الرملي في شرحه على المنهاج المسألة فقال : ولو قال وقفت على أولادي أو على زيد ثم نسله أو نحوها مما لا يدوم ولم يزد على ذلك فالظاهر صحة الوقف ، لأن مقصوده القرية والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل لإدائه ، على سبيل الخير ، فإذا انقضض المذكور أو لم تعرفه أرباب الوقف فالظاهر أنه يبقى وقفاً ، لأن وضع الوقف الدوام كالعق ، ولأنه صرفه عنه فلا يعود ، كما لو نذر هدياً إلى مكة فرده فقراؤها .

(والثاني) يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف أو إلى ورثته إن كان مات ، لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرفه لم يذكروه الواقف بعيد

فتمين ارتفاعه ، والاظهر ما أفتى به الزين العراقي أن المراد بما في كتب الاوقاف
ثم الاقرب الى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة
فلا ترجيح بهما في مستويين في القرب من حيث الرحم والدرجة . ومن ثم قال
لا يرجح عم على خاله بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقير ، ولا يفضل الذكر على
غيره فيما يظهر ولكن بالقرب الى الواقف ، لأن الصدقة على الأقارب أصل
القربات ، فإذا تعذر الرد للواقف تمين أقربهم اليه ، لأن الأقارب بما حث
الشرع عليهم في جنس الوقف لخبر أبي طلحة : أرى أن تجعلها في الأقربين .
وبه فارق عدم تعيينهم في نحو الزكاة ، على أن هذه مصرفا عينه الشارع بخلاف
الوقف ، ولو فقدت آثاره أو كانوا كلهم أغنياء صرف الربيع لصالح المسلمين ،
كما نص عليه البويطى في الاولى ، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم
الرازي وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، أو قال : ليصرف من غلته لفلان كذا ،
وسكت عن باقيها فكذلك . وصرح في الانوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد
الوقف بخلاف الزكاة .

أما الإمام اذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه ، كما أفاده
الزرکشی ، وهو ظاهر .

ولو كان الوقف منقطع الاول كوقفته على من سيولد لي ، أو على مسجد
سيبنى ثم على الفقراء مثلا فالذهب بطلانه لتعذر الصرف اليه حالا ومن بعده رعه
والطريق الثاني فيه قولان : أحدهما الصحة ، ومحمد المصنف في تصحيح التنبيه
ولو لم يذكر بعد الاول مصرفا بطل قطعا ، لأنه منقطع الاول والآخر . ولو
قال وقفت على أولادى ومن سيولد لي على ما أفصله ، ففصله على الموجودين
وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح ، ولا يؤثر فيه قوله :
وقفت على أولادى ومن سيولد لي ، لان التفصيل بعده بيان له ، أو كان الوقف
مقطوع الوسط كوقفته على أولادى ثم على رجل ، وأبهم لانه لا يضر تردد في
صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعيينه ، اذ لا يتحقق
الانقطاع الا مع الإبهام من كل وجه . ثم قال : ثم على الفقراء ، فالذهب صحته
لوجود المصرف حالا وما لا .

ولو اقتصر على قوله : وقفت كذا ولم يذكر مصرفاً ، أو ذكر مصرفاً متعذراً
كوقفت كذا على جماعة فالأظهر بطلانه .

ولو وقف على شخصين ثم الفقراء . مثل فوات أحدهما فالأصح المنصوص أن
نصيبه يصرف إلى الآخر ، لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم
يوجدوا إذا امتنع الصرف إليهم فالصرف لمن ذكره الواقف أولى . والثاني :
يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا ، وعمل الخلاف ما لم يفصل ، وإلا
بأن قال : وقفت على كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكي فلا يكون
نصيب الميت منهما الآخر انتقاله للأقرب إلى الواقف .

ولو وقفت عليهما وسكت عن مصرف له بعدهما فهل نصيبه للآخر أو لأقرباء
الواقف ؟ وجهان أو جهتان كما أفاده الرمي الأول وصححه الأذرعى . ولو ردَّ
أحدهما أو بان ميتاً فالقياس على الأصح صرفه للآخر . ولو وقف على زيد ثم
عمرو ثم بكر ثم للفقراء ، فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد ، قال الماوردي والرويانى
لا شيء لبكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء ، لأنه رتبته بعد عمرو ، وعمرو
بموته أولاً لم يستحق شيئاً فلم يجوز أن يتملك بكر عنه شيئاً .

وقال القاضي أبو الطيب : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء
مشروط بانقراضه ، كما لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء ، فمات ولد
الولد ثم الولد يرجع للفقراء .

ويوافقه فتوى البغوى فى مسألة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف
فى وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشرك ولده من
بعده عند استحقاقه . قال الزركشى . وهذا هو الأقرب .

ولو وقف على أولاده فإذا انقضى أولادهم فعلى الفقراء ، فالأوجه كما صححه
الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط ، لأن أولاد الأولاد لم يشترط لهم شيئاً وإنما
شترط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

واختار ابن أبى عمرو دخولهم ، وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم ونها
ذكرنا كله مذهب أحمد وأصحابه فى الأوجه والأقوال وطرق الترجيح
(فرج) إذا أطلق ولم يعين مصرف الوقف فالصحيح أنه يصح ، لأنه إزالة

ملك على وجه التقرب الى الله تعالى ، وما أطلق من كلام الأدميين محمول على المعهود في الشرع ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء فيصرف الى أقرب الناس اليه ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } ولا يصح الوقف الا بالقول ، فإن بنى مسجداً وصلى فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفاً ، لانه إزالة ملك على وجه القرينة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالمعتق ، والألفاظ ستة : وقفت . وحسبت . وسببت . وتصدقت وأهدت . وحرمت .

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه ، لان الوقف موضوع له ومعروف به ، والتحبس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع ، فإن النبي (صر) قال لعمر رضى الله عنه : حبس الاصل وسبب الثمرة ، وأما التصديق فهو كناية فيه لانه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرده ، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول : تصدقت به صدقة موقوفة أو عبوسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة ؛ أو حكم الوقف بأن يقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث صار وقفاً ، لانه مع هذه القرائن لا يمتثل غير الوقف ،

وأما قوله : حرمت وأهدت ففيه وجهان (أحدهما) أنه كناية فلا يصح به الوقف الا بإحدى القرائن التي ذكرنا ، لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح الوقف بمجرده كالتصدق (والثاني) أنه صريح لان التأيد والتجريم في غير الإبضاع لا يكون الا بالوقف لحمل عليه

{ فصل } وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها لا تباع ولا توهب ولا تورث . ويؤول ملكه عن العين .

ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يزول ملكه عن العين ، لان

الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة ، وذلك لا بوجوب زوال المملك . والصحيح هو الاول ، لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فأزال المملك كالعق . واختلف أصحابنا فيمن ينتقل المملك اليه ، فمنهم من قال : ينتقل الى الله تعالى قولاً واحداً ، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القرية فأزال المملك الى الله تعالى كالعق

ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه ينتقل الى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا (والثاني) أنه ينتقل الى الموقوف عليه لأن ما أزال المملك عن العين لم يزل المالية تنقل الى الأدمى كالصدقة

(فصل) ويملك الموقوف عليه غلة الوقف ، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها ، لأنه يملكها ملكاً تاماً فوجب زكاتها عليه ، فإن كان حيواناً ملك صوفه ولبنه ، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة ، وهل يملك ما تلده ؟ فيه وجهان (أحدهما) يملكه لأنه نماء الوقف فأشبهه الثمرة وكسب العبد (والثاني) أنه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد كحرمة الاستيلاء في أم الولد ، وإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها ، لأن في أحد القولين لا يملكها ، وفي الثاني يملكها ملكاً ضعيفاً فلم يملك به الوطء ، فإن وطئها لم يلزمه الحد لأنه في أحد القولين يملكها ، وفي الثاني له شبهة ملك . وفي تزويجها وجهان

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف

(والثاني) يجوز لأنه عقد على منفعتها فأشبهه الإجارة . فإن قلنا إنها للوقوف عليه كان تزويجها اليه ، وإن قلنا إنها تنتقل الى الله تعالى كان تزويجها الى الحاكم كالجرة التي لا ولي لها ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه ، لأن له حقاً في منافعتها فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه ، فإن أمت ولد مملوك كان الحاكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة

(فصل) وإن أتلفه الواقف أو أجنبي فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقتين فمنهم من قال يبني على القولين ، فإن قلنا أنه للوقوف عليه وجبت القيمة له لأنه

بدل ملكه ، وان قلنا : انه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفاً مكانه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : يشترى بها مثله ليكون وقفاً مكانه قولاً واحداً لأننا وان قلنا انه ينتقل الى الموقوف عليه الا أنه لا يملك الانتفاع برقبته ، وانما يملك الانتفاع بمنفعته ، ولأن في ذلك ابطال حق البطن الثاني من الوقف ، وان أتلفه الموقوف عليه — فإن قلنا انه اذا أتلفه غيره كانت القيمة له — لم تجب عليه ، لأنها تجب له ، وان قلنا يشترى بها ما يكون وقفاً مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه .

وان كان الوقف جارياً فوطئها رجل بشبهة فأنت منه بولد ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف اذا أتلف ، وان كان الوقف عبداً لغير جنابة توجب المال لم يتعلق برقبته ، لأنها ليست بمحل للبيع ، فان قلنا انه للموقوف عليه وجب الضمان عليه . وان قلنا : انه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه . (أحدها) يلزم الواقف ، وهو قول أبي اسحاق وهو الصحيح ، لأنه منع من بيعه ولم يبيع به حالة يتعلق الارش بذمته فإلزامه أن يفديه كأم الولد (والثاني) أنه يجب في بيت المال لأنه لا يمكن ايجابه على الواقف لأنه لا يملكه ولا على الموقوف عليه لأنه لا يملكه ، فلم يبق الا بيت المال ، والثالث أنه يجب في كسبه لأنه كان محل الرقبة ولا يمكن تعلقه عليه افتتاق بكسبه لأنه مستفاد من الرقبة ، ويجب أقل الامرين من قيمته أو أرش الجنابة لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد .

(الشرح) خبر عمر معروف ومضى الكلام عليه وافيا ان شاء الله ، أما مقاصد الفصل ، فإن الوقف لا يتعقد الا بالقول لأنه طريقنا الى العلم بمراده كالتق ، وألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة وثلاثة كناية ، فالصريحة وقف وحبست وسبلت ؛ متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد ، لأن هذه الالفاظ ثبت لها حكم الاستعمال عرفاً بين الناس وشرعاً بالاخبار الصحيحة بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمره ان شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها ، أو حبس الاصل وسبل الثمرة ، على أي من الروايتين فصارت هذه الالفاظ في الرقبة كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية فهي : تصدقت وحرمت وأبدت فلبست صريحة ، لأن لفظة الصدقة والتحریم مشتركة ، فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات ، والتحریم يستعمل في الظهار والایمان ، ويكون تحریماً على نفسه وعلى غيره ، والتأیید یحتمل تأیید التحريم وتأیید الوقف ، ولم یثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، فلا یحصل الوقف بمجردھا ككنايات الطلاق فیہ . فإن انضم الیها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها .

(أحدها) أن ینضم الیها لفظة أخرى تخصها من الألفاظ الخمسة فیقول : صدقة محبوسة أو موقوفة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة ، أو یقول هذه محرمة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة .

(الثاني) أن یصفها بصفات الوقف فیقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ، لأن هذه القرینة تزیل الاشتراك .

(الثالث) أن ینوی الوقف فیكون على ما نوى ، إلا أن النية تجمله وفقاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر ، فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره . وإن قال : ما أردت الوقف قال قول قوله لأنه أعلم بما نوى ، قال في النهاية : ولا یصح الوقف من ناطق لا یحسن الكتابة إلا بلفظ . أما الآخرس فیصح بإشارته . وأما الكاتب فبكتابه مع النية . فلو أنه بنى مسجداً وأذن فیہ وصلى فیہ ، أو مقبرة وأذن فی الدفن فیها ، فذهب الشافعی لا یكون ذلك وفقاً إلا إذا اقترن باللفظ صریحاً أو كناية مقترنة بما یزیل لبسها . وقال أحمد فی رواية أبی داود وأبى طالب فبمن دخل بیتا فی المسجد وأذن فیہ : لم یرجع فیہ ، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس فیها فایس له الرجوع . وهذا قول أبی حنیفة رضی الله عنه .

وذكر ابن قدامة رواية أخرى عن أحمد أنه لا یبصر وفقاً إلا بالقول ، وقد اجتهد ابن قدامة في الجمع بين الروایتین وجعلهما قولاً واحداً وهو الأخذ باللفظ ، فإذا ثبت هذا فإنه متى صح وقفه فقد زالت يده عنه زوال مالك وانقطع بذلك تصرفه . فإذا بزوال ملكه عن العين وهو الصحيح من المذهب وبه قال

أحمد وأصحابه ، فهل ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم؟ فن أصحابنا من قال : ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم ، وهو ظاهر مذهب أحمد حيث يقول : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه . وروى عن أحمد أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة ، وإنما ينتفعون بملكها ، وهذا يدل بظاهرة على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لا يملكون ، أي لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف

وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك في الوقف اللازم ، بل يكون حقا لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتملك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالمعتق . وبهذا قال بعض أصحابنا ، وهو الصحيح من المذهب عندنا . والقول الآخر أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف وجه إلى من يصح تملكه على وجه لا يخرج المال عن ماله فوجب أن ينقل الملك إليه كالمسئوم والبيع ولا أنه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالمعاريه والسكنى ولم يزل الواقف عنه كالمعاريه . ويفارق المعتق فإنه أخرجه عن ماله ، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد ، على أن الاظهر أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه .

على أن الذي لا نزاع فيه أن الموقوف عليه يملك غلة الوقف ومنفعة لأن ذلك مقصوده ، والمنتفع يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة إن كان ناظراً . والامتناع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه وذلك كسائر الاملاك ، ومحل أن لم بشرط ما يخالف ذلك . ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أجرت للضرورة بما تممر به ، إذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة ، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف .

ورجح السبكي أنه إن وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه عرسها إلا إذا نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات ، ومثل العرس البناء ،

ولا يبني ما كان مفروسا وعكسه . وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذي كان عليه حال الوقف ، بخلاف ما يبقى الاسم معه ، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله ، وأفتى الولي العراقي في علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواش له في هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضر بمقدار الوقف . وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ربيع الوقف إلا ما يصرف في إعادته على ما كان عليه وما زاد في ماله ، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لا تغير معالم الوقف ، ويملك الأجرة لأنها بدل المنافع المملوكة له ، وقضيته أنه يعطى جميع الأجرة الممثلة ، ولو لمدة لا يحتمل بقاؤه إلى انقضائها ، كما مر في الإجارة ، ويملك فوائد الموقوف كثيرة . ومن ثم لزومه زكاتها ، وهو قول مالك والشافعي وأحمد .

وروى عن طاوس ومكحول أنه لا زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب الزكاة في الخارج منها عليهم كالمساكين . على أن الثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة ، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن . وذكر القاضي في فتاواه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهي ملكه ، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ، أو قد زرعت الأرض فالزرع لدى البذر ، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجرة بقائه في الأرض وأفتى جمع من المتأخرين في نخل وقف مع أرضه ثم حدث منه ودى بأن تلك الودية الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها ، وسبقهم لنحو ذلك السبكي فإنه أفتى في أرض وقف وبها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ ، وفي السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه .

ولو ماتت البهيمة اختص بجلدها لسكونه أولى به من غيره ومحل ما لم يدبغ ولو بنفسه وإلا عاد وقفا ، وله مهر الجارية الموقوفة عليه بكرأ أو ثيبا إذا وطئت من غير الموقوف عليه بشبهة منها ، كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعالها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت أو نكاح — إن صححتاه — لأنه عقد على منفعة فلم يمتعه الوقف كالإجارة . وكذا إن لم نصححه لأنه وطء شبهة هنا أيضا .

والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه ، وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كأرش طرفها ، ولا يحل للواقف ولا الموقوف عليه وطؤها ويحد الأول به كما حكى عن الأصحاب . قال الرملي : وكذا الثاني كما رجحناه هنا — وهو المعتمد — أما المطاوعة إذا زنى بها وهي عيزة فلا مهر لها .

قال النووي في المنهاج : والمذهب أنه لا يملك قيمة العبد إذا أتلف . ومعنى هذا أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف من واقف أو أجنبي أو موقوف عليه تعدى باستعماله في غير ما وقف له أو أتلف تحت يد ضامنة له . أما إذا لم يتعد بالتلف الموقوف عليه فلا يكون ضامنا ، كما لو وقع منه صنوبر على حوض سبيل فانتكسر من غير تقصير ، وفي حال التعدى يشتري الحاكم أو الناظر في الوقف بقيمة التالف بدله . ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشترية فيتعين أحد ألقاظ الوقف المارة .

قال الرملي : وقول القاضى أقتنه مقامه محل نظر ، وفارق هذا صيرورة القيمة رهنا في ذمة الجاني بأنه يصبح رهنا دون وقفها ، وعدم اشتراط جعل بدل الاضحية اضحية إذا اشترى بعين القيمة أو في الذمة ، ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشتري نائب عنهم ، فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية . وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشتري بها حتى ينتقل الى الله تعالى ، ولا يجوز شراء أثى مكان ذكر إذا كان الموقوف ذكراً ، كما لا يجوز أن يشتري صغيراً مكان كبير إذا كان الموقوف كبيراً وعكسه ، لان الفرض يختلف بذلك وما فضل من القيمة يشتري به شقص بخلاف نظيره الذى سياتى فى الوصية ان شاء الله تعالى لتعذر الرقبة المصرح بها فيها .

فان لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، كما مر نظيره ، بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبه الجنايه اليه . ولو أوجبت قوداً استوفاه الحاكم ، فان تعذر شراء بدل الموقوف بها فبعض بدله يشتري بها لكونه أقرب الى مقصوده كتنظيره من الاضحيه على الراجح
 ووجه الخلاف أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الاضحيه ،

ولو جنى الموقوف جنايته - أوجبت قصاصا أقتص منه وقت الوقف ، أو قصاصا أو مالا وعنى على المال فداء الواقف بأقل الامرين . وله إن تكررت الجنايه - حكم أم الولد في عدم تكرر الفداء وسائر أحكامها ، فان مات الواقف ثم جنى الموقوف فن بيت المال كالحرم المعسر ، كما أفنى بذلك الشهاب الرملي . ولو مات الجاني بعد الجنايه لم يسقط الفداء . هكذا أفاده الشمس الرملي

ولو جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو زمنت الدابة - لم ينقطع الوقف على المذهب ، وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام ، بل ينتفع بها جذعا باجارة وغيرها ، ويحتمل أن تباع لتعذر الانتفاع بها على وفق شرط الواقف والثمن الذي يبعث به على هذا الوجه ، كقيمة العيد ، فيأتي فيه ما مر ، فلو لم يكن الانتفاع بها الا باستهلاكها باحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه ابن الرفعه - والقمولي وجرى عليه ابن المقرئ في روضه لكنها لا تباع ولا توهب بل ينتفع بهينها كأم الولد ولحم الاضحية

فاذا ثبت هذا فانها لا نصير ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق . ومعنى عدم بطلان الوقف الذي قررناه أنه مادام باقيا لا يفعل به ما يفعل بسائر الاملاك من بيع ونحوه

قال النووي : والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بايت وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح الا للإحراق اه . وذلك لثلاث تضييع وإدراك اليسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها . واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومه - ويصرف ثمنها لمصالح المسجد ان لم يمكن شراء حصر أو جذع . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتصرف الغلة على شرط الواقف من الاثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير والجمع والترتيب ، وادخال من شاء بصفه - وأخراجه بصفه - ، لأن الصحابه - رضی الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم ، فكتب عمر بن الخطاب رضی الله عنه صدقه - للسائل والمحروم ، والضيف ولذي القربى وابن السبيل ،

وفي سبيل الله ، وكتب على كرم الله وجهه بصدقته ، ابتغاء مرضاة الله ليولجني الجنة ، ويصرف النار عن وجهي ويصرفني عن النار ، في سبيل الله وذو الرحم والقريب والبعيد ، لا يبيع ولا يورث ، وكتبت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم : لنفساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقراء بني هاشم وبني المطلب ،

(فصل) فإن قال وقفت على أولادي دخل فيه الذكر والأنثى والخنى ، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه ، فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغله بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ؛ وإن وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه .

وقال أبو إسحاق يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب في حق الزوج ، ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا تنقضى به العدة ، والمذهب الأول لأن الوقف على ولده وباللعان قد بان أنه ليس بولده ، فلم يدخل فيه ، وإن وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده ، فإن قال على نسلي أو عقبي أو ذريتي دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، قربوا أو بعدوا ؛ لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ، ولهذا قال الله تعالى (ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزي المحسنين ، وذكر يا ويحيى وعيسى) فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد ، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالأم ، فإن وقف على عترته فقد قال ابن الأعرابي وتعلم هم ذريته . وقال القتيبي : هم عشيرته .

وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون إليه . ولهذا قال الشاعر :

بنونا بنو أبائنا ، وبنائنا بنوهم أبناء الرجال الأجانب

وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنى المشكل ، لأننا لا نعلم أنه من البنين فإن وقف على البنات لم يدخل فيه ، لأننا لا نعلم أنه من البنات ، فإن وقف على

البنين والبنات ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل فيه ، لأنه ليس من البنين ولا من البنات (والثاني) أنه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون إبنًا أو بنتًا . وإن أشكل علينا - فإن وقف- على بنى زيد - لم يدخل فيه بناته ، فإن وقف على بنى تميم وقلنا إن الوقف صحيح ففيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه البنات لأن البنين اسم للذكور حقيقة (والثاني) يدخلن فيه ، لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء .

(فصل) وإن قال وقفت على أولادى فإن انقرض أولادى وأولاد أولادى فعلى الفقهاء لم يدخل فيه ولد الولد ويكون هذا وقفًا منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء . ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقرض ولد الصلب لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب ؛ والصحيح هو الأول ، لأنه لم بشرط شيئًا ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

(الشرح) قوله الاثمة وهي أن يخص قوما دون قوم ، مثل أن يقف على أولاده فيخصص الذكور دون الإناث أو العكس . وأما التقديم والتأخير فيتحقق بأمرين بالمفاضلة ، مثل أن يقول وقفت على أولادى للذكر مثل حظ الإناثين أو على أن للأبني الثلثين والذكر الثلث مثلًا . والثاني أن يقول على أن البطان الأعلى يقدم على البطان الثاني .

وأما التسوية فإن يسوى بين الغنى والفقير أو بين الذكور والإناث والإطلاق ، يقتضى ذلك . وأما المخرج من شاء بصفة فمثل أن يقول وقفت على أولادى على أن من اشتغلت عنه فلا حق لها ، أو من استغنى من أولادى فلا حق له فيه ، ويمكن أن يقول : إذا رجعت عن التمثيل أو افتقر فيرد إليه .

وأما كتاب عمر رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود ، ولفظه حدثنا سليمان المهرى قال : أخبرنا ابن وهب قال : أخبرني الليث عن يحيى بن سعيد عن صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : نسختها لى عبد الحميد بن عبد الله بن عبد الله ابن عمر بن الخطاب :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما كذب عبد الله عمر في ثمنج فقصر من خبره
نحو حديث نافع قال : غير متأمل مالا ، فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم
قال وسأق القصة قال : وإن شاء ولي ثمنج اشترى من ثمره رقيقاً لعمله
وكذب معيقب ، وشهد عبد الله بن الأرقم . بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أوصى
به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ، أن ثمنجاً وصرمة بن الأكرع
والعبد الذي فيه : والمائة سهم التي بخيبر ، ورقيقه الذي فيه ، والمائة التي أطعمه
محمد صلى الله عليه وسلم بالوادي ، تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأى من
أهلها أن لا يباع ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذى القربى
ولا حرج على من وليه إن أكل أو أكل أو اشترى رقيقاً منه ،
وبعد ، فإن هذا الفصل يشتمل على أحكام نيجتها مستعينين بالله مستمدين منه
التوفيق والسداد فنقول :

إذا وقع على ولده لا يدخل فيه ولد الولد بحال ؛ سواء في ذلك ولد البنين
وولد البنات ؛ لأن الوالد حقيقة وعرفاً وإنما هو ولده لصلبه ، وإنما يسمى والد
الولد ولداً مجازاً ، ولهذا يصح نفيه . فيقال ما هذا ولدى وإنما هو ولد ولدى .
وإن قال على ولدى لصلبي فهو آكد . وإن قال على ولدى وولد ولدى ثم على
المساكين ، دخل فيه البطن الأول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث . وإن قال
على ولدى وولد ولدى وولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم ،
وموضع الخلاف الإطلاق .

فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف
كان يقول : على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى
أولاد الأولاد باتفاق .

وكذلك إن قال : على أولادى أو ولدى وليس له ولد من صلبه ، أو قال
وبفضل والد الأكبر أو الأعم على غيرهم . أو قال : فإذا خلت الأرض من عقبي
عاد إلى المساكين . وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالوقف
مثل أن يقول : على ولدى لصلبي أو الذين يلونى ونحو هذا فإنه يختص بالبطن
الأول دون غيرهم .

وقال احمد في رواية المروزي ، قلت لابي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة - وامل؟ فقال كل ما كان من اولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من اولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر .

وقال أيضا فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي ابن اسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد علي بن اسماعيل : دفع إلى ولد ولده أيضا لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل ، ووجه ذلك قوله تعالى : بوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فدحل فيه ولد البنين وان سفلوا ، ولما قال : ولا يورثه لئلا يكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، فتناول ولد البنين ، وخالف القاضي وأصحابه من الحنابلة ووافقوا مذهب الشافعي رضي الله عنه فيها .

(فرع) اذا قال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الاعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو قال على اولادي ثم على اولاد اولادي ، أو قال على اولادي فان انقرضوا فعلى اولاد اولادي ، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ، ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن كله ، ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له ، لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه

فان قال على اولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده ، كان ذلك دليلاً على الترتيب ، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان واغیره سهم ، وهذا يناقض التسوية ، ولأنه يفضى إلى تفضيل ولد الابن على الابن ، وهذا يخالف إرادة الواقف

فان قال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على اولادهم ، أو على اولادي ثم على اولاد اولادي وأولادهم ما تناسلوا : أو قال على اولادي وأولاد اولادي ثم على اولاد اولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال ، يشترك فيه من شرك بينهم بواو العطف المقتضية للاشتراك بين ما بعدها في الحكم مع ما قبلها

ففي الصورة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد ، فإذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم . ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله .

ويروى عن جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما توأدوا ثم ولد مولود ، فإن كانت النخلة قد أبرت فليس له فيه شيء ، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم . وهذا الحكم راجع إلى اتباع الأصل في البيع ، وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل ، وبعد التأخير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل فكانت للموجود قبل التأخير لأن الأصل كان له فاستحق ثمرته ، كما لو باع هذا النصب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشترى . وهذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق بما ظهر بعد ولادته .

(فرع) إذا وقف على قوم وأولادهم وذريتهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نعله . فأما ولد البنات فذهب الشافعي رضي الله عنه أنهم يدخلون وقال الخزقي من أصحاب أحمد : لا يدخلون . وقال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء .

قال ابن قدامة : وهذا النص يحتمل أن يمدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده .

ومن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن . وهكذا إذا قال : على ذريتهم أو نسلم أو عقبهم ، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد من الحنابلة : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب ابن يوسف ، لأن البنات أولاده ، فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا في الوقت لتناول اللفظ لهم .

وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ، ومن ذريته داود وسليمان — الى قوله تعالى — وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال

(أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسماعيل) وعيسى فيهم . وقال النبي (ص) على المنبر : إن ابني هذا سيد يصلح الله على يديه بين فئتين عظيمتين من المسلمين ، يعنى الحسن بن علي رواه أحمد والبخارى والترمذى عن أبي بكره رضى الله عنه .

وعن أنس قال : بلغ صفيية أن حفصة قالت . بنت يهودى فبكت فدخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم وهى تبكى وقالت : قالت لى حفصة : أنت ابنة يهودى . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إنك لابنة نبي ، وإن عمك لنبى ، وإنك لنتحت نبي فبم تفتخر عليك ؟ ثم قال : اتقى الله يا حفصة ، رواه أحمد والترمذى وصححه والنسائى . وفى حديث عن أسامة بن زيد أن النبي (ص) قال لعلى : وأما أنت يا على غثنى وأبو ولدى ، رواه أحمد

وعن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال — وحسن وحسين على وركيه هـ هذان إبنائى وإبنا ابنتى ، اللهم إنى أحبهما فأحبهما وأحب من يحبهما ، رواه الترمذى وقال : حديث حسن غريب . وأخرج نحوه الترمذى من حديث البراء بن عازب بدون قوله : هذان إبنائى ولفظه : ابصر حسناً وحسيناً فقال : اللهم إنى أحبهما فأحبهما ، وللشيوخ من حديث البراء أيضا بنحوه

ولما قال الله تعالى : وحلائل ابناؤكم الذين من أصلابكم ، دخل التحريم حلائل أبناء البنات ، ولما حرم الله تعالى البنات دخل فى التحريم بناتهن ، فإن وقف على عترة فقد قال فى المصباح : العترة نسل الإنسان ، قال الأزهري : وروى ثعلب عن ابن الأعرابي أن العترة ولد الرجل وذريته وعقبه من صلبه . ولا تعرف العرب من العترة غير ذلك ، ويقال : رهطه الأذنون ، ويقال : أقرباؤه . ومنه قول أبي بكر رضى الله عنه : نحن عترة رسول الله (ص) التى خرج منها ، ويضته التى تفقات عنه . وعليه قول ابن السكيت : العترة والرهط بمعنى . ورهط الرجل قومه وقبيلته الأقربون .

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون اليه . قال الشاعر :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباةد

وقد أورد المصنف البيت بإبدال القافية والمحفوظ هو ما أثبتناه
 (فرع) لا يدخل الولد المنفي بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من
 الربع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه في مدة النفي وينتفي الولد
 بقوله : أشهد بالله لقد زنت وما هذا ولدى ، فينتفي بلعان الزوج وحده خلافاً
 للحنابلة ، فإنهم لا يعتبرون نفي الزوج وحده ، وإنما يعتبرون النفي بالامان التام ،
 وهو أن يوجد الامان بينهما جميعاً فلا ينتفي بلعان الزوج وحده . والله تعالى أعلم
 قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فإن كان
 للواقف أب يعرف به وينسب اليه دخل في وقفه كل من ينسب الى ذلك الأب
 ولا يدخل فيه من ينسب الى أخى الأب أو أبيه ؛ فإن وقف الشافعي رحمه الله
 لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب لأنهم يعرفون بقرابته ،
 ولا يدخل فيه من ينسب الى علي وعباس بن السائب ولا من ينسب الى السائب
 لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعده من أقاربه ، ويستوى
 فيه الذكر والانثى لتساوي الجميع في القرابة ، فان حدث قريب بعد الوقف دخل
 فيه . وذكر البويطي أنه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطي لأنه لا خلاف
 أنه اذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده .

(فصل) وان وقف على أقرب الناس اليه ولم يكن له أبوان صرف الى
 الولد ذكر أو أنثى لأنه أقرب من غيره ، لأنه جزء منه ، فان لم يكن له ولد
 قاتل ولد الولد من البنين والبنات ، فان لم يكن ولد ولا ولد وله أحد الابوين
 صرف اليه لانهما أقرب من غيرهما ، فان اجتمعا استويا ، فان لم يكونا صرف
 الى أبيهما الاقرب فالأقرب ، فان كان له أب وابن ففيه وجهان
 (أحدهما) أنهما سواء لانهما في درجة واحدة في القرب

(والثاني) يقدم الابن لأنه أقوى تعصيباً من الاب ، فان قلنا انهما سواء قدم
 الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه ؛ وان قلنا يقدم الابن قدم ابن الابن على
 الأب لأنه أقوى تعصيباً منه ، فان لم يكن أبوان ولا ولد وله اخوة صرف اليهم

لانهم أقرب من غيرهم ، فإن اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا ، وإن كان أحدهما من الأب والأم والآخر من أحدهما قدم الذى من الأب والأم لانه أقرب ، فان لم يكن إخوة صرف إلى بنى الإخوة على ترتيب آباءهم . فإن كان له جد وأخ فقيه قولان

(أحدهما) أنهما سواء لتساويهما فى القرب ، ولهذا سويتا بينهما فى الارث .
(والثانى) يقدم الاخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد ، فإذا قلنا إنها سواء قدم الجد على ابن الاخ ، وان قلنا يقدم الاخ فإن الاخ وإن سفل أولى من الجد ، فان لم يكن إخوة وله أعمام صرف اليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الإخوة وأولادهم ، فان كان له عم وأبو جد فعلى القولين فى الجد والاخ ، وان كان له عم وخال أو عمّة وخالة أو ولدهما فهما سواء ، فان كان له جدتان إحداهما تدلى بقرابتين والاخرى بقراية ، فالتى تدلى بقرابتين أولى لانها أقرب ، ومن أصحابنا من قال :
ان قلنا ان السدس بينهما فى الميراث استويا فى الوقف

(فصل) وان وقف على جماعة من أقرب الناس اليه صرف الى ثلاثة من أقرب الاقارب ، فان وجد بعض الثلاثة فى درجة والباقي فى درجة أبعد استوفى ما أمكن من العدد من الاقرب وتمم الباقي من الدرجة الأبعد ، لأنه شرط الأقرب والعدد فوجب اعتبارهما .

(فصل) وان وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل فقيه ثلاثة أوجه (أحدها) يصرف اليهما لان الامم يتناولهما (والثانى) يصرف الى المولى من أعلى ، لأن له مزية بالعتق والتعصيب (والثالث) ان الوقف باطل لانه ليس حملة على أحدهما بأولى من حملة على الآخر ، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى فى أحدهما بمعنى وفى الآخر بمعنى آخر ، فلا تصح ارادتهما بافظ واحد فيبطل .

(الشرح) الاحكام : الوقف على الاقارب من القرب الى الله تعالى ، يتألف من صلة الرحم والاحسان والبر ، فقد أخرج البخارى ومسلم وأحمد عن أنس أن

أبا طلحة قال : يا رسول الله ان الله يقول : لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ،
وان أموالى بيرحاء وانها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضمها يا رسول
الله حيث أراك الله . فقال : بئح ، ذلك مال راجح مرتين وقد سمعت : أرى أن
تجعلها فى الأقربين ، فقال أبو طلحة : أفعل يا رسول الله : فقسمها أبو طلحة فى
أقاربه وبنى عمه ،

وفى رواية عند أحمد ومسلم لما نزلت هذه الآية : لن تنالوا البر حتى تنفقوا
مما تحبون . قال أبو طلحة : يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك
أنى جعلت أرضى بيرحاء لله ، فقال اجعلها فى قرابتك . قال لعلها فى حسان بن
ثابت وأبى بن كعب ،

وللبخارى معناه وقال فيه : اجعلها لفقراء قرابتك ،

قال محمد بن عبد الله الانصارى : أبو طلحة زيد بن سهل بن الاسود بن
حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدى بن عمرو بن مالك بن النجار . وحسان بن
ثابت بن المنذر بن حرام يجتمعان الى حرام ، وهو الاب الثالث . وأبى بن كعب
ابن قيس بن عتيك بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار ، فعمره
يجمع حسانا وأبا طلحة وأبياً ، وبين أبى وأبا طلحة ستة آباء .

وأخرج الشيخان عن أبى هريرة واللفظ لمسلم لما نزلت هذه الآية : وأندر
عشيرةك الأقربين ، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فاجتمعوا فعم
وخص فقال : يا بنى كعب بن لؤى أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى مرة بن كعب
أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد شمس أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد
مناف أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى هاشم أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى
عبد المطلب أنقذوا أنفسكم من النار ، يا قاطمة أنقذى نفسك من النار فاقى
لا أملك لكم من الله شيئاً غير أن لكم رحماً سابغاً ببلاها ،

وفى هذا دليل على أن كل من ناداهم النبي صلى الله عليه وسلم يطلق عليهم
لفظ الأقربين ، لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ممثلاً لقوله تعالى : وأندر

عشيرتك الأقربين ، وهو دليل على صحة ما ذهب إليه الشافعي رضي الله عنه من دخول النساء لذكره قاطمة ، ودخول الكفار

وقد اختلف العلماء في الأقارب ، فقال أبو حنيفة : القرابة كل ذي رحم محرم من قبل الأب أو الأم ، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم . وقال أبو يوسف ومحمد . من جمعهم أب منذ الهجرة من قبل أب وأم من تفصيل زاد زفر ويقدم من قرب . وهو رواية عن أبي حنيفة ، وأقل من يدفع له ثلاثة ، وعند محمد اثنتان وعند أبي يوسف واحد ، ولا يصرف للأغنياء عندهم إلا إن شرط ذلك .

وقال أصحابنا : القريب من اجتمع سواء قرب أم بعد ، مسلماً كان أو كافراً ، غنياً أو فقيراً ، ذكراً أو أنثى ، وارثاً أو غير وارث محرماً أو غير محرم . واختلفوا في الأصول والفروع على وجهين . وقالوا : إن وجد جمع محصورون أكثر من ثلاثة استوعبوا . وقيل يقتصر على ثلاثة وإن كانوا غير محصورين . فنقل عن الطحاوي الاتفاق على البطلان .

قال الحافظ ابن حجر : وفيه نظر ، لأن الشافعية عند دم وجه بالجواز ، ويصرف منهم ثلاثة ولا يجب التسوية . وقال أحمد في القرابة كالشافعي إلا أنه أخرج الكافر ، وفي رواية عنه : القرابة كل من جمعه ، والموصى الأب الرابع إلى ما هو أسفل منه . وقال مالك : يختص بالعصبة سواء كان برته أو لا ، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ، ثم يعطى الأغنياء .

وقد تمسك برواية جعالم في حسان بن ثابت وأبي كعب ، من قال : أقل من يعطى من الأقارب إذا لم يكونوا متحصرين اثنتان ، وفيه نظر لأنه وقع في رواية للبخاري جعالم أبو طلحة في ذوى رحمه ، وكان منهم حسان وأبي بن كعب ، فدل ذلك على أنه أعطى غيرهما معها .

وفي مرسل أبي بكر بن حزم : فرده على أقاربه أبي بن كعب وحسان بن ثابت وأخيه وابن أخيه شداد بن أوس ونبيط بن جابر ، فتقاوموه فباع حسان حصته من معاوية بمائة ألف درهم .

إذا ثبت هذا فإنه إذا وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته منتسباً إلى أبيه ، ولا يدخل فيه من ينسب إلى عمه ، فإذا وقف الإمام الشافعي رضي الله عنه

لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب لأنه أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد الله بن يزيد بن هاشم ابن المطلب بن عبد مناف بن قصي القرشي ، وقد أعقب السائب بن عبد الله شافعا وعليها وعباسا ؛ ومن ثم فإن أبناءهم لا يدخلون في وقف الشافعي لأقاربه فإن أعقبوا بعد الوقف دخل عقبهم مثلهم أيضا ، ولا خلاف أن ما يحدث من أولادهم بعد استحقاقهم يدخل معهم في الاستحقاق خلافا للبويعاتي

فإن وقف لأقاربه وكان له أولاد قدموا على غيرهم ثم على أولادهم . وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف . وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ، ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لآخيه وابني آخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم إن مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه الى آخيه وعمه لأنها أهل الوقف ،

وإن مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لآخويه دون ابني آخيه لأنها ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا ، فإذا مات أبوها فنصيبه لهما ، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابني آخيه بالسوية إن لم يخلف ولدا ، وإن خلف إبنوا واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف لكل واحد الربع

وإن قال : من مات منهم من غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو في درجته ، فإن كان الواقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه . وإن كان مشترا بين البطون كما هو المحتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة . وإن كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من هو في درجته ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه ، سواء كان

من بطن واحد أو من بطون ، وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو
اختلفت لما ذكرنا

(والثاني) أن يكون لأهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا
مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فوات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين
فوات أحد الإبنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحى ، فيكون نصيبه
بين أخيه وإبنى عمه

(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف ، فيكون نصيبه على هذا
لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه ، فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل
الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه
وترك الرابع فوات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من
أهل الاستحقاق فأشبهه ابن عمهم .

وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ،
ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذى صرف الله تعالى إليهم
ماله بعد موته واستغناؤه عنه ، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له
مصرفا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنك إن تركت ورثتك أغنياء خير
من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ،

فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وفقاً إليهم ، وعلى هذا
ذكر أصحاب أحمد أن المقصود بالوقف هو التأييد ، وإتمامه فناه إلى هؤلاء لأنهم
أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الحرقى منهم أن
يصرف إليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون قوله متفقاً
مع قول أبي يوسف .

والرواية الثانية عن أحمد يكون وفقاً على أقرب عصابة الواقف دون بقية
الورثة من أصحاب الفروض ، ودون البعيد من العصابات فيقدم الاقرب فالاقرب
على حسب استحقاقهم لولاء المولى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراثه مواليه
مخصوصاً بهذا أيضاً .

ونازعه في هذا ابن قدامة في مغنيه وقال : لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة والأولى صرفه إلى المساكين وفي نزاعه نظر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وقف على زيد وعمرو ويكر ثم على الفقراء فبات زيد صرف إلى من بقي من أهل الوقف ، فإذا انقروا صرف إلى الفقراء . وقال أبو علي الطبري : يرجع إلى الفقراء ، لأنه لما جعل لهم إذا انقروا وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقروا ، والمنصوص في حرمة هو الأول لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء ، لأنه قيل انقراضهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء ، ولا يمكن رده إلى الواقف لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به .

(فصل) وإن وقف مسجداً غرب المكان وانقطعت الصلاة فيه ، لم يعد إلى الملك ، ولم يجوز له التصرف فيه ، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو أعتق عبداً ثم زمن ، وإن وقف نخلة بجهنم أو بهيمة فزمنت أو جذوا على مسجد فتكسرت ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بيعه لما ذكرناه في المسجد (والثاني) يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ؛ فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلح فيه ، فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف وقد بيناه . وإن وقف شيئاً على ثمر فبطل الثمر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع ، ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان .

(فصل) وإن احتاج الوقف إلى نفقة أنفق عليه من حيث شرط الواقف لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته كالمالك في أمواله ، وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة ، لحمل الوقف عليه ؛ وإن لم يكن له غلة فهو على القواين إن قلنا إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال كالحرم الممسر الذي لا كسب له ، وإن قلنا بالوقوف عليه كانت نفقته عليه (فصل) والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف ، لأن الصحابة

رضى الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر ، لجعل عمر رضى الله عنه إلى حفصة رضى الله عنها ، وإذا توفيت فإنه إلى ذوى الرأى من أهلها ، ولأن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه .

وإن وقف — ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه إلى الواقف — لانه كان النظر إليه ، فإذا لم يشرطه بقي على نظره (والثاني) أنه للدوقوف عليه ، لان الغلة له فكان النظر إليه (والثالث) إلى الحاكم لانه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى ، فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم قاض إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر لان الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

(فصل) إذا اختلف أرباب الوقف في شروط الوقف وسبيله ولا بينة جعل بينهم بالسوية ؛ فإن كان الواقف حياً رجع إلى قوله ، لانه ثبت بقوله فرجع إليه .

(الشرح) بعض هذه الفصول مضى ذكر أحكامها .

أما المسجد فإنه إذا تهدم وتعذرت اعادته فإنه لا يباع بحال لإمكان الانتفاع به حالاً بالصلاة في أرضه ، وبهذا قال مالك رضى الله عنه . وقال الرملى : وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه . نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ. ليعمر به مسجد آخر إن رأى الحاكم ذلك ، وإن توقع عوده حفظ له ، وإلا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف إليه ، وإلا فنقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين .

أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشتري به عقار ويوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها لانه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه .

ولو وقف أرضاً للزراعة فتهدرت وانحصر النفع في الفرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو آجرها كذلك ، وقد أفتى البلقينى في أرض موقوفة لتزرع حناء

فأجرها لتغرس كرماً ، فإن قوله لزرع حناء متضمن لاشتراط أن لا يزرع غيره لأن من المعلوم أنه يغتفر في الضمن مالا يغتفر في المنطوق ، على أن الفرض في مسألة أن لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه ، ومسألة الباقين ليس فيها ضرورة فاحتاج الى التقييد .

وقال أصحاب أحمد : اذا تعطلت منافع الوقف كدار انهدمت أو أرض عادت مواتاً أو مسجد انصرف أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه ، أو تشعب جميعه فلم تمكن عبارته ولا عبارة بعضه الا ببيع بعضه ، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وان لم يمكن الانتفاع بشيء منه ببيع جميعه .

وقال أحمد في روايه أبي داود صاحب السنن : اذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه . وقال في رواية صالح : يحول المسجد خوفاً من اللصوص ، واذا كان موضعه قدراً ، يعني اذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ، ونص في رواية عبد الله على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة في ذلك على الامام . وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع انما تنقل آلتها . وقال محمد بن الحسن : اذا خرب المسجد أو الوقف عاد الى ملك واقفه ، لأن الوقف انما هو تسبيل المنفعة ، فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يباع أصلها ولا يتباع ولا توهب ولا تورث ، ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالميتى ، والمسجد أشبه الاشياء بالمتقى

(فائدة ، لا يصح عندنا وقف لأجل نقش مسجد أو زخرفته ، أما دهانه وملاطه وتجسيصه للجائز ، لقول عمر رضي الله عنه إذا كن الناس من المطر وياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس ، أفاده الشمس الرملى في النهاية

(فرع) اذا كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه ، وأطلق أو قال : كيف شاء ، فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلاً ليقضى له عليها حاجة فلا يتأني ذلك ما قيل في الاعارة والاجارة وما قيدناه به .

ثم إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره أتبع كبقية شروطه ، لما روى أن عمر (رض) ولى أمر صدقته لحفصة معاشرت ، ثم لاولى الراى من أهلها ، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه مالم يشرط له شيء من ريع الوقف ، ودعوى السبكي أنه بالإباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد ، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط إلا أن يشترط نظره حال الوقف ؛ فلا ينعزل بعزل نفسه على الراجح خلافا لمن زعم خلافه .

قال الرملي : نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه ، فلو أراد الودم يحتاج إلى تولية جديدة ، فإذا لم يشرط الواقف النظر لأحد فالنظر للقاضي الموجود يبطل الموقوف عليه كما مر نظيره في مال اليتيم ، إذ نظره عام فهو أولى من غيره ، ولو كان وافقاً أو موقوفاً عليه . وما جزم به الماوردي من ثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة : والخوارزمي في سائر المساجد ، وزاد أن ذريته مثله مردود . هكذا أفاده الرملي

و شرط الناظر العدالة الباطنة مطلقاً كما رجحه الأذرعى خلافاً لكفاء السبكي بالعدالة الظاهرة ، ومن ثم ينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره بخلاف الكذب الذي يمكن أن يكون معذوراً فيه .

وسواء في الناظر أكان هو الواقف أم غيره ؛ ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم ، كما تشترط الكفاية لما تولاه من نظر عام أو خاص وهي الاهتداء إلى التصرف الذي فوض له قياساً على الوصي والقيم ، لأنها ولاية على غيره ، وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم ، هكذا رجح السبكي وقد أفتى النووي بعدم عود النظر بعود الأهلية مالم يكن نظره بشرط الواقف ، لقوته بالشرط ، إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به ، وعارض فقد الأهلية مانع من تصرفه لا سالب لولايته .

ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته في مكان ثبتت في بقية الأماكن من حيث الأمانة لا من حيث الكفاية إلا أن يثبت أهليته في سائر الأوقاف كما قرره ابن الصلاح .

ووظيفة الناظر حفظ الأصول وثمرتها على وجه الاحتياط كولى البيتيم ،

كما يتولى الاجارة والعمارة والاقراض على الوقف عند الحاجة- إن شرطه له الواقف أو أذن له فيه الحاكم كما في الروضة وغيرها ، خلافاً للباقيين ، سواء في ذلك مال نفسه وغيره ، كما أنه منوط به تحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها ، ويلزمه رعايته- زمن عينه الواقف ، ويجوز تقديم تفرقه- المذور على الزمن المدين لشبهه بالزكاة المعجله ، ولو كان له وظيفة فاستجاب فيها فالاجرة عليه لا على الوقف وقال الأذرعى : إن الذى نعتده أن الحاكم لا نظر له معه ولا تصرف ، بل نظره معه نظر إحاطه ورعايه .

فإن فوض الواقف إليه بعض هذه الامور لم يتعد اتباعاً للشرط ، ويستحق الناظر ما شرط من الاجرة ، كما يجوز له رفع الامر إلى الحاكم ليقرر له اجرة قال العراقي فى تحريره : ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة- إما قدر النفقه- كما رجحه الرافعى أو الاقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووى : وقد رجح بعض المتأخرين من أصحابنا أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له اجرة المثل ، وإن كان أكثر من النفقه ، وإنما عبرت النفقه هنا لوجوبها على فرعه سواء أكان ولياً على ماله أم لا ، بخلاف الناظر ولو جعل النظر لعديلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب الحاكم آخر ، وإن جعله للأرشد من أولاده فالأرشد ، فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتهر كوا فى النظر بلا استقلال ان وجدت الأهليه- فيهم ، لأن الأرشديه قد سقطت بتعارض البيئات فيها ويبقى أصل الرشد ، ولو تغير حال الأرشدين الاستحقاق فصار مفضولاً انتقل النظر الى من هو أرشد منه ، ويدخل فى الارشد من اولاد أولاده الارشد من اولاد البنات ، وللواقف عزل من ولاه نائباً عنه ان شرط النظر لنفسه ونصب غيره كالتوكيل .

وأفتى النووى بأنه لو شرط النظر لانسان ، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لا آخر ، لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر اليه بعد موته . قال الرملى : وبظنير ذلك أفتى فقهاء الشام وعلوه بأن النفويض بمثابة التملك ، وخالفهم السبكي فقال : بل كالتوكيل ، وأفتى السبكي بأن للناظر والواقف من جهته عزل المدرس ونحوه ان لم يكن مشروطاً فى الوقف- ولو تغير مصالحه ، وهو مردود بما فى الروضة للنووى أنه لا يجوز للإمام اسقاط بعض الأجناد المثبتين

في الديوان بغير سبب ، فالناظر الخاص أولى ، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهد الذي هو فرض ، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجهم بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ، بل يرد بأن التدريس فرض أيضاً ، وكذلك قراءة القرآن ، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكر من أن الربط به كالتلبس به ، وإلا فشتان ما بينهما ، ومن ثم اعتمد البلقيني أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ ، بل هو قادح في نظره ، وفي شرح المنهاج في الكلام على عزل القاضي بلا سبب ونفوذ العزل في الأمر العام : أما الوظائف كأذان وإقامة وتدريس وطلب ونحوه فلا يعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أتى به كثير من المتأخرين ، منهم ابن رزين فقال : من تولى تدريساً لم يجوز عزله بمثله ولا بدونه ولا يعزل بذلك ، قال الرملي : وهذا هو المعتمد .

وإذا قلنا : لا ينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده ؟ الفتوى أكثر المتأخرين بعدمه وقيدته بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه ، وزيفه التاج السبكي بأنه لا حاصل له . ثم بحث أنه ينبغي وجوب بيان مستنده مطلقاً أخذاً من قولهم : لا يقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين ، بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب وادعى الولي العراقي أن الحق التقييد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها ، فيجوز أن يختل وأن يظن ما ليس بقادح قادحاً بخلاف من تمكن علماً وديناً زيادة على ما يعتبر في الناظر من تمييز ما يقدر وما لا يقدر ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

ولو طلب المستحقون من الواقف كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفظاً لاستحقاقهم لزمه تمكينهم وذلك أخذاً من افتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه إما أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف ، زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا ، فإن فقدت قيمته يوم المطالبة ان لم يكن له مثل حينئذ والا وجب مثله .

وإذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة اجارة صحيحة فزادت الاجرة

في المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد في الأصح لوقوعه بالقبضة في وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الاجرة بعد بيع أو اجارة مال المحجور . والثاني : تنفسخ اذا كان للزيادة وقع ، والظالم ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة ، وقد مر في الاجارة أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز ايجاره بأقل من اجرة مثله وعليه فالوجه انفساخها بانتقالها لغيره من لم يأذن له في ذلك .

وأفتى ابن الصلاح فيما اذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها اجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت اجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطئها لان تقويم المنافع المستقبله انما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف ما لو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لم يوافق تقويمه الصواب ولو حكم حاكم بصحة اجارة وقف ، وأن الاجرة اجرة المثل ، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والاجارة .

(فرع) نفقه الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته ، فإن لم يمكن فن غلته ، لان الوقف اقتضى تجبيل أصله وتسييل منفعته ، ولا يحصل ذلك الا بالانفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، وان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ، ويحتمل وجوبها في بيت المال ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الهبات

الهبة مندوب اليها لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : تهادوا تحابوا ، وللأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء ، الرحم شجنة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعها الله ، وفي الهبة صلة الرحم ، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة لما روى النعمان بن بشير قال : أعطاني أبي عطية فأنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى أعطيت ابني عطية وإن أمه قالت لا أرى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك ؟ قال لا . قال رسول الله اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ، أليس يسرك أن يكونوا في البر سواء ؟ قل بلى قال فلا إذا ،

قال الشافعى رحمه الله : ولأنه يقع في نفس المفضل ما يمنعه من بره ، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضا مالا ينفس العدى ، فإن فضل بعضهم بمطية صحت العطية . لما روى في حديث النعمان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أشهد على هذا غيرى ، فلو لم يصح لبيّن له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره ، ولا يستنكف أن يهب القليل ولا أن يهب القليل ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو دعيت إلى كراع لأجبت . ولو أهدى إلى كراع أو ذراع لقبلت ،

(الشرح ، الحديث الأول أخرجه البخارى فى الأدب المفرد والبيهقى وابن طاهر فى مسند الشهاب من حديث محمد بن بكير عن ضمّام بن اسماعيل عن موسى

ابن وردان عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم «تهادوا تحابوا» قال الحافظ ابن حجر وإسناده حسن ، وقد اختلف فيه على ضمام . قال الذهبي : لينه بعضهم بلا حجة . وقال أحمد بن حنبل : صالح الحديث . وسرد له ابن عدي في كامله أحاديث حسنة ، ولما كان ضمام ختن أبي قبيل على ابنته فقد اختلف عليه ، فقيل عنه : عن أبي قبيل عن عبد الله بن عمر أورده ابن طاهر ورواه في مسند الشهاب من حديث عائشة بلفظ «تهادوا تزادوا حياً» وفي إسناده محمد بن سليمان . قال ابن طاهر : لا أرفه ، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الحزاعية وقال : إسناده غريب وليس بحجة .

وروى مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني رفعه «تصالحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء»

وفي الأوسط للطبراني من حديث عائشة «تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجدداً وأقبلوا الكرام عثراتهم» قال الحافظ ابن حجر : وفي إسناده نظر وأخرج في الشهاب عن عائشة «تهادوا فان الهدية تذهب الضغائن» ومداره على محمد بن عبد النور عن أبي يوسف الأعشى عن هشام عن أبيه عنها ، والراوى له عن محمد هو أحمد بن الحسن المقرئ . قال الدارقطني : ليس بثقة ، وقال ابن طاهر لا أصل له عن هشام . ورواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ «تهادوا فان الهدية قات أو كثرت تذهب السخيمة» وضعفه بعائذ . قال أبو حاتم : في حديثه ضعف . وقال ابن طاهر : ليس بشيء وقد رواه عنه جماعة . قال ورواه كوثر بن حكيم عن مكحول عن النبي (ص) مرسلًا . وكوثر متروك .

وروى الترمذي من حديث أبي هريرة «تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر» وفي إسناده أبو معشر المدني تفرد به وهو ضعيف . ورواه ابن طاهر في أحاديث الشهاب من طريق عصمة بن مالك بلفظ «الهدية تذهب بالسمع والبصر» ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ «تهادوا فان الهدية تذهب الغل» رواه محمد بن غزوة قال : لا يجوز الاحتجاج به وقال فيه البخاري منكر الحديث وروى أبو موسى المديني في الذيل في ترجمة زعبل ، بالزاي والعين المهملة والباء

الموحدة ، يرفعه ، تراوروا و تهادوا فان الزيارة تثبت الوداد ، والهدية تذهب
 السخيمة . قال ابن حجر : وهو مرسل وليس لزعل صحبة
 أما حديث عبد الله بن عمر رواه أحمد في مسنده والطبراني بإسناد صحيح عن
 عبد الله بن عمرو ؛ ورواه مسلم عن عائشة ، ورواه البخاري عن أبي هريرة بلفظ
 الرحم شجنة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته .
 أما حديث النعمان بن بشير عند البخاري ومسلم وأحمد بلفظ : أن أباه أتى به
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نحت ابني هذا غلاما كان لي ، فقال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نحتته مثل هذا ؟ فقال : لا ، فقال :
 فارجمه ، وانظروا مسلم تصدق عليّ أبي ببعض ماله ، فقالت أمي عمرة بنت رواحة
 لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبي إليه يشهده على
 صدقتي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفدعت هذا بولدك كالم ؟ قال : لا
 فقال : اتقوا الله واعملوا في أولادكم ، فرجم أبي في تلك الصدقة ، وللبخاري مثله
 لكن ذكره بلفظ العطية لا بلفظ الصدقة .

وقد روى أحمد وأبو داود والنسائي والمنذرى عن النعمان بن بشير قال : قال
 النبي صلى الله عليه وسلم : اعدلوا بين أبنائكم : اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين
 أبنائكم ، وهذا الحديث سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجاله ثقات إلا المفضل
 ابن المطلب بن أبي صفرة ، وقد اختلف فيه وهو صدوق ، وفي رواية لمسلم بلفظ
 : أيسرك أن يكونوا في البر سواء ؟ قال : بلى ؛ قال : فلا إذن .

وفي باب عن ابن عباس عند الطبراني والبيهقي وسعيد بن منصور بلفظ : سووا
 بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء ، وفي إسناده سعيد
 ابن يوسف وهو ضعيف ، وذكر ابن عدي في الكامل أنه لم ير له أنكر من هذا
 وقد حسن ابن حجر في الفتح إسناده .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه البخاري بلفظ : لو دعيت إلى كراع أو
 ذراع لأجبت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت ، ورواه أحمد والترمذي
 وصححه من حديث أنس بلفظ : لو أهدى إلى كراع لقبلت ، ولو دعيت عليه
 لأجبت ، وفي باب عن أم حكيم الخزازية عند الطبراني قالت : قالت : يا رسول الله

تكره رد اللطف؟ قال : ما أقبحه ، لو أهدى إلى كراع لقبات ، قوله : اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام .

أما الهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء الموحدة . قال في الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع الإبراء ، وهو هبة الدين عن هو عليه ؛ والصدقة وهي هبة ما يتمخض به طلب ثواب الآخرة ، والهدية وهي ما يلزم به الموهوب له عوضه ، ومن خصها بالحياة أخرج الوصية ، وهي تكون أيضا بالأنواع الثلاثة ، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على ما لا يقصد له بدل ، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض اهـ

والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة وكما تمليك في الحياة غير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ؛ وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة . وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة ، هو عليها صدقة ولنا هدية ، فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة . ومن دفع إلى إنسان شيئا يتقرب به إليه محبة له فهو هدية ، وجميع ذلك مندوب إليه ومحث عليه أقوله صلى الله عليه وسلم : تهادوا تحابوا ، وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى (ان تبدوا الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم ،

إذا ثبت هذا فإن المسكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكبر الفقهاء ، منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وأحمد .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله تعالى الصلاة والسلام ، العائد في هبته كالعائد في قيمته ، ولأنه إزالة مالك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق . وربما قالوا : تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع ، وتطلق الهبة على الشيء الموهوب

وأحاديث النعمان بن بشير تمسك بها من أوجب التسوية بين الأولاد في

العطية ؛ وبه صرح البخارى ، وهو قول طاوس والثورى وأحمد وإسحاق وبعض المالكية ، قال فى الفتح : والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة . وعن أحمد تصح ، ويجب أن يرجع . وعنه يجوز التفاضل إن كن له سبب ، كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقين .

وقال أبو يوسف تجب التسوية إن قصد بالتفضيل الاضرار . وذهب الجمهور الى أن التسوية مستحبة ، فإن فضل بهضاً صح وكره : وحملوا الامر على اللب وكذلك حملوا النهى الثابت فى روايه "لمسلم بلافظ" : أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال بلى . قال فلا إذن ، على التنزيه .

وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبة عشرة جاءت فى فتح البارى ، اختصرها الشوكانى ووضع عليها زيادات مفيدة (أحدها) أن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر ، وتعبه بأن كثيراً من طرق الحديث مصرحة بالمعصية ، كما فى حديث جابر وغيره أن الموهوب كان غلاماً ، وكما فى لفظ مسلم عن النعمان : تصدق على "أبي ببعض ماله" .

(الجواب الثانى) ان العطية المذكورة لم ينجز ، وإنما جاء بشير يستشير النبي صلى الله عليه وسلم فى ذلك فأشار عليه بأن لا يفعل فترك ، حكاه الطبرى ويحجبه عنه بأن أمره صلى الله عليه وسلم له بالارتجاع يشعر بالنجيز . وكذلك قول عمره : لا أرضى حتى تشهد ، الخ

(الجواب الثالث) أن النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب لجاز لا يبه الرجوع . ذكره الطحاوى . قال الحافظ . وهو خلاف ما فى أكثر طرق الحديث خصوصاً قوله : أرجعه ، فإنه يدل على تقدم وقوع القبض ، والذى تظافت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضاً له لصغر فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت فى حكم المقبوضه .

(الرابع) أن قوله : أرجعه ، دليل على الصحة ، ولو لم تصح الهبة لم يصح الرجوع ، وإنما أمره بالرجوع لأن للوالد أن يرجع فيما وهب لولده ، وإن كان الافضل خلاف ذلك ، لكن استحباب التسوية يرجع على ذلك المذموم أمره به . وفى الاحتجاج بذلك نظر ، والذي يظهر أن معنى قوله : أرجعه ، أى لا تمض الهبة

المذكورة ، ولا يلزم من ذلك تقدم صحة الهبة (الخامس) أن قوله : أشهد على هذا غيرى ، إذن بالإشهاد على ذلك ، وإنما امتنع من ذلك لكونه الإمام ، وكأنه قال : لا أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم ، حكاه الطحاوى وارتضاه ابن القصار ، وتعقب بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه ، والإذن المذكور مراد به التوبيخ لما تدل عليه بقية ألفاظ الحديث ، وبذلك صرح الجمهور في هذا الموضوع

وقال ابن حبان : قوله « أشهد » صيغة أمر والمراد به نفي الجواز وهي كقوله لعائشة : اشترطى لهم الولاء اه . ويؤيد هذا الوجه تسميته صلى الله عليه وسلم لذلك جوراً كما في بعض الروايات المذكورة .

(السادس) التمسك بقوله : ألا سويت بينهم ، على أن المراد بالأمر الاستحباب وبالنهي التنزيه . قال ابن حجر : وهذا جيد لولا ورود تلك الألفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولا سيما رواية « سوت بينهم »

(السابع) قالوا المحفوظ في حديث النهمان « قاربوا بين أولادكم ، لا سواوا ، وتعقب بأنكم لا توجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية

(الثامن) في التشبيه الواقع بينهم في التسوية ، بالتسوية بينهم ، بالتسوية بينهم في البر قرينة تدل على أن الأمر للتدب ، ورد بأن إطلاق الجور على عدم التسوية والنهي عن التفضيل يدلان على الوجوب فلا تصلح تلك القرينة لصرهها وإن صلحت لنفس الأمر

(التاسع) ما سياتى في الفصل الذى بعد هذا من منحة أبى بكر لعائشة . وقوله لها فلو كنت احترمتني ، وكذلك ما رواه الطحاوى عن عمر أنه نحل ابنه عاصماً دون سائر ولده ، ولو كان التفضيل غير جائز لما وقع من الخليفين ، وقال في الفتح وقد أجاب ابن عمر عن قصة عائشة بأن اخوتها كانوا راضون ، ويجاب بمثل ذلك عن قصة عاصم . ولا حجة في فعلها لا سيما إذا عارض المرفوع

(العاشر) أن الإجماع انمقد على جواز عطية الرجل ماله الغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله لتخليك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده

بالتملك لبعضهم . ذكره ابن عبد البر . قال الحافظ ابن حجر ولا يخفى ضعفه لانه قياس مع وجود النص ، وقد رأى الشوكاني أن التسوية واجبه وأن التفضيل محرم واختلاف الموجبون للتسوية في كقيمتها فقال محمد بن الحارث وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكية العدل أن يعطى الذكر حظين كالميراث ، واحتجوا بأن ذلك حظه من المال لو مات عنه الواهب . وقال غيرهم لا فرق بين الذكر والانثى ، وظاهر الامر بالتسوية معهم .

على أن حديث النعمان بن بشير رواه عنه عدد كثير من التابعين ، منهم عروة ابن الزبير عند مسلم والنسائي وأبي داود ، وأبو الضحى عند النسائي وابن حبان وأحمد والطحاوي ، والمفضل بن المهلب عند أحمد وأبي داود والنسائي ، وعبد الله بن عتبة بن مسعود عند أحمد ، وعون بن عبد الله عند أبي عوانة والشعبي عند الشيخين وأبي داود وأحمد والنسائي وابن ماجه وابن حبان وغيرهم وقد رواه النسائي من مسند بشير والد النعمان فشد بذلك . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وما جاز بيعه من الاعيان جاز هبته لانه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز هبه جزء منه مشاع لما روى عمر بن سلمة الضمري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فاذا حمار عقير ، فقيل يا رسول الله هذا حمار عقير ، فقال دعوه فإنه سيطلبه صاحبه ، فجاء رجل من فهر فقال يا رسول الله انى أصبت هذا فشانكم به ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق ، ولأن القصد منه التملك والمشاع كالمقسوم في ذلك .

(فصل) وما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لا تجوز هبته لانه عقد يقصد به تملك المال في حال الحياة فلم يحز فيما ذكرناه كالبيع

(فصل) ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجماله فلم يحز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

(الشرح) حديث عمرو بن سلمة الضمري كذا في نسخ المذهب وفي مواطن مختلفة من فصول المذهب وصوابه عمير بن سلمة الضمري بالتصغير . قال الحافظ ابن حجر في التهذيب : له صحبة وحديث ، وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائي ومالك في الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمري عن رجل من بهز ، أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد مكة حتى إذا كانوا في بطن واد الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : أقروه حتى يأتي صاحبه فأتى البهري وكان صاحبه فقال : يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه في الرقاق ، وهم محرمون ، قال : ثم مررنا حتى إذا كنا بالآتية إذا نحن بظبي حاقف في ظل فيه سهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً أن يقف عنده حتى ينخبر الناس عنه .

ولأحمد والبخاري ومسلم من حديث قتادة قال : كنت يوماً جالساً مع رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في منزل في طريق مكة ورسول الله صلى الله عليه وسلم وأمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حميراً وحشياً وأنا مشغول أخصف نفسي فلم يؤذوني ، وأحبوا لى أنى أبصرتهم فالتفت فأبصرتهم فقممت إلى الفرس فأمرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت : لهم ناولوني السوط والرمح ، فقالوا : لا والله لا نعينك عليه ، فغضبت فمزات فأخذت ما ثم ركبت فشددت على الحمار فمقرته ثم جئت به وقد مات فوقه وفيه يأكلونه ، ثم لأنهم شكوا في أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخبات العصد معي فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال : هل معكم منه شيء فقلت : نعم ، فناولته العصد فأكلها وهو محرم ، ولمسلم : هل أشار إليه إنسان أو أمره بشيء قالوا : لا ، قال فبكاوه ، والبخاري : قال منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوا ما بقي من لحمها ، قلت . وهذا الخبر صريح في صحة حبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد ، سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن .

وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحداً اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجوز عند أبي حنيفة ، وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنين اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم ، لأن كل واحد من المتبين قد وهب له جزء مشاع .

ولنا حديث عمرو بن سلمة في الفصل ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، ولأنه مشاع فأشبهه مالا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لائنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه أما قوله ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته ، فظاهر في عموم ثبوت الملك بالقبض بالهبة فيها يجوز امتلاكه بالعوض ، والجواز هنا اعتبار الشيء في حق حكمه ، وأما صحته بانعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ؛ وبثبت حكمه وفي معنى البيع ، قال الشافعي رضي الله عنه ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالجعل يبيع الشيء وله فيه الخيار .

ولما كانت الهبة تملك للمعين في الحياة لم يجوز تعليقها على شرط كالبيع ، فإن علقها على شرط كقول النبي صلى الله عليه وسلم لا سلمة إلا رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك ، كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أم لا ، تهيه أو لا تبعه أو بشرط أن تهيه أو تبعه أو بشرط أن تهيه فلانا شيئاً لم يصح . وفي صحة الهبة وجهان على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن وقت الهبة ، فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح ، لأنه عقد تملك لمعين فلم يصح مؤقتاً .

وجملة ذلك أن التملك إذا كان لمعين بغير عوض عن غير احتياج كان هبة ، فإن كان عن احتياج فصدقة ، فإن كان للمنفعة بغير عوض فعسارية أو بعوض فإجارة وإن كان للمعين بعوض فبيع .
(فرع) لا يجوز هبة المجهول أو غير المملوك أو جعله في الذمه . قال النووي

ومالا يجوز بيعه كجهول ومغضوب لمن لا يقدر على انتزاعه ، وضال وأبق فلا يجوز هبته . قال الرملي : بجامع أن كلا منهما تملك في الحياة ولا يتأفیه خير : زن وأرجح ، لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، على أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذراً من التساهل فيه ، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه في المال الذي جاء من البحرين : خذ منه — الحديث ، لأن الظاهر أن ما ذكر في المجهول إنما هو بالمعنى الأخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيها يظهر ، وإعطاء العباس الظاهر صدقه لا هبة ، لكونه من جملة المستحقين .

وقد اختلف الفقهاء في ترك الدين المستقر الذي في الذمة للمدين ، فقال أبو حنيفة والثوري وإسحاق : إن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح . وقال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ، ولا تبعه من غيره عرضاً بمالك عليه .

وقال الشافعي : إن كان الدين على معسر أو محاطل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح ، كما لو اشترى في ذمته وبشترط أن يشتره بعين أو يتقابضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين .

(والثاني) لا يصح . وفي نهاية المحتاج بحث حول ترك الدين المستقر الذي في الذمة للمدين لغيره هل يعد هبة أم يعد إبراء فحسب بأنه لا يعد هبة في الأصح لأنه غير مقدور على تسليمه ، فإن قلنا : بصحة بيعه لغير من هو عليه قياساً على بيع الموصوف فإنه لا يوهب والدين مثله بل أولى ، وفرق ما بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن الذي استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها ، فكانت بالوعد أشبه فلم يصح .

ووارد على مالا يجوز بيعه من المجهول أنه إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة ؛ وكذلك لو قال :

أنت في حل مما تأخذ أو تعطى أو تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة وهى
صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والاعطاء قاله العبادى ، قال : وفى خذ من عنب
كرمى ما شئت لا يزيد على عنقود لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، وما استشكل به
يرد بان الاحتياط المبني عليه حق أوجب ذلك التقدير ، وأفتى القفال فى : أبحث
لك من ثمار بستانى ما شئت بأنه إباحة ، وظاهره أن له أخذ ما شاء ، وما قاله
العبادى أحوط .

وفى الأنوار : لو قال أبحث لك جميع مافى دارى أو مافى كرمى من العنب :
فله أكله دون بيعه وحمله وإطامه لغيره . وتقتصر الإباحة على الموجود فى الدار
أو فى الكرم ، ولو قال أبحث لك جميع مافى دارى أكله واستعماله ولم يعلم المبيع
لم تحصل الإباحة اهـ .

ومتى قلنا لا تصح الهبة فى غير مقدور عليه أو فيها لا يمكن تسليمه كالعبد
الأبق والجل الشارد والمفصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه بهذا قال
أبو حنيفة والشافعى وأحمد رضى الله عنهم لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح
فى ذلك كالبيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف - رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الا بالايجاب والقبول لأنه تمليك آدمى لآدمى فافتقر إلى
الايجاب والقبول كالبيع والشكاح ولا يصح القبول إلا على الفور . وقال أبو العباس
يصح على التراخى ، والصحيح هو الأول ، لأنه تمليك مال فى حال الحياة فكان
القبول فيه على الفور كالبيع ،

(فصل) ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة
رضى الله عنها ، أن أباهما نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله فلما حضرته الوفاة
قال يا بنية إن أحب الناس غنى بعدى لآنت وإن أعز الناس على فقرى بعدى لآنت ، وإنى
كنت نحلته جذاذ عشرين وسقاً من مالى ووددت أنك جذذته وحرته وإنما هو اليوم
مال الوارث وإنما هما أخواك وأختاك . قالت هذان أخواى فن أختاى ، قال ذو
بطن بنت خارجة ، فإنى أظنها جارية ، فإن مات قبيل القبض قام وارثه مقامه ،

إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض ، ومن أصحابنا من قال . يبطل العقد بالموت ؛ لأنه غير لازم فيبطل بالموت كالعقود الجائزة ، والمنصوص أنه لا يبطل لأنه عقد يؤل إلى الأزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار ؛ فإذا قبض ملك بالقبض ومن أصحابنا من قال يتبين أنه ملك بالعقد ، فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له ، لأن الشافعي رضى الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يبطل عليه هلال شوال ، وقبض بعد ما أهل إن فطرة العبد على الموهوب له والمذهب الأول ، وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله .

(الشرح) خبر عائشة رضى الله عنها ، رواه مالك في الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها ، وروى البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب . وعن حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم بن محمد نحوه قال الشافعي رضى الله عنه في الأم بلغنا عن أبي بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة أم المؤمنين جداد عشرين وسقاً من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكوني قبضية ؛ وإنما هو مال الوارث ، فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته .

أما لغات الفصل : فإن قوله نحل عائشة أى أعطاها والنجلة العطية ، والوسق ستون صاعاً ؛ وحزته أى قبضته ، ولو قال : حزته لكان جائزاً وأمكن الحذف أفصح ، وأما قوله ذو بطن بنت خارجه . فإن ذو تآتى بمعنى الاسم الموصول في لغة طيء قال شاعرهم :

قالوا جنت فقلت كلا وربى ما جنت ولا انتشيت
ولكنى ظلمت فكنت أبكى من الظلم المبين أو بكيت
فإن المساء ماء أبى وجدى وبهرى ذو حفرت وذو طويت

وقد تزوج أبو بكر رضى الله عنه ذو بطن بنت خارجه بن أبي زهير بالسنع في بني الحارث من الخزرج قريب المدينة واسمها حبيبة وبنتها أم كاثوم بنت أبي بكر رضى الله عنه .

أما الأحكام : فإن الهبة لا تصح إلا بإذن الواهب لأنه بالخيار قبل القبض

إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها ، فإن قبضها الموهوب له قبل
اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض .

وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ، لأن
الهيئة قامت مقام الاذن في القبض لسكونها دالة على رضاه بالتمايك الذي
لا يتم إلا بالقبض .

ومذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم
يصح كما بعد في المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على
الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم
ثمنه ، ولا يصح جعل الهيئة إذناً في القبض بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن
الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لأن ذلك
ليس بقبض . وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة قد تمت

إذا عرف هذا عرف أن شرط الهبة الايجاب ، كوهبتك وملاكك ومنحتك
وأكرمك وعظمتك ونحلتك . وكذا أطعمتك ولو في غير طعام كما نص عليه ،
وقبول ، كقبول ورضيت واتهبت متلفظاً بإحدى هذه الكلمات أو بإشارة من
أخرس مفهومة في حقه بالقبول ، لأن القبول يتعقد بالسكنايه . ومن أركانها
أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، ومن أركانها اعتبار الفور في الصيغة ، ولا
يضر الفصل . نعم في الاكتفاء بالاذن قبل وجود القبول نظر ، لأننا إذا تصورنا
أن الواهب لا يفترق عن الراهن عند تقديمه المعين الى المتبهد إلا في الصيغة ؛ تبين
لنا أهمية الصيغة وضرورتها عند العقد واعتبار القبول على الفور لفظاً ، ولا
يكفي لفظ يحتمل القبول والرفض إلا اذا اقترن اللفظ بالقبض وتسلط اليد ،
كقوله شكراً فإنه لفظ يحتمل الاعتذار عن قبول الهبة ويحتمل القبول

وأقوى بعض الأصحاب فيمن بعث بنته وجهازها الى دار الزوج بأنه ان قال
هذا جهاز بنتي فهو ملك لها ، والا فهو عاريه ويصدق ببيعته ولا يشترط الايجاب
والقبول في الصدقة بل يكفي الاعطاء والاخذ ، ولا في الهدية بل يكفي البعث من
هذا ويكون كالايجاب والقبض من ذلك ، ويكون كالقبول لجريان عادة السلف
بل الصحابه مع النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه

تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه أنه كان إباحة . وهذا هو الصحيح . والثاني
يشترطان كالمهبة . وفرق هنا بين التملك وبين نقل الحق أو البدل إلى غيره ، كإب
شاة الأضحية أو صوفها أو تنازل إحدى الضرتين عن نوبتها للأخرى

(فرع) لا يملك الموهوب الهبة إلا بقبضها ، فقد روى عروة عن عائشة
رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاذا عشرين وسقاً من ماله بالعالية
فلا مرض قال : يا بنية ما أحد أحب إليّ غنى بعدى منك . ولا أحد أعز عليّ
فقراً منك ، وكنت نحلته جزاذا عشرين وسقاً وددت أنك حزتيه أو قبضتيه ،
وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك ، فاقسموا علي كتاب الله عز وجل .
وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم ،
فاذا مات أحدهم قال : مالي وفي يدي . وإذا مات هو قال : كنت نحلته ولدي ،
لا نحلة إلا نحلة يحرز الولد دون الوالد فان مات ورثه ،

فاذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، فإن قلنا بأنه عقد يؤول إلى
اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه ، وهذا قول أكثر
أصحابنا ، وهو قول أبي الخطاب من الختابة حيث يقول : اذا مات الواهب قام
وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ .

وان قلنا بقول بعض الأصحاب بأنه من العقود الجائزة يبطل بموت أحد
المتعاقدين كالوكالة والشركة ، وهو قول الإمام أحمد حيث قال في روايه أبي طالب
وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات ، فإنها تعود
إلى صاحبها ما لم يقبضها .

وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله
عليه وسلم أم سلمة قال لها : اني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك ، ولا
أرى النجاشي إلا قد مات ؛ ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ ، فإن ردت فهي
لك . قالت فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ورددت عليه هديته ،
فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة ،
ووجه ضعف القول بانفساخ العقد بموت أحدهما أن ليس المدار على القبول

بل على الأيلولة للزوم كما قررنا ، وهو جار في الهدية والصدقة أيضا ، ويجرى الخلاف في الجنون والإغماء ، ولولى المجنون قبضها قبل الإفاقة

وفرق الحنابلة بين المسكيل والموزون وغيرهما ، فالمسكيل والموزون لا يصح التملك بغير قبض أما في غيرهما يصح بغير القبض لما روى عن علي وابن مسعود رضی الله عنهما أنها قال : الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض ؛ وهو قول مالك وأبي ثور . وعن أحمد روايه أخرى لا تلتزم الهبة في الجميع إلا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضه ، ويروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعبدي والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا

ومن أصحابنا من قال : إنما يستغنى عن القبض إذا تحقق الإيجاب والقبول واستقر العقد بينهما ، ولأنه عقد تملك فافتقر الى الإيجاب والقبول كالشكاح ، وعلى هذا القول إذا حدث نماء في الهبة قبل القبض كانت للموهوب له ، والمنصوص أن النماء بعد القبض كان للموهوب

قال في الأم : وإذا وهب الرجل للرجل جاربه أو دار ، فزادت الجاربه في يديه ، أو بنى الدار فليس للواهب الذي ذكر أنه وهب للثواب ولم يشترط ذلك أن يرجع في الجاربه ، أي حال ما كانت زادت خيراً أو نقصت ، كما لا يكون له إذا أصدق المرأة جاربه فزادت في يديها ثم طلقها أن يرجع بنصفها زائدة . اهـ قلت : وليست الفطرة التي لزمتم الموهوب له منفعه تعود عليه ، وإنما هي قربه صادقة محله فلا شبهة بينهما وبين النماء ، فالذم عائد ، والفطرة بذل واخراج والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئا وأقبضه لم يملك الرجوع فيه ، لما روى ابن عمر وابن عباس رضی الله عنهما رفعاه الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحل للرجل أن يعطى العطايه فيرجع فيها إلا الواله فيما أعطى ولده ،

وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر ، ولأن الأب لا يتم في رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد ، وإن تصدق عليه فالنص - ووص أن له أن يرجع كالهبة . ومن أصحابنا من قال لا يرجع ، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل ، فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك ، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد ، وربما كان الإصلاح في استرجاعه لجاز له الرجوع .

وإن تداعى رجلان نسب مولود ووهبا له مالا لم يجوز لواحد منهما أن يرجع لأنه لم يثبت له بنوته ، فإن لحق بأحدهما فقيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه ثبت أنه ولده (والثاني) لا يجوز لأنه لم يثبت له الرجوع في حال العقد ، وإن وهب لولده ووهب الولد لولده فقيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته (والثاني) لا يجوز لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجوز ، وإن وهب لولده شيئا فأفلس الولد وحجر عليه فقيه وجهان (أحدهما) يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء .

(والثاني) لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يجوز له الرجوع كالورهنه (فصل) وإن زاد الموهوب في ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع ؛ وقد بيناه في التفليس

(الشرح) حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده . ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قام ثم رجع في قيئه ، أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه ، وكذلك ابن حبان والحاكم وصححه

وقد استدلل بالحديث على تحريم الرجوع في الهبة ، لأن التمسك حرام فالحشبه به مثله ، ووقع في رواية أخرى للبخاري وغيره : كالكلب يرجع في قيئه ، وهي

تدل على عدم التحريم ، لأن الكذب غير متعبد فالتقيء ليس حراما عليه ، وهكذا قوله : كمثل الكذب الخ ، وتعقب بأن ذلك للمبالغة في الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالزردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ، وأيضا الرواية الدالة على التحريم غير منافية للرواية الدالة على الكراهة على تسليم دلالتها على الكراهة فقط ، لأن الدال على التحريم قد دل على الكراهة وزيادة ، وقد قدمنا في باب نهى المصدق أن يشتري ما تصدق به من كتاب الزكاة عن القرطبي أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث . وقد مننا أيضا أن الأصح حملوه على التنفير خاصة لكون التقيء مما يستقدر .

ويؤيد القول بالتحريم بقوله صلى الله عليه وسلم وليس لنا مثل السوء ، في حديث ابن عباس عند أحمد والبخاري . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل للرجل . قال في الفتح : وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن قبض ذهب جمهور العلماء لإلهاية الوالد لولده . وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع في الهبة دون الصدقة ، إلا إذا حصل مانع من الرجوع ، كالهبة لدى رحم ونحو ذلك من الموانع .

وقال الطحاوي : إن قوله لا يحل ، لا يستلزم التحريم . قال وهو كقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى ، وإنما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوى الحاجة ، وأراد بذلك التغليب في الكراهة

وقال الطبري : يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والدًا والميراث له ولده والهبة لم تقبض ، والتي ردها الميراث إلى الواهب لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك . وأما ما عدا ذلك كالغنى ينهب الفقير ونحوه من يصل رحمه فلا رجوع . قال : وما لا رجوع فيه مطلقا الصدقة يراد بها ثواب الآخرة . قال ابن حجر : انفقوا على أنه لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض وقد أخرج مالك عن عمر أنه قال : من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يثب منها . ورواه البيهقي عن ابن عمر مرثوعا وصححه الحاكم . قال ابن حجر : والمحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر ورواه عبد الله بن موسى رفوعا ، قيل وهو وهم وصححه الحاكم وابن حزم ، ورواه ابن حزم أيضا عن

أبي هريرة مرفوعاً بلفظ «الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها» وأخرجه أيضاً ابن ماجة والدارقطني ورواه الحاكم من حديث الحسن بن سمره مرفوعاً بلفظ «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع» ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس . قال ابن حجر وسنده ضعيف .

وقال ابن الجوزي : أحاديث ابن عمر وأبي هريرة وسمره ضعيفة وليس منها ما يصح . وأخرج الطبراني في الكبير عن ابن عباس مرفوعاً «من وهب هبة فهو أحق بها حتى يشاب عليها» فان رجع في هبته فهو كالذي بقي . ويأكل منه ، فان صححت هذه الاحاديث كانت مخصصة لعموم حديث طاوس الا أنها لم تثبت ، كما رأيت من كلام ابن الجوزي وابن حجر وغيرهما من فقهاء المحدثين .

وقد استدل الجمهور بحديث الفصل على أن للاب أن يرجع فيما وهب لابنه ، وقال أحمد «لا يحل للواهب أن يرجع في هبته مطلقاً» ويؤيد ما ذهب اليه الجمهور حديث عائشة عند أحمد والبخاري ومسلم وأبي داود والترمذي مرفوعاً «ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وان أولادكم من كسبكم ، وفي لفظه «ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً» رواه أحمد

وحديث جابر أن رجلاً قال : يا رسول الله ان لي مالا وولداً وان أبي يريد أن يحتاج مالي ، فقال «أنت ومالك لأبيك» ، رواه ابن ماجه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال «ان أبي يريد أن يجتاح مالي ، فقال أنت ومالك لوالدك ، ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وان أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئاً» رواه أحمد وأبو داود .

وقال الشافعي رضي الله عنه وأبو حنيفة ومالك : ليس للوالد أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته ؛ لحديث «ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، الخ . الحديث متفق عليه

وقال النووي في المنهاج وللأب الرجوع في هبته ولده وكذا لسائر الاصول على المشهور قال الرملي ، بالمعنى الاعم الشامل للهدية والصدقة على الراجح ،

بل يوجد التصريح بذلك في بعض النسخ ، ولا يتعين الفور ، بل له ذلك متى شاء . وإن لم يحكم به حاكم ، أو كان الولد صغيراً فقيراً مخالفاً ديناً للخبر وساقه . واختص بذلك لا انتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إبطاره لولده على نفسه يقضى بأنه إنما يرجع لحاجة أو مصلحة ، ويكره الرجوع من غير عذر ، فإن وجد كسكون الولد عاقاً ، أو يصرفه في معصية أنذره به فإن أصر لم يكره .

وبحث الإسوي نديه في العاصي وكراهته في العاق إن زاد عقوقه ونديه إن أزاله وإباحته إن لم يفسد شيئاً . والأذرعى ذهب إلى عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل نديه حيث كان الولد غير محتاج له ، ووجوبه في العاصي إن غلب على الظن تعيينه طريقاً إلى كفه عن المعصية . ويتمتع الرجوع كما يجنه الباقيني في صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة ، وكذا في لحم اضحية تطوع ، لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا .

وكذا له الرجوع لسائر الأصول وإن علواً أو سفلواً على المشهور . وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لما منع قام به وورثه جده ، لأن الحقوق لا تورث وحدها إنما تورث بقبعية المال وهو لا يرثه . ولا يملك الوالد الرجوع إلا إذا كانت باقية في ملك الابن ، فإن خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لأنه ابضال لغير ملك الابن فإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يملك الرجوع أيضاً لأن ملكها لم يستفده من جهة أبيه ، أما إن عادت بفسخ أو اقلته لله الرجوع على أحد الوجهين .

(فرع) إذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع في هبته لأن نسبه لم يثبت لواحد منهما . أما إذا لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لثبوت البنوة (والثاني) لا يجوز لأنه لم يكن ثبت له الرجوع في حال العقد والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن وهب شيئاً لمن هو دونه لم يأنه أن يشده بعوض ، لأن

م ٢٥ ج ١٥ المجموع

القصود من هبته الصدقة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالأصدقة . وان وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضاً . يشبهه ، لأن القصود من هبته اكتساب المحبة . وتأكيده الصدقة ، وان وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان ، قال في القديم : لم يلزمه أن يشبه عليه بعوض ، لأن العرف في هبة الأدنى الأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط .

• وقال في الجديد : لا يجب لأنه تملك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض كهبته النظر للنظير فان قلنا : لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً ففيه قولان (أحدهما) يصح لأنه تملك مال بمال لجاز كالبيع ، فعلى هذا يكون كبيع بلا غلط . الهبة في الربا والخيار وجميع أحكامه .

(والثاني) أنه باطل ، لأنه عقد لا يقتضى العوض فيبطل شرط العوض كالرهن ، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه ، وان شرط فيه ثواباً محمولاً بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض ، ولأنه شرط عوضاً محمولاً وان قلنا انه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال

(أحدهما) انه يلزمه أن يعطيه الى أن يرضى ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها . وقال أرضيت قال لا ، فزاده وقال أرضيت ؟ فقال نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن لا أحب الا من قرشى أو أنصاري أو ثقيف ،

(والثاني) يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض ، فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح .

(والثالث) يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله ، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف ، فان قلنا انه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع ، فان تلفت العين رجع بقيمتها ، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها اذا تلفت وجب الرجوع الى بدلها كالبيع . ومن أصحابنا من قال لا يجب لأن حق الواهب في العين ، وان نقصت العين رجع فيها ، وهل يرجع بأرش ما نقص ؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة اذا تلفت .

وان شرط عوضاً محمولاً لم تبطل ، لأنه شرط ما يقتضيه العقد ، لأن العقد

على هذا القول يقتضى عوضا مجهولا ، وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف ، وإن شرط عرضا معلوما ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يبطل ، لأن العقد يقتضى عوضا غير مقدر فبطل بالتقدير (والثاني) يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول فلأن يصح بعوض معلوم أولى

(فصل) وإن اختلف الواهب والموهوب له ، فقال الواهب وهبتك ببذل وقال الموهوب له : وهبتني على غير بدل . ففيه وجهان . أحدهما أن القول قول الواهب ، لأنه لم يقر لخر وج الشيء من ملكه إلا على بدل . والثاني أن القول قول الموهوب له ، لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلا الاصل عدمه .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان . وقال الهيثمي : رجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه أبو داود والنسائي من حديث أبي هريرة بنحوه ، وطوله الترمذي ورواه من وجه آخر ، وبين أن الثواب كان ست بكرات ، وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم .

وقد روى أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي من حديث عائشة رضی الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها ، أى يعطى المهدي بدلها .

والمراد بالثواب المجازات وأقله ما يساوى قيمة الهدية ، ونفط ابن أبي شيبة ويثيب ما هو خير منها . وقد أعل حديث عائشة بالإرسال . قال البخاري : لم يذكر وكيع ومحاضر عن هشام عن أبيه عن جده عن عائشة ، وقد استدل بعض المالكية به على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدي وكانت بمنزلة بطلب الثواب ، كالفقير للفقير بخلاف ما يهبه الأعلى الأدنى

ووجه الدلالة منه مواظبته صلى الله عليه وسلم ، ومن حيث المعنى أن الذى أهدي قصد أن يعطى أكثر مما أهدي ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته ، وبه قال الشافعي في القديم ، ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ، ولو وقعت المواهب كما تقرر في الاصول وذهبت الحنفية والشافعي في الجديد أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع

مجهول ، ولأن موضع الهبة التبرع . وفي رواية الفصل ، إلا من قرنى الخ ، وفي رواية أبي داود ، وإيم الله لا أقبل هدية بعد يومى هذا من أحد إلا أن يكون مهاجراً أو قرشياً أو أصارياً أو دونسياً أو ثقفياً ، وسبب همه صلى الله عليه وسلم بذلك ما رواه الترمذى من حديث أبي هريرة قال : أهدى رجل من فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتسخطه ، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : إن رجلاً من العرب يهدى أحدم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندي فيظل يسخط على ، الحديث . وقد كان ابن رسلان يحكى أن بعض أهل العلم والفضل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهدية من أحد أصلاً لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما . وذلك لفساد النيات في هذا الزمان .

أما أحكام الفصل فقد قال النووي في المنهاج : ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيمة بنى الثواب . ومتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لأعلى منه في الأظهر . قال في النهاية : كما لو أعاره داره إلحاقاً للأعيان بالمنافع . ولأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات (والثانى) يجب الثواب لا طراد العادة بذلك ، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب ، لأن القصد من مثله الصلة وتأكد الصداقة

والطريق الثانى : طرد القولين السابقين ، والهدية في ذلك كالمهبة كما قاله النووي تفقيها ونقله في الكفاية عن تصريح البندنجى ومثل ذلك الصدقة . وإن اختار الأذرعى دليلاً أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية والأوجه كما يحتمل أيضاً أن التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قريبته حاله أو لفظيه دالة على طلب الثواب ، والا وجب هو أو الرد لا محالة

ولو قال : وهبتك ببدل . فقال بل بلا بدل ، صدق المنهب بيمينه ، لأن الأصل عدم البدل . ولو أهدى له شيئاً على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقى والا فبدله كما قاله الاصطخرى ، فإن كان فعلها حل ، أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب إذا كان فيه كفاية ، خلافاً لما يورمه كلام الأذرعى وغيره هنا

فإن وجب الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المسار لتلف الهدية أو عدم إرادة المنتهب ردها فهو قيمة الموهوب ، أي قدرها يوم قبضه ، ولو مثلها في الأصح ، فلا يتعين للثواب جنس من الاموال بل الخيرة فيه المنتهب ، والثاني يلزمه ما بعد ثوابا لمثله عادة ، وقيل الى أن يرضى ولو بإضعاف قيمته ، فإن قلنا بوجوب إنابته ولم يشبه هو ولا غيره فله الرجوع في هبته ان بقيت بدلها ان تلفت ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبني كذا فقبل قالوا ظهر صحة العقد نظراً للمعنى اذ هو معاوضته بمال معلوم نصح ، كما لو قال بعتك ، والثاني بطلانه نظراً الى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضى النزع ، ومن ثم يكون بيعا على الصحيح ، فيجوز فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه ؛ والضعفة وعدم توقف الملك على القبض ، والثاني يكون هبة نظراً للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالمذهب بطلانه لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض ، وهبة لذكر الثواب بناء على الأصح أنها لا تقتضيه ، وقيل تصح هبة بناء على أنها تقتضيه

ولو بعث هديه لم يعده بالباء لجواز الامرين كما قاله أبو علي خلافاً لنصيب الحريري تعين تعديته بها في ظرف ، أو وهب شيئاً في ظرف من غير بعث ، فإن لم تجر العادة برده ، كقوة صرة تمر (وهي الوعاء الذي يكثر فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك الا وهو فيه ، والا فزنبيل) وكعلبه حلوى فهو هديه أو هبة أيضاً تحكيماً للمعرف المطرد

وكتاب الرسالة يملكه المكتوب اليه ان لم تدل قرينه على عوده ؛ قاله المتولي وهو أوجه من قول غيره أنه باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الاباحة ، والا ان اعتيد رده أو اضطربت العادة كما افتضاه ابن المقرئ فلا يكون هديه ، بل أمانه في يده كالوديعة ، ويحرم استعماله لأنه انتفاع بملك غيره بغير اذنه الا في أكل الهدية منه ان اقتضته العادة عملاً بها ، ويكون طاربه حينئذ ويسن رد الوعاء حالا ، قال الاذرعى : وهذا في ما كول ، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحي ، فيتجه في كل ناحية بعرفهم وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم ، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب .

وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة (صينية) بين يدي صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم : وفي الاسكندرية رأيت الناس يكتبون قائمة بأسماء الواهين ومقدار ما دفعوه في الطاسة وهم حريصون على رد ما يأخذونه في أفراح من أعطوهم وربما زاد بعضهم على ما أخذ ، وفي القاهرة تفشو هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل من الاسكندرية .

قال الرملي : ثم يقسم على المزين ونحوه يجرى فيه ذلك التفصيل : فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه المساوئين له عمل بالقصد ، وإن أطلق كان ملكاً لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء . وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا ، أما مع قصد خلافه فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والحامد وصاحب الفرح نظراً للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع ، فيقدم على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه .

قال الشافعي رضي الله عنه : إذا وهب الرجل لرجل شقصاً من دار فقبضه ثم عوضه الموهوب له شيئاً فقبضه الواهب سئل الواهب ، فإن قال : وهبتها للثواب كان فيها شفعة ، وإن قال : وهبتها لغير الثواب لم يكن فيها شفعة ؛ وكانت المكافأة كابتداء الهبة ، وهذا كله في قول من قال : للواهب الثواب إذا قال أردته فأما من قال : لا ثواب للواهب إن لم يشترطه في الهبة فليس له الرجوع في شيء وهبه ولا الثواب منه ، قال الربيع وفيه قول آخر ، وإذا وهب واشترط الثواب قاله باطله من قبل أنه اشترط عوضاً مجهولاً ، وإذا وهب لغير الثواب وقبضه الموهوب فليس له أن يرجع في شيء وهبه ، وهو معنى قول الشافعي : وإذا وهب الرجل لرجل هبه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات ، فإن أبا حنيفة كان يقول : الهبة في هذا باطل لا تجوز وبه يأخذ ، ولا يكون له وصيه إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيه ، وكان ابن أبي ليلى يقول : هي جائزة من الثلث اه .

(فرع) إذا اختلف الواهب والموهوب فقال الواهب : يبدل ، وقال الموهوب له على غير بدل فوجهان .

أحدهما : القول قول الواهب لأنه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل

والثاني : القول قول الموهوب ، لأن المقر بالهبة والأصل فيها عدم البذل ؛ وقد ادعاه الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنتكر . ولو وهبه وأقبضه ومات فادعى الوارث صدوره في المرض ، وادعى المنتهب كونه في الصحة صدق المنتهب بيمينه ، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، ثم محل ما تقرر إن كان الولد حراً ، ولو أراه من دين له عليه لم يملك الرجوع سواء أقلنا : إنه تملك أم إسقاط ، إذ لا بقاء للدين فأشبهه ما لو وهبه شيئاً فتلف ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العمرى والرقمى

العمرى هو أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل (إحداهما) أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك ؛ فهذه عطية صحيحة ، تصح بالإيجاب والقبول ، ويملك فيها بالقبض ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يا أيها رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى أعطيتها لا ترجع إلى الذى أعطأها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ، والثانية أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم بشرط شيئاً ففيه قولان .

قال في القديم هو باطل لأنه تملك عين قدر بمدة فأشبهه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد . وقال في الجديد : هو عطية صحيحة ، ويكون للعمر في حياته ولورثته بعده وهو الصحيح ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده ، ولأن الاملاك المستقرة كلها مقدره بحياة المالك ، وتنقل إلى الورثة ، فلم يكن ما جعله له في حياته منافياً لحكم الاملاك (والثالثة) أن يقول : أعمرتك حياتك ، فإن مات عادت إلى إن كنت حياً وإلى ورثتي إن كنت ميتاً فهي كالسنة الثانية ، فتسكون على قولين .

أحدهما : تبطل . والثاني تصح لانه شرط أن تعود اليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه ، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير وجوده كعدمه .
 (فصل) وأما الرقي فهو أن يقول : أرقبتك هذه الدار أو دارى لك رقي ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه ، فإن مت قبلي عادت إلى ، وإن مت قبلك فهمى لك ، فتكون كالمسئلة الثالثة من العمري ، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين ، وقال المزني : الرقي أن يجعلها لا آخرهما موتا وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبي (ص) قال من دأمر عمرى أو أرقب رقي فهمى للمعمر يرثها من يرثه .

(فصل) ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز الا بقبول من عليه الدين لأنه تبرع بفتقر الى تعيين المتبرع عليه فافتقر الى قبوله كالوصية والهبة ، ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة ، والمذهب الأول ، لانه اسقاط حق ليس فيه تملك مال فلم يعتبر فيه القبول كالمعتق والطلاق ، والعفو عن الشفعة والقصاص ، ولا يصح الإبراء من دين مجهول لانه ازالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجوز مع الجهالة كالبيع والهبة .

(الشرح) حديثا جابر أخرجهما أحمد والبخارى ومسلم بإفظاءه ، وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمري لمن وهبت له ، وفي لفظ عند أحمد ومسلم وقال : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فن أعر عمرى فهمى للذى أهر حيا وميتا ولعقبه ، وفي رواية عند أحمد والبخارى ومسلم وأبي داود والترمذى والعمري جائزة لأهلها والرقبي جائزة لأهلها .

وفي رواية لأحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه ، من أعر رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها ، وهى لمن أعر وعقبه ، وفي رواية لأبي داود والنسائي والترمذى وصححه ، أيام رجل أعر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاهما لا ترجع الى من أعطاهما لأنه أعطى عطاءه وقعت فيه المواريث ، وفي رواية عند

أحمد ومسلم ، إنما العمري التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول
 هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها ، وفي
 رواية عند النسائي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالعمري أن يهب الرجل
 للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى إن حدث بك حدث ولعقبك فهي إلى وإلى عقب
 إنها لمن أعطيتها ولعقبه ، ورواه الشافعي عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن
 طاوس عن حجر المدري عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل
 العمري للوارث ، ورواه عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعاً
 لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمار شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث .

أما حديث عبد الله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبي هريرة وزيد بن ثابت
 وفيه النهي عن الرقبي لا ترقبوا . من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث ، وفي لفظ
 الرقبي جائزة ، وهي عند أحمد وأبي داود والنسائي ، وفي لفظ أحمد جعل
 الرقبي للوارث ، ورواه أحمد والنسائي عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص)
 لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمار شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته .

قال الربيع : سألت الشافعي عن أعمار عمري له ولعقبه فقال : هي للذي
 يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاهما . فقلت : ما الحججة في ذلك ، قال : السنة ثابتة
 من حديث الناس ، وحديث مالك رضي الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب
 عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر مرفوعاً : إنما رجل أعمار عمري له
 ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاهما لأنه أعطى عطاء وقعت
 فيه الموارث .

قال الشافعي : وبهذا نأخذ وبأخذ عامة أهل العلم في جميع الأمصار بغير المدينة
 وأكابر أهل المدينة . وقد روى هذا مع جابر زيد بن ثابت عنه صلى الله عليه وسلم
 فقلت للشافعي فإننا نخالف هذا فقال تخالفونه وأنتم تروونه عن رسول الله (ص)
 فقلت : إن حججتنا فيه أن مالكا قال . أخبرني يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن
 القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس
 فيها فقال له القاسم ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا

إلى أن قال الشافعي بعد حوار وحجاج . وكذلك علمنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في العمري بخبر ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر وغيره عن النبي (ص) فإذا قبلنا خبر الصادقين فمن روى هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم أرجح مما روى هذا عن القاسم لا يشك عالم أن ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أولى أن يقال به مما قاله ناس بعده ، قد يمكن فيهم أن لا يكونوا سمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بلغهم عنه شيء ، وأنهم أناس لا نعرفهم ، فإن قال قائل لا يقول القاسم قال الناس إلا للجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو من أهل العلم لا يجهلون للنبي صلى الله عليه وسلم سنة ولا يجتمعون أبداً من جهة الرأي ولا يجتمعون إلا من جهة السنة .

(قوله) العمري بضم وسكون الميم مع القصر . قال في الفتح : وحكى ضم الميم مع ضم أوله . وحكى فتح أوله مع السكون وهي مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له أعمرتك إياها ، أى أبعثتها لك مدة عمرك وحياتك فقبل لها عمري لذلك . والرقبي بوزنها مأخوذة من المراقبة ، لأن كلا منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه . هذا أصل اللغة

قال ابن حجر : ذهب الجمهور إلى أن العمري إذا وقعت كانت ملكاً للآخر ، ولا ترجع إلى الأول إلا إذا صرح باشتراط ذلك ، وإلى أنها صاحبة جائزة . وحكى الطبرى عن بعض الناس والماوردي عن داود وطائفة وصاحب البحر عن قوم من الفقهاء أنها غير مشروعة ، ثم اختلف القائلون بصحتها إلى ما يتوجه التملك ، فالجمهور أنه يتوجه إلى الرقبة كسائر الهبات حتى لو كان المعمر عبداً فأعتقه الموهوب له نفذ ، بخلاف الواهب أو يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة ، وهو قول مالك والشافعي في القديم .

وهل يسلك بها مسلك العارية أو الوقف ؟ روايتان عند المالكية ، وعند الحنفية التملك في العمري يتوجه إلى الرقبة ، وفي الرقبي إلى المنفعة ، وعنهم أنها ماطلة .

وفد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال (الأول) أن يقول عمر تكها وبطلق . ثم —ذا تصريح بأنها للدو هوب له . وحكمها حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب . وبذلك قالت الحنفية ومالك . لأن المطلقة عندهم حكمها حكم المؤبدة . وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه والجمهور . وله قول آخر أنها تكون عارية ترجع بعد الموت إلى المالك . وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن المطلقة للمعمر ولورثته من بعده كما تفيد الأحاديث التي مضى ذكرها

الحال الثاني : أن يقول هي لك ما عشت ، فإذا مت رجعت إلى فهذه عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر . وبه قال أكثر العلماء ، ورجحه جماعة من أصحابنا ، والأصح عند أكثرهم لا ترجع إلى الواهب . واحتجوا بأنه شرط فاسد فيلغى .

واحتجوا بحديث جابر ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم حكم على الأنصارى الذى أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع إليه ، بل تكون لورثتها ونصه : أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا نحن فيه شرع سواء . قال فأبى ، فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقسما بينهم ميراثاً ، رواه أحمد

ويؤيده حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في العمرى مع الاستثناء بأنها لمن أعطيتها ، وبعارض ذلك ما فى حديث جابر أيضا بلفظ « فأما إذا قلت : هي لك ما عشت فانها ترجع إلى صاحبها ، وليكنه قال معمر كان الزهرى يفتى به الحال الثالث : أن يقول هي لك ولعقبك من بعدك ، أو يأتى بلفظ يشعر بالبايد ، فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور ،

وروى عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف إذا انقضى المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب ، والأحاديث القاضية بأنها ملك للدو هوب ولعقبه ترد عليه وقد ورد عن علي رضى الله عنه أن العمرى والرقي سواء . وقال طاوس : من أرقب شينا فهو على سبيل الميراث .

وقال الزهرى : الرقي وصية — يعنى إذا أنامت فهذا لك — وقال الحسن

ومالك وأبو حنيفة : الرقبي باطلة ، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقبي . وقال أحمد : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكره . والخلاصة :

إذا شرط في العمري أنها للعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للعمر وورثته ، وهذا قول جميع الفائلين بها ، وإذا أطلقها فهي للعمر وورثته أيضا لأنها تملك للرقبة فأشبهت الهبة ، فان شرط أنك إذا مات فهي لي ، فمن أحمد في إحدى الروايتين عنه والشافعي في القديم والقاسم بن محمد وزيد بن قسط والزهرى ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود : صحته العقد والشرط ، ومتى مات المعمار رجعت الى المعمار

وعن أحمد في الرواية الأخرى عنه ، وهو ظاهر مذهبه ، والشافعي في الجديد وأبي حنيفة أنها تكون للعمر

إذا ثبت هذا فان العمري تصح في العقار وغيره من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات

ومن ثم إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه في التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إما تستوفى بمضى الزمان شيئا فشيئا ، فلا تلزم الا في قدر ما قبضه منها واستوقفه بالسكنى ، وللسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبي والثوري والنخعي والشافعي والحق وأحمد وأصحاب الرأي ، وروى معنى ذلك عن حفصه رضى الله عنها ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الوصايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصى بها الى من يصلح لها ، لأن أبا بكر رضى الله عنه وصى الى عمر ووصى عمر رضى الله عنه الى أهل الشورى رضى الله عنهم ورضيت الصحابة رضى الله عنهم بذلك

(فصل) ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده جاز له أن يوصى الى من ينظر في ماله لما روى سفيان بن عيينة رضى الله عنه عن هشام بن عروة قال : أوصى الى الزبير تسعة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، منهم عثمان والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود رضى الله عنهم فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله ، وان كان له جدم يجوز أن يوصى الى غيره لأن ولاية الجدم مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية

(الشرح) الوصايا جمع وصية كمطايا وعطية مأخوذة من قولهم : وصيت الشيء أصيبه من باب وعد وصلته ، ووصيت الى فلان توصية وأوصيت اليه ايصاء ، وفي السبعة (فن خاف من موصل) بالتخفيف والثقليل ، والامم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وهو وصى فعيل بمعنى مفعول والجمع الاوصياء ، وأوصيت اليه بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه . وهذا المعنى لا يقتضى الايجاب ، وأوصيته بالصلاة أمرنه بها . قال تعالى : ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون ، وقوله : يوصيكم الله في أولادكم ، أى يأمركم . وفي حديث خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى بتقوى الله . أى أمر فيعم الامر بأى لفظ كان ، وهى فى الشرع عهد خاص مضاف الى ما بعد الموت

والوصية فى الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها . والوصية بالمال تبرع به بعد الموت ، والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . وأما الزبير فإنه ابن عمه رسول الله (ص) وأحد الشجرة المبشرين بالجنة . وأحد السنة الذين مات رسول الله (ص) وهو عنهم راض ، وكان مع النبي (ص) على حراء فتمحرك فقال اسكن حراء فما عليك الا نبي أو صديق أو شهيد ، وكان عليه أبو بكر وعمر وعثمان وطلحة والزبير .

وخبر ابن عيينة الذي ساقه المصنف رويناه في مسند أحمد عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه قال : أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن ؛ فكان يتفق على الورثة من ماله ، ويحفظ أموالهم ومناقب الزبير أجل من أن تحصى ، ساق الذهبي بعضها في سير أعلام النبلاء .

قال تعالى وكتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ، إلخ . الآية ، قال مجاهد : الخير في القرآن كله المال (وإنه لحب الخير لشديد) (إنى أحببت حب الخير عن ذكر ربي) (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وقال شعيب (إنى أراكم بخير) أى بغنى وأوجه ما قيل في الخير في القرآن ما قاله الشافعى رضى الله عنه : الخير كلمة يراد ما أريد بها بالمخاطبة بها .

قال تعالى وأولئك هم خير البرية ، فقلنا : إنهم خير البرية بالإيمان وعمل الصالحات لا بالمال ، وقال تعالى وأولئك لهم خير ، فقلنا : إن الخير المنفعة بالأجر لا أن لهم مالا ، وقال إن ترك خيراً الوصية ، فقلنا : إن ترك مالا ، لأن المال هو المتروك . وفي الوصية للأقربين ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنهم الأولاد الذين لا يسقطون في الميراث دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون .

(والثاني) أنهم الورثة من الأقارب كلهم .

(والثالث) أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث ، فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين حقاً واجباً وفرضاً لازماً ، فلما نزلت آية الموارث فسخ فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقي فرض الوصية لغير الورثة من الأقربين على حاله ، وهو قول طاوس وقتادة والحسن البصرى وجابر بن زيد .

واختلاف في القدر الذى يجب عليه أن يوصى منه على أقاويل .

(أحدها) أنه ألف درهم ، وهو قول علي بن أبي طالب (والثاني) خمسمائة وهذا قول النخعي (والثالث) يجب في قليل المال وكثيره ، وهذا قول الزهرى

فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتا ، وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالمواريث ، واختلفوا بأى آية نسخت ، فقال ابن عباس نسخت بآية الوصايا بقوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك ، الخ وقال آخرون نسخت بقوله تعالى : وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ، الآية .

والوصية على ثلاثة أقسام قسم لا يجوز وقسم يجوز ولا يجب وقسم مختلف في وجوبه فأما التي لا يجوز فالوصية للوارث لحديث شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، وأما التي تجوز ولا تجب فالوصية للأجانب وهذا يجمع عليه ، وقد أوصى البراء بن معرور للنبي صلى الله عليه وسلم بثلاث ماله فقبله ثم رده على ورثته . وأما التي اختلف فيها فالوصية للأقارب ، وذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره في تفسير الآية إلى وجوبها للأقارب تعلقا بظاهر قوله تعالى : الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين ، وبما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية ، والدليل على أنها غير واجبة الأقارب والأجانب ، ما روى ابن عباس وعائشه وابن أبي أوفى رضی الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوص ، وحديث سعد بن أبي وقاص الذي فيه : إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيرا من أن تدعهم فقراء يتسكفون الناس ، فاقترع صلى الله عليه وسلم في الوصية على ما جعله خارجا مخرج الجواز لا مخرج الإيجاب ثم بين أن غنى الورثة بعده أولى من فقرهم إلى الصدقة ، ولأن الوصية لو وجبت لأجبر عليها ولا أخذت من ماله عند موته إن امتنع منها كالديون والزكوات . ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات ، فأما الآية فمنع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرهما فيه دليل على نسخها .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية ، فمحمول على أحد أمرين : أما وجوبها قبل النسخ ؛ وأما على من كانت عليه ديون وحتوق لا يوصل إلى أربابها إلا بالوصية ، فنصير الوصية بذكرها وأدائها واجبة وبجواز الوصية بتعيين الناظر في ماله بعد موته ، فإن كان له أب أو جد لم يجوز أن يوصى إلى غيره بالظن ، لأن ولاية الجسد مستحقة بالشرع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته لم يجز أن يوصى إلى من يزوجهما ، وقال أبو ثور : يجوز كما يجوز أن يوصى إلى من ينظر في مالها ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال : زوجني قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون فأتى قدامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا عمها ووصى أبيها ، وقد زوجها من عبد الله بن عمر ، فقال صلى الله عليه وسلم : إنها بئيمة لا تنكح إلا بإذنها ، ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد .

(فصل) ومن عليه حق يدخله النيا به من دين آدمى أو حج أو زكاة أو ورد وديعه جاز أن يوصى إلى من يؤدي عنه ، لأنه إذا جاز أن يوصى في حق غيره فلأن يجوز في خاصة نفسه أولى .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطني وأورده الحافظ ابن حجر في التلخيص وسكت عنه ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات ويؤخذ من الحديث الذي نسوقه كاملاً أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل وصية عثمان بن مظعون لأخيه قدامة في ابنته . قال ابن عمر : توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون .

(قال عبد الله : ومما خلاصي ، نخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبه يعني إلى أمها فأرغبها في المال ، فخطبت إليه وخطت الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله (ص) فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنتي أختي أوصى بها إلي فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاة ولا كنت امرأة وإنما خطت إلى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هي بئيمة ولا تنكح إلا بإذنها ، قال : فأنزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجها المغيرة بن شعبه ، والحديث

دليل على أن الولي لا يجوز له أن يوصى إلى أخ له أو غيره لتزويجها خلافاً لابن ثور الذي جعل الوصية إلى من ينظر في تزويجها كالوصية إلى من ينظر في مالها ، والحديث صريح وقول ابن ثور خطأ . ولأن استحقاق الولاية في النكاح لا يتأسس بوصية ، وسيأتي تفصيل ذلك في أبواب المناكحات إن شاء الله .

(فرج) إذا كان عليه دين دنيوي من حقوق الأدميين أو دين أخروي من حقوق الله تعالى فإنه يجوز له أن يوصى إلى من يتولى الأداء عنه لأنه إذا كان يجوز له أن يوصى في أداء حقوق غيره فلأن يوصى لمن يؤدي ما يتعلق بمخاصته نفسه أولى .

وقال بعض الأصحاب : بوجوب الوصية في مثل من عليه دين أو عنده وديعه أو عليه واجب يوصى بالخروج منه ، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات ، وطريقه في هذا الباب الوصية فتسكون فرضاً عليه . وأما الوصية بجزء من ماله فليست بواجبه على أحد في قول الجمهور ، وبذلك قال الشعبي والمنعمي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم .

وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة ، وأمانته بغير اشهاد إلا طائفة شذت فأوجبها والله تعالى أعلم ،

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثأته في وجوه البر ، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت مرضاً أشرفت منه على الموت فأتاني رسول الله (ص) يعوذني فقلت : يا رسول الله أي مال كثير وليس يرثني إلا ابنتي أفأصدق بمالي كله قال : لا ، قلت : أتصدق بثأتي مالي قال : لا ، قلت : أتصدق بالشرط قال : لا ، قلت : أتصدق بالثلث قال : الثالث ، والثالث كثير إنك إن تركت ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتسكفون الناس ولا يجب ذلك لقوله تعالى : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين : إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم محرراً ، وفسر بالوصية ، لجدل ذلك

اليهم فدل على أنها لا تجب ، ولأنه عطية لا تلزم في حياته فلم تلزم الوصية به قياسا على ما زاد على الثلث .

(فصل) وإن كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفى الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم : الثلث كثير أنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس ، فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقراء فدل على أن المستحب أن لا يستوفى الثلث . وعن علي رضي الله عنه أنه قال : لأن أوصى بالثلث أحب إلى من أن أوصى بالثلث ، وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفى الثلث لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه .

(الشرح) حديث عامر بن سعد بن أبي وقاص رواه الستة وأحمد في مسنده بلفظ : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقالت : يا رسول الله إني قد بلذع بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا : قلت : فالشطر يا رسول الله ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير ، أنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس .

وفي رواية أكثرهم : جاءني يعودني في حجة الوداع ، وفي لفظ : عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في مرضي فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم قلت : بمالي كله في سبيل الله ، قال : فما تركت لولدك ؟ قلت : هم أغنياء : قال : أوصى بال عشر ، فما زال يقول وأقول حتى قال : أوصى بالثلث ، والثلث كثير أو كبير ، رواه النسائي وأحمد بمعناه إلا أنه قال : قلت : نعم جعلت مالي كله في الفقراء والمساكين وابن السبيل ، ورواه الشافعي عن سفيان عن الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه بلفظ : مرضت عام الفتح ، وساق الحديث .

أما قوله تعالى : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ، الآية . قيل أنه أراد بالمؤمنين الأوصياء وبالمهاجرين قريشا ، وفيه قولان

(أحدهما) أنه ناسخ للقوارث بالهجرة . حكى سعيد عن قتادة قال : كان نزل

في سورة الانفال ، والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ، فتوارث المسلمون بالهجرة ، فكان لا يرث الاعرابي المسلم من قريبه المسلم شيئاً حتى يهاجر ، ثم نسخ ذلك . وفي هذه الآية ، وأولوا الارحام الخ ،

(الثاني) أن ذلك ناسخ للتوارث بالهلف والموأخاة في الدين ، روى هشام ابن عروة عن أبيه عن جده : وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وذلك أنا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمننا ولا أموال لنا ، فوجدنا الانصار نعم الاخوان فأخيناهم فأورثونا وأورثناهم : فأخى أبو بكر خارجة بن زيد . وأخيت أنا كعب بن مالك ، فحنت فوجدت السلاح قد أنقله ، فوالله لقد مات عن الدنيا ما ورثه غيري حتى أنزل الله هذه الآية فرجعنا الى موارثنا

وثبت عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين الزبير وبين كعب بن مالك فارتت كعب يوم أحد ، فجاء الزبير يقوده بزمام راحلته ، فلو مات يومئذ كعب عن الضح والريح لورثه الزبير ، فأنزل الله تعالى الآية ، فبين تعالى أن القرابه أولى من الهلف ، فترك الوراثة بالهلف وورثوا بالقرابه

قال ابن العربي : وأولوا الارحام بالاجماع لأن ذلك يوجب تخصيصاً ببعض المؤمنين ، ولا خلاف في عمومها ، وهذا حل اشكالها

وأما أثر على كرم الله وجهه فإنه يفيد استحباب النقص عن الثلث وهو من فقهه الذي لا يخلو من أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وبهذا الفقه أخذ الشافعي رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير ، والحديث ابن عباس قال : لو أن الناس غضوا من الثلث الى الربع فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : الثلث والثلث كثير ، رواه أحمد والبخاري ومسلم ، وقد أخذ ذلك من وصفه صلى الله عليه وسلم للثلث بالكثرة ، ويدو أن (أو) التي جاءت بين كبير وكبير جاءت من الراوي بعد عهد الترقيم لان ورود (كبير) هكذا بغير اجماع تقرأ كبير وتقرأ كثير فخرجاً من حرج أن اللفظ النبوي أحدهما وضع اللفظان مفصولين بأو .

أما الاحكام : فإن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به

وسواء كان المال عيناً أو ديناً حاضراً أو غائباً معلوماً أو مجهولاً مشاعاً أو محوراً
وتقدر الوصية بالثلث ، وليس الموصى الزيادة عليه لحديث سدد الثلث والثلث
كثير ، وإن نقص من الثلث جاز ، وأولى الأمرين به أن يعتبر حال الورثة ، فإن
كانوا فقراء كان النقصان من الثلث أولى به من استيعاب الثلث لقول علي كرم الله
وجهه ، لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث ، وقد أوردته الماوردي
في الحاوي الكبير عن رواية أخرى ، لأن أوصى بالسدس أحب إلى من أن
أوصى بالربع ، وبالربع أحب إلى من الثلث ،

وإن كان ورثته أغنياء وكان في ماله سعة فاستبقاء الثلث أولى به . وقد قال
عمر رضي الله عنه : الثلث وسط ، لا بخس ولا شطط . ولو استوعب الثلث من
قليل المال وكثيره ، ومع فقر الورثة وغناهم ، وصغيرهم وكبيرهم ، كانت
وصيته مفضلة له .

فأما الزيادة على الثلث فهو ممنوخ منها في قليل المال وكثيره ، لأن النبي صلى الله
عليه وسلم منع سداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع
ماله نظرت فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجاره ورده . فإن ردها
رجعت الوصية إلى الثلث ، وإن أجازها صححت . ثم فيها قولان
(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض ، وله فيها
ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وينبغي لمن رأى المريض يحنف في الوصية أن ينهه لقوله تعالى
« وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعفاً خافوا عليهم فليتقوا الله
وليقلوا قولاً سديداً ، قال أهل التفسير : إذا رأى المريض يحنف على ولده أن
يقول اتق الله ولا توص بمالك كله ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سداً
عن الزيادة على الثلث .

(فصل) والأفضل أن يقدم ما يوصى به من البر في حياته لما روى أبو هريرة
رضي الله عنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل ؟ قال

أن تصدق وأنت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرض به بعد موته فإن اختار أن يوصى فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصى به بيتا ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ، ولأنه إذا أخر لم يأمن أن يموت فجأة فتفوته .

(فصل) وأما من لا يجوز تصرفه في المال — فإن كان ممن لا يميز كالمعتوه والمبرسوم ومن عاين الموت — لم تصح وصيته لأن الوصية تتعاق صحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز ، ولهذا لا يصح إسلامه ولا توبته فلم تصح وصيته ، فإن كان صبياً ميمزاً أو بالغاً مبذراً ففيه قولان

(أحدهما) لا تصح وصيته ، لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والمبذر كالبهية (والثاني) تصح ، لأنه إنما منع من التصرف خوفاً من إضاعة المال وليس في الوصية إضاعة المال ، لأنه إن عاش فهو على ماله ؛ وإن مات لم يخرج إلى غير الثواب ، وقد حصل له ذلك بالوصية .

(الشرح) قوله تعالى : وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ، الآية . في هذه الآية وجهان كل وجه لا يطرد في كل الناس ، لأن الناس منهم من يصلح لهم أن يكون معنى الآية ما روى عن سعيد بن جبير : إذا حضر الرجل الوصية فلا ينبغي أن يقول أوصى بمالك ، فإن الله تعالى رازق ولدك ، ولكن يقول قدم لنفسك وارك لولدك ، فذلك قوله تعالى : فليتقوا الله ، ومنهم من يصلح له ما قاله مقسم وحضرمي : نزلت في عكس هذا ، وهو أن يقول للمحضر من يحضره : أمسك على وراثتك ، وأبق لولدك ، فليس أحد أحق بمالك من أولادك ، وينهاه عن الوصية فيضرر بذلك ذوا القربى وكل من يستحق أن يوصى له ، فقبل لهم ، كما تخشون على ذريبتكم وتسرون بأن يحسن إليهم فكذلك سددوا القول في جهة المساكين واليتامى ، واتقوا الله في ضررهم

وهذان القولان مبنيان على وقت وجوب الوصية قبل نزول آية الموارث

وأحسن ما قيل فيها ما حكاه الشيباني قال : كنا على قسطنطينية في عسكر مسلمة
ابن عبد الملك فجلسنا يوماً في جماعة من أهل العلم فيهم ابن الديلمي فتذاكروا
ما يكون من أهوال آخر الزمان . فقلت له : يا أبا بشر ، ودي ألا يكون لي ولد .
فقال لي : ما عليك ، ما من نسمة قضى الله بخروجها من رجل إلا خرجت أحب
أو كره ، ولكن إن أردت أن تأمن عليهم فاتق الله في غيرهم . ثم تلا الآية .
وقوله : يجنف ، من جنف يجنف كسمع يسمع إذا جار والاسم منه جنف
وجانف . قال الأعشى

تجانف عن حجر اليمامة ناقتي وما قصدت من أهلها لسوائكا
ومنه قوله تعالى : فمن خاف من موص جنفاً ، قال الشاعر
هم المولى وان جنفوا علينا وإنا من لقائهم لزور
وقال لبيد :

إني امرؤ منعت أرومة عامر ضيمي وقد جنفت على خصومي

وقال تعالى : فمن اضطر في مخنصة غير متجانف لإثم ، أي ماثل إليه
روى أبو داود عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
: إن الرجل أو المرأة ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران
في الوصية فتجب لهما النار ، وترجم النساء الصلاة على من جنف في وصيته
أخبرنا علي بن حجر أنبأنا هشيم عن منصور — وهو زاذان — عن الحسن
ابن سمرة عن عمران بن حصين رضى الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند
موته ولم يكن له مال غيرهم ، فبلى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب
من ذلك وقال : لقد هممت ألا أصلي عليه ، ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء
ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة ، وأخرجه مسلم بمعناه إلا أنه قال في آخره
وقال قولاً شديداً بدل قوله : لقد هممت ألا أصلي عليه ،

قال الماوردي في تأويل قوله تعالى ، جنفاً أو إثمًا ثلاثة أقاويل (أحدها) أن
الجنف الميل ، والإثم أن يأنم في أثره بعضهم على بعض . وهذا قول عطاء وابن
زيد (والثاني) أن الجنف الخطأ والإثم العمد ، وهذا قول السدي (والثالث) أنه

الرجل يوصى لولد بنيه وهو يريد بنيه . وهذا قول طاوس . فالإضرار في الوصية أن يوصى بأكثر من الثلث ، والإضرار في الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر منه .

وقد روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الإضرار في الوصية من الكبائر . وقال تعالى : ووصى بها إبراهيم بنيه ، الآية والأفضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته ، لحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل ؟ قال : أن تصدق وأنت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ،

وقد أخرج هذا الحديث الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذي ، ورواه أحمد في مسنده ولفظه في أكثرها : جاء رجل فقال يا رسول الله : أي الصدقة أفضل أو أعظم أجراً ؟ قال : أما وأبيك لتفتان أن تصدق وأنت صحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان ،

وقوله : لتفتان بالبناء لما لم يسم فاعله من الفتيا . وفي نسخة لتفتان من النبأ وقوله : أن تصدق بتخفيف الصاد على حذف إحدى التاءين ، وأصله أن تصدق والتشديد على الإدغام .

قوله : صحيح ، قال صاحب المنتهى : الشح بخل مع حرص ، قال الخطابي فيه أن المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه ، وأن سخاوته بالمال في مرضه لا تمحو عنه سمة البخل ، فلذلك شرط صحة البدن في الشح بالمال لأنه في الحالتين يجد المال وقعاً في قلبه لما يأمله من البقاء فيحذر معه الفقر

قال ابن بطال وغيره ، لما كان الشح غالباً في الصحة فالسباح فيه بالصدقة أصدق في النية وأعظم للأجر بخلاف من يمس من الحياة ورأى مصير المال لغيره .
وقوله : حتى إذا بلغت الروح الحلقوم ، أي قاربت بلوغه ، إذ لو بلغت حقيقة لم يصح شيء من تصرفاته ، والحلقوم مجرى النفس

قوله « قلت لفلان كذا ، قال ابن حجر : الظاهر أن هذا المذكور على سبيل المثال ، وقال الخطابي : فلان الأول والثاني الموصى له ، و فلان الأخير الوارث لأنه إن شاء أبطله وإن شاء أجازته ، والمقصود أن الحديث يدل على أن تنجيز وفاة الدين والتصدق في حال الصحة أفضل منه حال المرض لأنه في حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالباً لما يخوفه به الشيطان ويزينه له من الأمل في الحياة والحاجة إلى المال ، قال تعالى « الشيطان يعدمكم الفقر ويأمركم بالفحشاء ، والله يعدمكم مغفرة منه وفضلاً » وفي معنى الحديث قوله تعالى « وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت » الآية ، وفي معنى الحديث أيضاً ما أخرجه الترمذي بإسناد حسن وصححه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعاً « مثل الذي يعتق ويتصدق عند موته ، مثل الذي يهدى إذا شجع » .

وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده بلفظ « ما حق إمرىء مسلم ببیت ليلتين وله شيء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » ورواه الشافعي بلفظ « ما حق إمرىء يؤمن بالوصية ، أى يؤمن بأنها حق كما حكاها ابن عبد البر عن ابن عيينة ، ورواه ابن عبد البر والطحاوى بلفظ « لا يحل لامرئ مسلم له مال » وقال الشافعي : معنى الحديث ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، وكذا قال الخطابي ، قوله : مسلم .

قال ابن حجر في فتح الباري : هذا الوصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له أو ذكر للتبهيح لتقع المبادرة إلى الامتثال لما يشعر به من نفي الإسلام عن تارك ذلك ، ووصية الكافر جائزة في الجملة ،

وحكى ابن المنذر فيه الإجماع . قوله ببیت صفة مسلم . قوله ليلتين في رواية للبيهقي وأبي عوانة . ليلة أو ليلتين ، ولمسلم والنسائي ثلاث ليل ، واختلف الروايات في هذا يدل على أنه للتقريب لا للتحديد ، والمعنى لا يمضي عليه زمان وإن كان قليلاً إلا ووصيته مكتوبة ، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن البسير ، وكان الثلاث غاية الأخير ، ولذلك قال ابن عمر رضي الله عنه لم أبت ليلة منذ سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتي عندي ، وفي تخصيص
 الليلين والثلاث بالذكر تسامح في إرادة المبالغة ، أى لا ينبغي أن يبيت زمنا ما
 وقد ساءتاه في الليلتين والثلاث ، فلا ينبغي له أن يتجاوز ذلك . أما قوله المبرسم
 وهو الذى أصيب بعملة الورم في الدماغ يصاب صاحبه بصداغ وكرامية للضوء
 وزوال للعقل ، وقيل انه الموت لأن بر بالسريانيه الإبن والسام الموت ، ومنه
 حديث شفاء من كل داء الا السام . قيل وما السام ؛ قال الموت .

إذا ثبت هذا : فإن الوصايا تشتمل على أربعة شروط وهى موسى وموصى
 له وموصى به وموصى اليه ، فأما الفصل الأول وهو الموصى فمن شرطه أن
 يكون عاقلًا ، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صححت وصيته في ماله مسلما كان
 أو كافرا ، فأما المجنون فلا تصح وصيته لأنه غير عاقل . وأما الصبي فإن كان طفلا
 غير مميز فوصيته باطلة ، وإن كان مرافقا ففي جواز وصيته قولان .

(أحدهما) لا تجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، واختاره المزني لارتفاع القلم عنه
 كالمجنون ؛ لان الوصية عقد فأشبهت سائر العقود .

(والقول الثانى) وبه قال مالك ان وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزرقى
 قال مثل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن غلام يافع من غسان وصى لبنت عمه
 وله عشر سنين ، وله وارث ببلد آخر ، فأجاز عمر رضى الله عنه وصيته ، ولان
 المعنى الذى لأجله منعت عقودة هو المعنى الذى أمضيت وصيته لان الحظ له في
 منع العقود لانه لا يتمجل بها نفعا ، ولا يقدر على استدراكها اذا بلغ والحظ له
 في امضاء الوصية ، لانه ان مات فله ثوابها وذلك أحظ له من تركه على ورثته ،
 وإن عاش وبلغ قدر على استدراكها والرجوع فيها ، فعلى هذا لو أعتق في مرضه
 أرحابى أو وهب ففي صحة ذلك وجهان .

(أحدهما) صحيح ، لان ذلك وصيه يعتبر من الثلث .

(والوجه الثانى) أنه باطل مردود لأن الوصيه يقدر على الوجوع فيها ان
 صح ، والعتق والهبة لا يقدر على الرجوع فيها ان صح .

فأما وصيه المحجور عليه بالسفه . فإن قيل يجوز وصيه الصبي فوصيه-

السفيه أجوز ، وإن قبل ببطلان وصية الصبي بابطال عقوده بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده .

وأما المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت ، وإن أمضوها جازت ، فإن قلنا : حجر الفلس كحجر المرض صحت ، وإن قلنا : إنه كحجر السفيه كان على وجهين ، فأما العبد فوصيته باطلة ، وكذلك المدبر وأم الولد والمكاتب لأن السيد أملك منهم لا في أيديهم . فأما الكافر فوصيته جائزة ذمياً كان أو حريباً إذا أوصى بمثل ما يوصى به المسلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث للمسلمين ، ولا يجوز له منهم فبطلت فإن كان له وارث ففيه قولان .

(أحدهما) أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعاداً عن الوصية بما زاد على الثلث ، والنهي يقتضى الفساد ، وليست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث .

(والثاني) أنها تصح وتقف على إجازة الوارث ، فإن أجاز نفذت ، وإن ردها بطلت ، لأن الوصية صادفت ملكه ، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت الإجازة كما لو باع ما فيه شفعه ، فإن قلنا : علي أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة ، ويعتبر في لزومها القبض ، وإن كان الوصية عتقاً لم يصح إلا بلفظ العتق ، ويكون الولاء فيه للوارث ، وإن قلنا أنها تصح كانت الإجازة أمضاء لما وصى به الموصى وتصح بلفظ الإجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو ، فإن كانت الوصية عتقاً كان الولاء للموصى ، ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت لأنه لا حق له قبل الموت فلم يصح إسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع .

(فصل) فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث ، ثم قال أجزت لاني ظننت أن المال قليل وأن ثلثه قليل ، وقد بان أنه كثير لزمته الإجازة فيها علم والقول

قوله فيها لم يعلم مع بيمينه فإذا حلف لم يلزمه لأن الإجازة في أحد القولين هبة ،
 وفي الثاني إسقاط والجميع لا يصح مع الجهل به وان وصى بعبد فأجازته الوارث
 ثم قال أجزت لاني ظننت أن المال كثير ، وقد بان أنه قليل ففيه قولان .
 (أحدهما) أن القول قوله كالمسئلة قبلها (والثاني) أنه يلزمه الوصية لأنه
 عرف ما أجازته ويخالف المسئلة قبلها فان هناك لم يعلم ما أجازته .

(الشرح) الأحكام : الزيادة على الثلث ممنوع منها في قليل المال وكثيره
 لحديث سعد الذي مضى تخريجه وبيان طرقة الذي منعه سعداً من الزيادة عليه ،
 فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظر ، فان كان له وارث كانت الوصية
 موقوفة على إجازته ورده ، فان ردها رجعت الوصية الى الثلث ، وان أجازها
 صححت ، ثم فيها قولان .

(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم الا بالقبض وله الرجوع
 فيها ما لم يقبض ، وان كانت قبل القبض بطلت كالحبات . فان لم يكن للبيت وارث
 فأوصى بجميع ماله ردت وصيته الى الثلث في حق بيت المال .

وقال أبو حنيفة : وصيته اذا لم يكن له وارث نافذة في جميع ماله استتدلالاً
 بأن النبي صلى الله عليه وسلم لما منع سعداً من الزيادة على الثلث قال : لأن تدع
 ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم عالة يتكففون الناس لجمل المنع من الزيادة
 حقاً للورثة ، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع ، وبما روى عن ابن مسعود رضي
 الله عنه أنه قال لا وارث لمن وضع ماله حيث شاء ، ولأنه لما كانت الصدقة بجميع
 ماله جازت وصيته بجميع ماله .

ودليلنا ما روى عن أبي الدرداء رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال : ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجمعها
 لكم زيادة في أعمالكم ، رواه الدارقطني ورواه أحمد والبيهقي والبخاري وابن ماجه
 من حديث أبي هريرة بلفظ : ان الله تصدق عليكم عند موتكم بثلاث أموالكم
 زيادة لكم في أعمالكم ، وقد ضعف الحافظ ابن حجر اسناده وأخرجه أيضاً

الدارقطنى والبيهقى من حديث أبى أمامة بلفظ : ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعل لكم زكاة فى أموالكم ، وفى اسناده اسماعيل ابن عياش وشيخه عتبه بن حميد .

ولأن الانصارى أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ماضى ذكره ، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثاً لأميرين .

أحدهما : أنه يخلف الورثة فى الاستحقاق للماله .

والثانى : أنه يعقل عنه كورثته ، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث ، وقد يتحرر منه قياسان (أحدهما) أن كل جهة استحققت التركة بالوفاة منعت من الوصية بالجميع كالورثة (والثانى) أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : لأن ندع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلاً لرد الزيادة على الثلث ، ولو كان ذلك تعليلاً لجازت الزيادة على الثلث مع غنائه إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس ، وإنما قاله صلة فى الكلام وتنبيها على الخط .

وأما قول ابن مسعود يضع ماله حيث يشاء ، فإنه الثلث وحده ، وله وضعه حيث شاء ، وأما الصدقة فهى كالوصية إن كانت فى الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه ، وإن كانت فى المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث ؛ فمنهم من قال الاعتبار بقدر المال فى حال الوصية لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال ، فكان الاعتبار فيه بحال العقد ، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلازم الوصية فى الزيادة ، فإن وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلق به الوصية ، وإن

وهي وله مال فهلك ماله بطلت الوصية ، ومنهم من قال : الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب ، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها ، ولأنه لو وصى بثلك ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن ، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تعلق بالثمن ، لأنه لم يكن حال الوصية ، فعلى هذا لو وصى بثلك ماله وماله ألف فصار الدين لومت الوصية في ثلث الألفين ، فإن وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت به الوصية ، فإن وصى بثلكه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية .

(الشرح) الأحكام : تجوز الوصية بثلك ماله وإن لم يعلم قدره ، واختلاف أصحابنا هل يراعى بثلك ماله وقت الوصية أو عند الوفاة على وجهين (أحدهما) وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصية ، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لأنها عقد ، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي حنيفة وأكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة ، لأن الوصايا تملك بالموت ، فاعتبر بها وقت ملكها ، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلك ماله ولا مال له ثم أفاد مالا - فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتباراً بحال الوصية ، وعلى الوجه الثاني تكون الوصية جائزة اعتباراً بحال الموت . وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرساً ولا خيلاً ثم ملك قبل الموت خيولاً صححت الوصية إن اعتبر بها حال الموت ، وبطلت إن اعتبر بها حال القول : وعلى هذا القول لو وصى بثلك ماله وله مال فهلك ماله وأفاد غيره صححت الوصية في المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت ، وبطلت إن اعتبر بها حال الوصية .

قال المصنف رحمه الله .

(فصل) وأما الوصية بما لا قر به فيه كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهي باطلة لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما قات ويزيد بها الحسنة ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى أعطاكم ثلث

أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم ، وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم
تصح فيه الوصية ، فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه وجهان
(أحدهما) يصح لأنه قصد تخصيصه بالتملك (والثاني) لا يصح لأن البيع
من غير محاباة ليس بقربة ، فلم تصح الوصية به ، وإن وصى لذمي جاز ، لما روى
أن صفية وصت لأخيها بثلاثمائة ألفاً وكان يهودياً ، ولأن الذمي موضع
للقرية ، ولهذا يجوز التصديق عليه بصدقة التطوع فجازت له الوصية ، فإن وصى
لحربي ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا تصح الوصية ، وهو قول أبي العباس بن القاسم ، لأن
القصود بالوصية نفع الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله فلا معنى
للوصية له (والثاني) يصح - وهو المذهب - لأنه تملك يصح للذمي فصح
للحربي كالبيع .

(فصل) واختلاف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقائله فقال
في أحد القولين : لا يجوز لأنه مال يستحق بالوات فمنع القتل منه كالميراث ، وقال
في الثاني يجوز لأنه تملك يفترق إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع ، فإن قتلت
أم الولد مولاهما عتقت لأن عتقها ليس بوصية ، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم
يمنع القتل منه . فإن قتل المدبر مولاه فإن قلنا ان التدبير عتق بالصفة عتق
لأنه ليس بوصية ، وإنما هو عتق بصفة وقد وجدت الصفة فعتق ، وإن قلنا إنه
وصية وقلنا ان الوصية للماتل لا تجوز لم يعتق ، وإن قلنا انها تجوز عتق من الثلث
فإن كان على رجل دين مزجل فقتله صاحب الدين حل الدين ، لأن الأجل حق
للمقتول لا حظ له في بقاءه ، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه

(الشرح) حديث إن الله تعالى أعطاكم الخ . فقد رواه الدارقطني عن
أبي الدرداء وسكت ولم يتكلم عليه الحافظ بن حجر ؛ ورواه وأخرجه أيضاً أحد
وكذلك البيهقي وابن ماجه والبزار من حديث أبي هريرة . قال الحافظ بن حجر
واسناده ضعيف ، ورواه الدارقطني والبيهقي عن أبي أمامة ، وفي أسناده اسماعيل
ابن عياش ، وهو ثقة في الشاميين ضعيف في غيرهم ، وهو رواه عن شيخه عنه

ابن حميد الضبي صدوق له أوهام . ورواه العقيلي في الضعفاء عن أبي بكر الصديق
وفي إسناده حفص بن عمرو بن ميمون وهو متروك . وعن خالد بن عبد الله
السلمي عند ابن عاصم وابن السكن وابن قانع وأبي نعيم والطبراني وهو مختلف
في صحبته ، ورواه عنه ابنه الحارث وهو مجبول
وأما وصية أم المؤمنين صفية رضي الله عنها فقد مضى تخريج الخبر في كتاب
الوصي فلا ضرورة لإعادته .

أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكنائس باطلة لأنها يجمع معاصيهم ومنتدى
تأليهم للبشر ، ومباةة التثايلث والتجسيد . وكذلك الوصية لكتب التوراة
والإنجيل لتبديلها وتغييرها ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً . وأجازها
أبو حنيفة من الكافر دون المسلم ، وهكذا أجاز وصيته بالخمر والخنزير يتصدق
بها على أهل الذمة . وهذا فاسد لقوله تعالى ، وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا
تتبع أهواءهم ،

وخالف أبو حنيفة أصحابه في الكنيسه ووافقها فيها عداها . فأما الوصية
للكافر بجائزة ذمياً كان أو حربياً ، وقال أبو حنيفة : الوصية للحربي باطلة لأن
الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين فلم يجز أن يبيع للمشركين أموال المسلمين
وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أنه لمسلم يمنع شرك الذي لم يمنع شرك الحربي
من الوصية كالنكاح (والثاني) أنه لما جازت الهبة للحربي وهي أمضى عطية من
الوصية كان أولى أن تجوز له الوصية ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً .

فأما الوصية للمرتد فعلى ثلاثة أقسام ذكرناها في كتاب الوقف
(أحدها) أن يوصى لمن يرغب عن الإسلام فالوصية باطلة لعقدتها على معصية
(الثاني) أن يوصى بها لمسلم فيرتد عن الإسلام بعد الوصية له فالوصية جائزة
لأنها وصية صادفت حال الإسلام
(والثالث) أن يوصى بها للمرتد مدين ففي الوصية وجهان ، أحدهما باطلة .
والثاني : جائزة .

أما المحاباة في المرض ، وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض
عوضه وهي أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ، ولا يمنع ذلك صحة في

قول جمهور الفقهاء . وقال أصحاب داود بن علي : العقد باطل ، وجمهور قوله تعالى : وأحل الله البيع دليل على صحة قول الجمهور ، ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض ، فلو باع في مرضه فرساً قيمته خمسون بعشرين فقد جابى المشتري بثلاثة أخماسه ؛ وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن لم يجيزوا واختار المشتري ففسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إتمام البيع فله جميع عند أصحاب أحمد وهو اختيار ابن قدامة في المغني أنه يأخذ النصف للمبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي ، وهذا أحد الوجهين عند أصحاب الشافعي . والوجه الثاني أنه يأخذ ثلث المبيع بالثمن كله ، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن . وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث ولا أصحابنا كما ساق المصنف ذلك إذا وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة . فإذا قلنا إن مجرد التخصيص بالتملك يقوم مقام المحاباة صححت الوصية على هذا الوجه .

وإن قلنا إن البيع من غير محاباة ليس قرينة والمراعى في الوصية التقرب إلى الله تعالى لحديث أبي الدرداء لم تصح الوصية

(فرع)

تصح الوصية للذمي باتفاق أهل العلم لا نعلم في ذلك خلافاً ، ولأن الصدقة عليه جائزة لمجازت الوصية . أما الحربي ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو المذهب وبه قال أحمد في المنصوص عنه وهو قول مالك أن الوصية للحربي تصح في دار الحرب

(والثاني) لا تصح وهو قول أبي حنيفة لقوله تعالى : لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم - إلى قوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ، الآية ، فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بربه ، وهو قول أبي العباس بن القاسم من أصحابنا ، لأن القصد من الوصية التقرب إلى الله بنفع يعود إلى الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ سلبه ؛ فلا معنى للوصية مع قيام هذا كله .

دليلنا : أنه تملك بصح للذي فصيح للحربي ، ولما كانت تصح هبته فقد صحت الوصية له كالذي ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال : يا رسول الله كسر ثيابها وقد قلت في حلة عطار ما قلت ، فقال : لاني لم أعطكم ثيابها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة .

وعن أسماء بنت أبي بكر قالت ، أتتني أمي وهي راغبة - تعني عن الإسلام - فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتتني أمي وهي راغبة فأصلها ، قال : نعم وهذا الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والاية حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبي كان يبر المقاتلة من الصليبيين حتى كان مضرب المثل في المروءة وعلو الهمة فكان يداوى مرضاهم ويأسو جراحهم ، بيد أنه لم يعف عن طفئ وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم أن أظفره الله به ليضرب عنقه بيده : وعندما وقع في الأسر مع غيره من ملوك أوربة عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده برا بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغ ما بلغ قدره ، فهذا هو طريق الشرع ، وإن احتج بالمفهوم فإنه لا يراه حجة ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة . والوصية في معناها ، فأما المرتد فعند أبي الخطاب من أصحاب الإمام أحمد تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبي موسى : لا تصح لأن ملكاً غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولأن ملكه يزول عن ماله بردته في قول جماعة منهم فلا يثبت له الملك بالوصية ، وقد مضى مذهبنا فيه في الوقت .

(فرع) الوصية للمقاتل فيها قولان .

أحدهما - وهو مذهب مالك رضي الله عنه تجوز الوصية ، وإن لم يرث كما تجوز الوصية للكافر ، وإن لم يرث ، ولأنه تملك يراعى فيه القبول فلم يمنع منه القتل كالبيع ، وهذا أحد الأوجه الثلاثة عند الحنابلة حيث قال ابن حامد : تجوز الوصية له . وهو قول أبي ثور وابن المنذر أيضاً .

والقول الثاني - وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأحد الأوجه الثلاثة

عند الجنابة : لا تصح الوصية له . لأن أحمد رضى الله عنه نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره ، وعندنا أنه يبطل إذا اعتبر التدبير وصية ، أما إذا اعتبر صفة فإن التدبير ماض ويعتق بموت سيده ولو قتلوا وهذا أيضا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت بحرى الميراث فيمنعها ما يمنعه ؛ لأن الميراث أقوى التمسكات فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية .

فإذا تقرر هذان القولان فلا فرق بين أن يوصى له بعد جرحه إياه وجنابته عليه ، وبين أن يوصى له قبل الجنابة ثم يجنى عليه فيقتله في أن الوصية على قواين ولكن لو قال الموصى وليس بمجروح : قد وصيت بثلاثي لمن يقتلني فقتله رجل لم تصح الوصية له قولا واحداً لأمرين .

(أحدهما) أنها وصية عقدت على معصية .

(والثاني) أن فيها إغراء بقتله ، فلو وصى بثلاثة أقالم زيد ، فإن كان قبل القتل لم يحز لما ذكرنا ، وإن كان بعد قتله جاز ، وكان القتل تعريفاً ، وهكذا لو وهب في مرضه لقاتله هبة أو حاباه في بيع أو أبراه من حق فيك ذلك على قولين لأنها وصية له تعتبر في الثلث ، وهكذا لو أعتق في مرضه عبداً فقتل العبد سيده كان في عتقه قولان لأنها وصية له ، ولكن لو وهب هبة في صحته أو أبرأ من حق أو حابي في بيع أو أعتق عبداً ، ثم إن الموهوب له قتل الواهب أو المبرأ قتل المبرىء أو المحابي قتل المحابي والعبد قتل السيد كان ذلك كله نافذاً ماضياً ، لأن فعله في الصحة جرى مجرى الوصايا ، ولو جرح رجل رجلاً - ثم إن المجروح وصى للجراح بوصية ثم جنى على الموصى آخر فذبحه - جازت الوصية للجراح الأول ، لأن الذابح صار قاتلاً ، ولو لم يكن الثاني قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثاني والأول قاتلين ، فردت الوصية للأول في أحد القولين ، وهذا هو قول مالك وأب ثور وابن المنذر وأحد القولين عند أحمد ؛ وأظهر القولين للشافعي لأن الهبة تصح فصحت الوصية له كالذمى ، وقال القاضي أبو بكر من الجنابة : لا تصح الوصية له وهذا هو قول الثوري وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي .

قال الماوردي في حاربه : وإذا قتل المدبر سيده - فإن قيل : إن الدبير عتق
بصفه لم يبطل عتقه ، وإن قيل : إن الدبير وديه ففي بطلان عتقه قولان
لأنه يعتق في الثلث ، ولو قتل أم الولد سيدها بعد عتقها صح عتقها قولاً
واحداً لأمرين ،

أحدهما : أن عتقها مستحق من رأس المال .

والثاني : أن في استبقائها على حالها إضراراً بالورثة لأنهم لا يقدرون على
بيعها ، وخالف استبقاء رق المدبر للقدرة على بيعه - ثم ينظر في أم الولد إذا كان
قتلها عمداً - فإن لم يكن ولدها باقياً قتلت قوداً ، وإن كان باقياً سقط القود عنها
لأن ولدها شريك للورثة في القود فيها ، وهو لا يستحق القود من أمه فسقط
حقه ، وإذا سقط القود عنها في حق بعض الورثة سقط في حق الجميع اهـ .

ولو أن رجلاً وصى لابن قاتله أو لأبيه أو لزوجته صحت الوصيه لأن القاتل
غير الموصى له ، ولو أوصى لعبد القاتل لم تجز في أحد القوانين لأنها وصيه
للقاتل ، ولو أقر رجل لقاتله بدين كان إقراره نافذاً قولاً واحداً لأن الدين لازم
وهو من رأس المال بخلاف الوصايا ، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل
حل بموت المقتول ولا يبقى إلى أجله ، لأن الاجل حق لمن عليه الدين لا يورث
عنه ، وليس كالمال الموروث إذا منع القاتل منه صار إلى الورثة ، وسواء كان
القتل في الوصيه عمداً أو خطأ كما أن الميراث يمنع منه قبل العمد والخطأ ؛ فلو
أجاز الورثة الوصيه للقاتل ، وقد منع منها في أحد القوانين - كان في إرضائها
بإجازته وجهان من اختلاف قولين في إرضائهم للوصيه للوارث .

فإن قلنا : إن الوصيه للوارث مردودة ولا تمضي بإجازتهم ردت الوصيه
للقاتل ولم تمض بإجازتهم ، وإن قلنا إنه يمضي الوصيه للوارث بإجازتهم
أمضيت الوصيه للقاتل بإجازتهم ، والأصح إرضاء الوصيه للوارث بالإجازة ،
ورد الوصيه للقاتل مع الإجازة ، لأن حق الرد في الوصيه للقاتل إنما هو للمقتول
لما فيه من حسم الذرائع المفضيه إلى قتل نفسه فلم تصح الوصيه له . بإجازتهم ،
واقه تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف قوله في الوصية للوارث فقال في أحد القولين لا تصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث ، ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح ، قالوا أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الاجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة . والثاني تصح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تجوز لوارث وصية إلا ان شاء الورثة ، فدل على أنهم إذا شاءوا كانت وصية ، وليست الوصية في ملكه وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لمن لا يملك فإن وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تملك فلم يصح للميت كالهبة ، وإن وصى لمحل يتقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو استة أشهر وليست بفراش صحته الوصية لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية ، وإن وضعته ستة أشهر وهي فراش لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك فإن ألقته ميتاً لم تصح الوصية لأنه لا يتقن حياته حال الوصية ، ولهذا لا يحكم له بالإرث فلم يحكم له بالملك بالوصية ، فإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية . وقال أبو إسحاق تصح والمذهب الاول لأنه تملك لمن لا يملك فلم يصح (فصل) فإن قال وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تملك لغير معين ، فإن قال أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز لأنه ليس بتمليك وإنما هو وصية بالتمليك ، ولهذا أو قال وصيت بهذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح ولو قال لو كيله بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز

(فصل) فإن أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه ، لأن العبد لا يملك فكانت الوصية للوارث ، وقد بيناه ، فإن وصى لمكاتبه صححت الوصية ، لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية ، فإن وصى لأم وولد صححت لأنها حرة عند الاستحقاق ، فإن وصى لمدره وعق من الثالث صححت له الوصية

لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد ، فإن لم يعتقد كانت الوصية للوارث وقد بيناه
 فإن وصى لعبد غيره كانت الوصية لولاه ، وهل يصح قبوله من غير إذن المولى
 فيه ؟ وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه يصح ويملك به المولى كما يملك
 ما يصطاده غير إذنه

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يصح لأنه تملك للسيد
 بمقتضى ما يصح القبول فيه من غير إذنه ، وهل يصح قبول السيد ؟ فيه وجهان .
 (أحدهما) لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالايجاب في البيع
 (والثاني) يصح لأن القبول في الوصية يصح لغير من أوجب له وهو الوارث
 بخلاف البيع .

(الشرح) حديث جابر أخرجه الدارقطني وصوب إرساله ، ويبدو أن
 المصنف ساقه لاحتجاج الشافعي به في أحد قوايه ، وإلا لحديث عمرو بن عمار
 رواه البخاري ومسلم وأحمد والنسائي والترمذي وصححه والدارقطني والبيهقي
 أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرائها وهي تقصع
 بجزتها ، وإن لغامها يسيل بين كفتي فسمعتة يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق
 حقه فلا وصية لوارث ،

وعن أبي أمامه عند أحمد والبخاري ومسلم وأبي داود والترمذي قال سمعت
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه
 فلا وصية لوارث ، وأخرجه الدارقطني عن ابن عباس قال قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم : لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة ،

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
 لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ، رواه الدارقطني . وهذا الحديث قال
 فيه الشافعي رضي الله عنه : إن هذا المتن متواتر . قال وجدنا أهل الفتيا ومن
 حفظنا عنهم من أهل العلم بالمازى من قريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي
 صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : لا وصية لوارث ، وبأثره عن محفوظه
 عنه عن لقوه من أهل العلم ، فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد

قلت : وقد ضعف الحافظ بن حجر جميع طرقه وقال : لا يخلو واحد منها من مقال ولا كنهه يسلم بأنها في مجموعها أصل إلى درجة الاحتجاج بها وقد عده السيوطي في الأحاديث المتواترة في كتابه الموسوم بالأزهار المتناثرة في الأحاديث المتواترة . وهو مروى عن أبي أمامة وهمرو بن خارجة وعلي وابن عباس وعمرو بن دينار وأبي جعفر الباقر وجابر بن افة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وزيد بن أرقم والبراء بن عازب . وقد نازع الفخر الرازي في كون هذا الحديث متواتراً . قال وعلي تقدير تسليم ذلك فالشهور من مذهب الشافعي أن القرآن لا ينسخ بالسنة

قال الحافظ بن حجر : لكن الحججة في هذا إجماع العلماء على مقتضاه ، كما صرح به الشافعي وغيره .

ثم قال والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم ، لأن الأصل كثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة .

وقال الصنعاني في سبل السلام : الأقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه ، وإن نازع الفخر في تواتره ، ولا يضر ذلك بثبوته . وقبل إنها لا تصح الوصية لوارث أصلاً ، وهو الظاهر لأن النفي إما أن يتوجه إلى الذات ، والمراد لا وصية شرعية . وإما إلى ما هو أقرب إلى الذات وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه هاهنا إلى الكمال الذي هو أبعد المجازين . وقد اختلف في تعيين ناسخ آية الوصية للوالدين ، فقبل آية الفرائض ، وقبل الأحاديث المذكورة في الباب . وقبل دل الإجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله

• • •

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : أخبرنا ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا وصية لوارث ، وما وصفت من أن الوصية للوارث منسوخة بأي الموارث وأن لا وصية لوارث مما لا أعرف عن أحد من لقيت خلافاً .

وإذا كانت الوصايا لمن أمر الله تعالى ذكره بالوصية منسوخة بأي الموارث
وكانت السنه تدل على أنها لا تجوز لو ارت ، وتدل على أنها تجوز لغير قرابة دل
ذلك على نسخ الوصية للورثه ، وأشبه أن يدل على نسخ الوصايا لغيرهم قال
ودل على أن الوصايا للوالدين وغيرهما من يرت بكل حال إذا كان في معنى غير
وارث فالوصية له جائزة ومن قبل أنها إنما بطلت وصيته إذا كان وارثاً ، فإذا لم
يكن وارثاً فليس يبطل للوصيه . وإذا كان الموصى يتناول من شاء بوصيته كان
والده دون قرابته إذا كانوا غير ورثه في معنى من لا يرث ، ولهم حق القرابه
وصلة الرحم .

وقال الشافعي رضي الله عنه في باب الوصيه للوارث من الائم : ورأيت
متظاهراً عند عامه من لقيت من أهل العلم بالمغازي (١) أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال في خطبته عام الفتح : لا وصيه لوارث ، لحكم الوصيه لوارث
حكم ما لم يكن ، فتي أوصى رجل لوارث وقفنا الوصيه ، فان مات الموصى
والموصى له وارث ، فلا وصيه له ، وإن حدث للموصى وارث يحجبه أو خرج
الموصى له من أن يكون يوم يموت وارثاً له ، بأن يكون أوصى صحيحاً لامرأته
ثم طلقها ثلاثاً ثم مات مكانه ، فالوصيه لها جائزة لأنها غير وارثه ؛ وإنما ترد
الوصيه وتجوز إذا كان لها حكم ، ولا يكون لها حكم إلا بعد موت الموصى حتى
تجب أو تبطل .

ولو أوصى لرجل وله دونه وارث يحجبه فمات الوارث قبل الموصى فصار
الموصى له وارثاً ، أو لامرأة ثم نكحها ومات وهي زوجته بطلت الوصيه أهما
معاً ، لأنها صارت وصيه لوارث

(١) كان أظهر ما في التاريخ من المحولات الاجتماعيه والسياسيه هو
المغازي فقد كان المؤرخون يسمون (أهل العلم بالمغازي)

ولو أوصى لوارث وأجنبي بهيد أو دار أو ثوب أو مال مسمى بطل نصيب الوارث وجزا للأجنبي ما يصيبه وهو النصف من جميع ما أوصى به للوارث والأجنبي ، ولكن لو قال : أوصيت بكذا لفلان وفلان فإن كان سمي للوارث ثانياً ولأجنبي ثلثي ما أوصى به جاز للأجنبي ما سمي له ، ورد عن الوارث ما سمي له ، ولو كان له ابن يرثه ولائته أم ولدته أو حضنته ، أو أرضعته أو أب أرضعه أو زوجه أو ولد لا يرثه أو خادم أو غير فأوصى لهؤلاء كلهم أو لبعضهم جازت الوصية لهم لأن كل هؤلاء غير وارث وكل هؤلاء مالك لما أوصى له به لمصلحة لماله إن شاء منعه ابنته وإن شاء أعطاه إياه .

وقال الصنعاني في سبيل السلام : وذهب الهادي وجماعة إلى جوازها مستدلين بقوله تعالى كذب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ، الآية ، قالوا : ونسخ الوجوب لا ينافي بقاء الجواز ، قلنا : نعم لو لم يرد هذا الحديث ، فإنه ناف لجوازها إذ وجوبها قد علم نسخه من آية الموارث كما قال ابن عباس : كان المال للولد والوصية للوالدين ، فنسخ الله سبحانه من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع .

وقوله في الحديث : إلا أن يشاء الورثة ، دليل على صحة الوصية ونفاذها للوارث إن أجازها الورثة ، لأنهم قد أسقطوا حقهم ، وهو قول جمهور الفقهاء ماعدا المزني من أصحاب الشافعي وداود بن علي الظاهري وأصحابه وبعض الخنابلة حيث قالوا : لا أثر لإجازتهم ، والظاهر أن لهم أثر في جوازها ، لأنه صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصية للوارث قيدها بقوله إلا أن يشاء الورثة وأطلق لما منع الوصية عن الزائد عن الثلث ، وليس لنا تقييد ما أطلقه ومن قيد هناك قال : إنه يؤخذ القيد من التعليل بقوله (إنك إن تذر . . . الخ) فإنه دل على أن المنع من الزيادة على الثلث كان مراعاة لحق الورثة ، فإن أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة . هذا في الوصية للوارث ، واختلفوا إذا أقر المريض للوارث بشيء من ماله فأجازة الأوزاعي وجماعة مطلقاً .

وقال أحمد : لا يجوز اقرار المريض لوارثه مطلقا ، واحتج بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لوارثه أن يجعلها اقراراً ؛ واحتج الأول بما يتضمن الجواب عن هذه الحجة فقال : ان التهمة في حق المحتضر بعيدة وبأنه وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح اقراره مع أنه يتضمن الإقرار بالمال وبأن مدار الأحكام على الظاهر فلا يترك اقراره للظن المحتمل فإن أمره الى الله .

(قلت) وهذا القول أقوى دليلا ، واستثنى مالك ما اذا أقر ابنته ومعها من يشاركها من غير الولد ، كابن العم قال : لأنه يتهم في أنه يزيد لابنته ، وينقص ابن العم ، وكذلك استثنى ما اذا أقر لزوجته المعروف بحبته لها وميله اليها ، وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد لا سيما اذا كان له منها ولد في تلك الحال . قلت : والأحسن ما قيل عن بعض المالكية واختاره الروايات في بحر المذهب من أصحابنا : ان مدار الأمر على التهمة وعدمها ، فإن فقدت جاز والا فلا ، وهي تعرف بقرائن الأحوال وغيرها .

وعن بعض الفقهاء : أنه لا يصح اقراره الا للزوجة بمهرها ، وسيأتي مزيد ايضاح ان شاء الله . وقاعدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فأجازة الورثة تنفيذ ، فاذا اجازها الورثة لزم الوصية ، وان كانت باطلة كانت هبة مبدأه تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض ، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

وأما بقية الفصول من الوصية للعبد والمكاتب وأم الولد وعبد غيره فعلى وجهها . ولا تمتد الى مزيد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لأنه تمليك جزء من ماله لمجاز في المشاع والمقسوم كالبيع ، ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن والابن في الضرع وعبد من عبيد وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الأبق لأن الموصى له بخلاف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت

، هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له ، فان وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه ، فان وصى برقبته فهو على الفولين في بيته .

(فصل) فان وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة صحت الوصية لان المدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، لجاز أن يملك بالوصية ، ومن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الاعتبار بحال الوصية لم تصح لأنه لا يملك في الحال ما وصى به .

(فصل) ويجوز الوصية بالمنافع لانها كالأعيان في الملك بالعقد والارت فكانت كالأعيان في الوصية ويجوز بالعين دون المنفعة وبالعين لو احد وبالمنفعة لآخر لان المنفعة والعين كالعين لجاز فيهما ما جاز في العينين ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة ومنفعة مؤبدة لان المقدرة كالعين المعلومه والمؤبدة كالعين المجمولة فصحت الوصية بالجميع .

(فصل) ويجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسجاد والزيت النجس والكلب وجسد الميتة لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها فجاز نقل اليد فيها بالوصية ، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور لأنه لا يحل الانتفاع بها ولا تفر اليد عليها فلم تجز الوصية بها .

(الشرح) اذا أوصى لرجل بعين من ماله ، ولاخر بجزء مشاع منه كثلث المال ورابعه فأجزى لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولاخر بجزء منه ، فأما في حال الرد فان كانت وصيتهما لا تتجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بعين قيمته سدس المال ، فهي بحال الاجازة سواء اذ لا أثر للرد ، وان جازت ثلثه رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والاخر يأخذ حقه من جميع المال ، وقد رجح ابن قدامة من الخنا بانه أنهما يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الاجازة . وهذا قول ابن أبي ليلى

وقال أبو حنيفة ومالك في الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الاخر

سهامه إلى سهام الورثة ويقسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرق لأن له السدس ، ولورثة أربعة أسداس وهو مثل كلام الخرق من الخاتبة إلا أن الخرق يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر المعين .
واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ، لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثالث المال وقد رجع الوصيان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية .

قال الشافعي : ولو أوصى له بالثلث من دار أو أرض فأذهب السيل ثلثيها وبقي ثلثها ، فالثالث الباقي الموصى له إذا خرج من الثلث ، فسوى الشافعي وصى الله عنه بين استحقاق الثلثين مشاعا وبين ذهاب ثلثيها بالسيل محوزاً في أن الوصية تكون بالثلث الباقي بعد الاستحقاق والتلف بالسيل ، والذي أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاقه لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقي كله وذهاب الثلثين منها بالسيل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقي ، وبوجوب أن تكون الوصية بثالث الثلث الباقي ، فإذا استحق ثلثيها لم يمنع أن يكون الثلث الباقي شائعاً في جميعها فصحت الوصية في جميعه ، فوجبت الوصية في ثلث ما بقي وثلث ما هلك يكون حكم الإشاعه في الجميع باقياً .

الأتري لو أن رجلاً اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده ، ثم استحق بعد الشراء نصفها كان النصف الباقي هو المبيع منها .

(فإن قيل) أفليس لو أوصى له برأس من غنمه فهلك جميعها إلا رأساً منها بقي ، فإن الوصية تتم فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزاً من الوصية وغيرها فهلا كان ما هلك بالسيل كذلك . قيل الوصية برأس من غنمه يوجب الإشاعه في كل رأس منها ؟ وإنما جعل إلى الوارث أن يعينه فيما شاء من ميراثه ، وليس كذلك الوصية بثالث الدار لأن الثلث شائع في جميعها فافتراقاً فإذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعي في التسوية بين الاستحقاق والتلف وما رأيت من الفرق بين الاستحقاق والتلف ففرع على ذلك ما صح به الجواب .

(فرع) إذا أوصى بشجرة مدة أو بما تثمر أبداً صححت لجواز ملك المدوم
ومن ثم لم يملك واحد من الموصى له أو الوارث إجبار الآخر على سقيها لأنه
لا يجبر على سقى ماله ولا سقى ملك غيره ، وإذا أراد أحدهما سقى الشجرة على
وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها
للوارث ، لأن الموصى له ليس له منها إلا الثمرة ، وإن وصى له بشمرتها سنة
بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له .

وإن قال : الك ثمرتها أول العام الذي تثمر فيه صح وله ثمرتها أول عام تثمر
وكذلك إذا أوصى له بما تحمل شاته ، وإن أوصى لرجل بشجرة ولآخر بشمرتها
صح وكان صاحب الرقبه قائماً مقام الوارث وله ماله ، وإن وصى بلبن شاة
وصوفها صح كما تصح الوصية بشمرة الشجرة . وكذلك إن وصى بلبنهما خاصة أو
صوفها خاصة صح ، ويقوم الموصى به دون العين .

(فرع) يجوز الوصية بالمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان لأنه لما صح عقد
بخدمة عبده أو بقطعة داره وثمره بستانه - والثالث يحتمله - جاز ذلك له .

قلت : إن الوصايا بالمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان لأنه لما صح عقد
الإجارة عليها صح بالأولى الوصية بها ، وسواء قدرت بمدة أو جعلت مؤبدة ،
وقال ابن أبي ليلى : إن قدرت بمدة تصح فيها الإجارة صححت ، وإن لم تقدر بمدة
تصح فيها الإجارة بطلت ، حملاً للوصية على الإجارة .

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأييد
بخلاف الإجارة لأن الرصايا تجوز مع الجهالة فإذا صح جوازها مقدر ومؤبدة
فقد ذكر الشافعي رضي الله عنه الوصية بخدمة العبد وغلة الدار وثمره البستان ،
فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يواجره وله أن يستخدمه كما يجوز له أن يوصي
لغلام بفرسه ولا آخر بركوبها فيكون لأحدهما عينها وللآخر منفعتها على
ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(فرع) الوصية بالميتة جائزة لأنه قد يدبغ جلدها ويطعم بزاته لحمها ، وكذلك
الوصية بالروث والزبل ، لأنه قد ينتفع به في تسميد الأرض وإخصابها للغرس
والزرع ، ولا شك أن الشرع الحكيم بسماحته وإحاطته بمصالح البشر لم يقف من

النجاسات موقف العداة المطلق ، فإنه متى ثبت أن لها فائدة ما في حياة الناس فلا بد أن تقتنص هذه الفائدة ، وإنما في عصر تقدمت فيه العلوم الكيميائية حتى صنعت المواد السمادية من الهواء ، فإنه يُكتشف بأجهزة التكثيف ويستخرج منه أثقل الاجسام صلابه وثقلا كسلفات الذئادر ، ومع التطور العظيم في علوم الكيمياء والأسمدة ، فإن الاجماع بين المتخصصين منقاد على أن أعلى أنواع السماد وأصلها للأرض وأعظمها إخصاباً للترية هو الاسمدة العضوية كالروث والبراز الحيواني والأدوى لهذا أجاز الوصية بكل نافع ولو كان نجسا .

أما الوصية بالخمر والخنزير والكلب العقور فباطله ، لأن الانتفاع بها محرم فلو أنه أوصى بجرة فيها خمر قال الشافعي رضي الله عنه : أريق الخمر ودفعت إليه الجرة ، لأن الجرة مباحة والخمر حرام .

فأما الوصية بالحيات والعقارب وحشرات الارض والسياع والذئاب فباطله لأنه لا منفعة فيها جميعاً . فأما الوصية بالفيل فإن كان منتفعاً به لجائز لجواز أن يبيعه ويقوم في التركة ويعتبر من الثلث ، وإن كان غير منتفع به فالوصية باطلة . فأما الفهد والنمر والشاهين والصقر فالوصية بذلك جائزة لأنها جوارح ينتفع بها للصيد وتقوم في التركة لجواز بيعها وتعتبر في الثلث ، وأما الوصية بما تصيده الكلاب فباطلة لأن الصيد لمن صاده

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق ، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة ، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز بعد الموت .

(فصل) وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء لزمتم بالموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر ، وإن كانت لمعين لم تلزم إلا بالقبول لأنه تملك للمعين

فلم يلزم من غير قبول كالبيع ، ولا يصح القبول إلا بعد الموت ، لأن الإيجاب بعد الموت فكان القبول بعده . فان قبل حكم له بالملك . وفي وقت الملك قولان منصوصان .

(أحدهما) تملك بالموت والقبول ، لأنه تملك بفتقر الى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة .

(والثاني) أنه موقوف ، فان قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت ، لأنه لا يجوز أن يكون للموصى لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية ؛ ولا يجوز أن يكون للموصى له لأنه لو انتقل اليه لم يملك رده كالميراث ، فثبت أنه موقوف .

وروى ابن عبد الحكيم قولاً ثالثاً أنه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث .

(فصل) وإن رد نظرت ، فان كان في حياة الموصى لم يصح الرد لأنه لاحق له في حياته فلم يملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعه قبل البيع ، وان رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لأنه ثبت له الحق فلك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعه بعد البيع وان رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان

(أحدهما) لا يصح الرد لأنه ملكه ملكاً تاماً فلم يصح رده ، كما لو قبضه (والثاني) أنه يصح الرد ، وهو المنصوص لأنه تملك من جهة الأدمى من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف ، وان لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد ، فان امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، كما لو تجر أرضاً قامت من أحيائها أو وقف في مشرعه ماء فلم يأخذ ولم ينصرف .

(فصل) وان مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصيه ولا يقوم وارثه مقامه لأنه مات قبل استحقاق الوصيه ، وان مات بعد موته وقبل القبول قام وارثه مقامه في القبول والرد لأنه خيار ثابت في تمام المال ، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعه .

(الشرح) نصح الوصية المطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول : إن مت فنلتى للمساكين أو لفلان ، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو في هذه البلدة أو في سفرى هذا فنلتى للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها مالم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت : كما لو لم يكتب كتاباً أو كالموصى لقوم فاتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتمناه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبده : أنت حر بعد موتى ، وقال الآخر : أنت حر إن مت في مرضى هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثلثه وقال : إن مت قبلى فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه له ، وكذلك في سائر الشروط فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون على شروطهم) .

(فرع) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت للمعين يمكن القبول منه لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين ؛ فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن معرهم كبن هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد ومستشفى ومدرسة أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم معذر ، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يمتنع عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله .

أما الأدمى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل بحزى مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع

فإذا ثبت هذا : فإن الوصية تشتمل على أمرين . أحدهما : العطية ، والثاني الولاية ، فأما العطية فهو ما يوصى به الرجل من أمواله لمن أحب ، فالوقت الذي يصح فيه قبول ذلك ورده بعد موت الموصى ، فإن قبل أو رد بعد موته صح ، وكان على ما مضى من حكم القبول والرد ، فأما في حياة الموصى فلم يصح قبوله ولا رده . وقال أبو حنيفة : يصح الرد ولا يصح القبول ، لأن الرد أوسع حكماً من القبول ، وهذا فاسد لأمور ، منها أن الرد في مقابلة القبول لانهما معاً يرجعان إلى الوصية ، فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زماناً للقبول ، امتنع أن يكون زماناً للرد وصار كزمان ما قبل الوصية الذي لا يصح فيه قبول ولا رد ، وعكسه ما بعد الموت لما صح فيه القبول صح فيه الرد ، ومنها أن الرد في حال الحياة عرف ، وقيل : وقت الاستحقاق ، فجرى مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه ، وعن الشفعة قبل استحقاقها ، ومنها أنه قبل الموت مردود عن الوصية فلم يكن رده لها مخالفاً لحكمها .

وأما الوصية بالولاية على مال طفل أو تفريق ثلثه أو تنفيذ وصية فيصح قبولها وردها في حياة الموصى وبعد موته بخلاف وصايا العطايا ، وكان قبوله في حياة العاقد أصح ، وذلك عطية تقبل في زمان التملك ، ولورد الوصية في حياة الموصى لم يكن له قبولها بعد موته ولا في حياته ، ولو قبلها في حياة الموصى صح وكان له المقام عليها إن شاء والخروج منها إذا شاء في حياة الموصى وبعد موته . وقال أبو حنيفة : ليس له الخروج من الوصية بعد موت الموصى ، ويجوز له الخروج منها في حياته إذا كان حاضراً ، وإن غاب لم يجز وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أن ما كان لازماً من العقود استوى حكمه في الحياة وبعد الموت وما كان غير لازم بطل ؛ فالموت والوصية ان خرجت عن أحدهما صارت أصلاً يفتقر إلى دليل (والثاني) لو كان حضور الحى شرطاً في الخروج من الوصية لكان رضاه معتبراً ، وفي إجماعهم على أن رضاه ، وإن كان حاضراً غير معتبر دليل على أن الحضور غير معتبر ، ولا يخلو إذا رد الوصية من خمسة أحوال ،

ا - أن يردها قبل موت الموصى ، فلا يصح الرد لعدم وقوع الرصية فأشبهه
 رد المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل
 الوصية ب - أن يردها بعد الموت وقبل القبول ، فيصح الرد وتبطل الوصية
 لا نعلم فيه خلافاً لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذة فأشبهه عفو الشفيع
 عن الشفعة بعد البيع . ج - أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن
 ملكه قد استقر فأشبهه رده لسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة
 منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة . د - أن يرد بعد القبول وقبل القبض
 وفيه وجهان (أحدهما) يصح الرد لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا
 الرد من غير قبض ، ولأن ملك الموصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما
 قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض .
 ه - أن يمتنع عن القبول والرد وهذا يكون حكمه حكم الرد ، لأن الملك متردد
 بينه وبين الورثة ، ومثاله من تحجر أرضاً ثم امتنع من إحيائها ، أو وقف على
 جدول ماء فلم يأخذ ولم ينصرف وعطل مرور الماء على من ينتفعون به لإرواء
 إنسان أو حيوان أو نبات ، وفرق الخنابلة في (ج) بين المكيل والموزون وغيرها
 وقد اختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت متى يحصل ملك الوصية
 للموصى له ، وهل تكون باقية على ملك الموصى أو داخله في ملك الورثة على
 وجهين . أحدهما وهو قول ابن سريج وأكثر البصرين أن ملك الوصية منتقل
 عن الميت إلى ورثته ثم بالقبول تدخل في ملك الموصى له لزوال ملك الموصى
 بالموت . والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر البغداديين أن الوصية
 باقية على ملك الموصى بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل في ملكه بقبوله
 وتنتقل إليه عن الموصى لأن الوصية تملك عنه كالميراث ، ووجه هذا القول أن
 الوصية تملك بالقبول فلم يجز أن يتقدم الملك على قبولها كالهبات .

قال الشافعي : وهذا قول ينكسر ، والقول الثاني وهو أصح أن القبول
 يدل على حصول الملك بالموت فيكون الملك موقوفاً مراعى ، فإن قبل دل على
 تقدم ملكه ، وإن لم يقبل دل على عدم ملكه ، ووجه هذا القول أنه لما امتنع أن
 يبقى للميت ملك وأن الوارث لا يملك الإرث اقتضى أن يكون الملك موقوفاً على

قبول الموصى له ورده ، وحقه في القبول باق مالم يعلم ، فإذا علم فإن كان عند انفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور ، فإن قبل وإلا بطل حقه في الوصية ، فأما بعد علمه وقبل انفاذ الوصايا وقسمة التركة ، فذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخي لا على الفور فيكون ممتداً مالم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسّم التركة .

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور لأنها عطية كالميراث ، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي قولاً ثالثاً أن الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار كالميراث ، فاختلف أصحابنا في تخريجه قولاً ثالثاً للشافعي فخرجه أبو علي بن أبي هريرة وأكثر متأخري المتقدمين من أصحابنا قولاً ثالثاً تعليلاً بالميراث ، وامتنع أبو إسحاق المروزي وأكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولاً ثالثاً ، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين ، إما حكاية عن مذهب غيره ، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت في ملكه ، وفي طبيعة الوصية والفرق بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول ، والوصية عطية من آدمي فروعى فيها القبول (فرع) قال الشافعي : ولو مات قبل أن يقبل أو يرد قام ورثته مقامه . وبيانه أن الموصى له لا يخلو أن يكون في حياة الموصى أو بعد موته ، فإن مات الموصى له في حياة الموصى فالذي عليه جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطأت وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصى .

وحكى عن الحسن البصري أن الوصية لا تبطل بموته ، ولورثته قبولها . قال الماوردي : وهذا قاسد من وجهين ، أن الوصية في غير حياة الموصى غير لازمة ، وما ليس بلازم من المقود يبطل بالموت ، ولأن الوصية له لا أورثته ، وهو لا يملك الوصية في حياة الموصى .

وإن مات الموصى له بعد موت الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال ، أحدها : أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد بطأت برده وليس لوارثه قبولها بعد موته إجماعاً . والحال الثانية : أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه ، وسواء

قبضها الموصى له في حياته أم لا ، لأن القبض ليس بشرط في تملك الوصيه ،
والحال الثالثة : أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعي يقوم وارثه مقامه
في القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول . وقال أبو حنيفة : إذا مات
قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة ، وهذا قاسد ، لأن ما استحقه في التركة لم
يسقط بالموت كالدين ، ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكما
لم تبطل بموته قبل تملكها كالرد بالغيب ، وفارقت الوصية الهبة من حيث إن
الهبة قبل القبض غير لازمة لجاز أن تبطل بالموت ، والوصية قبل القبول لازمة
فلم تبطل بالموت ، فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول
فورثته يقومون مقامه في القبول والرد ، ولهم ثلاثة أحوال ، حال يقبل جميعهم
الوصية ، وحال يرد جميعهم الوصية ، وحال يقبلها بعضهم ويردها بعضهم ، فإن
قبلوها جميعاً فعلى القول الذي يجعل القبول دالاً على عدم الملك بالموت ، فالملك
للووصيه بقبول الورثة هو الموصى له لا الورثة . فأما على القول الذي يجعل
القبول ملكاً ، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصيه في ملك الموصى له بقبول
ورثته أم لا ، على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي المروروذى : أن الوصيه
يملكها الورثة دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم .

(والوجه الثاني) وهو الظاهر من المذهب ، وبه قال أكثر البصريين وحكاه
أبو القاسم بن كعب عن شيوخه أن الوصيه يملكها الموصى له بقبول ورثته ، وإن
كان القبول ملكاً ، لأنها لو لم تدخل في ملكه لبطلت : لأن الورثة غير موصى
لهم ، فلم يجوز أن يملك الوصيه من لم يوصى له ، ولو رد الورثة بأجمعهم الوصية
بطلت بردهم لها ، والله أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبية والهدية والمحاباة في البيع يعتبر من الثلث ، سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض ، أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض ؛ لأن لزوم الجميع عند الموت ، فأما الواجبات من ديون الأدميين وحقوق الله تعالى كاللحج والزكاة فإنه إن لم يوصر بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث ، لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، ولا حق للورثة مع الديون ؛ فلم تعتبر من الثلث

وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها في الأصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث ، وإن وصى بها ولم يقل إنها من الثلث ، ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص ، لأنها من رأس المال ، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا لجعل سبيلها سبيل الوصايا . (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال ، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها في الأصل من رأس المال ، فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصنافها ، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفها واحداً .

(والثالث) أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح . لأنها في الأصل من رأس المال والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكير بها ؛ والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل ، لا في السبيل ، فبقيت على أصنافها .

(فصل) وأما ما تبرع به في حياته ينظر فيه فإن كان في حال الصحة لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف في ماله لا حق ل أحد في ماله فاعتبر من رأس المال ، وإن كان ذلك في مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث ، لأن الإنسان لا يخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح ، وإن كان ذلك في مرض مخوف

واتصل به الموت اعتبر من الثلث ، لما روى عمران ابن الحصين ، أن رجلا اعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولا شديدا ثم دعاهم لجزأهم فأرعى بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت ، وإن برى من المرض لم يعتبر من الثلث لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد ، وإن وهب في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث لأنه لم يلزم الا بالقبض وقد وجد ذلك منه في المرض .

(فصل) وان باع في المرض بشمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئا من غير عوض وان كاتب عبدا اعتبر من الثلث ، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعقود بغير عوض . وان وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف فقبله اعتبر عتقه من الثلث فإذا مات لم يرثه .

وقال أبو العباس : يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه ، لأنه ليس بوصية ، لأنه لم يخرج من ملكه شيئا بغير عوض ، والمذهب الاول . لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه ، والعتق في المرض وصية ، والميراث والوصية لا يجتمعان ، فلو ورثناه بطل عتقه ، واذا بطل العتق بطل الإرث فأنبتنا العتق وأبطلنا الارث

(فصل) والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر ، وقيام الدم والسيل في انتهاهه ، والقالج الحادث في ابتدائه ، والحمى المطبقة ، لأن هذه الامراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت .

فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين ، واسهال يوم أو يومين من غير دم ، والسيل قبل انتهاهه ، والقالج اذا طال ، لأن هذه الامراض يؤمن معها معالجة الموت فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الامراض ، وان أشكل شيء من هذه الامراض رجع فيه الى نفسين من أطباء المسلمين ، ولا يقبل فيه قول الكافر ، وان ضرب الحامل الطالق

فهو مخوف لانه يخاف منه الموت ، وفيه قول آخر انه غير مخوف لان السلامة منه أكثر (الشرح) حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب الأربعة بألفظ المصنف ، وفي رواية لأحمد ، أن رجلاً أعتق عند موته سنته رجله له فجاه ورثته من الأعراب ؛ فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع . قال أو فعل ذلك لو علمنا ان شاء الله ما صلينا ، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة ، ورواه أحمد وأبو داود عن أبي زيد الأنصاري ، أن رجلاً أعتق سنته أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وفي رواية أبي داود ، لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين ، وهذا النص تفسير للقول الشديد الذي أجمعهم في روايته عمران ، وفيه تغليظ وذم بالغان ، لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا بالثلث ، فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشايها لمن وهب غير ماله .

والحديثان يدلان على أن تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة في الحال ، ولم تصرف إلى بعد الموت ، وقد أسلفنا القول بالإجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث ، على أن التنجيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية . واختلف الفقهاء هل تعتبر الثلث من التركة حال الوصية أو حال الموت ، وهما وجهان لا أصحابنا أصحهما الموت ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو قول علي كرم الله وجهه وجماعته من التابعين ، وقال بحال الوصية مالك وأكثر العراقيين والنخعي وعمر بن عبد العزيز ، وتمسكوا بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها . وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلاث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً ، وأجيب بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه . ولذلك لا يعتبر فيها الفوريه ولا القبول ، وبالفارق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها والنذر يلزم ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو حدث له مال بعد الوصية ، واختلفوا أيضاً هل يحسب الثلث من جميع المال ، أو يتقيد بما علمه الموصي دون ما خفي عليه أو تجدد له ولم يعلم به ، وبالأول قال الجمهور والثاني قال مالك ، وحجة الجمهور أنه لا يشترط أن يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقاً ، ولو كان عالماً بجنسه ولو كان العلم به شرطاً لما جاز ذلك .

والكلام على الاحكام أن ما وصى به من التبرعات والهبات والصدقات والمجاهاة في البيع بأن يكون المبيع مقوما بعشرة فيوصى ببيعه بخمسة مثلاً بعد موته ، فإن الخمسة الباقية وهي قدر المجاهاة تحسب من الثلث الذي أجاز الله له التصرف فيه بالوصية سواء وقعت الوصية في حال الصحة أم في حال المرض وكذلك إن أسقط عن وارثه ديناً أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن جنابة موجبها المال فهو كالوصية .

وإن عفا عن القصاص - وقلنا : الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وإن قلنا : الواجب أحد شئتين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقاً ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية ، وكذلك إن وهب له ، وبهذا قال أحمد والشافعي وأبو حنيفة .

وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث ، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفي ديونه منها . ولنا أنه وصى لأجنبي فصح كإلو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه ، وإن وصى لوالد وارثه صح ، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيها بينه وبين الله تعالى . قال طاوس في قوله تعالى : فمن عفا من موصل جنفاً ، قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد نفع ابنته

(فرع) قال الشافعي : ويجوز نكاح المريض . قلت : إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق إن لم يزد على صداق مثلها ، فإن زاد ردت الزيادة إن كانت وارثة ؛ وأمضيت إن كانت غير وارثة

وهكذا المريضة إذا نكحت رجلاً صح نكاحها وورثها الزوج ، وعابه صداقها إن كان مهر المثل فإزاد ، فإن نكحته بأقل من صداق مثلها ، فالمجاهاة بالنقصان وصية له فترد إن كان الزوج وارثاً وتمضى في الثلث إن كان غير وارث .

وقال مالك : نكاح المريض فاسد لا يستحق به ميراثاً . ولا يجب فيه صداق إلا أن يكون راضياً به . فيلزمه مهر المثل من الثلث مقدم على الوصايا ، وكذلك نكاح المريض فاسد ولا ميراث للزوجة . وقال ابن أبي ليلى : النكاح في المرض جائز والميراث من الثلث .

وقال ابن أبي هريرة: النكاح في المرض جائز ولا ميراث. وقال الحسن البصرى: ان ظهر منه الإضرار في تزويجه لم يجز، وان لم يظهر منه الإضرار، وظهر منه الحاجة إليه في خدمة أو غيرها جاز.

ودليلنا عموم قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء، ولم يفرق بين صحيح ومريض، وقال معاذ بن جبل في مرضه: زوجوني حتى لا ألقى الله عزبا. وقال عبد الله بن مسعود: لو لم يبق من أجلى الا عشرة أيام ما أحببت الا أن يكون لى زوجة، وروى هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير رضى الله عنه دخل على قدامة يعوده فبشر عنده بجارية فقال قدامة زوجوني بها فقال: ما تصنع بها وأنت على هذه الحال، فقال: ان أنا عشت نسبت الزبير، وان مت فهم أحق من يرثنى، ولأنه فراش لا يمنع منه الصحيح فوجب أن لا يمنع منه المريض، ولأنه عقد فلم يمنع منه المرض كالبيع والشراء، ولأنه لا يخلو عمله أن يكون لحاجة أو شهوة، فإن كان لحاجة لم يجز منعه، وان كان لشهوة فهي مباحة له كما أبيح له أن يلتذ بما شاء من أكل أو لبس.

فإذا ثبت إباحة النكاح في المرض فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة الى أربع كهر في الصحة ولهن الميراث ان مات من ذلك المرض أو غيره. وأما الصداق فإن كان أمهرهن صداق أمثالهن فلهن الصداق مع الميراث، وان كانت عليه ديون شارك الغرماء في التركة وضربن معهم بالحصص، وان تزوجهن أو واحدة منهن بأكثر من صداق مثلها كانت الزيادة على صداق المثل وصيه في الثلث فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية لأنه لا وصية لو ارث، وان كانت غير وارثة لوق أو كفر دفعت الزيادة اليها ان احتملها الثلث، أو ما احتمل منها يتقدم على الوصايا كلها لأنها عطية في الحياة، وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة فمات قبله صححت لها الزيادة ان احتملها الثلث لأنها بالموت قبله غير وارثة فلو كانت حرة نكحها في المرض أمة أو ذمية فأعتقت الأمة أو أسلمت الذمية صارت وارثة ومنعت من الزيادة على صداق مثلها، ولو صح المريض من مرضه ثم مات من غيره أو لم يموت صححت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لو ارثه

وغير وأرثه ، فعلى هذا لو تزوج في مرضه على صدق ألف درهم وصدق مثلها خمسمائة ومات ولا مال له غير الألف التي هي صدقتها أعطيت من الألف ستمائة وستة وستين درهما وثلاثاً ، لأن لها خمسمائة من المال ، وتبقى خمسمائة هي جميع التركة وهي وصية لها فأعطيت ثلثها وذلك مائة درهم وستة وستون درهما وثلاث درهم تأخذها مع صدق مثلها ، ولو خلف مع الصدق خمسمائة صارت التركة بعد صدق المثل ألف درهم فلها ثلثها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلاث ، ولو خلف مع الصدق ألف درهم خرجت الزيادة على صدق المثل من الثلث وأخذت الألف كلها .

إذا ثبت هذا : فإن التبرعات المنجزة كالعتق والمحابة واليه المقبوضه والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجهة للدال إذا كانت هذه كلها في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافاً ، وإن كانت في مرض مخوف انفصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء .

وحكى عن أهل الظاهر في اليه المقبوضه أنها من رأس المال ، وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم ، رواه ابن ماجه وغيره ، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ؛ وقد أسأفنا القول في بسط ما يكون من رأس المال وما يكون من الثلث فاشدد به يدك . وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في حمسه أشياء .

(أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة .

(الثاني) أنها لا تصح لو ائث إلا بإجازة بقيه الورثة .

(الثالث) أن فضيلتها نافسه عن فضيلة الصدقة في الصحة .

(الرابع) أن يزاحم بها الوصايا في الثلث ،

(الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ،

وبفارق الوصية في ستة أشياء .

أحدها : أنها لازمه في حق المعطى ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ، ولأن

المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها ،
وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها
ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع في الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ففيما
قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض ، فإنه قد وجدت
العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية إذا قبضت بعد الموت
وقبضت . (الثاني) أن قبولها على الفور في حال حياة المعطى وكذلك ردها .
والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بالموت . فتعتبر شروطه وأت وجوده
والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) أن العطية تفتقر
إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط
وغرر في غير العتق ، والوصية بخلافه (الرابع) أنها تقدم على الوصية . وهذا
قول أحمد والشافعي وجمهور العلماء ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا
في العتق فإنه حكى عنهم تقديمه ، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه
وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه (الخامس) العطايا إذا عجز العتق عن جميعها
بدى بالأول فالأول سواء كان الأول غنياً أو غيره وبهذا قال أحمد والشافعي .
وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد .
وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وإن تأخرت سوى بينها وبين
العتق . وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا
تقدمت كقضاء الدين ، وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنما عطايا من جنس
واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد : يقدم
العتق تقدم أو تأخر .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل القبض للهبة المنجزه كانت الخيرة
للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت
بغير رضاهم ، وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرض
الجنابة وما عارض عليه بثمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال
لا نعلم فيه خلافاً ، وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وأحمد بن حنبل ،
وكذلك التكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف للماله حاجة في نفسه

فيقدم بذلك على وارثه . ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح ، لأنه ليس بمرض الموت . (الثاني) أن يكون مخوفاً ، والأمراض على ثلاثة أقسام غير مخوف كوجع الضرس والعين والأطراف والصداع وارتفاع الحرارة الطارىء . فهذا حكمه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه في العادة .

(والثاني) الأمراض المزمنة كالجذام والربو والفالج والذبحة الصدرية والسيل فهذا الضرب ان أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف ، وقال الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأحمد : ان وصية المجنوم والمفلوج من الثلث لأنه محمول على أنهما صاحبي فراش ، ومذهب الشافعي . أنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وان كان لا يبرأ فهو كالمهرم لا سيما الفالج اذا أزم من (الثالث) من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل نزيف المخ أو الحمى الشوكية أما من اشتد مرضه وصح عقله صح تبرعه عند أصحاب أحمد ، وجملة ما مضى أن العطايا في المرض مقدمه على الوصايا اذا ضاق الثلث عنها لأن تملك ناجزة وهذه موقوفة ، فلو ضاق الثلث عن العطايا للمريض قدم الأسبق فالأسبق ، ولو ضاق الثلث عن الوصايا لم يقدم الأسبق لأن عطايا المرض تملك بالقبض المترتب فثبت حكم المتقدم . والوصايا كلها تملك بالموت فاستوى حكم المتقدم والمتأخر إلا أن يرتبها المريض فتمضى على ترتيبه مالم يتخلل الوصايا عتق ، فان تخللها عتق فان كان واجباً في كفارة أو نذر قدم على وصايا التطوع ، وان كان تطوعاً ففيه قولان أحدهما أن العتق مقدم على جميع الوصايا لقوته بالبرائة في غير الملك وبه قال من الصحابة ابن عمر ومن التابعين شريح والحسن ومن الفقهاء مالك والثوري ، والقول الثاني أن العتق والوصايا كلها سواء في مزاحمة الثلث لأن جميعها تطوع ، وبه قال من التابعين ابن سيرين والشمسي ومن الفقهاء أبو ثور ، على أن المريض مرض الموت اذا أشكل أمره رجع في ذلك الى طبيبين مسلمين ، لأن الأمراض في زماننا هذا قد تشعبت أصنافها وتعددت اختصاصات العالمين من الأطباء بها ، فقد يكون المرض في رأى أحدم

مخالفاً لرأى الآخر ، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاقهما على حكم يؤخذ في الوصية به .
ويأجبنا لو تفقه أطباء المسلمين في أحكام الدين المتصلة بعلومهم ومهنتهم إذن لكانت منهم أمة هادية ناصحة راشدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافتان ، أو كان في البحر وتموج ، أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى ، أو قدم للقتل في المحاربة ، أو الرجم في الزنا ، ففيه قولان .
(أحدهما) أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث ، لأنه لا يأمن الموت إلا بأمن في المرض المخوف

(والثاني) أنه كالصحيح لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص إنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح . واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال أبو إسحاق : هي على قولين قياساً على الأسير في يد كفار يرون قتل الأسارى : ومن أصحابنا من قال : لا تعتبر عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا ، فصار كالأسير في يد من لا يرى قتل الأسارى .

(الشرح) الأحكام : يحصل التخويف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض :

١ - إذا التحم الجيشان واختلط الفريقان في القتال وكانت كل فرقة مكافئة الأخرى أو متهورة أمامها ، فأما الفتنة الغالبة منهما فليست حائفة بعد ظهورها ، وكذلك إذا لم يلتجأ بل كانت كل منهما متميزة ، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو متفترقتين فعن الشافعي رضي الله عنه قولان . أحدهما : هذا ، وبه قال مالك والأوزاعي والثوري وأحمد ، ونحوه عن مكحول ، والثاني : ليس بمخوف .
ليس بمريض .

٢ - إذا قدم ليقتل قصاصاً أو غيره أو كمن قدم ليرجم في حد الزنا فقولان أيضاً. أحد مما: أنه مخوف. والثاني: إن حرج فهو مخوف، وإلا فلا، لأنه صحيح البدن، والظاهر العفو عنه، وبالأول قال أحمد، لأن التهديد بالقتل جعل لا كراهها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع، ويبيح كثيراً من المحرمات ولو لا الخوف لم تنبت هذه الأحكام.

٣ - إذا ركب البحر، فإن كان ساكناً فليس بمخوف، وإن تموج واضطرب وهبت الرياح العاصف فهو مخوف: فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله تعالى وهو الذي يسيركم في البحر حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءهم ريح عاصف: وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين إنن أنجيهمنا من هذه لسكونن من الشاكرين.

٤ - الأسير والمحبوس إذا كان من عاداته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا. وهذا أحد قولى الشافعى، وبه قال أبو حنيفة ومالك وابن أبى ليلى وأحمد بن حنبل. وقال الحسن: لما حبس الحجاج إياس ليس له من ماله إلا الثلث، وقال القاضى أبو بكر: عطية الأسير من الثلث، ولم يفرق، وبه قال الزهرى والثورى وإسحاق، وحكاه ابن المنذر عن أحمد.

وقال الشعبي ومالك: الغازى عطيته من الثلث. وقال مسروق: إذا وضع رجله فى الغرز. وقال الأوزاعى: المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو فى ثلثه، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل، لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف فلم يجز إلحاقه به، وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فقيره أولى.

هذا إذا كان مأسوراً لطائفة من المسلمين فإن المذهب أنه ليس مخوفاً، لأن المسلمين لا يقتلون أسراهم من الكفار إلا بشروط فما بالك إذا كان الأسير مسلماً

• - وقوع الطاعون فى بلد فعن أحمد أنه مخوف، والمذهب عندنا أنه ليس بمرض، وإنما يخالط المرض والله تعالى أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن عجز الثلث عن التبرعات - لم يخل - إما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض أو في الوصايا ، فإن كان في التبرعات المنجزة في المرض ، فإن كانت في وقت واحد نظرت ، فإن كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما في اللزوم ، فإن كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليهما على التفاضل ، وإن كانت متساوية قسم بينهما على التساوي كما يفعل في الديون ، وإن كان عتقاً في عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين ؛ ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه ، فإن وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره ، لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز إسقاطه بما بعده ، فإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم إن أعتقت غانماً فأنت حر ، ثم أعتق غانماً قدم عتق غانم لأن عتقه سابق . فإن قال إن أعتقت غانماً فأنت حر حال عتق غانم ثم أعتق غانماً فقد قال بعض أصحابنا : يعتق غانم ، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره ، وعتق سالم متعلق بعتق غيره ، فإذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فرمما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم ، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدى إثباته إلى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم لأنه أصل ، ويحتمل عندي أنه لا يعتق واحد منهما ، لأنه جعل عتقهما في وقت واحد ، ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق فوجب أن يسقطا

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت ، فإن كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوي إن تساوت .

وإن كان الجميع عتقاً أقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله . وإن كان بعضها عتقاً وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان (أحدهما) أن الثلث يقسم بين الجميع ، لأن الجميع يعتبر من الثلث ، ويلزم

في وقت واحد (والثاني) يقدم العتق بما له من القوة، وان كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا تقدم الكتابة لأنه ليس له قوة وصراية فلم تقدم كالهبات (والثاني) أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق .

(فصل) وإن وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثالث أو يقضى دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات، ففيه وجهان (أحدهما) يقسط الثلث على الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث، فان كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا ينفى تتم من رأس المال، لأنه في الاصل من رأس المال، وانما اعتبر من الثلث بالوصية، فاذا عجز الثلث عنه وجب أن يتم من أصل المال (والثاني) يقدم الحج والدين، لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا

(فصل) وان وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب أو له عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . وإلى الورثة الثلثان، وكل ما حضر من الغائب أو نض من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال .

وان وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان، لان الموصى له شريك الوارث في المال، فصار كالشريك في المال .

وان أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان (أحدهما) تجوز لان الوصية في ثلث الحاضرة ماضية، فمكن من التصرف فيه (والثاني) لا يجوز لاننا منعنا الورثة من التصرف في الثلثين الموقوفين . فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث، وان دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة؛ ففيه وجهان

(أحدهما) يعتق ثلث العبد؛ لان عتق ثلثه مستحق بكل حال (والثاني) وهو ظاهر المذهب أنه لا يعتق؛ لاننا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثله . وهذا لا يجوز

(الشرح) قال الشافعي : ولو أوصى بفلان وهو يساوي خمسمائة وبقاره
 لآخر وهي تسارى ألفاً وبخمسمائة لآخر والثالث ألف درهم ، دخل على كل واحد
 منهم عول نصف فصار للذي له الفلانة نصفه ، وللذي له الدار نصفها ، وللذي
 له الخمسمائة نصفها .

قلت : إذا ضاق الثلث عن الوصايا فللورثة حالتان : حالة يجيزون ، وحالة
 يردون ، فإن ردوا قسم الثلث بين أهل الوصايا بالحصص ، وتسوى منه الوصية
 بالمعين والمقدر .

وحكى عن أبي حنيفة أن الوصية بالمعين مقدمة على الوصية
 بالمقدر . استدلالاً بأن المقدر يتعلق بالذمة . فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها
 بالذمة . وهذا غير صحيح ، لأن محل الوصايا في التركة سواء ضاق الثلث أو
 اتسع لها فانهضى أن يستوى المعين والمقدر مع ضيق الثلث كما يستويان مع
 اتساعه ، ولأن الوصية بالمقدر أثبتت من الوصية بالمعين ، لأن المعين إن تلف
 بطلت الوصية به ، والمقدر إن تلف بعض المال لم تبطل الوصية

فإذا تقرر استواء المعين والمقدر مع ضيق الثلث عنها وجب أن يكون عجز
 الثلث داخلاً على أهل الوصايا بالحصص ، فإذا أوصى بسيارته لرجل وقيمتها
 خمسمائة ؛ وبقاره لآخر وقيمتها ألف وبخمسمائة لآخر ، فوصايا الثلاثة
 كلها تكون ألفين : فإن كان الثلث ألفين فصاعداً فلا عجز . وهي مضافة ، وإن
 كان الثلث ألفاً فقد عجز الثلث عن نصفها فوجب أن يدخل العجز على جميعها .
 ويأخذ كل موصى له بشيء نصفه فيعطى الموصى له بالسيارة نصفها ، وذلك مائتان
 وخمسون ويعطى الموصى له بالدار نصفها وذلك خمسمائة . ويعطى الموصى له
 بالخمسمائة نصفها وذلك مائتان وخمسون

وعلى قول أبي حنيفة تسقط الوصية بالخمسمائة المقدر ، ويجعل الثلث بين
 الموصى له بالسيارة والدار ، فيأخذ كل واحد منهما ثلثي وصيته لدخول العجز
 بالثلث منها ، ولو كان الثلث في هذه الوصايا خمسمائة فهو ربع الوصايا الثلاثة
 فيعطى كل واحد ربع ما جعل له ، ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائة فيجعل لكل
 واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس

وإن أجازوا الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها ودخول العجز بالنصف عليها
ففي إجازتهم قولان .

(أحدهما) أن إجازتهم ابتداء عطية منهم لأمرين . أحدهما : أن مازاد على
الثلث منهي عنه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

(والثاني) أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منموه وجب أن يكونوا بالإجازة
معطين لما أجازوه فعلى هذا قد ملك أهل الوصايا نصفاً بالوصية لاحتمال الثلث لها
ولا يفتقر بمالكهم لها إلى قبض ونصفها بالعطية لعجز الثلث عنها ، ولا يتم ملكهم
إلا بقبضه . والثاني : وهو أصح ، وبه قال أبو حنيفة : إن إجازة الورثة تنفيذ
أو إمضاء لفعل الميت ، وإن ذلك ملوك بالوصية دون العطية لأمرين (أحدهما)
أن ما استحقوه من الخيار في عقود الميت لا يكونون بالإمضاء عاقدين لها
كالشترى سبعة إذا وجد وارثه به عيباً فأمضى الشراء ولم ينسخه كان تنفيذاً ولم
يكن عقداً فكذلك خياره في إجازة الوصية (والثاني) أن لهم رد مازاد على الثلث
في حقوق القسمة ، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه ، فصار الثلث وما زاد عليه
سواء في ازومه لهم ، فإذا استوى الحكم في الجميع مع اللزوم اقتضى أن يكون جميعه
وصية لا عطية فعلى هذا يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال
الثلث لها ، ونصف بالإجازة بعد الوصية من غير قبض تعيين ، ولا رجوع بسوغ

(فرع) قد أسلفنا القول في عطايا المرض وتقدمها على الوصايا إذا ضاق
الثلث عنها ، وقلنا عن ترتيب المريض لها ما لم يتخلل الوصايا عتق ، وأقوال
الفقهاء الوارد عليه ، أما إذا أوصى أن يحج عنه حجة الإسلام المكتوبة من الثلث
أو بقضى دينه من الثلث فقال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى أن يحج عنه ولم
يحج حجه الإسلام — فإن بلغ ثلثه حجته من بلده أحج عنه من بلده ، وإن لم
يبلغ أحج عنه من حيث بلغ . قال المزني : والذي يشبهه قوله أن يحج عنه من
رأس ماله لأنه في قوله دين عليه .

وجملة ذلك أن للمستدل في الحج عنه حالتان ، حالة بوصى به وحاله لا بوصى
به ، فإن لم يوص به فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يكون عابه حج واجب

أو لا حج عليه ، فإن لم يكن عليه حج لم يحز أن يتطوع عنه بالحج ، وإن كان عليه حجه - الإسلام فإت من غير أن يوصى بها فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميعات بلده ، وكذلك يخرج عنه من رأس ماله ما وجب عليه من زكوات وكفارات ، وإن لم يوص بها .

وقال أبو حنيفة : لا يصح الحج عنه ولا الزكاة ولا الكفارة إلا بوصيه - منه وهذا فاسد بما ذكره النووي في الحج بأقوى حجاج ، ولأن ما تعلق وجوبه بالمال لزم أدائه وإن لم يوص به كالديون . وإذا لزم أدائه عنه فن رأس المال كالديون وتخرج منه أجره المثل من الميعات لا من بلده ، وإن كانت استطاعته من بلده شرطاً في وجوب حجه ، لأنه إذا كان حيناً لزمه أدائه بنفسه فصار نفقه معتبرة في استطاعته ، وإذا مات لم يتمين الثلث عنه أن يكون في بلده ، وإنما لزم أن يؤتى بالحج من ميعات بلده فلذلك اعتبر أجره المثل من ميعات بلده .

(فرع) إذا أوصى أن يحج عنه ، فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام . أحدها : أن يجعل الحج من رأس ماله ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يذكر قدر ما يحج به عنه ، والثاني : أن لا يذكر ، فإن لم يذكر أخرج عنه من رأس ماله قدر أجره المثل من ميعات بلده ، ولا يستفاد بوصيه - إلا التذكير والتأكيد ، وسواء ذكر القدر أم لم يذكر ، فإن أجره المثل أتم إذا كانت من الميعات وخروجهما من رأس المال .

والقسم الثاني : أن يوصى بالحج من ثلثه فهذا على ضربين .
(أحدهما) أن يجعل كل الثلث مصروفاً إلى الحجه الواجبه عليه فهذا الحج عنه بالثلث من بلده إن أمكن ، ولا يجوز أن يدفع إلى وارثه إن راد على أجره المثل ، ويجوز أن يدفع إليه إن لم يزد ، فإن عجز الثلث عن الحج من بلده أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه فإن عجز إلا من ميعات البلد أحج به عنه من ميعات البلد ، فإن عجز عنه وجب إتمام أجره المثل من ميعات بلده من رأس المال وصار فيها دور ، لأن ما يتم به أجره المثل من رأس ماله يقتضى نقصان رأس المال .
(والضرب الثاني) أن لا يجعل كل الثلث مصروفاً إلى الحج بل يقول : أحجوا

عنى من ثلثي ، فهذا إما أن يذكر قدراً فلا يزداد عليه إن وجد ويستأجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فإن لم يوجد من يحج بها من ميقاته وحب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لأن القدر الذي حدده من الثلث لا يزداد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال ، ولما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجره المثل ثم فيها وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق المروزي : الظاهر من كلام الشافعي أجره المثل من بلد الموصل لأن الوصية في الثلث تقتضى التكامل . والوجه الثاني : أجره مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنصر ، فإن عجز الثلث عن جميع الأجرة تتم الجميع مثل أجره الميقات من رأس المال . فلو كان في الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففي تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو اسحق المروزي .

أحدهما : يقدم الحج على جميع الوصايا في الثلث لأنه مصروف في فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج في أهل الوصايا ، والوجه الثاني أنه يقسط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لأن الحج وإن وجب فله محل غير الثلث تساوى في الثلث أهل الوصايا ثم تتم أجره المثل من رأس المال ، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضاءها من ثلثه أحدهما يتقدمون بها على أهل الوصايا .

والثاني : يحاصرونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثاني إذا جعله من ثلثه .

القسم الثالث : أن يطاق الوصية فلا يجعله من الثلث ولا من رأس المال قالذي نص عليه الشافعي في الجديد في مناسك الحج أنه يحج عنه من رأس المال ، وقال في الوصايا : يحج عنه من ثلثه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين أحدهما : يكون من رأس المال كما لو لم يوص به لوجوبه كالديون ، والقول الثاني : أن يكون من الثلث ليستفاد بالوصية ما لم يكن مستفاداً بغيرها . وقال أبو علي بن خيران : ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو ببديض الحكم على حابين قالذي جعله في الثلث هو أجره

مثل المسير من بلده إلى الميقات ، والذي جعله من رأس المال هو أجرة المتل من الميقات . وقال أبو اسحق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : يكون ذلك من رأس المال فولا واحداً ، والذي قاله ههنا أنه يكون في الثلث إذا خرج بأنه في الثلث توفيراً على ورثته ، ألا تراه قال : فإن لم يبلغ تمم من رأس المال .

وإذا وصى بالحج تطوعاً عنه بمال فقيهه قولان أحدهما : أن الوصية باطلة والثاني : جائزة وقد بسط. النووي توجيهها في كتاب الحج .

(فرع)

قال مالك بن أنس رضى الله عنه : إذا أوصى لرجل بمائة دينار له حاضرة وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة فالورثة بالخيار بين امضاء الوصية بالمائة كلها عاجلاً ، سواء حل الدين وسلم الغائب أم لا ، وبين أن يسلموا ثلث المائة الحاضرة وثلث الدين من المال الغائب ويصير الموصى له بالمائة شركاً بالمال في كل التركة ، وإن كثرت وسمى ذلك خلع الثلث ، استدلالاً بأن للوصى ثلث مائة ، فإذا غير الوصية بالثلث في بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه ، فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى ، فهذا دليل مالك ، وما عليه في هذا القول .

واستدل اسماعيل بن اسحق بأن تعيين الموصى للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة بمنزلة العبد الجاني إذا تعلقص الجنابة في رقبتة فسيده بالخيار بين اقتدائه بأرض جنابته أو تسليمه ، فهذا مذهب مالك ودليلاه .

ومذهب الشافعي رضى الله عنه أن للموصى له ثلث المائة الحاضرة ، وثلثاها الباقى موقوف على قبض الدين أو من الغائب ما يخرج المائة كلها من ثلثه أهضيت الوصية بجميع المائة ، وإن وكل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله الثلث منها ، فإن برى الدين وتلف الغائب استقرت الوصية في ثلث المائة الحاضرة وتصرف الورثة في ثلثها ، لأنها صارت جميع التركة .

واختلاف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغائب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن من التصرف فيها لأنه ثلث ممضى ،
(والوجه الثاني) يمنع من التصرف فيها لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة في مثليه ، وقد منع الورثة من التصرف في ثلثي المائة الموقوف ، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث الممضى ، والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية منهما ، لأنه إذا أجزر الورثة بين التزام الوصية في ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية في كل المائة فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية لأنهم اختاروا منعه من كل المائة فقد ألزمهم ثلث كل التركة ، وذلك غير موصى به ،

وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائة فلم يفسد مذهبه بما يؤول إليه حال كل واحد من الخيارين ، فإذا جعلتم تعيين الوصية بالمائة الحاضرة لإدخال ضرر أو جناية فالضرر قد رفعناه بوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب ، فصار الضرر بذلك مرتفعاً ، وإذا زال الضرر ارتفت الجناية منه فبطل الخيار فيه .

فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقى تركته التي تخرج كل المائة من ثلثها دين أو غائب ، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثها على قبض الدين ووصول الغائب ، فإذا قبض ووصل منهما أو أحدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها . وهل يمكن الورثة في حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرساً أو سيارة إن كانت وصية أو غير ذلك ، فتركب ويتصرف في منفعتها أم لا ، على وجهين .

(أحدهما) يمكن ذلك لثلاث بلزومهم إمضاء الوصية بمالم ينتفعوا بثلثيه ، وهذا على الوجه الذي يقول : إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثها منع من التصرف في ثلثها اعتباراً بالتسوية ، فعلى هذا أن يرى الدين وتلف الغائب استقر ملكهم على ما وقف من ثلثها وكان لهم التصرف في الثلثين أو يبيع ثلثي الفرس أو السيارة

وان اقتضى من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع الموصى له بالفرس أو السيارة عليهم بما أخذوه من كسبهما أو أجرة ، وليس للورثة أن يرجعوا على الموصى له بما انفقوا على الفرس أو السيارة من نفقات السباسة أو الصيانة ، وقد كان لهم اجازة الوصية فصاروا متطوعين بالنفقة .

(والوجه الثانى) أنهم يمتعون من ذلك كما يمتعون من التصرف بالبيع : لأن الظاهر نفوذ الوصية بعقده ، وعلى هذا الوجه الذى يجوز الموصى له التصرف فى ثلث المائة ، وان منع الورثة من التصرف فى ثلثها ، فعلى هذا ان يرى الدين وتلف الغائب ولم يتصرف الورثة فى استغلال الموصى به أدى الموصى له ثلثى غلة كسب الموصى به أو أجرة مثله للورثة لأنه لا يستحق فى الوصية الا ثلثها والباقى للورثة ، وقد فوت عليهم منافع ثلثى المال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقى من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص : وقال أبو ثور وأبو العباس : لا تنفذ الوصية الا فى ثلث الباقى كالموصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الأول ، لأن ثلث العبد ملكه ، وثلث ماله يحتمله ، فنفذت الوصية فيه كالموصى له بعبد يحتمله الثلث ، وبخلاف هذا اذا وصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه ، لأن الوصية هناك بثلث ماله ، وماله هو الباقى بعد الاستحقاق ، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقى وله مال غيره يخرج الباقى من ثلثه .

(فصل) وان وصى له بمنفعة عبد سنة ، فى اعتبارها من الثلث وجمان . أحدهما : يقوم العبد كامل المنفعة ، ويقوم مسلوب المنفعة فى مدة سنة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث . والثانى : تقوم المنفعة سنة ، فيعتبر قدرها من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن الموصى به هو المنفعة ، فلا يقوم غيرها ، وان وصى له بمنفعة عبد على التأبيد فى اعتبار منفعته من الثلث ثلاثه أوجه .

أحدهما : تقوم المنفعة فى حق الموصى له والرقبة مسلوبه المنفعة فى حق

الوارث ، لأن الموصى له ملك المنفعة ، والوارث ملك الرقبة ، وينظر كم قدر
التركة مع قيمة الرقبة مسلووبة المنفعة ، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث .

والثاني : تقوم المنفعة في حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية ، ولا تقوم
الرقبة في حق الموصى له ، لأنه لم يملكها ولا في حق الوارث لأنها مسلووبة المنفعة
في حقه لا فائدة له فيها ، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة ، فتعتبر من
الثلث ، والثالث وهو المنصوص : تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصى له ، لأن
المقصود من الرقبة منفعتها ، فصار كما لو كانت الرقبة له فتومت في حقه ، وينظر
قدر التركة فتعتبر قيمه الرقبة من ثلثها ، وإن وصى بالرقبة لواحد بالمنفعة لواحد
قومت الرقبة في حق من وصى له بها ، والمنفعة في حق من وصى له بها ، لأن كل
واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى له بشيء بعينه فاستحق
ثلثه كان له الثلث الباقي إذا احتمله الثلث ، وإذا أوصى له بتات دار هو في الظاهر
مالك لجميعها فاستحق ثلثا الدار وبقي على ملك الموصى تلتها ، فالتلت كله للموصى
له إذا احتمله الثلث ، وهو قول الجمهور .

وقال أبو ثور : يكون له ثلث الثلث استدلالا بأنه لما أوصى له بتلتها ، وهو
في الظاهر مالك لجميعها تناولت الوصية ثلث ملكها منها ، فإذا بان أن ملكها منها
الثلث وجب أن تكون الوصية بتلت الثلث ، لأنه كان ملكها منها كمن أوصى
بتلت ماله وهو ثلاثة آلاف درهم فاستحق منها ألفان كانت الوصية بتلت الألف
الباقية هكذا قال أبو ثور من الفقهاء وأبو العباس بن سريج من أصحابنا ، وهو
قاسد من وجهين .

أحدهما : أن ما طرأ من استحقاق الثلثين ليس بأكثر من أن يكون عند
الوصية غير مالك للثلثين ، وقد ثبت أنه لو أوصى له بتلت دار هو قدر ملكها
منها كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث ، كذلك إذا أوصى له بتلتها فاستحق
ما زاد على الثلث منها .

والثاني : هو أن رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع ، وقد ثبت أنه لو

باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقي من ثلثها صححت الوصية بكل الثلث الباقي بعد البيع ، فكذلك تصح بالثلث الباقي بعد المستحق ، وليس لما ذكرناه من استدلال بثالث المال وجه ، لأن الوصية لم تعتبر إلا في ثلث ما ملكه ، وما ملكه هو الباقي بعد الاستحقاق ، ولو فعل مثل ذلك في الوصية بالدار فقال قد أوصيتك بثالث ملكي من هذه الدار فاستحق ثلثها كان له ثلث ثلثها الباقي

(مسألة) إذا ابتداء الوصية بثالث ماله لرجل ، ثم أوصى أن يحج عنه رجل بمائة درهم ، ثم أوصى بالباقي من ثلث المال لآخر ، فقد اختلف أصحابنا في الموصى له بالباقي في هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثالث على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي : أنها باطلة لأن تقديم الوصية بالثالث يمنع من أن يبقى شيء من الثلث ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة الوصية بالثالث وبالمائة أو ضياوإن لم يجز وما ردا إلى الثلث ، فجعل نصف الثلث لصاحب الثلث ، وكان النصف الآخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقي على ما مضى من الوجهين

(فرع) الوصية بالمنفعة كما أسلفنا القول كالوصية بالعين ، فلما كان الموصى له بالرقبة يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة أيضا يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية ، فإذا ثبت هذا فالوصية بالمنفعة ضربان مقدرة بمدة ومؤبدة . فإن قدرت بمدة كان قال : قد أوصيت لزيد بخدمة عبدي سنة فالوصية جائزة له بخدمته سنة ، والمعتبر في الثلث منفعة السنة دون الرقبة . وفي كيفية اعتبارها وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج أنه يقوم العبد كامل المنفعة في زمانه كله . فإذا قيل مائة دينار تقوم وهو مسلوب المنفعة سنة . فإذا قيل ثمانون ديناراً فالوصية بعشرين ديناراً . وهي خارجة من الثلث إن لم يكن على الموصى دين

والوجه الثاني : وهو الذي أراه مذهبا أنه يقوم خدمته مئة سنة فتعتبر من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن المنافع المستملكة في العقود والنسب هي المقومة دون الأعيان ، فلو أراد أن يستأجر دكانا كان ذلك بعد معاوضة على المنفعة فلا تقوم العين على حدة والمنفعة على حدة ، وإنما لا يكون إلا على المنفعة فكذلك في الوصايا ، فإذا علم القدر الذي تقوم به خدمة السنة لإحدى العينين

على الوجه الأول أو من المنافع على الوجه الثاني نظر ، فإن خرج جميعه من الثلث صحت الوصية له بخدمة جميع السنة . وإن خرج ثلثه من الثلث رجعت الوصية الى ثلثها واستخدمه ثلث السنة فإذا تقرر أنه على هذه العبرة استحق استخدامه جميع السنة ، فلا يخلو أن يكون في التركة مال غير العبد أم لا . فإن كان في التركة مال غيره إذا أمكن الموصى من استخدامه سنة أمكن الورثة أن يتصرفوا من التركة في تلك السنة بما يقابل مثل العبد ، فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة متوالية حتى يستوفي جميع وصيته ، والورثة لا يمنعون من التصرف في رقبة العبد حتى تمضي السنة فإن باعوا الموصى بمنافعه عبداً كان أو فرساً أو سيارة أو بيداً قبل مضي السنة كان في بيعه قولان كالعبد المأجر .

وإن لم يكن في التركة مال غير الموصى بمنافعه ولا خلف الموصى سواه ففي كيفية انتفاع الموصى له سنة ثلاثة أوجه حكاه ابن سريج . أحدها أنه ينتفع به سنة متوالية ويمنع الورثة من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له سنة وصيته ، ثم حينئذ يخلص للورثة بعد انقضائها . والوجه الثاني : أنه يستخدم ثلث الموصى به ثلاث سنين ، ويستخدم الورثة ثلثيه حتى يستوفي الموصى له سنة وصيته في ثلاث سنين ثلاثاً يختص الموصى له بما لم يحصل للورثة مثلاً .

والوجه الثالث : أن يتهايا عليه الموصى له والورثة ، فيستخدمه الموصى له يوماً والورثة يوماً حتى يستوفي سنة وصيته في ثلاث سنين . والوجه الأول أصح لأنهم قد صاروا الى ملك الرقبة فلم يلزم أن يقابلوا الموصى له بمثل المنفعة لأن حق الموصى له في استخدام الموصى به جميعه ، فلم يجز أن يجعل في ثلثه ، ولأن حقه مفضل ومعجل فلم يجز أن يجعل مرجأ أو مفرقاً

وإذا كانت الوصية بالمنفعة على التأييد ، كان قال أوصيت لزيد باستخدام سيارتي أبدأ فالوصية جائزة إذا حملها التات

واختاف أصحابنا في الذي يعتبر قيمته في التات على وجهين (أحدهما) قاله الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العراقيين ، وهو اختيار أبي العباس بن سريج أنه تقوم جميع الرقبة في التات ، وإن اختصت الوصية بالمنفعة كما تقوم رقبة الوقف في التات .

وإن ملك الموقوف عليه المنفعة فعلى هذا هل يصير الموصى له مالكا ، وإن منع من بيعها أم لا . على وجهين (أحدهما) لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها (والثاني) يملكها كما يملك أم الولد . وإن كان ممنوعا من بيعها لتقويمها عليه في الثلث ، وهذا قول أبي حامد المروزي . هذا إذا قيل إن الرقبة هي المقرمة والوجه الثاني : أنه يقوم منافع الموصى به في الثلث دون الرقبة ، لأن التقويم إنما يختص بما تضمنته الوصية ، ولا يجوز أن يتجاوز بالتقويم الى غيره ولأنه لو أوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لرجل لم يقوّم في حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة . كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة واعتبار ذلك أن يقوّم : كم قيمة الموصى به بمنافعه ، فإذا قيل مائة دينار ، وقيل : وكم قيمته مسلوب المنافع ، فإذا قيل عشرون دينارا علم أن قيمة منافعه ثمانون دينارا فتكون هي القدر المعتبر من الثلث .

فعلى هذا هل يحسب الباقي من قيمة الرقبة وهو عشرون دينارا على الورثة في ثلثهم أم لا . على وجهين (أحدهما) يحسب به عليهم ، لأنه قد دخل ملكهم وهذا قول أبي إسحاق المروزي (والوجه الثاني) لا يحسب به عليهم لأن ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم .

فاذا ثبت ما ذكرناه وخرج القدر الذي اعتبرناه من الثلث صحت الوصية بجميع المنفعة ، وكان للموصى له استخدامه أبدا ما كان حيا وأخذ جميع أكسابه المألوفة ، وهل يملك ما كان غير مألوف منها ، على وجهين : أحدهما يملكه . وفي نفقته ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنها على الموصى له بالمنفعة ، لأن النفقة تختص بالكسب (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها على الورثة لوجوبها بحق الملك (والثالث) وهو ما حكاه أبو حامد الاسفراييني تجب في بيت المال لأن كل واحد من مالكي المنفعة والرقبة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه فعدل بها إلى بيت المال ، فان مات الموصى له فهل تنتقل المنفعة الى وارثه أم لا ، على وجهين حكاهما أبو علي الطبري في الإفصاح (أحدهما) أن المنفعة تنتقل الى ورثته لتقويمها على الأبد في حقه ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة العين .

والوجه الثاني : قد انقطعت الوصية بموت الموصى له لأنه وصى له في عينه بالخدمة لا لغيره ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة الموصى له ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصى

فأما بيع الموصى بمنفعته ، فإن أراد الموصى له بالمنفعة ببيعه لم يجز سواء ملك جميع المنفعة أو بعضها ، وسواء قيل إنه مالك أو غير مالك . وإن أراد ورثة الموصى ببيعه فثلاثة أوجه (أحدها) يجوز لثبوت الملك (والثاني) لا يجوز إدمان المنفعة (والثالث) يجوز ببيعه من الموصى له بالمنفعة ولا يجوز من غيره ، لأن الموصى له ينتفع به دون غيره . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وصى له بشجرة بستانه ، فإن كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث ، وإن لم تخلق — فإن كانت على النأييد — ففي التقويم وجهان : (أحدهما) يقوم جميع البستان (والثاني) يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فإن احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان . وإن احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة ، فإن كان الذي يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف وللورثة النصف والله أعلم .

(الشرح) الأحكام : إذا وصى له بشجرة فذلك ضربان : أن تكون الثمرة موجودة فالوصية جائزة وتعتبر قيمتها من الثلث عند موت الموصى لا حين الوصية فإن خرجت من الثلث فهي للموصى له ، وإن خرج بعضها كان له منها قدر ما احتمله الثلث ، وكان الورثة شركاءه فيها بما لم يحتمله الثلث منها . والضرب الثاني أن يوصى بشجرة لم تخلق فهذا على ضربين (أحدهما) أن يوصى بشجرته على الأبد فالوصية جائزة ، وفيما يقوم في الثلث وجهان . أحدهما : جميع البستان . والثاني يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين من الثلث ، فإن احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبدأ ما بقي البستان ، وإن احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة ؛ مثل أن يحتمل

النصف فيكون الموصى له النصف من ثمرة كل عام وللورثة النصف الباقي ، وإذا احتل الثلث جميع القيمة وصارت الثمرة كلها للموصى له فاحتاجت إلى سقي فلا يجب على الورثة السقي بخلاف بائع الثمرة حيث يجب عليه سقيها للمشتري إذا احتاجت إلى السقي ، لأن البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملا والسقي من كاله وليس كذلك الوصية لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له ولا يجب على الموصى له سقيها ، لأنها بخلاف البهيمة الموصى بخدمتها في الحث والسقي ، لأن نفقة البهيمة مستحقة لحرمة نفسها ووجوب حفظها بخلاف الثمرة ، وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقي لم يلزم واحدا منهما ؛ وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه ، فإن مات النخل استقطع جذاعه للورثة دون الموصى له ، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا أن غرس الورثة مكانه نخيلا كان له فيه حق ، لأن حقه كان في النخل الموصى له به دون غيره

والضرب الثاني : أن يوصى بشمره مدة مقدرة ، كأن أوصى له بشمره عشر سنين ، فن أصحابنا من ذهب إلى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة لأن تقويم المنفعة المقدرة يمكن ، وتقويم الثمار المقدرة المدة غير ممكن . وذهب سائر أصحابنا إلى جوازها كالمنفعة ، وفيما تقدم في الثلث وسائر أحدهما : أنه يقوم البستان كامل المنفعة ، ويقوم مسلوب المنفعة ، ثم يعتبر ما بين القيمتين في الثلث .

والوجه الثاني : أن ينظر أوسط ما تثمره النخل غالبا في كل عام ثم تعتبر قيمة الغالب من قيمته الثمرة في أول عام ، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص . فإن خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة في تلك المدة ، وإن خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام إلى انقضاء تلك المدة ، وليس له أن يستكمل هذه كل عام في نصف تلك المدة ، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام في المقادير والأثمان . يخالف منافع العبد والبهيمة والدار .

ومثل الوصية بشمرة البستان أن تكون الماشية فيوصى له بدرها ونسلها ، وتجب نفقة الماشية كما أسلفنا والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا ، يميناً وشمالاً وقداماً وخلفاً . .

(فصل) وإن وصى أفراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن ، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه ، فيه وجهان .

(أحدهما) يدخل فيه لعموم اللفظ .

(والثاني) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظه ، وإن وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع ، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا عليهم ، ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقة ، لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم .

(الشرح) حديث أبي هريرة مرفوعاً ، حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا ، يميناً وشمالاً وقدام وخلف ، هكذا ورد بغير تنوين قدام وخلف وقد ساقها المصنف منوناً لهما والحديث أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع الطاطار ، وهو ضعيف هكذا أفاده الهيثمي في مجمع الزوائد على أن القول بهذا الحديث لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد ، وبه قال أحمد وغيره من الفقهاء ، على أن المعروف من مذهب الشافعي وبناء على أصله ، إذا صح الحديث فهو مذهبي ، أنه لا عبرة بحديث لم يصح سنده في الأصول ولا في الفروع ، والعبرة في هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه ، إلا أن الماوردي قال في حوايه في الغارمين . قال الشافعي : ويطلب من له الدين عليهم أحب للبر ، ولو أعطوه في دينهم رجوت أن يتبع ، فإن ضمنه في اثنين ضمن حصة الثالث ، وفيه وجهان .

(أحدهما) يضمن ثلث الثلث .

(والثاني) أنه يضمن أقل ما يجزىء أن يعطيه ثالثا ويخصر به غارما في بلد المال ، ومن كان منهم ذارحم أولى لما في صلتهما من زيادة الثواب ، فإن لم يكونوا لخيران المال لقوله تعالى « والجار ذى القرنى والجار الجنب والصاحب بالجنب » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، قال الشافعى : وأقصى الجوار منهم أربعون داراً من كل ناحية ، وهكذا لو أوصى لخيران كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية ، وقال قتادة . الجار الدار والداران ، وقال سعيد بن جبير : هم الذين يسمعون الإقامة ، وقال أبو يوسف هم أهل المسجد . ودليلنا ما روى أن رجلاً كان نازلاً بين قوم فأتى للنبي صلى الله عليه وسلم يشكوهم ، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم أبابكر وعمر وعلياً رضى الله عنهم وقال : اخرجوا الى باب المسجد وقولوا : ألا ان الجوار أربعون داراً .

قلت : فإذا صح ما استدلل به الماوردى من بعث الصحابة الثلاثة ليبلغوا عنه صلى الله عليه وسلم هذا كان دليلاً مسنداً للمذهب والا كان تحديد الأربعين اجتهاداً وعرفاً بصار اليهما على أنه قد استغل بعض السفهاء من واضعى الحديث حث القرآن والسنة على حسن الجوار لجمعوه مرتعاً لأحاديث غير شريفة ، من ذلك ما روى عن جابر رضى الله عنه مرفوعاً « الجيران ثلاثة : جار له حق واحد وهو أدنى الجيران وجار له حقان وجار له ثلاثة حقوق ، فأما الذى له حق واحد لجار مشرك لا رحم له ، له حق الجوار ، وأما الذى له الحقان لجار مسلم له حق الإسلام وحق الجوار ، وأما الذى له ثلاثة حقوق لجار مسلم ذو رحم له حق الإسلام وحق الجوار وحق الرحم ، وهذا الحديث رواه البزار عن شيخه محمد الحارثى وهو وضاع ، وفيما روى من الأحاديث الصحيحة غنى ، إلا أن الحديث الذى ساقه الماوردى قد رواه الطبرانى عن كعب بن مالك ولفظه : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يا رسول الله انى نزلت فى محلة بنى فلان ، وان أشدم لى أذى أقربهم لى جواراً فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أبابكر وعمر وعلياً

يأتون باب المسجد فيقولون علي بابہ فیصیحون : ألا إن أربعين داراً جار ، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه . وفي إسنادہ يوسف بن السفر ، أبو الفيض الدمشقي كاتب الأوزاعي وراويہ كما روى عن مالك . قال النسائي : ليس بثقة . وقال الدارقطني متروك يكذب . وقال ابن عدى : روى بواطيل ، وقال البيهقي : هو في عداد من يضع الحديث : وقال أبو زرعة وغيره متروك

فإذا وصى لقراءة القرآن وكان المضاف إليه معرفاً بال وهو يقتضى إما العهد أو الاستغراق ، فإن قلنا بالأول ، فعلى الوجه الذى يجعل الوصية لمن يحفظ القرآن كله ويخرج ذلك من لا يحفظه جميعاً ، وإن قلنا بالثاني فنكل ما قرىء من القرآن فهو قرآن دخل من لا يحفظه كله لاشتهال لفظه عليه ، فإذا وصى وقال لقراء قرآن ، شمل من يحفظه كله ومن يحفظ آية واحدة قولاً واحداً .

فإن وصى للعلماء صرف إلى العلماء وفقهاء الأحكام ، ودارسى الفروع ، لأنه لا يطلق عرفاً عند من يوصون للقربة إلا عليهم ولا يدخل فيهم صغار المتعلمين للحديث لأنهم يسمعون الحديث ، ولا يشتغلون باختلاف أسانيدہ ، وأسماء رواہ ، ومعرفة الثقة العدل الضابط منهم والمجروح بدلس أو سوء حفظ أو تصديق لكل ما يسمع ، أو شذوذ أو نكارة أو وضع أو صاحب مقالة في الإسلام أو غلو في مذهب يخرج به عن حد العدالة إلى غير ذلك مما ينقض العلم به وارتشاف مورده ، وبذل الوسع في خدمته ، لأن الحديث أشرف علوم الدين وأعظمها مرتقى ، وأرجاها عاقبة ، وائقه تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فعل) فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب ، لأن اليتيم في بني آدم فقد الأب ، ولا يدخل فيه بالنع ، لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ، وهل يدخل فيه الغنى ، فيه وجهان .

(أحدهما) يدخل فيه ، لأنه يتم بفقد الأب .

(والثاني) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غنى ، فإن وصى الأراامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء ، وهل يدخل فيه من

لا زوجة له من الرجال ، فيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الإسم في العرف على الرجال (والثاني) يدخل فيه لأنه قد يسمى الرجل أرملا كما قال الشاعر :

كل الأرمال قد قضيت حاجتهم فمن الحاجة هذا الأرمال الذكر
وهل يدخل فيه من لها مال ، على وجهين كما قلنا في الأيتام .

(فصل) وإن وصى للشيوخ أعطى من جاوز الأربعين ، وإن وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين ، وإن وصى للعلمان والصبان أعطى من لم يبلغ . لأن هذه الأسماء لا تطلق في العرف إلا على ما ذكرناه .

(الشرح) حديث لا يُتم بعد الحلم ، رواه أبو داود عن علي كرم الله وجهه قال : حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل ، وفي إسناده يحيى بن محمد ، الذي الجارى نسبة إلى الجارى بلدة على الساحل بالقرب من المدينة المنورة : قال البخاري : يتكلمون فيه ، وقال ابن حبان : يجب التنسك عما انفرد به من الروايات . وقال العقيلي : لا يتابع يحيى المذكور على هذا الحديث ، وفي الخلاصة أن المعجلى وابن عدى وثقاه .

قال المنذرى : وقد روى هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وأنس بن مالك وليس فيها شيء بثبت ، وقد أعل هذا الحديث أيضاً عبد الحق وابن القطان وغيرهما ، وحسنه النووي فيها سلف من أجزاء المجموع متمسكا بسكوت أبي داود عليه ؛ ورواه الطبراني بسند آخر عن علي ، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده وأخرج نحوه أيضاً ابن عدى عن جابر ، وهذه الروايات يوقى بعضها بعضاً فترقى بالحديث إلى درجة الحسن .

وقد استدل بالحديث على أن الاحتلام من علامات البلوغ ، وتعقب بأنه بيان لغاية مدة اليتيم ؛ وارتفاع اليتيم لا يستلزم البلوغ الذي هو مناط التكليف ، وإنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته ، ويؤيد مفهومه عند القائلين بأن الاحتلام من علامات البلوغ روايه أحمد وأبي داود والحاكم من حديث علي رضي الله عنه وفيه وعن الصبي حتى يحتلم ، وقد أسلفنا القول في أبواب الحجر في تعريف اليتيم

ما ينفع في هذا فليراجع . على أنه إذا أوصى الأيتام ووجد من الأيتام الفقراء من يفيدون من وصيته بما لا يبقى منه فضل كانوا أول من اليتيم الغني وإن شمله التعريف .

فإن وصى للأرامل فهو للنساء اللاتي فارقن أزواجهن بموت أو غيره ، وهو من أرمل المكان إذا صار ذارملاً ، وأرمل الرجل إذا صار بغير زاد لنفاده وافتقاره . وأرملت المرأة فهي أرملة ، وهي التي لا زوج لها لافتقارها الى من ينفق عليها . قال الأزهرى : لا يقال لها أرملة إلا إذا كانت فقيرة ، فإذا كانت موسرة فليست بأرملة ، والجمع أرامل حتى قيل : رجل أرمل إذا لم يكن له زوج وهو قليل ، لا يذهب زاده بفقد امرأته لأنها لم تكن قيمة عليه . قال ابن السكيت والأرامل المساكين رجالاً كانوا أو نساء .

وقال أحمد بن حنبل في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بني فلان فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم هو للرجال والنساء ، والذي يعرف في كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبي وأصحابه : هو للرجال والنساء . وأنشد أحدهما :

هدى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وقال الآخر :

أحب أن أصطاد ظلياً سخيلاً رعى الربيع والشتاء أرملاً

فعلى الوجه بأنه لا يدخل في الوصية أرامل الرجال أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصى إلا عليه ، ولأن الأرامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للذكر ، لأن ما يختلف لفظ الذكر والانثى في واحده يختلف في جمعه ، وقد أنكروا ابن الأنبارى على قائل القول الآخر وخطأه ، والشعر الذى احتج به حجة عليه بالرواية التى سقناها ، أما على الرواية التى ساقها المصنف : كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فإنه يدل على شمول الأرامل للذكر والانثى إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره ، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية

لأرامل الرجال . فيكون أرامل جمع أرمل كما كابر وأعظم وأصاغر وأسافل جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل

على أن هناك ألفاظاً مشتركة بين الرجال والنساء غلب استعمالها للنساء الكثيرة شيوعها فيهن وقتلها بين الرجال ، قالوا يامى من قوله تعالى ، وأذكروا الأيامى منكم ، وفي الحديث : أعوذ بالله من يوار الأيم . قالوا يطلق ذلك على الرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد بن المسيب قال : آمت حفصة بنت عمر من زوجها . وآم عثمان من رقية . والعزاب للرجال والنساء ؛ واليب للرجال والنساء والبكر للرجال والنساء .

فإذا وصى للأرامل فهل يدخل فيه من لها مال . على الخلاف الذى مضى فى البتيم أما اذا وصى الشيوخ أعطى من جاوز الأربعين لأن مادون الأربعين كهولة ومادون الكهولة فتوة أو شباب وما دون ذلك بفاعه ، وما دونه صبي وما دونه طفل ، فهو الى السابعة طفل . ثم الى العاشرة صبي . ثم الى الخامسة عشرة يافع ثم الى الثلاثين شاب أو قتي ، ثم الى الأربعين كهل ، ثم بعد الأربعين شيخ ، ثم بعد الستين هريم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وصى للفقراء جاز أن يدفع الى للفقراء والمساكين ، وان وصى للمساكين جاز أن يدفع الى المساكين والفقراء ، لأن كل واحد من الإسمين يطلق على الفريقين ، وان وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين فى العطفية ، لأن الجمع بينهما يقتضى الجمع فى العطفية كما قلنا فى آية الصدقات ، وان وصى لسبيل الله تعالى دفع الى الفزاة من أهل الصدقات ، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم فى عرف الشرع .

فان وصى للرقاب دفع الى المكاتبين ، لأن الرقاب فى عرف الشرع اسم للمكاتبين . وان وصى لأحد هذه الاصناف دفع الى ثلاثة منهم ، لأنه قد ثبت لهذه الالفاظ عرف الشرع فى ثلاثة ، وهو فى الزكاة ، فحملت الرصبة عليها ، فان وصى لزبد والفقراء فقد قال الدافعى رحمه الله : هو كأحدم . فن أصحابنا من قال : هو بظاهره أنه يكون كأحدم يدفع اليه ما يدفع الى أحدم ، لأنه أضاف

اليه واليهوم فوجب أن يكون كأحدهم ، ومنهم من قال : يصرف إلى زيد نصف الثلث ويصرف النصف إلى الفقراء ، لأنه أضاف اليه واليهوم ، فوجب أن يساويهم . ومنهم من قال : يصرف اليه الرابع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة ، فكأنه وصى لأربعة ، فكان حق كل واحد منهم الربع وإن وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء - وزيد فقير - لم يعط غير الدينار ، لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار

(فصل) وإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطى وتميم ففيه قولان (أحدهما) أن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم ، كما قلنا في الوصية للفقراء (والثاني) أن الوصية باطله ، لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ في بعضهم فيبطل بخلاف الفقراء ، فإنه قد ثبت له هذا اللفظ عرف وهو في ثلاثة في الزكاة .

(الشرح) قال الإمام الشافعي : وإذا أوصى الرجل فقال : ثلث مالي في المساكين فكل من لا مال له ولا كسب يقنيه داخل في هذا المعنى وهو للأحرار دون المماليك ممن لم يتم عتقه . قال وينظر أين كان ماله فيخرج ثلثه في مساكين أهل ذلك البلد الذي به ماله دون غيرهم ، فإن كثر حتى يقنيههم نقل إلى أقرب البلدان له ، ثم كان هكذا حيث كان له مال صنع به هذا . وهكذا لو قال : ثلث مالي في الفقراء كان مثل المساكين يدخل فيه الفقير والمساكين ، لأن المساكين فقير ، والفقير مسكين إذا أفرد الموصي القول هكذا .

ولو قال ثلث مالي في الفقراء والمساكين ، علمنا أنه أراد التمييز بين الفقير والمسكنة ، فالفقير الذي لا مال له ولا كسب يقع منه موقماً والمساكين من له مال أو كسب يقع منه موقماً ولا يقنيه : فيجعل الثلث بينهم تعديلاً ، ونهى عن مساكين أهل البلد الذي بين أظهرهم ماله ، وفقراءهم وإن قل . ومن أعطى في فقراء أو مساكين فإنما أعطى لمعنى فقر ، فينظر في المساكين فإن كان فيهم من يخرج من المسكنة مائة وآخر يخرج من المسكنة خمسون ، أعطى الذي يخرج من المسكنة مائة سهمين ، والذي يخرج خمسون سهماً وهكذا يهتج في الفقراء

على هذا الحساب ، ولا يدخل فيهم ، ولا يفضل ذو قرابة على غيره إلا بما
وصفت في غيره من قدر مسكنته أو فقره ، لأن العاطية له صدقة وصلة ، وما جمع
ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما ، فإن صرف الثلث في أقل من ثلاثة من
الفقراء والمساكين ضمن ، فإن صرفه في اثنين كان في قدر ما يضمنه وجهان

(أحدهما) وهو الذي نص عليه الشافعي في الآم أنه يضمن ثلث الثلث ،
لأن أقل الأجزاء ثلاثة . والظاهر تساويهم فيه

والوجه الثاني : أنه يضمن من الثلث قدر ما لو دفعه إلى ثلاثة أجزاء ، ولا
ينحصر بالثلث لأن له التسوية بينهم والتفضيل ، ولو كان اقتصر على واحد فأحد
الوجهين أن يضمن ثلثي الثلث . والوجه الثاني أنه يضمن ما يجزئه من دفعه إليهما
فلو أوصى بثلاث ماله للفقراء أو المساكين صرف الثلث في الصنفين بالسوية ودفع
السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة ، ودفع السدس الآخر إلى المساكين
وأقلهم ثلاثة .

فإن صرفه في أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الآخر وجهاً واحداً ،
ثم عليه صرف الثلث في فقراء البلد الذي فيه المال دون المالك كالزكاة ؛ فإن
تفرق ماله أخرج في كل بلد ثلث ما فيه ، فإن لم يوجد وانيه نقل إلى أقرب البلاد به
كما سلف القول في زكاة المال من المجموع

فأما زكاة الفطر ففيها وجهان :

(أحدهما) تخرج في بلد المال دون المالك كزكاة المال

(والثاني) تخرج في بلد المالك دون المال لأنها عن فطرة بدنه وطهارة اصوله

فإن نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره كان في الأجزاء قولان

فأما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا في إخراجه على قولين كالزكاة ، ومنهم
من قال يجوز قولاً واحداً وإن أساء ، لأن الوصية عطية من آدمي قد كان له
أن يضمها حيث شاء .

فإن وصى في سبيل الله صرف في الغزاة لما قلناه في الزكاة ويصرف ذلك في ثلاثة فصاعدا من غزاة البلد ومحاربه أعنى بلد المال على حسب منازلهم في القرب والبعد ومن كان فيهم فدائيا أو نظاميا ، طيارا أو آليا أو من المشاة أو الفرسان فإن لم يوجدوا في البلد نقل إلى أقرب البلاد به .

(فرع) إذا وصى بثلثه في الرقاب صرف في المكاتبين ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : يشتري به رقاب يعتقون ، وأصل هذا اختلافهم في سهم الرقاب في الزكاة ، هل ينصرف في العتق أو في المكاتبين ، والدليل على ذلك قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء ، فأثبت ذلك لهم بلام الملك والعبد لا يملك فيصرف إليه والمكاتب يملك فوجب صرفه إليه ، ولأنه مصروف في ذوى الحاجات ، ولأن مال الزكاة مصروف لغير نفع يعود إلى ربه ، فلو صرف في العتق أعاد إليه الولاء فاذا تقرر أن سهم الرقاب في الزكاة مصروف في المكاتبين ، وجب أن يكون سهم الرقاب في الوصايا مصروفا في المكاتبين ، لأن مطلق الاسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع .

(فرع) إذا وصى بشيء لزبد وللمساكين فقال الشافعي رضي الله عنه : يكون كأحدهم إن عهدهم أعطاه كواحد منهم ، ومن أصحابنا من قال : يصرف إليه ربع الوصية وثلاثة أرباعها للفقراء ، ومنهم من قال : يصرف لزبد نصف الوصية والباقي للفقراء ، لأنه جعل الوصية لجهتين فوجبت القسمة بينهما وهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ومحمد .

وعن محمد قول آخر : لزبد ثلثه وللمساكين ثلثاه : لأن أقل الجمع اثنان ، فإن كان وصى لزبد بدينار وثلثيه للفقراء ، وزيد فقير لم يدفع إليه من سهم الفقراء شيء ، وليس له غير الدينار ، وبه قال الحسن البصرى والشافعي بن راهويه ، لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما ، إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجوز ذلك يفضى إلى تجوز دفع الجميع إليه ، وانفطه يقتضى خلاف ذلك .

(فرع) وقوله : فإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين هم أبناء على كرم الله وجهه

وهم يطلقون هذا على من كان من ولد محمد بن الحنفية ، ولذلك أطلق بعض من يريد كمال الشرف منهم لقب الفاطميين على أنفسهم حتى ينفوا أنهم من أبناء ابن الحنفية .
فكل فاطمي علوي وليس العكس .
أما الهاشميون فهم بنو هاشم بن عبد مناف واسمه عمرو وسمى هاشما لهشمه
الثريد أيام المجاعة .

عمرو الذي هشم الثريد لقومه ورجال مكة مستنون بحجاف
وولده عبد المطلب بن هاشم وكان لعبد المطلب اثنا عشر ولداً ، عبد الله أبو
النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبو طالب ، والزيد ، وعبد الكعبة ، والعباس ،
وضرار ، وحمزة ، وحجبل ، وأبو لهب ، وقثم ، والغيداق الملقب بالمقوم ،
والحارث أعمام النبي صلى الله عليه وسلم .
والعقب منهم حمزة والعباس وأبو لهب والحارث وأبو طالب وعبد الله
وقد ذكر ابن حزم وغيره أن حمزة انقرض عقبه .
أما طيء بفتح الطاء وتشديد الياء بهمزة في الآخر أخذاً من الطاعة على وزن
الطاعة ، وهي الإيغال في المرعى وهم بنو طيء بن زيد بن يشجب بن عريب بن
زيد بن كهلان ، وإليهم ينسب حاتم الطائي المشهور بالكرم ، وأبو تمام الطائي
الشاعر المشهور وهم من العرب العاربة من حمير ، كانت منازلهم باليمن ثم افترقوا
بعد سيل العرم فنزلوا بنجد والحجاز ، ثم غلبوا بني أسد على جبلي أجا وسامى
من بلاد نجد فنزلوا هاهنا فاجبلي طيء ثم افترقوا في أول الإسلام زمن الفتوحات
في الاقطار ، ومنهم بنو نعل وزيد الخليل ، وبنو تميم من العرب المستعربة وكانت
منازلهم بأرض نجد ومن بطونهم طائفة ومن بطونهم مزينة وهم بنو عثمان وأوس
ابن عمر بن أد بن طائفة ومزينة أمهما عرفوا بها وهي بنت وبرة ، ومنهم كعب
ابن زهير المزني صاحب قصيدة بانة سماد التي ألقاها أمام النبي صلى الله عليه وسلم
ومنهم الامام إسماعيل بن إبراهيم المزني صاحب الامام الشافعي رضى الله عنه .
أما الاحكام : فانه إن وصى ابني فلان وهم قبيلة ويدخل فيهم الذكر والانثى
والخنثى ففي جواز الوصية قولان .

(أحدهما) تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم فما فوق كما قلنا في الفقراء وبصحتها قال أحمد بن حنبل وقال : لا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة (والقول الثاني) لا تصح الوصية لعدم إمكان إعطاء الجميع ولا يطلق اللفظ في العرف على نخذ منهم بحيث لو أوصى لبنى طيء فلا يخصر بنى مزينة ، ولو أوصى لبنى هاشم فلا يخصر بنى أبي طالب ، فكان باطلا ويخالف الفقراء فإنه ينطبق عرفا على ثلاثة منهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه في نفسه لأنه تملك ماله بالإذن فلم يملك من نفسه كالأول وكاله في البيع ، والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصى من أقاربه ، فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع ، فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه لأنه قائم مقام الموصى ، والمستحب للموصى أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصى .

(فصل) وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل ، كان لزيد نصف الثلث وتبطل في الباقي ؛ فإن وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان ، أحدهما : أن الجميع لزيد ، لأن ذكر الرياح لغو .

والثاني : أن لزيد النصف وتبطل الوصية في الباقي كالمسألة قبلها ، فإن قال : ثلثي لله ولزید ففيه وجهان (أحدهما) أن الجميع لزيد ، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى : فإن لله خمسة وللرسول (والثاني) أنه يدفع إلى زيد نصفه والباقي للفقراء لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء .

(فصل) وإن وصى لملح لمرأة فولدت ذكراً وأنثى صرف إليهما وسوى بينهما ، لأن ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والأنثى ، وإن وصى إن ولدت ذكراً فله ألف ، وإن ولدت أنثى فلها مائة فولدت ذكراً وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة ، فإن ولدت خنثى دفع إليه المائة لأنه يقين ويترك الباقي إلى أن يقين فإن ولدت ذكرين أو أنثيين ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين والمائة إلى من

يشاء من الاثنيين لأن الوصية لاحدهما فلا تدفع اليهما ، والاجتهاد في ذلك إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه .

والثاني : أنه يشترط الذكران في الألف والاثنيان في المائة ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوى بينهما ، ويخالف العبد فإنه جعله إلى الوارث ؛ وهمنا لم يجعله إلى الوارث .

والثالث : أنه يوقف الألف بين الذكرين والمائة بين الاثنيين إلى أن يباغيا ويصطلحا ، لأن الوصية لاحدهما فلا يجوز أن تجعل لهما ولا خيار للوارث ، فوجب التوقف ، فإن قال : ان كان مافي بطنك ذكراً فله ألف ، وان كان أنثى فله مائة ، فولدت ذكراً وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئاً لأنه شرط أن يكون جميع مافي البطن ذكراً أو جميعه أنثى ، ولم يوجد واحد منهما .

(الشرح) الأحكام : اذا أوصى بتلت ماله إلى رجل يضعه حيث يشاء هو أن يضعه أو حيث أراه الله لم يكن له أن يأخذ منه لنفسه شيئاً ، وان كان محتاجاً لأنه أمره بصرفه لا بأخذه ولم يكن له أن يصرفه إلى وارث الموصى ، وان كان محتاجاً لان الوارث ممنوع من الوصية وليس له أن يودعه عند نفسه ولا أن يودعه غيره ، قال الشافعي رضي الله عنه : واختار له أن يعطيه أهل الحاجة من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم ، وليس الرضاع قرابة ، فان لم يكن له قرابة من قبل الاب والام وكان له رضعا أحببت أن يعطيه ، فان لم يكن له رضيع أحببت أن يعطى جيرانه الأقرب منهم فالأقرب ، وأقصى الجوار منتهى أربعين داراً من كل ناحية وأحب أن يعطيه أفقر من يجده وأشدهم تعففاً واستتاراً ، ولا يبقى في يده شيئاً يمكن به أن يخرج منه من ساعته .

(فرع) ان وصى بالثلث لله ولزيد فقد كان لأصحابنا فيه وجهان . أحدهما : أن التلت لزيد واسم الله تعالى في الوصية ورد مورد التبرك . والثاني أن يصرف لزيد نصفه ويصرف النصف الباقي للفقراء ، فعلى هذا الوجه اذا صرف إلى زيد التلت كله ضمن نصفه .

ولو قال : اصبر فوا ثلثي في سبيل الخير أو في سبيل البر أو في سبيل الثواب
قال الشافعي رضي الله عنه : جرى أجزاء فأعطى ذو قرابته فقراء كانوا أو
أغنياء ، والفقراء والمساكين ، وفي الرقاب والغارمين وابن السبيل والحاج ،
ويدخل الضيف والسائل والمعتر منهم ، فان لم يفعل الموصى ضمن سهم من منعه
إذا كان موجوداً .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : تجوز الوصية لما في البطن وبما في البطن
إذا كان يخرج لأقل من ستة أشهر ، فان خرجوا عدداً ذكوراً وإناثاً فالوصية
بينهم سواء وهم لمن أوصى بهم له ، وهذه المسألة مشتملة على فصلين .

أحدهما : الوصية للحمل .

والثاني : الوصية بالحمل ، فأما الوصية بالحمل لجائزة ، لأنه لما ملك بالارث
— وهو أضييق — ملك بالوصية التي هي أوسع ، فلو أقر للحمل إقراراً مطلقاً
بطل في أحد القولين ، والفرق بينهما أن الوصية أحمل للجهاالة له من الإقرار ،
الأتري لو أوصى لمن في هذه الدار صحح ، ولو أقر له لم يصح ، فإذا قال : قد
أوصيت لحمل هذه المرأة بألب نظر حالها إذا ولدت ، فان وضعته لأقل من ستة
أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صححت له الوصية لعلمنا أن الحمل
كان موجوداً وقت الوصية ، وان وضعته لاكثر من أربع سنين من حين الوصية
فالوصية باطلة لحدوثه بعدها وأنه لم يكن موجوداً وقت التكلم بها ؛ وان وضعته
لاكثر من ستة أشهر وقت الوصية ولاقل من أربع سنين ، فان كانت ذات زوج
يمكن أن يبطأ فيحدث ذلك منه فالوصية باطلة لا يمكن حدوثه فلم يستحق بالشك
وان كانت غير ذات زوج يبطأ فالوصية جائزة لان الظاهر تقدمه ، والحمل يجري
عليه حكم الظاهر في اللقوق فكذلك في الوصية فإذا صححت الوصية له فان وضعت ذكر أو
إنث فالوصية له وان وضعت ذكر أو أنثى كانت الوصية بينهما نصفين لانها هبة لاهيراث الا
إذا فضل الموصى الذكر على الأنثى أو العكس فيحمل على تفضيله ، فلو قال اذا ولدت
غلاماً فله ألب ، وان ولدت جارية فله ما مائه فولدت غلاماً استحق ألفاً أو جارية
استحققت مائه ، وان ولدت غلاماً وجارية استحق الغلام ألفاً والجارية مائه ،

وإن ولدت خنثى دفع اليه مائة لأنها يقين ووقف تمام الألف حتى يتبين ، وهكذا لو قال : إن كان في بطنك غلام فله ألف ، وإن كان في بطنك جارية فلها مائة ، فإن ولدت غلامين أو جارتين صححت الوصية . وفيما ثلاثة أوجه حكاه ابن سريج (أحدها) أن للورثة أن يدفعوا الألف إلى أى الغلامين شاءوا والمائة إلى أى الجارتين شاءوا لأنها لأحدهما فلم تدفع إليهما ، ورجع فيها إلى بيان الوارث كالوصية بأحد عبديه

(والوجه الثاني) أنه يشترك الغلامان في الألف والجارتان في المائة ، لأنها وصية لغلام وجارية ؛ وليس أحد الغلامين أولى من الآخر ، فشارك بينهما ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث بخلاف الوصية بأحد العبدین اللذين يملكهما الوارث لجاز أن يرجع إلى خياره فيهما .

(والوجه الثالث) أن الألف موقوفة بين الغلامين ، والمائة موقوفة بين الجارتين حتى بصطلحا عليهما بعد البلوغ ، لأن الوصية لواحد فلم يشرك فيما بين اثنين ، وليس للوارث فيما خيار فلزم فيها الوقف

فلو قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان الذى فى بطنك جارية فلها مائة ، فولدت غلاماً وجارية فلا شيء لواحد منهما ، بخلاف قوله إن كان فى بطنك غلام فله الألف ، لأنه إذا قال إن كان الذى فى بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاماً شرطاً فى الحمل والوصية معاً ، فإذا كان الحمل غلاماً وجاريه لم يوجد الشرط كاملاً فلم تصح الوصية .

وإذا قال إن كان فى بطنك غلام فلم يجعل ذلك شرطاً فى الحمل ، وإنما جعله شرطاً فى الوصية فصحت الوصية . وهكذا لو قال : إن كان ما فى بطنك غلاماً ، فهو كقوله : إن كان الذى فى بطنك جارية ، فإذا وضعت غلاماً وجاريه فلا وصية . وكذلك لو قال : إن كان الذى فى بطنك غلاماً فله ألف فولدت غلامين فى الوصية وجهان .

(أحدهما) باطل كما لو ولدت غلاماً وجاريه لأنه لم يكن كل حملها غلاماً . والوجه الثانى أنها جائزة لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا فى الصفة ولم تضر الزيادة ، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثة التى حكاه ابن سريج من قبل أمها

ترجم إلى بيان الورثة في دفع الألف إلى أحدهما ، والثاني يشتركان جميعا فيها .
والثالث توفت الألف بينهما حتى يصطلحا عليهما .

(مسألة) لو قال قد أوصيت لمحل هذه المرأة من زوجها لجاءت بولد نفاه زوجها باللعان ، ففي الوصية وجهان (أحدهما) وهو قول ابن سريج ان الوصية باطلة لأن لعانه قد نفى أن يكن منه (والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي ان الوصية له جائزة ، لأن لعان الزوج إنما يختص بنفي النسب دون غيره من أحكام الأولاد . ألا ترى أنها تعمد به . ولو قد نفاه به قاذف حدث له . ولو عاد واعترف به لحق به . ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثا ولا أكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ولا أقل من ستة أشهر من حين الوصية فلا وصية لعاننا أنه ليس منه . وبخلاف الملاعن الذي يجوز أن يكون الولد منه .

(مسألة أخرى) إذا وضعت الموصى بحملها ولدا ميتا فلا وصية كما لا ميراث له ، ولو وضعت حيا فماتت وصية وكان لو ارث المحل كالميراث . ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنبينا ميتا كان فيه على الضارب قود ، ولا وصية له كما لا ميراث له . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخبير إلى الوارث في القليل والكثير ، لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير .

(فصل) فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلامهم نصيبا لأنه نصيب أحدهم ، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال ، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له النكاح ، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين ، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه ، فإن كان له ابنتان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث ، وإن وصى له بنصيب ابنه بطلمت الوصية ، لأن نصيب الابن الميراث فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال ابنته من غير الميراث .

ومن أصحابنا من قال : يصح ويجعل المال بينهما ، قالوا أوصى له بمثل نصيب
ابنه ، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطلة ، لأنه
وصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، فأشبهه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن ؟

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال لفلان نصيب أو حظ أو
قليل أو كثير من مالي ، فما أعرف لكثير جداً

الاحكام : إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله أو حظ أو قليل أو كثير ولم
يحدد ذلك شيء فالوصية جائزة ويرجع في بيانها إلى الورثة : فما بينوه من شيء
كان قولهم فيه مقبولاً ، فإن ادعى الموصى له أكثر لأن هذه الاسماء كلها لا تختص
في اللغة ولا في الشرع ولا في العرف بمقدار معلوم لاستعمالها في القليل والكثير
ولأن القليل والكثير حدد ، لأن الشيء قد يكون قليلاً إذا أضيف إلى ما هو
أكثر منه ، ويكون كثيراً إذا أضيف إلى ما هو أقل منه

وحكى عن عطاء وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب
باطلة للجهل بها . وهذا فاسد لأن الجهل بالوصايا لا يمنع من جوازها ، ألا ترى
أنه لو أوصى بثلث ماله وهو لا يعلم قدره جازت الوصية مع الجهل بها ، وقد
أوصى أنس بن مالك لثابت البناني بمثل نصيب أحد ولده

أما إذا أوصى له بسهم من ماله فقد اختلف الناس فيه ، حكى عن عبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه والحسن البصري وإياس بن معاوية وسفيان الثوري
وأحمد بن حنبل أن له سدس المال . وقال شريح يدفع له بينهم واحد من سهام
الفريضة . وقال أبو حنيفة يدفع إليه مثل نصيب أقل الورثة نصيباً ما لم يجاوز
الثلث ، فإن جاوزه أعطى الثلث . وقال أبو ثور أعطيه سهماً من أربعة وعشر من
سهماً . وقال أبو يوسف ومحمد يعطى مثل نصيب أقلهم نصيباً ما لم يجاوز الثلث
فإن جاوزه أعطى الثلث

وقال الشافعي السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطلاقه على القليل
والكثير كالحظ والنصيب فيرجع فيه إلى بيان الوارث ، فإن قيل روى ابن مسعود
أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض لرجل أوصى له سهماً سدساً . قبل هي قضية

في عين يحتمل أن تكون البيعة قائمة ، فأمر بالسدس أو اعترف به الورثة ، فإذا ثبت أنه يرجع فيه إلى بيان الورثة قبل منهم ما بينوه من قبل وكبير ، فإن نوزعوا أحلفوا ، فلو لم يبينوا لم تخل حالهم من أن يكون عندهم بيان أو لا يكون ، فإن لم يكن عندهم بيان رجع إلى بيان الموصى له ، فإن نوزع أحلف ، وإن لم يكن عند الموصى له بيان فأبوا أن يبينوا ففيه وجهان من اختلاف قولين فيمن أقر بمجمل وامتنع أن يبين أحدهما يحبس الوارث حتى يبين ، والثاني يرجع إلى بيان الموصى له (فرع) إذا وصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه قال الشافعي رضي الله عنه وأعطيته مثل أقلام نصيبها ،

(قلت) لأن الوصايا لا يستحق فيها إلا اليقين والأقل ، فلا تعين الزيادة على شك ، فإن كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها ، وإن كان سهم غيرها من البنات أو بنات الإبن أقل أعطيته مثله ، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فريضتهم ، فتجعل للموصى له مثل سهام أقاربهم ، وتضمه إلى أهل الفريضة ، ثم يقسم المال بين الموصى له والورثة على ما اجتمع معك من العديدين وقد بيناه .

ولو وصى إليه بمثل أكثرهم نصيبا اعتبرته وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من العديدين على ما وصفناه ، فعلى هذا لو اختلف الورثة فقال بعضهم أراد مثل أقربنا نصيبا ، وقال بعضهم بل أراد مثل أكثرنا نصيبا أعطيته من نصيب كل واحد من الفريضة حصة مما اعترف بها

ومثاله ، أن يكون الورثة ابنين وبنتين فيكون لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم والوصى له بمثل نصيب الذكر ، ولو أراد أني لكان المال مقسوما على سبعة أصم فريضه ابنين وثلاثة بنات

ولو ترك ابنا وبناتا وأوصى لرجل بمثل نصيب الإبن ولآخر بمثل نصيب البنت فذلك ضربان (أحدهما) أن يريد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها . فبلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الإبن خمس المال وللموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال . فيصير بالوصيتين بخمس المال وربعه فيوقف على أجازتهما .

والغريب الثاني : أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال ، والموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فنصير الوصيتان بخمس المال وسدسه فتوقف على اجازتهما ولو ابتداء فوصى لرجل بمثل نصيب البنت والآخر بمثل نصيب الابن كان الموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال ، فأما الموصى له بمثل نصيب الابن ، فان أراد قبل دخول الوصية عليه كان له ثلث المال ثم على هذا القياس . ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف أصحابنا في قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين .

(أحدهما) له الربع نصف حصّة البنت ، لانه لما استحق مع البنت الواحدة الربع لانه نصف نصيبها .

(والوجه الثاني) وهو أصح ، له الثلث لانه بصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية كما بصير مع الابن الواحد كابن ثان ، وللواحدة من البنين الثلث فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحدة الثلث ، وهكذا لو وصى بمثل نصيب أخت مع عم كان فيما يستحقه بالوصية وجهان . أحدهما : الربع ، والثاني الثلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والاخت غيرهما ، لان لكل واحدة منهما اذا انفردت النصف ، والباقي لبنت المال ، فعلى هذا لو وصى بمثل نصيب أخ لام فله في أحد الوجهين نصف السدس ، وفي الآخر السدس .

وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليها نصيب الموصى له وجعله مثلا له ، وهذا يقتضى أن لا يزداد عليه ، فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم اذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد ورثته فان تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزداد على الفريضة ، فان أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة . وبهذا قال الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد .

وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم اذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ، ويقسم الباقي بين الورثة

لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث .

وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصباهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم ، وقد أوضحنا أن الموصى جعل وارثه أصلاً وقاعدة ، وهذا يدل على فساد ما خالفه ، لأن قاعدة الجمهور تقتضي أن لا يزداد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية ، وإنما جعل مثل أفهام نصيباً لأنه اليقين ، وما زاد فشكوك فيه فلا يثبت مع الشك .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له غيره فله النصف ، فإن لم يحز الابن فله الثلث .

قلت وهذا قول أبي حنيفة وصاحبه : فإن أجازها الابن وإلا ردت على الثلث وقال مالك وزفر بن الهذيل وداود بن علي : هي وصية بجميع المال ، استدلالاً بأن نصيب ابنه إذا لم يكن له غيره الجميع فافتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال ، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعاً وجب إذا وصى له بمثل نصيب ابنه أن تكون وصيته بجميع المال حجاجاً ، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه .

أحدهما : أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع فلم يحز أن يكون الفرع رافعاً لحكم الأصل .

والثاني : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للابن نصيب ، وإذا لم يكن للابن نصيب بطلت الوصية التي هي مثله .

والثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه ، فإذا وجب ذلك كانا نصفين ، وفي إعطائه الجميع إبطال للتسوية بينهما كما قررنا ، وأما قولهم : إن نصيب الابن كل المال ، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية ، فأما مع الوصية فلا يستحق الجميع .

وأما قوله : وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابني فالفرق بينهما أنه لم يجعل له مع الوصية نصيبا ولذلك كانت بكل المال .

فعلى هذا لو قال : وصيت لك بنصيب ابني فالذي عليه الجمهور من أصحابنا أن الوصية باطلة ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد لأنها وصية بما لا يملك ، لأن نصيب الابن ملكه لا ملك أبيه . وقال بعض أصحابنا الوصية جائزة ، وهو قول مالك ويحريها بجرى قوله : بمثل نصيب ابنة فيجعلها وصيه بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنة ولا ابن له كانت الوصية باطلة ، وكذلك لو كان له ابن كافر أو قاتل لأنه لا نصيب له .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : بمثل نصيب أحد ولدي فله مع الابنين الثلث ومع الثلاثة أربيع حتى يكون كأحدهم .

قلت : وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . وقال مالك : يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث ومع الأربعة الربع ، وقد ذكرنا وجه فساد ما فيه من تفضيل الموصى له على ابنته .

(قلت) ولو قال : بمثل نصيب ابني وله ولدان فالوصية باطلة ، لأنه بوصى بنصيب ابنة الذي هو ملك للإبن فلا يملك الأب الوصية به كما لو أوصى بما يملكه ولده من كسبه لا من ميراثه ، ومن أصحابنا من صحح الوصية وجعلها كقوله : بمثل نصيب أحد ابني ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلاً نصيب أحدهم لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله ، ولهذا يروى أن عمر رضي الله عنه أضعف المدة على نصارى بنى تغلب ، أي أخذ مثلي ما يؤخذ من المسلمين فإن وصى له بضعف نصيب أحدهم أعطى ثلاثة أمثال نصيب أحدهم . وقال أبو ثور يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط ، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعيفان عبارة عن الشيء ومثليه .

(فصل) فإن وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بنصفه وأجار الورثة قسم

المال بينهما على خمسة . الموصى له بالثلث سهمان ، ولدوصى له النصف ثلاثة أسهم فإن لم يميز واقسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه لأن ما قسم على النصف من المال عند انقاع المال قسم على النفاصل عند ضيق المال كالمواريث ، والمال بين الغرماه فان أوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بثلثه وأجاز الورثة . قسم المال بينهما على أربعة ، للموصى له بالجميع ثلاثة أسهم ، ولدوصى له بالثلث سهم ، لأن السهم في الوصايا كالسهم في المواريث ، ثم السهم في المواريث إذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة بالسهم الزائد ، فكذلك في الوصية ، فان لم يميز واقسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : ضعف ما يصيب أكثر ولدى نصيبا أعطيته مثله مرتين ، ولو قال : ضعفين ، فان كان نصيبه مائة أعطيته ثلاثمائة ، فأكون قد أضعفت المائة التي تصيبه بميراثه مرة فذلك ضعفتان ، وهكذا إن قال ثلاثة أضعاف وأربعة ، ولم أزد على أن أنظر أصل الميراث فأضعفه له مرة بعد مرة حتى يستكمل ما أوصى له به اهـ

اللغات : إذا أوصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده كان الضعف مثلي النصيب ، فان كان نصيب الابن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين ، وبه قال جمهور الفقهاء . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام الضعف المثل ، واستدل بقوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين ، وقوله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل .

ولنا ان الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (إذن لأذقنك ضعف الحياة و ضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ويروى عن عمر انه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة : وقال الحذيفة وعثمان بن حنيف- لعلمكما حملتها الأرض مالا تطيق ؟ فقال عثمان لو أضعفت عليهما لاحتملت ، قال الأزهرى الضعف المثل فما فوقه .

قال الماوردي في حاربه : والدليل على ان الضعف مثلان هو ان اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ما خصر بدليل . ولأن الضعف أعم في اللغة

من المثل فلم يحز أن يسرى بينه وبين المثل ، ولأن انشقاق الضعف من المضاعفة
والشثية من قولهم : أضعفت الثوب إذا طويته بطاقتين

فأما الآية ففيها جوابان (أحدهما) ما حكاه أبو العباس عن الأثرم عن بعض
المفسرين أنه جعل عذابهم إذا أتيت بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهم فلم يكن فيه
دليل (والثاني) أن الضعف قد يستعمل في موضع المثل مجازاً إذا صرفه الدليل
عن حقيقته ، وليست الأحكام تتعلق بالمجاز ، وإنما تتعلق بالحقائق

فأما بيان الأحكام فإنه إذا أوصى له بضعف نصيب ابنه فقد اختلفوا فيه على
ثلاثة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك أن له مثلي نصيبه لأنه جعل الضعف
مثلاً لجعل الضعفين مثلين

والمذهب الثاني - وهو مذهب أبي ثور أن له أربعة أمثال نصيبه ، لأنه لما
استحق بالضعف مثلين استحق بالضعفين أربعة أمثال

والمذهب الثالث - وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه وجمهور الفقهاء -
أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه ، فإن كان الابن نصيبه مائة استحق بالضعفين
ثلاثمائة ، لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثلين . وجب أن
يأخذ بالضعفين لسهم الابن ومثله يستحق به ثلاثة أمثاله . فعلى ذلك أوصى
له بثلاثة أضعاف نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله ، وبأربعة أضعاف خمسة
أمثاله وكذلك فيما زاد

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى لرجل بثلاث ماله ولآخر
بنصفه ولآخر بربعه فقد عالت وصاياه على كل ماله ، فلا يخلو حال ورثته من
ثلاثة أحوال : إما أن يجيزوا جميعاً أو يردوا جميعاً ، أو يجيزوا بعضها ويردوا
بعضها ، فإن أجازوا جميعها قسم المال بينهم على قدر وصاياهم وأصلها من اثني عشر
لاجتماع الثلث والربع ويعول بسهم ، وتصح من ثلاثة عشر ، لأصاحب النصف
سنة أسهم ، ولأصاحب الثلث أربعة أسهم ، ولأصاحب الربع ثلاثة أسهم ،
وكان النقص بسهم العول داخلاً على جميعهم كالموارث . وهذا منفق عليه ولم
يخالف فيه أبو حنيفة ولا غيره

(فصل) فإن قال أعطوه رأساً من رقبتي ولا رقبتي له ، أو قال أعطوه عبدى الحبشى وله عبد سندي أو عبدى الحبشى وسماذ باسمه ووصفه هاتين من بياض أو سواد وعندده حبشى يسمى بذلك الاسم ومخالف له في الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بما لا يملكه ، فإن كان له رقبتي أعطى منه واحداً ، سليمان كان أو ميبيا لأنه لا عرف في هبة الرقبتي فحمل على ما يقع عليه الاسم ، فإن مات ما له من الرقبتي بطلت الوصية لأنه مات ما تعلقت به الوصية من غير تفرطها ، فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصي بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقبتي له ، فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له .

(فصل) فإن وصى بعقبي عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز إلا ما يجوز في الكفارة لأن العتق في الشرع له عرف وهو ما يجوز في الكفارة فحملت الوصية عليه ، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة لأن الوصية تعلقت بجميعها ، فإذا تعدد الجميع بقي في قدر الثلث ، فإن وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة ، فإن عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن ، فإن اتسع الثلث لرقبتين وتفضل شيء ، فإن لم يمكن أن يشتري بالفضل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقبتيين ، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة ففيه وجهان .

(أحدهما) يزداد في ثمن الرقبتيين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الرقاب فقال : أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها ،

(والثاني) أنه يشتري به بعض الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم : من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار ، ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به .

(فصل) فإن قال أعتقوا عبداً من عبيدي وله خنثى حكم له بأنه رجل ، ففيه وجهان . أحدهما أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد . والثاني لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف إليه ، فإن قال أعتقوا أحد رقبتي وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقبته أنه لا يجوز الخنثى المشكل . وروى المزني أنه يجوز

في أصحابنا من قال : يجوز كما نقله المزني ، لأنه من الرقيق ، ومنهم من قال لا يجوز كما نقله الربيع لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل .
(فصل) فان قال أعطوه شاة جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن والمعز ، لأن اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والانثى ، لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والانثى كالإنسان ، يقع على الرجل والمرأة

فان قال أعطوه شاة من غنمى والغنم إناث لم يدفع إليه ذكر ، فان كانت ذكورا لم يدفع إليه أنثى لأنه أضاف إلى المال وليس في المال غيره ، فان كانت غنمه ذكورا وإناثا فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يصف إلى المال . فان قال أعطوه ثورا لم يعط بقرة ، فان قال أعطوه جملا لم يعط ناقة ، فان قال أعطوه بعيرا فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة . ومن أصحابنا من قال يعطى لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر والانثى ، فان قال أعطوه رأسا من الأبل أو رأسا من البقر أو رأسا من الغنم جاز الذكر والانثى ، لأن ذلك اسم للجنس (فصل) فان قال أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرسا أو بغلا أو حمارا واختلاف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : هذا قاله على عادة أهل مصر ، فان الدواب في عرفهم الاجناس الثلاثة ، فان كان الموصى بمصر أعطى واحدا من الثلاثه . وان كان في غيرها لم يعط إلا الفرس ، لأنه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس .

وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة : يعطى واحدا من الثلاثة في جميع البلاد ، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع ، فان قال : أعطوه دابة من دواى ، وليس عنده إلا واحد من الثلاثه أعطى منه ، لأنه أضاف إلى ماله وليس له غيره فان قال أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو لم يعط إلا فرسا . فان قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلا أو حمارا ، فان قال ليبتلع بنفسه لم يعط إلا فرسا أو حمارا لأن القرينة دلت على ما ذكرناه .

(الشرح) حديث دسئيل عن أفضل الرقاب ، رواه أحمد والبخارى ومسلم

من حديث أبي ذر رضى الله عنه ، وحديث من أعنق رقبة ، رواه ثلاثتهم أيضا عن أبي هريرة رضى الله عنه .

أما قوله : فإن قال أعطوه شاة من غنمى الخ ، فهو كما قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى بشاة من ماله ، كان قيل للورثة أعطوه أو اشتروها له ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضانا أو معزا . اهـ

قلت : ومعنى هذا أن الوصية جائزة ترك غنما أو لم يترك ، لأنه جعلها في ماله ويعطيه الورثة ما شاءوا ، ضانا أو معزا كبيرا أو صغيرا سمينا أو هزيبا . وفي استحقاق الأنثى وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من نص الشافعى أنه لا يعطى إلا أنثى لأن الهاء موضوعة للتأنيث (والوجه الثانى) وهو قول أبي على بن أبي هريرة أن للورثة الخيار فى إعطائه ذكرا أو أنثى ، لأن الهاء من أصل الكلمة فى اسم الجنس فاستوى فيه الذكر والأنثى ، ولكن لو قال شاة من غنمى وكانت غنمه كلها إناثا لم يعطى إلا أنثى . وكذلك لو كانت كلها ذكورا لم يعط الا ذكرا منها . وهكذا لو دل كلامه على المراد منها حمل عليه . مثل قوله شاة ينتفع بدورها ونسبها لم يعط إلا كبيرة أنثى لتكون ذات در ونسب ، وسواء كانت ضائية أو معزية . فان قال شاة ينتفع به وفها لم يعط إلا من الضان . ولو قال ينتفع بشعرها لم يعط إلا من المعز ، ولا يجوز إذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالا ولا ظبيا وان انطلق عليه اسم الشاة مجازا .

ولكن لو قال شاة من شياهمى ولم يكن فى ماله إلا ظبي ففيه وجهان (أحدهما) أن الوصية باطلة ، لأن اسم الشاة يتناول الغنم ، وليس بتركته فيبطلت (والوجه الثانى) أنها تصح لأنه لما اضاف ذلك إلى شائه وليس فى ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم دون الحقيقة حمل عليه ، وانصرفت وصيته الى الظبي الموجود فى تركته حتى لا تبطل وصيته

(فرغ) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : بعيرا أو ثورا لم يكن لهم أن يعطوه ناقة ولا بقرة . ولو قال : عشر أبق وعشر بقرات لم يكن لهم أن يعطوه ذكرا . ولو قال عشرة أجمال أو أثوار لم يكن لهم أن يعطوه أنثى ، ولو قال : عشرة من إبل أعطوه ما شاءوا

قلت : وبهذا نعلم أنه إذا أوصى بثور لم يعط إلا ذكرا . ولو قال بقرة لم يعط
إلا أنثى وكان بعض أصحابنا يخرج في البقرة وجبا آخر أنه يجوز أن يعطى
ذكرا أو أنثى كالشاة لأن الهاء من أصل اسم الجنس

ولا يجوز أن يعدل في الوصية بالثور والبقرة الى الجواميس بخلاف الداء
التي ينطلق عليها اسم الضأن والمعز إلا ان يكون في كلامه ما يدل عليه . أو يقول
بقرة من بقري وليس له إلا الجواميس فتصرف الى الجواميس ، وان كان اسم
البقر يتناولها مجازا . لأن إضافة الوصية الى التركة قد صرف الاسم عن حقيقة
الى مجازه . ولا يجوز ان يعدل به الى بقر الوحش ، فان اضاف الوصية الى بقره
ولم يكن له الا بقر الوحش فعلى ما ذكرنا من الوجهين

فأما اذا أوصى ببيدر فذهب الشافعي انه لا يعطى إلا ذكرا ، لأن الاسم
بالذكور أخص . وقال بعض أصحابنا هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من
ذكر او انثى .

فأما اذا أوصى له بحمل لم يعط الا ذكرا لاختصاص هذا الاسم بالذكور .
ولو أوصى بعشر من إبله اعطاه ما شاء الوارث من ذكور واناث ، وسواء اثبت
الهاء في العدد او اسقطها .

ومن أصحابنا من قال : اذا أثبت الهاء في العدد فقال عشرة من ابل لم يعط
الا من الذكور لأن عددها باثبات الهاء كما هو معروف في قواعد النحو في العدد
وان أسقط الهاء في العدد فقال : عشر من ابل لم يعط الا من الاناث ؛ لأن
عددها باسقاط الهاء لقوله تعالى « سبع ليلال وثمانية ايام حسوما ، وقوله « سبع
سموات طباقا ، وقوله « سبع بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف ، وكما تقول عشر
نسوة وعشرة رجال . وهذا لا وجه له لأن اسم الابل اذا كان يتناول الذكور
والاناث تناولا واحدا صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع

واما اذا قال اعطوه مطية او راحلة فذلك يتناول الذكور والاناث فيعطيه
ما شاء الوارث منها .

فأما إذا قال أعطوه دابة فقال الشافعي رضي الله عنه : أعطى من الخيل والبغال والحمير ذكراً أو أنثى صحيحاً صغيراً أو كبيراً ، أعجمياً أو سميناً .
 (قلت) لأن اسم الدواب يطلق على كل مادب على الأرض اشتقاقاً من ديبه غير أنه في العرف يختص ببعضها ، فإن قال : أعطوه دابة من دوابي فقد اختلف أصحابنا في قول الشافعي : أعطى من الخيل والبغال والحمير الخ ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر حيث قال ذلك فيهم ؛ وذكره لهم اعتباراً بعرفهم . أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازاً بعرف قرينته ، فإن كان الموصى بمصر خير ورثته بين الأصناف الثلاثة ، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد ، بأن اسم الدواب ينطلق على هذه الأجناس الثلاثة ، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالإسم لم يعتبر به حكم العرف العام ، ولو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قرينته ، كقوله : أعطوه دابة بقاتل عايتها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقاً أو هجيناً ذكراً أو أنثى ولا يعطى صغيراً ولا مما لا يطبق الركوب ، ولو قال : دابة يحمل عليها أعطى من البغال والحمير دون الخيل ، ولو قال ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم ،

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فإن وصى بكاب ولا كلب له فالوصية باطلة ، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشتري ، فبطلت الوصية ، فإن قال : أعطوه كلباً من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية ، لأن مالا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فإن كان ينتفع بها أعطى واحداً منها إلا أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه مادام عليه القرينة ، فإن كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فالوصى بجميعها ولم تجز الوثة ردت إلى الثلث وفي كيفية الرد وجهان .
 (أحدهما) يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان (والثاني) يدفع إليه

أحدهما وتختلف سائر الأعيان لان الأعيان تقوم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوم
فأستوى جميعها وفيما يأخذ وجهان ،

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه يأخذ واحدا منها بالقرعة .
(والثاني) يعطيه الوارث ماشاء منها فان كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز
الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه ، فإن كان له مال ففيه وجهان (أحدهما) وهو
قول أبي علي بن أبي هريرة إنه يدفع الجميع إلى الموصى له لان أقل المال خير من
من الكلب فأقضيت الوصية فيه كالأول أو وصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه
(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري إنه يدفع إليه ثلث الكلب لانه
لا يجوز ان يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثله ولا يمكن اعتبار
الكلب من ثلث المال لانه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

(فصل) وان وصى له بطبل من طبوله وليس له الا طبول الحرب اعطى
واحدا منها وان لم يكن له الا طبول اللهو نظرت ، فان لم يصلح وهو طبل غير
اللهو ، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل فالوصية باطله لانه وصية بمحرم
وإن كان يصلح لمنفعة مباحه مع بقاء الاسم جازت الوصية لانه يمكن الانتفاع به
في مباح ، وإن كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصلح طبل اللهو غير اللهو
اعطى طبل الحرب لان طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم ، وإن
كان يصلح لمنفعة مباحه اعطاه الوارث ماشاء منهما .

(فصل) فان وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود
البناء كانت الوصية بعود اللهو ، لان اطلاق الاسم ينصرف إليه ، فان كان عود
اللهو يصلح لمنفعة مباحه دفع إليه ولا يدفع معه الوتر والمضرب لان اسم العود
يقع من غير وتر ولا مضرب ، وان كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطله لانه
وصية بمحرم .

ومن اصحابنا من قال : يعطى من عود القوس والبناء لان المحرم كالمعدوم
كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله ، وعنده طبل حرب وطبل لهو انه يجعل
الوصية في طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم . والمذهب انه لا يعطى شيئا

لأن العود لا يطلق إلا على عود اللهور . والطبل يطلق على طبل اللهور وطبل الحرب فإذا بطل في طبل اللهور حمل على طبل الحرب ، فان قال أعطوه عودا من عيواني وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطى منها لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه .

(فصل) فان وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهيق وهو قوس البندق ، لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر .

ومن أصحابنا من قال : يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر ، والصحيح أنه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر ، فان قال : أعطوه قوسا من قسي وليس عنده إلا قوس الندف أو قوس البندق أعطى بما عنده لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه ، وان كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لأن الاسم اليه أسبق .

(فصل) فان وصى بعتق مكاتبه أو بالإبراء مما عليه اعتبر من الثلث أقل الامرين من قيمته أو مال الكتابة لان الإبراء عتق ، والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألقى الآخر فان احتملها الثلث عتق وبريء من المال ، وان لم يحتمل شيئا منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فان أدى عتق وان عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة ، فان احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الامرين عتق ونصفه وبقي نصفه على الكتابة فان أدى عتق وان عجز رق ، وان احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به فان لم يكن له مال غير العبد نظر ، فان كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه في الحال وبقي الباقي على الكتابة ان أدى عتق وان عجز رق ، وان لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يتم عتق شيء منه لأنه يحصل للموصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثله وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب فانه لا تمضي الوصية في شيء حتى يحصل للورثة مثله .

(والثاني) وهو ظاهر المذهب أنه يتعجل عتق ثلثه ويوقف الثلثان على العتق بالاداء أو الرق بالعجز لأن الورثة على يقين من الثلثين أما بالأداء وأما بالعجز بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب

(فصل) فان قال : ضموا عن مكاتب أكثر ما عليه وضع عنه النصف وشيء لأنه هو الأكثر ، فان قال : ضموا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع فقد روى الربيع رحمه الله أنه يوضع عنه الجميع الا شيئاً ، وروى المزني أنه اذا قال ضموا عنه ما شاء فشاءها كلها وضع الجميع الا شيئاً ، فن أصحابنا من قال الصحيح مارواه الربيع ، لأن قوله من كتابته يقتضى التبعض وما رواه المزني خطأ في النقل والذي يقتضيه أن يوضع عنه الكل اذا شاء لان قوله ما شاء عام في الكل والبعض ، وقال أبو اسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه وما نقله المزني أيضاً صحيح فإنه يقتضى أن يبقى من الكل شيء ، لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضموا عنه مال المكاتبه فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل .

فإن قال : ضموا عنه ما قل وما كثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير لأنه ما من قدر الا وهو قليل بالإضافة الى ما هو أكثر وكثير بالإضافة الى ما هو أقل منه ، فإن قال : ضموا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالا لأن اطلاق الاكثر ينصرف الى كثرة المال دون طول المدة .

فإن قال ضموا عنه أوسط النجوم واجتمع في نجومه أوسط في القدر وأوسط في المدة وأوسط في العدد كان للوارث أن يضع أى الثلاثة شاء لان الأوسط يقع على الثلاثة فإن استوى الجميع في المدة والقدر وضع عنه الأوسط في العدد ، فان كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثاني ، فان كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث ، فان كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس .

(فصل) وان كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى لرجل بما في ذمته لم تصح الوصية لأنه لا شيء له في ذمته فصار كما لو وصى بماله في ذمته حر ولا شيء له في ذمته ، وان وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لأنه أضاف الى حال يملكه فصار كما لو وصى له برقبه مكاتب إذا عجزه وفي هذا عندى نظر لأنه لا يملكه

بالقبض وإنما يعتق بحكم الصفة كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه ،
وان وصى برقبته والكتابة فاسدة نظرت فان لم يعلم بفساد الكتابة فقيه قولان ،
(أحدهما) أن الوصية جائزة لأنها صادفت ملكه .

(والثاني) أنها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية وان وصى بها
وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولاً واحداً كما لو باع من رجل شيئاً
بيعاً فاسداً ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول ، ومن أصحابنا من قال :
القولان في الجميع ويخالف البيع فان فاسده لا يجرى مجرى الصحيح في الملك وفي
الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق والصحيح هو الطريقة الأولى .

(فصل) وان وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن
الحج من الميقات . وما قبله تسبب اليه فان وصى به من الثلث ، ففيه وجهان
(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنه يحج عنه من بلده ؛ فان عجز الثلث عنه
تم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده .

(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع
من الميقات لحملت الوصية عليه ، وان أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج
الفرض حج عنه من بلده ، وان عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن
من طريقه ، وان عجز عن الحج من الميقات تم من رأس المال ما يحج به من
الميقات لان الحج من الميقات مستحق من رأس المال وإنما جعله من الثلث توفيراً
على الورثة فاذا لم يبق الثلث بالجميع بقي فيما لم يبق من رأس المال .

(فصل) وان أوصى بحج التطوع ، وقلنا انه تدخله النيابة نظرت ، فان
قال أحجوا بمائة من ثلثي حج عنه من حيث أمكن ، وان لم يوجد من يحج بهذا
القدر بطلت الوصية وعاد المال الى الورثة لانها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل
بمال فرده ، وان قال : أحجوا عنى بثلثي صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج
فان اتسع المال لحجه أو حجتهين وفضل ما لا يكفي لحجه أخرى من بلده حج من
حيث أمكن من دون بلده الى الميقات ، فان عجز الفضل عن ججه من الميقات
رد الفضل الى الورثة ، وان أمكن أن يعتمر به لم يفعل لان الموصى له هو الحج

دون العمرة ، فإن قال أحجوا عنى حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلد
إلى الميقات ، فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات اطلت الوصية لما ذكرناه .

(فصل -)

وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة ويدفع ما يبقى من الثلث إلى
آخر وأوصى بالثلث لثالث فقد وصى بثلثي ماله ، فإن كان الثلث مائة سقطت
وصيته للموصى له بالباقي لأن وصيته فيها يبقى بعد المائة ولم يبق شيء ، فإن أجاز
الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائة وإلى الموصى له بالمائة مائة
وإن لم يجزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين
لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو المائة ، فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز
الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة ودفع
ما بقي إلى الموصى له بالباقي ، وإن لم يجزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى
نصفها وهو الثلث ، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث ، وفي النصف
الآخر وجهان :

(أحدهما) يقدم فيه الموصى له بالمائة ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء
حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه لأنه وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة
في إحراز الثلث إلا أن حقه فيها يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفي
الموصى له بالمائة حقه كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والام على الجد
في إحراز ثلثي المال ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الأب والام ، فإن كان النصف
مائة أو أقل أخذته الموصى له بالمائة ، وإن كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة
وأخذ الموصى له بالباقي ما يبقى .

(والوجه الثاني) أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقي يقسمان النصف
على قدر وصيتهما من الثلث ، فإن كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين لكل
واحد منهما خمسون ، وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثاً ،
لموصى له بالمائة خمسون ، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون ، وعلى هذا
القياس ، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه فلم يجز أن يأخذ

من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه ، كاصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية .

(فصل) وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان ، وإن لم يجيز وارتدت الوصية إلى الثلث ، فإن كان الثلث مائة استوت وصيةها فيقتسمان الثلث بينهما نصفين ، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث بينهما على ستة أسهم للموصى له بالثلث خمسة أسهم وللوصى له بالمائة سهم ، فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهماً للموصى له بالثلث عشرة أسهم وللوصى له بالمائة سهم .

والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث لأن الوصية الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثاً ثانياً ؛ فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني ، فصار موصياً بثلثي ماله كالمسألة قبلها .

(فصل) وإن وصى لرجل بعبد والآخر بما بقي من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى ، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى الآخر وإن لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقي لأن وصيته فيما بقي ، وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصى قوم سلبها ودفع إلى الموصى له الباقي لأنه وصى له بالباقي من قيمته وهو سليم . وإن مات العبد بعد موت الموصى بطلت الوصية فيه وقوم وقت الموت مع التركة ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى ؛ كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما .

(فصل) فإن وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه ، فإن كان

جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة ولا الموصى له وطؤها لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة والوطء لا يجوز إلا في ملك تام ويجوز تزويجها لاكتساب المهر

وفيهن بملك العقد ثلاثة أوجه (أحدها) يملك الموصى له بالمنفعة لأن المهر له (والثاني) يملك المالك لأنه يملك رقبته (والثالث) لا يصح العقد إلا باتفاقهما لأن لكل واحد منهما حقاً فلا يتفرد به أحدهما دون الآخر ، فإن أتت بولد مملوك ففيه وجهان (أحدهما) أنه للموصى له لأنه من جملة فوائدها فصار كالنكسب (والثاني) أنه كالام رقبته للمالك ومنفعتها للموصى له لأنه جزء من الام فكان حكمه حكم الأم ، فإن قتل في قيمته وجهان (أحدهما) أنها للمالك لأنها بدله فكانت له (والثاني) وهو الصحيح أنه يشتري به مثله للمالك رقبته وللوصى له منفعتها لأنه قائم مقام الاصل فكان حكمه حكم الاصل ، فإن جنى على طرفه في أرشه وجهان (أحدهما) أنه للمالك لأنه بدل ملكه (والثاني) وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له لأنه دخل النقص عليها فقسط الارش عليها ، فإن احتاج العبد الى نفقه ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة لان الكسب له .

(والثاني) أنها على المالك ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لان النفقة على الرقبة فكانت على ماليتها

(والثالث) أنها في كسبه فإن لم يف الكسب ففي بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المالك لأنه لا يملك الانتفاع ولا على الموصى له لأنه لا يملك الرقبة فلم يبق الا ما قلناه ، فإن احتاج البستان الموصى بشترته الى سقي أو الدار الموصى بمنفعتها الى عمارة لم يجب على واحد منهما ، لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الاتفاق فإذا اشتركا لم يجب

(فصل) فإن أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز لأنه يملكها ملكاً تاماً (والثاني) أنه لا يجوز لأنها عين من ماله المنفعة فلم يجر

بيعهما كالأعيان التي لا منفعة فيها (والثالث) يجوز بيعهما من الموصى له لأنه يمكنه الانتفاع بها ولا يجوز من غيره لأنه لا يمكنه الانتفاع بها فإن أراد أن يعنقه جاز لأنه يملكه ملكاً تاماً وللموصى له أن يستوفي المنفعة بعد العتق لأنه تصرف في الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحد القولين لأن هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال أعطوه كلباً من كلابي أعطاه الوارث أيها شاء وهذا كما قال ، فإن الوصية بالكلب المنتفع به جائزة ؛ لأنه لما جاز إفراره في يد صاحبه ، وحرم انتزاعه من يد صاحبه جاز أن يكون وصيه وميراثاً فإذا أوصى له بكلب ولا كلاب له فالوصية باطلة ، لأنه لا يصح أن يشتري ولا يلزم أن يستوهب ، وإن كان له كلاب فضربان : منتفع به وغير منتفع ، فإن كانت كلابه كلها غير منتفع بها فالوصية باطلة لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه ، وإن كانت كلها منتفعاً بها فكان له كلب حرث وكلب ماشية وكلب صيد نظرت ، فإن كان الموصى له صاحب حرث وماشية وصيد فالوارث بالخيار في إعطائه أي كلب شاء من حرث أو ماشية أو صيد .

وإن كان الموصى له ليس بصاحب حرث ولا ماشية ولا صيد ففي الوصية وجهان . أحدهما الوصية باطلة اعتباراً بالموصى له وأنه غير منتفع به ، وإن كان الموصى له ممن ينتفع بأخذها بأن كان صاحب حرث لا غير أو صاحب صيد لا غير فالوصية جائزة ؛ وفيها وجهان . أحدهما : يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذي يختص بالانتفاع به دون غيره اعتباراً بالموصى له . والثاني أن للوارث الخيار في إعطائه أي الكلاب شاء اعتباراً بالموصى به .

فأما الوصية بالجرى الصغير المعد للتعليم ففي جوازها وجهان من اختلاف الوجهين في اقتنائه . أحدهما : أن اقتنائه غير جائز والوصية به باطلة لأنه غير منتفع به في الحال . والثاني أن اقتنائه جائز والوصية به جائزة لأنه سينتفع به في ثاني حال ، ولأن تعليمه منفعة في الحال .

ولو كان لرجل ثلاثة كلاب ولم يترك شيئاً سواها فأوصى بجميعها لرجل ، فإن أجازها الورثة له وإلا ردت الوصية الى الثلث ، ثم في كيفية رجوعها الى الثلث وجهان . أحدهما : أن تستحق من كل كلب ثلثه فيحصل له ثلث الثلث ، ولا يستحق واحداً بكاله إلا عن مرضاته ، والوجه الثاني : أنه قد استحق بالوصية أحدها بخلاف الاموال ، لان الاموال مقومه تختلف أثمانها ، وليس كالكلاب التي لا تقوم ، فاستوى فيه حكم جميعها ، فعلى هذا فيه وجهان ، أحدهما : وهو قول أبي إسحاق المروزي - أنه يأخذ أحدها بالقرعة . الثاني أن للورثة أن يعطوه أيها شاءوا .

فأما إن كان له كلب واحد ولا مال له غيره فأوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله ، فإن أجازها الورثة وإلا كان للموصى له ثلثه وللورثة ثلثاه ، ويكون بينهما على المهاباة . وإن ملك مالا فأوصى بهذا الكلب الذي ليس له كلب سواه ففي الوصية وجهان . أحدهما - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - أن الوصية جائزة في الكلب كله للموصى له به ، لأن قليل المال خير من الكلب الذي ليس بمال . والوجه الثاني - وهو قول أبي سعيد الاصطخري - أن للموصى له ثلث الكلب إذا منع الورثة من جميعه . وإن كثر مال التركة لأنه مما لا يمكن أن يشترى فيساويه الورثة فيها صار اليهم من المال ، فاختصر الكلب بحكمه وصار كأنه جميع التركة ، فلو ترك ثلاثة كلاب ومالا وأوصى بجميع كلابه الثلاثة ، فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة : الوصية بجميع الكلاب الثلاثة مفضاة وإن قل مال التركة وعلى قول أبي سعيد الاصطخري تصح الوصية في أحدها إذ اذامنع الورثة من جميعها (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال أعطوه طبلاً من طبولي - وله طبلان للحرب والاهو - أعطاه أيها شاء ، فإن لم يصلح الذي للهو الا للطرب لم يكن لهم أن يعطوا إلا الذي للحرب

وأصل هذه المسائل أن الوصية بما لا منفعة فيه باطله والوصية بما فيه منفعة مباحه ومنفعة محظورة ومنفعة مشتركة بين الحظر والاباحه ، فإن كانت المنفعة مباحه جاز بيع ذلك والوصية به ، وان كانت المنفعة محظورة لم يجز بيعه ولا الوصية به وان كانت مشتركة جاز بيعه والوصية به لأجل الاباحه ونهي عن استعماله في الحظر

فإذا ثبت هذا : وأوصى له بطبل من طبوله ، فإن لم يكن له إلا طبول الحرب فالوصية به جائزة ، لأن طبل الحرب مباح ، ثم ينظر : فإن كان اسم الطبل يطلق عليه بغير جلد دفع إليه الطبل بغير جلد ، وإن كان لا يطلق عليه الاسم إلا بالجلد دفع إليه مع جلده ، وإن كانت طبوله كلها طبول اللهو — فإن كانت لا تصلح إلا للهو — فالوصية باطله لأن طبول اللهو محظورة ، وإن كانت تصلح لغير اللهو في غير المنافع المباحة جازت الوصية بها .

وإن كانت طبوله نوعين طبول حرب وطبول لهو — فإن كانت طبول اللهو لا تصلح لغير اللهو — لم يعط إلا طبل الحرب ، وإن كانت طبول اللهو تصلح لغيره من المباحات كان الوارث بالخيار في إعطائه ما شاء من طبل لهو أو حرب لانطلاق الاسم عليهما ، إلا أن يدل كلامه على أحدهما فيحمل عليه ، كقوله : أعطوه طبلا للجهاد أو الإرهاب فلا يعطى إلا طبل الحرب ، وإن قال : طبلا للفرح والسرور لم يعط إلا طبل اللهو .

فأما الوصية بالدف العربي لجائزة لورود الشرع باباحة الضرب به في المناكح

(مسئله) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : عوداً من عيداني ، وله عيدان يعزف بها وعيدان قسى وعصى وغيرها ، فالعود إذا وجه به المتكلم للعود الذي يضرب به دون ما سواه مما يقع عليه اسم عود ؛ فإن كان العود يصلح لغير الضرب جازت الوصية ولم يكن عليه إلا أقل ما يقع عليه اسم عود وأصغره بلا وتر ، وإن كان لا يصلح لغير الضرب بطلت عندي الوصية .

ومعنى كلام الشافعي أنه إذا قال : أعطوه عوداً من عيداني فطاق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب والعزف واللهو دون عيدان القسى والعصى ، فإن كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو فالوصية باطله ، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية جائزة ، ويمطاه بغير وتر لانطلاق الاسم عليه ، وإن لم يكن عليه وتر ينظر فإن كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصيله وتخليصه فصل وخلع ثم دفع إليه ، وإن كان يصلح لغير اللهو لم يفصل ودفع إليه غير مفصل .

(مسئله) قال الشافعي رضي الله عنه : وكذلك المزمار ، يعني أنه إن كان

لا يصلح الا للهو فالوصية باطله ، وان كان يصلح لغير اللهو فالوصية به جائزة ،
ثم الكلام في التفصيل على ما مضى . فاما الشبابه التي يتفخ فيها مع طبل الحرب
وفي الاسفار ، فالوصية بها جائزة .

وقال الشافعي رضى الله عنه : ولو قال : أعطوه قوساً من قسي وله قسي
معمولة ، وقسي غير معمولة أو لبس منها شيء فقال : أعطوه عوداً من القسي
كان عليهم أن يعطوه قوساً معمولة أى قوس شاءوا - صغيرة أو كبيرة . عربية
أو أى عمل شاءوا - اذا وقع عليه اسم قوس ترمى بالنبل أو النشاب أو الحسبان
ومعنى هذا الكلام أنه اذا أوصى بقوس من القسي فطلق القوس يتناول قوس
السهم والحربة دون قوس النداف والجلاهيق الذى هى منها البندق ، فلا يعطى
الا قوس السهام الحربية سواء أعطاه قوس نشاب وهى الفارسية ، أو قوس نبل
وهى العربية أو قوس حسبان ، والخيار فيها الى الوارث لاشتراك الاسم فى
جميعها ، ولا يلزم أن يدفع الوتر معه ، لأنه يسمى قوساً بغير وتر ، وهكذا لو
أوصى له بدابة لم يعط سرجها .

فأما ان قال : أعطوه قوساً من قسي وله قوس نداف وقوس جلاهيق أعطى
قوس الجلاهيق التى يرمى عنها لأنهم أخص بالاسم ، فان لم يكن له الا قوس
نداف دفع اليه ، ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده عمل على ما دل عليه كلامه
من القسي الثلاث . أما بقية الفصول فقد مضى الكلام على بعضها ، ومنها ما هو
على وجهه من كلام المصنف ، والله تعالى أعلم .

باب الرجوع في الوصية

يجوز الرجوع في الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض ، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف لأنه فسخ عقداً قبل تمامه فجاز بالقول والتصرف كفسخ البيع في مدة الخيار ؛ وفسخ الهبة قبل القبض ، وإن قال هو حرام عليه فهو رجوع لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه ، فإن قال : لو ارتى فهو رجوع لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللوصى له ، وإن قال هو تركتي ففيه وجهان . أحدهما : أنه رجوع لأن التركة للورثة ، والثاني : أنه ليس برجوع لأن الوصية من جملة التركة .

(فصل) وإن وصى لرجل بعيد ثم وصى به لآخر لم يكن ذلك رجوعاً لامكان أن يكون نسي الأول أو قصد الجمع بينهما ، فإن قال ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع ، ومن أصحابنا من قال : ليس برجوع كالمسألة قبلها والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع .

(فصل) وإن باعه أو وهبه وأقبض أو اعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكتب فهو رجوع ، لأنه صرفه عن الموصى له ، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع ، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له .

ومن أصحابنا من قال : إنه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك ، وليس بشيء ، وإن وصى بثلك ماله ثم باع ماله لم يكن ذلك رجوعاً لأن الوصية بثلك المال عند الموت لا بثلك ما باعه ، فإن وصى بعبد ثم دبره — فإن قلنا : إن التدبير عنق بصفة — كان ذلك رجوعاً ، لأنه عرضه لزوال الملك ، وإن قلنا : إنه وصية — وقلنا في أحد القولين : إن العتق يقدم على سائر الرصايا — كان ذلك رجوعاً لأنه أقوى من الوصية فأبطالها ، وإن قلنا : إن العتق كسائر الرصايا ففيه وجهان

(أحدهما) أنه ليس رجوع ، فيسكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به ، قالوا
أوصى به لرجل ثم وصى به لآخر (والثاني) أنه رجوع ، لأن التدبير أقوى ،
لأنه ينتجز من غير قبول ، والوصية لا تتم إلا بالقبول ، فقدم التدبير كما يقدم
ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية .

(فصل) وان وصى له بعبد ثم زوجته أو أجره أو عله صنعة أو خنته لم
يكن ذلك رجوعاً ، لأن هذه التصرفات لاتنافي الوصية : فإن كانت جارية فوطئها
لم يكن ذلك رجوعاً لأنه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعاً كالاستخدام . وقال
أبو بكر بن الحداد المصري : ان عزل عنها لم يكن رجوعاً ، وان لم يعزل عنها كان
رجوعاً لأنه قصد التمري بها .

(فصل) وان وصى بطعام معين تخلطه بغيره كان ذلك رجوعاً لأنه جملة
على صفة لا يمكن تسليمه ، فإن وصى بقميص من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم
يكن ذلك رجوعاً ، لأن الوصية مختلطة بمثلها ، والذي خلطه به مثله ، فلم يكن
رجوعاً ، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعاً ، لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم
يرض بتمليكها ، فإن خلطه بما دونه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه ليس رجوع ، لأنه نقص
أحدثه فيه فلم يكن رجوعاً كما لو أتلّف بعضه .
(والثاني) أنه رجوع لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه ، فإن
نقله الى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان (أحدهما) أنه رجوع لأنه لو لم
يرد الرجوع لما أبده عنه (والثاني) أنه ليس رجوع لأنه باق على صفته .

(فصل) فان وصى بمحنة فقلها أو بذرها كان ذلك رجوعاً ، لأنه جملة
كالاستهلاك ، وان وصى بمحنة فطحنها أو بدقيق فمجنه ، أو بعجين فخبزه ، كان
ذلك رجوعاً ، لأنه أزال عنه الاسم ، ولأنه جملة للاستهلاك ، وان وصى له
بخبز فجملة فتيثا ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه رجوع لأنه أزال عنه اطلاق اسم الخبز ، فأشبهه اذا ترده .
(والثاني) ليس رجوع ، لان الاسم باق عليه ، لأنه يقال خبز مدقوق ،

وان وصى برطب فجعله تمراً ففيه وجهان . أحدهما : أنه رجوع لأنه أزال عنه اسم الرطب . والثاني : ليس برجوع لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وللرجل إذا أوصى بوصية تطوع بها أن ينقضها كلها أو يبدل منها ما شاء التدبير أو غيره ما لم يمت ، وإن كان في وصيته إقرار بدين أو غيره أو اعتق بثات فذلك شيء واجب عليه أو جبه على نفسه في حياته لا بعد موته ، فليس له أن يرجع من ذلك في شيء .

ثم قال في باب ما يكون رجوعاً في الوصية وتغييراً لها وما لا يكون رجوعاً ولا تغييراً : وإذا أوصى رجل بعبد بعينه لرجل ثم أوصى بذلك العبد بعينه لرجل فلعبد بينهما نصفان ، ولو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان لفلان : أو قد أوصيت بالذي أوصيت به لفلان لفلان كان هذا رداً للوصية الأولى ، وكانت وصيته للأخر منهما ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم أوصى أن يباع ذلك العبد كان هذا دليلاً على إبطال وصيته به للأول ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو كاتبه أو دبره أو وهبه كان هذا كلاً ابطلاً للوصية فيه .

ثم قال : ولو أوصى به لرجل ثم أذن له في التجارة أو بعثه تاجرأ إلى بلد أو أجره أو علمه كتاباً أو قرآناً أو علماً أو صناعة أو كساره أو وهب له مالا أو زوجته لم يكن شيء من هذا رجوعاً في الوصية ، ولو كان الموصى به طعاماً فباعه أو وهبه أو أكله أو كان حنطة فطحنها أو دقيقاً فعمجنه أو خبزته ، أو حنطة فجعلها سويقاً كان هذا كله كنفذ الوصية ، ولو أوصى له بما في هذا البيت من الحنطة ثم خلطها بحنطة غيرها كان هذا ابطلاً للوصية ، ولو أوصى له بما في البيت بمكيلة حنطة ثم خلطها بحنطة مثلها لم يكن هذا ابطلاً للوصية وكانت له المكيلة التي أوصى بها له . اهـ

قلت : ما أورد الشافعي في هذا الكلام صور لما يمكن أن يكون رجوعاً بالصرف وابطالاً ، أو تصرفاً لا يعد رجوعاً ولا يؤثر في صحتها ، وبين هذا أنه إذا أوصى لرجل بمدين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى بثلاثة له ثم وصى لآخر بثلاثة أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ، ولا يكون ذلك رجوعاً

في الوصية الاولى : وهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأحمد
ابن حنبل وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء
وطاوس وداود بن علي وصيته الآخر منها ، لأنه وصى للثاني بما وصى به الأول
فكان رجوعا ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر ، ولأن الثانية تنافي
الاولى ، فإذا أتى بها كان رجوعا ، كما لو قال : هذا لورثتي

ولما أنه وصى لهما فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بسيارتي ، وما
قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته . وفي مسائلنا يحتمل أنه قصد التثريك
فلم تبطل وصية أحدهما بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعا في الوصية لبشر .
وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وهو أيضا ذهب الحسن وعطاء
وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى
به مردود الى الثاني ، فأشبهه ما لو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر
بخلاف ما إذا وصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر ، فإنه يحتمل أنه قصد
التثريك بينهما ، وقد ثبتت وصية الأول ببقينا فلا تزول بالثاني

وإن قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي
وصى به للثاني خاصة وباقية للأول .

وأجمع أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه
الا الوصية بالاعتاق ، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به أيضا . وروى
عن عمر رضي الله عنه أنه قال : يغير الرجل ما شاء من وصيته ، وبه قول عطاء
وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور .
وقال الشعبي وابن سيرين وشبرمة والنخعي : يغير منها ما شاء الا العتق ، لأنه
اعتاق بعد الموت فلم يملك تغيير تغييره كالندير .

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت
فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها ، كهبة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه ، وقارق
الندير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتمليقه على صفة الحياة

ويحصل الرجوع بقوله : رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما وصيت به فلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي ، وإن أكله أو أطعمه أو أتافه أو وهبه أو تصدق به أو باعه ، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله وابسه ، أو جارية فأحبلها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع ولا يعد من الرجوع جماع الجارية بخلاف ما لو أحبلها .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أنه يكون رجوعاً . وحكى عن أصحاب الرأي أن يبيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة ، ولأنه أزال ملكه عنه فكان رجوعاً كما لو وهبه . وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعاً ، لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى ، والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب أحمد لأنه لا يزال الملك فأشبهه إجارته ، وكذلك الحكم في الكتابة .

(فرع) وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فمجنه أو بهجين فخره أو بخبز ففته كان رجوعاً ، لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، فدل على رجوعه ، وهذا قال أحمد وأصحابه . أما تفتيته ودقه فقد قال أصحاب أحمد : يعد رجوعاً ولا صحابنا فيه وجهان حكاهما المصنف .

وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لأنه يتعذر بذلك تسليمه . وإن وصى بقفيز قح من صبرة ثم خلطها بغيرها نظرت فإن كان بغير منها كان ذلك رجوعاً لأنه أحدث فيه زيادة ليست من الوصية . أما إذا خلطه بما دونه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن ذلك ليس رجوعاً قياساً على ما إذا تلف بعضه نهار الباقي على وصيته .

(والثاني) انه رجوع ، وقد ذهب احد واصحابه الى ان الخلط بما هو خير منه أو بما دونه أو بمثله لا يعد رجوعاً لأنه كان مشاعاً وقي مشاعاً وعندهم وجه ضعيف فيها خلط بخير منه انه يكون رجوعاً ، لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه ، والله تعالى اعلم بالصواب
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وصى بقطن فغزله أو بغزل فنسجه كان ذلك رجوعاً ، لأنه أزال عنه الاسم ، وإن أوصى له بقطن فخشي به فراشا ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع لأنه جعله للاستهلاك (والثاني) ليس برجوع لأن الاسم باق عليه .

(فصل) وإن أوصى له بثوب فقطعه أو بشاة فذبحها ، كان رجوعاً لأنه أزال عنه الاسم ، ولأنه جعله للاستهلاك ، وإن وصى له بلحم فطبخه أو شواه كان ذلك رجوعاً ، لأنه جعله للأكل ، وإن قدده ففيه وجهان كما قلنا في الرطب إذا جعله تمرأ .

(فصل) وإن وصى له بثوب فقطعه قيصاً أو بساج فجعله باباً ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع ، لأنه أزال عنه اطلاق اسم الثوب والساج .
ولأنه جعله للاستهمال .

(والثاني) انه ليس برجوع ، لأن اسم الثوب والساج باق عليه
(فصل) وإن وصى بدار فهدمها كان رجوعاً لأنه تصرف أزال به الاسم فكان رجوعاً ، كما لو وصى بمنطة فطحنها ، وإن تهدمت نظرت فإن لم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيها بقي . وأما ما انفصل عنها فالمنصور انه خارج عن الوصية لأنه انفصل عن الموصى به في حياة الموصى . وحكى القاضي أبو القاسم ابن كعب رحمه الله وجهاً آخر : انه للموصى له لأنه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال ، وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصه وجهان (أحدهما) انه تبطل فيه الوصية لأنه أزال عنها اسم الدار (والثاني) لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع .

(فصل) وان وصى له بارض فزرعها لم يكن ذلك رجوعا ؛ لانه لا يراد للبقاء ، وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعا ، وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان (أحدهما) أنه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة ، فدل على الرجوع ، (والثاني) ليس برجوع لانه استيفاء منفعة فهو كالزراعة ، فعلى هذا في موضع الاساس وقرار الغراس وجهان .

(أحدهما) أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذي بينهما فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له .
(والثاني) أنه تبطل الوصية فيه لانه جملة تابعاً لما عليه .

(فصل) وإن أوصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعا ، لانه قد تنقض الاجارة قبل الموت ، فان مات قبل انقضاء الاجارة ففيه وجهان (أحدهما) يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الاجارة (والثاني) انه تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الاجارة وتبقى في مدة الباقي .

(الشرح) إذا وصى بكتان أو قطن فغزله أو وصى بغزل ففسجه أو بثوب فقطعه أو بسبيكة فصاغها أو شاء فذبحها كان ذلك رجوعا ، وبهذا قال اصحاب الراى والشافعى في ظاهر المذهب وهو الراجح من احمده ، واختار ابو الخطاب من الحنابلة أنه ليس برجوع ، وهو قول ابى ثور لانه لا يزيل الاسم .
دليلنا : انه عرضة للاستعمال فصار رجوعاً كالمسائل قبله ، ولا يصح قوله انه لا يزيل الاسم ، فان الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يسمى كتانا .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو اوصى له بدار وقبل كانت له وما ثبت فيها من ابوابها وغيرها دون ما فيها . قلت لان الوصية اذا كانت بالدار دخل فيها كل ما كان من الدار ولها ولم يدخل في الوصية كل ما كان في الدار اذا لم يكن منها ، فالداخل في الوصية حيطانها وسقفها وابوابها المنصوبة عليها ، وما كان متصلا بها من زخرفها ودرجها ، ولم يدخل فيها ما انفصل عنها من ابوابها ورفوفها وسلايمها المنفصلة عنها .

وجملة ذلك ان كل ما جعلناه داخلا في البيع معها دخل في الوصية بها ، وكل

مالم نجعله داخلاً في البيع لم يدخل في الوصية ، فلو كان الموصى به أرضاً دخل في الوصية نخلاً وشجرها ، ولم يدخل فيه زرعهما ، ولو كان نخلاً عند الوصية مشمراً لم يدخل ثمرها في الوصية إن كان مؤبراً ، وفي دخوله فيها إن كان غير مؤبر وجهان (أحدهما) يدخل كالبيع (والثاني) لا يدخل لخروجه عن الاسم ، وإن كان متصلاً ، وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوايه في دخوله في الرهن .

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو انهدمت في حياة الموصى كانت له إلا ما انهدم منها فصار غير ثابت فيها . وصورتها في رجل أوصى لرجل بدار فانهدمت - فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن تنهدم في حياة الموصى .

(والثاني) بعد موته وبعد قبول الموصى له .

(والثالث) بعد موته وقبل قبول الموصى ، فإن انهدمت في حياة الموصى ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام . والثاني : أن لا يزول ، فإن لم يزل اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها تسمى داراً ، فالوصية جائزة وله ما كان ثابتاً فيها من بنيانها ، فأما المنفصل عنها بالمهدم فالذي نصر عليه الشافعي أن يكون خارجاً من الوصية ؛ فذهب الجمهور من أصحابنا إلى حمل ذلك على ظاهره ، وأنه خارج من الوصية ، لأن ما انفصل عنه لا يسمى داراً ، فلم يكن للموصى له بالدار فيها حق .

وحكى أبو القاسم بن كنج وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن نصر الشافعي على خروج ما انهدم من الوصية محمول على أنه مهدمه بنفسه فصار ذلك رجوعاً فيه ، ولو انهدمت بسبب من السماء لا ينسب لفعل الموصى كان للموصى له باقي الدار لأنه منها وإنما بان عنها بعد أن تناولته الوصية ، وإن كانت الدار بعد انهدامها لا تسمى داراً لأنها صارت عرصية لا بناء فيها ففي بطلان الوصية وجهان .

(أحدهما) لا تبطل وهذا قول من جعل الآلة بعد انفصالها ملكاً للموصى له (والوجه الثاني) أن الوصية بها باطلة وهو الأصح ، لأنها إذا كانت عرصية لم تسمى داراً ؛ ألا ترى لو حلف لا يدخلها لم يحث بدخول عرصتها بعد ذهاب

بذاتها ، وهذا قول من جعل ما انفصل عنها غير داخل في الوصية ، فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وبعد قبول الموصى له فالوصية بهما بمضاهة ؛ وجميع ما انفصل عنها من البناء كالمتمصل يكون مسلماً للموصى له لاستقرار ملكه عليها بالقبول .

فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له ، فإن لم يزل اسم الدار عنها فالوصية بحالها ، فإذا قبلها الموصى له ، فإن قيل : إن القبول يبني عن تقدم الملك بموت الموصى وكل ذلك ملك للموصى له المنفصل منه والمتصل فإن قيل : إن القبول هو المملك فله الدار وما اتصل بها من البناء .
وفي المنفصل وجهان (أحدهما) للموصى له (والثاني) للورثة ، وإن لم تسم الدار بعد انهدامها داراً .

(فإن قلنا) إن القبول يبني عن تقدم الملك ، فالوصية جائزة وجهاً واحداً وله العرصة وجميع ما فيها من متصل أو متصل ، إذا كان عند الموت متصلاً ، وإن قيل : إن القبول هو المملك مع بطلان الوصية بانهدامها على ما مضى من الوجهين (أحدهما) باطله (والثاني) جائزة وله ما اتصل بها . وفي المنفصل وجهان : وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه وليس فيه أقاويل تذكر ، والله تعالى أعلم بالصواب ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الأوصياء

لا تجوز الوصية إلا إلى بالذم عاقل حر عدل ، فأما الصبي والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية اليهم ، لأنه لا حظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء ، ولهذا لم تثبت لهم الولاية ، وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم ، لقوله عز وجل : لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خيالا ، ودوا ما عنتم ، ولأنه غير مأمون على المسلم ، ولهذا قال الله تعالى : لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمه ، وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصياً له كالمسلم (والثاني) لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم .

(فصل) وتجوز الوصية إلى المرأة لما روى أن عمر رضى الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت ، فإذا ماتت فهو إلى ذوى الرأى من أهلها ، ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل . واختلف أصحابنا في الأعمى فمنهم من قال : تجوز الوصية إليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية إليه كالبعير ، ومنهم من قال : لا تجوز الوصية لأنه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الأعمى ، وفضل نظر لا يدرك إلا بالعين .

(الشرح) تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعاً ، ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه ، لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما ، فلا يلبان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية عن مسلم ، لقوله تعالى : لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خيالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر . قال ابن أبي حاتم : حدثنا أبي حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا عيسى بن يونس عن أبي حسان النيمى عن أبي الزبائع عن ابن أبي الدهقان قال : قيل

لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : إن ههنا غلاما من أهل الحيرة حافظ. كاتب فلو
 اتخذته كاتباً ؟ فقال : قد اتخذت إذن بطانة من دون المؤمنين . فعلى هذا الأثر مع
 هذه الآية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم في الكتابة التي فيها استطالة
 على المسلمين وإطلاع على دواخل أمورهم التي يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من
 أهل الحرب ، ولهذا قال تعالى (لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم) وما هنا مصدرية
 فيكون المصدر الصريح المفعول لودوا « عنتم » .

وقال الحافظ أبو يعلى : حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا هشيم حدثنا العوام
 عن الأزهر بن راشد قال : كانوا يأتون أنسأ فإذا حدثهم بحديث لا يدرون
 ما هو أتوا الحسن البصرى فيفسره لهم قال : لحدث ذات يوم عن النبي صلى الله
 عليه وسلم « لا تستضيئوا بنار المشركين ولا تنقشوا في خواتيمكم عربيا ، فأتوا
 الحسن ففسر لهم الاستضاءة : لا تستشيروا المشركين في شئونكم تصدق ذلك
 في كتاب الله وتلا الآية ، ويقول الشافعي رضي الله عنه في الأم في باب الأوصياء
 ولا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم عدل .

وروى ابن اسحاق وغيره عن ابن عباس قال : كان رجال من المسلمين
 يواصلون رجالا من اليهود ، لما كان بينهم من الجوار والحلف في الجاهلية ،
 فأنزل الله تعالى فيهم بنهاهم عن مباظنتهم تخوف الفتنة عليهم هذه الآية ، وأخرج
 عبد بن حميد أنها نزلت في المنافقين من أهل المدينة نهى المؤمنون أن يتولواهم ومن ثم لا تصح
 وصية مسلم إليه لأنه لا يلي على مسلم ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة
 فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق ، وأما وصية الكافر إليه ، فإن لم يكن
 عدلا في دينه لم تصح الوصية إليه ، لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية
 إليه فرع الكفر أولى ، وإن كان عدلا في دينه فقيه وجهاً .

أحدهما : تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأي لأنه يلي بالنسب فيلي
 الوصية كالمسلم . والثاني : لا تصح ، وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح
 الوصية إليه كفاسق المسلمين . ولأصحاب أحمد وجهان كهذين ، وأما وصية
 الكافر إلى المسلم إلا أن تكون تركته خمرأ أو خنزيراً .

أما الوصية إلى المرأة فإنها تصح في قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن شريح . وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وأحمد بن حنبل ، ولم يجزه عطاء ، لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية .

دليلنا أن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ، وتخالف القضاء ، فإن المعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية للأعمى في أحد الوجهين لأنه من أهل الشهادة وهو قول أحمد وأصحابه ، ولم يسلم القائلون بالجواز لمخالفهم حكمهم ، لأنه يمكنه التوكيل فيما يحتاج إلى نظر ، ثم إنه من أهل الشهادة والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالصير . وعلى الوجه الآخر عند أصحابنا أنه لا تصح الوصية إليه بناء على أنه لا يصح بيعة ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وقد مضى في البيوع وفي السلم وفي غيرها مزيد بيان .

أما الصبي العاقل فلا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولأنه مولى عليه ، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وليس عندهم نص عن أحمد فيه ، وإنما رجح أكثرهم مذهبنا في الصبي إلا القاضي فقد قال : قياس المذهب صحة الوصية إليه ، لأن أحمد قد نص على صحته وكالته وأما الفاسق فإن الوصية إليه لا تصح في قول مالك والشافعي وأحمد . وفي رواية عن أحمد صحة الوصية إليه في روايته ابن منصور عنه . وعند الحنرفي من الحنابلة إذا كان خائفا ضم إليه أمين

وقال ابن قدامة : وهذا يدل على صحة الوصية إليه ويضم الحاكم إليه أمينا . وقال أبو حنيفة تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالعقل ، وبهذا يكون على قول أصحاب أحمد عدم جواز إفراده بالوصية .

وعند أبي حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية . والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية اليه ، فمنهم من قال يعتبر ذلك عند الوفاة ، فإن وصى إلى صبي فبأنع أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلاً قبل الوفاة صححت الوصية ، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل ، ومنهم من قال : تعتبر عند العقد وعند الموت ، ولا تعتبر فيما بينهما ، لأن حال العقد حال الإيجاب ، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما . ومنهم من قال : تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها ، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت ، فاعتبرت الشروط في الجميع .

(فصل) وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى - فإن كان اضعف - ضم إليه معين أمين ، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية اليه وبقيم الحاكم من يقوم مقامه .

(فصل) ويجوز أن يوصى إلى نفسين . لما روى أن قاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت النظر في وقفها إلى علي كرم الله وجهه ، فإن حدث به حدث رفته إلى ابنيها فيلبانها ، ويجوز أن يجعل اليهما وإلى كل واحد منهما لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن ، فإن جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن يتصرف بالتصرف ، فإن ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن الموصى رضى بنظر كل واحد منهما وحده . فإن وصى اليهما لم يجز لأحدهما أن يتصرف لأنه لم يرض بأحدهما ، فإن ضعف أحدهما ضم إليه من يعينه ، فإن فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لأن الموصى لم يرض بنظره وحده ، فإن أراد الحاكم أن يفرض الجميع إلى الثاني لم يجز لأنه لم يرض الموصى باجتماعه وحده فإن ماتا أو فسقا فهل للحاكم أن يفرض إلى واحد . فيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لأنه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه إلى الحاكم (والثاني) لا يجوز لأنه لم يرض بنظر واحد : وإن اختلف

الوصيان في حفظ المال جعل بينهما نصفين ، فاذا بلغنا إلى التصرف — فان كان التصرف إلى كل واحد منهما — تصرف كل واحد منهما في الجميع ، وإن كان اليهما لم يحز لأحدهما أن يتصرف بالتصرف دون الآخر .

(فصل) ومن وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره ومن وصى إليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الإذن .

(الشرح) الشروط التي أسلفنا تقريرها هل تعتبر في الوصى حال العقد أو حال الموت أو حال العقد والموت ؟ على اختلاف بين أصحابنا ، وإلى اعتبارها حال العقد ذهب أحمد وأصحابه في أحد الوجهين عندهم ، لأنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فلا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثاني لو كانت لشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه ، وهو الوجه الثاني عند أصحاب أحمد . والوجه الثالث : أن تعتبر حال صدور العقد عند الوفاة ، ولا تعتبر حالة فيها بينهما من الزمن كما سيأتي .

(فرع) الوصية ولاية وأمانة والفاقد ليس من أهلها ، فعلى هذا إذا كان الوصى فاسقاً فحكه حكم من لا وصى له عند أصحاب أحمد ، وينظر الحاكم في ماله ، وعند أحمد أن الوصية باطلة ابتداء كالذي طرأ عليه فسقه بعد الوصية تزول ولايته ويقوم الحاكم مقامه أميناً ، وهذا هو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأحمد ابن حنبل . وعلى قول بعض الحنابلة كالحرقى تصح الوصية ويضم إليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصى بإقامته في الوصية ، قالوا . فان لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ، لان حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد .

وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعله أو ضعف طراً ، فان الحاكم يضم إليه أميناً ، ولا تزول يده عن المال ولا نظره ويكون الأول هو الوصى دون الثاني ، وهذا معارون له . لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصى ، وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وأحمد بن حنبل ولا أعلم لهم مخالفاً .

أما إذا تغير حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه أو فسق زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم فيقيم أميناً ناظراً للبيت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً

أما إذا تغيرت حالته بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صححت الوصية إليه . لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . هذا وجه ووجه آخر تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها . فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فأكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين . ففى أوصى إليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الافراد بالتصرف ، فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصى لم يرض بنظر هذا الباقي منها وحده ، فإن أراد الحاكم رد الباقي منها فوجهان :

أحدهما : لا يجوز . والثاني : يجوز . لأن النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية كان له رده إلى واحد كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصية من الموصى والأمانة من جهة الحاكم . ولنا أن الموصى لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره إليه ، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده ،

فإن كانت الوصية بالإذن لكل واحد منهما أن يتصرف منفرداً ، فإذا مات أحدهما أو جن أو ارتد أو فسق جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن تصرف الباقي منهما على حسب الإذن مستفاد منه ، ولأنه رضى بنظر كل واحد منهما وحده ، فلا سبيل إلى إقامه بديل لمن بطل عقده .

وإن تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره فهل للحاكم أن ينصب مكانهما واحداً؟ فيه وجهان

أحدهما له ذلك ، لأنه لما أعدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لا كتفى بواحد ، كذا ههنا ، ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً لأن الموصى بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ماتا معاً

والثاني : لا يجوز أن ينصب الا اثنين لأن الموصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً .

فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فأت أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منها له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره ، وان ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف ، وان تغيرت حال أحد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالمجز عنها اضعف أو علة ونحو ذلك ، وكان لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فليس للحاكم أن يضم اليها أميناً ، لأن الباقي منها يكفي ، الا أن يكون الباقي منهما بمجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أميناً ، وان كانا من ليس لأحدهما التصرف على الانفرد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف منهما عنها أميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والامين معهما .
وليس لواحد منهم التصرف وحده

(فرع) قوله : ومن وصى اليه في شيء لم يصر وصياً في غيره الخ . وهذا صحيح لأنه يجوز أن يوصى الى رجل بشيء دون شيء ، مثل أن يوصى الى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقبض معاشه أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر في أمر أطفاله لحسب ، فلا يكون له غير ما جعل اليه

ويجوز أن يوصى الى انسان بقبض معاشه لصغاره ، وبآخر الإنفاق عليهم من هذا المعاش ، والى آخر بقضاء ديونه ، والى آخر بالإنفاق على أطفاله ، فلا يكون لكل واحد منهم الا ما جعل له دون غيره ، ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصياً في غيره . وبهذا قال الشافعي وأحمد بن حنبل

وقال أبو حنيفة : يصير وصياً في كل ما يملكه الوصى ، لان هذه ولاية تنقل من الاب بموته ، فلا تتبع كولاية الجد

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة انسان ، فكان مقصوداً على ما أذن فيه كالوكيل . وولاية الجد ممنوعة ثم ولاية الجد استفادها بقرابته وهي لا تتبع والاذن يتبع ما فترقا .

وكذلك اذا أوصى له الى زمن معين موصراف ، كان اذا بلغ الصبي أو قدم

المسافر ، أو معين كقوله إلى سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة بعد الألف ، وهو العام الذي نخط فيه هذا الشرح ، فإنه لا يجوز أن يتجاوزه لأن الإذن موقت بالعام المذكور . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وللوصى أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه كما قلنا في الوكيل ، ولا يجوز أن يوصى إلى غيره ، لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل ، فإن قال أوصيت اليك : فإن مات فقد أوصيت إلى فلان صح ، لأن عمر رضى الله عنه وصى إلى حفصة ، فإذا ماتت فإلى ذوى الرأى من أهلها ، ووصت فاطمة رضى الله عنها إلى على كرم الله وجهه : فإذا مات فإلى ابنائها ، ولأنه علق وصية التالى على شرط ، فصار كما لو قال وصيت اليك شهرًا ثم قال إلى فلان ، فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصى إلى من يرى فقد قال فى الوصايا لا يجوز . وقال فى اختلاف العراقيين يجوز . فن أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال ، فإذا جار أن ينقل التصرف فى المال إلى الوصى جاز أن ينقل الوصية إليه : وما قال فى الوصايا أراد إذا أطلق الوصية ومنهم من قال فيه قولان

(أحدهما) يجوز لما ذكرناه (والثانى) لا يجوز لأنه يعقد الوصية عن الموصى فى حال لا ولاية له فيه . وإن وصى إليه وأذن له أن يوصى بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين (والثانى) أنه كالمسألة الأولى لأن علة المسألين واحدة

(فصل) ولا تتم الوصية إليه إلا بالقبول لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له . وفى وقت القبول وجهان (أحدهما) يصح القبول فى الحال لأنه أذن له فى التصرف فصح القبول فى الحال كالوكالة (والثانى) لا يصح إلا بعد الموت كالقبول فى الوصية له .

(فصل) وللوصى أن يعزل الوصى إذا شاء ، وللوصى أن يعزل

نفسه متى شاء ، لأنه تصرف بالأذن لجواز لكل واحد منهما فسخره كالولاية .

(فصل) إذا بلع الصبي واختلف هو والوصى في النفقة ، فقال الوصى أنفقت عليك ، وقال الصبي لم تنفق عليّ ، فالقول قول الوصى لأنه أمين وتتعذر عليه إقامة البينة على النفقة ، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال : أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار . وقال الصبي بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً ، فإن كان ما يدعيه الوصى النفقة بالمعروف فالقول قوله لأنه أمين ، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط في الزيادة

وإن اختلفا في المدة فقال الوصى : أنفقت عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين ، ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول ابن سعيد الاصطخري أن القول قول الوصى ، كما لو اختلفا في قدر النفقة

(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أن القول قول الصبي ، لأنه اختلف في مدة ؛ الأصل عدمها

(فصل) وإن اختلفا في دفع المال اليه فادعى الوصى أنه دفعه اليه وانكر الصبي ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن القول قول الصبي لأنه لم يأتئنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه ، كما ودع إذا ادعى دفع الوديعة الى وارث المودع ؛ والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة الى مالكها (والثاني) أن القول قول الوصى كما قلنا في النفقة .

• • •

(الشرح) الاحكام : إذا أوصى له في شيء لا يحسن القيام به بنفسه جازاه ان يوكل عنه من يتولاه ، كأن كان ما عهد اليه بالوصية فيه كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوصى الى من يعينه على أدائه وكذلك لو كان العمل شاقاً لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج الى شخص قوى يؤديه ؛ أو كان العمل يفتقر الى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالمهندسة ونحوها جاز له

توكيل غيره ممن يقوم بمثل هذه الأمور ، وكذلك لو كان العمل سهلاً وليكن من الاعمال التي ترفع الوصى في العادة عن مثلها لدنايتها جاز له أن يوكل من يقوم بها أما الوصية إلى غيره بغير إذن من الموصى فإنه لا يصح ذلك منه قولاً واحداً .

أما إذا قال : أوصيت اليك ومن بعدك إلى فلان ، فإن ذلك جائز ولا كلام لما روينا عن عمر أنه وصى إلى حفصة ، فإذا ماتت فإلى ذوى الرأي من قومها . ولذا جاز أن يوصى إلى من يخلفه بالنعميين كأوصيت إلى فلان فإذا مات فإلى فلان كما أوصت ناطمة إلى علي ومن بعده إلى ولديها السبطين رضي الله عنهما ، كما يجوز أن يوصى إلى من يخلفه بالوصف كقول عمر : فإلى ذوى الرأي من قومها ، وتجري هذه الوصية مجرى المعلق على شرط كالوصية إلى أجل معين أو موصوف على مامضى في الفصل قبله .

أما إذا أوصى إليه ثم أذن له أن يوصى إلى من يرى أو إلى من يشاء ، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصى فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الوصايا من الأثم : ولو أوصى رجل إلى رجل فمات الموصى إليه وأوصى بما أوصى به إلى رجل لم يكن وصى الوصى وصياً للبيت الأول ، لأن الميت الأول لم يرص الموصى الآخر .

ولو قال : أوصيت إلى فلان فإن حدث به حدث فقد أوصيت إلى من أوصى إليه لم يجز ذلك لأنه إنما أوصى بما له غيره . وقال في اختلاف العراقيين في نسخة السراج البلقيني باب الوصى من اختلاف العراقيين ، وهي بعد وصية الإمام الشافعي رضي الله عنه التي كتبها قبل موته

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فإن أبا حنيفة كان يقول : هذا الآخر وصى الرجلين جميعاً وبهذا يأخذ ؛ وكذلك بلغنا عن إبراهيم ، وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا الآخر وصى الذي أوصى إليه ، ولا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثاني : قد أوصيت اليك في كل شيء ، أو يذكر وصية الآخر .

فإن أصحابنا من قال بالجواز قولاً واحداً لأنه ملك الوصية والنصرف في المال

ورضى الموصى باجتهاده واجتهاد من يراه فصيح كالو وصى اليهما معاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، واليه ذهب أحمد وأصحابه . وقالوا لانه ماذن له في الاذن في التصرف لجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، وما قال الشافعي في الوصايا أراد لئذا أطلق الوصية .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : يجوز لما أثبتناه ، والثاني : لا يجوز لانه ليس له أن يوصى لانه يلي بتولييه فلا يصح أن يولى فيها لا ولاية له فيه . أما إذا وصى له وأذن له في أن يوصى إلى فلان بعده بعينه فقيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لانه لم يترك له اعمال الوصي ولا بذل الجهد في تعيينه فقد أذن له أن يوصى اليه معيناً باسمه فصيح كما أو وصى له ثم من بعده إلى فلان ، والثاني : انه كالمسأل قبلها لانه كان يوصيه أن يوصى اليه من بعده ، ولكنه أذن له في الوصية فكانه جعل الوصية من شأنه .

وجملة ذلك انه لا يجوز للرصى أن يوصى إلى غيره ، وهو قول الشافعي وإسحاق وأحد قولي أحمد . والظاهر من مذهب الحنابلة لقوله في ذلك في الوكيل لانه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل . وقال مالك وأبو حنيفة والثوري وأبو يوسف وأحمد في أحد قوليه له أن يوصى إلى غيره .

(فرع) يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصى ، لانها اذن في التصرف فصيح قبوله بعد العقد كالوكيل ، وهي لا تتم الا بالقبول كالوصية له ، والفرق بينهما أن الاولى اذن له في التصرف والثانية تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، هذا وجه والوجه الاخر أنه يجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصيح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصياً وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصى ، وبعد موته بمشهد منه وفي غيبته ، وبهذا قال الشافعي وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضوره ، لانه غيره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الا بصاء إلى غيره ، وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد : ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، وهذا قائم لانه متصرف بالاذن فكان له عزل

نفسه كالكيل ، فأما اختلاف الوصي والوصى فقد مضى كلامنا فيه في الحجر
وفي الوكالة ، وبعض صورته في الوديعة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يلحق الميت بما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضى
عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له ، فأما الدين فالدليل عليه ما روى
أن امرأة من خنعم ، سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحج عن أبيها
فأذن لها ، فقالت : أينفعه ذلك ؟ قال نعم كما لو كان على أبيك دين فمضىته نفعه ،
وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس ، أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله
عليه وسلم : إن أمه توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها ؟ فقال : نعم قال : فإن لي
مخرفاً فأشهدك أني قد تصدقت به عنها ،

وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل ، والذين جاؤا من بعدهم يقولون :
ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالايمان ، فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء
لإخوانهم من الموتى ، وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغديرها
فلا يلحق الميت ثوابها . لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو
علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له ، واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة
يمين فأعتق عنه ، فمنهم من قال : لا يقع العتق عن الميت بل يكون المعتق لأن
المعتق غير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه ، كما
تطوع بالمعتق عنه في غير الكفارة ؛ ومنهم من قال : يقع عنه لأنه لو أعتق في
حياته سقط به الفرض ، وبالله التوفيق .

(الشرح) حديث المرأة الخنعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده
عن ابن عباس ، وأخرجه أحمد والترمذي وصححه والبيهقي من حديث ثعلبي بن
أبي طالب رضى الله عنه . وعن عبد الله بن الزبير قال : جاء رجل من خنعم إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير

لا يستطيع ركوب الرجل والحج مكتوب عليه أفأحج عنه؟ قال أنت أكبر ولده؟ قال نعم. قال أرأيت لو كان على أبيك دين فقتضيه عنه أكان يجزى ذلك عنه؟ قال نعم قال فأحجج عنه، رواه أحمد والنسائي، معناه. وقال الحافظ ابن حجر سنده صالح. وعن ابن عباس أيضا أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي (ص) فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ قال نعم حجى عنها. أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته، أفضوا الله فاقه أحق بالرفق. رواه البخاري والنسائي بمعناه. وعند أحمد ورواية أخرى للبخاري بنحو ذلك وفيها قال: جاء رجل فقال: إن أختي نذرت أن تحج، وهو يدل على صحة الحج عن الميت من الوارث وغيره حيث لم يستفصله أو ارث هو أم لا، وشبهه بالدين. وروى الدارقطني عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي (ص) فقال: إن أبي مات وعليه حجة الإسلام أفأحج عنه؟ الحديث،

أما حديث ابن عباس أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أمي توفيت أينفعها إن تصدقت عنها؟ قال نعم. قال: فإن لي محرقا فأنا أشهدك أني قد تصدقت به عنها، فقد رواه البخاري والترمذي وأبو داود والنسائي وقد ورد اسم الرجل الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم في رواية البخاري أنه سعد ابن عباد، ويؤيد ذلك أن أحمد والنسائي أخرجا حديثاً عن الحسن بن سعد بن عباد أن أمه ماتت فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت أفأصدق عنها؟ قال نعم قلت: فأى الصدقة أفضل؟ قال سقى الماء، قال الحسن: فتملك سقاية آل سعد بالمدينة، أما حديث: إذا مات ابن آدم، فقد رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. ولفظ مسلم: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له.

أما قوله تعالى من سورة الحشر: والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخوانتنا الذين سبقونا بالإيمان، فقد روى عن سعد بن أبي وقاص قال: الناس على ثلاث منازل قد مضت منزلتان - يعني قوله تعالى: للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضواناً وينصرون

الله ورسوله أو أئمة المصادقون ، والذين تبوءوا الدار والايعة من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا - إلى قوله تعالى - المفاجوز ، ثم قال : وبقيت منزلة ، فأحسن ما أنتم كأئمة عليه أن تكونوا بهذه المنزلة التي بقيت ، ثم قرأ : والذين جاءوا من بعدهم . الآية

أما اللغات فقوله : فإن لي مخرفاً . في رواية مخرف ، والمخرف والمخرف الحديقة من النخل أو العنب

أما أحاديث الفصل فإنها تدل على أن الصدقة من الولد تلحق الوالدين بعد موتها بدون وصية منها ، وبصل اليها ثوابها فيخصر العام من قوله تعالى : وأن لبس للإنسان إلا ما سعى ، أخبرنا الربيع بن سليمان قال حدثنا الشافعي إمامنا قال : يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث : حج يؤدي عنه ، ومال يتصدق به عنه أو يقضى ، ودعاء . فأما ما سوى ذلك من صلاة أو صيام فهو إمامه دون الميت ، وإنما قلنا بهذا دون ما سواه استدلالاً بالسنة في الحج خاصة والعمرة مثله قياساً . وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج أحد عن أحد تطوعاً لأنه عمل على البدن . فأما المال فإن الرجل يحب عليه فيما له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه أن يؤدي عنه بأمره لأنه إنما يريد بالفرض فيه تأديته إلى أهله لا عمل البدن ، فإذا عمل امرؤ عني ما فرض من مالي فقد أدى الفرض عني . وأما الدعاء فإن الله عز وجل ندب العباد إليه . وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم به فإذا جاز أن يدعى للأخ حياً جاز أن يدعى له ميتاً ، ولحقه أن شاء الله تعالى بركة ذلك ، مع أن الله عز ذكره واسع لأن يوفي الحى أجره ويدخل على الميت منفعته . وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع اهـ

وقال شيخنا النووي في كتاب الأذكار في باب ما ينفع الميت من قول وغيره اجمع العلماء على أن الدعاء للأموال ينفعهم وبصلهم ثوابه . واحتجوا بقول الله تعالى : والذين جاءوا من بعدهم ، الآية وغير ذلك من الآيات المشهورة بمعناها . وفي الأحاديث المشهورة كقولته صلى الله عليه وسلم : اللهم اغفر لأهل بقيع الفرد ، وكقوله صلى الله عليه وسلم : اللهم اغفر لحينا وميتنا وغير ذلك . واختلاف العلماء في وصول ثواب قراءة القرآن . فالمشهور من مذهب الشافعي

وجماعة أنه لا يصل . وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنه يصل ، والمختار أن يقول بعد القراءة : اللهم أوصل ثواب ما قرأته . والله أعلم اهـ

وقال ابن النحوي في شرح المنهاج : لا يصل إلى الميت عندنا ثواب القراءة على المشهور . والمختار الوصول إذا سأل الله لإرسال ثواب قراءته ، وينبغي الحزم به لأنه دعاء ، فإذا جاز الدعاء الميت بما ليس للداعي ، لأن يجوز باهو له أولى ، ويبقى الامر فيه موقوفا على استجابة الدعاء . وهذا المعنى لا يخص بالقراءة بل يجرى في سائر الاعمال ، والظاهر أن الدعاء متفق عليه انه ينفع الميت والحى القريب والبعيد بوصية وغيرها . وعلى ذلك أحاديث كثيرة ، بل كان أفضل الدعاء أن يدعو لآخيه بظهر الغيب

وقد حكى النووي في شرح مسلم الاجماع على وصول الدعاء إلى الميت ، وكذا حكى أيضاً الاجماع على أن الصدقة تقع عن الميت ويصل ثوابها ولم يقيد ذلك بالولد . وحكى الاجماع على لحوق قضاء الدين . والحق أنه يخص عموم الاية بالصدقة من الولد كما في أحاديث الفصل وبالرجوع من الولد كما في حديث الخنعمية ومن غير الولد أيضا كما في حديث المحرم عن أخيه شبرمة .

وقد نشرت مطبعة الامام رسالة في هذا الموضوع مستوفاة اسمها (تفسير سورة يس) للسيد صديق حسن خان وجمعت في آخرها ما يتعلق بهذا الموضوع وهو يغنى عن التطويل هنا .

تمَّ الجزء الخامس عشر ويليه الجزء السادس عشر
وأوله كتاب العتق

(فهرس الجزء الخامس عشر من المجموع)

- ٣ (كتاب الإجارة) ولا تجوز على المنافع المحرمة ، الخلاف في استئجار
الفحل للضراب ٤ واختلفوا في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب
- ٧ واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً ؛ ويجوز على منفعة عين حاضرة
وعلى عين في الذمة ولا تجوز الا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها
- ١١ ولا تجوز الا على منفعة معلومة ١٢ وما عقد على مدة لا يجوز الا
على مدة معلومة ٢٠ وان استأجر ظهراً للركوب لم يصح حتى يعرف
جنس المركوب ٢١ وان استأجر ظهراً للحمل متاع صح من غير ذكر
جنس الظهر ؛ ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع
- ٢٣ وان استأجر ظهراً للسقى لم يصح حتى يعرف الظهر لأنه لا يجوز الا على
مدة . وان استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الارض
- ٢٦ وان استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان
- ٢٨ وان استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يبين انه افراد أو قران أو تمتع
- ٣٢ ولا تصح الإجارة إلا على أجرة معلومة ٣٦ وما عقد من الإجارة
على منفعة موصوفة يجوز حالاً ومؤجلاً ٤١ وما عقد من الإجارة
على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ، وإذا تم العقد لم يملك فسحه إلا بعيب
- ٤٤ باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما
- ٤٥ وعلى المكري إشالة الحمل وحطه ، وعليه علف الظهر
- ٤٨ وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها ٥٢ وإن أكرى ظهراً
فهو أن يضربه ويكبجه بالاجام . وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره
(الاسكان من الباطن) ٥٨ فإن استأجر عيناً لمنفعة واشترط عليه
أن لا يجعلها لغيره ٥٩ وان أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك
- ٦٥ فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة فأراد أن يزرع مالا يستحصد في تلك المدة
- ٧٣ باب ما يوجب فسخ الإجارة ، وجود العيب وهو ما تنقض به المنفعة
- ٧٤ ومتى رد بالعيب فيما فسخ وإما أبدلها ٧٩ وان أكرى نفسه فهرب
وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه . وإن استأجر رجلاً

- ليعالجه فشفي من مرضه . وإن مات الأجير في الحج قبل الإحرام أو بعده
وإذا استوفى المستأجر بعض المنفعة ثم رد بالعيب أو ... وإن أجر عيناهم
بأحدهما من غير المستأجر
- ٨٨ وإن أجر عيناه من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد
- ٩٤ باب تضمين المستأجر والأجير . وإن أكرى ظهرا إلى مكان لجأوزه
- ٩٥ وإن استأجر عينا فتلفت بتفريط أو بغيره . وإن عمل الأجير بغير العمل
أو جميعه ثم تلف .. وإن دفع قاشا إلى خياط وقال إن كان يكفيني لقميص
فأقطعه فقطعه فلم يكفه
- ١٠١ وإن استأجر رجلا للحج فأتى بما يوجب الفدية فعليه
- ١٠٥ باب اختلاف المتكاريين . وإن دفع قاشا إلى خياط فقطعه قباء فقال
رب الثوب أمرتك أن تقطعه ~~فقطعه~~
- ١٠٩ إذا استأجر صانعا لعمل فعمله قبل له أن يجبس العين على الأجرة
- ١١٠ وإن دفع قاشا إلى خياط ولم يذكر أجره
- ١١٣ ✓ باب الجمالة وبيانها . ويجوز على عمل مجهول . ولا يستحق العامل الجمل
إلا بعد العمل . ويجوز لكل واحد منها فسخ العقد . وإن اختلف العامل
ورب المال
- ١٢٨ (كتاب السبق والرمي) ويجوز ذلك بموض . ويجوز أن يكون العوض
منهما أو من أحدهما أو من غيرهما
- ١٤٢ وإن كان المسابقة على مركوبين فلا تجوز إلا على جنس واحد . ولا تجوز
إلا على مسافة معلومة
- ١٥٠ المسابقة : لها صورة قار وصورة غير قار . ويطلق الفرسان من مكان
واحد في وقت واحد ١٥٤ وإن عثر أحد الفرسين وسبقه الآخر لم
يحكم له ٤١٣ ولا يصح إلا بتعيين المتسابقين ، ولا يجوز الرمي إلا على
رشق معلوم وأصابة عدد معلوم ١٦٧ ويجب أن يكون الغرض معلوما
في نفسه فيعرف طوله وعرضه ١٦٩ ويجب أن يكون موضع الإصابة
معلوما . ويجوز أن يرمي سهما سهما وخمسا وخمسا ولا يجوز أن يتفاضلا في
عدد الرشق ولا في عدد الإصابة

- ١٧٥ وإذا تناضلا لم يخل اما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو . . . وتفسير ذلك
- ١٨٤ وان كان النضال بين حزينين جاز ١٩١ باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي
- ١٩٢ وان انقطع الوتر فرمى وأصاب حسب له وان أخطأ لم يحسب عليه ، وان عرض دون الغرض طارض منع وصول السهم لم يحسب عليه
- ١٩٦ وان كان العقد على اصابة موصوفة نظرت ١٩٩ اذا مات أحد الراميين بطل العقد
- ٢٠٣ (كتاب احياء الموات) ٢٠٥ ما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق من الطريق ومسيل الماء لا يجوز احيائه ٢١١ والاحياء الذي يملك به ان يعمر الأرض لما يريد ٢١٤ واذا أحيى الأرض ملكها وما فيها من المعادن ويملك بالاحياء ما يحتاج اليه من المرافق كالطريق
- ٢١٩ وان شرع رجل في احياء موات ولم يتمه فهو أحق به
- ٢٢٤ ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب
- ٢٢٧ باب الإقطاع والحجى ، لا يجوز إقطاع المعادن الظاهرة
- ٢٣٧ ولا يجوز لأحد أن يحمى مواتاً لينتفع الاحياء ٢٣٩ باب حكم المياه ، أنواع المياه المباحة وغير المباحة بيانها ٢٤٢ وأما المباح فهو الماء الذي ينبت في الموات ٢٤٧ وإن اشترك جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها ويكون الماء بينهم بنسبة ما أنفق كل منهم
- ٢٤٩ (كتاب اللقطة) ٢٥٠ إن أخذها اثنان كانت بينهما ٢٥٥ اذا أخذها عرف عفاصها وهو عاؤها ٢٦١ فإن عرفها ولم يحضر صاحبها فوجهان ، فإن حضر صاحبها فإن كانت باقية له وان كانت تالفة فلا ضمان
- ٢٦٧ وان جاء من يدعيها ووصفها . . . فإن دفعها اليه ثم جاء غيره وأقام البينة انها له ٢٧١ وان وجد ضاهاً لم يخل إما أن تكون في بركة أو بلد
- ٢٧٨ وان وجد مالا يبقى كالطبيخ والبطيخ فهو بالخيار بين ان . . . وبين أن . . .
- ٢٨٠ وان وجد الحجر لسفه أو . . . نقطة ، وان وجد الفاسق لقطه لم يأخذها وان النقطة كافر لقطه فوجهان ٢٨٤ (كتاب اللقط) وان وجد لقيط

مجهول الحال حكم بحريته ٢٨٧ فان كان مع اللقيط مال كانت نفقته في ماله
 ٢٩٢ وان التقطه كافر واللقيط محكوم بإسلامه لم يقر في يده ، وان التقطه مسافر
 يريد السفر به .. وان التقطه فقير . ٢٩٥ وان تنازع في كفالته شخصان
 قبل أن يأخذه ٥٥١ وان ادعى حر مسلم نسبه لحق به ، وان ادعت امرأة
 نسبه ٥٥٧ وان تدعى نسبه ر لان لم يجز إلحاقه بهما ٣١٣ ومن حكم
 بإسلامه أو بأحد أبويه لحكمه قبل البلوغ ٣١٤ وان بلغ اللقيط وقذفه رجل
 ٣١٩ (كتاب الوقف) يجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار

٣٢٠ ولا يصح الوقف الا في عين معينة ٣٢٥ وما جاز وقفه جاز وقف جزءه
 مشاع منه ، ولا يجوز الوقف على مجهول ٣٣٣ ولا يجوز الى مدة ، ولا
 يجوز إلا على سبيل لا ينقطع ٣٤٧ وتصرف غلة الوقف على شرط الواقف
 ولو خالف نظام الارث ٣٤٨ فإن قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر
 والآنى ٣٥٤ وان قال على أقربى دخل فيه . . وان وقف على أقرب
 الناس اليه . . ٣٦٠ وان وقف ولم بشرط الناظر

٣٦٧ كتاب الهبات ٣٦٩ صلة الرحم والمدل بين الأولاد

قبول الهدية وإن صغرت وكراهة الرجوع في الهبة ٣٧٣ ما جاز بيعه جاز
 هبته ومالا فلا ، ولا يجوز تعليقها على شرط

٣٧٧ لا يملك الموهوب الهبة من غير قبض ٣٨١ لا يحل للرجل أن يرجع في الهبة
 إلا فيها وهب لولده ٣٨٧ هل يلزم الموهوب له أن يشيب الواهب

٣٨١ باب العمرى والرقي ومعناها ٣٩٧ كتاب الوصايا : الوصية بالخلافة إلى من
 يصلح لها ، والوصية بالمسأل التبرع به بعد الموت ، ومن له مال وولد جاز له
 أن يوصى الى من ينظر في ماله بعد موته لولده

٣٩٩ لا وصية لوارث وتجاوز الأجانب

٤٠١ الوصية والتبرع بثلك المال ٤٠٤ وإن حاف المريض في الوصية ينفى نفيه

٤٠٧ والافضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته ٤١٠ وإذا أوصى بما زاد على

الثلك ما العمل ؟ ٤١٣ الوصايا الباطلة ٤١٦ الوصية للذمي وللقاتل

٤٢ الوصية للوارث . لا تصح الوصية للبيس ولا للمجهول

- ٤٢٥ الوصية بالمشاع ٤٢٩ يجوز تعليق الوصية على شرط
- ٤٣٠ إن مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية
- ٤٣٦ باب ما يعتبر من الثلث وما لا يعتبر ٤٣٧ أسماء الامراض المؤدية الى الموت
- ٤٤٦ وإن عجز الثلث عن التبرعات ما العمل ؟ ٤٦١ باب جامع الوصايا . اذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب . وإن وصى لقراء القرآن فنم ؟ ٤٦٣ إذا وصى للأيتام : من هم
- ٤٧١ وإن أوصى الى رجل أن يضع ثلث ماله حيث يرى لم يجوز أن يأخذه لنفسه
- ٤٧٥ إن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته كان له مثل نصيب أقلام
- ٤٨٠ إن وصى بضعف نصيب فلان فكم هو ؟ وإن وصى بضعف نصيب فلان فكم هو ؟
- ٤٨٤ إن قال اعطوه شاة جار أن يعطوه صغيراً أو كبيراً
- ٤٩١ إن وصى بحج فرض أو التطوع ٤٩٩ باب الرجوع في الوصية
- ٥٠٤ أعمال إذا عملها الموصى كانت رجوعاً في الوصية . أعمال لا تعد رجوعاً
- ٥٠٨ باب الاوصياء والى من تجوز ٥٠٨ الوصية الى المرأة
- ٥١١ إن وصى الى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى ، يجوز أن يوصى الى نفسه
- ٥١٥ وللوصى أن يوكل فيها لم تجز به العادة أن يتولاه بنفسه ، وللوصى أن يعزل الوصى ٥١٦ اذا بلغ الصبي واختلف هو والوصى في مقدار النفقة
- وان اختلفا في دفع المال اليه ٥١٩ ويلحق الميت بما يفعل عنه بعد موته بغير اذنه : قضاء دينه أو صدقة عنه أو دعاء له

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المَجْمُوعُ

شَرْحُ الْمَهْدَبِ

الجزء السادس عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

كتاب العتق

(الشارح) الرق ظاهرة اجتماعية سادت في الأرض قبل الإسلام ، وتوغلت في حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لا يقوم المجتمع قائمة إلا بوجوده لأن القوى العاملة في المجتمع التي تمثل عصب الانتاج وتحقيق المنجزات الاقتصادية من زراعة وعمرانية وصناعية كانت تقوم على أيدى الأرقاء ، وقد أدركت الدولة الرومانية أهمية هذه الفئة في حفظ كيان الدولة فحرمت على الأفراد في القانون الروماني أن يعتقوا عبيدهم ، وكانت تحكم بالسجن أو التعذيب أو فرض الرق على من يضبط متلبساً بجرمة عتق عبده ، وكانت مصادر الرق متنوعة فشعوب الأمم المغلوبة عسكرياً نُسرتق للغالب من القواد والملوك الجبابرة ، والجنود توزع عليهم الأسلاب ومنها رجال ونساء هذه الأمم المقهورة ، وكل إنسان يخطف من بلده ويضربه خاطفوه إلى أحيائهم ومضاربهم ونجوعهم يصير عبداً مسترقاً لخاطفيه لهم بيعه وهبته وتوارثه ويملكون حياته وموته واپس له حرمة في تلك المجتمعات الجاهلية فارسية ورومانية وعربية وشرقية وغربية .

فلما جاء الإسلام وهو في منهجه الرصين سماوى الهداية ، وفي تغييره الجذرى ثورى الوسيلة ، وفي تدوجه الرزين تربوى التعليم ، وفي نظراته لهذه الفئة رحيم السلوك ، راقى الاحساس ، رفيع الغاية ، جفف منابع الرق ، وبسر مصافيه ، وضيق مصادره ووسع موارده ، وقصره على الحروب وحدها وجعله بين المحاربين فقط لا يتجاوز به الى الأمنين ممن لم يرفعوا سلاحاً ، ثم نظم العلاقة بين السيد ومولاه حتى لينمى الحر منا أن يكون مولى لاحدهؤلاء النبلاء من حوارى النبوة وجنود الرسالة ، بل إن الإسلام حين جعل المرء لا يحيط عنه وزر القسم الحانت إلا بعتق رقبة ، ولا تنداح عنه معرفة الظهار حين يجعل امرأته كظفر أمه إلا بعتق رقبة من قبل أن ينهاسا ، وجعل فى تعمد الطعام فى الصوم إعتاق رقبة ، وجعل المؤمن الحق الذى اقتحم العقبة ، هو الذى يفك الرقاب العائيه ، ويطعم فى المسغبة المساكين الكادحه .

بل لقد جعل اللطامة على وجه العبد فكأن له من الرق وجعل جزاء اللطامة عتقه فن لم يفعل مسته النار .

ثم إن الإسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبه لقوله تعالى ، فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ، لجعل للعبد الحق في أن يطلب من سيده شراء نفسه مكاتبه بنجوم وأقساط يؤديها من صنعته أو عمله ، وعلى سيده أن يمنحه كل أسباب اليسر وإعطاؤه بعض المال ليكون بمثابة رأس مال له في الحياة يواجه به أعباء الاستقلال عن سيده ، ومن عوامل تصفيته التدهير ؛ وهو أن يجعل رقه في حياته ثم يكون حراً بعد موته ، ومن أسباب تصفيته أيضاً تحريم ميراث أم الولد ، وهو تحرير لها ولا ريب ، لذلك نزجى اليك فصول العتق والمكاتب والمدبر شاهدة على صدق هذه القضية التي أسطناها لك في هذه الكايمه مجزئين بها عن الشرح والتعليق لتوفر مكانا على الورق نبذله فيهما لم تتمطل أحكامه ، وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

العتق قرينة مندوب اليه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه ، ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة ، فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لأنه لا يملكه في أحد القولين ويملكه في الثاني إلا أنه يبطل به حق البطان الثاني فلم يصح ، وإن أعتق المريض عبداً وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق في المرض وصيه فلم يصح مع الدين ، وإن أعتق العبد الجاني ، فعلى ما ذكرناه في العبد المرهون .
(فصل) وبصح بالصريح والكتايبه وصريحه العتق والحريه لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكتايبه كقوله : سيديك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لأنها تحتل العتق فوقع بها العتق مع النية .

وفي قوله فبكتك رقبتيك وجهان (أحدهما) أنه صريح لأنه ورد به القرآن
قال الله سبحانه فك رقبة (والثاني) أنه كناية لأنه يستعمل في العتق وغيره ،
وان قال لأمته : أنت علي - كظهر أمي ونوى العتق فقيه وجهان . أحدهما : تعتق
لأنه لعظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية في العتق كسائر الصلوق . والثاني :
لا تعتق لأنه لا يزال المملك فلم يكن كناية في العتق بخلاف الطلاق .

(فصل) وان كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موصراً
قوم عليه نصيب شريكه وعتق ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد ، فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه
قيمة عدل وأعطى شركاه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ،
وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موصر فالله صرح
أنه يقوم عليه ، فن أصحابنا من قال : إذا قلنا ان الكافر لا يملك العبد المسلم لم
يقوم عليه لان التقويم يوجب التملك .

ومنهم من قال : يقوم عليه قولاً واحداً لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم
والكافر كتقويم المتلفات ، ويخالف البيع لان القصد منه التملك وفي ذلك صغار
على الاسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه ، فان كان نصف العبد
وقما ونصفه طلقاً فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف لان التقويم
يقترض التملك والوقف لا يملك ، ولان الوقف لا يعتق بالمباشرة ولأن لا يعتق
بالتقويم أولى .

(فصل) وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الاتلاف ومتى يعتق
فيه ثلاثة أقوال .

أحدها : يعتق في الحال ، فإن كانت جارية فولدت كان الولد حراً ، لما روى
أبو المليح عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبي صلى الله
عليه وسلم فقال ليس لله شريك ، وفي بعضها فأجاز عتقه .

والثاني : أنه يقع بدفع القيمة ، فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً
ونصفه مملوكا ، لما روى سالم عن أبيه يبلدع به النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان

العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فإن كان موسراً يقوّم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق ، ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض ، كعتق المكاتب ، والثالث إنه مراعى فإن دفع العوض حكماً بأنه عتق في الحال وإن لم يدفع حكماً بأنه لم يعتق لأننا إذا أعتقناه في الحال أضربنا بالشريك في إتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض ، وإن لم نعتقه أضربنا بالعبد في إبقاء أحكام الرق عليه ، فإذا قلنا إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر ، فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الاول ، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثاني ، فإن بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها ، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها ، فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا إن العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل إلى حقه ، فإن أمسك الجميع فلاحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما في العتق من حق الله تعالى ، فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يعتق لأنه عتق صادف ملكه (والثاني) وهو المذهب أنه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه .

(فصل) وإن كان بين اثنين جارية فأحبها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاء في نصيبه وفي نصيب الشريك الأقوال التي ذكرناها في العتق ، لأن الاستيلاء كالعتق في إيجاب الحرية فكان كالعتق في التقويم والسرايه

(فصل)

وان اختلف المعتق والشريك في قيمة العبد والبينة متعذرة ، فإن قلنا أنه يسرى في الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استملكه فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في قيمة ما أتلفه بالخطأ .

وإن قلنا لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه إلا بما يقر به كالمشترى في الشفعة . وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان من أصحابنا من قال

هو كالاختلاف في القيمة ، وفيه قولان ومنهم من قال القول قول المعتق
 قولاً واحداً لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعه الاصل عدمها ؛ وان ادعى
 المعتق عيباً في العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضاً ، من
 أصحابنا من قال هو كالاختلاف في القيمة فيكون على قواين . ومنهم من قال
 القول قول الشريك قولاً واحداً ، لأن الظاهر معه ، والمعتق يدعى عيباً
 الاصل عدمه .

(فصل) وان كان المعتق معسراً عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك على الرق
 والدليل عليه حديث ابن عمر رضی الله عنه : وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق
 منه مارق ؛ ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد ، فلو أعتقنا نصيب الشريك
 لاضررنا به لانا نلت مالاً ولا يحصل له عوض ، والضرر لا يزال بالضرر ،
 ولهذا لو حضر الشفيق وهو معسر لم يأخذ بالشفقة لانه يزال الضرر بالضرر .
 وإن كان موسراً بقيمة البعض عتق منه بقدره ، لان ما وجب بالاستهلاك إذا
 عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبديل المتلف ، وإن كان معه قيمة الحصه
 وعليه دين يستغرق ما معه ، ففيه قولان ، بناء على القولين في الدين هل يمنع
 وجوب الزكاة ، فان قلنا لا يمنع وجب عليه العتق ، وان قلنا يمنع
 لم يجب العتق .

(فصل) وان ملك عبداً فأعتق بعضه سرى إلى الباقي لانه موسر بالقدر
 الذي يسرى اليه فسرى اليه ، كما لو أعتق شركاً له في عبد وهو موسر

(فصل)

وان أوصى بعتق شرك له في عبد فأعتق عنه لم يقوّم عليه نصيب شريكه ،
 وان احتمله الثلث ، لانه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيها استثناء بالوصيه ،
 وان وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوّم عليه
 وأعتق عنه الجميع ، لانه في الوصيه بالثلث كالحى ، فاذا قوّم على الحى قوّم
 على الميت بالوصيه .

(فصل) وان كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف والآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية ، لأن التقويم استحقق بالسراية فقسط على عدد الرهوس كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل لجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات .

(فصل) وان كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بان يتذكر فإن قال : أعتقت هذا قبل قوله لانه أعرف بما قال فان اتهمه الاخر حلف لجواز أن يكون كاذباً ، فإن نكل حلف الاخر وعتق العبدان أحدهما باقراره والآخر بالنسكول واليمين ، وان قال هذا بل هذا عتقا جميعاً لانه صار راجعا عن الأول مقرأ بالثاني ، فإن مات قبل أن يبين رجوع الى قول الوارث ، لأن له طريقا الى معرفته ، فإن قال الوارث لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لانه ليس أحدهما بأولى من الاخر فرجع الى القرعة ، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه يوقف الى أن ينكشف لان القرعة تفضي الى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق فوجب أن يوقف الى أن يتبين والأول هو الصحيح ؛ لأن البيان قد فات والوقوف بضر بالوارث في رقيقه وبالحر في حق نفسه .

(فصل) وان أعتق عبداً من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء ، فان قال : هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لانه تخير لتعيين عتق فاذا عينه في واحد سقط خياره في الثاني ، وبخالف القسم قبله لان ذلك أخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره ، فان مات قبل أن يعين ففيه وجهان .
أحدهما : لا يقوم الوارث مقامه في التعيين كما لا يقوم مقامه في تعيين الطلاق في إحدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق . والثاني : يقوم مقامه وهو الصحيح لانه خيار ثابت يتعاق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب .

(فصل) ومن ملك أحد الوالدين وان علوا أو أحد المولودين وان سفلوا

عتقوا عليه لقوله تعالى ، تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر
الجبال هداً أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا إن كل من في
السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبداً ، فبنى الولادة مع العبودية فدل على
أنهما لا يجتمعان ، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه ، وإن ملك
بعضه ، فإن كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موصى قوم عليه الباقي لأنه
عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبداً ، وإن كان بغير سبب من جهته
كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته ، ومن ملك من سوى
الوالدين والمولودين من الأقارب ولم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا
كالأجانب ، وإن وجد من يعتق عليه مملوكاً فالمستحب أن يشترطه ليعتق عليه ،
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشترطه فيعتقه ،
ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلا يجب كشرائه
المال للزكاة ، وإن وصى للمولى عليه بأبيه ، فإن كان لا تلزمه نفقته وجب على
الولى قبوله لأنه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير إضرار
وإن كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه يعتق عليه ويطلب بنفقته ، وفي ذلك
إضرار فلم يجز ؛ وإن وصى له ببعضه ، فإن كان معسراً لزمه قبوله لأنه لا ضرر
عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة ، وإن كان موصراً والأب عن تازمه
نفقته لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته وفي ذلك إضرار ؛ وإن كان لا تلزمه نفقته
ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز قبوله لأن ملكه يقتضى التقويم ، وفي ذلك إضرار .
(والثاني) يلزم قبوله ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوم
عليه كما لو ملكه بالارث .

باب القرعة

والقرعة أن تقطع رفاع متساوية ويكتب في كل رقعة ما يراد إخراجه وتجعل
في بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشي . ثم يقال لرجل
لم يحضر الكتابة والبندقة أخرج بندقه ويحمل بما فيها فإن كان القصد عتق الثامث

جزموا ثلاثة أجزاء ، وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء ، وإن كان القصد عتق النصف جزموا جزأين وتعديل السهام ، فإن كان القصد عتق الثلث فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية ، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءاً ، ثم الحاكم بالختيار بين أن يكتب في الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحريه والرق ، وبين أن يكتب الرق والحريه ويخرج على الأسماء ، فإن اختار كتب الأسماء كتب كل اسمين في رقعة ، فإن شاء أخرج القرعة على الحريه ، فإذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقيون ، وإن شاء أخرج على الرق ، فإذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق ، فإذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان ، والخراج على الحريه أولى لأنه أقرب إلى فصل الحكم ، فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربع مائة وقيمة اثنين ست مائة وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربع مائة جزءاً وضم أحد العبدان المقومين بست مائة إلى أحد العبدان المقومين بمائتين ويجعل العبدان الاخران جزءاً ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة ، فيجعل العبد جزءاً والثلاثة جزءاً والأربعة جزءاً ، فإن خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة . وإن خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة . وإن خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة ؛ وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلوا جزأين وأقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الاخر ، وإن خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الاخر ، فإن اتفق العدد واختلفت القيم فإن عدل بالعدد اختلفت القيم ؛ وإن عدل بالقيمة اختلف العدد بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فاصوص أنهم يعدلون بالقيمة فيجعل العبد جزءاً والعبدان جزءاً والثلاثة جزءاً ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

ومن أصحابنا من قال يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمة مائة جزءا ويضم
أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة فيجعلان جزءا وقيمة مائة وثلاث ويجعل الاخران
جزءا وقيمتها ثلثمائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد
استكملا الثلث ورق الباقون ، وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة
والاخر بثلث المائة عتقا ورق الأربعة الباقون ويقرعه بين العبدين اللذين خرجت
القرعة عليهما لأنها أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فیهما ، فان أقرع فخرجت
القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الاخر ، وإن خرجت على المقوم بثلث المائة
عتق وعتق من الاخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقي والصحيح هو المنصوص
عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعض الرق والحريه في
شخص واحد ، فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بأن
كانوا خمسة وقيمه أحد مائة وقيمه الثاني مائتان وقيمه الثالث ثلثمائة وقيمه
الرابع أربع مائة وقيمه الخامس خمسمائة ففيه قولان

(أحدهما) أنه يكتب أسماؤهم في رقاع بعدد ثم يخرج على العتق ، فإن خرج
المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة . وإن خرج المقوم بأربع مائة عتق
وقد بقي من الثلث مائة فيخرج اسم آخر ، فان خرج اسم المقوم بثلثمائة عتق منه
ثلثه ورق باقيه والثلاثة الباقون ، وعلى هذا القياس يعمل في كل ما يخرج .
والقول الثاني أنهم يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم
بخمسمائة جزءا ، ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءا . ويجعل المقوم
بأربع مائة والمقوم بمائة جزءا ثم يخرج القرعه ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق
الباقون لأن النبي صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء .

(فصل) قال الشافعي : وان أعتق ثلاثة أعبد لإمال له غيرهم فوات واحد
ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت ، فان خرج سهم الحريه على الميت رق
الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحريه حكم الاحرار . منذ خوطب باله قولي
أن مات وكان له ما اكتسب واستفاد بآرث وغيره . وان خرج سهم الحريه على
أحد الحيين لم يعتق منه الا ثلثاه لأن الميت قبل موت سيده مات عبدا فلم يكن له
حكم ما خلف السيد ، وان مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين

الحى والميتين فان خرج بينهم العتق على الحى عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان

(فصل) اذا عتق في مرضه ستة أعبد لآمال له غيرهم فأعتق اثنين بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الاربعه جزأين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنين (فصل) وان عتق في مرضه أعبد له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق ، لأن العتق في المرض وصيه فلا ينفذ الا في ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين . وان استغرق نصفها جعل التركة جزأين ويكتب في رقعة دين ، وفي رقعة تركة ، وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثه أجزاء في رقعة دين وفي رقتين تركة وبقرع بينهم فن خرجت عليه قرعة الدين ببيع في الدين وما سواه يجعل ثلاثه أجزاء ويعتق منه الثلث لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق ، وليس بعضها بالبيع والارث والعتق بأولى من البعض وللقرعة مدخل في تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم

(فصل) وان أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه ، فان قال الورثة نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان .

(أحدهما) أن لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فاذا قضى الدين زال المنع (والثاني) انه ليس لهم ذلك لانهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح ، كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث ، فعلى هذا يقضى الدين ثم يستأنف العتق ، وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع ، فيه وجهان (أحدهما) يبطل كما قلنا في قسمه الشريكين (والثاني) يبطل بقدر الدين لان بطلانه بسببه فيقدر بقدره ، فان كان الذى أعتق عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحربه فان خرجت القرعة لاحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق وبيع الاخر في الدين ، وان كانت قيمته أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمته العبيدين ورق باقيه والعبيد الاخر . وان خرجت على أقلهما اقيمة عتق وعتق من الثاني تمام النصف وبيع الباقي في الدين

(باب المدبر)

التدبير قرينة لأنه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث في الصحة والمرضى ، لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المدبر من الثلث ، ولأنه تبرع بتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية ، فإن دبر عبدا وأوصى بعتق آخر وعجز لثلث عنهما أفرغ بينهما . ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت والصحيح هو الأول لأن لزومهما بالموت قاستويا

(فصل) ويصح من السفه لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه ، وإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب ، وهل يصح من الصبي المميز ، فيه قولان (أحدهما) أنه يصح لما ذكرناه في السفه (والثاني) لا يصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العتق فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) والتدبير هو أن يقول إن مت فأنت حر ، فإن قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح ، وإن لم ينو فالمنصوص في المدبر أنه يصح . وقال في المكاتب إذا قال كاتبك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فإذا أدبت فأنت حر فن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر إلى المكاتب وجوابه في المكاتب إلى المدبر وجعلها على قولين (أحدهما) أنها صريحان لأنهما موضوعان للعتق في عرف الشرع (والثاني) أنها كنايتان فلا يقع العتق بهما إلا بقربة أو نية لأنهما يستعملان في العتق وغيره ، ومنهم من قال في المدبر صريح وفي المكاتب كناية ، ولم يذكر فرقا يعتمد عليه .

(فصل) ويجوز مطلقاً ، وهو أن يقول : إن مت فأنت حر ، ويجوز مقيداً وهو أن يقول : إن مت من هذا المرض أو في هذا البلد فأنت حر ، لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقاً ومقيداً كالمعلق المماق على دخول الدار . ويجوز تعليقه على شرط ، بأن يقول إن دخلت الدار فأنت حر بعد وقتي ، كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله ، فإن وجد الشرط صار دبراً ،

وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبرا لأنه عاق التدبير على صفة ،
وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه .

(فصل) ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعاق عتقه على صفة أخرى
فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به ، وإن مات قبل
وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة ، ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز
أن يعلق عتقه على صفة ، فإذا دبره صار مكاتبا مدبرا ويستحق العتق بالكتابة
والتدبير ، فإن أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير ؛ وإن مات قبل
الاداء فإن كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج جميعه
عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة ،
ولا يجوز تدبير أم الولد ، لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت ، وقد
استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيئا ، فإذا برها ومات عتقت بالاستيلاد
من رأس المال .

(فصل) ويجوز تدبير الحمل كما يجوز في بعض عبيد كما يجوز عتقه ، ويجوز
في العتق ، فإن كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فمحل بقوم
عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا ، فيه قولان
(أحدهما) يقوم عليه لأنه أثبت له شيئا يفضى الى العتق لا محالة فأوجب
التقويم كما لو استولد جاريه بينه وبين غيره

(والثاني) وهو المنصوص أنه لا يقوم عليه ؛ لأن التقويم إنما يجب
بالإتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الإتلاف كالأستيلاد والتدبير ليس بإتلاف
ولا سبب يوجب الإتلاف لأنه يمكن نفضه بالصرف فلم يوجب التقويم ، فإن
كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسرى الى الباقي

ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يسرى فيصير الجميع مدبرا ، ووجهها
ما ذكرناه في المسألة قبلها ، فإن كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد
منهما إذا مت فأنت حر جاز ، كما لو اعتقاه ، فإن اعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير
وهو موسر فهو يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق ، فيه قولان وهو ان :

(أحدهما) لا يقوم عليه لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم ولأننا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير .

(والثاني) يقوم عليه ليصير الكل حراً لأن المدبر كالمقن في الملك والتصرف فكان كالمقن في التقويم والسراية ، فإن كان بين نفسين عبد فقالا إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصّة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه ، فإن ماتا معاً عتق عليهما بوجود الصفة فإن مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فإذا مات الآخر عتق ، فإن قالوا : أنت حبيس على آخرنا موتاً فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها إلا في فصل واحد وهو أن في المسألة الأولى إذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الآخر وفي هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها الآخر إلى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتاً فإذا مات الآخر عتق .

(فصل) ويمالك المولى ببيع المدبر ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويمالك هبته ووقفه وكتابه قياساً على البيع ويمالك أكسابه ومنافعه وأرث ما يجنى عليه لأنه لما كان كالعبد المقن في التصرف في الرقبة كان كالمقن فيما ذكرناه ، وإن جنى خطأ تعلق الارش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلبه للبيع وبين أن يفديه كما يفدى العبد المقن لأنه كالمقن في جواز بيعه فكان كالمقن في جواز التسليم للبيع والفداء ، وإن مات السيد قبل أن يفديه .

فإن قلنا : لا يجوز عتق الجاني لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد في حياته . وإن قلنا : يجوز عتق الجاني عتق من الثلث ووجب أرش الجنابة من التركة لأنه عتق بسبب من جهته فتعلق الارش بتركته ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجنابة لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق (فصل) وإن كان المدبر جارية فأنت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها في التدبير فيه قولان .

(أحدهما) يتبعها لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد ، فعلى هذا ان ماتت الام في حياة المولى لم يبطل التدبير في الولد .
(والثاني) لا يتبعها لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهي حامل تبعها الولد قولاً واحداً كما يتبعها في العتق . وان دبر عبداً ثم ملكه جارية فأنت منه بولد لحقه نسبه لانه يملكها في أحسد القولين وله فيها شهرة في القول الثاني لاختلاف الناس في ملكه .

(فإن قلنا) لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لانه ولد أمته (وان قلنا) يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لانه من أمته وهل يكون مدبراً فبه وجهان .
أحدهما : أنه ليس بمدبر لأن الولد إنما يتبع الام دون الاب والام غير مدبرة ،
والثاني : أنه مدبر لانه علقته به في ملكه فكان كلاب كولد الحر من أمته .

(فصل) ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما روينا من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله : فسخت ونقضت ورجعت . فيه قولان

أحدهما : أنه يجري مجرى الوصية فيجوز له فسخه بانقضاء الفسخ وهو اختيار المزني لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبره من الثلث فهو كالوصية .

والثاني : أنه يجري مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لانه عتق عتق على صفة فهو كالعتق بالصفات . وان وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان قلنا : انه كالوصية فهو رجوع ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لانه لم يزل الملك . ومنهم من قال : هو رجوع على القولين لانه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه . فان قلنا ان التدبير كالوصية كان رجوعاً كما لو أوصى بمدبره كاتبه ، وان قلنا أنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعاً بل يصير مدبراً مكاتباً وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتباً ، وان دبره ثم قال ان أدبت الى وارثي ألفاً فأنت حر .

(فإن قلنا) انه كالوصية كان ذلك رجوعاً في التدبير لانه عدل عن العتق بالموت الى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء . وان قلنا : انه

كالعق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الاداء بعده لأنه علق
عقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت فعتق
به وإن دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لأن العتق بالتدبير والاستيلاء في وقت
واحد والاستيلاء أقوى فأسقط التدبير .

(فصل) ويجوز الرجوع في تدبير البعض كما يجوز التدبير في الابتداء في
البعض ، وإن دبر جارية فأقت بولد من نكاح أو زنا وقلنا انه يتبعها في التدبير
ورجع في تدبير الأم لم يتبعها الولد في الرجوع وإن تبعها في التدبير كما أن ولد أم
الولد يتبعها حق الحرية ثم لا يتبعها في بطلان حقها من الحرية بموتها ، وإن دبرها
الصبي وقلنا انه يصح تدبيره ، فإن قلنا : يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه
لأنه لا حجر عليه في التدبير لجواز رجوعه فيه كالبالغ ، وإن قلنا : لا يجوز
الرجوع الا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع في تدبيره الا بتصرف يزيل
الملك من جهة الولي .

(فصل) وإن دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو إسحاق لا يبطل التدبير ، فإن
مات عتق العبد لأنه تصرف نفذ قبل الرد فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم
ارتد ، ومن أصحابنا من قال : يبطل التدبير لأن المدبر إنما يعتق اذا حصل للورثة
شيء مثله وهما لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق .

ومنهم من قال : ينقض على الأفعال في ملكه ، فإن قلنا : يزول ملكه بالردة
بطل لأنه زال ملكه فيه فأشبهه إذا باعه ، وإن قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر
وإن قلنا : موقوف فالمدبر موقوف وما قال أبو إسحاق غير صحيح لأنه ارتد
والمدبر على ملكه فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح
لأن ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثله .

(فصل) وإن دبر الكافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد في
التدبير ففيه قولان .

أحدهما : يباع عليه وهو اختيار المزني لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن
والثاني : لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لا حظ للعبد في بيعه لأنه يبطل به

حتمه من الحربة فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع في التدبير فيباع عليه أو يموت فيعتق عليه وبين أن يخارجه على شيء لأنه لا سبيل إلى إفراره في يده فلم يجز إلا ما ذكرناه ، فإن مات السيد وخرج من الثلث عتق ، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة لأنه صار قفا .

(فصل) وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد ، فان قلنا إن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه ، والقول قول السيد لان الاصل أنه لم يدبر .

وان قلنا : انه كالوصية ففيه وجهان ، أحدهما : أن القول قول السيد لان جهوده رجوع وهو يملك الرجوع ، والثاني أنه ليس برجوع وهو المذهب لانه قال في الدعوى والبيئات اذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج الى اليمين فدل على أن جهوده ليس برجوع ، والدليل عليه أن جهود الشوه ليس برجوع كما أن جهود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه عتق بالصفة ، وان مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث ، وان كان في يده مال فقال كسبته بدم العتق ، وقال الوارث بل كسبته قبل العتق قالقول قول المدبر لان الاصل عدم الكسب الا في الوقت الذي وجد فيه وقد وجد وهو في يد المدبر فكان له ، وان كان أمة ومعه ولد فادعت أمها ولدته بعد التدبير . وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لان الاصل في الولد الرق .

(فصل) ويجوز تعلبق العتق على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت حر ، وان أعطيتني ألفا فأنت حر لانه عتق على صفة فجاز كالتدبير ، فان قال ذلك في المرض اعتبر من الثلث ؛ لانه لو أعتقه اعتبر من الثلث ، فاذا عقده اعتبر من الثلث ، وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لان العتق انما يعتبر من الثلث في حال المرض لانه قصد الى الاضرار بالورثة في حال يتعلق حقهم بالمال وهمنا لم يقصد الى ذلك ، فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لان تصرف الإنسان

مقصود على حال الحياة لحمل إطلاق الصفة عليه ، وإن علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لأنه يملك العتق بعد الموت في الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت .

(فصل) وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد فيه قولان كما قلنا في المدبرة ، فإن بطلت الصفة في الام بموتها أو بموته بطلت في الولد لأن الولد يتبعها في العتق لا في الصفة بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير فإذا بطل فيها بقي فيه ، وإن قال لأتمته أنت حرة بعد موتي بسنة فمات السيد وهي تخرج من الثلث ، فلوارث أن يتصرف في كسبها ومنفعتيها ولا يتصرف في رقبته لأنها موقوفة على العتق ؛ فإن أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعي رحمه الله يتبعها الولد قولاً واحداً ، فن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذي تأنى به قبل الموت والذي قاله الشافعي رحمه الله أحد القولين ، ومنهم من قال يتبعها الولد قولاً واحداً لأنها أتت به ، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فإن عتقها غير مستقر لأنه ياحقه الفسخ .

(فصل) وإن علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع في الجميع لا يجوز ، ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره ، فإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع إليه فهل يعود حكم الصفة فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاقاً لإمراته على صفة وبانت منه ثم تزوجها ، وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع إليه ، فإن قلنا : إن التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية إذا بطلت لم تعد ، وإن قلنا أنه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين .

كتاب المكاتب

الكتابة جائزة لقوله تعالى «والذين يبتغون المكاتب مما ملكت أيمانكم فكانبوهم إن علمتم فيهم خيراً ، ولا تجوز الكتابة إلا من جاز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جاز التصرف في المال كالبيع ، ولا يجوز أن يكتب عبداً أجيراً لأن الكتابة تقتضى التمكين من التصرف والإجارة تمنع من ذلك ؛ ولا يجوز أن يكتب عبداً مرهوناً لأن الرهن يقتضى البيع والكتابة تمنع البيع ؛ وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار ، فإن كتب مدبراً صار مكانياً ومدبراً ، وقد بينا حكمه في المدبر ، وإن كاتب أم ولد صارت مكاتبه وأم ولد فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة ، وإن مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاء وبطلت الكتابة .

(فصل) وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقية حراً لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبهه كتابة العبد في جميعه ، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار ؛ وإن كاتبه بأذن شريكه ففيه قولان .
(أحدهما) لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه .

(والثاني) يصح لأن المنع لحق الشريك فزال بالأذن ، وإن كان لرجل عبد فكاتبه في بعضه فالمنع صريح أنه لا يصح ، واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولاً واحداً كما لا يصح أن يبعث العتق فيه . ومنهم من قال : إذا قلنا أنه يصح أن يكتب نصيبه في العبد المشترك بأذن الشريك صح ههنا لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين ، فإن وصى رجلاً بكتابة عبد وعجز الثالث عن جميعه فالمنع صريح أنه يكتب القدر الذي يحتمله الثالث . فمن أصحابنا من جعل في الجميع قولين .

ومنهم من قال : يصح في الوصية ، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن

الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة في جميعه والكتابة في الوصية استحققت في جميعه فإذا تعذرت في البعض لم تسقط في الباقي .

(فصل) وان طلب العبد الكتابة نظرت فإن كان له كسب وأمانة استحب أن يكتب لقوله عز وجل ، والذين يدينون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكا تبوم إن علمتم فيهم خيرا ، وقد فسر الخبر بالكسب والأمانة ، ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال ، وبالكسب والأمانة يتوصل اليه ، ولا يجب ذلك لأنه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق في غير الكتابة .

وإن لم يكن له كسب ولا أمانة أو له كسب بلا أمانة لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابه ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره . وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان .

(أحدهما) انه لا تستحب لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء فلا يحصل المقصود (والثاني) تستحب لأن الامين يعان ويعطى من الصدقات ، وان طلب السيد الكتابة فكفره العبد لم يجبر عليه ، لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال في غير الكتابة .

(فصل) ولا يجوز الا بعوض مؤجل لأنه اذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينسخ العقد ويبطل المقصود ، ولا يجوز على أقل من نجمين ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له وقال : لا عاقبتك ولا كاتبك على نجمين ، فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك . وعن علي كرم الله وجهه أنه قال : الكتابة على نجمين والإبتداء من الثاني ، ولا يجوز الا على نجمين معلومين ، وأن يكون ما يؤدي في كل نجم معلوما لأنه عوض منجم في عقد ، فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم الى أجلين .

(فصل) ولا يجوز الا على عوض معلوم الصفة ، لأنه عوض في الذمه فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه .

(فصل) وتجوز الكتابة على المنافع ، لأنه يجوز أن تثبت في الذمة بالعقد

بجاز الكتابة عليها كالمال فان كاتبه على هملين في الذمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين ، وان كاتبه على خدمة شهرين لم يجوز لأن ذلك نجم واحد ، وان كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجوز لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل فلم يجوز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل . وان كاتبه على دينار وخدمته شهر بعده لم يجوز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال ، وان كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين ، وإن كاتبه على خدمته شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق لا يجوز لأنه اذا لم يفصل بينهما صاروا نجما واحداً . ومنهم من قال يجوز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة وانما يتصل استيفاءهما . فعلى هذا لو كاتبه على خدمته شهر ودينار في نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة .

(فصل) وان كاتب رجلان عبداً بينهما على مال بينهما على قدر المالكين وعلى نجوم واحدة جاز ، وان تفاضلا في المال مع تساوى المالكين أو تساويًا في المال مع تفاضل المالكين ، أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجوم أحدهما أطول من نجوم الآخر ففيه طريقان ؛ من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه ، فإن قلنا يجوز جاز ، وان قلنا لا يجوز لم يجوز لأن اتفاقهما على الكتابة ، ككتابه أحدهما في نصيبه بإذن الآخر . وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فإنه قال في الام : ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابه نصيبه ، فدل على أنه اذا جاز ذلك جاز هذا ، وان لم يجوز ذلك لم يجوز هذا .

ومنهم من قال لا يصح قولاً واحداً لأنه يؤدي الى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به .

(فصل) ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة بإحقها الفسخ فبطلت

بالشرط الفاسد كالبيع ، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل ، لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجوز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع .

(فصل) وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ، ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن ماله يلزمه إذا لم يجعل شرطاً في عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطاً في عتقه كالتوافل ، وهل يملك أن يفسخ ، فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ولا فائدة له في الفسخ فلم يملكه ، ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن يتفرد بالفسخ كالمترين ، فإن مات المولى لم يبطل العقد لأنه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع ، وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن وإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالبيع إذا تلف قبل القبض ولا يجوز شرط الخيار فيه ، لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار ، فإن اتفقا على الفسخ جاز ، لأنه عقد بالحقه الفسخ بالعجز عن المال ، فجاز فسخه بالتراضي كالبيع .

(باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه)

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والهدية والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات ، وهو مع المولى كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالحارج عن ملكه ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله ، فيجوز أن يتفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفتدي في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة ، وله أن يختن غلامه ويؤديه لأنه إصلاح للمال . وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية

ومن أصحابنا من قال : له أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده وله أن يقتصر في الجنابة عليه وعلى رقيقه . وذكر الربيع قولاً آخر أنه لا يقتصر من غير إذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد فيسكون قد أتلف الأرش الذي كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتصر منه . قال أصحابنا : هذا القول من تخريج الربيع ، والمذهب أنه يجوز أن يقتصر لأن فيه مصلحة له .

(فصل) وان كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة لأنه يجري مجرى الكسب وان أذهب بكارتها لزمه الأرش لأنه أتلف جزءه لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد ، وقد بينا حكمهما في أول الكتاب ، وان كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت ، فإن كان معسراً صار نصيبه أم ولد ، وفي الولد وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أن الولد ينعقد جميعه حراً ويثبت للشريك في ذمة الواطئ نصف قيمته لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حراً ونصفه عبداً .

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق : ان نصفه حر ونصفه مملوك ، وهو الصحيح اعتباراً بقدر ما يملك منها ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حراً ونصفه عبداً كالمراة إذا كان نصفها حراً ونصفها مملوكاً فأتت بولد فإن نصفه حراً ونصفه عبد ، وان كان موسراً فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ، ويقوم على الواطئ نصيب شريكه وهل يقوم في الحال فيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يقوم في الحال ، فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطئ ونصفها مكاتبة له فإن أدت المال عتق نصفها وسرى إلى باقيها .

(والقول الثاني) أنه يؤخر التقويم إلى العجز ، فإن أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة ، وإن عجزت قوم على الواطئ نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد وقال أبو علي بن أبي هريرة : لا يقوم في الاستيلاد نصيب الشريك في الحال قولاً واحداً ، بل يؤخر إلى أن تعجز لأن العتق فيه حظ للعبد لأنه يتعجل له الحرية في البساق ولا حظ لها في التقويم في الاستيلاد بل الحظ في التأخير لأنه

إذا أخرج ربحاً أدت المال فعتقت وإذا قوم في الحال صارت أم الولد ولا تعتق إلا بالموت ، والصحيح هو الأول وأنه على قولين كالتق لأن الاستيلاد كالتق بل هو أقوى لأنه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه فإذا كان في التقويم في العتق قولان وجب أن يكون في الاستيلاد مثله .

(فصل) وان أتت المكاتب بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان (أحدهما) أنه موقوف ، فان رقت الأم رق ، وإن عتقت عتق لأن الكتابة سبب يستحق به العتق فيبيع الولد الأم فيه كالاستيلاد (والثاني) أنه يملك بتصرف فيه لأنه قد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن .

(فإن قلنا) أنه للمولى كان حكمه حكم العبد القن في الجنابة والكسب والنفقة والوطء (وان قلنا) أنه موقوف فقتل في قيمته قولان . أحدهما : أنها لأمه تستعين بها في الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حفظها ، والثاني : أنها للمولى لأنه تابع للأم وقيمة الأم للمولى فكذلك قيمة ولدها ، فان كسب الولد مالا ففيه قولان .

(أحدهما) أنه للأم لأنه تابع لها في حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها (والثاني) أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب ، فإن عتق ملك الكسب كما تملك الأم كسبها إذا عتقت وان رق بجزء الأم صار الكسب للمولى ، فن أصحابنا من خرج فيه قولاً ثالثاً أنه للمولى كما قلنا في قيمته في أحد القولين ، وان أشرفت الأم على العجز وكان في كسب الولد وفاة بمال الكتابة ففيه قولان .

(أحدهما) أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء لأنه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن للأم فيه حق .

(والثاني) أن لها أن تأخذه وتؤديه لأنها إذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ويأخذه المولى ، فإن احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن في كسبه ما يفي .

فإن قلنا : ان الكسب للمولى فالنفقة عليه ؛ وإن قلنا : أنه للأم فالنفقة عليها وإن قلنا : أنه موقوف ففي النفقة وجهان (أحدهما) أنها على المولى لأنه مرصود

للملك (والثاني) أنها في بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال ؛ وإن كان الولد جارية فوطئها المولى ، فإن قلنا : إن كسبه له لم يجب عليه المهر لأنه لو وجب لكان له ؛ وإن قلنا : أنه للأم فالمهر لها ، وإن قلنا : أنه موقوف وقف المهر ، وإن أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها ، لأن القيمة تجب لمن يملكها والام لا تملك رقيبتها وإنما هي موقوفة عليها .

(فصل) وإن حبس السيد المكاتب مدة فقيه قولان (أحدهما) يلزمه تخليته في مثل تلك المدة لأنه دخل في العقد على التمكن من التصرف في المدة فلزمه الوفاء به (والثاني) تلزمه أجره المثل للمدة التي حبسه فيها وهو الصحيح لأن المنافع لا تضمن بالمثل ، وإنما تضمن بالأجرة ، وإن قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم فقيه قولان .

(أحدهما) لا تجب تخليته في مثل المدة لأنه لم يكن الحبس من جهته . (والثاني) تجب لأنه فات ما استحقه بالعقد ، ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط كالبيع إذا هلك في يد البائع ، ولا يجيء ههنا إيجاب الأجرة على المولى لأنه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته .

(فصل) ولا يملك المكاتب التصرف الأعلى وجه النظر والاحتياط لأن حق المولى يتعلق باكتسابه ، فإن أراد أن يسافر فقد قال في الام : يجوز . وقال في الامالي : لا يجوز بغير إذن المولى ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لأن فيه تغريراً (والثاني) يجوز لأنه من أسباب الكسب ، ومنهم من قال : إن كان السفر طويلاً لم يجز ، وإن كان قصيراً جاز ، وحمل القولين على هذين الحالين ، والصحيح هو الطريق الأول .

(فصل) ولا يجوز أن يبيع نسبته ، وإن كان بأضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهناً أو ضمناً لأنه يخرج المال من يده من غير عوض والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس وإن باع ما يساوي مائة بمائة نقداً وعشرين نسبته جاز لأنه لا ضرر فيه ، ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لأنه إخراج مال بغير عوض .

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من يعتق عليه لأنه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه ، وفي ذلك إضرار ، وإن وصى له بمن يعتق عليه ، فإن لم يكن له كسب لم يجز قبوله لأنه يحتاج أن ينفق عليه وفي ذلك إضرار ، وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه ، فإن قبله ثم صار زمننا لا كسب له فله أن ينفق عليه لأن فيه إصلاحا لماله .

(فصل) ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يجابي ولا يهريء من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف في نفقة نفسه ، وإن كان له أمة مزوجة لم تبدل العوض في الخلع لأن ذلك كله استهلاك للمال ، وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة ، وإن كان مكاتبا بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما ، وإن أقر بجناية خطأ ، ففيه قولان .

أحدهما : يقبل لأنه إقرار بالمال فقبل كالو أقر بدين معاملة .
والثاني : لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالمهبة ، وإن جنى هو أو عبده له يملك بيعه على أجنبي لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته لأن الغداء كالاتباع فلا يجوز بأكثر من القيمة ، وإن كان عبداً لا يملك بيعه كالأب والابن لم يجز أن يفديه بشيء قل أو أكثر لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاه ما لا يملك التصرف فيه .

(فصل) وإن فعل ذلك كله بأذن المولى ففيه قولان ، أحدهما : لا يصح لأن المولى لا يملك ما في يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالأخ إذا زوج أخته الصغيرة بأذنها ، والثاني : أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما ، ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالمشركين في المال المذترك والراهن والمرتهن في الرهن ، وإن وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو جعل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته ، فإن قلنا يصح للأجنبي بإذن المولى صح ، وإن قلنا : لا يصح في حق الأجنبي بإذنه لم يصح لأن قبوله كالإذن فإن وهب أو أقرض وقلنا أنه لا يصح فله أن يسترجع فإن لم يسترجع

حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص ، لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك .
ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لأنه قد وقع قاسداً فنبت له الاسترجاع
(فصل) ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى لما روى أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : إنما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ، ولأنه يازمه المهر والنفقة
في كسبه ، وفي ذلك اضرار بالمولى فلم يجوز بغير إذنه ، فإن أذن له المولى جاز قولاً
واحداً للخبر ، ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة

(فصل) ولا يفسرى بجارية من غير إذن المولى ، لأنه ربما أحبلها فتألف
بالولادة ، فإن أذن له المولى وقلنا إن العبد يملك فقيه طريقان ، من أصحابنا من
قال على قولين كالهبة . ومنهم من قال يجوز قولاً واحداً ، لأنه ربما دعت الحاجة
إليه فجاز كالنكاح ، فإن أولدها قالولد ابنه وعلوكه لأنه ولد جاريته وتأزمه نفقته
لأنه مملوكه بخلاف ولد الحر ولا يعتق عليه لنقصان ما يملكه ، فإن أدى المال عتق
معه لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه

(فصل) ويجب على المولى الإيتاء ، وهو أن يضع عنه جزءاً من المال أو
يدفع إليه جزء من المال ، لقوله عز وجل : وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ،
وعن علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في هذه الآية : يحط عنه
ربع الكتابة ، والوضع أولى من الدفع ، لأنه يتحقق الانتفاع به في الكتابة .
واختلف أصحابنا في القدر الواجب ، فمنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل
وكثير ، وهو المذهب ، لأن اسم الإيتاء يقع عليه

وقال أبو إسحاق : يختلف باختلاف قوة المال وكثرته ، فإن اختلفا قدره الحاكم
باجتهاده كما قلنا في المنعة ، فإن اختار الدفع جاز بعد العقد الآية ، وفي وقت
الوجوب وجهان ؛ أحدهما يجب بعد العتق كما يجب المنعة بعد الطلاق ، والثاني أنه
يجب قبل العتق لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالإيتاء في الزكاة ،
ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى : وآتوهم من مال الله الذي
آتاكم ، فإن دفع إليه من جنسه من غير ما آداه إليه فقيه وجهان
(أحدهما) يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذي وجب فيه

الزكاة (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح الآية ، وان سبق المكاتب وأدى المال
لزم المولى أن يدفع اليه لانه مال وجب المادى فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء
كسائر الديون . وان مات المولى وعليه دين حاص المكاتب أصحاب الديون .
ومن أصحابنا من قال يخاص أصحاب الوصايا لانه دين ضعيف غير مقدر فسوى
بينه وبين الوصايا ، والصحيح هو الأول لانه دين واجب لخاص به الغرماء
كسائر الديون وبالله التوفيق .

(باب الأداء والمعجز)

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه وقد بقي عليه شيء من المال ، لما روى عمرو
ابن شعيب رضى الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
المكاتب عبد مابق عليه من كتابته درهم . ولانه عاق عتقه على دفع مال فلا يعتق
شيء منه مع بقاء جزء منه ، كما لو قال لعبيده : ان دفعت الى ألفاً فأنت حر ، فان
كاتب رجلان عبداً بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبراه عما عليه من مال الكتابة
عتق نصيبه لانه برىء من جميع ماله عليه فعتق ، كما لو كاتب عبداً فأبراه ، فان
كان المعتق موسراً فقد قال أصحابنا يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركاً
له في عبد ، وعندى أنه يجب أن يكون على قولين
(أحدهما) يقوم عليه

(والثاني) لا يقوم ، كما قلنا في شريكين دبراً عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه
أنه على قولين (أحدهما) يقوم (والثاني) لا يقوم ، فاذا قلنا انه يقوم عليه ففي
وقت التقويم قولان (أحدهما) يقوم في الحال ، كما نقول فيمن أعتق شركاً له
في عبد (والثاني) يؤخر التقويم الى أن يعجز ، لانه قد ثبت للشريك حق العتق
والولاء في نصيبه فلا يجوز ابطاله عليه

وان كاتب عبده ومات وخلف اثنين وأبراه أحدهما عن - صته عتق نصيبه
لانه أبراه من جميع ماله عليه ، فان كان الذى أبراه موسراً فهل يقوم عليه نصيب
شريكه ، فيه قولان
(أحدهما) لا يقوم لأن سبب العتق وجد من الأب ولهذا يثبت الولاء له

(والثاني) يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله ، فعلى هذا هل يتمجل التقويم والسراية ، فيه قولان (أحدهما) يتمجل لأنه عتق بموجب السراية فتعجلت به ، كما لو أعتق شركا له في عبد (والثاني) يؤخر إلى أن يعجز ، لأن حق الأب في عتقه وولائه أسبق فلم يجز إبطاله .

وإن كاتب رجلا ن عبدا بما يجوز وأذن أحدهما الآخر في تعجيل حق شريكه من المال وقتلنا إنه يصح الإذن عتق نصيبه ، وهل يقوم عليه نصيب شريكه ، فيه قولان (أحدهما) لا يقوم لتقدم سببه الذي اشتركا فيه (والثاني) يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم ؟ فيه قولان

(أحدهما) يقوم في الحال لأنه تعجل عتقه (والثاني) يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يجز أن يقوم عليه ذلك ، فعلى هذا إن أدى عتق باقيه ، وإن عجز قوم على المعتق . وإن مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب

(فصل) وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للدولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض ، فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله ، كما لو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله ، وإن كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه ، وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ لأننا بينا أن العتق في الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع ، ويجوز الفسخ من غير حاكم لأنه يجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ البيع بالعيب .

(فصل) وإن حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه في الانتظار وما زاد كثير وفي الانتظار إضرار ، وإن طلب الإنظار لمال غائب ؛ فإن كان على مال غائب ، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب إنظاره لأنه قريب لا ضرر في إنظاره ، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفي الانتظار إضرار .

وان طلب الانظار لاقتضاء دين فان كان حالاً على مليء وجب انظاره لانه كالعين في يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة ، وان كان مؤجلاً أو على معسر لم يجب الانظار لان عليه اضراً في الانظار ، فان حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان : أحدهما له أن يفسخ لانه تعذر المال فجاز له الفسخ . والثاني ليس له أن يفسخ ، بل يرجع الى الحاكم ليكتب الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليطلبه ، فان عجز أو امتنع فسخ لانه لا يتعذر الاداء الا بذلك فلا يفسخ قبله . وان حل عليه النجم وهو مجنون ، فان كان معه مال يسلم الى المولى عتق لانه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته ، وان لم يكن معه شيء فمجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ لانا حكمنا بالعجز في الظاهر وقد بان خلافه فنقض ، كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه

وان كان قد أنفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق لانه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده ، فان أفاق بعد الفسخ وأقام البيئته أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ . ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ ، لانه تبرع ، لانه أنفق وهو يعلم أنه حر .

وان حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بيئته فالقول قول المكاتب مع يمينه لانه في يده والظاهر أنه له ؛ فان حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه ، فإن لم يفعل قبض عنه السلطان لانه حق يدخله النيابة فاذا امتنع منه قام السلطان مقامه .

(فصل)

وان قبض المال وعتق ثم وجد به عيباً فله أن يرد ويطالب بالبدل ، فان رضى به استقر العتق لانه برئت ذمة العبد . وان رده ارتفع العتق لانه يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء بالرد فارتفع العتق . وان وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الارش ، فان دفع الارش استقر العتق وان لم يدفع ارتفع العتق لانه لم يتم برائة الذمة من المال

وان كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطالت الكتابة في قدر الخدمة ،
وفي الباقي طريقان (أحدهما) أنه على قولين (والثاني) أنه لا يبطل قولا واحداً
بناء على الطريقين فيمن اتباع عيينين ثم تلفت احدهما قبل القبض .

(فصل) فإن أدى المسال وعتق ثم خرج المسال مستحقاً بطل الحكم بعتقه
لان العتق يقع بالأداء ، وقد بان أنه لم يؤد ، وإن كان الاستحقاق بعد موت
المكاتب كان ما ترك البولي دون الورثة لانا قد حكمتنا بأنه مات رقيقاً .

(فصل) فإن باع المولى مافي ذمة المكاتب ، وقتلنا انه لا يصح فقبضه
المشترى فقد قال في موضع يعتق ، وقال في موضع لا يعتق ، واختلاف أصحابنا
فيه ، فقال أبو العباس فيه قولان .

(أحدهما) يعتق لأنه قبضه بإذنه فأشبهه إذا دفعه إلى وكيله .

(والثاني) وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه
ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه فصار كالمو لم يؤخذ ، وقال أبو إسحاق : هي
على اختلاف حالين فالذي قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع اليه لأنه قبضه بإذنه
والذي قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع اليه لأنه لم يأخذه بإذنه وإنما أخذه بما تضمنه
البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه .

(فصل) إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية
وضاق مافي يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بمافي يده والسيد والمجنى
عليه يرجعان إلى الرقبة ، فان فضل عن الدين شيء قدم حق المجنى عليه لأن حقه
يقدم على حق المالك في العبد القن فيكذلك في المكاتب ، وان لم يكن له شيء
فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لان حقه في الذمة فلا فائدة في تعجيزه
بل تركه على الكتابة أنفع له لانه ربما كسب ما يعطيه وإذا عجزه بقى حقه في الذمة
الى أن يعتق فان أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه كان له ذلك لان المولى يرجع
بالتعجيز الى رقبته ، والمجنى عليه يبيعه في الجنابة . فان عجزه المولى انفسخت
الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجنابة وبين أن يفديه

فإن عجزه المجنى عليه نظرت ، فإن كان الأرش يحيط بالثمن يبيع وقضى حقه ،
وان كان دون الثمن يبيع منه ما يقضى منه الأرش وبقي الباقي على الكتابة ، وان
أدى كتابة باقية عتق وهل يقوم الباقي عليه ان كان موسراً فيه وجهان . أحدهما
لا يقوم لانه وجد سبب العتق قبل التمييز . والثاني : يقوم عليه لان اختياره
للانظار كابتداء العتق .

باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيما لأنه دخل
على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لانه يجمع
عليه ؛ وان مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لانه غير لازم من جهته
فيبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة ، فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق
بعد الموت ، وان جن لم تبطل لانه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق
المعلق على دخول الدار .

(فصل) وان أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشمل على
معاوضه وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفه ، وهو قوله فإذا أدبت فأنت حر
فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفه فعتق بها ، وان آداه الى غير من كاتبه
لم يعتق لأنه لم توجد الصفه ، فاذا عتق تبعه ما فضل في يده من الكسب ، وان
كانت جارية تبعها الولد لانه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق فكانت كالصحيحة
في الكسب والولد .

(فصل) ويرجع السيد عليه بقيمته لانه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له
الشرط وتعذر الرجوع اليه فرجع بيده كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت في يد
المشتري ويرجع العبد على المولى بما آداه اليه لانه دفعه عما عليه فاذا لم يقع عما
عليه ثبت له الرجوع ، فان كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالإيمان
وغيرها من ذوات الامثال ففيه أربعة أقوال .

(أحدها) انهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لانه لا فائدة في أخذه ورده

(والثاني) انه ان رضى أحدهما تقاصا ؛ وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا
لأنه إذا رضى أحدهما فقد اختار الرضى منهما قضاء ما عليه بالذي له على الآخر
ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أي جهة شاء .

(والثالث) انهما ان تراضيا تقاصا ، وان لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط
حق بحق فلم يجز إلا بالراضى كالحوالة .

(والرابع) انهما لا يتقاصان بحال لأنه يبيع دين بدين ، وان أخذ من سهم
الرقاب في الزكاة ، فان لم يكن فيه وفاة استرجع منه ، وان كان فيه وفاة فقد قال
في الأتم : يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب . ومن
أصحابنا من قال : لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والسكب .

(فصل) فإن كاتب عبدا صغيراً أو مجنوناً فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود
الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ في ملك ما فضل في يده
من السكب وفي التراجع . فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : انه لا يملك ما فضل في يده من السكب
ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون لأن العقد مع الصبي ليس بعقد
ولهذا لو ابتاع شيئاً وقبضه وتلف في يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ ، فان
عقده عقد يقتضي الضمان ، ولهذا لو اشترى شيئاً ببيع فاسد وتلف عنده لزمه
الضمان (والثاني) وهو قول أبي العباس أنه يملك ما فضل من السكب ويثبت
بينهما التراجع ، وهو رواية الربيع في المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة
البالغ بشرط فاسد .

(فصل) وإن كاتب بعض عبده ، وقلنا انه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى
المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه لأنه عتق بسبب منه ،
فان كاتب شركا له في عبد من غير إذن شريكه نظرت ، فإن جمع كسبه ودفع نصفه
إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه عتق لوجود الصفة فان جمع الكسب كله وأداه
ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يعتق لأن الاداء يقتضى أداء ما يملك التصرف فيه وما أداه
من مال الشريك لا يملك التصرف فيه .

(والثاني) يعتق لأن الصفة قد وجدت ، فإن كاتبه بإذن شريكه ، فإن قلنا : انه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه اذا كاتبه بغير اذنه ، وان قلنا : انه صحيح ودفع نصف السكب الى الشريك ونصفه الى الذي كاتبه عتق ، فان جمع السكب طاه ودفعه الى الذي كاتبه فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله ، والمذهب انه لا يعتق لأن الكتابه صحيحة والمغالب فيها حكم المعاوضة ، فاذا دفع فيما ما لا يملكه صار كالمو لم يؤد بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة والمغالب فيما الصفه واذا حكمتا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه ، فان كان المعتق موسراً سرى الى نصيب الشريك وقوم عليه لأنه عتق بسبب منه ، ولا يلزم العبد ضمان السراية لانه لم يلتزم ضمان ما سرى اليه .

(فصل) وان كاتب عبيداً على مال واحد ، وقلنا ان الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لانه يرى مما عليه ، وان قلنا : ان الكتابة فاسدة فأدى بعضهم ، فالمنصوص انه يعتق لان الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الاحكام فكذلك في العتق بالاداء . ومن أصحابنا من قال : لا يعتق ، وهو الاظهر لان العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم .

باب اختلاف المولى والمكاتب

اذا اختلفا فقال السيد : كاتبك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور على فأنسرك العبد ، فان كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل بقاؤه على الجنون أو الحجر ، وان لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد ، لان الظاهر عدم الجنون والحجر . وان اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفاً قياساً على المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن أو في الاجل ، فان كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر الى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه في المتبايعين وان كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفصل كما نقول في البيع الفاسد .

(فصل) وان وضع شيئاً عنه من مال الكتابة ، ثم اختلفا فقال السيد :

وضعت النجم الاخير ، وقال المكاتب بل الاول فالقول قول السيد ، وان كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين دينارا لم يصح لانه أبراه بما لا يملكه ، فان قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين دينارا صح ، وان اختلفا فيما عني فادعى المكاتب انه عنى ألف درهم بقيمة خمسين دينارا وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لان الظاهر معه ولانه أعرف بما عني ، وان أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى أنت حر ، وخرج المال مستحقا فادعى العبدان عتقه بقوله : أنت حر ، وقال المولى : أردت أنك حر بما أدبت ، وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد لانه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده ، وان قال السيد استوفيت أو قال العبد أليس أوفيتك فقال بلى ، فادعى المكاتب انه وفاه الجميع ، وقال المولى : بل وفاني البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضى الجميع .

(فصل) وان كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا في ولدها ، وقلنا ان الولد يتبعها ، فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي ، وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لي فالقول قول السيد لان هذا اختلاف في وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتب يقول قبل الولادة ، والاصل عدم العقد ، وان كاتب عبداً ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد : أتت به قبل الشراء فهو لي ، وقال العبد : بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لي فالقول قول العبد لان هذا الاختلاف في الملك ؛ والظاهر مع العبد لانه في يده بخلاف المستثة قبلها ، فان هناك لم يختلفا في الملك ، وإنما اختلفا في وقت العقد .

(فصل) وإن كاتب عبدين فأقر انه استوفى ماعلى أحدهما أو أبراه أحدهما ، واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما انه هو الذي استوفى منه أو أبراه رجوع الى المولى ، فان أخبر أنه أحدهما قبل منه لانه أعرف بمن استوفى منه أو أبراه ، فان طلب الاخر يمينه حلف له ، وان ادعى المولى أنه أشكل عليه لم يقرع بينهما لانه قد يتذكر ، فان ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ، ومن أصحابنا من قال : ترد الدعوى عليهما ، فان حلفا أو نكلا بقيا

على الكتابة ؛ وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حتى الحالف وبقي الآخر على الكتابة . وإن مات المولى قبل أن يعين فقيه قولان . أحدهما يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة ، كما لو قال لعبدین أحدهما حر ، والثاني أنه لا يقرع لأن الحرية تعينت في أحدهما فاذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره ، فعلى هذا يرجع إلى الوارث ، فإن قال لا أعلم حلف لكل واحد منهما وبقيها على الكتابة على ما ذكرناه في المولى . (فصل) وإن كاتب ثلاثة أعيد في عقود أو في عقد على مائة وقلنا إنه يصح وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون فأدوا مالا من أيديهم ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته النصف لي ولكل واحد منكما الربع . وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثاً ويبقى عليك تمام النصف وينضّل لكل واحد منا ما زاد على الربع فقد قال في موضع القول قول من كثرت قيمته . وقال في موضع القول قول من قلت قيمته ؛ فن أصحابنا من قال هي على قولين . أحدهما أن القول قول من قلت قيمته وأن المؤدى بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال . والثاني أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه ، فإن العادة أن الانسان لا يؤدي أكثر مما عليه .

ومنهم من قال هي على اختلاف حالين ، فالذي قال القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء لأن الظاهر أنه لا يؤدي أكثر مما عليه . والذي قال أن القول قول من قلت قيمته إذا لم يقع العتق بالأداء فيؤدي من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثاني . والدليل عليه أنه قال في الأتم : إذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين ، فاذا قلنا أنه بينهم على العدد أثلاثاً فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجوز لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثاني .

(فصل) وإن كاتب رجلان عبداً بينهما فادعى المالك أن أذى اليهما مال الكتابة فأقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينته فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه

وهو الربع لحصول حقه في يده ويطالب المكاتب بالباقي، وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف، فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عنق المكاتب، وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعى أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره. وإن وجد المكاتب عاجزاً فمجزره أحدهما رقب نصفه.

قال الشافعي رحمه الله: ولا يقوّم على المقر، لأن التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مستترق ظلماً فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لأنه يدفع بها ضرراً من استرجاع نصف ما في يده، فإن ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما لياخذ منه النصف ويدفع إلى شريكه النصف نظرت فإن قال المدعى عليه دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عنق حصته المدعى عليه بإقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير بين، لأنه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال إليه، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه، وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر لأن كل واحد منهما يدعى أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره، فإن استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عنقت حصته وصار المكاتب حراً. وإن عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعي رحمه الله إنه يقوّم على المقر، ووجهه أنه عنق نصيبه بسبب من جهته. وقال في المسئلة قبلها لا يقوم، فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلها على قولين. ومنهم من قال يقوّم ههنا ولا يقوم في المسئلة قبلها على ما نص عليه، لأن في المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد، وههنا يقول بصني مملوك فأستحق التقويم وإن قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكى وأمسكت النصف لنفسى وأنكر الشريك القبض عنق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لأن المقر يدعى التسليم إليه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد، وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض فإن رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكى ظلمنى. وإن رجع على المكاتب رجح المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لأنه فرط

في ترك الاشهاد فإن حصل المنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب ، وإن عجز
المكاتب عن أداء حصة المنكر كان المنكر أن يسترق نصيبه ، فإذا رُق قوم على
المقر لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة ويرجع المنكر على المقر بنصف
ما أقر بقبضه ، لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه ، وإن حصل المال من جهة
المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه .

(كتاب عتق أمهات الأولاد)

إذا علفت الأمة بولد حر في ملك الواطىء صارت أم ولد له فلا يملك بيعها
ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه في البيوع ، فإن مات السيد عتقت لما روى
ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولدت منه أمته
فهي حرة من بعد موته وعتقت من رأس المال ، لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع
فاعتبر من رأس المال كالإتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم ، وإن علفت بولد
مملوك في غير ملك من زوج أو زنا لم تصير أم ولد له لأن حرمة الاستيلاء إنما
ثبتت للأم بحرية الولد . والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت
له مارية القبطية فقال أعتقها ولدها ، والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم
بسببه ، وإن علفت بولد حر أشبهه من غير مالك لم تصير أم ولد في الحال ، فإذا
ملكها ففيه قولان .

(أحدهما) لا تصير أم ولد لأنها علفت منه في غير ملكه فأشبهه إذا علفت
منه في نكاح فاسد أو زنا .

(والثاني) إنها تصير أم ولد لأنها علفت منه بحر ، فأشبهه إذا علفت منه في
ملكه ، وإن علفت بولد مملوك في ملك ناقص وهي جارية المكاتب إذا علفت من
مولاه ففيه قولان (أحدهما) أنها لا تصير أم ولد لأنها علفت منه بمملوك
(والثاني) أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ، ولهذا لا يجوز
بيعه فثبت هذا الحق لأمه .

(فصيل) وإن وطئ أمته فأسقطت جنبينا ميتاً كان حكمه حكم الوالد الحي
في الاستيلاء لأنه ولد . وإن أسقطت جزءاً من الأدمى كالعين والظفر أو مضغاً

فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة انه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لأنه قد علم انه ولد ، وان ألفت مضغه لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة انه مبتدأ خلق الادمي ، ولو بقى لكان آدميا ، فقد قال همنا ما يدل على أنها لاتصير أم ولد ، وقال في العدد تنقضي به العدة ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منها إلى الأخرى وجعلها على قولين . أحدهما لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد ولا في انقضاء العدة لأنه ليس بولد ، والثاني يثبت له حكم الولد في الجميع لأنه خلق بشر فأشبهه إذا تخطط . ومنهم من قال : لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد وتنقضي به العدة ، لأن حرمة الاستيلاد تتعاق بوجود الولد ، ولم يوجد الولد ، والعدة تراد لبراءة الرحم ، وبراءة الرحم تحصل بذلك .

(فصل) ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه ، وإنما ثبت لها حق الحرية بعد الموت ، وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه ، وهل يملك تزويجها ؟ فيه ثلاثة أقوال (أحدها) يملك لأنه يملك رقبته ومنفعتيها فملك تزويجها كالامة القننة (والثاني) يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالكاتبة (والثالث) لا يملك تزويجها بحال لأنها ناقصة في نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالاخ في تزويج أخته الصغيرة ، فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها باذنها ، فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامها ويعقد باذنها ، فإذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم مالا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة .

(فصل) وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها في حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الام في العتق فكذلك في

الاستيلاد ، فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم في ولدها لأنه حق استقر له في حياة الأم فلم يسقط بموتها .

(فصل) وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها لأنه منع من بيعها بالإحبال ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرش بذمتها ولزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولاً واحداً ، لأن في العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ في أحد القولين ، لأنه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتره بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها . وإن جنت فقداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان

(أحدهما) يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها في الجناية الأولى لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها . وهذا موجود في الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثاني وهو الصحيح إنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجنايه الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما ، لأنه بالإحبال صار كالمختلف لوقتها فلم يضمن أكثر من قيمتها ، وتخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء ، وهما لزمه الفداء للإتلاف بالإحبال . وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء

وإن جنت فقداها ببعض قيمتها ثم جنت ، فإن بقي من قدر قيمتها ما يفدى به الجناية الثانية لزمه أن يفديها ، وإن بقي ما يفدى به بعض الجناية الثانية فعلى القولين ، إن قلنا يلزمه أن يفدى الجناية الثانية لزمه أن يفديها . وإن قلنا يشارك الثاني الأول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها إلى ما فدى به الجناية الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما .

(فصل)

وإن أسلمت أم ولد نصراني تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق ، لأنه لا يمكن بيعها لها فيه من إبطال حقها من المعتق المستحق

بالاستيلاء ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى ، ولا يمكن إقرارها في يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق إلا ما ذكرناه . وإن كاتب كافر عبداً كافر أو أم أسلم العبد بقي على الكتابة لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فيبقى على حاله ، فإن عجز ورق أمر ببيعه .

باب الولاء

إذا عتق الحر مملوكاً ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضي الله عنها قالت اشترت بريرة واشترط أهلها ولاءها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عتق قائماً الولاء لمن أعتق

وإن عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاء أو قرابة ، أو أعتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لأنه عتق عليه فثبت له الولاء ، قالوا باشر عتقه . وإن باع الرجل عبده من نفسه فقيه وجهان :

(أحدهما) أنه يثبت له عليه الولاء ؛ لأنه لم يثبت عليه رق غيره (والثاني) لا ولاء عليه لأحد ، لأنه لم يعتق عليه في ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء .

(فصل) وإن أعتق المكاتب عبداً بإذن المولى وصححنا عتقه ففي ولائه قولان : أحدهما أنه للسيد لأن العتق لا يتفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد .

(والثاني) أنه موقوف فإن عتق فهو له فان عجز فهو للسيد لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه ، فان مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففي ماله قولان :

(أحدهما) أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء (والثاني) إنه للسيد لأن الولاء يجوز أن ينتقل بإجازة أن يقف والأثر لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف .

(فصل) وإن أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصراني مسلما ثبت له الولاء ، لأن الولاء كالنسب ، والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ؛ وإن أعتق المسلم نصرانيا فلحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه لأن عليه ولاء المسلم فلا يجوز إبطاله وإن أعتق ذمي عبده فلحق بدار الحرب وسبي ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز إبطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم .

(والثاني) يجوز لأن معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وإن أعتق حربى عبداً حربياً ثبت له عليه الولاء ، فإن سبي العبد المعتق أو سبي مولاه واسترق بطل ولاؤه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا ماله ، وإن أعتق ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر .

(فصل) وإن اشترك اثنين في عتق عبد اشتركا في الولاء لا شتركا كما في العتق ، وإن كاتب رجل عبداً ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه عما له عليه ، فإن قلنا : لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على الأب ، وقد ثبت له الولاء فانتقل اليهما ، وإن عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه في ولاء النصف المعتق وجهان .

(أحدهما) أنه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل اليهما (والثاني) أنه للمعتق خاصة لأنه هو الذي أعتقه ووقف الآخر عن العتق ، وإن قلنا أنه يقوم في الحال فنوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه في المقوم لأن التقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه ، وأما النصف الآخر فإنه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان (أحدهما) أنه بينهما (والثاني) أنه للمعتق خاصة ، وإن قلنا يؤخر التقويم ، فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما ، وإن عجز ورق قوم على الماتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه ؛ والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان .

(فصل) ولا يثبت الولاء لغير المعتق ، فإن أسلم رجل على يد رجل

أو النقط لقيطاً لم يشب له عليه الولاء لحديث عائشة رضی الله عنها ، قائماً الولاء لمن أعتق ، وإنما في اللغة موضوع لاثبات المذكور ونفي ما عداه فدل على اثبات الولاء للمعتق ونفيه عن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء إلا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به .

(فصل) ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضی الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كاحمة النسب والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء ، وإن أعتق عبداً سائبة على أن لا يولد له عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل وما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ، ولأن هذا في معنى الهبة وقد بينا أنه لا يصح هبته .

(فصل) وإن مات العبد المعتقد وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقال : اشتريته وأعتقته فقال هو مولاك إن شئ بك فهو خير له ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك فقال فما أمر ميراثه فقال : إن ترك عصبة فالعصبة أحق وإلا فالولاء ، وإن كان له عصبة لم يرث للخبر ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده ، وإن كان له من يرث الفرض ، فإن كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه لأنه إذا لم ترث العصباء مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى ، وإن كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض ، لما روى عبد الله بن شداد قال : أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي (ص) ابنة حمزة النصف وابنته النصف .

(فصل) وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة ، لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر ، والنسب إلى العصباء دون غيرهم ويقدم الأقرب فالأقرب ، لما روى سعيد بن المسيب رحمه الله عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ولأن في عصباء الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك في عصباء المولى

فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت لأنها يبدأ أنه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات ولأن الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه وهي بنت الاخ والعمه لأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى ، وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن لأن تعصيب الابن أقوى لأنه يسقط تعصيب الاب ، فان لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والاخ لأنه أقرب منهما ، وإن ترك جدا وأخا ، ففيه قولان .

(أحدهما) انهما يشتركان كما يشتركان في ارث النسب .

(والثاني) يقدم الاخ لان تعصبيه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الاب ، وإنما لم يقدم في ارث النسب للإجماع وليس في الولاء إجماع فوجب ان يقدم فان ترك جداً وابن أخ فهو على القولين ، ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم الجد ، وإن قلنا : ان الاخ يقدم قدم ابنته ، وان ترك أبا الجد والعم ، فعلى القولين ، ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم أبو الجد ، وان قلنا ان الاخ يقدم قدم العم ، وان اجتمع الاخ من الأب والأُم والاخ من الاب قدم الاخ من الأب والام كما يقدم في الارث بالنسب .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يقدم لما قلناه .

(والثاني) انهما سواء لأن الام لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلي بها فان لم يكن للمولى عصبية وله مولى فالولاء لمولاه لان المولى كالعصبية ، فان لم يكن له مولى فلمعصبية مولاه ، فان لم يكن له مولى ولا عصبية مولى ؛ وهناك مولى لعصبية المولى نظرت ، فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث ، لأن انعامه على أخيه لا يتعدى اليه ، وإن كان مولى أبيه أو جده ورث ، لأن انعامه عليه انعامه على نسله .

(فصل) فان أعتق عبداً ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابناً ثم مات العبد وله مال ورثه الكبير من عصبية المولى وهو الابن دون ابن الابن

لما روى الشعبي قال : قضى عمر وعلى وزيد رضى الله عنهم أن الولاء للكبير ولأن
الولاء يورث به ولا يورث .

والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال :
الولاء لحمة كاحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فإذا ثبت أنه لا يورث
ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون للكبير لأنه أقرب
إلى المولى ، وإن مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنا
ومات الثاني وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتقد كان
ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم في القرب ، ولو ظهر للمولى مال كان بينهم
اثلاثا لابن الابن الثلث والأربعة الثلث وللخمس الثلث : لأن المال انتقل إلى
أولاده اثلاثا ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده والولاء لم ينتقل إلى
أولاده ، وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذى ثبت له الولاء وهم في
القرب منه سواء فتساواوا في الميراث .

(فصل) إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأنت منه بولد ثبت لمولى
الأم الولاء على الولد لأنه عتق باعتاق الأم فكان ولاؤه لمولاهما ، فإن أعتق بعد
ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالى الأم إلى موالى العبد .

والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال : مر الزبير بموال لرافع
ابن خديج فأعجبه فقال لمن هؤلاء ، فقالوا هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم
لرافع بن خديج وأبوهم عبد لملان فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال أتم موالى
فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضى الله عنه فقضى عثمان للزبير . قال هشام :
ولما كان معاوية خاصمنا فيهم أيضاً فقضى لنا معاوية . ولأن الولاء فرع للنسب
والنسب معتبر بالارث ، وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب كولد
الملاعنة نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الأب ، فإذا ثبت الولاء على الأب
عاد الولاء إلى موضعه كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج وإن أعتق جد الولد
دون الأب ففي ولائه ثلاثة أوجه .

(أحدها) ينجر الولاء الى معتقه لأنه كالأب في الانساب اليه والولاية ،
فكان كالأب في جر الولاء الى معتقه .

(والثاني) لا ينجر ، لأن بينه وبين الولد الأب فلا ينجر الولاء الى معتقه
كالأنخ (والثالث) ان كان الأب حيا لم ينجر الولاء الى معتقه ، وان كان ميتا
انجر لان مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق ، فإن قلنا : انه ينجر
الولاء الى معتقه فانجر ثم أعتق الأب انجر من مولى الجد الى مولى الأب لأنه
أقوى من الجد في النسب وأحكامه .

(فصل) وان تزوج عبد رجل بأمة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد
الإمة وولدها ثبت له عليها الولاء ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد
الى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ثم ناله العتق
والعلة في ذلك ان المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه عن أنعم على
أبيه وتخالف ما قبلها ، فان أحدهما أنعم على الام ، والاخر أنعم على الاب فقدم
المنعم على الأب لأن النسب اليه والولاء فرع للنسب ، وهما أحدهما أنعم على
الولد نفسه والاخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه ، وان
تزوج عبد لرجل بحارية آخر لحملت منه ثم أعتقت الحارية وهى حامل ثبت
الولاء على الحارية وحملها ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء الى مولاه
لما ذكرناه من العلة ، وان تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد لم
يثبت عليه الولاء لمولى الأم لأن الاستدामه في الأصول أقوى من الابتداء ثم
ابتداء الحرية في الاب تسقط استدামه الولاء لمولى الام فلأن تمنع استدامة الحرية
في الاب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى ، وان تزوج عبد لرجل بمعتقة لاخر
وأولدها ولدا ثبت الولاء على الولد لموالى الام ، فان اشترى الولد اباه عتق عليه
وثبت له الولاء عليه وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الأب فيه وجهان . أحدهما :
لا ينجر ، لأنه لا يملك ولاء نفسه ، فعلى هذا يكون ولاؤه باقيا لموالى الام .
والثاني : أنه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء
عن نفسه ويصير حرا لا ولاء عليه لان عتق الاب يزيل الولاء عن معتق الام .

(فصل) اذا مات رجل وخلف اثنين وعيداً فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ، فأدى إلى المصدق كتابته عتق نفسه ، وفي ولاته وجهان :

(أحدهما) أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما (والثاني) أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالكذب فصار كالو حلف أحد الاخوين على دين لا يبيها فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك في نصفه وإن تزوج المكاتب بجرة فأولدها ، فإن كان على الحرية ولاء لمعتق كان له ولاء الولد ، فإن عتق الأب بالأداء جر ولاء ولده من معتق الأم إلى معتقه ، فإن اختلف مولاه ومولى الأم ؛ فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالأداء وجر الى ولاء الولد . وقال مولى الام لم يعتق وولاء الولد لي نظرت فإن كان المكاتب حياً عتق بإقرار سيده وانجر الولاء الى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد ، وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الام ، فإن كان للسيد المكاتب بيعة شاهدان ، أو شاهد وامرأتان ، أو شاهد ويمين قضى له لأنها بيعة على المال وإن لم تكن له بيعة فالقول قول مولى الأم مع يمينه لأنها تيقن بارق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الام فلا ينتقل عنه من غير بيعة وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الفرائض

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإنى امرؤ مقبوض ، وإن العلم سنيق بضر ، وتظهر الفتن حتى يختلف الإثنان في الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما ،

(فصل) وإذا مات الميت بدىء من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه ، لما روى خباب بن الارت قال : قتل مصعب ابن عمير رضى الله عنه يوم أحد وليس له إلا نمرقة كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله ، وإذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الأذخر ولأن الميراث إنما انتقل إلى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته ، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الإرث ، ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين

(فصل) ثم يقضى دينه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين ولأن الدين تستغرفه حاجته فقدم على الإرث ، وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين ، اختلف أصحابنا فيه : ذهب أبو سعيد الاصطخري رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه إلى أن يقضى دينه ، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة وتماج البهيمة تعلق بها حق الغرماء ؛ لأنه لو بيع كانت العمدة على الميت دون الورثة ، فدل على أنه باق على ملكه .

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى الورثة ، فإن حدثت منها فوائد لم يمتلق بها حق الغرماء ، وهو المذهب ، لأنه لو كان باقياً على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين .

وإن كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب

الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء القولين فيما يفدى به المولى جنابة العبد ، أحدهما لا يجب بيعها ، لأن الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من قيمتها ، وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل . والثاني : يجب بيعها ، لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها .

(فصل) ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين ولأن الثلث بقي على حكم ما لم يكن ليصرفه في حاجاته فقدم على الميراث كالدين .

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود ذكره أحد في رواية إبنه عبد الله بسنده إلى الاحوص عن عبد الله ولفظه « تعلموا القرآن وعلموه الناس ، وتعلموا الفرائض وعلموها ، فإني امرؤ مقبوض ، والعلم مرفوع ، وبوشك أن يختلف اثنان في الفريضة والمسئلة فلا يجدان أحداً يخبرهما ،

وقد أخرجه أيضاً النسائي والحاكم والدارمي والدارقطني من رواية عوف عن سليمان بن جابر عنه ، وفيه انقطاع بين عوف وسليمان . ورواه النضر بن شميل وشريك وغيرهما متصلاً .

وأخرجه الطبراني في الأوسط وفي إسناده محمد بن عقبة السدوسي وثقه ابن حبان وضعفه أبو حاتم ، وفيه أيضاً سعيد بن أبي كعب ، وقد ذكره ابن حبان في الثقات .

وقد أخرجه أيضاً أبو يعلى والبخاري وفي إسنادهما من لا يعرف ، وقد أخرج نحوه الطبراني في الأوسط عن أبي بكر والترمذي عن أبي هريرة وحديث خباب رواه الشيخان وأحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وله طرق عن جابر وأنس وعبد الرحمن بن عوف

والفرائض جمع فريضة كجداث جمع حديقه ، وهي فعيلة بمعنى مفعولة مأخوذة من الفرض وهو القطع ، يقال فرضت لفلان كذا ، أي قطعت له شيئاً من المال . وقيل هي من فرض القوس ، وهو الحز الذي في طرفه حيث يوضع الوتر ليثبت فيه ويلزمه ولا يزول . كذا قاله الخطابي . وقبل الثاني خاص بفرائض الله تعالى وهي ما ألزم به عباده لمناسبة اللزوم لما كان الوتر يلزم محله من القوس .

وقد روى عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه
 وعلّموا الفرائض وعلّموها ، فإنها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شيء
 ينزع من أمتي ، رواه ابن ماجه والدارقطنى والحاكم .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : إذا لهوتم قاله بالرحمى ، وإذا تحذرتهم
 فتحدثوا بالفرائض ، ورواه سعيد بن منصور عن جرير عن عاصم الأحول عن
 مورو العجلي عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
 تعلّموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلّمون القرآن .

وروى أحمد فى مسنده وغيره عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن امرأة
 سعد بن الربيع جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت :
 يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيداً ، وإن
 عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان إلا وأمهما مال ، قال : فنزلت آية الميراث فأرسل
 رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال : أعط امرأة سعد الثمن وابنتى سعد
 الثلثين وما بقى فهو لك .

وقال علقمة : إذا أردت أن تعلم الفرائض فأمت جيرانك . إذا ثبت هذا :
 فإن التوارث فى الجاهلية كان بالخلف والنصرة ، فكان الرجل يقول للرجل :
 تنصرنى وأنصرك وترثنى وأرثك وتعتقل عنى وأعتقل عنك ، وربما تحالفوا على
 ذلك ، فإذا كان لأحدهما ولد كان الحليف كأحد أولاد حليفه ، وإن لم يكن له ولد
 فإن جميع المال للحليف ، فجاء الإسلام والناس على هذا : فأقرهم الله تعالى على
 صدر الإسلام بقوله : والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم .

وروى أن أبا بكر رضى الله عنه حالف رجلاً فمات فورثه أبو بكر ثم نسخ
 ذلك وجعل التوارث بالإسلام والهجرة ، فكان الرجل إذا أسلم وهاجر معه من
 مناسبيه دون من لم يهاجر معه من مناسبيه ، مثل أن يكون له أخ وابن مسلمان
 فهاجر معه الأخ دون الابن فيرثه أخوه دون ابنه ، والدليل عليه قوله تعالى
 والذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله ، والذين

أدوا ونصروا ، أولئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ، ثم نسخ ذلك ربنا عز وجل بالميراث بالرحم بقوله تبارك اسم ، وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاء ، وفسر المدروف بالوصية ، وقال تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، فذكر أن لهم نصيباً في هذه الآية ، ولم يبين قدره ، ثم بين قدر ما يستحقه كل وارث في ثلاثة مواضع من كتابه على ما ذكره في مواضعه إن شاء الله .

وإذا تقرر هذا فإن الميت إذا مات أخرج من ماله كفته وحنوطه ومؤنة تجهيزه من رأس ماله مقدماً على دينه ووصيته ، موسراً أو معسراً ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم .

وقال الزهري : إن كان موسراً حسب ذلك من رأس المال ، وإن كان معسراً احتسب من ثلثه . وقال خلاس بن عمرو : يحتسب من ثلثه بكل حال . دليلنا ما روى خباب في الحديث الذي ساقه المصنف ولم يسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلث ماله ، وروى أن الرجل الذي قضى وهو محرم ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : كفنوه في ثوبيه اللذين مات فيهما ، ولم يعتبر الثلث ، ولأن الميراث إنما نقل إلى الورثة لاستغناء الميت عنه ، وهذا غير ما استقر من كفته ومؤنة تجهيزه ، فقدم على الإرث ثم يقضى دينه — إن كان عليه دين ثم تخرج وصاياه لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، وأجمعت الأمة على أن الدين مقدم على الوصية ، وهل ينتقل ماله إلى ورثته قبل قضاء الدين ؟ اختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه ينتقل إليهم قبل قضاء الدين .

وقال أبو سعيد الاصطخري : لا ينتقل إليهم حتى يقضى الدين ، هكذا ذكر الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المرزى عن أبي سعيد من غير تفصيل ، وأما ابن الصباغ فحكى عنه : إن كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع الدين من انتقال المال إلى الورثة إلا بقدره ، واحتج بأنه لو بيع شيء من ماله بعد موته لكانت العهدة على الميت دون الورثة ، فدل على بقاء ملكه .

فعلی هذا اذا حدث من المال فوائد أو نماء قبل الدين كان ذلك ملكاً للميت فيقتضى منه دينه ، وينفذ منه وصاياه .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدين يحيط بالتركة يمنع انتقال الملك الى الورثة وان كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع انتقال الملك الى الورثة بحال ، لقوله تعالى « ولکم نصف ما ترک أزواجکم الایة ، ولم یفرق ، ولأنه لا خلاف أن رجلاً مات وخلف ابینین وعلیه دين فمات أحدهما قبل قضاء الدين ، وخلف ابناً ثم أبرأ من له الدين الميت عن الدين ، فإن تركه من علیه الدين تقسم بين الابن وابن الابن ، فلو كان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لمكانت التركة لابن وحده ، فعلى هذا لو حصل من التركة فوائد قبل قضاء الدين فإنها للورثة ، لا يتعلق بها حق الغرماء ولا الوصية ، وان كان الدين أكثر من التركة : فقال الوارث أنا أدفع قيمة التركة من مالي ولا تباع التركة ، وطلب الغرماء ببيعها ، فهل يجب بيعها ؟ فيه وجهان بناء على العبد الجاني اذا بذل سيده قيمته وطلب المجنى عليه ببيعها : وكان الأرض أكثر من قيمته ، فهل يجب بيعها ؟ فيه وجهان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ثم تقسم التركة بين الورثة والأسباب التي يتوارث بها الورثة المميّنون ثلاثة : رحيم ، وولاء ، ونكاح ، لأن الشرع ورد بالارث بها ، وأما المواخاة في الدين والموالاة في النصرة والارث فلا يورث بها ، لان هذا كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ بقوله عز وجل « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » .

(فصل) والوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وان سفل ، والاب والجد أبو الاب وان علا ، والاخ وابن الاخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة ، والوارثات من النساء سبع : البنت وبنت الابن والام والجددة والاخت والزوجة ومولاة النعمة ، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما ذكره ان شاء الله تعالى .

فأما ذوو الأرحام وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب فانهم لا يرثون ،
 وهم عشرة : ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وولد
 الإخوة من الأم والعم من الأم والعمة والحال والحالة والجد أبو الأم ومن يدلى
 بهم . والدليل عليه ما روى أبو أمامة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال : إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ، ولا وصية لوأرث ،

فأخبر أنه أعطى كل ذى حق حقه ، فدل على أن كل من لم يعطه شيئاً فلا
 حق له : ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنات المولى ، ولا يرث
 العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبي أمامة ، ولقوله صلى الله عليه
 وسلم : إنما الولاء لمن أعتق ،

(الشرح) حديث أبي أمامة الأول مضمون تخريجه والكلام عليه في كتاب
 الوصايا ، وأما الحديث الثاني «الولاء لمن أعتق» فهو من حديث عائشة عند أحمد
 والبخارى ومسلم وألفظه «أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن قضت
 من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة : ارجعى إلى أمك ، فإن أحبوا أن أفضى
 عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت ، فذكرت بريرة ذلك لأهلها فأبوا وقالوا
 إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون لنا ولاؤك ، فذكرت ذلك لرسول الله
 صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعى فأعتق ،
 فانما الولاء لمن أعتق ، ثم قام فقال : ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في
 كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرطه مائة
 مرة ، شرط الله أحق وأوثق ،

أما الأحكام فانه يصرف مال اليتيم بعد قضاء الدين وإخراج وصيته إلى
 ورثته . والارث ضربان : عام وخاص ، فأما العام فهو أن يموت رجل من
 المسلمين ولا وارث له خاص ، فان ماله ينتقل إلى المسلمين ارثاً بالتعصيب ،
 يستوى فيه الذكر والأنثى ، وهل يدخل فيه العامل ؟ فيه وجهان
 وأما الارث الخاص فيكون بأحد أمرين بسبب أو نسب . فأما السبب فينقسم
 قسمين ولاء ونكاح ؛ فأما الولاء فقد مضى بيانه ، وأما النكاح فهو ارث أحد

الزوجين من الآخر على ما يأتي بيانه . وأما النسب فهم الوارثون من القرابة من الرجال والنساء ، فالرجال المجمع على توريتهم خمسة عشر ، منهم أحد عشر لا يرثون الا بالتعصيب . وهم الابن وابن الابن وان سفل والاخ للأب والام ، والاخ للأب ، وابن الاخ للأب والام ، وابن الاخ للاب ، والعم للأب والام والعم للأب ، وابن العم للأب ، والمولى المنعم . فكل هؤلاء لا يرث واحد منهم فرضاً وانما يرث تعصيباً ، الا الاخ للأب والام فانه يرث بالفرض في التركة على ما ذكره . واثنان من الرجال الوارثين تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهما الاب والجد أبو الاب وان علا . واثنان لا يرثان الا بالفرض لا غير . وهما الاخ للام والزوج .

وأما النساء المجمع على توريتهن فعشر : وهى الابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة أم الاب والاخت للاب والاخت للام والزوجة والمولاة المنعمة فأربع منهن يرثن تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهن الابنة ، وابنة الابن ، والاخت للاب والام والاخت للاب ، والاخت للام ، والزوجة . واحدة منهن لا ترث الا بالتعصيب وهى المولاة المنعمة

والورثة من الرجال والنساء ينقسمون ثلاثة أقسام : قسم يدلى بنفسه ، وقسم يدلى بغيره ، وقسم يدلى بنفسه وقد يدلى بغيره . فأما القسم الذى يدلى بنفسه فهم ستة . الاب والام والابن والابنة والزوج والزوجة وهؤلاء لا يحبسون بحال . وأما القسم الذى يدلى بغيره فهو من عدا من ذكر من القرابات وقد يحبسون . وأما القسم الذى يدلى بنفسه مرة وبغيره أخرى فهو من يرث بالولاء ، وقد يجب أيضاً ، وقد ورد الشرع بتوريت جميع من ذكرنا على ما يأتي بيانه .

وأما ذوو الارحام ، وهم ولد البنات وولد الاخوات ، وبنات الاخوة وواد الاخوة للام ، والحال والحالة ، والعممة والعم للام وبنات الاعمام وكل أحد بينه وبين الميت أم ، ومن يدلى بها ولاء .

فاختلف أهل العلم في توريتهم على ثلاثة مذاهب ، فذهب الشافعى رضى الله عنه الى أنهم لا يرثون بحال . وبه قال فى الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وهى إحدى الروايتين عن عمر ، ومن الفقهاء الزهرى ومالك الاوزاعى وأهل الشام وأبو ثور

وذهب طائفة إلى أنهم يرثون ويقدمون على الموالى والرد ، ذهب إليه من الصحابة على بن أبي طالب وابن مسعود ومماذ وأبو الدرداء وهو الصحيح عن عمر ، وذهب النووي وأبو حنيفة إلى أن ذوى الأرحام يرثون ؛ ولكن يقدم عليهم المولى والرد ؛ فإن كان له مولى منعم ورث ، وإن لم يكن له منعم - وهناك من له فرض كالابنة والأخت - كان الباقي لصاحب الفرض بالرد ، وإن لم يكن هناك أحد من أهل الفروض ورث ذوى الأرحام ، وبه قال بعض أصحابنا إن لم يكن هناك إمام عادل ، وهي إحدى الروايتين عن علي كرم الله وجهه إلا أنها رواية شاذة ، ولا سند لأبي حنيفة في مذهبه غير هذه الرواية الشاذة .

دلينا ما روى أبو أمامة الباهلي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه الحديث ، فظاهر النص يقتضى أنه لاحق في الميراث لمن لم يعطه الله شيئاً ، وجميع ذوى الأرحام لم يعطهم الله في كتابه شيئاً فثبت أنه لا ميراث .

وروى أبو سلمة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والحالة فقال : لا أدري حتى يأتي جبريل ، ثم قال : أين السائل عن ميراث العمة والحالة ؟ أتاني جبريل فسارني أن لا ميراث لهما .

وروى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأتي قباء على حمار أو حمارة يستخير الله في ميراث العمة والحالة ، فأنزل الله عز وجل ، أن لا ميراث لهما ، ولأن كل من لم ترث مع من هو أبعد لم يرث إذا انفرد كابتنة المولى ، لأن ابنة المولى لما لم ترث مع ابن المولى وهو أبعد منها لم ترث أيضاً إذا انفردت كذلك ، ولهذا لم ترث مع ابن العم وهو أبعد منها ، ولم ترث أيضاً إذا انفردت ، ولأن ابنة الأخ لما لم ترث مع أختها لم ترث إذا انفردت كابتنة المولى وعكسه الابنة والأخت فانهما لما ورثتا مع أخيهما ورثتا إذا انفردتا .

(فرع) مولى الموالاة لا يرث عندنا وهو أن يقول رجل لأخر : واليتك على أن ترثني وأرثك وتنصرني وأنصرك وتعقل غني وأعقل عنك ولا يتعلق بهذه الموالاة عندنا حكم ارث ولا عقل ولا غيره ، وبه قال زيد بن ثابت ومن التابعين

الحسن البصرى والشعبى ومن الفقهاء الأوزاعى ومالك ، وذهب النخعى الى أن هذا العقد يلزم بكل حال ويتعلق به التوارث والعقل ولا يكون لأحدهما فسخه بحال ، وقال أبو حنيفة مولى الموالاة يرث ولكنه يؤخر عن المناسبين والموالاة وهى عقد جاز لكل واحد منهما فسخه مالم يعقل أحدهما عن الآخر ، فإذا عقل لزمه ذلك ولم يكن له سبيل الى فسخه .

دليلنا حديث بريرة د الولاء لمن أعتق ، فجعل حسن الولاء للعتق فلم يبق ولاء يثبت لغيره لأن كل سبب لم يورث به مع وجود النسب لم يورث به مع فقدته كما لو أسلم رجل على يد رجل ، ولأن عقد الموالاة لو كان سببا يورث به أم يجوز فسخه وإبطاله كالنسب والولاء .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليا كان أو مرتدا لما روى أسامة بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ويرث الذى من الذى ، وإن اختلفت أديانهم كاليهودى من النصرانى والنصرانى من الجومى ، لأنه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ، ولا يرث الحربى من الذى ولا الذى من الحربى ، لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر .

(فصل) ولا يرث الحر من العبد ، لأن ما معه من المال لا يملكه فى أحد القوانين ، وفى الثانى : يملكه ملكا ضعيفا ، ولهذا لو باعه رجع الى مالكه فكذلك اذا مات ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يرث بحال فلم يرث كالمترد ، ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث ، وقال المزنى : يرث بقدر ما فيه من الحرية ويحجب بقدر ما فيه من الرق ، والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق فى الشكاح والطلاق والولاية ، فلم يرث كالعبد ، وهل يورث منه ما جمعه بالحرية ؟ فيه قولان : قال فى الجديد : يرثه ورثته ، لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر . وقال فى القديم : لا يورث لأنه اذا لم يرث بحرية لم يورث بها ، وما الذى

يصنع بماله . قال الشافعي رضي الله عنه : يكون لسيده . وقال أبو سعيد
الاصطخري : يكون لبيت المال ، لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية
فلا يجوز أن يورث لرقه ، لجعل لبيت المال ليصرف في المصالح قال مالك له .
(فصل) ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثاً
عند الموت فلم يرث ، كالمو أسلم أو أعتق بعد القسمة . وإن دبر رجل أخاه فعنق
بموته لم يرثه ، لأنه صار حراً بعد الموت ، وإن قال له أنت حر في آخر جزء من
أجزاء حياتي المتصل بالموت ، ثم مات عنق من ثلثه ، وهل يرثه ؟ فيه وجهان
(أحدهما) لا يرثه لأن العتق في المرض وصية ، والارث والوصية لا يجتمعان
(والثاني) يرثه ولا يكون عتقه وصية ، لأن الوصية ملك بموت الموصى ، وهذا
لم يملك نفسه بموته .

وإن قال في مرضه : إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر ، فمات بعد شهر عنق
يوم تلفظ ، وهل يرثه ؟ على الوجهين

(الشرح) حديث أسامة رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن
ماجه . وفي رواية عند الشيخين قال : يا رسول الله أنزل غداً في دارك بمكة ؟
قال : وهل ترك لنا عقيل من رباح أو دور . وكان عقيل وريث أبا طالب هو
وطالب ، ولم يرث جعفر ولا علي شيئاً ، لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل
وطالب كافرين ،

الاحكام : لا يرث الكافر من المسلم بلا خلاف ، وأما المسلم فلا يرث الكافر
عندنا ، وبه قال علي وزيد بن ثابت وهو قول الفقهاء كافة .

وقال معاذ ومعاوية : يرث المسلم من الكافر ، دليلنا حديث أسامة بن زيد
وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال :
لا يتوارث أهل ملتين شيئاً ، والاسلام والكفر ملتان شتى فوجب أن لا يتوارثا
ويرث الكافر من الكافر إذا اجتمعا في الذمة أو في الحرب ، فيرث اليهودي من
النصراني والعكس وكذا المجوسي إذا جمعهم الذمة أو كانوا حرباً لنا .
فأما أهل الحرب وأهل الذمة فإنهم لا يتوارثون ، وإن كانوا من اليهود أو

النصارى . وبه قال من الصحابة عمر وعلى وزيد بن ثابت . ومن الفقهاء مالك والثوري وأبو حنيفة . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي : الذي هل يرث الحربى ؟ فيه قولان ، أحدهما يرثه ، لأن ملتهما واحدة ، والثانى : لا يرثه لأن حكمنا لا يجرى على الحربى . هذا مذهبنا . وذهب الزهرى والأوزاعى وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق إلى أن اليهودى لا يرث من النصرانى وكذلك العكس وإن جمعتهما الملة ، وإنما يرث النصرانى من النصرانى واليهودى من اليهودى ، كما يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً إذا تحاكوا إلينا ؛ وإن اختلفت دارهما وكان بعضهم يرى قتل بعض ، وحكم من دخل إلينا بأمان أو تجارة أو رسالة حكم أهل الذمة ويرث بعضهم من بعض ، ومتى كانت امرأة الكافر ذات رحم منه من نسب أو رضاع لم يتوارثا بالنكاح ، وإن كانت غير ذات رحم محرم منه لو أسلمت أقرأ على نكاحهما وتوارثا بالنكاح ، وإن عقدا بغير ولى ولا شهود

(فرع) قال الشافعى : وميراث المرتد لبيت المال . قال العمرانى : وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا فى الارث بعد موته على أربعة مذاهب ، فذهب الشافعى رحمه الله إلى أن ماله لا يرث بل يكون فيئاً لبيت المال . سواء فى ذلك ما اكتسبه فى حال إسلامه أو فى حال رده ، وسواء قلنا إن ملكه يزول أو لا يزول أو موقوف . وبهذا قال ابن عباس وهى إحدى الروايتين عن على وبه قال الأوزاعى وأبو يوسف ومحمد ، وذهب قتادة وعمر بن عبد العزيز إلى أن ماله يكون لأهل الذمة التى انتقل إليها ، فإن انتقل إلى اليهود كان ماله لهم . وإن انتقل إلى النصارى كان ماله لهم .

وقال أبو حنيفة والثورى : ما اكتسبه قبل الردة ورث عنه ، وما اكتسبه بعد الردة يكون فيئاً . ودليلنا حديث أسامة فى الفصل ؛ والمراد كافر ، ولأنه لا يرث بحال فلم يرث كالكافر ، والجواب على أبى حنيفة هو أن من لم يرث المسلم ما اكتسبه فى حالة إباحتة دمه لم يرث ما اكتسبه فى حال حقه دمه كالذى إذا لحق بدار الحرب . إذا ثبت هذا فهل يخمس مال المرتد ؟ فيه قولان بآتيان . (فرع) إذا مات العبد وفى يده مال لم يرثه قرابته الأحرار ، لأن من الناس

من يقول : انه لا يملك المال ، ومنهم من قال انه يملكه اذا ملكه السيد ، وهذا ملك ضعيف يزول بزوال ملك سيده . وأما من نصفه حر ومن نصفه عبد فهو على وجهه مما أورده المصنف

أما اذا مات مسلم حر وخلف أولاداً أحراراً مسلمين وأولاداً مملوكين ورثه الأولاد المسلمون الأحرار ، فإن أسلم الكفار أو أعتق العبيد بعد قسمة الميراث لم يشاركوا في الارث بلا خلاف ، وإن أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا في الميراث عندنا ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أكثر أهل العلم : اذا أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا في الميراث عندنا وبه قال أكثر أهل العلم . وقال عمر وعثمان رضي الله عنهما : اذا أسلموا أو عتقوا قبل القسمة شاركوا في الارث . دليلنا أن كل من لم يرث حال الموت لم يرث بعد ذلك ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا فيما من قتل مورثه فمنهم من قال : ان كان القتل مضموناً لم يرثه لأنه قتل بغير حق وان لم يكن مضموناً ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الارث . ومنهم من قال : ان كان متهماً كالمخطيء أو كان حائماً فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم في قتله لاستعمال الميراث ، وان كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعمال الميراث . ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال ، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي (ص) قال لا يرث القاتل شيئاً ، ولأن القاتل حرم الارث حتى لا يجعل ذريعة الى استعمال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب

(الشرح) حديث ابن عباس رواه الدارقطني وفي اسناده كثير من مسلم وهو ضعيف ، وعند البيهقي حديث آخر بلفظ : من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه . وان لم يكن له وارث غيره . وفي اسناده عمرو بن برق وهو ضعيف . وعن أبي هريرة عند الترمذي وابن ماجه ، القاتل لا يرث ، وفي اسناده اسحاق بن عبد الله بن أبي فروة تركه أحمد وغيره وأخرجه النسائي في السنن الكبرى وقال : اسحاق متروك

ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، لا يرث القاتل شيئاً ، وأخرجه النسائي وأعله ، والدارقطني وقواه ابن عبد البر . ورواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه والشافعي وعبد الرزاق والبيهقي عن عمر : سمعت النبي (ص) يقول : ليس لقاتل ميراث ، وفي سننه انقطاع . وقال البيهقي : ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً ، قال الحافظ بن حجر : وكذا أخرجه النسائي من وجه آخر عن عمر وقال : انه خطأ وأخرجه ابن ماجه والدارقطني من وجه آخر عن عمر أيضاً

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه : والقاتلون عمداً أو خطأ لا يرثون ، وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا في ميراث القاتل من المقتول ، فذهب الشافعي الى أن القاتل لا يرث المقتول لا من ماله ولا من دينه ، سواء قتله عمداً أو خطأ أو مباشرة أو بسبب مصلحه . كسقى الدواء أو ربط الجرح أو لغير مصلحه متها كان أو غير متهم ، وسواء كان القاتل صغيراً أو كبيراً ، عاقلاً أو مجنوناً ، وبه قال عمر بن الخطاب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وأحمد بن حنبل . وقال أبو إسحاق المرزوي من أصحابنا : إذا ذك القاتل غير متهم بأن كان حاكماً لجاء مورثه فأقر عنده بقتل رجل عمداً وطلب وليه القود ، فسكنه الحاكم من قتله ، أو اعترف عندنا بالزنا وهو محصن فرجه أو اعترف بفعل الحرابة فقتل فإنه يرثه لأنه غير متهم في قتله .

ومن أصحابنا من قال : إن كان القتل مضموناً لم يرث القاتل لأنه قتل بغير حق ، وإن كان غير مضمون بأن قتله قصاصاً أو في الزنا أو كان باغياً فقتله العادل وما أشبه ذلك ورث ، لأنه قتل بحق فلا يمنع الارث . وقال عطاء وابن المسيب ومالك والاوزاعي ان كان القتل عمداً لم يرث القاتل لا من ماله ولا من دينه . وإن كان القتل خطأ ورث ماله ولم يرث من دينه . وقال أبو حنيفة وأصحابه إن قتله بمباشرة فلا يرثه سواء قتله عمداً أو خطأ إلا ان كان القاتل صبياً أو مجنوناً أو عادلاً فقتل الباغى فإنهم يرثون ، وإن قتله بسبب ، مثل أن حفر بئراً أو نصب سكيناً فوق عليها مورثه أو كان يقود دابة أو يسرقها فرستته فإنه يرثه وإن كان راكباً للدابة فرستت مورثه أو وطنته فوات فقال أبو حنيفة لا يرثه ،

وقال أبو يوسف ومحمد يرثه . أما نحن فدليلنا ما روينا من حديث ابن عباس
 لا يرث القاتل شيئا ، وحديث عمر وحديث أبي هريرة وحديث عمرو بن
 شعيب عن أبيه عن جده وكلها نصوص في أن القاتل لا يرث . والله أعلم
 قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واختلاف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض
 المخوف واتصل به الموت ، فقال في أحد القولين أنها ترثه لأنه متمم في قطع أرثها
 فورثت ؛ كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث . والثاني أنها لا ترث
 وهو الصحيح ، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الأثر كالطلاق في الصحة ، فإذا
 قلنا أنها ترث فإلى أي وقت ترث ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها ان مات وهي في
 العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق ؛ وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم
 يبق حكم الزوجية . والثاني أنها ترث ما لم تتزوج ، لأنها اذا تزوجت علمنا أنها
 اختارت ذلك ، والثالث أنها ترث أبدا ، لأن توربثها للفرار ، وذلك لا يزول
 بالزواج فلم يبطل حقها .

وأما اذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض ،
 وان سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متمم . وقال أبو علي بن أبي هريرة ترث لان
 عثمان بن عفان رضى الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ من عبد الرحمن بن عوف
 رضى الله عنه وكانت سألته الطلاق ، وهذا غير صحيح . فإن ابن الزبير خالف
 عثمان في ذلك ، وان علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز ان توجد قبل المرض
 فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث ، لأنه غير متمم في عقد الصفة ، وان علق
 طلاقها في المرض على فعل من جهتها ، فإن كان فعلا يمكنها تركه فعمات لم ترث
 لأنه غير متمم في ميراثها ، وان كان فعلا لا يمكنها تركه كالهلاة وغيرها فهو على
 القولين ، وان قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث ؛ لأنه مضطر الى
 اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة ، وان فسخ نكاحها في مرضه بأحد اليوب ففيه
 وجهان ، أحدهما انه كالطلاق في المرض ، والثاني انها لا ترث لأنه يستند الى موافق من
 جهتها ولأنه محتاج الى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب

(فصل) وإن طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات ، أو طلقها في مرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الإسلام ثم مات لم ترثه قولاً واحداً لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط إرثها فلم يعد .

(الشرح) إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وقع الطلاق رجعيًا فمات وهي في العدة أو ماتت قبله في العدة ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف أيضاً ، لأن الرجعية حكمها حكم الزوجة إلا في إباحة وطئها ، وهي كالخائض ، وإن كان الطلاق بائناً ، فإن ماتت قبل الزوج لم يرثها الزوج وهو إجماع أيضاً لا خلاف فيه ، فإن مات الزوج قبلها فهل ترثه ؟ فيه قولان .

قال في القديم : ترثه ، وبه قال عمر وعثمان وعلي ، ومن الفقهاء شعبة ومالك والاوزاعي والليث وسفيان بن عيينة وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد ، ووجه هذا ما روى أن عمر قال : الميتة في حال المرض ترث من زوجها ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر بنت أصبغ الكلابية في مرض موته فورثها منه عثمان بن عفان ، وروى أن عثمان لما حصر طلق امرأته فورثها منه علي بن أبي طالب وقال : قد كان أشرف علي موت ، ولأنه متهم في قطع ميراثها فغلظ عليه وورثت منه كالقاتل لما كان متهما في القتل لاستعجال الميراث غلظ عليه فلم يرث .

وقال في الجديد : لا ترثه ، وبه قال عبد الرحمن بن عوف وابن الزبير وأبو ثور وهو الصحيح ، لأنها فرقة يقطع ميراثه منها فقطعت ميراثها عنه كما أباها في حال الصحة وعكسه الرجعية ، ولأنها فرقة لو وقعت في الصحة لقطعتم ميراثها عنه فإذا وقعت في المرض قطعتم ميراثها عنه كاللعمان ، ولأنها ليست بزوجه له بدليل أنه لا يلحقها طلاقه ولا لإبلاؤه ولا لظهاره ولا عدة وفاته فلم ترثه كالأجنبية .
وأما ما روى عن عمر وعثمان وعلي ، فإن ابن الزبير وعبد الرحمن بن عوف مخالفان في ذلك فقال ابن الزبير : أما أنا فلا أرى أن ترث ميتة ، وعبد الرحمن ابن عوف إنما طلق امرأته في مرض موته ليقطع ميراثها عنه ، فإذا قلنا في الجديد فلا نفرع عليه ، وإن قلنا بقوله القديم قال : متى ترثه ؟ فيه ثلاثة أقوال ،

أحدهما : ترثه مادامت في عدتها منه ، فإذا انقضت عدتها لم ترثه : وبه قال أبو حنيفة وسفيان والليث والأوزاعي وإحدى الروايتين عن أحمد ، لأن الميراث للزوجة إنما يكون لزوجة أو لمن هي في حكم الزوجات ، فإدامت في عدتها منه فهي في حكم الزوجات .

والثاني : أنها ترثه ما لم تزوج بغيره ، فإذا تزوجت بغيره لم ترثه ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وهي الرواية الصحيحة عن أحمد ، لأن حقها قد ثبت في ماله ، فإذا لم يسقط ببينوئها لم يسقط بانقضائه عدتها ، وإنما يسقط برضاها ، فإذا تزوجت فقد رضيت بفراقه وقطع حقها عنه .

والثالث : أنها ترثه أبداً سواء تزوجت أو لم تزوج ، وبه قال مالك لأنها قد ثبت لها حق في ماله فلم ينقص بانقضائه عدتها ولا بتزويجها كغيرها .

(فرع) إذا أقر في مرض موته أنه قد كان طلق إمرأته في صحته ثلاثاً بانته منه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا ترثه قولاً واحداً ، لأن ما أقر به في مرض موته وإضافته إلى الصحة كالذي فعله في الصحة كما لو أقر في مرض موته أنه كان وهب ماله في صحته وأقبضه ، فإن ذلك لا يعتبر من الثلاث .

وحكى القاضي أبو الطيب عن بعض أصحابنا في ذلك قولين كما لو طلقها ثلاثاً في مرض موته لأنه منهم في إسقاط حقها فلم يسقط بدليل أنه لا يسقط بهذا الإقرار نفقتها ولا سداها في حال النكاح وإن أضاف ذلك إلى وقت ماض .

(فرع) إذا كان الرجل مريضاً فسألته امرأته أن يطلقها ثلاثاً ومات في مرضه ذلك ، أو قال لها في مرض موته : أنت طالق ثلاثاً إن شئت ، فقالت : شئت ، طلقت ، وهل ترثه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو علي بن أبي هريرة : هي على القولين ، لأن الأصل في هذا قصة عثمان في توريثه تماضر زوجها عبد الرحمن بن عوف في مرض موته ، وقد كانت سألته الطلاق .

وقال الشيخ أبو حامد : لا ترثه قولاً واحداً ، وهو المذهب لأنهم إذا سألته الطلاق فلا تهمة عليه في طلاقها ، وأما قصة تماضر لا حجة فيها لأن عبد الرحمن قال لنسائه : من أخبرت منكم أن أطلقها طلقتها ، فقالت تماضر : طلقني ،

فقال لها : اذا حضت فأعلميني فأعلمته فطلقها . وليس طلاقه لها في هذا الوقت
جواباً لكلامها لأن قولها طلقني يقتضى الجواب في الحال ، فاذا تأخر ثم طلقها
كان ذلك ابتداء طلاق .

وان سألته في مرض موته أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً ثم مات فهل ترثه
فيه قولان ، لأنها سألته تطليقها فاذا طلقها ثلاثاً صار متمماً بذلك لأنه قصد قطع
ميراثها ، فصار كما لو طلقها ثلاثاً ابتداء من غير سؤالها .

(فرع) اذا علق المريض طلاق امرأته ثلاثاً بصفة ثم وجدت تلك الصفة
في مرضه ومات ؛ فهل ترثه ؟ نظرت فان كان صفة لها منه بد مثل أن قال لها :
ان دخلت الدار أو خرجت منها أو كلت فلانا أو صليت النافلة أو صمت النافلة
فأنت طالق ثلاثاً ، ففعلت ذلك في مرض موته لم ترثه قولاً واحداً ، لأنها اذا
فعلت ذلك مع علمها بالطلاق فقد اختارت وقوع الطلاق عليها بما لها منه بد
فصارت كما لو سألته الطلاق ، وان كانت صفة لا بد منها بأن قال : ان تنفست
أو صليت الفرض أو كلت أباك أو أمك فأنت طالق ثلاثاً ففعلت ذلك في مرض
موته ومات فهل ترثه ؟ على القولين لأنها لا بد لها من فعل هذه الأشياء فصار
كما لو طلقها ثلاثاً طلاقاً منجزاً .

وقال الشيخ أبو حامد : ان قال لها ان مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمات في مرضه
فيه قولان ، لأنه لما جعل مرض موته شرطاً في وقوع الطلاق عليها كان متمماً
في ذلك ، فان قال لها وهو صحيح : ان جاء رأس الشهر أو جاء الحاج أو طلعت
الشمس وما أشبه ذلك فأنت طالق ثلاثاً ، فوجدت هذه الصفات في مرض موته
فهل ترثه ، قال البغداديون من أصحابنا : لا ترثه قولاً واحداً لأنه غير متمم في
ذلك ، لان اتفاق ذلك في مرضه مع هذه الصفات لم يكن من قصده . أما اذا قال
أنت طالق ثلاثاً قبل موتي بشهر ، فان عاش هذا الزوج بعد هذا القول أقل من
شهر ثم مات لم يحكم بوقوع الطلاق لانا لا نحكم بوقوعه قبل محله ، وان عاش بعد
ذلك شهراً ومات مع الشهر لم يقع الطلاق لأن الطلاق انما يقع عقيب الإيقاع
بمعه ، وان عاش شهراً واحداً طلقت قبل موته بشهر .

قال الشيخ أبو حامد : وهل ترثه ، فيه قولان لأنه متهم في ذلك ، ثم إنه بذلك منعها من الميراث .

(فرع) إذا طلقها ثلاثا في مرضه ، ثم صح ثم مرض ثم مات قاما لا ترثه قولا واحداً ، لأنه قد تخال بين المرض والموت حالة لو طلقها ثلاثا فيهما لم ترث شيئاً ، فكذلك إذا طلقها قبل تلك الحالة فوجب أن لا ترث ، وهكذا إذا طلقها في مرض موته ثلاثا ثم ارتد الزوج أو الزوجه ، ثم رجعا ثم مات الزوج لم ترثه قولا واحداً .

(فرع) إذا طلق امرأته في الصحة ثم لاعنها في مرض موته لم ترثه قولا واحداً لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة ، وإن قذفها في مرض موته ولاعنها — قال ابن الصباغ : فإنها لا ترثه قولا واحداً لأنه في حاجة إلى اللعان لإسقاط الحد عن نفسه .

قال ابن اللبان . ويحتمل أن يقال : إن كان قد نفى الحمل فإنها لا ترث لأنه مضطر إلى قذفها ، وإن لم ينف الولد ورثته في أحد القولين ، لأنه لم يضطر إلى قذفها ، وإن فسخ نكاحها في مرض موته بأحد العيوب فقيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق ، أحدهما : أنه كالطلاق في المرض فيكون في ميراثها منه قولان . والثاني لا ترثه قولا واحداً ، لأنه يستند إلى معنى من جهتها ، ولأن به حاجة إلى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب .

(فرع) إذا كانت تحته أربع نسوة وطلقهن في مرض موته طلاقاً بائناً ثم تزوج بعدهن أربعاً سواهن ثم مات من مرضه ذلك — فإن قلنا بالجديد : وأن المبتوتة في مرض الموت لا ترث كان ميراثه للأربع زوجات دون المطلقات ، وإن قلنا بالتقديم : وأن المبتوتة في مرض الموت ترث فتى ترث فيه ثلاثة أوجه حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) أنه للزوجات الجديدات دون المطلقات لأنه لا يجوز أن يرث الرجل أكثر من أربع زوجات ولا بد من تقديم بعضهن على بعض ، فكان تقديم الزوجات أولى ، لأن ميراثهن ثابت بنص القرآن ، وميراث المطلقات ثبت بالاجتهاد .

(والثاني) أنه للزوجات المطلقات دون الزوجات الجديداً ، لأنه لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع ، فكان تقديم المطلقات أولى لأن حقهن أسبق .
 (والثالث) أنه يكون بين المزوجات والمطلقات بالسوية لأن ارث الزوجات ثابت بنص القرآن ، وارث المطلقات ثابت بالاجتهاد فمترك بينهما ؛ وقول من قال : لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع زوجات ليس بصحيح لأن الشرع إنما منع من نكاح ما زاد على أربع ، وأما توريث ما زاد على أربع فلم يمنع الشرع منه ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان مات متوارثان بالغرق أو الهدم ، فإن عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسى ، وقف الميراث الى أن يتذكر ، لأنه يرجى أن يتذكر ، وان علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر ، أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ، ولم يعرف بعينه ، جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر ، لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه ، فلم يرثه كالجنين اذا خرج ميتا .

(فصل) وان أمر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضى زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله ، وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل ما يصبه ووقف الباقي الى أن يتبين أمره .

(الشرح) اذا مات متوارثان كالرجل وابنه أو كالأزواجين بالغرق أو الهدم فإن علم أن أحدهما مات أولاً وعرف عينه ورث الثاني من الأول ، وان علم أن أحدهما مات أولاً وعرف عينه ثم نسي ، وقف الأمر الى أن يتذكر من الأول منهما فيرث منه الثاني ، لأن الظاهر ممن علم ثم نسي أنه يتذكر ، وهذا لا خلاف فيه ، وان علم أنهما ماتا معا أو علم أن أحدهما أولاً ولم يعرف عينه .
 قال الشيخ أبو حامد : مثل ان غرقا في ماء فرأى أحدهما بصعد من الماء وينزل

ولم يعرف عينه ؛ والأخر قد نزل ولا يصعد ، فإنه يعلم لا محالة أن الذي يصعد وينزل لم يموت ، وأن الذي نزل ولا يصعد قد مات ، أو لم يعلم هل ماتا في حالة واحدة أو مات أحدهما قبل الآخر ، فذهبنا في هذه الثلاث المسائل أنه لا يرث أحدهما من الآخر ، وإنما يرث كل واحد منهما ورثته غير الميراث معه . وبه قال أبو بكر وعمر وابن عباس وزيد بن ثابت ومالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وذهب علي بن أبي طالب إلى أنه يرث كل واحد منهما الآخر ثم يرثهما ورثتهما وبه قال داود ،

دليلنا ما روى عن زيد بن ثابت أنه قال : ولا يرث أبو بكر موارث قبلي البجامة فكنت أورث الأحياء من الموتى ولا أورث الموتى من الموتى ، ولا كل من لم تعلم حياته عند موت مورثه لم يرثه ، أصله الحمل ، وهو أن رجلا إذا مات وخاف امرأة حاملا فإنه إن خرج حياً ورث ، لئنا تيقنا حياته عند موت مورثه ، وإن خرج ميتاً لم يرث ، لئنا لا نعلم حياته عند موت مورثه ، ولأن تورث كل واحد منهما من الآخر خطأ ييقن ، لأنهما إن ماتا معاً في حالة واحدة لم يرث أحدهما الآخر وإن مات أحدهما قبل الآخر فتورث الساق منهما . وتأمر الآخر ضراً فإذا كان كذلك لم يرث أحدهما من الآخر لأنه ليس أحدهما أن يكون مات أولاً بأولى من الآخر (فرع) إذا مات رجل وخلف ولداً أسيراً في أيدي الكفار فإنه يرث مادام يعلم حياته ، وبه قال أهل العلم كافة ، وقال النخعي لا يرث الأسير دليلنا قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولم يفرق بين الأسير وغيره . فأما إذا لم تعلم حياته فحسبه حكم المفقود ، وإذا فقد رجل وانقطع خبره لم يقسم ماله حتى يعلم موته أو يمضي عليه من الزمان من حين ولد زمان لا يعيش فيه مثله فحينئذ يحكم الحاكم بموته ويقسم ماله بين ورثته الأحياء يومئذ دون من مات من ورثته قبل ذلك .

وقال مالك : إذا مضى له من العمر ثمانون سنة قسم ماله ، وقال عبد الملك بن الماجشون : إذا مضى له تسعون سنة حكم الحاكم بموته ، وقال أبو حنيفة : إذا مضى له مائة وعشرون سنة ، وحكى بعضهم أن ذلك مذهب الشافعي . وإن مات المفقود من يرثه قبل أن يحكم بموته أعطى كل وارث من ورثته

ما يتيقن أنه له ووقف المشكوك فيه إلى أن يتيقن أمر المفقود ، مثل أن توت امرأة وتختلف زوجها وأختين وأخاً لأب وأم مفقوداً ، فإن الزوج لا يستحق النصف كاملاً إلا إذا تيقنا حياة الأخت عند موت المرأة ، ولا يستحق الاختان أربعة أسباع المال إلا إذا تيقنا موت الأخت عند موت المرأة ؛ والعمل في هذه وما أشبهها أن يقال لو كان الأخت ميتا وقت موت أخته لكانت الفريضة من سبعة ، للزوج ثلاثة وللأختين للأب والام أربعة ، ولو كان الأخت حيا وقت موت أخته لكانت الفريضة من ثمانية ، للزوج أربعة واكلاً أخت سهم وللأخت سهمان ، والثمانية لا توافق السبعة ، فيضرب ثمانية في سبعة فذلك ستة وخمسون ، فيعطى الزوج نصيبه وهو عند موت الأخت ، فله حينئذ ثلاثة من سبعة مضروب في ثمانية فذلك أربعة وعشرون وتعطى كل أخت نصيبها وهو عند وجود الأخت حيا عند موت أخته ، وذلك سهم من ثمانية مضروب في سبعة ، فذلك سبعة ويبقى من المال ثمانية عشر سهماً ، فيوقف ذلك إلى أن يتبين أمر الأخت ، فإن بان أنه كان حيا وقت موت أخته كان له سهمان من ثمانية في سبعة فذلك أربعة عشر سهماً يأخذها من الموقوف وللزوج أربعة من ثمانية في سبعة فذلك ثمانية وعشرون فله أربعة وعشرون ويبقى له أربعة فيأخذها من الموقوف وقد استوفى الاختان نصيبهما ، وإن بان أن الأخت كان ميتا وقت موت أخته كان للاختين أربعة من سبعة في ثمانية فذلك اثنان وثلاثون فلهما أربعة عشر ويبقى لهما ثمانية عشر وهو الموقوف فيأخذانه وقد استوفى الزوج نصيبه . هذا هو المشهور من المذهب

وخرج ابن اللبان في ذلك وما أشبهه وجمين آخرين (أحدهما) أن يجعل حكم الأخت المفقود حكم الحي ، لأن الأصل بقاء حياته ، فلا ينتقص الزوج من النصف كاملاً وإن لكل أخت الثمن ويوقف ربع المال ، فإن بان أن الأخت كان حيا وقت موت أخته دفع إليه الربع أو إلى ورثته إن كان قد مات . وإن بان أنه ميت وقت موت أخته أخذ من الزوج نصف السبع ودفع ذلك مع الربع الموقوف إلى الأختين وهل يؤخذ من الزوج ضامن في نصف السبع . فيه قولان (أحدهما) يؤخذ منه ضمان بجواز أن يكون الأخت ميتا (والثاني) لا يؤخذ منه ضمان كما يقسم مال الغرماء على الأحياء من ورثتهم ولا يؤخذ منهم ضمان والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ميراث أهل الفرائض

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل ، وهي النصف والربع والثلث والثلثان والثلث والسادس ؛ وهم عشرة ، الزوج والزوجه والأم والجدة ، والبنت وبنات الإبن ، والأخت وولد الأم والآب مع الإبن وابن الإبن والجد مع الإبن وابن الإبن .

فأما الزوج فله فرضان ، النصف ، وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن ، والربع وهو إذا كان معه ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله عز وجل ، ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ،

فأما الزوجة فلها أيضاً فرضان : الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن . والثلث إذا كان معها ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى ، ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثلث مما تركن من بعد وصية توصون بها أو دين ، فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد ، وقسنا ولد الإبن في ذلك على ولد الصلب ، لاجتماعهم على أنه كولد الصلب في الإرث والتعصيب ، فكذلك في حجب الزوجين ، وللزوجتين والثلث والأربع ما للواحدة من الربع والثلث لعموم الآية .

(الشرح) الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى ستة ، النصف ونصفه

ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه وأهل الفروض عشرة

- ١- الزوج
- ٢- الزوجة
- ٣- الأم
- ٤- الجدة
- ٥- البنت
- ٦- بنت الإبن
- ٧- الأخت
- ٨- ولد الأم
- ٩- الآب مع الإبن أو ابن الإبن
- ١٠- الجد مع الإبن أو ابن الإبن

فأما الزوج فله فرضان ، النصف مع عدم الولد وولد الإبن ، والربع مع

وجود الوالد أو والد الابن وإن سفل ، ذكرأ كان أو أنثى ، لقوله تعالى دواكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لمن ولد ، فإن كان لمن ولد فلكم الربع مما تركن ، فأما الزوجة فلها الربع من زوجها إذا لم يكن له ولد ابن وإن سفل ، ولها منه الثمن إذا كان له ولد أو ولد ابن وإن سفل . ذكرأ كان أو أنثى لقوله تعالى دواكم الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهم الثمن مما تركتم ، وللزوجتين والثلاث والأربع ما للزوجة الواحدة لقوله تعالى (ولهن) وجعل سبحانه لمن نصف ميراث الذكر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الأم فلها ثلاثة فروض

(أحدها) الثلث . وهو إذا لم يكن للبيت ولد ولا ولد ابن ولا اثنتان فصاعداً من الاخوة والاختوات لقوله عز وجل د وورثه أبواه فلأمه الثلث ،

(والفرض الثاني) السدس ، وذلك في حالين

(أحدهما) أن يكون للبيت ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى د ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، ففرض لها السدس مع الوالد ، وقسنا عليه ولد الابن

(والثاني) أن يكون له اثنتان فصاعداً من الاخوة والاختوات . والدليل عليه قوله عز وجل د فإن كان له اخوة فلأمه السدس ، ففرض لها السدس مع الاخوة ، وأقلمهم ثلاثة . وقسنا عليهم الاخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات

(والفرض الثالث) ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين ؛ وذلك في مسألتين ، في زوج وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، للأم ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين ، والباقي للأب . والدليل عليه أن الأب والأم إذا اجتمعا كان للأب الثلثان والأم الثلث ، فإذا زاحهما ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين ، قالوا اجتمعا مع بنت

(الشرح) الأم لها ثلاثة فروض الثلث أو السدس أو ثلث ما يبقى ، ولها سبعة أحوال . أحدها : أن يكون معها ولد ذكر أو أنثى أو ولد ابن ذكر أو أنثى وإن سفل ، فلها السدس لقوله تعالى : ولا يورثه لئكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد .

ثانيها : أن لا يكون مع الأم ولد ولا ولد ابن ولا أحد من الاخوة والاختوات فللأم الثلث لقوله تعالى : فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث .
ثالثها : أن يكون مع الأم ثلاثة إخوة أو ثلاث أخوات أو منبهما فلها السدس لقوله تعالى : فإن كان له إخوة فلأمه السدس ، وقوله تعالى : إخوة لفظ جمع وألفه ثلاثة .

رابعها : أن يكون مع الأم أخ أو أخت فلها الثلث أيضاً لقوله تعالى : فإن كان له إخوة فلأمه السدس فحجبها عن الثلث الى السدس بالاخوة ، وذلك جمع ولا خلاف أن الواحد ليس بجمع .

خامسها : أن يكون مع الأم اثنان من الاخوة والاختوات أو منبهما فللأم السدس ، وبه قال الصحابة والفقهاء عامة الا ابن عباس فإنه قال : لها الثلث ، وله خمس مسائل في الفرائض انفرد بها ، هذه احداهن .

دليلنا : أنه حجب لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يوقف على اثنين ، أصله حجب بنات الابن بالبنات ، فقولنا : حجب لا يقع بواحد احتراز من حجب الزوج والزوجة فإنه يقع الواحد من الأول ، وقولنا ينحصر بعد احتراز من حجب البنات بالبنات والاخوة والاختوات لأن الابنة فرضها النصف والاخت فرضها النصف ، وإذا حصل مع احدهما أخوها حجبها من النصف ، ولا ينحصر هذا الحجب بعدد ، بل كلما كثرت الاخوة حجبوها أكثر ، ولأننا وجدنا الاثنين من الأخوات كالثلاث في استحقاق الثلثين ، فوجب أن يكون حجب الاثنين من الاخوة للأم حجب الثلاثة .

وروى أن ابن عباس دخل على عثمان فقال له . قال الله تعالى : فإن كان له إخوة فلأمه السدس ، وليس الأخوات أخوة بلسان قومك ، فقال عثمان :

لا يستطيع أن أرد ما كان قبلي ، وانتشر في الامصار ، وثوارث به الناس ، فدل
بهذا أنهم أجمعوا على ذلك .

سادسها : اذا كان هناك زوج وأبوان ، قال أصحابنا : فللزوجة النصف وللأب
ثلث ما بقي ، وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم وللأب
سهمان ، وقال بعض أصحابنا كما أفاده صاحب البيان : للام هاهنا الثلث ، ولا يقال
لها ثلث ما بقي ، قلت : ومعنى العبارتين واحد لان العبارة الواحدة هي المشهورة
وبه قال عامة الصحابة والفقهاء .

وقال ابن عباس : للزوج النصف ؛ وللأم ثلث جميع المال ، وللأب ما بقي ،
وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان وللأب سهم وتابعه على هذا شريح
سابعها اذا كان زوجة وأبوان فللزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم
والأب ما بقي وهو سهمان ، وبه قال عامة الصحابة وأكثر الفقهاء .

وقال ابن عباس للزوجة الربع وللأم ثلث جميع المال ، وللأب ما بقي وأصلها
من اثني عشر للزوج ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأب خمسة ، وهاتان المستلفتان في
المسائل التي انفرد بها ابن عباس عن الصحابة ، وتابعه عليها شريح وابن سيرين
ودليلنا أن في الاوله يؤدي الى تفضيل الام على الاب ، وهذا لا يجوز ، ولانهما
معهما أو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقي بعد ذلك السهم ، كما لو كان مع
الابوين بنت ، ولان كل ذكر وأنثى لو انفرد كان للذكر الثلثان والانثى الثلث ؛
وجب اذا كان معهما زوج او زوجة ان يكون ما بقي بعد فرض الزوج والزوجة
بينهما كما كان بينهما اذا انفرد كالابن والابنة والاخ والاخت .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واما الجدة فان كانت ام الام او ام الاب فلها السدس ، لما روى
قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة الى ابي بكر رضى الله عنه فسألته عن ميراثها
فقال ابو بكر الصديق رضى الله عنه ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك
في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فأرجعى حتى أسأل الناس فسأل عنها
فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس ،

فقال أبو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسleme الأنصارى رضى الله عنه فقال مثل ما قال ، فأنفذه لها أبو بكر رضى الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضى الله عنه فسألته ميراثها ، فقال لها : مالك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لفيرك وما أنا بزائد فى الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذلك السدس ، فان اجتمعتا فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها ، وإن كانت أم أبى الام لم ترث لأنها تدلى بغير وارث ، وإن كانت أم أبى الأب ففيه قولان .

(أحدهما) أنها ترث وهو الصحيح ، لأنها جدة تدلى بوارث فورثت كام الام وأم الأب .

(والثانى) أنها لا ترث لأنها جدة تدلى بجدة فلم ترث كام أبى الام ، فإن اجتمعت جدتان متحاذيتان كام الام وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه ، فان كانت إحداهما أقرب نظرت ، فان كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لان البعدى تدلى بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الام مع الام ، وإن كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الام ففيه قولان .

(أحدهما) أن القربى تحجب البعدى ، لانهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت لحجبت القربى منهما البعدى ، كما لو كانت القربى من جهة الام .

(والثانى) لا تحجبها وهو الصحيح ، لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الام ، فلأن لا تحجبها الجدة التى تدلى به أولى ، وتخالف القربى من جهة الام ، فان الام تحجب الجدة من قبل الأب لحجبتها أمها والأب لا يحجب الجدة من قبل الام فلم تحجبها أمه ، فان اجتمعت جدتان إحداهما تدلى بولادتين بأن كانت أم أم أب ، أو أم أم أم ، والأخرى تدلى بولادة واحدة كام أبى أب ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس : أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التى تدلى بولادة سهمها وتأخذ التى تدلى بولادتين سهمين .

(والثانى) وهو الصحيح أنهما سواء لانه شخص واحد فلا يأخذ فرضين .

(الشرح) حديث قبيصة بن ذؤيب رواه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود

والبرمذى وصحبه وابن حبان والحاكم . قال الحافظ ابن حجر : وإسناده صحيح لشدة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، فان قبيلة لا يصح سماعه من الصديق ولا يمكن شهوده القصة ، أقاده ابن عبد البر ، وقد اختلف في مولده ، والصحيح أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة ، وقد أعله ابن عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع ، وقال الدارقطني في العمل بعد أن ذكر الاختلاف فيه على الزهري : يشبه أن يكون الصواب قول مالك ومن تابعه . وقد وردت أحاديث متصلة صحيحة تؤيد قصة قبيلة عميد الطبراني والبيهقي والدارقطني وابن ماجه وأبي القاسم ابن منده ، وقد نقل محمد بن نصر من أصحاب الشافعي اتفاق الصحابة عليه .

أما الأحكام : فان الجدة أم الام أو أم الاب وارثة بما روى خارجة بن زيد عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الجدة أم الام السدس . واجمعت الامة على توريت الجدة .

إذا ثبت هذا : فان فرضها السدس ، سواء كانت أم ام أو أم اب ، وبه قال الصحابة كافة كما قررنا والفقهاء اجمع ، وروى عن ابن عباس رواية شاذة انه قال أم الأم ترث الثلث لأنها تدلى بالام فورثت ميراثها كالجديرت ميراث الاب . ودليلنا ما ذكرناه من الخبرين ، وبما رواه قبيلة بن ذؤيب في قصة الجدة المذكورة في الفصل .

قال الشيخ ابو حامد والجدة التي اتت ابا بكر هي أم الام ؛ والجدة التي اتت عمر هي أم الأب ، ومعنى قول ابي بكر رضى الله عنه . مالك في كتاب الله شيء لان الكتاب محصور ، وليس فيه ذكر الجدة ، ولهذا قلنا ان اسم الام لا ينطاق على الجدة لأنه قال . مالك في الكتاب شيء ، وفي الكتاب ذكر الأم ، ثم قال وما عدت لك في السنة شيئاً فلم يقطع به ، لأن السنة لا تنحصر ، ولكن اراد على مبلغ علمه ومعنى قول عمر لست بزائد في الفرائض اى لا ازيد في الفريضة لاجلك ، وإنما هو ذلك السدس الذى قضى به .

واما الاحتجاج بقول ابن عباس لما كانت تدلى بالام اخذت ميراثها يبطل بالأخ من الام ، فانه يدلى بها ، ولا ياخذ ميراثها . إذا ثبت هذا فان أول منازل

الجدات مجتمع فيه جدتان أم الأم وأم الأب ، فإن هدمت إحداهما ووجدت الأخرى كان السدس للموجودة منهما ، وإن اجتمعا كان السدس بينهما .

قال الشيخ أبو حامد لما روى الحكيم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الجدتين السدس ، وروى القاسم بن محمد قال : أنت الجدتان أم الأم وأم الأب أبابكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل من الانصار أما أنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث لجعل السدس بينهما ، رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن القاسم ورواه الدارقطني من طريق ابن عيينة .

قال الشيخ أبو حامد : وأصحابنا يحسبون أن هذه القضية كانت لعمر ، وإنما هي قضية أبي بكر ، ومعنى قول الانصاري تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث لأنه ابن ابنها ، فإذا ارتفع الجدات إلى المنزلة الثانية ، اجتمع أربع جدات اثنتان من جهة الأم ، وهما أم أم الأم ، وأم أب الأم ، واثنتان من جهة الأب فأم أم أم الأم ، وأم أم الأب فهما وارثتان بلا خلاف ، وأما أم أب الأم فانها غير وارثة ، وهو قول الفقهاء كافة ، إلا ما روى عن ابن سيرين أنه ورثها وهذا خطأ لأنها تدلى ^(١) بمن ليس بوارث فلم تكن وارثة كإبنة الخال ، وأما الجدة أم أب الأب فهل ترثه ، ففيه قولان .

(أحدهما) لا ترث ، وبه قال أهل الحجاز الزهري وربيعة ومالك لأنها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم أب الأم ، فعلى هذا لا يرث قط إلا جدتان .

(والثاني) أنها ترث ؛ وبه قال علي وابن مسعود وابن عباس ، وهي إحدى الروايتين عن زيد بن ثابت ، وبه قال الحسن البصري وابن سيرين وأهل الكوفة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح ، لأنها جدة تدلى بوارث فورثت كأم الأم ؛ ولأن قليل الصحابة رضي الله عنهم موجود فيها حيث قال لأبي بكر في أم الأب ورثتها عن لو ماتت لم يرثها ولم تورثها عن لو ماتت ورثها فورثها أبو بكر رضي الله عنه لهذه العلة ، وهي أم الأب فعلى هذا ترث في الدرجة الثانية

(١) تدلى أى تتوصل وتمت وهو من إدلاء الدلو ، وأدلى بصحته أثبتما .

ثلاث جدات ، فإذا ارتفع الجدات إلى المنزلة الثالثة اجتمعن ثماني جدات نيرث
 منهن أربع ولا ترث أربع ، وإنما كان كذلك لأن الميت واحد فله في المنزلة
 الأولى جدتان ، فإذا ارتفعن إلى الدرجة الثانية كان الميت أبوان ، وكل واحد
 منهما جدتان فيجتمع له في الدرجة الثالثة ثماني جدات ثم في الرابعة ستة عشر
 جدة ، وكلما ارتفع الميت درجة ازداد عدد الجدات ضعفاً . وأما الوارثات منهن
 فيورث في الدرجة الأولى جدتان ، وفي الثانية ثلاث ، وفي الثالثة أربع ، وفي
 الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة . في الدرجة الأولى جدتان وفي الثانية ثلاث
 وفي الثالثة أربع ، وفي الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة في الدرجة التاسعة
 والتسعين يزيد على عدد الدرجات بوحدة

وإذا اجتمع الجدات الوارثات وهن متحاذيات كان السدس بينهما لما ذكرناه
 في الحد بين أم الأم وأم الأب .

وإن اجتمع جدتان إحداها أبعد من الأخرى نظرت . فإن كانتا من جهة
 واحدة بأن كان هناك أم أم وأم أم أم كان السدس لام الأم ، لأن البعدي
 تدل هذه القربي . وكل من أدلى بغيره فإنه لا يشاركه في فرضه كالجد مع الأب
 وابن الابن مع الابن . وعلى هذا جميع الأصول

فإن قيل : ليس الأخ للأم بدلي بالأم ومع ذلك فإنه يرث معها . فالجواب
 أنه لا يرث أخاه بالأدلاء إليه بالأم ، ولكن لا أجل أنه ركض معه في رحم واحد
 وأنه وإن أدلى بها فقد احترزنا عنه بقولنا لا يشاركه في إرثه ، وهو أن السدس
 إرث للقربي لو انفردت الجدة البعدي لشاركتها في ذلك السدس ، وليس
 كذلك الأخ للأم .

وإن اجتمع أم أب وأم أب الأب فإن السدس يكون لام أب الأب ويسقط
 أم أب الأب ، وبه قال علي وزيد والفقهاء أجمع . وقال ابن مسعود في إحدى
 الروايتين عنه يشتركان في السدس ، وهذا ليس بصحيح لانهما من جهة واحدة
 إذ أنهما يدلان بالأب ، وإحداها أقرب من الأخرى فسقطت البعدي كأم الأم
 إذا اجتمعت مع أم أم الأم ، وإن كانتا من جهتين إحداها من جهة الأم
 والأخرى من جهة الأب نظرت ، فإن كانت القربي من جهة الأم والبعدي من

جهة الاب ، فإن القربى تسقط البعدى . وقال ابن مسعود لا تسقطها ، وإنما يشتركان في السدس ، دليلنا أن إحداهما أقرب من الأخرى فسقطت البعدى بالقربى ، كما لو كانا من جهة واحدة

وإن كانت القربى من جهة الاب والبعدى من جهة الام ففيه قولان : أحدهما أن البعدى منهما تسقط القربى . وبه قال على بن أبى طالب ، وهو قول أهل الكوفة ، ورووا ذلك عن زيد بن ثابت لأنهما جدتان لو انفردت كل واحدة منهما لكان لها السدس ، فإذا اجتمعا وجب أن تسقط البعدى بالقربى ، كما لو كانت القربى من جهة الام ، والثانى لا تسقط البعدى بالقربى بل يشتركان في السدس ، وهى الرواية الثانية عن زيد ، رواه المدنيون عنه ، وهو الصحيح ، لأن الاب لو اجتمع مع الام لم يحجبها وإن كان أقرب منها ، فلان لا يسقط الجدة التى يدلى به من هو أبعد منها لأن جهة الام أولى

(فرع) وإن اجتمع جدتان متحاذيتان وإحداهما تدلى بقربة والأخرى تدلى بقربتين بأن تزوج رجل بابنة عمته فولد منها ولداً فإن جدة هذا الولد أم أبى إليه وهى جدته أم أمه ؛ وإن اجتمع معها أم أم الى هذا الولد ففيه وجهان ، أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج وبه قال الحسن بن صالح ومحمد بن الحسن وزفر أن السدس يقسم بين هاتين الجدتين على ثلاثة . فتأخذ التى تدلى بولادتين بسهمين وتأخذ التى تدلى بولادة سهماً لأنها تدلى بنسب واحد . والثانى يقسم السدس بينهما نصفين . وبه قال أبو يوسف وهو الصحيح لأنها شخصر واحد فلا تأخذ فرضين .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وأما البنت فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى : وإن كانت واحدة فلها النصف . وللإنتين فصاعداً الثلثان . لما روى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد ، قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع حمهما لهما مالا الا أخذه . فاترى يا رسول الله . والله لا تنكحان الا ولهما مال ، فقال رسول الله (ص) فهو الله

في ذلك . فنزلت اليه سورة النساء ، بوصيكم الله في أولادكم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعوا الى المرأة وصاحبها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين . وأعط أمهما الثمن وما بقى فلك ، فدلت الآية . وهو قوله تعالى ، فان كن نساء فوق اثنتين فلمن ثلثا ما ترك ، على فرض ما زاد على الاثنتين . ودلت السنة على فرض الثلثين .

(فصل) وأما بنت الابن فلها النصف اذا انفردت وللإثنتين فصاعداً الثلثان لاجماع الامة على ذلك . ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تسكئة الثلثين . لما روى الهزيل بن شرحبيل قال : جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضى الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا : للبنت النصف وللأخت النصف . وأت عبد الله فانه سئتابعنا . فأتى عبد الله فقال : انى قد ضللت اذا وما أنا من المهتدين . لا قضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وللبنت النصف . ولبنت الابن السدس تسكئة الثلثين وما بقى فللأخت ، ولأن بنت الابن ترك فرض البنات ولم يبق من فرض البنات الا السدس وهكذا لو ترك بنتا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تسكئة الثلثين لما ذكرناه من المعنى . وان ترك بنتاً وبنت ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنات بدرجة كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تسكئة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبداً

(الشرح) حديث جابر مضمي تخريجه ، وأما حديث هذيل بن شرحبيل فقد رواه أحمد والبخارى وأبوداود والترمذى وابن ماجه . وفي رواية البخارى فأتبنا أبا موسى . وفي رواية غيره ، جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة ، وهذه الواقعة كانت في عهد عثمان . لان أبا موسى كان وقت السؤال أميراً على الكوفة وسلمان قاضياً بها . وقد اختلف في صحبته

أما الاحكام فان البنت لها النصف لقوله تعالى ، وان كانت واحدة فلها النصف ، وان كانتا اثنتين فلها الثلثان وبه قال الصحابة والفقهاء كافة ، وروى عن ابن عباس

رواية شاذة أنه قال للابنتين النصف لقوله تعالى ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلمن الثلث ما ترك .

دلينا حديث جابر الذي ساقه المصنف الذي دل على أن للبتين الثلثين ، ولأن الآية وردت على سبب وهو ابتنا سعد بن الربيع ، فلا يجوز لإخراج السبب عن حكم الآية . وأيضاً فإن الله تعالى فرض للإبنة الواحدة النصف وفرض للاخت الواحدة النصف في آية أخرى وجعل حكمهما واحداً ، ثم جعل للاختين الثلثين ، ووجدنا أن البنات أقوى من الاخوات بدليل أن البنات لا يسقطن مع الاب ولا مع البنين والاخوات يسقطن مع الاب والبنين ، فإذا كان للاختين الثلثان فالابنتان بذلك أولى .

والجواب عن قوله : فإن كن نساء فوق اثنتين فإن قوله (فوق) صلة في الكلام لقوله تعالى ، فاضربوا فوق الأعناق ، وإن كان البنات أكثر من اثنتين فهما الثلثان للآية .

أما مسأله - إبنة الابن فإن لها النصف اذا انفردت ولا يبقى الابن فصاعداً الثلثان ، لأن الامه أجمع على أن ولد البنين يقومون مقام الاولاد ، ذكرهم كذكور الاولاد وإناتهم كانوا لهم ، فاذا اجتمع ابنة وابنه ابن دن للإبنة النصف ولا إبنة الابن السدس تكلمة الثلثين لما رواه هزيل بن شرحبيل في قصة سؤال أبي موسى وسلمان بن ربيعة ثم فتوى ابن مسعود .

وقولها : وأنت عبد الله فإنه سيتابعنا ، جعل ابن مسعود بقول قد ضللت إذن وما أنا من المهتدين ، يعني إذا تابعتها أو أفنت بقولها . ثم قال لا قضين فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للإبنة النصف ولا إبنة الابن السدس والباقي للأخت ، فأخبر أن هذا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن بنات الابن يرثن فرض البنات ، ولم يبق من فروض البنات إلا السدس فكان لابنة الابن . وان ترك ابنة وبنات ابن كان للإبنة النصف وبنات الابن السدس لأنه هو الباقي عن فرض البنات ، وهكذا لو ترك بنتا وبنت ابن ابن بدرج أو بنات ابن ابن بدرج كان للإبنة النصف ولمن بعدها من بنات الابن وان بعدت السدس إذا تحاذين وان كان بعضهم أعلى من بعض كان السدس لمن أعلا منهم .

وقال ابن مسعود : لبنات الابن الأقل من المقاسمة وهو السدس ، فإن كان السدس أقل كان له السدس والباقي لابن الابن ، وإن كانت المقاسمة أقل من السدس فلهن المقاسمة ، ودليلنا عليه ما ذكرناه في الأولة .

(فرع) فإن خلف بنتا وابن ابن وبنت ابن ابن فللابنة النصف والباقي لابن الابن وسقط بنت ابن الابن لأنه أقرب منها ، وإن خلف بنتين وبنت ابن وابن ابن كان للبنتين الثلثان ، والباقي بين بنت الابن وابن ابن الابن للذكر مثل حظ الانثيين ، وقال بعض الناس : لابن ابن الابن وسقط بنت الابن .

ودليلنا : أما وجدنا أن بنت الابن لو كانت في درجة ابن الابن لم تسقط معه بل يعصبا ، فلما لم يسقطها إذا كانت في درجته فلأن لا يسقطها إذا كانت أعلا منه أولى ، وإن خلف بنتا وبنات ابن وابن ابن ابن كان للبنت النصف ، ولبنات الابن السدس ، تسكئة الثلثين والباقي لابن ابن الابن ، لأن من فوقه من بنات الابن قد أخذت شيئاً من فرض البنات فلا يجوز أن يرث بالتعصيب فكان الباقي له دونهن ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما الأخت الاب والام فلها النصف إذا انفردت ، وللانثيين فصاعداً الثلثان لقوله عز وجل : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وللثلاث فصاعداً ما للانثيين لأن كل فرض يغير بالمدد كان الثلاث فيه كالانثيين كالبنات ، وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الاب والام النصف إذا انفردت ، وللانثيين فصاعداً الثلثان ، لأن ولد الاب مع ولد الاب والام كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كبيراتهم (فصل) والأخوات من الاب والام مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل .

وروى إبراهيم عن الأسود قال : قضى فينا معاذ بن جميل رضي الله عنه على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة تركت بنتها وأختها للبنت النصف ،
والأخت النصف .

وعن الأسود قال : كان ابن الزبير لا يعطى الأخت مع البنت شيئاً فقلت :
إن مماذا قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف ، قال : فأنت
رسولي بذلك ، فإن لم تكن أخوات من الأب والام فالأخوات من الأب لأنهن
يرثن ما يرث الأخوات من الأب والام عند عدمهن .

(فصل) وأما ولد الأم فلولواحد السدس وللأثنين فصاعداً الثلث ،
والدليل عليه قوله عز وجل : وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو
أخت فكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ،
والمراد به ولد الام ، والدليل عليه ما روى أن عبد الله وسعداً كانا يقرآن له وله
أخ أو أخت من أم ، وسوى بين الذكور والإناث الآية ، ولأنه ارث بالرحم
المحض فاستوى فيه الذكر والإني كثيرات الابوين مع الابن .

(فصل) وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن ، لقوله عز وجل
: ولا يورثه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، ففرض له السدس
مع الابن ، وقيس عليه إذا كان مع ابن الابن ، لأن ابن الابن كالابن في الحجب
والتعصيب ، وأما الجد فله السدس مع الإبن وابن الإبن لإجماع الأمة .

(فصل) ولا ترث بنت الابن مع الابن ، ولا الجدة أم الابن مع الابن .
لأنها تدلى به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن ، والجدة مع
الابن : ولا ترث الجدة من الام مع الام ، لأنها تدلى بها ، ولا الجدة من الاب
لأن الام في درجة الأب والجدة في درجة الجد ، فلم ترث معها ، كما لا يرث
الجد مع الاب .

(الشرح) حديث إبراهيم عن الأسود رواه أبو داود وكذا البخاري بمعناه
أما مسألة الأخوات للأب والام فترتيبهن كترتيب البنات . فإن خلف أختنا
واحدة فلها النصف ، فإن خلف أختين فصاعداً فلهن الثلثان لقوله تعالى
: يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها

نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، فان كانتا اثنتين فلها الثلثان بما ترك ، وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ، وليس في الآية ذكر ثلاث أخوات فما زاد ، ولكن قد ذكر في البنات اذا كن فوق اثنتين أن لهن الثلثين ، ولم يذكر الثلاث في الأخوات اكتفاء بما ذكره في البنات ، كما أنه لم يذكر ما للإثنين اكتفاء بما ذكره للاختين ، لأن حكم البنات والأخوات واحد وأيضاً قد روى جابر قال : اشتكيت وعندى ثلاث أخوات فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعودني ، فقلت يا رسول الله كيف أصنع بما لي ولبس برثتي الا الكلالة ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجعت فقال : قد أنزل في أخواتك وبينن ، فجعل لهن الثلثين . قال جابر فنزلت قوله : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، فذكر أن الآية نزلت في أخواته وهن تسع على ما في الصحيح وانما وردت بإبنتين ، فدل على أن المراد بالايه الابنتان وما زاد عليهما

(فرع) وأما الأخوات للآب والام كبنات الابن مع البنات لأنهن قد تساوين في الأخوة ، لأن الأخوات للاب والام فضلان في الإدلاء بالام فيكن كالبنت فضلان على بنت الابن

اذا ثبت هذا فان لم يكن هناك أحد من الأخوة للآب والام وهناك أخت واحدة لآب فلها النصف ، وان كانتا أختين فصاعداً فلها الثلثان . وان كان هناك أخت لآب وأم وأخت لآب كان للاخت للاب والام النصف والاخت للاب السدس قياساً على ابنة الابن مع ابنة الصلب .

وان كان هناك أخت لآب وأم وأخ وأخت كان للاخت للاب والام النصف والاخ والاخت للاب الباقي للذكر مثل حظ الانثيين ، وان خلف أختين لآب وأم وأختاً لآب كان للاختين للاب والام الثلثان ولا شيء للاخت للاب لانه لا يجوز أن يأخذ للأخوات الفرض أكثر من الثلثين .

وان خلف أختين لآب وأم وأخ وأخت لآب فللاختين للآب والام الثلثان وما بقي للاخ والأخوات للاب ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عامة الصحابة والفقهاء الا ابن مسعود فإنه قال : لهن الاقل من المقاسمة أو سدس المال وقد مضى الدليل على ذلك في بنات الابن

وان خلف أختين لاب وأم وأختا لاب وابن أخ لاب، وأم أم لاب
فلاختين للاب والامّ الثلثان والباقي لابن الاخ، ولا يعصب الاخت للاب .
والفرق بينه وبين ابن الابن حيث عصب عمته أن ابن الابن يعصب أخته فهصب
عمته وابن الاخ لا يعصب أخته فلم يعصب عمته

(فرع) وان خلف ابنة وأختا لاب وأم أو لاب أو ابنة ابن وأختا لاب
وأم أو لاب كان للابنة أو لابنة الابن النصف وما بقى للاخت . وهكذا ان خلف
ابنتين وأختا لاب وأم أو لاب كان للابنة النصف ولابنة الابن السدس وللأخت
ما بقى . وكذلك ان كان في هذه المسائل مع الاخت ابن أخ أو عم ، فإن ما بقى
عن فرض البنات للاخت دون ابن الاخ والعم ، وبه قال عامة الصحابة والفقهاء
الا ابن عباس فانه لم يجعل للاخت مع البنت مع ابنة الابن شيئا ، بل جعل ذلك
لابن الاخ أو للعم لقوله تعالى : قل الله يفتيك في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له
ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، فورث الاخ شرط أن لا يكون للميت ولد ،
ولقوله صلى الله عليه وسلم : ما أبقت الفرائض فلاولى عصبية ذكر

دليلنا ما ذكرناه من حديث هذيل بن شرحبيل ، قال ابن مسعود لا تقضين
فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : للابنة النصف ولابنة الابن السدس
والأخت ما بقى .

وأما الجواب عن قوله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة ، ان امرؤ
هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، فان الآية تدل على أنه لا فرض
لها اذا كان للميت ولد ، ونحن نقول كذلك لان هذا النصف الذى يأخذه مع عدم
الولد يأخذه بالفرض . وهذا الذى يأخذه مع وجود الولد يأخذه بالتعصيب بدليل
ما ذكرناه من الخبر .

فأما قوله صلى الله عليه وسلم : ما أبقت الفرائض فلاولى عصبية ذكر ، فيحتمل
اذا لم يكن هناك أخوات ، بدليل ما ذكرناه من خبر ابن مسعود ، ولان للاخت
تعصيبا ولابن الاخ تعصيبا ، وتعصيب الأخت أولى لانها أقرب من ابن الاخ
والعم وابن العم .

وأما مسألة ولد الأم فللأحد منهم السدس ذكر أ كان أو أنثى وللأثنين فما زاد منهم الثلث ، ويستوى فيه بين الذكر والأنثى لقوله تعالى ، وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ، وهذه الآية نزلت في الإخوة والأخوات للأم ، بدليل ما روى أن سعد بن أبي وقاص وابن مسعود كانا يقرآنها ، وله أخ أو أخت من أم فلكل واحد منهما السدس ، والقراءة الشاذة تحمل محل الاخبار عن النبي (ص) أو التفسير ، فيجب العمل به ، ولأن إرث الإخوة للأم إرث بالرحم المحض ولا تعصيب لهم فاستوى ذكرهم وأنثاهم كالأبوين مع الابن

وأما مسألة الأب فله ثلاث حالات : حالة يرث بالمرض لا غير ، وحاله يرث فيها بالتعصيب لا غير . وحاله يرث فيها بالفرض والتعصيب

فأما الحالة التي يرث فيها بالفرض لا غير فهو إذا كان مع الابن أو ابن الابن فإن فرض الأب السدس لقوله تعالى ، ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، والمراد بالولد هنا الذكر .

وأما الحالة التي يرث فيها بالتعصيب لا غير فتقسم قسمين : أحدهما ينفرد بجميع المال وهو إذا لم يكن معه من له فرض غير الابنة ، مثل أن كان معه أم أو أم أم أو زوج أو زوجة فإنه يأخذ ما بقى عن فرض هؤلاء بالتعصيب لقوله تعالى ، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا تمه الثلث ، فأضاف المال الى الأبوين ثم قطع الام منه الثلث ولم يذكر حكم الباقي ، فدل على أن جميعه للأب

وأما الحالة الثالثة التي يرث فيها بالفرض والتعصيب فهو إذا كان أب وابنة أو ابنة ابن فإن للأب السدس بالمرض وللابنة أو لابنة الابن النصف والباقي للأب بالتعصيب ،

وقيل إن رجلاً سأل الشعبي عن رجل مات وخلف بنتاً وأباً فقال له : للابنة النصف والباقي للأب ، فقال أصبحت المعنى وأخطأت العبارة . قل للأب السدس وللابنة النصف والباقي للأب . وهكذا لو خلف ابنتين وأباً ؛ أو ابنة ابن وأباً ، فللأب السدس وللابنتين الثلثان والباقي للأب .

(فرع) وأما الجد ففرضه السدس مع الابن أو ابن الابن لاجتماع الأمة على ذلك . وإن مات رجل وخلف جداً أو ابنة ابن قال المسعودى فر أصحابنا من قال للجد السدس بالفرض وللابنة أو ابنة الابن النصف والباقي للجد بالنصيب كما قلنا فى ابنة وأب . ومنهم من قال يجوز أن يقال للابنة النصف والباقي للجد . وأما مسألة الجدة فقد قال الشافعى رضى الله عنه ولا يرث مع الاب أبواه ولا مع الأم جده .

وجملة ذلك أن الأم تحجب الجدات من جهتها ومن جهة الأب ، لما روى عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه أعطى الجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، فشرط فى إرث الجدة إذا لم يكن هناك أم . فدل على أنه إذا كان هناك أم أنه لا شيء للجدة . ولأن أم الأم تدلى بالأم . ومن ادلى بشخص لم يشارك فى الميراث كابن الابن مع الابن .

وأما أم الاب فإنه لا يرث معه أبواه ، لأن الجد يدلى بالاب ، ومن ادلى بمصيبة لم يشارك فى الميراث كابن الابن لا يشارك الابن ، وكذلك لا يرث مع الاب أحد من أجداده لما ذكرناه فى الجد . ولا يحجب الاب أم الأم لأنها تدلى بالأم ، والاب لا يحجب الأم فلم يحجب أمها كما لا يحجب الاب ابن الابن ، وكذلك أم الأم ترث مع الجد لأن الاب إذا لم يحجبها فلأن لا يحجبها الجد أولى . وكذلك الجد لا يحجب أم الاب لأنها تساويه فى الدرجة والادلاء الى الميت

قال أصحابنا وجميع هذه المسائل فى الحجب لا خلاف فيها ، وأما الاب فهل يحجب أم نفسه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فذهب الشافعى إلى أنه لا يحجبها ، وبه قال من الصحابة عثمان وعلى وزيد بن ثابت . ومن التابعين شريح . ومن الفقهاء الاوزاعى والليث ومالك وابو حنيفة وأصحابه

وذهب عمر بن الخطاب وابن مسعود وابو موسى وعمران بن الحصين الى أنه لا يحجبها بل ترث معه من ولده ، وبه قال احمد وإسحاق وابن جرير الطبرى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث امرأة من ثقيف مع ابنها ، دليلنا انها تدلى بولدها فلم يشارك فى الميراث كما أم الأم لا ترث مع الأم

وأما الخبر في الجدة التي ورثت مع ابنتها فيجوز أن يكون لها ابنتان فإت
أحدهما وخلف ابناً ثم مات ابن ابنتها وخلف عمه وجدته أو يجوز أن يكون الابن
كافراً أو فاتلاً أو مملوكاً ، إذا ثبت هذا ومات رجل وخلف أباه وأم أمه وأم أبيه
فإن البغداديين من أصحابنا قالوا : لام الام السدس والباقي الأب . قال المسعودي
فيه وجهان . أحدهما هذا ، والثاني أن الجدة أم الأب تحجب أم الام عن نصف
السدس وبأخذه الاب مع باقي المال ، ووجهه أنهما لو اجتمعتا لشاركتهما في نصف
السدس واستحقته ، فإذا كان هناك الاب استحق ما كانت تستحقه لأنها تدلى
به ، والاول هو المشهور ، ولا ترث ابنة الابن مع الابن لما ذكرناه في أم الاب
والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يرث ولد الام مع أربعة مع الولد وولد الابن والاب والجد
لقوله عز وجل ، وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل
واحد منهما السدس ، فورثهم في الكلالة ، والكلالة من سوى الوالد والولد ،
والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال : جاءني النبي صلى الله عليه وسلم
يموهني وأنا مريض لا أعقل ، فتوضأ وصب من وضوئه عليّ فعملت ، فقلت
يا رسول الله لمن الميراث وإنما يرثي كلالة ، قال فنزلت آية الفرض ، وروى أنه
قال كيف أصنع في مالي ولى أخوات ، فنزلت آية الموارث : يستفتونك قل الله
يفتيكم في الكلالة ، والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد ، وله أخوة : ولأن
الكلالة مشتق من الأكليل وهو الذي يحتاط بالرأس من الجوانب ، والذين
يحيطون بالميت من الجوانب الأخوة ، فأما الوالد والولد فليس من الجوانب ،
بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ، ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية :

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

(فصل) ولا يرث ولد الأب والام مع ثلاثة ، مع الابن وابن الابن
والأب ، والدليل عليه قوله عز وجل : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة

إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورثهم في الكفالة ، وقد بينا أن الكفالة أن لا تكون والدًا ولا ولدًا .

(فصل) وإذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن . لما روى الأعمش عن إبراهيم قال : قال زيد رضى الله عنه إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يباحق بهن ذكر ، فيرد عليهن بقية المال : إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء ، وبقية المال له دونهن ، ولأنالو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضاً مستأنفاً لم يحز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين ، وإن شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يحز ، لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن ، وإن استكمل الأخوات الأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات الأب ذكر يعصبن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى في البنات وبنات الابن .

(فصل) ومن لا يرث من ذكرناه من ذوى الأرحام أو كان عبداً أو قاتلاً أو كافراً لم يحجب غيره من الميراث ، لأنه ليس بوارث فلم يحجب كالأجنبي .

(الشرح) حديث جابر أخرجه أحمد قال ثنا سفیان أنبأنا ابن المنكدر أنه سمع جابراً يقول : مرضت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني هو وأبو بكر ماشيين ، وقد أغمى علي فلم أكله ، فتوضأ فصبه علي فأفقت وقلت : يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولئ أخوات ؟ قال : فنزلت آية الميراث « يستفتونك قل الله يفتيكم في الكفالة ، كان ليس له ولد وله أخوات ، .

وفي رواية الصحيحين عن جابر رضى الله عنه قال « عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر في بني سلمة بمشيان ، فوجدني لا أعقل - زاد في رواية الكشميهني : شيئاً ، وقد ترجم البخاري له في صحيحه : باب عيادة المغمى عليه وفي باب الاعتصام من صحيح البخاري بأنه صب عليه نفس الماء الذي توضأ به ، وفي باب عيادة المريض : فتوضأ النبي صلى الله عليه وسلم ثم صب وضوءه علي وفي لفظ عند أبي داود : فنفخ في وجهي فأفقت ، وفي الصحيحين من رواية رافع

ابن خديج : فنزلت : يوصيكم الله في أولادكم . فقد قيل : انه وهم وأن الصواب أن الآية التي نزلت في قصة جابر هي الآية الأخيرة من سورة النساء وهي : يستفتونك . قال شعبة : قلت لمحمد بن المنكدر : يستفتونك قل الله يفتيكم في السكلاة ؟ قال : هكذا أنزلت .

أما الأحكام : فإن الأخوة والأخوات للأم فيسقطون عن الإرث مع أحد أربعة ، مع الأب أو الجد الوارث أو مع الولد ذكراً كان أو أنثى واحداً كان أو أكثر أو مع والد البنين ، سواء كان ولد الابن ذكراً أو أنثى ، واحداً كان أو أكثر : والدليل عليه قوله تعالى : وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فليكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ، فورثهم بالسكلاة ، والسكلاة هو من لا ولد له ولا والد .

والدليل عليه الكتاب والسنة والاجماع واللغة . فالكتاب يستفتونك قل الله يفتيكم في السكلاة ان امرؤ هلك ليس له ولد . فنص على أن السكلاة من لا ولد له ، والاستدلال من الآية أن السكلاة أيضاً من لا والد له لقوله تعالى : وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، فورث الأخت نصف مال الأخ وورث الأخ جميع مال الأخت اذا لم يكن لها ولد ولا والد .

وأما السنة : فرواية جابر كيف أصنع بمالي ؟ انما ترثني كلالة ، ولم يكن له ولد ولا والد ، فأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك .

وأما الاجماع فروى عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضی الله عنهم أنهم قالوا السكلاة من لا ولد له ولا والد ، ولا مخالف لهم .

وأما اللغة ، فإن السكلاة مأخوذة من الأكليل ، والأكليل انما يحيط بالرأس من الجوانب ، ولا يتعلق عليه ولا ينزل عنه ، والأب يعلو الميت ، ووالده ينزل عنه ، كذلك السكلاة يحيط بالميت من الجوانب ولا تنمو عليه ولا تنزل عنه ، ولهذا قال الشاعر الاموي يمدحهم :

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
أى لم ترثوا الملك عن هو مثلكم ، وانما ورثتموه عن هو أعلى منكم ،

عن عثمان بن عفان جدكم . وعثمان ورثه عن جده عبد شمس وعبد شمس ورثه
 عن هاشم جد النبي صلى الله عليه وسلم . وقال ابن بطال : لأن بنى أمية ورثوا
 الخلافة عن عثمان رضى الله عنه وأبوه من بنى عبد شمس وأم أمه من بنى هاشم ،
 وهى البيضاء بنت عبد المطالب بن هاشم بلجده لأمه عمه النبي صلى الله عليه وسلم
 أما مسألة الإخوة والأخوات للأب والام فإنهم لا يرثون مع أحد ثلاثة ،
 مع الأب أو مع الإبن أو ابن الإبن لقوله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيكم فى
 السكلاة إن امرؤ هلك ، الاية . فورث للأخت من أخيها بالسكلاة ، وقد دللنا
 على أن السكلاة من لا ولده ولا والد

ثم دل الدليل على أنهم يرثون مع البنات وبنات الإبن ومع الجد ، وبقي الأب
 والإبن وابن الإبن على ظاهر الآية ، ولا ترث الأخوة والأخوات للأب مع
 مع أحد أربعة : الأب والإبن وابن الإبن لما ذكرناه . ولا مع الأخت الأب
 والام لأنها أقرب منهم

أما مسألة الحجب فإنه حجبان : حجب إسقاط وحجب نقصان . فأما حجب
 الإسقاط فمثل حجب الإبن للإخوة والأخوات وبنيتهم . والاعمام وبنيتهم . ومثل
 حجب الأخوة لبني الأخوة والاعمام وبنيتهم ، ومثل حجب الأب للإخوة .
 وأما حجب النقصان فمثل حجب الولد للزوج من النصف الى الربع ، وحجب
 الزوجة من الربع إلى الثمن ، ومثل حجب الام من الثلث الى السدس . اذا ثبت
 هذا فإن جميع من ذكرنا من لا يرث من ذوى الأرحام والكفار والمملوكين
 والقاتلين ومن عمى موته فإنه لا يحجب غيره . وبه قال الصحابة والفقهاء . كآفة
 إلا ابن مسعود فإنه قال . يحجبون حجب النقصان . ووافق أنهم لا يحجبون
 حجب الإسقاط .

ودليلنا أن كل من لا يحجب حجب الإسقاط لم يحجب حجب النقصان كابن
 البنت ، ولأنه ليس بوارث فلم يحجب غيره كالاجنبى ، فإن قبل الأخوان
 لا يرثان مع الأب ويحجبان الام فالجواب أنهما وارثان ، وإنما أسقطهما من هو
 أقرب منها ، وهؤلاء ليسوا بورثة فى الجملة

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وبني الأخوة لا يحجبون الام عن الثلث

ولا يرثون مع الجد ، وهذا صحيح . بنو الاخوة لا يحجبون الام من الثلث الى
السدس ، سواء كان بنى اخوة لأب وأم أو لأب لقوله تعالى « وورثه ابواه ،
اليس لما حجبتها الاولاد حجبتها اولاد الاولاد ، فلا قلتم لما حجبتها الاخوة حجبتها
اولادهم ؟ قلنا : الفرق بينهما أن حجبت الاولاد أقوى من حجبت الاخوة ، بدليل
أن الواحد من الاولاد حجبت الأم ، فمن حيث هو أقوى تعدى حجبه ذلك الى
ولده ، وحجبت الاخوة أضعف لأنه لا يحجبها الا إثنان منهم عندنا . وعند
ابن عباس لا يحجبها الا ثلاثة . فمن حيث ضعف حجبتهم لم يتعد حجبتهم الى
اولادهم ، ولأن كل من حجبه الولد حجبه ولد الابن ، لأن الولد يحجب الاخوة
فحجبتهم ولده ؛ والولد يحجب الاب فحجبه ولده ، وليس كذلك ولد الاخوة فانهم
لا يحجبون من يحجب أبوم ، ألا ترى أن الاخ لأب والام يحجب الاخ للأب
ومعلوم أن ابن الاخ للأب والام لا يحجب الاخ للاب ، بل الاخ للأب يسقط
ابن الاخ للأب والام ولا يرث بنو الاخوة من الجد لأن الجد أقرب منهم
فأسقطهم . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضاً فرض لكل
واحد منهم فرضه فإن زادت سهامهم على سهام المال أعيات بالسهم الزائد ودخل
النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه ، فإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً
وأختين من الام وأختين من الاب والام فللزوجة النصف وللأم السدس وللأختين
من الام الثلث والأختين من الاب والام الثلثان ، وأصل الفريضة من ستة
وتعول إلى عشرة ، وهو أكثر ما تعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلاثين وتسمى
أم الفروض لكثرة السهام العائلة ، وتسمى الشريحية لأنها حدثت في أيام شريح
وقضى فيها .

وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الام
وثماني أخوات من الاب والام ، فللزوجة الربع وللجدتين السدس وللأخوات
من الام الثلث وللأخوات من الاب والام الثلثان ، وأصلها من اثني عشر وتعول

إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول إليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل ، وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدس وللإبنتين الثلثان وأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية ، لأنه روى أن علياً كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعاً .

وإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختاً من أب وأم فللزوجة النصف وللأخت النصف وللأم الثلث ، وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانية وهي أول مسألة أعييت في خلافة عمر رضى الله عنه وتعرف بالمباهلة ، فإن ابن عباس رضى الله عنه أنكر العول وقال هذان النصفان ذهباً بالمال فأين موضع الثلث فقيل له والله لن مات أو متنا فبقسم ميراثنا إلا على ما عليه القوم ، قال فلندع أبناءنا وأبنائهم ونساءنا ونسائهم وأنفسنا وأنفسهم ، ثم نبتل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ، والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفق عليها في الوجوب ، ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون

(الشرح) إذا اجتمع أصحاب الفروض وضاقت سهام المال عن أنصبتهم ، أعييت الفريضة التي زيدت في حسابها ليدخل النقص على كل واحد منهم بقدر حقه . والعول هو الرفع .

قال الفيومي في المصباح : عالت الفريضة عولا ارتفع حسابها وزادت سهامها فنقصت الأنصبا ، فالعول نقيض الرد ، ويتعدى بالالف في الأكثر ، وبنفسه في لغة ، فيقال أعال زيد الفريضة وطالها ، وعال الرجل عولا جار وظلم . وقوله تعالى : ذلك أدنى ألا تعولوا . قيل معناه ألا يكتر من تعولون . وقال مجاهد : لا تملوا ولا يوروا .

وقال العمراني في البيان : وإنما سمي عولا للرفع في الحساب إلى الزيادة فيه . إذا ثبت هذا فأصول حساب الفرائض سبعة : الاثنان ، والثلاثة ، والأربعة ، والستة ، والثمانية ، والاثنا عشر ، والأربعة وعشرون . فأربعة من هذه الأصول لا يعول قط ، وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة من

هذه الأصول يعول ، وهي الستة - والاثناعشر والاربعه وعشرون فأما أصل الستة فإنه يعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة . فأما التي تعول الى سبعة فهي اذا ماتت امرأة وخلقت زوجا وأختين لأب وأم ، فللزوجة النصف ثلاثه وللأختين الثلثان أربعة فذلك سبعة . أو مات رجل وخلف أختين لأب وأم وأختين لأم وأما أو جدة فللأختين اللاب والام الثلثان أربعة وللأختين اللام الثلث سهمان وللأم أو الجدة سهم وهو السادس فذلك سبعة ، فتنه ور أن يكون الميت فيها رجلا أو امرأة .

* * *

وأما التي تعول الى ثمانية ، فمثل أن يكون هناك أختان لأب وأم وأخ لأم وزوجة فللأختين اللاب والام الثلثان أربعة والاخ اللام السادس سهم وللزوجة النصف ثلاثه . وكذلك اذا خلقت زوجا وأختا لأب وأم أو لأب وأما فللزوجة النصف ثلاثه وللأخت النصف ثلاثه وللأم الثلث سهمان وتعرف هذه المسألة بالمباهلة ، فإنها حدثت في أيام عمر رضى الله عنه ، فقضى فيها عمر كذلك فأنكره ابن عباس وقال : من شاء باهله فيها ، والبهلة اللعنه .

وأما التي تعول الى تسعة فمثل ان تموت امرأة وتخلف أختين لأب وأم وزوجا فللأختين الثلثان أربعة وللأخوين اللام الثلث وللزوجة النصف . وأما التي تعول الى عشرة ، فمثل ان تموت امرأة وتخلف زوجا وأختين لأب وأم وأخوين لأم وأما أو جدة وللزوجة النصف ثلاثه وللأخوين اللاب والام الثلثان أربعة . وللأخوين للام الثلث سهمان وللأم أو للجدة سهم فذلك عشرة . وهي أكثر ما تعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلاثيها . وتسمى ام الفروخ لكثرة ما فرخت وعالت به من السهام ، وتسمى الشريحية لأنها حدثت في زمان شريح فقضى بها كذلك . وكان الزوج يقول : جعل لي شريح النصف فلما كان وقت القسمه لم يعط النصف ولا الثلث . وقال شريح : اراك رجلا جائراً تذكر الفتوى ولا تذكر القصة .

وإذا عالت الفريضة إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة فلا يحتمل أن يكون ذكراً
وأما أصل الاثني عشر فإنها تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ،
فأما التي تعول إلى ثلاثة عشر فمثل أن يموت رجل ويخلف زوجة وأختين لأب
وأماً وأماً أو جدة للأختين الثلثان ثمانية وللزوجة الربع ثلاثة والأم أو الجدة
السدس سهمان فيتصور في التي تعول إلى ثلاثة عشر أن يكون الميت رجلاً أو
إمرأة ، وأما التي تعول إلى خمسة عشر فمثل أن يكون هناك زوجة وأختان لأب
وأماً وأخوان لأم فللزوجة الربع ثلاثة والأختين للاب والأم الثلثان ثمانية
والأخوين للام الثلث أربعة . أو تموت امرأة فتخلف زوجاً وابنتين وأبوين
فللزوجة الربع ثلاثة والابنتين الثلثان ثمانية وللأبوين السدسان أربعة ، فتصور
أن يكون الميت فيها رجلاً أو امرأة .

وأما التي تعول إلى سبعة عشر كان يكون هناك زوجة وأختان لأب وأماً
وأخوان لأم وأماً أو جدة ، فللزوجة الربع ثلاثة والأختين للاب والأم الثلثان
ثمانية والأخوين للام الثلث أربعة ، وللأم أو الجدة السدس سهمان فذلك سبعة
عشر ، وهذا أكثر ما يعول إليه هذا الأصل ، وتسمى أم الأرامل لأنه لا يتصور
أن يكون الميت فيها إلا رجلاً .

وأما أصل أربعة وعشرين فإنه يعول إلى سبعة وعشرين لا غير ، وهو أن
يكون هناك زوجة وابنتان وأبوان ، فللزوجة الثمن ثلاثة والابنتين الثلثان ستة
عشر والأبوين السدسان ثمانية ، ولا يتصور أن يكون الميت معها إلا رجلاً
وتسمى المنبرية ، لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال : حاد
ثمانياً تسعاً .

إذا ثبت هذا : فقد قال بالعمول الصحابة كفاً وذلك أنه حدث في أيام عمر
رضي الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت زوجاً وأختاً لأب وأماً وأماً فاستشار
الصحابة فيها فأشار العباس عليه بالعمول فقالوا : صدقت ، وكان ابن عباس يومئذ
صبياً فلما بلغ أنكر العمول وقال : من شاء باهلته ، وروى عن عبد الله بن مسعود
أنه قال : التقيت أنا وزفر بن أوس الطائي فذهبتا إلى ابن عباس وتحدثنا معه فقال

ان الذي أحصى رسول عالج عدداً لم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً فالنصفان ذهباً بالمال ، فأين الثلث ، فقال له زفر : من أول من أعال المسائل ، فقال عمر فقال ابن عباس : وايم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخره الله ، ما عالت فريضته قط ، فقال له زفر : من المقدم ومن المؤخر ، فقال : من أهبط من فرض الى فرض فهو المقدم ، ومن أهبط من فرض الى ما بقي فهو المؤخر ، فقال زفر : هلا اشرت عليه ، فقال : هبته ، وكان امرأ مهيباً ، فكان ابن عباس يدخل النقص على البنات والأخوات ويقدم الزوج والزوجه والام ، لأنهم يستحقون الفرض بكل حال ، والبنات والأخوات تارة يفرض لهن وتارة لا يفرض لهن ، فيقول في زوجته وابنتين وابوين : للزوجه الثمن وللأبوين السدسان ثمانية وللبنتين ما بقي وهو ثلاثة عشر .

ودليلنا ما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اقسموا الفرائض على كتاب الله عز وجل ، ووجدنا ان الله فرض لكل واحد من ذكرنا من البنات والأخوات فرضاً فوجب ان يقسم ذلك لهن ، ولأن الأخوات اقوى حالا من الام ، والبنات اقوى حالا من الزوج والزوجه بدليل ان البنات يحجبن الزوج والزوجه ، من النصف والربع الى الربع والثمن ، والزوجان لا يحجبانهن ، والأخوات يحجبن الام والام لا تحجبهن ؛ فكيف يجوز تقديم الضعيف على من هو اقوى منه ، ولانه لا خلاف ان رجلاً لو اوصى لرجل بثلاث ماله ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهما ، واذا ضاق مال المفلس عن ديونه قسم بينهم على قدر ديونهم ، فوجب اذا ضاقت التركة عن سهام التركة ان يجعل لكل واحد منهم على قدر سهمه حسب قانون النسبه ويضرب به ، ولانه اذا كان هناك زوج واختان لام وام فلا بد ان ينتقض فيها بعض اصول ابن عباس ، لانه قال للزوج النصف والام السدس وللأختين الثلث فنقض اصله في ان الأختين تحجبان الام من الثلث الى السدس ، وان قال : للزوج النصف وللأم الثلث وللأختين الثلث فنقض اصله لانه ادخل النقص على من له فرض مقدر لا ينتقص عنه ، وان قال : للزوج النصف وللأم الثلث وللأختين للام الثلث اعال الفريضة فنقض اصله في العمول ، والله تعالى اعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اجتمع في شخص جهتا فرض ، كالمجوسى إذا تزوج ابنته فأنت منه بنت ، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب ، والبنت بنت الزوجة وأختها ، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهى بكرتها أمأ ، ولا ترث بكرتها أختها ، لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئان يورث بكل واحد منهما الفرض ، فورث بأقواهما ولم ترث بهما ، كالأخت من الأب والأم وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا ، وهل ترث الباقى بكونها أختا ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا ترث ، لما ذكرناه من العلة .

(والثانى) ترث ، لأن إرثها بكونها بنتا بالفرض وإرثها بكونها أختا بالنصيب لأن الأخت مع البنت عصية ، لجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم .

(الشرح) كان في بعض الشعوب القديمة إباة - التزوج بالإبنة - والأخت كالمصريين فقد كان فراعينهم يتزوجون بأخواتهم كزواج توت عنخ آمون من شقيقته نفر تيتى ، وكذلك فعل رعمسيس وغيره من هؤلاء ، وكذلك المجوس في فارس وخراسان والهند ، وقد شبب المتنبي في شعره وتغزل في اخته فقال لا سأل الله :

يا أخت معتق الفوارس فى الوغى لاخوك ثم ارق منك وارحم
يرنو اليك مع العفاف وعنده ان المجوس تصيب فيما تحكم

اما الاحكام : فإنه اذا ادلى شخص بنسبين او سببين الى مورثه فإنه يورث بكل واحد منهما فرضا مقدرا مثل ان يتزوج المجوسى ابنته فأولادها بنتا فلا خلاف انهما لا يورثان بالزوجية ، واما القرابة فإنهما قد صارتا أختين لأب واحداهما ام الاخرى ، فإن مات الأب كان لابنته الثلثان ومابقى لعصيته ؛ فإن ماتت السفلى ورثتها الاخرى بأقوى القرابتين ، وهى كونها أمأ ، وهكذا لو وطىء مسلم ابنته بشبهة فأنت بنت فإنها بنتها وأختها لأب ؛ فان ماتت البنت السفلى ورثتها امها

بكونها أما لا بكونها أختا ، وبه قال زيد بن ثابت ومن الفقهاء مالك . وذهب على
 وابن مسعود وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه إلى أنها ترث بالقرابتين . دليلنا
 أنها قرابتان يورث بكل واحدة منهما فرض مقدر فوجب أن لا يرث بهما معا ،
 كالاخت للأب والام لا ترث بكونها أختا للأب وأختا لأم . وإن ماتت الام
 ورثتها بكونها بنتا النصف . وهل ترث الباقي بكونها أختا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا ترث للعملة الاولى (والثاني) وهو قول أبي حنيفة أنها ترث
 بكونها بنتا النصف بالفرض ، وترث بكونها أختا الباقي بالتعصيب ، لجواز أن ترث
 بهما كأخ من أم هو ابن عم . وإن أتت منه بياض وابنة ثم مات الأب كان ماله
 لابنه وابنته للذكر مثل حظ الانثيين . وإن ماتت بعد ذلك البنت التي هي زوجة
 كان ماله لابنتها وابنها ولا يرثان بالاخوة .

وإن مات الابن وخلف أما وهي أخت لاب وأختا لاب وأم فعندنا للام
 الثلث ولا شيء لها بكونها أختا لاب ، وللأخت للاب والام النصف والباقي للعصبة
 وعند أبي حنيفة للأخت للاب والام النصف ، وللأم بكونها أما السدس ، ولها
 بكونها أختا لاب السدس فوافقنا في الجواب وخالفنا في المعنى ، والله اعلم

قال المصنف رحمه الله :

باب ميراث العصبة

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت انثى وهم الاب والابن ومن يدلى بهما
 وأولى العصبات الابن والاب لانهما يدلان بأنفسهما ، وغيرهما يدلى بهما ، فإن
 اجتمعا قدم الابن لان الله عز وجل بدأ به فقال ، يوصيكم الله في اولادكم للذكر
 مثل حظ الانثيين ، والعرب تبدأ بالام فالام ، ولان الاب اذا اجتمع مع الابن
 فرض له السدس وجعل الباقي للابن ، ولان الابن يعصب أخته والاب لا يعصب
 أخته . ثم ابن الابن وان سفل لانه يقوم مقام الابن في الارث والتعصيب ، ثم
 الاب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد ان لم يكن اخ لانه أب الاب ثم
 ابو الجد وان علا ، وان لم يكن جد فالاخ لانه ابن الاب ثم ابن الاخ وان سفل

ثم العم لأنه ابن الجسد ثم ابن العم وإن سفل ثم عم الأب لأنه ابن ابى الجد ثم ابنته وإن سفل ، وعلى هذا أبدأ .

(فصل) وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال ، والدليل عليه قوله عز وجل : ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورث الاخ جميع مال الاخت اذا لم يكن لها ولد ، وإن اجتمع مع ذى فرض أخذ ما بقي ، لما روينا من حديث جابر رضى الله عنه أن النبي (ص) ورث أبا سعد بن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة ، فدل على أن هذا حكم العصبية .

(فصل) وإن اجتمع إثنان قدم أقربهما في الدرجة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى عصبية ذكر . وإن اجتمع إثنان في الدرجة وأحدهما يدلى بالأب والام والأخر يدلى بالأب قدم من يدلى بالأب والام ، لأنه أقرب ، وإن استويا في الدرجة والإدلاء استويا في الميراث لتساويهما

(فصل) ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والاخ فإنهم يعصبون أخرياتهم . فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل - حظ الانثيين ، لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ، وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه ، سواء كان لمن شيء من فرائض البنات أو لم يكن .

وقال أبو ثور : إذا استكمل البنات الثلثين فالباقى لابن الابن ولا شيء لبنات الابن ، لأن البنات لا يرثن بالبنت أكثر من الثلثين ؛ فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ، والولد يطلق على الاولاد وأولاد الاولاد . والدليل عليه قوله تعالى : يا بني آدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه : يا بني اسماعيل ارموا فإن أباكم كان راميا ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطية . بنو تميم وبنو طية .

وقوله : انهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين ، فإنما يمنع ذلك من جهة
 الفرض ، فأما في التعصيب فلا يمنع ، كما لو ترك إبناً وعشر بنات فإن للإبن
 السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين . وأما ابن ابن الابن وإن سفل
 فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه ، سواء بقى لمن من فرض البنات
 شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه . وأما من فوقه من العمات فينظر
 فيه فإن كان لمن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقي ولم
 يعصبهن لانهن يرثن بالفرض ، ومن ورت بالفرض بقراءة لم يرث بالتعصيب
 بتلك القراءة ، وإن لم يكن لمن من فرض البنات شيء عصبهن ، لما روى عن زيد
 ابن ثابت رضى الله عنه أنه قال : إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن
 شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل ممن رد على
 من فوقه للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن كن أسفل منه فليس لمن شيء وبقية
 المال له دونهن ، ولانه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ، ولا يرث عماته مع
 القرب ، ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه ، بل يكون الباقي له لما
 ذكرناه من قول زيد بن ثابت ، فإن كن أسفل منه فليس لمن شيء وبقية المال
 له دونهن ؛ ولانه عصبه فلا يرث معه من هو دونه كالأبن مع بنت الابن . وأما
 الاخ فانه يعصب أخواته ، لقوله تعالى : وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر
 مثل حظ الانثيين .

(فصل) ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض في فروضهم الا ولد
 الاب والام فانهم يشاركون ولد الام في ثلثهم في المشتركة ، وهي زوج وأم أو
 جدة واثنان من ولد الام وولد الاب والام ، واحداً كان أو أكثر ، فيفرض
 للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس ولولد الام الثلث يشاركون ولد الاب
 والام في الثلث ، لانهم يشاركونهم في الرحم الذي ورثوا بها الفرض ؛ فلا يجوز
 أن يرث ولد الام ويسقط ولد الاب والام كالأب لما شارك الام في الرحم بالولادة
 لم يجوز أن ترث الام ويسقط الاب ، وتعرف هذه المسئلة بالمشاركة لما فيها من التشريك
 بين ولد الاب والام وولد الام في الفرض وتعرف بالحارية . فانه يحكى فيها جزاء الاب
 والام أنهم قالوا : احسب أن أبانا كان حمارا أيسر أمنا وأمهم واحدة .

(الشرح) حديث سعد بن الربيع ومجى امرأته للنبي صلى الله عليه وسلم تشكروا أخاه مضى تخريجه ، وحديث ابن عباس رواه الشيخان وأحمد في مسنده وحديث يابني إسماعيل ارموا مضى تخريجه في كتاب السبق والرمى ، أما العصبية فهي القرابة المذكور الذين يدلون بالذكر ، هذا معنى ما قاله علماء اللغة ، وهو جمع عاصب مثل كفرة جمع كافر ، وقد استعمل الفقهاء العصبية في الواحد إذا لم يكن غيره لانه قام مقام الجماعة في إحراز جميع المال ، والشرع جعل الانثى عصبية في مسألة الاعناق وفي مسألة من الموارث فقلنا بمقتضاه في مورد النص ، وقلنا في غيره : لا تكون المرأة عصبية لا لغة ولا شرعا ، وعصب القوم بالرجل عصباً من باب ضرب أحاطوا به لقتال أو حماية ، فلهذا اختص المذكور بهذا الإسم لقوله عليه السلام « فلاولى عصبية ذكر ، فذكر صفة الاولى وفيه معنى التوكيد كما في قوله تعالى « الهين اثنين ، » .

قال في البيان : العصبية كل ذكر لا يدلى الى الميت بأثني ، وانما سميت عصبية لانه يجمع المال ويحوزه مشتق من العصابة لانها تحيط الرأس وتجمعه ؛ والاصل في توريث العصبية قوله تعالى « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقرابون والذين عتقت أيمانكم ، قال مجاهد : الاقربون ههنا هم العصبية .

إذا ثبت هذا : فأقرب العصبية الابن وان سفل ثم الأب . قال المسعودى : ومنهم من لا يسمى الابن عصبية وليس بشيء ، والدليل على أن الابن أقرب تعصيباً من الاب قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم ، فبدأ بذكر الولد قبل الوالد والعرب لا تبدأ الا بالاهم فالاهم ، ولان الله تعالى فرض للاب مع الولد السدس فدل على أن الابن اسقط تعصيب الاب ، لانه انما يأخذ السدس بالفرض ، ولان الابن بعصب اخته بخلاف الاب . فان عدم البنون وبنوهم وبنوهم واز سفلوا كان التعصيب للاب وكان احق من سائر العصبية لان سائر العصبية يدلون به ، فان عدم الاب كان التعصيب للجد ان لم يكن اخ لانه يدل بالاب ثم اب الجد وان علا يقدمون على الاعمام . وان لم يكن جد وهناك اخ لاب وام او لاب كان التعصيب له لانه يدل بالاب ، فان اجتمع الاب والاخ كان المال بينهما عندنا على ما يأتي

بيانه ، وإن اجتمع أخ لأب وأم وأخ لأب فالأخ للأب والأم أولى لما روى علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، وقال : إن أعيان بنى الأخ بتوارثون دون بنى العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أبيه ولأنه بدلى بقرابتين فكان أولى من بدلى بقرابة ، فإن عدم الأخ للأب والأم كان التخصيب للأخ للأب ، ويقدم على ابن الأخ للأب والأم لأنه أقرب ، فإن عدم الأعمام وبنوهم كان التخصيب للأعمام الجدد الأقرب فالأقرب منهم ، ثم بعدهم يكون لبنيتهم وعلى هذا فإذا انفرد الواحد من العصبية أخذ جميع المال لقوله تعالى : إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فورث الأخ جميع مال الأخت ، وإن كان هناك اثنان من العصبية في درجة واحدة اقتسما المال بينهما لاستوائهما في النسب ، وإن كان مع العصبية من له فرض أعطى صاحب الفرض فرضه وكان الباقي للعصبية لما ذكرناه في حديث ابنتي سعد بن الربيع وزوجته وأخته ، ويعصب الابن أخته وأخواته ، لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذلك ابن الابن يعصب أخواته لقوله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكفالة ، إلى قوله : وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ، ومن عدا هؤلاء من العصبية لا يعصب أخواته لأنه لا فرض لمن عند انفرادهن فلم يعصبهن .

(فرع) وإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً واثنين من ولد الأم وأخاً وأختاً لأب وأم كان للام السدس وهو سهم من ستة ، وللزوج النصف ثلاثة والأخوين للام الثلث سهمان ويشاركهما في هذين السهمين الأخ والأخت للأب والأم بقدمونه بينهم الذكر والأنثى فيه سواء ، وتصح من اثني عشر للأم سهمان وللزوج ستة ولكل واحد من الإخوة والأخوات سهم ، وبه قال عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت وشريح ومالك وإسحاق .

وقال علي بن أبي طالب وابن عباس وأبو موسى الأشعري وأبي بن كعب والشامي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد : يسقط الأخ والأخت للأب والأم

دليلنا : أنها فريضة جمعت ولد أم وولد أب وأم يرث كل واحد منهما إذا انفرد ، فإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الأب والأم كالمو انفرد ولد الأم وولد الأب والأم ؛ ولم يكن معهم ذو سهم غيرهم ، وهذه المسألة تعرف بالحارية لأنه يحكى فيها أن ولد الأب قالوا : هب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحدة ؟ وتعرف بالمشاركة أيضاً لما فيها من التشريك بين الإخوة للأم والإخوة للأب والأم في الثلث ، وقد مضى لنا في العول تفصيل يشرح مسائل هذه الفصول فلا داعى للتكرار ؛ والله تعالى أعلم ،

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اجتمع في شخص واحد جهة فرض وجهه تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لانهما ارثان مختلفان بسببين مختلفين ، فان اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الأخ من الأم السدس والباقي بينه وبين الآخر .

وقال أبو ثور : المال كله للذى هو أخ من الأم لانهما عصبتان يدلى أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلى بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب والأم ، وهذا خطأ لأنه استحق الفرض بقراءة الأم فلا يقدم بها في التعصيب كابن عم أحدهما زوج .

(فصل) وإن لاعت الزوج ونفى نسب الولد انقطع الثوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما ، ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما ، وإن مات الولد ولا وارث له غير الأم كان لها الثلث ، وإن أتت بولدين توأمين فنفاهاما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يرثه ميراث الأخ من الأم لأنه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقربته كالتوأمين من الزنا إذا مات أحدهما وخلف أخاه (والثاني) أنه يرثه ميراث الأخ من الأب والأم لان اللعان ثبت في حق الزوجين دون غيرها ، ولهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد ، والصحيح هو الأول ، لان النسب قد انتفى بينهما في حق كل واحد كما انقطع الفرائض بينهما في حق كل احد كما يجوز لكل احد ان يتزوجها .

(فصل) وإن كان الوارث خنثى ، وهو الذى له فرج الرجال وفرج النساء فإن عرف أنه ذكر وورث ميراث ذكر . وإن عرف أنه أنثى وورث ميراث أنثى . وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكك وورث ميراث أنثى . فإن كان أنثى وحده وورث النصف ، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه ، وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقي لأنه مشكوك فيه ، ويعرف أنه ذكر أو أنثى بالبول ، فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر ، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : يورث الخنثى من حيث يبول ، وروى عنه أنه قال : إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وإن خرج من مبال الانثى فهو أنثى . ولأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر ، وبول الانثى من الفرج ، فرجع في التمييز اليه . وإن كان يبول منهما نظرت فإن كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزني في الجامع أن الحكم للأكثر . وهو قول بعض أصحابنا ؛ لأن الأكثر هو الأقوى في الدلالة . والثاني أنه لا تعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط ، وإن لم يعرف بالبول سئل عما يميل اليه طبعه ، فإن قال أميل إلى النساء فهو ذكر ؛ وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى . وإن قال أميل اليهما فهو المشكك ، وقد بيناه . ومن أصحابنا من قال : إن لم يكن في البول دلالة اعتبر عدد الاضلاع ، فإن نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر ، فإن أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص ، فإن الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر ، فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع . ولهذا قال الشاعر :

هي الضلع العوجاء است تقيمها ألا إن تقويم الضلوع انكسارها
أنجم ضعفاً واقتداراً على الفتى ؟ أليس عجيباً ضعفها واقتسارها

(الشرح) قوله « توأمين ، واحدهما توأم ، ولا يقال للإثنين توأم ، على ما اشتهر على السنة العامة خطأ ، وإنما يقال للواحد توأم وللإثنين توأمين كالذكر والانثى يقال لهما زوجان وكل واحد منهما زوج ، والانثى توامة والجمع تواتم

وتؤام كدخان . قال الشاعر : قالت لنا ودمعها تؤام على الذين ارتحلوا سلام
 أما الاحكام فإذا ماتت امرأة وخلفت ابني عم أحدهما زوج ورث الزوج
 النصف بالفرض والباقي بينه وبين الآخر بالتعصيب . وإن مات رجل وخلف
 ابني عم أحدهما أخ لأم فإن للذي هو أخ لأم السدس بالفرض والباقي بينه وبين
 الآخر نصفان بالتعصيب ، وبه قال علي وزيد بن ثابت ومالك والاوزاعي
 والثوري وأبو حنيفة

وذهب عمر وابن مسعود وشريح وأبو ثور أن المال كله لابن العم الذي هو
 أخ لأم من الرجال الأقربين ، فينبغي أن يكون له نصيب ، ولأنه يدلي بنسب
 يفرض له به فوجب أن لا يقوى به تعصبيه أحدهما زوج

(فرع) إذا قذف رجل امرأته بالزنا وانتفى عنه نسب ولدها ، ونفاه باللعان
 فإن النسب ينقطع بين الاب والولد فلا يثبت بينهما توارث ؛ لأن الإرث بينهما
 بالنسب ولا نسب بينهما بعد اللعان ، ولا ينقطع التوارث بين الولد والام لأنه
 لا ينتفى عنها ، فإن ماتت الام ورث ولدها جميع مالها إن كان ذكراً ، وإن مات
 الولد ولم يخلف غير الام كان لها الثلث والباقي لمولاه إن كان له مولى ، وإن لم يكن
 له مولى كان الباقي لبيت المال ، وإن كان له أخ كان له السدس ولأمه الثلث
 والباقي لمولاه أو لبيت المال ، وإن كان له أخوان لآب وأم كان لأمه السدس
 ولاخويه لآبيه وأمهم الثلث والباقي لبيت المال ، وبه قال ابن عباس وزيد بن
 ثابت ، وهي إحدى الروايتين عن علي

وقال أبو حنيفة : يكون للأم فرضها وبأخذ الباقي بالارث بناء على أصله
 في ذلك وذهب ابن مسعود الى أن الأم عصبية له فتأخذ ثلثها بالفرض
 والباقي بالتعصيب .

وذهب بعض الناس الى أن عصبته عصبية الأم . دليلنا ما روى البخارى
 ومسلم عن الزهري عن سهل بن سعد الساعدي أنه قال فرق رسول الله صلى الله
 عليه وسلم بين الرجل والمرأة - يعنى بالان - وكانت حاملاً فاتفق حملها فكان
 الولد يدعى لأمه ، وجرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها . والذي

فرض الله الأم من الولد الثلث أو السدس ، فالظاهر يقتضى أنها لا تزاد على ذلك ولأن من ورث سهما من فريضة لم يستحق زيادة منها إلا بتعصيبه قياراً على الزوجة ، ولأن الأم لو كانت عصبية لم يسقطها المولى لأن العصبية لا تسقط بالمولى فدل على أنها ليست بعصبية .

وأما الدليل على أن عصبتها ليس عصبية لولدها أن الأم ليست عصبية للولد فلم يكن من بدلي بها عصبية له كابن الأخ الأم . إذا ثبت هذا فإن حكم ولد الزنا حكم ولد الملاءنة لأنه ثابت النسب من أمه وغير ثابت النسب من أبيه فكان حكمه حكم ولد الملاءنة

(فرع) وإن أتت المرأة بولدين توأمين من الزنا ، أو أتت امرأة رجل بولدين توأمين فنفاهما الأب باللعمان فكان التوارث بينهما وبين الأب ينقطع لما ذكرناه في الولد ولا ينقطع توارثهما بينهما وبين الأم وأما إرث أحدهما من الآخر فهل يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير ؟ أو بكونهما أخوين لأب وأم ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يتوارثان بكونهما أخوين لأب وأم ، ولأن حكم اللعمان إنما يتعلق بالزوجين دون غيرهما . ألا ترى أن الزوج إذا قذفها بعد اللعمان لم يحسد ، وإذا قذفها غيره حد

(والثاني) انهما يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير وهو الأصح ، لأن نسبهما قد انقطع عن الأب فكيف يتوارثان به ؟

وقد روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) أنه جعل ميراث ابن الملاءنة لأمه ولورثتها من بعدها ،

(مسألة) إذا مات ميت وخلف وارثاً خنثى - وهو الذى له ذكر رجل وفرج امرأة - فإن كان يبول من الذكر لا غير فهو رجل ، وإن كان يبول من الفرج لا غير فهو امرأة ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى . ولأن الله تعالى أجرى العادة في الرجل أنه يبول من ذكره وأن الأنثى تبول من فرجها فترجع في التمييز إليه .

وان كان يبول منهما سواء أو خلق الله له موضعاً آخر يبول منه فهو مشكل
وان كان يبول منهما الا أنه يبول من أحدهما أكثر ففيه وجهان :
(أحدهما) يعتبر بالاكثر لأنه أقوى في الدلالة .

(والثاني) لا يعتبر به ، ولأن اعتبار ذلك يشق . وحكى أن أبا حنيفة سئل
عن الخنثى المشكل فقال : يحكم بالمبال ؛ وقال أبو يوسف : ان كان يبول بهما .
قال : لا أدري قال أبو يوسف : انكى أرى أن يحكم بأسبقهما بولا . قال أبو حنيفة
أرايت لو استوبا في الخروج ؟ فقال أبو يوسف بأكثرهما ، فقال أبو حنيفة بكل
أو يوزن ؟ فسكت أبو يوسف .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث
من حيث يبول .

ومن روى عنه ذلك على ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل
الكوفة وسائر أهل العلم .

وقال ابن قدامة في المغني : قال ابن اللبان : روى الكلبي عن أبي صالح عن
ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم مثل عن مولود له قَبِيلٌ وذكر من ابن
يورث ؟ قال من حيث يبول ، وروى أنه عليه السلام أتى بخنثى من الانصار فقال
«ورثوه من أول ما يبول منه» .

قلت : وان لم يكن فيه دلالة من المبال فهل يعتبر فيه نبات اللحية ونهود
الثديين وعدد الاضلاع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يعتبر بنبات اللحية للرجال ونهود الثديين للنساء ، وان استوت
اضلاعه من الجانبين فهو امرأة ، وان نقص أحد جانبيه ضلعا فهو رجل ، لأن
المرأة لها في كل جانب سبع عشرة ضلعا ، والرجل من الجانب الايمن سبعة عشر
ضلعا ومن الجانب الايسر ستة عشر ضلعا ، لأنه يقال ان - واه خالقة من ضام
من جانب آدم الايسر ، فلذلك نقصت من الجانب الايسر من الرجال ،
ورائه عن أبيهم .

ومنهم من قال : لا يعتبر بذلك ، وهو قول أكثر أصحابنا لأن اللحية قد نبتت لبعض النساء . ولا تنبت لبعض الرجال ، وروى أن بعض الرجال كان له ندى يرضع به في مجلس هرون الرشيد ، وأما اعتبار الاضلاع فإنه يشق ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالتشريح الطبي وقد يخفى الصلح فلا يمكن اعتبار ذلك .

إذا ثبت هذا : أو تعذر اعتباره من هذه الاشياء فإنه يرجع إلى قوله وإلى ماذا يميل طبعه ، فإن قال : أميل إلى جماع النساء فهو رجل ، وإن قال أميل إلى جماع الرجال فهو امرأة وليس ذلك مبرراً له وإنما هو سؤال له عن ميلان طبعه ، فإن أخبر بأحدهما ثم رجع عنه لم يقبل رجوعه لأنه إذا أخبر بأحدهما تعلق به أحكام ، وفي قبول قوله في الرجوع اسقاط لتلك الأحكام فلم يجوز . والإنسان وقد خلق الله فيه مركبات من الغدد التي منحها سبحانه خصائص الذكورة وأخرى منحها خصائص الأنوثة ، فبعض هذه الغدد له افرازات في الجسم ونشاط في تشكيل شكل الجسم ؛ فغدد الأنوثة يتضح عملها في كبر الأرداف وتواء الثديين وتجرد الوجه من الشعر كاللحية والشارب ، ورخامة الصوت في لبن ونعومة وارتخاء .

أما غدد الذكورة فيتضح عملها في نبات اللحية والشارب وضور الأرداف وامتدق الجسم ونخانة شعر الرجل وخشونته عن شعر المرأة ، وخشونة صوت الرجل واستقامة نبراته وصحة نطقه ، وهذه الغدد يكون مركزها في بيضتى المذاكير عند الرجال ومبائض المرأة القريبة من رحمها ، وقد قرأنا كثيراً من أخبار اللاتي يتحولن من الإناث إلى الذكران ، والذين يتحولون من الذكران إناثاً ويحدث أشكال في تغيير هوياتهم وشهادات ميلادهم وشهادات دراساتهم . وسبيل الطب إلى تحويل هؤلاء هو دراسة أعضائهم السفلى . وتحديد النشاط الغالب على هذه الغدد فقد تكون مذاكير الرجل مطوية في عمق يظن أنه فرج ثم يقوم الطبيب بإجراء جراحة يخلص بها مذاكير الرجل الذي كان في نظر الناس امرأة لاختماء مذاكيره وانعكاسها إلى أسفل ، وقد تكون غدد الأنوثة أقوى بمعنى أن تكون له مبايض امرأة مرتخية في شكل الانثيين للرجل ولكن تصرفات

هذا الشخص ، وميوله تنبئ عن أنوثة حبيسة حتى اذا أجريت له جراحة لوضع غدده في مكانها الطبيعي صار امرأة .

أما بعد : فنجد وصل الطب الى تحديد حقيقة الخنثى المشكل بالاشعة والتشريح ودراسة الظواهر الخارجية التي تدل على اتجاه الغدد نحو الانوثة أو الذكورة ، فإذا رؤى اختفاء الشارب والاحمية وبروز الثديين واختفاء المذاكير وتغير الصوت وكبر الارداف عرفنا أنه امرأة واذا عملت للشخص جراحة تخلص من الاشكال وكذلك اذا كان نشاط الغدد عكس ما قررنا كان للجراحة أيضاً دورها في تحديد نوع الشخص كرجل .

بقي بعد ذلك حكم الفقهاء في كثير من الصور الشاذة التي يحتمل وقوعها ولا يحيل العقل أو العلم حدودها .

قال المسعودي : ان قال : أنا رجل فزوج بامرأة فخلت امرأته وحبل هو تبيينا أنه امرأة وان كان نكاحه باطلا وأن ولد المرأة غير لاحق به لأن حمله يدل على الأنوثة قطعاً .

وان قال الخنثى : أنا أشتهى جماع الرجال والنساء أو لا أشتهى واحداً منهما فهو مشكل ، والحكم في توريت المشكل أنه يعطى ما يتبين أنه له ، وان كان معه ورثه أعطى كل واحد منهم ما يتيقن أنه له وهو أقل حقيه ووقف الباقي حتى يتبين امر الخنثى بأى طريق من الطرق والتي اضطما وادقها طرق الطب الحديث التي يمتزج فيها علم النفس مع علم وظائف الأعضاء والتشريح ، وان مات ميت وخلف ابنا خنثى مشكلا لا غير اعطى نصيب ماله ، وان كانا خنثيين اعطيا الثلثين ووقف الباقي الى ان يتبين امرهما او يصطلحوا عليه .

وقال ابو حنيفة : يعطى الخنثى المشكل ما يتبين انه له ، ويصرف الباقي الى العصبه ، وخرج ابن اللبان وجهها آخر وليس بمشهور ، وذهبت طائفة من البصريين الى انه اذا خلف ابنا خنثى مشكلا لا غير اعطى ثلثه ارباع المال .

واختلفوا في تنزيل حاله ، فمنهم من قال : يترك حاله لأنه لا يتبين ان يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل ان يكون انثى فيكون له نصف

المال ، والباقي للعصبة ، فالنصف متيقن له والنصف الاخر بتنازعه هو والعصبة فيكون بينهما .

ومنهم من قال : ينزل لأنه يحتمل أن يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل أنه أنثى فيكون له نصف المال فأعطى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى دليلنا أنه يحتمل أن يكون ذكراً ويحتمل أن يكون أنثى فأعطيناه البقين وهو ميراث الأنثى لأنه متيقن له ولم نوره مازاد لأنه تورث بالشك ، وعلى أبي حنيفة أنا لا نتيقن استحقاق العصبة للوقوف له فلم يجز ذلك اليهم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان مات رجل وترك حملاً وله وارث غير الحمل نظرت ، فإن كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع اليها الفرض ، ووقف الباقي إلى أن ينكشف ، وإن لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، والدليل عليه أن الشافعي رحمه الله قال : دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، فقلت : من هؤلاء ؟ فقال : أولادى كل خمسة منهم فى بطن ، وفى المهد خمسة أطفال .

وقال ابن المرزبان : أسقطت امرأة بالانبار كيساً فيه اثنا عشر ولداً كل اثنين متقابلان ، فإذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمه الله عليه عن أبي هريرة رضى الله عنه أنه قال : إن من السنه أن لا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صـارخا ، فإن تحرك حركة حى أو عطس ورث ، لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل ، وإن خرج ميتاً لم يرث لانا لانعلم أنه كان وارثاً عند موت مورثه ، وإن تحرك حركة مذبح لم يرث لأنه لم يعرف حياته ، وإن خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقي لم يرث لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ، ولهذا لا تنقضى به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعه قبل انفصال جميعه .

(الشرح) حديث أبي هريرة بلفظه هكذا مرفوع المعنى لقوله : من السنة ، وقد ورد الحديث مرفوع اللفظ في سنن أبي داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا استهل المولود ورث .

وعن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور بن مخرمة قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يرث الصبي حتى يستهل ، ذكره أحمد بن حنبل من رواية ابنه عبد الله وأخرجه أيضا الترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي بلفظ : إذا استهل السقط صلى الله عليه وسلم ، وفي إسناده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف

قال الترمذي : وروى مرفوعا والموقوف أصح ، وبه جزم النسائي . وقال الدارقطني في العمال : لا يصح رفعه . وحديث أبي هريرة عند أبي داود في إسناده محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف ، وقد روى عن ابن حبان تصحيح الحديث . وقد تقدم في كتاب الجنائز الكلام على السقط ، وقد اختلف في الأمر الذي تعلم به حياة المولود فأهل الفرائض قالوا بالصوت أو الحركة ، وهو قول الكرخي . وروى عن علي وزفر والشافعي . وروى عن ابن عباس وجابر وشريح والنخعي ومالك وأهل المدينة أنه لا يرث ما لم يستهل صارخا .

قال العمراني في البيان : ان مات وخلف حملا وارثا نظرت — فإن استهل صارخا — فإنه يرث سواء كان فيه روح حال الموت مورثه أو كان يومئذ نطفة لما روى أبو الزبير عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا استهل الصبي ورث وصلى عليه .

وقال الشيخ أبو حامد : ولا خلاف في هذا ، وان خرج ولم يستهل ولكن علمت حياته بحركة أو غير ذلك ، ثم مات فإنه يرث عندنا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يرث .

دليلنا : أن كل من تحققت حياته بعد انفصاله وجب أن يرث كما لو خرج واستهل صارخا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نصر على الاستمالة لأن ذلك يعلم به الحياة ، فبكل ما علمت به الحياة كالحركة والبكاء قام مقامه ، وان خرج ميتا لم يرث ، لأننا لا نعلم أنه نفخ فيه الروح وصار من أهل الميراث أو لم ينفخ

وإن انفصل ميتاً وتحرك بعد الانفصال حركة لا تدل على الحياة لم يرث ، لأن هذه الحركة لم يعلم حياته لأن المذبح قد يتحرك ، واللحم قد يخرج ولا روح فيه وإن خرج بعضه فصرخ ثم مات قبل أن ينفصل لم يرث لأنه ما لم ينفصل جميعه لا تثبت له أحكام الدنيا .

إذا ثبت هذا فما حكم مال الميت قبل انفصال الحمل ؟ ينظر فيه ، فإن كان مع الحمل وارث له فرض لا ينقص الحمل عنه كلزوج والزوجة والأم والجدة أعطى صاحب الفرض فرضه ووقف الباقي من ماله ، وإن كان الوارث معه من لا سهم له مقدر كالابن والإبنة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فذهب المسعودي وابن اللبان وغيرهما إلى أنه يدفع إلى الابن الموجود خمس المال ويوقف الباقي

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا مذهب أبي حنيفة لأن أكثر ما تلد المرأة في بطن أربعة . وقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو إسحاق المرزوي : لا يعطى الابن الموجود شيئاً من المال بل يوقف جميعه

وحكى المسعودي أن هذا مذهب أبي حنيفة . وقال محمد بن الحسن : يدفع إليه ثلث المال لأن أكثر ما تلده المرأة إثنتان . وقال أبو يوسف : يدفع إليه نصف لأن الظاهر أنها لا تلد أكثر من واحد .

فإذا قلنا إنه يوقف جميع المال فوجهه أنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، وحكى عن الشافعي رضى الله عنه أنه قال : قدمت اليمن عند شيخ بها اسمع عليه الحديث . قال ابن بطال : هذا الشيخ من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة . قال الشافعي : فبينما هو جالس على بابها إذ جاء خمسة كهول إلى آخر ما قال ووجه سوق القصة أن بعض النساء يمكن أن تلد خمسة توأم ، وقد طالتنا الأنباء منذ حين قريب بامرأة ولدت ستة توأم

وحكى ابن المرزبان أنه قال : أسقطت امرأة عندنا بالانبار كيساً به اثنا عشر ولداً كل اثنين متحاذيان ، فعلم أنه ليس لها تلده المرأة حد ، واستطراداً على مناسبة الكيس فإن ولدينا الأنور وعبد الناصر قد رزقني الله بهما توأمير ، وكان الأنور في كيس رائق شفاف فتبارك الله أحسن الخالقين

(فرع) ميت مات فقالت امرأة حامل : إن ولدت أنثى لم ترث منه ، وإن
ولدت ذكراً ورث منه ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ورث الذكر دون الأنثى فهذه
امرأة أخ الميت أو امرأة ابن أخيه أو امرأة عمه أو امرأة ابن عمه .
وإن قالت : إن ولدت أنثى ورثت وإن ولدت ذكراً لم يرث وإن ولدت ذكراً
وأنثى لم يرثا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت زوجها وبناتها وأبوها وزوجة ابنتها حاملاً من
ابنتها ، وإن ولدت ذكراً وأنثى لم يرثا
وإن قالت امرأة حامل : إن ولدت ذكراً ورث وإن ولدت أنثى لم ترث ،
وإن ولدت ذكراً وأنثى ورثا ، فهذا ميت مات وخلف ابنتين وزوجة ابن حاملاً
منه ، أو ميت مات وخلف أختين لأب وأم وزوجة أب حاملاً منه
ولو قالت الحامل : إن ولدت ذكراً ورث وورثت منه ، وإن ولدت ذكراً
وأنثى ورثا وورثت معها ، وإن ولدت ابناً لم يرث ولم أرث ، فهذا رجل مات
وخلف ابنتين وابنة ابن حاملاً من ابن ابن آخر قد مات
ولو قالت الحامل : إن ولدت أنثى ورثت وورثت معها ، وإن ولدت ذكراً
أو ذكراً وأنثى لم يرث واحد منا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت ابنة وأبوها وزوجها
وهذه الحامل ابنة ابن ابن هذه الميتة من ابن ابن لها آخر ، أفاده العمري
(فرع) إن مات رجل وخلف أخاً وامرأة حاملاً فولدت ابناً وبناتاً فاستملا
ثم مات أحدهما ثم ماتت المرأة بعده ثم مات الولد الآخر ولم يعلم أيهما مات
قبل الأم ، قال ابن اللبان : وقد قيل القياس لا يرث الولدان أمهما ، ولا يرثها
لأنه لا يعلم على الأفراد أيهما مات قبلها كما فرق ، فيكون سهم المرأة أمهاتها
والسبعة الأثمان التي للوالدين للأخ بميراثه منهما
وقيل بل ينزل فيقال : إن الذي مات قبل المرأة وهي اليتم ، والمال كله للأخ
وإن كان الذي مات قبل المرأة هو الابن ورثت المرأة منه ثلث سهامه وهو أربعة
أسهم وثلثا سهم من أربعة وعشرين : وورثت الأخت نصفها والعم سدسها ،
فلما ماتت المرأة كان ما بيدها وهو سبعة أسهم وثلثا سهم بين ابنتها وعمه بنتها
نصفين ، فيصح لعصبتها ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم : فلما ماتت اليتم صار
ما في يدها للعم ، فاجتمع للعم بميراثه من الابن واليتم عشرون سهماً وسدس

سهم ، وهذا نصيب الأخ بيقين والباقي من المال وهو ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم لعصبة المرأة ، فيوقف ذلك حتى يصطلحا عليه ، فتضرب الفريضة وهي أربعة وعشرون في مخرج السدس وهو ستة ، فذلك مائة وأربعة وأربعون . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه في باب الولاء . فإن لم يكن له وارث نظرت ، فإن كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين ، وإن كان مسلماً صار ماله ميراثاً للمسلمين ، لأنهم يعقلونه إذا قتل ، فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثاً كالعصبة ، فإن كان للمسلمين إمام عادل سلم إليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين ، وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلا على الزوجين ، فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوى الأرحام على مذهب أهل التنزيل ، فيقام كل واحد منهم مقام من يدل به ، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم ، وبنات الأخوة والأعمام بمنزلة آباتهم ، وأبو الأم والحال بمنزلة الأم ، والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب ، لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين ، فإذا عدمت إحداها تعينت الأخرى .

(والثاني) وهو المذهب : أنه لا يرد على أهل السهام ، ولا يقسم المال على ذوى الأرحام ، لأننا دللنا أنه للمسلمين ، والمسلمون لم يعدوا ؛ وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم ، كما لو كان للميراث أصبي وليس له ولي ، فعلى هذا يهرقه من في يده المال إلى المصالح

(الشرح) الأحكام : إن مات ميت وخلف من الورثة من له فرض لا يستغرق جميع ماله كالأم والأبنة والأخت ، فإن صاحب الفرض يأخذ فرضه وما بقي عن فرضه يكون له نصيبه إن كان له عصبة ، وإن لم يكن له عصبة كان

للمولى إن كان له مولى ، وإن لم يكن له مولى كان الباقي لبيت المال ، فيصرف الى
الامام ليصرفه في مصالح المسلمين . وبه قال زيد بن ثابت والزهرى
والاوزاعى ومالك

وذهب على بن أبى طالب كرم الله وجهه الى أنه يرد ذلك الى ذوى الفروض
إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما ، فان لم يكن له أحد من أهل الفروض صرف
ذلك الى ذوى الارحام ، فيقام كل واحد من ذوى الارحام مقام من يدلى به ،
وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، واختاره بعض أصحابنا اذا لم يكن هناك
امام عادل ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أن تحوز المرأة ثلاثة موارث
عتيقها وانفيطها وابنها الذى لاعنت به ، فأخبر أنها تحوز ميراث ابنها الذى
لاعنت عليه ، وهذا نص

ودليلنا قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس
له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، ولم يفرق بين أن يكون هناك وارث
غيرها أو لم يكن . فمن قال ان لها جميع المال فقد خالف ظاهر القرآن : وكذلك
جعل للإبنتين الثلثين ولم يفرق ، ولان كل من استحق من فريضة سهما قدراً لم يرث
شيئاً آخر الا بتعصيب كالزوج والزوجة

فعلى هذا ان كان هناك امام عادل يسلم المال اليه ، وان لم يكن هناك امام عادل
صرفه من هو بيده الى مصالح المسلمين ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجدة والاختوة

إذا اجتمع الجد أو أبو الجد وإن علا مع ولد الأب والام أو ولد الاب ، ولم تنقصه المقاسمة من الثلث ، قاسمهم وعصب إناثهم ، وقال المزني : يسقطهم ، ووجهه أن له ولادة وتمصياً بالرحم ، فأسقط ولد الاب والام كلاب ، وهذا خطأ لأن ولد الاب يدلى بالأب فلم يسقطه الجد كأم الاب ، ويخالف الاب ، فإن الاخ يدلى به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الاخ مع الاخ ، وأم الاب مع الاب ، والجد والاخ بدليان بالاب فلم يسقط أحدهما الاخر ، كالاخوين من الاب وأم الاب مع الجد ، ولأن الاب يحجب الام من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين ، والجد لا يحجبها .

(فصل) وإن اجتمع مع الجد ولد الاب والام وولد الاب عاد ولد الاب والام الجد بولد الاب ، لأن من حجب بولد الاب والام وولد الاب إذا انفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالام ، فإن كان له جد وأخ من أب وأم : وأخ من أب ، قسم المال على ثلاثة أسهم ، للجد سهم ، ولكل واحد من الاخوين سهم ، ثم يرد الاخ من الاب سهمه على الاخ من الاب والام ، لانه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجبها عنه ، كما لا يشارك الاخ من الاب ، الاخ من الاب والام فيما حجبها عنه الام ، وتعرف هذه المسئلة بالمعاداة لان الاخ من الاب والام عاد الجد بالاخ من الاب ، ثم أخذ منه ما حصل له ، وإن اجتمع مع الجد أخ من الاب وأخت من الاب والام قسم المال على خمسة أسهم ، للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم ، ثم يرد الاخ على الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف ، وبأخذ ما بقي وهو نصف سهم ، لان الاخ من الاب إنما يرث مع الأخت من الاب والام ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف ، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضى الله عنه ، وإن اجتمع مع أختين من الاب وأختين من الاب والام قسم المال بينهم على ستة أسهم ؛ للجد سهمان ؛ ولكل أخت سهم ، ثم ترد الاختان

من الأب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والام ، لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والام الثلثين .

(الشرح) الجد أبو الأب وان علا وارث بلا خلاف بين أهل العلم ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه سأل الصحابة هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل في الجد شيئاً ؟ فقال معقل بن يسار المزني : نعم شهدت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثه السدس فقال له عمر : مع من ؟ قال : لا أدري فقال : لا دريت إذن ، رواه أبو القاسم بن منده .

فإن اجتمع الجد مع الإخوة أو الأخوات الأم أسقطهم بالإجماع ، وقد مضى بيان ذلك ، وإن اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والام أو للأب فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يتحرجون من الكلام فيه لما روى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أجرؤكم على الجد أجرؤكم على النار ، وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال : من أراد أن يقتحم جرائم جهنم فليقتصر بين الجد والإخوة ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : سلونا عن كل شيء ودعونا من الجد لا حياها الله ولا بياها .

إذا ثبت هذا : فقد اختلف الناس في الجد إذا اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والام أو للأب : فذهب الشافعي رضى الله عنه إلى أن الجد لا يسقطهم ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت ، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، وذهب طائفة إلى أن الجد يسقطهم ، وروى ذلك عن أبي بكر وابن عباس وعائشة وأبي الدرداء ، وبه قال أبو حنيفة وعثمان بن النخعي وابن جرير الطبري وداود وإسحاق ، واخباره المزني . قال المسعودي : واليه ذهب ابن سريج .

دلينا قوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، فجعل للرجال والنساء الأقراب نصيباً ، والإخوة والأخوات للأب إذا اجتمعوا مع الجد وهم من الأقراب ، فن قال : لا نصيب لهم فقد ترك ظاهر القرآن ، وأن الاخ تعصيب أخيه فلم يسقطه الجد

كالابن ، لان الاخت تأخذ النصف بالفرض فلم يسقطها الجدة كالبنت ، ولان الجدة والاخت على منزلة واحدة من الميت لان الجدة أبو أبيه والاخت ابن أبيه ، والجدة له تعصيب ورحم ، والاخت له تعصيب من غير رحم فلم يسقطه الجدة كالابن والبنت إذا اجتمعا .

إذا ثبت هذا : فإن الجدة كالاب في عامة أحكامه ، فيرث بالتعصيب إذا انفرد كالاب ويرث بالعرض مع الابن وابن الابن ويرث بالفرض والتعصيب مع البنت وبنت الابن إلا أن الجدة يخالف الاب في أربع مسائل :

منها أن الاب يحجب الاخوة للأب والام ، أو للأب ، والجدة لا يحجبهم ، والثانية والثالثة : أن الاب يحجب الام عن كمال الثلث إلى ثلث ما يبقى في زوج وأبوين أو وزوجه وأبوين فإن الجدة لا يحجبها ، بل يكون لها ثلث جميع المال مع الجدة فيها . الرابعة : أن الاب يحجب أم نفسه ، والجدة لا يحجب أم الاب ؛ لانها تساويه في الدرجة إلى الميت ، وتدل بالاب فلم ترث معه .

(فرع) إذا اجتمع الجدة والاخوة أو الاخوات للأب والام أو للأب وليس معهم من له فرض فللجدة الا حظ من المقاسمة ، أو ثلث جميع المال ، فإن كان معه أخ واحد فالأحظ له ههنا المقاسمة ، لانه يأخذ نصف المال ، وان كان معه أخوان استوت له المقاسمة والثلث ، وان كان معه ثلاثة اخوة فما زاد فالأحظ له ههنا أن يفرد بثالث جميع المال ، هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت وابن مسعود . وروى عن علي رضي الله عنه روايتان .

احدهما : وهي المشهورة أن له الا حظ من المقاسمة أو سدس جميع المال ، فإذا كان معه أربعة اخوة فالمقاسمة احظ له ، وان كانوا خمسة استوت المقاسمة والسدس ؛ وان كانوا ستة فالسدس احظ له .

والثانية : ان له الا حظ من المقاسمة او سبع جميع المال ، وروى عن عمران ابن الحصين وابي موسى الاشعري انهما قالا : له الا حظ من المقاسمة او نصف سدس جميع المال ؛ فإذا كان معه عشرة اخوة فالمقاسمة خير له ، وان كانوا أحد عشر استوت المقاسمة ونصف السدس ،

ودليلنا عليهم : أن البنين أقوى حالا من الأخوة ، بدليل أن الأخوة يسقطون بالبنين ثم ثبت أن البنين لا يسقطون . وأما الدليل على ما قلناه فلأن حجب الأخوة للجد لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يكون غاية ذلك اثنين قياسا على حجب الأخوة للام عن الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن ، وحجب الأخوات للاب والام للأخوات للاب .

وأما إذا اجتمع مع الجد الأخوات للاب والام أو للاب منفرداً فذهبنا أن حكمهن حكم الأخوة مع الجد فيقاسمن ويكون المال بينه وبينهن للذكر مثل حظ الانثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا نقصته عن الثلث أفرد بثلث جميع المال ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال علي بن أبي طالب وابن مسعود : يفرض للأخوات فرضهن ؛ ويكون الباقي للجد ، ودليلنا أنها فريضة جمعت أباً وأب وولد أب فوجب أن لا يأخذ ولد الاب بالفرض كما لو كان مع الجد إخوة وأخوات لاب وام أو للاب ، فإن الجد يقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا انقصته عن ذلك فرض له الثلث كما ذكرنا والله اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الأخوة على اثنين والأخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الأخوة والأخوات لأننا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد ؛ ولا خلاف أنهم لا يقاسمونه أبداً فكان التقدير بالاثنتين أشبه بالأصول ، فإن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنتين كحجب الام من الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأخوات للاب والام للأخوات للاب ، ولا يعاد ولد الاب والام للجد بولد الاب في هذا الفصل ، لان المعادة تحجب الجد ولا سبيل الى حجبها عن الثلث .

(فصل) وان اجتمع مع الجد والأخوة من له فرض اخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أوفر الامرين من المقاسمة او ثلث الباقي مالم ينقص عن سدس

جميع المال لأن الفرض كامل مستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال ، وقد بينا أن حكمه في جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقي بعد الفرض ، فإن نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لأن ولد الأب والام ليس بأكثر من ولد الصلب ، ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس ، فلأن لا ينقص مع ولد الاب والام أولى .

وإن مات رجل وخلف بنتاً ورجلاً وأختاً فللبنت النصف والباقي بين الجد والاخت ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وهي من مربات عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، فإنه قال : للبنت النصف والباقي بين الجد والاخت نصفان ، وتصح من أربعة ، وإن مات امرأة وخلفت زوجاً وأماً ورجلاً فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس ، وهي من مربات عبد الله رضى الله عنه لأنه يروى عنه أنه قال : للزوج النصف والباقي بين الجد والام نصفان . وتصح من أربعة . وهذا خطأ . لأن الجد أبعد من الأم فلم يجز أن يحجبها كجد الاب مع أم الاب .

وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأخاً ورجلاً فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والاخ نصفان ، وتصح من أربعة وعشرين ، للزوجة ستة أسهم وللأم ثمانية والباقي بين الجد والاخ لكل واحد منهما خمسة ، وهي من مربات عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، فإنه روى عنه أنه جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي والباقي بين الجد والاخ نصفان وتصح من أربعة ، للزوجة سهم وللأم سهم وللجد سهم .

وإن مات رجل وخلف امرأة ورجلاً وأختاً ، فللمرأة الربع والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف بالمربعة ، لان مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أبى بكر وابن عباس رضى الله عنهما : للزوجة الربع ، والباقي للجد . ومذهب على وعبد الله رضى عنهما : للزوجة الربع وللأخت النصف والباقي للجد واختافوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة . وإن مات رجل وخلف أماً وأختاً ورجلاً ، فللأم الثلث ، والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل

حظ الاثنيين ، وتسمى الحرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فان زيدا ذهب إلى ما قلناه وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما إلى أن للام الثلث والباقي للجد . وذهب عمر إلى أن للاخت النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد . وذهب عثمان رضي الله عنه إلى أن للام الثلث والباقي بين الجد والاخت نصفان وتصح من ثلاثة . وذهب علي عليه السلام إلى أن للاخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد . وعن ابن مسعود روايتان : إحداهما مثل قول عمر رضي الله عنه ، والثانية للاخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان ، وتصح من أربعة وتعرف بثلاثة عثمان ومربعة عبد الله رضي الله عن الجميع

(فصل) ولا يفرض للاخت مع الجد الا في مسألة واحدة وهي : اذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا وجدا ، فلزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس . وأصلها من ستة وتعود إلى تسعة ؛ ويجمع نصف الأخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الاثنيين ، وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ، لأنه لا بد من أن يعطى الزوج النصف لأنه ليس ههنا من يحجبه ، ولا بد من أن تعطى الأم الثلث لأنه ليس ههنا من يحجبها ، ولا بد من أن يعطى الجد السدس لأن أقل حقه السدس ، ولا يمكن إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا ، لأنه لا يمكن تفضيلها عن الجد ، فوجب أن يقسم مالها بينهما للذكر مثل حظ الاثنيين ، وتعرف هذه المسئلة بالأكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الأكدر فنسبت إليه

وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله لأنه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض الأخت مع الجد وقد فرض ، فان كان مكان الأخت في الأكدرية أخ لم يرث لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس ، ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لأن الجد يأخذ السدس بالفرض ؛ والأخ لا يرث بالفرض وإنما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط . وبالله التوفيق .

(الشرح) الأحكام : إذا اجتمع مع الجد والإخوة من له فرض وهم ستة : البنت وبنت الإبن والزوج والزوجة والام والجدة فان صاحب الفرض يعطى فرضه ويكون للجد أوفى ثلاثة أشياء : المقاسمة . أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال ، وإن كان الفرض أقل من نصف جميع المال فثلث ما يبقى خير له من السدس فيكون له الأخط من المقاسمة أو ثلث ما يبقى ، وإن كان الفرض النصف فثلث ما يبقى والسدس واحد ، وإن كان الفرض أكثر من النصف فالسدس أكثر من ثلث ما يبقى فيكون للجد الأخط من المقاسمة أو السدس

إذا ثبت هذا فمات الرجل وخلف بنتاً وأختاً لأب وأم وجداً فللبنات النصف والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين . والمقاسمة ههنا خير للجد هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت

وقال علي بن أبي طالب : للبنات النصف وللجد السدس والباقي للأخت دليلنا : أنه فريضة جمعت أبا أب وولد أب فاشتركا في الفاضل من فرض ذوى السهام ، كما لو كان بدل الأخت أخاً مع البنت والجد

(فرع) زوج وجد وأم فالتركة من ستة : للزوج ثلاثة وللأم الثلث سهمان وللجد سهم . وبه قال زيد بن ثابت . فان كان بدل الزوج زوجة كان لها الربع وللأم الثلث والباقي للجد . وروى عن عمر روايتان (إحداهما) أن للزوج النصف وللأم ثلث ما بقي والباقي للجد (والثانية) للزوج النصف وللأم السدس والباقي للجد . ويفيد اختلاف الروايتين إذا كان مكان الزوج زوجة ، فعلى إحدى الروايتين يكون للزوجة الربع وللأم الثلث مما بقي للجد

وروى عن ابن مسعود ثلاث روايات ، روايتان كروايتي عمر ، والثالثة للزوج النصف والباقي بين الجد والام ، فيكون على هذه الرواية من مربعات ابن مسعود . وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأختاً وجداً كان أصابها من اثني عشر : للزوجة ثلاثة وللأم أربعة وللأخت والجد ما بقي وهي خمسة . وتصح من أربعة وعشرين وهي من مربعات ابن مسعود فانه قال : للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي والأخت سهمان

وإن خلف رجل زوجته وأختاً وجداً كان للزوجة الربع سهم من أربعة

والباقي بين الجدة والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويصح من أربعة ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال أبو بكر وابن عباس : للزوجة الربع والباقي للجدة . وقال عمر وابن مسعود : للزوجة الربع سهم من أربعة والأخت النصف سهمان وللجدة ما بقي وهو سهم ، وتعرف هذه المسألة بالمربعة ، فانهم اختلفوا في قدر ما يرث كل واحد من الجدة والأخت ، واتفقوا على أن أصلها من أربعة

(فرع) وإن مات رجل وخلف أمًا وأختًا وجدًا فمذه تسمى الخرقاء لتخرق أقويل الصحابه فيها . قال ابن بطال : لملها مأخوذة من الخرق ، وهي الأرض الواسعة ، وأن فيها سبعة أقويل فأبو بكر وابن عباس وعائشه وهم من قالوا إن الجدة مسقط للإخوة ، فللام الثلث والباقي للجدة ويسقط الأخت . وعن عمر فيها روايتان (إحداهما) للأخت النصف والام السدس والباقي للجدة (والثانية) أن للأخت النصف واللام ثلث ما يبقى والباقي بين الجدة والأخت نصفًا . وعن ابن مسعود فيها ثلاث روايات ، روايتان مثل روايتي عمر والثالثة للأخت النصف والباقي بين الجدة والام نصفان ، فيكون على هذه الرواية من مربعة . وعن عثمان يقسم المال كله على ثلاثة للام سهم والأخت سهم وللجدة سهم . وقال على للام الثلث والأخت النصف وللجدة السدس . وقال زيد بن ثابت للام الثلث والباقي بين الجدة والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين . وتصح من تسعة ، وبه قال الشافعي وأصحابه

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ، وليس يقال لاحد من الإخوة والأخوات مع الجدة إلا في الإكدرية ، وهو زوج وأم وأخت لاب وأم أو لاب وجد ، وقد اختلف الصحابه رضي الله عنهم فيها ، فذهب أبو بكر وابن عباس أن للزوج النصف واللام الثلث والباقي للجدة ، وتسقط الأخت

وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف والأخت النصف وللجدة السدس فيعول إلى تسعة ، فتأخذ الأخت ثلاثة . وقال زيد بن ثابت تعول إلى تسعة كقول علي ، ولكن يجمع الثلاثة التي للأخت والسهم الذي للجدة فنصير أربعة ، فيقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين . وتصح من سبعة وعشرين للزوج واللام ستة وللجدة

ثمانية وللأخت أربعة ، وبهذا قال الشافعي وأصحابه ، وإنما كان كذلك لأنه ليس ههنا من يحجب الزوج عن النصف ولا من يحجب الأم عن الثلث ، ولا يمكن أن ينقص الجد عن السدس لأن الابن لا يسقط عنه فهو لأولى ، وقد استكملت الفريضة ولا سبيل إلى إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ففرض لها النصف ، ولا يمكن أن يأخذ جميعه لأنه لا يجوز تفضيلها على الجد فوجب أن يجتمع نصيبها وبقيتها للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما قلنا في غير هذا الموضع . وإختلف الناس لآي معنى سميت أكدرية ، فروى عن الأعمش أنه قال إنما سميت أكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له أكدر فذكر له اختلاف الصحابة فيها فنسبت إليه . وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله ، لأنه لا يفرض للاخوات مع الجد وقد فرض لها ههنا ، ولا يعيل مسائل الجد وقد أعال ههنا .

وقال ابن بطال يقال إنه اسم المرأة في المسألة فنسبت إليها . وإن كان بدل الأخت أخا فإن للزوج النصف واللام الثلث وللجد السدس ، ويسقط الأخ لأن الأخ له تعصيب محض ولا يمكن أن يفرض له . ولم يبق في الفريضة شيء فسقط وإن كان هناك زوج وأم وأختان وجد فليست بأكدرية ، بل للزوج النصف واللام السدس والباقي بين الجد والأختين للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيصح من اثني عشر ، فإن كان هناك زوج وأم وبنت وأخت وجد كان أصلها من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنات ستة ، والأم سهمان وللجد سهمان ولا شيء للأخت لأن المسألة قد عالت ولا يفرض لها لأنها إنما تأخذ مع البنات بالتعصيب ولا تعصيب ههنا (مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه والإخوة للاب والام معادون الجد بالإخوة والاخوات للاب . ووجه ذلك أنه إذا اجتمع جد وأخ لاب وأم وأخ لاب فإن الأخ للاب والام يعاد الجد بالأخ للاب فيقسم المال بينهم على ثلاثة لكل واحد سهم ثم يرجع الأخ للاب والام فيأخذ سهم الذي بيد الأخ للاب ، وبه قال زيد بن ثابت ومالك بن أنس .

وذهب علي وابن مسعود إلى أن الأخ للاب يسقط ويكون المال بين الجد

والأخ للاب والام نصفين

دأبنا أن الجدة إذا حجب بأخوين وارثين جاز أن يحجب بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث ، كإلام تحجب بالأخوين أحدهما لاب والآخر لاب وأم ، فإن كان هناك أخ لاب وأم وأخت لاب وجد عادّ الأخ للاب والام الجدة بالأخت اللاب فيقسم المال على خمسة ، للجد سهمان والأخ للاب والام سهمان والأخت سهم ، ثم يرجع الأخ فيأخذ سهم الأخت ، وإن كان هناك أخوات لاب وأم وأخ لاب وجد ولا حاجة هنا إلى المعادّة لأن الجدة لا يجوز أن ينقص عن الثلث .

(فرع) وإن اجتمع أخت لاب وأم وأخت لاب وجد كان المال بينهم على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم تأخذ الأخت للاب والام السهم الذي بيد الأخت اللاب وقد حصل معها نصف المال ، وإن كان هناك أخت لام وأب وأخ لاب وجد كان المال بينهم على خمسة ، للجد سهمان والأخت سهم والأخ سهمان ثم تأخذ الأخت من الأخ تمام النصف وهو سهم ونصف ؛ لأنه لا يجوز أن ترث أكثر من نصف المال . فيضرب الخمسة في اثنين فنصبح من عشرة للجد اثنين في اثنين فذلك أربعة والأخت سهمان ونصف في اثنين فذلك خمسة والأخ النصف في اثنين فذلك سهم ، وتعرف هذه المسألة بعشرية زيد ، لأنه يبقى للأختين سهم من عشرة فتضرب في العشرة اثنين فذلك عشرون ، وتعرف بالعشريتين . وإن اجتمع مع الجدة والأخوة للاب والام والأخوة اللاب من له فرض كان الحكم فيه حكم ما لو كان للجد والأخوة للاب والام من له فرض في أن يجعل للجد الأوفر من المقاسمه بعد الفرض أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال وبعادّة الأخوة للاب والام الجدة بالأخوة للاب على ما ذكرنا . والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله :

كتاب النكاح

النكاح جائز لقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، ولما روى علقمة عن عبد الله رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم البائة فليتزوج ، فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء . » .

(الشرح) قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم مرتبط بأول الآية « وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا . » . قال الشافعى رضى الله عنه : أن لا يكثر عيالكم ، فدل على أن قلة العيال أدنى وقيل : قد قال الشافعى ذلك وخالف جمهور المفسرين وقالوا : معنى الآية : ذلك أدنى أن لا تجوروا ولا تميؤا . فانه يقال : عال الرجل يعول عولا إذا مال وجار ومنه عول الفرائض ، لأن سهامها زادت : ويقال عال يعيل عيلة إذا احتاج . قال تعالى « وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله . » .

وقال الشاعر :

وما يدرى الفقير متى غناه وما يدرى الغنى متى يعيل

قال ابن القيم : وأما كثرة العيال فليس من هذا ولا من هذا — أى لا من الفقر ولا من الجور — قلت : إن ما ذكره الشافعى لغة حكاهم الفراء عن الكسائى قال : ومن الصحابة من يقول : عال يعول إذا كثر عياله ، قال الكسائى وهي لغة فصيحة سمعتها من العرب ، على أن قصده المصنف من سوق الآية هو الاستفهاد بها على جواز النكاح ، وسنعود اليه .

أما حديث علقمة عن عبد الله بن مسعود فقد رواه أصحاب الكتب السنة وأحمد في مسنده ، وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن سعد بن أبي وقاص قال

و ردد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أذن له
 لاختصينا ، وأخرج أحمد والبخارى ومسلم عن أنس ، أن نفراً من أصحاب النبي
 صلى الله عليه وسلم . قال بعضهم : لا أتزوج ، وقال بعضهم : أصلي ولا أنام ؛
 وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ما بال
 أقوام قالوا كذا وكذا ، لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، وأتزوج النساء ،
 فمن رغب عن سنتي فليس مني ، وفي مسند أحمد وصحيح البخارى عن سعيد بن
 جبير قال : قال لي ابن عباس : هل تزوجت ، قلت : لا ، قال : تزوج فان خير
 هذه الأمة أكثرها نساء .

وفي سنن الترمذى وابن ماجه عن قتادة عن الحسن بن سمرة ان النبي صلى الله
 عليه وسلم نهى عن التبتل ، وقرأ قتادة ، ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم
 أزواجاً وذرية ، قال الترمذى : إنه حسن غريب قال : وروى الأشعث بن
 عبد الملك هذا الحديث عن الحسن بن سعد بن هشام عن عائشة عن النبي (ص)
 ويقال : كلا الحديثين صحيح .

(قلت) وفي سماع الحسن بن سمرة خلاف مشهور مضى في غير موضع ،
 وحديث عائشة الذى ذكره الترمذى رواه النسائى أيضاً ، وفي مسند الفردوس
 عن ابن عمر مرفوعاً : حجوا تستغنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تسكروا
 فاقى أباهى بكم الأمم ، وفي إسناد محمد بن الحارث بن محمد بن عبد الرحمن البيهقى
 وهما ضعيفان ، ورواه البيهقى عن الشافعى انه ذكره بلاغاً وزاد فى آخره حتى
 بالنسقط ، ورواه البيهقى عن أبى امامة بلفظ : تزوجوا فاقى بكم الأمم ،
 ولا تكونوا كرهانية النصارى ، وفي إسناد محمد بن ثابت وهو ضعيف ؛ وعند
 الدارقطنى فى المؤتلف وابن قانع فى الصحابه عن حرمة بن النعمان بلفظ : امرأة
 ولود أحب الى الله من امرأة حسناء لا تلد ، انى مكاتر بكم الأمم يوم القيامة ،
 وقد ضعف إسناد ابن حجر ، وعند ابن ماجه عن عائشة ان النبي صلى الله عليه
 وسلم قال : التناكح من سنتى ، فمن لم يعمل بسنتى فليس منى ، وتزوجوا فاقى مكاتر
 بكم الأمم ، ومن كان ذا طول فليستكبح ، ومن لم يجد فعليه بالصوم فان الصوم له
 وجاء ، وفي إسناد عيسى بن ميمون وهو ضعيف .

وفي مسلم عن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم : الدنيا مناع وخير مناعها للمرأة الصالحة ، وعند النسائي والطبراني بإسناد حسن عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : حبيب إلى من دنياكم النساء والطيب ، وجعلت قرة عيني في الصلاة ، وعند الترمذى والدارقطنى والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً : ثلاثة حق على الله إعانتهم ، المجاهد في سبيل الله ، والناكح يريد أن يستعف ، والمكاتب يريد الأداء ، وعند الحاكم عن أنس بلفظ : من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتق الله في الشطر الثاني ، .

قال ابن حجر : وإسناده ضعيف وروى بلفظ : من تزوج امرأة صالحة فقد أعطى نصف العيادة ، وفي إسناده زيد العمى وهو ضعيف . وعند أبي داود والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ : ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها اطاعته ، وعند الترمذى نحوه بإسناد منقطع ، وعند البغوى في معجم الصحابة بلفظ : من كان موسراً فلم ينكح فليس منا ، ورواه البيهقى وقال : هو مرسل ، وكذا جزم به أبو داود والدولابى .

وقد روى ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس : لم ير المتحابين مثل التزوج ، وأخرج أحمد وأبو داود والحاكم وصححه والطبراني من رواية عطاء بن ذكوان عن ابن عباس مرفوعاً : لا ضرورة في الإسلام ، ولا رواية لعطاء عن عكرمة وأعله من رواية عمرو بن عطاء بن وراز ، وهو مجهول أو عمرو بن أبي الجوار ، والضرورة الذى لم يتزوج والذى لم ينجح ، وعند الحاكم من حديث عياض بن غنم مرفوعاً : لا تزوجوا عاقراً ولا عجوزاً فإنى مكاتبكم بكم الأمم ، وإسناده ضعيف وقد قال ابن حجر في الفتح : وفيه أيضاً عن الصنايح بن الأعسر وسهل بن حنيف وحرمة بن النعمان ومعاوية بن حيدة .

أما لغات الفصل وغريبه ، فإن الباء بالمد النكاح والتزوج وقد تطلق الباء على الجماع نفسه ، ويقال أيضاً : الباهة والباه بالالاف مع الهاء وابن قتيبة يجعل هذه الأخيرة تصحيفاً وليس كذلك ، بل حكاه الأزهري عن ابن الأنبارى ،

وبعضهم بقول الهاء مبدلة من الهمزة يقال : فلان حريص على الباءة والباء والباه
بالحاء والقصر أى على النكاح .

قال ابن الأبياري : الباه الواحدة والباء الجمع ثم حكاهم الأزهري عن ابن
الأعرابي أيضا ويقال إن الباءة هو الموضع الذي تبوء إليه الأبل ثم جعل عبارة
عن المنزل ثم كنى به عن الجماع إما لأنه لا يكون إلا في الباءة غالبا أو لأن الرجل
يتبوء من أهله أى يستمكن كما يتبوء من داره ، وقوله عليه الصلاة والسلام : من
استطاع منكم الباءة ، على حذف مضاف والتقدير من وجد مؤنة النكاح فليتزوج
ومن لم يستطع أى من لم يجد أهية فعلية بالصوم ، وقيل الباءة بالمد القدرة على
مؤنة النكاح وبالقصر الوطء .

قال أبو العلاء المعري .

والباء مثل الباء يحذف لفض للدناءة أو يحجر

قال ابن حجر : ولا مانع من الحمل على المعنى الأعم بأن يراد بالباءة القدرة
على الوطء ومؤنة التزويج ، وقد وقع في رواية عند الاسماعيلي من طريق أبي عوانة
بلفظ : من استطاع منكم أن يتزوج فليتزوج ، وفي روايته للنسائي : من كان ذا
طول فلينكح ، وقوله : اغض للبصر وأحصن للفرج ، أى أشد غضنا للبصر وأشد
إحصانا ومنعا من الفاحشه ؛ وقوله : فعلية ، قيل هذا من إغراء الغائب ،
ولا تنكاد العرب تغرى إلا الشاهد ، تقول عليك زيدا ، ولا تقول عليه زيدا .
قال الطيبي وجوابه أنه لما كان الضمير للغائب راجعا الى لفظة من وهي عبارة عن
المخاطبين في قوله : يا معشر الشباب ، والشباب جمع شاب .

قال الأزهري لم يجمع قاتل على فعال غيره ، وبيان لقوله : منكم ، جاز قوله
عليه لأنه بمنزلة الخطاب ، وأجاب القضاة عياض بأن الحديث ليس فيه إغراء
الغائب ، بل الخطاب للحاضرين الذين خاطبهم أولا بقوله : من استطاع منكم ،
وقد استحسنته القرطبي والحافظ ابن حجر ، وقوله : وجاء بكسر الواو والمد
وأصله الغمز ومنه وجاء في عنقه إذا غمزته ، وجاء بالسيف إذا طعنته به ، وجاء
أنثيه غمزها حتى رضها وتسمية الصيام وجاء استعاره ، والعلاقة المشابهة ،

لأن الصوم لما كان مؤثراً في ضعف شهوة النكاح شبه بالصوم . وقد يقال : إن الصوم بما فيه من عبادة في ذاته وفيما يلبسه من ترك لشهوته الحسية والمعنوية فإنه صارف عن مقارفة الشهوات أو التجانف للآثم ، وهو بما يحيط بالمرء من فيض نور الطاعة وقاية من الفحشاء أى وقاية .

(أما الاحكام) فان النكاح مشروع بالكتاب والسنة كما أوردنا من نصوصهما وقد اختلف الفقهاء في كونه واجبا أو جائزا فذهبنا جوازه ، وهو المشهور من مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه .

وحكى عن داود أنه واجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر . دليلنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله « فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال . مشى وثلاث ورباع . ولا يجب ذلك بحال بالاتفاق .

قالت عائشة رضى الله عنها كانت مناكح أهل الجاهلية على أربعة أقسام .

(أحدها) مناكح الرايات وهو أن المرأة كانت تنصب على بابها راية لتعرف أنها عامرة ، فيأتيها الناس .

(والثاني) أن الرهط من القبيلة أو الناحية كانوا يجتمعون على وطء امرأة لا يخالطهم غيرهم ، فإذا جاءت بولد ألحق بأشبههم .

(الثالث) نكاح الاستخبار ، وهو أن المرأة إذا أرادت أن يكون ولدها كريمة بذلت نفسها لعدة من فحول القبائل ليكون ولدها كأحدهم .

(الرابع) النكاح الصحيح - وهو الذى قال النبي صلى الله عليه وسلم فيه ولدت من نكاح لا سفاحا ، وتزوج النبي صلى الله عليه وسلم خديجة بنت خويلد قبل النبوة من عمها ورقة بن نوفل ، وكان الذى خطبها له عمه ابوطالب وخطب فقال الحمد لله الذى جعل لنا بلدا حراما وبيتنا محجوجا وجعلنا سدنته ، وهذا محمد قد علمتم مكانه من العقل والنبل ، وان كان فى المال قل ، الا ان المال ظل زائل ،

وعارية مسترجعة . وما أردتم من المال فعلى ، وله في خديجة بنت خويلد رغبة
ولها فيه مثل ذلك ، فزوجها منه عمها والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح النكاح إلا من جاز التصرف . فأما الصبي والمجنون فلا
يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع .
وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأنه عقد يستحق به المال
فلم يصح منه من غير إذن الولي ويصح منه بإذن الولي لأنه لا يباذن له إلا فيما يرى
الحظ . فيه . وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى لما روى ابن عمر رضي
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه
باطل ، ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه . وفي ذلك
إضرار بالمولى فلم يجز من غير إذنه ، ويصح منه بإذن المولى لأنه لما أبطل النبي
صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير إذنه دل على أنه يصح بإذنه ، ولأن المنع لحق
المولى فزال بإذنه .

(فصل) ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه إليه وقدر على المهر والنفقة
فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ، ولأنه أحسن أفرجه وأسلم لدينه ، ولا
يجب ذلك لما روى إبراهيم بن ميسرة رضي الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به
النبي صلى الله عليه وسلم : من أحب فطرقى فليستن بسنتي ، ومن سئى النكاح ،
ولأنه ابتغاء لذة تصير النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب ، ومن لم
تق نفسه إليه ، فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تقوجه عليه حقوق هو غنى عن
الزماما ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها ، وإذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه
أسلم لدينه .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه : قال الترمذي : لا يصح إنما
هو عن جابر ، ورواية جابر عند أحمد وأبي داود والترمذي وحسنه بلفظ : أيما
عبد تزوج بغير إذن سيده فهو طاهر ،
أما حديث عبيد بن سعد فأصح طريقه روايتا عائشة وأسر في الرهط الذين

جاءوا إلى البيت ، وقد مضى تخريجه . أما الأحكام فإنه لا يصح النكاح إلا من حر بالغ عاقل مطلق التصرف . فأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن السيد . وأما الصبي والمجنون فلا يصح نكاحهما لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ . وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفوق ، ولأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالببيع . وأما السفیه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي ، لأنه لا يأذن له إلا فيما فيه مصلحة من ذلك

(فرع) النكاح مستحب غير واجب عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور من مذهبه وأكثر أهل العلم

وقال داود بن علي الظاهري : هو واجب على الرجل والمرأة مرة في العمر دليلنا كما قلنا قوله تعالى : فاتكحوا ما طاب لكم من النساء ، فدلته بالاستطابة وما كان واجباً لا يتعلق بالاستطابة

وروى أبو أيوب الأنصاري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أربع من سنن المرسلين : الختان والتعطر والسواك والنكاح ، وقوله : من أحب فطرتي ، فدلته على المحبة وسماه سنة ، فإذا أطلقت السنة اقتضت المندوب إليه . وروى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة ؟ فبين لها ذلك ، فقالت لا والله لا تزوجت أبداً ، فلو كان النكاح واجباً لانتكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وروى أن جماعة من الصحابة ماتوا ولم يتزوجوا ولم ينتكروا عليهم

إذا ثبت هذا فالناس في النكاح على أربعة أضرب : ضرب تنوق نفسه إليه ، أي اشتاقت . ووجد أهيته وهو المهر والنفقة وما يحتاج إليه ، فيستحب له أن يتزوج لما رواه عبد الله بن مسعود حديث (بامعشر الشباب)

والضرب الثاني : من تنوق نفسه إلى الجماع ولا يقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن لا يتزوج ، بل يتعاهد نفسه بالصوم فإنه له وقاية . ولا يشغل ذمته بالمهر والنفقة .

والضرب الثالث : من لا تنوق نفسه إلى الجماع ويريد التخلي إلى عبادة الله تعالى فيستحب له أن لا يتزوج ، لأنه يلزم ذمته حقوقاً هو مستغن عن التزامها

والضرب الرابع ، من لا تنوق نفسه وهو قادر على المهر والنفقة ولا يريد العبادة فهل يستحب له أن يتزوج ؟ فيه قولان حكاهما العمراني في الفروع ؛ (أحدهما) لا يستحب له أن يتزوج لأنه يشغل ذمته بما لا حاجة به إليه .
(والثاني) يستحب له لقوله صلى الله عليه وسلم « من أحب فطرتي فليستن بسنتي ، ومن سنتي النكاح .

وقال أبو حنيفة النكاح مستحب بكل حال ، وبه قال بعض أصحابنا ، بل قال أبو عوانة الاسفراييني من محدثي أصحاب الشافعي « انه يجب للاتاق اليه القادر على مؤنته ، وصرح به في صحيحه ، ونقله المصعب في شرح مختصر الجويني وجها وقال ابن حزم في المحلى وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما ، فإن لم يجد فليكثر من الصوم ، وهو قول جماعة من السلف . انتهى

وقال الماوردي من أصحابنا الذي نطق به مذهب مالك أنه مندوب ، وقد يجب عندنا في حق من لا ينفك عن الزنا إلا به . وقال القاضي عياض هو مندوب في حق كل من يرجى منه النسل ، ولو لم يكن في الوطء شهوة ، وكذا في حق من له رغبة في نوع من الاستمتاع بالنساء غير الوطء . فأما من لا نسل له ولا إرب له في النساء ولا في الاستمتاع فهذا مباح في حقه إذا علمت المرأة بذلك ورضيت . وقد يقال انه مندوب أيضا لعموم « لا رهبانية في الاسلام » قال الحافظ بن حجر ولم أره بهذا اللفظ . لكن في حديث سعد بن أبي وقاص عند الطبراني « إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لأربع ، لمالها وحسبها وجمالها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » ولا يتزوج إلا ذات عقل ، لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ، ولا يكون ذلك إلا مع ذات عقل ، ولا يتزوج إلا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : إنما النساء لعب ، فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها ،

(فصل) وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم : انظر اليها فإن في عين الأنصار شيئا ، ولا ينظر إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ، ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه ، لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها . ولهذا قال عمر رضي الله عنه : لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم ، فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن ، ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة ، لأنه يحتاج إليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالمهدة . ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتها في التجميل والأداء .

ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر إلى الفرج للدواوة لأنه موضع ضرورة لمجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان . وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر إلى الأجنبية ، ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبي ، لقوله تعالى : قل للدؤميين بغضوا من أبصارهم وبحفظوا فروجهم . وقل للدؤميات بغضن من أبصارهن وبحفظن فروجهن ،

وروت أم سلمة رضي الله عنها قالت : كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده ميمونة ، فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبين عنه ، فقلت : يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا ؟ فقال أهدميا وان أنتما أليس تبصرانه ؟ ،

وروى علي كرم الله وجهه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أورد الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل ، فقال أبو العباس : لويت عنق ابن عمك ؟ قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما ، ولا يجوز النظر إلى المرء من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة

(فصل) ويجوز لذوى المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى ولا يبدن زينةهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال، ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل وللرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة لأنهم كذوى المحارم في تحريم الفكاح على التأييد فكذلك في جواز النظر . واختلف أصحابنا في ملك المرأة ، فمنهم من قال هو محرم لها في جواز النظر والحلوة ، وهو المنصوص لقوله عز وجل «أو ما ملكت أيمانهن» ، فذكره مع ذوى المحارم في إباحة النظر . وروى أنس رضى الله عنه قال «أعطى رسول الله (ص) فاطمة غلاماً فأقبل النبي (ص) ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجلها ، وإذا غطت رجلها لم يبلغ رأسها ، فقال النبي (ص) إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك ، ومنهم من قال ليس بمحرم ، لأن المحرم من يحرم على التأييد ، وهذا لا يحرم على التأييد فلم يكن محرماً ، واختلفوا في المراهق مع الأجنبية ، فمنهم من قال هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى «أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» ، فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء ، ولأنه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر . ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم ، وهو قول أبى عبد الله الزبيرى لقوله عز وجل «وإذا بلغ الأطفال منك الحلم فليستأذنوا» ، فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا ،

(فصل) ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج ، وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «النظر إلى الفرج يورث الطمس» (والثانى) يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه يملك الاستمتاع به لحازله النظر إليه كالفخذ وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيده فلا ينظر إلى ما دون السرة والركبة» ،

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه الشيخان وأحمد في مسنده وأصحاب السنن
 ماعدا الترمذى ، وحديث أنس رواه أبو داود والبيهقى وابن مردويه وفي إسناده
 أبو جميع سالم بن دينار الهجيمي البصرى . قال ابن معين ثقة ، وقال أبو زرعة
 الرازى : بصرى لين الحديث . وقوله : إذا قمعت ، بفتح النون المشددة سترت
 وغطت . وأما حديث النظر الى الفرج بورث الطمس ، فقد مضى فى العبادات
 فى ستر العورة وضعفه النووى وغيره ، وكذلك حد العورة من الجارية مضى فى
 ستر العورة فليراجع .

أما غريبه فقوله : لأربع ، أى لأجل أربع ، وقوله : لحسبها ، بفتح الحاء
 والسين أى شرفها ، والحسب فى الأصل الشرف بالأباء وبالاقارب مأخوذ من
 الحساب ، لأنهم كانوا إذا تفاخروا وعدوا مناقبهم ومآثر آباءهم وقومهم وحسبوا
 فيحكم لمن زاد عدده على غيره ، وقيل المراد بالحسب هنا الأفعال الحسنة ، وقيل
 المال ، وهو مردود بذكره قبله ، ويؤخذ من الحديث أن الشريف النسب
 يستحب له أن يتزوج نسبية ، إلا ان تعارض نسبية غير ذات دين ، وغير نسبية
 ذات دين ، فتقدم ذات الدين ، وهكذا فى كل الصفات

وأما ما أخرجه أحمد والنسائى وصححه ابن حبان والحاكم من حديث بريدة
 رفعه : إن أحساب أهل الدنيا الذى يذهبون اليه المال ، فقال ابن حجر : يحتمل
 أن يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام
 المال لمن لا نسب له ، ومنه حديث سمرة رفعه : الحسب المال والكرم التقوى ،
 أخرجه أحمد والترمذى وصححه هو والحاكم .

قوله : وجهها ، يؤخذ منه استحباب نكاح الجميلة ، ويأتى بالجمال فى الذات
 الجمال فى الصفات ؛ قوله : قاطفر بذات الدين ، فيه دليل على أن اللاتقى بذى الدين
 والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره فى كل شىء لاسيما فيما تطول صحبته كالزوجه
 وقد وقع فى حديث عبد الله بن عمرو عند ابن ماجه والبخارى والبيهقى رفعه
 : لا تزوجوا النساء الحسنين فسمى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن
 فسمى أموالهن أن تطغيهن ، ولا تكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء
 ذات دين أفضل ،

والحديث يكشف نحايز البشر وما استقر في طباعهم من قصد هذه الخصال
الأربع وآخرها عندهم ذات الدين فاظفر أيها الحصيف بذات الدين تربت يداك
أي لصقت بالتراب وهي كناية عن الفقر ، وهو خير بمعنى الدعاء ، لكن لا يراد
به حقيقته وهذا جزم صاحب العمدة .

وحكى ابن العربي أن المعنى : استغنت يداك ، ورد بأن المعروف أترب إذا
استغنى ، وترب إذا افتقر ، وقيل : معناه ضعف عقلك ، وقيل : افتقرت من العلم
وقيل : فيه شرط مقدر أي وقع ذلك لك إن لم تفعل ورجحه ابن العربي .
وحديث إنما النساء لعب مضى تخريجه .

أما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد والنسائي ، وأخرجه مسلم من حديث
أبي حازم عنه ولفظه : كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل فأخبره أنه
تزوج امرأة من الأنصار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنظرت اليها ؟
قال : لا ، قال : فاذهب فانظر اليها فإن في عين الأنصار شيئاً .

أما حديث أم سلمة فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه والنسائي
وابن حبان وفي إسناده نيهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق . وقد روى
مالك في موطنه عن عائشة أنها احتجبت من أعمى فقيل لها : إنه لا ينظر إليك
قالت : لكنني أنظر إليه .

أما حديث علي كرم الله وجهه فقد أخرجه الترمذي وصححه ، ورواه البخاري
من حديث عبد الله بن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أورد الفاضل بن
العباس يوم النحر خلفه ، وفيه قصة المرأة الخثعمية التي سألته صلى الله عليه وسلم
عن أمها التي لم تحج ، وقد مضى في كتاب الحج تفصيله وطرقه وفوائده .

أما الأحكام : فإنه يستحب له أن يتزوج ذات العقل ، لأن القصد بالنكاح
طيب العيش معها ولا يحصل ذلك مع من لا عقل لها ، ويستحب له أن يتزوج بكراً
لما روى جابر قال : تزوجت امرأة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال :
أتزوجت يا جابر ؟ فقلت : نعم ، فقال : بكراً أم ثيباً ؟ فقلت له ثيباً ، فقال هلا
جارية بكراً تلاعبها وتلاعبك الخ الحديث ، ويستحب له أن لا يتزوج إلا من

يستحسنها الحديث ، فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها ، ويستحب له أن يتزوج ذات نسب لحديث تنسكح المرأة الأربعة ولقوله صلى الله عليه وسلم : تخيروا لنفسكم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : إياكم وخضراء الدمن ، قيل وما خضراء الدمن يا رسول الله ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء .

والأولى أن يتزوج من غير عشيرته لان الشافعى رضى الله عنه قال اذا تزوج الرجل من عشيرته فالغالب على ولده الحق ، ومن المقرر فى علم الاجناس أن من أسباب انقراض الجنس حصره فى أسرة واحدة فان ذلك يفضى بتدهور السلالات وضئف النسل ، ويستحب له أن يتزوج الولود ، لقوله صلى الله عليه وسلم : تناكحوا تكثروا ، وقوله صلى الله عليه وسلم : تزوجوا الولود الودود ، وقوله صلى الله عليه وسلم : سوداء ولود خير من حسناء عقيم ، ويستحب له أن يتزوج فى شوال ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجنى رسول الله (ص) فى شوال ، وبنى بى فى شوال ، فكانت عائشة رضى الله عنها تستحب أن يبنى بنسائها فى شوال .

(فرع) ويجوز للحر أن يجمع بين أربع زوجات حرائر ، ولا يجوز له أن يجمع بين أكثر من أربع لقوله : مثنى وثلاث ورباع ، قال الصيمرى من أصحابنا إلا أن المستحب أن لا يزيد على واحدة لاسيما فى زماننا هذا — أى فى زمان الصيمرى — وقال القاسم وشيعته (القاسمية) يجوز أن يجمع بين تسع ولا يجوز له أكثر من ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم مات عن تسع زوجات ، ولأن قوله تعالى : مثنى وثلاث ورباع فيكون المجموع تسعا . وذهبت طائفة من الرافضة إلى أنه يتزوج أى عدد شاء .

دلينا أن غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وتحنه عشر نسوة : فقال له النبى (ص) امسك ممن اربعا وفارق سائرهن . وروى عن نوفل بن معاوية قال : اسامت وتحنى خمس نسوة فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم : امسك اربعا ممنز وفارق واحدة ممنهن . واما الآية فالمراد بها التخبير بين الاثنتين والثلاث والاربع ، ولم يرد به الجمع ، كقوله تعالى : اولى اجنحة مثنى وثلاث ورباع فى صفة الملائكة

وتقول . جاء في القوم مثنى وثلاث ورباع ، وأما النبي (ص) فإنه كان مخصوصاً بذلك ، وما روى أن أحداً من الصحابة جمع بين أكثر من أربع زوجات .
(فرع) وإذا أراد الرجل خطبة امرأة جاز له النظر منها إلى ما ليس بعورة منها وهو وجهها وكفها بإذنها وبغير إذنها ولا يجوز له أن ينظر إلى ما هو عورة منها وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وحكى عن مالك أنه لا يجوز له ذلك إلا بإذنها . وقال المزني : لا يجوز أن ينظر إلى شيء منها . وقال داود بن علي : يجوز له أن ينظر إلى جميع بدنها إلا إلى فرجها . دليلنا على المزني حديث أبي هريرة مرفوعاً ، أنظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً .

وروى عن المغيرة بن شعبه قال : أردت أن أنكح امرأة من الأنصار فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما قال فذهبت فأخبرت أباها بذلك ، فذكر أبوها ذلك لها فرفعت الحدر فقالت : إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لك أن تنظر فانظر ، وإلا فإني أخرج عليك إن كنت تؤمن بالله ورسوله .

وأما الدليل على داود فقوله تعالى : ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ، قبل في التفسير : الوجه واليدين ، وظاهر الآية يقتضي أنه لا يجوز للمرأة أن تبدي إلا وجهها وكفيها .

وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أراد أحدكم تزويج امرأة فليتنظر إلى وجهها وكفيها ، فدل على أنه لا يجوز له النظر إلى غير ذلك ، ولأن ذلك يدل على سائر بدنها .

إذا ثبت هذا : فله أن يكرر النظر إلى وجهها وكفيها ، لما روى أبو الورداء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا قذف الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها . ولا يمكنه تأمل ذلك إلا بأن يكرر إليها النظر .

قال الصيمري : فإذا نظر إليها ولم توافقه فالمستحب له أن يسكت ولا يقول

لا أريدها . قال : وقد جرت عادة الرجال في وقتنا هذا أن يبعث بامرأة ثقة لتنظر الى المرأة التي يريدون خطبتها ؛ وهو خلاف السنة ، وذلك في كتاب الإفصاح .
 (فرع) قال الشيخ أبو اسحاق : ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تزوج برجل أن تنظر اليه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن .
 واذا أراد الرجل أن ينظر الى امرأة اجنبية منه من غير سبب فلا يجوز له ذلك لا الى العورة ولا الى غير العورة لقوله تعالى : قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ، ولحديث علي في ارداف الرسول صلى الله عليه وسلم الفضل بن العباس خلفه في حجة الوداع في قصة الخنعمية .

وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي : يا علي لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الأولى وابست لك الآخرة ، أخرجه احمد وابو داود والترمذي من حديث بريدة . ولا يجوز للمرأة ان تنظر الى الرجل الاجنبي لا الى العورة ولا الى غيرها من غير سبب ، لقوله تعالى : قل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ، ولحديث دخول ابن ام مكتوم على النبي صلى الله عليه وسلم وعنده ام سلمة وميمونة ، وقيل عائشة وحفصة فأمرهما صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب ، قائلاً افعميا وان اتما ، أليس تبصرانه ، ولا أن المعنى الذي منع الرجل لأجله هو صرف الافتتان ، وهذا موجود في المرأة لأنها اسرع الى الافتتان لغلبة شهوتها فحرم عليها ذلك .

(فرع) ويجوز للرجل ان ينظر الى وجه المرأة الاجنبية عند الشهادة وعند البيع منها والشراء ، ويجوز لها ان تنظر الى وجهه لذلك ، لان هذا يحتاج اليه لجواز النظر لأجله ، ويجوز لكل واحد منهما ان ينظر الى بدن الآخر اذا كان طبيبا واراد مداواته لانه موضع ضرورة فزال تحريم النظر لذلك .

(فرع) واختلف اصحابنا في الصبي المراهق مع المرأة الاجنبية ، فمنهم من قال : هو كالرجل البالغ الاجنبي معها فلا يحل لها ان تبصر له لقوله تعالى : او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء . وممن اتاهم بقوا على موافقة النساء

والمراهق يقوى على الموافقة والجماع فهو كالبالغ ، ومنهم من قال : هو معها كالبالغ من ذوى محارمها لقوله تعالى : وإذا باغ الأبطال منكم الحلم فليستأذنوا ، فأمر بالاستئذان إذا باغوا الحلم : فدل على أنه قبل أن يباغ الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان .

ولا يجوز للرجل المحصى أن ينظر الى بدن المرأة الأجنبية . قال ابن الصباغ : إلى أن يكبر ويهرم وتذهب منه شهوته ، قال : وكذلك المخنث لقوله تعالى (أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال)

وروى أن مخنثاً كان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولى الإربة . فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نسائه هو بنت امرأة لعبد الله بن أمية أخى أم سلمة يقول : يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف فإني أدلك على ابنة غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم . رواه البخارى ومسلم وأخرجه أحمد فى مسنده عن أم سلمة ، ورواه أحمد ومسلم وأبو داود من حديث عائشة . وقوله : تقبل بأربع ، يعنى أربع عكن فى مقدم بطنها ، وقوله : تدبر بثمان ، لأن الأربع محيطة ببطنها وجنبيها فتبدو العكن من خلفها ثمان أربع من الإيز وأربع من اليسار . وهذا هو تفسير مالك رضى الله عنه للحديث ، وتابعه عليه جمهور العلماء فى اللغة والحديث

(فرع) ويجوز للرجل أن ينظر الى المرأة من ذوات محارمه ، وكذلك يجوز لها النظر اليه من غير سبب ولا ضرورة ، لقوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن أو آباءهن أو آباء بعولتهن) الآية وفى الموضع الذى يجوز له النظر اليها منها وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه يجوز له النظر الى جميع بدنها الا ما بين السرة والركبة ، لأنه لا يحل له نكاحها بحال ، لجاز له النظر الى ذلك كالرجل مع الرجل

(والثانى) وهو اختيار القفال أنه يجوز له النظر الى ما يبدو منها عند المهنة ^(١)

(١) المهنة بفتح الميم بعدها هاء ساكنة ثم نون مفتوحة فهاء وهى الخدمة .

لأنه لا ضرورة به إلى النظر إلى ما زاد على ذلك . قال المسعودي : وهكذا الرجلان في النظر إلى أمة غيره .

ويجوز للرجل أن ينظر إلى جميع بدن الرجل إلا إلى ما بين السرة والركبة من غير سبب ولا ضرورة ، لأنه لا يخاف الافتتان بذلك

(فرع) إذا امتلكت المرأة خادماً فهل يكون كالمحرم لها في جواز النظر والحلوة به ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يصير محرماً لها ، وقد مال في المذهب إلى ذلك ، وهو المنصوص لقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانن) فعدته من ذوى المحارم وروى أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، إذا كان مع أحدنا من مكاتب وفي فلتحتجب عنه ، فلولا أن الاحتجاب لم يكن واجباً علينا قبل ذلك لما أمرهن به .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى فاطمة رضى الله عنها غلاماً فأراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليها ومعه على والغلام ولبس عليها الا ثوب واحد ، فأرادت أن تغطي رأسها به ورجاها فلما باع ، فقال النبي (صر) لا بأس عليك إنما هو أبوك وزوجك وخادمك ؛ ولأن الملك سبب يحرم الزوجية بينهما فوجب أن يكون محرماً له كالنسب والرضاع

والثاني لا يكون محرماً لها . قال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح عند أصحابنا لأن الحرمة إنما تثبت بين شخصين لم يتخاقت بينهما شهوة كالاخ والاخت . والخادم وسيدته شخصان خلقت بينهما الشهوة فهو كالأجنبي . وأما الآية فقال أهل التفسير : المراد بها الامدادون العميد . وأما الخبر فيحتمل أن يكون الغلام الذي أعطاه النبي (ص) لفاطمة صغيراً . اهـ

(فرع) وإذا تزوج الرجل امرأة يحل له الاستمتاع بها كان اكل واحد منهما النظر إلى جميع بدن الآخر ، لأنه يملك الاستمتاع به ، وهل يجوز له النظر إلى الفرج ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه موضع يجوز الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ (والثاني) لا يجوز لما روى من أن النظر إلى الفرج يورث الطمس وهو العمى . قال تعالى (فطمسنا أعينهم) ولأن فيه دناءة وسخفاً . قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، يعني بالطمس العمى أى في النظر . وقال الطبري في البدة

أى أن الولد بينهما يولد أعمى . وإذا زوج الرجل أمته كانت كذوات محارمه فلا يجوز له أن ينظر منها إلى ما بين السرة والركبة للحديث : إذا زوج أحدكم أمته فلا ينظر منها إلى ما بين السرة والركبة ، ولأنه إذا زوجها لحكم الملك ثابت بيدهما وإنما حرم عليه الاستمتاع بها فصارت كذوات محارمه

(مسألة ١) قال الشافعي رضي الله عنه : إن الله عز وجل لما خص به رسوله صلى الله عليه وسلم من وحيه وأنابه بينه وبين خلقه بما فرضه عليهم من طاعته افترض عليه أشياء خففها على خلقه ليزيده بها إن شاء الله قربة ، وأباح له أشياء حظرها على خلقه زيادة في كرامته وتبييناً لفضيلته . وجملة ذلك أن النبي (ص) خص بأحكام في النكاح وغيره ولم يشاركه غيره فيها

فأما ما خص به في غير النكاح فأوجب الله تعالى عليه أشياء لم يوجبها على غيره ليكون ذلك أكثر ثوابه ، فأوجب عليه السواك والوتر والأضحية . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم : السواك والوتر والأضحية . وكان يجب عليه إذا لبس لامة حربه أن لا ينزعها حتى يلقى العدو . الدليل قوله صلى الله عليه وسلم : ما كان لنبى إذا لبس لامة أن ينزعها حتى يحكم الله بينه وبين عدوه .

وأما قيام الليل فمن أصحابنا من قال كان واجباً عليه إلى أن مات لقوله تعالى (يا أيها المزمّل قم الليل إلا قليلاً) الآية . والمنصود من أنه كان واجباً عليه ثم نسخ بقوله تعالى (ومن الليل فتهجد به نافلة لك) وبعض أهل العلم يرى أن الآية ليست ناسخة . وأن قوله نافلة لك تجرى مجرى معناها اللغوي ، أى زيادة خاصة بك وليست نافلة بمعناها الاصطلاحى لمن كونها دون الواجب . وكان صلى الله عليه وسلم إذا رأى منكراً أنكره وأظهره . لأن إقراره غيره على ذلك يدل على جوازها ، وقد ضمن الله تعالى له النصر . وحرم عليه أشياء لم يحرمها على

() هو فصل محذوف من النسخة المطبوعة أورده العمرانى في كشف دافى المهذب من الإشكال ، وكم في النسخة المطبوعة من نقص استدر كناد في فروعنا .

غيره تنزيهاً له وتطهيراً ، فحرم عليه الكتابة وقول الشعر وتعليمه تأكيداً لحجته وبيانا لمجزته : قال تبارك وتعالى : وما كنت تنلو من قبله من كتاب ولا تحطه بيمينك إذن لا رتاب المبطوف .

وذكر النقاش من أصحابنا أن النبي (ص) ما مات حتى كتب ، والأول هو المشهور : وحرمت عليه الصدقة المفروضة قولاً واحداً . وفي صدقة التطوع قولان وقد مضى بيانه مفصلاً في الزكاة وحرم عليه خائنة العين وهو الرزق بالعين ، لما روى أن رجلاً دخل على النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما خرج قال : هلا قتلتموه ، فقالوا هلا رمزت الينا ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما كان لني أن يكون له خائنة العين . وحرم عليه أن يمد عينيه الى ما متع به الناس والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرت به لبل عست بأبوالها وأبعارها فغطى عينيه ، فقيل له في ذلك ، فقال قال الله تعالى (ولا تمدن عينيك الى ما متعنا به أزواجا منهم)

وأباح الله تعالى له أشياء لم يبيحها لغيره تفضيلاً له واختصاصاً ، منها انه أباح له الوصال في الصوم . والدليل عليه أنه نهى عن الوصال ، فقيل له يا رسول الله انك تواصل ، فقال : اني لست مثلكم ، اني أطعم وأسقي ، وفي رواية : اني آبيت عند ربي فيطعمني ويسقيني ، وأبيح له أربعة أخماس الغنيمه ، وخمس الخمس من الفى والغنيمه ، وأبيح له أن يختار منها ما شاء ، وأكرمه الله تعالى بأشياء منها أحل له الغنائم ولائمه وكانت لا تحل لمن قبله من الانبياء .

ويزعم اليهود في توراتهم أن السبي والفقى والغنيمه حلال لهم بالحرب . وفي التلود كل اموال ودماء ونساء وأطفال غير اليهود مستباحه لليهود ، وقالوا ليس علينا في الاميين سبيل ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون ، وجعلت له الارض مسجداً وطهوراً ولائمه وكان من قبله من الانبياء لا تصح صلاتهم الا في المساجد لقوله صلى الله عليه وسلم : فضلنا على الناس بثلاث ، جعلت الارض لنا مسجداً وترابها طهوراً وجعلت صفوفنا كصفوف الملائكة وجعل له معجزات كمعجزات الانبياء قبله وزيادة ، فكانت معجزة موسى العصا وانجاس الماء من الصخرة .

وقد انشق القمر للنبي صلى الله عليه وسلم وخرج الماء من بين أصابعه وكانت
معجزة عيسى إحياء الموتى وإبراهيم الأكمة والأبرص ، وقد سبجت الحمى بيد
النبي صلى الله عليه وسلم وحن الجذع إليه ، وفضله الله تعالى عليهم بأن جعل
القرآن معجزته وجعل معجزته فيه باقية إلى يوم القيامة ، ولهذا كانت نبوته
مؤبدة لا تنسخ إلى يوم القيامة ، ونصر بالرعب مسيرة شهر ، وبعث إلى الخاق
كافة ، وقد كان كل نبي يبعث في نسب قومه خاصة ، وقال صلى الله عليه وسلم :
تمام عيناى ولا بنام قلبى ، وكان يرى من خلفه كما يرى من بين يديه ، وأما ما خص
به النبي صلى الله عليه وسلم من الأحكام في النكاح فاختلف أصحابنا في المنع من
الكلام فيه فحكى الصيمرى أبا على بن خبيران منع من الكلام فيه وفى الإمامة
لأن ذلك قد انقضى فلا معنى للكلام فيه

وقال سائر أصحابنا : لا بأس فى الكلام بذلك وهو المشهور من المذهب لما فيه
من زيادة العلم ، وقد تكلم العلماء فيها لا يكون كما بسط الفرضيون مسائل الوصايا
وقالوا : إذا ترك أربعاً جده وأكثر . إذا ثبت هذا فإنه أبيع للنبي صلى الله عليه
وسلم أن ينكح من النساء أى عدد شاء .

وحكى الطبرى فى العدة وجها آخر أنه لم يبع له أن يجمع بين أكثر من تسع
والأول هو المشهور ، قال تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث
ورباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا ،
قيل فى التفسير : أن لا تجوروا فى حقوقهن فخرم الزيادة على الأربع وندب إلى
الاقتصار على واحدة خوفاً من الجور وترك العدل ، وهذا ما مؤمن من النبي (ص)
ولأن النبي (ص) تزوج ثمانى عشرة امرأة ، وقيل : بل خمسة عشر وجمع بين
أربعة عشر ، وقيل بل بين أحد عشر ، ومات عن تسع هن عائشة بنت أبى بكر
الصدىق ، وحفصة بنت عمر ، وأم سلمة بنت أبى أمية ، وأم حبيبة بنت أبى سفيان
وميمونة بنت الحارث ، وجويرية بنت الحارث ، وصفية بنت حيى ، وزينب بنت
جحش ، فهؤلاء ثمان نسوة كان يقسم لهن إلى أن مات صلى الله عليه وسلم
والناسحة سودة بنت زمعة كانت وهبت ليلتها لعائشة حتى قال له ربه تعالى

« لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن ، ثم نسخ هذا التحريم بقوله تعالى
 « يا أيها النبي انا أحللتنا لك أزواجك اللاتي هاجرن معك ، الآية . »

قال الشافعي رضي الله عنه فمن ذلك أن من ملك زوجة فليس عليه تخييرها
 وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه فاخترته ، ومن ذلك أن الله
 تعالى خيره صلى الله عليه وسلم بين أن يكون نبياً ملكاً وعرض عليه مفاتيح خزائن
 الدنيا وبين أن يكون نبياً مسكيناً فاختر المسكنة وهي أعلى المنزلتين ومن ثم أمره
 الله تعالى أن يخير زوجاته فرمما كان فيهن من تكرهه المقام على الشدة تنزيهاً له ،
 وبما خص به النبي (ص) أن جعل أزواجه أمهات المؤمنين . قال الشافعي . معنى
 قوله تعالى « وأزواجه أمهاتهم » في معنى دون معنى وأراد به أن أزواجه اللاتي
 مات عنهن لا يحل لاحد نكاحهن ومن استحبل ذلك كان كافراً .

أما إذا تزوجها ولم يدخل بها ثم فارقتها كالكافية التي قالت أعوذ بالله منك ،
 فقال لها لقد استعدت بماذا الحق بأهلك ، فقيل انه تزوجها عكرمة بن أبي جهل
 في خلافة الصديق أو خلافة عمر فهم برجمها ، فقيل له انه لم يدخل بها فغلب عنها
 وقيل ان الذي تزوج منها الأشعث بن قيس الكندي . وقال القاضي أبو الطيب
 الذي تزوجها المهاجر ابن أبي أمية ولم ينكر أحد ذلك فدل على انه اجماع ؛ وعما
 خص به النبي (ص) ان الله فضل زوجاته على نساء العالمين . يا نساء النبي لستن
 كأحد من النساء ان اتقيتن ، وقوله « يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة
 يضاعب لها العذاب ضعفين ، الى قوله تعالى « وتعمل صالحا نوقتها اجرها مرتين ،
 لجعل حد من مثلي حد غيرهن لئلا ين وفضيلتهن كما جعل حد الحر مثلي حد العبد
 وكذلك حسناتهن مضاعفة لهن تفضيلاً لهن وتشريفاً ، وقد قال الشافعي في كتاب
 احكام القرآن الذي رواه عنه البيهقي ، وابان من فضله — من المباينة بينه وبين
 خلقه — فرض عليهم طاعته في غير آية من كتابه ، وافرض عليه اشياء خففها
 عن خلقه ، قال العمراني وهذا أوضح معنى مما نقله المزني والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يصح به النكاح

لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة لم يصح ، وقال أبو ثور : إن عقدت بإذن الولي صح ، ووجهه أنها من أهل التصرف ، وإنما منعت من النكاح لحق الولي ، فإذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى في النكاح ، وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه رفعه ، لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها ، ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها ، وسرعة انخداعها ، فلم يجوز تفويضه إليها كالمبذر في المال ، ويخالف العبد فإنه منع لحق المولى ؛ فإنه ينقص قيمته بالنكاح ، ويستحق كسبه في المهر والنفقة فزال المنع بأذنه ، فإن عقد النكاح بغير ولي وحكم به الحاكم ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي سعيد الإصطخري : أنه ينقض حكمه ، لأنه مخالف لنص الخبر : وهو ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ؛ فنكاحها باطل ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له فإن أصابها فلها مهرها بما استحلت من فرجها ، .

(والثاني) لا ينقض ، وهو الصحيح ، لأنه مخالف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار . وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل ، فهو كالخبر في شفعة الجار ، فإن وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد .

وقال أبو بكر الصيرفي : إن كان الزوج شافعيًا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كالوطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية ، والمذهب الأول لأنه وطئ مختلف في إباحته فلم يجب به الحد ، كالوطئ في النكاح بغير شهود ، ويخالف من وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لا شبهة له في وطئها ، وإن طلقها لم يقع الطلاق . وقال أبو اسحاق : يقع لأنه نكاح مختلف في صحته ، فوقع

فيه الطلاق كزكاح المرأة في عدة أختها ، والمذهب الأول ، لأنه طلاق في خير ملكه فلم يصح كالمولى طلق أجنبية .

(فصل) وان كانت المنكوحه أمة فوليتها مولاهها لانه عقد على منفعتها فكان الى المولى كإجارة ، وان كانت الأئمة لإمرأة زوجها من زوج مولاتها ، لانه زكاح في حقها فكان الى وليها كزكاحها ، ولا يزوجه المولى الا باذنها لانه تصرف في منفعتها فلم يجوز من غير اذنها ، فان كانت المولاة غير رشيدة نظرت ، فان ابن وليها غير الاب والجد ، لم يملك تزويجها ، لانه لا يملك التصرف في مالها وان كان الاب أو الجد فقيه وجهان .

(أحدهما) لا يملك . لان فيه تفريراً بمالها لانها ربما حبلى وتلفت ، (والثاني) وهو قول أبي اسحاق : انه يملك تزويجها لانها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها ، وان كانت المنكوحه حرة فوليتها عصباتها وأولام الاب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن العم ثم ابن العم ، لان الولاية في الزكاح تثبت لدفع العار عن النسب ، والنسب الى العصبية ، فان لم يكن لها عصبه زوجها المولى المعتق ، ثم عصبه المولى ، ثم مولى المولى ، ثم عصبته ، لان الولاية كالنسب في التعصيب فكان كالنسب في التزويج ، فان لم يكن فوليتها السلطان ، لقوله صلى الله عليه وسلم فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، ولا يزوج أحد من الاولياء وهناك من هو أقرب منه ، لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الاقرب فالأقرب كالميراث ، وان استوى اثنان في الدرجة وأحدهما يدلى بالابوين والآخر بأحدهما كأخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب فقيه قولان .

قال في القديم : هما سواء ، لان الولاية بقرابة الاب وهما في قرابة الاب سواء ، وقال في الجديد : يقدم من يدلى بالابوين لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بأحدهما كالميراث ، فان استويا في الدرجة والإدلاء فالأقرب ان يقدم اسنهما واعلدهما واورعهما ، لان الأسن اخبر ، والأعلم اعرف بشروط العقد ، والأورع احرص على طلب الحفظ ، فان زوج الآخر صح لان ولايته ثابتة ، وان تشاحا اقرع بينهما لانهما تساويا في الحق

فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين ، فإن خرجت القرعة لأحدهما
 فزوج الآخر ففيه وجهان .
 (أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الآخر (والثاني)
 لا يصح لأنه يبطل فائدة القرعة .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى ولفظه
 « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ،
 قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبي هريرة ، وقال ابن حجر : رجاله ثقات
 وفي لفظ للدارقطنى : كنا نقول : التي تزوج نفسها هي الزانية . قال ابن حجر :
 فتبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة ؛ وكذلك رواها البيهقى موقوفة في
 طريق ورواها مرفوعة في أخرى .

أما حديث عائشة رضي الله عنها رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذى
 وحسنه وأبو عوانة وابن حبان والحاكم عن سليمان بن موسى عن الزهري عن
 عروة عن عائشة ، وقد أعل بالإرسال وتكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج
 قال : ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره . وقد عد أبو القاسم بن مندة عدة
 من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلا ، وذكر أن معمرأ وعبيد الله بن
 زحر تابعوا ابن جريج على روايته إياه عن سليمان بن موسى ، وأن قرة وموسى
 ابن عقبه ومحمد بن إسحاق وأيوب بن موسى وهشام بن سعد وجماعه تابعوا سليمان
 ابن موسى عن الزهري ، قال : ورواه أبو مالك الجنبى ونوح بن دراج ومنديل
 وجمعة بن بركان وجماعه عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة . وقد أعل ابن
 حبان وابن عدى وابن عبد البر والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج بإنكار
 الزهري ، وعلى تقدير الصحة لا يلزم نسبان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى
 وهم فيه ، وبؤيد هذا الحديث ما رواه عن أبي موسى الأشعري عن النبي صلى الله
 عليه وسلم « لا نكاح إلا بولي » وما رواه أبو داود الطيالسى بلفظ « لا نكاح إلا
 بولي ، وأما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم
 يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له » .

على أن حديث « لا نكاح إلا بولي » هل يعد النبي متوجهاً إلى الذات الشرعية لأن الذات الموجودة ، أعنى صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ؟ أم يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات فيكون النكاح بغير ولي باطلاً كما هو مصرح به في حديث عائشة ، وكما يدل عليه - حديث أبي هريرة المذكور في أول الفصل ، لأن النهي يدل على الفساد والمرادف للبطلان ،

وقد ذهب إلى هذا عليّ وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصري وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبي لبي والعترة وأحمد وإسحاق والشافعي وجمهور أهل العلم . فقالوا لا يصح العقد بدون ولي . وقال ابن المنذر : إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك

وحكى في البحر عن أبي حنيفة أنه لا يعتبر الولي مطلقاً لحديث « الشيب أحق بنفسها من وليها » وسيأتي . وأجيب بأن المراد اعتبار الرضى منها جمعاً بين الاختيار وعن أبي يوسف ومحمد للولي الخيار في غير الكف . وتلزمه الإجازة في الكف . وعن مالك يعتبر الولي في الربيعة دون الوضيعة . وأجيب عن ذلك بأن الأدلة لم تفصل . وعن الظاهرية أنه يعتبر في البكر فقط ، وأجيب عنه بأن الأدلة لم تفرق . وقال أبو ثور يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذاً بمفهوم قوله « وأما امرأة نكحت بغير إذن وليها »

ويجاب عن ذلك بحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف في أول الفصل ، والمراد بالولي هو الأقرب من العصبة من النسب ثم من السبب ثم من عصبته . وليس لذوى السهام ولا لذوى الأرحام ولا به . وهذا مذهب الجمهور . وروى عن أبي حنيفة أن ذوى الأرحام من الأولياء ، فإذا لم يكن ثم ولي أو كان موجوداً وعرض انتقل الأمر إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له كما أخرجه الطبراني من حديث ابن عباس . وفي إسنادة الحجاج بن أرطاة

قال الشافعي رضى الله عنه في باب « لا نكاح إلا بولي » من الأئم ، زعم بعض أهل العلم بالقرآن أن معقل بن يسار كان زوجاً أختاً له ابن عم له ، فطلقها ثم أراد الزوج وأرادت نكاحه بعد مضي عدتها فأبى معقل . وقال زوجتك

وَأَثَرَ تَك عَلَى غَيْرِكَ فَطَلَقْتَهَا ، لَا أَرُوجُكُمْ أَبَدًا فَنَزَلَ ، وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجْلَهُنَّ ، يَعْنِي فَانْقَضَى أَجْلُهُنَّ بِعِنَى عَدْتِهِنَّ ، فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ ، يَعْنِي أَوْلِيَاءَهُنَّ ، وَأَنْ يَنْكِحَنَّ أَرُوجَهُنَّ ، إِنْ طَلَقُوهُنَّ وَلَمْ يَبْتَئُوا طَلَاقَهُنَّ ، وَمَا أَشْبَهَ مَعْنَى مَا قَالُوا مِنْ هَذَا بِمَا قَالُوا ، وَلَا أَعْلَمُ الْآيَةَ تَحْتَمَلُ غَيْرَهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُؤْمَرُ بِأَنْ لَا يَعْضَلَ الْمَرْأَةَ مِنْ لَه سَبَبٌ إِلَى الْعَضَلِ بِأَنْ يَكُونَ يَتِمُّ بِهِ نِكَاحُهَا مِنَ الْاَوْلِيَاءِ ، وَالزَّوْجِ إِذَا طَلَقَهَا فَانْقَضَتْ عَدَّتُهَا فَلَيْسَ بِسَبِيلٍ مِنْهَا فَيَعْضَلُهَا ، وَإِنْ لَمْ تَنْقُضْ عَدَّتُهَا فَقَدْ يَحْرِمُ عَلَيْهَا أَنْ تَنْكِحَ غَيْرَهُ وَهُوَ لَا يَعْضَلُهَا عَنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا أُبَيِّنُ مَا فِي الْقُرْآنِ مِنْ أَنَّ لِلْوَالِيِ مَعَ الْمَرْأَةِ فِي نَفْسِهَا حَقًّا : وَأَنْ عَلَى الْوَالِيِ أَنْ لَا يَعْضَلَ — إِذَا رَضِيَتْ أَنْ تَنْكِحَ بِالْمَعْرُوفِ . قَالَ الشَّافِعِيُّ وَجَاءَتِ السُّنَنُ بِمِثْلِ مَعْنَى كِتَابِ أَقَّةٍ عَزَّ وَجَلَّ أَخْبَرَنَا مُسْلِمٌ وَسَعِيدٌ وَعَبْدُ الْمُجِيدِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ سَلِيْمَانَ بْنِ مُوسَى عَنْ ابْنِ شَهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ ابْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَالَ : «إِنَّمَا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ فِي الْحَدِيثِ فَإِنْ اشْتَجَرُوا وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْهُمْ ، فَإِنْ اِخْتَلَفُوا فَالْاَسْلَاطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَأِ وَلِيٍّ لَهَا . أَخْبَرَنَا مُسْلِمٌ وَسَعِيدٌ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ . قَالَ أَخْبَرَنِي عِكْرَمَةُ بْنُ خَالِدٍ قَالَ جَمَعْتُ الطَّرِيقَ رَكْبًا فِيهِمْ امْرَأَةٌ ثَيِّبٌ فَوَلَّتْ رَجُلًا مِنْهُمْ أَمْرَهَا فَزَوَّجَهَا رَجُلًا لِمُجَلَّدِ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ النَّا كِحِ وَرَدَ نِكَاحُهَا

قَالَ الشَّافِعِيُّ فَأَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَلَا نِكَاحَ لَهَا ، لِأَنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، وَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا صَدَاقٌ مِثْلُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا بِمَا قَضَى لَهَا بِهِ النَّبِيُّ (ص) وَقَالَ الْعَمْرَانِيُّ فِي الْبَيَانِ وَهَذَا الْخَبَرُ — يَعْنِي حَدِيثَ عَائِشَةَ — دَلِيلٌ عَلَى مَنْ خَالَفَنَا إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ ، لَمَّا أَبْطَلَ النَّبِيُّ (ص) نِكَاحَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ بِالْإِذْنِ وَلِيِّهَا .

وَدَلِيلُنَا عَلَيْهِ أَنَّ الْمُرَادَ هُنَا بِالْإِذْنِ لغيرها مِنَ الرِّجَالِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا تَنْكِحِ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تَنْكِحِ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِالْإِذْنِ الْوَالِيِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَإِنَّ اصْحَابَنَا قَدْ ذَكَرُوا فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ فَوَائِدُ (١) أَنَّ لِلْوَالِيِ

شركاً في بعضها لأنه أبطل نكاحها بغير إذنه (٢) ان الولاية ثابتة على جميع النساء
لأن لفظ أى مراد به العموم (٣) ان الصلة جائزة في الكلام لقوله «أيما» ومعناه
أى امرأة (٤) ان للولى أن يوكل في عقد النكاح (٥) ان مطلق النكاح في الشريعة
ينصرف الى العقد ، لأن المعنى أيما امرأة عقدت (٦) جواز إضافة النكاح إليها
(٧) ان اسم النكاح يقع على الصحيح والفساد (٨) ان النكاح الموقوف لا يصح
لأنه لو كان صحيحاً لما أبطله (٩) ان الشيء إذا كان بيننا في نفسه جاز أن يؤكد
بغيره لأنه لو اقتصر على قوله فنكاحها باطل لكان بيننا ، فأكد بالتكرار ، وهو
كقوله تعالى «فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة»
وكقوله تعالى «وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه
أربعين ليلة» (١٠) وطء الشبهة بوجب المهر (١١) ان اللبس كناية عن الوطء
(١٢) انه إذا مس سائر بدنها غير الفرج فلا مهر عليه (١٣) قال الصيمرى :
إن القبل والدبر سواء لأن ككلمة فرج (١٤) انه لا فرق بين الخصى والفحل
(١٥) لا فرق بين قوى الجماع وضعيفه (١٦) انه لا فرق بين أن ينزل أو لا ينزل
(١٧) لا فرق بين أن يجامعها مرة أو مراراً (١٨) انه يجوز أن يثبت له وعليه
حتى يجهل قدره (١٩) ان النكاح الفاسد اذا لم يكن فيه جماع فلا مهر فيه (٢٠) أن
مهر المثل يتوصل إلى العلم به (٢١) أن المهر يجب مع العلم بتحريم الوطء ومع
الجهل به لأنه لم يفرق (٢٢) المكروه يجب عليه المهر ، لأن المكروه مستحل
لفرج المكروه (٢٣) أن المهر لا يجب إلا بخلوة ، لأنه شرط اللبس في الفرج
(٢٤) أنه لا حد في وطء الشبهة (٢٥) قال الشيخ أبو حامد : إن النسب يثبت
بالوطء في الشبهة (٢٦) إن العدة تجب على الموطوءة بالشبهة لأن النسب إذا
لحق به أوجب العدة

(٢٧) أن تحريم المصاهرة يثبت بوطء الشبهة (٢٨) أن المرأة يجوز أن
يكون لها جماعة أولياء لقوله صلى الله عليه وسلم «فإن اشتجروا» فهذا إخبار عن
جمع (٢٩) أن السلطان ولى من لا ولى لها
(٣٠) ان الاولياء اذا عضلوا المرأة عن النكاح انتقلت الى السلطان ، لأن
الاختلاف المراد في الخبر أن يقول كل واحد منهم : لا أزوجه بل زوجها أنت

فأما اذا قال كل واحد منهم : أنا أزوجه دونك ؛ فلا تنتقل إلى الساطان .
 (فرع) إذا تزوج الرجل امرأة من نفسها ثم ترافعا إلى حاكم شافعي أو حنبلي
 لأن الظاهر من مذهب أحمد بطلان النكاح بغير ولي وشاهدين كما في المغني لابن
 قدامة - فإن كانا لم يترافعا إلى حاكم حنفي قبله حكم الشافعي بفساده وفرق
 بينهما لأنه يعتقد بطلانه ، وإن كانا قد ترافعا قبله إلى حاكم حنفي فحكم بصحته
 فهل ينقض الشافعي حكمه . فيه وجهان

قال أبو سعيد الاصطخري : ينقض حكمه ويحكم بفساده ، لأن حكمه مخالف
 لنص النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل .
 والثاني - وهو الأصح - أنه لا يصح حكمه بفساده ، لأن حكم الأول وقع
 بما يسوغ فيه الاجتهاد فهو كالحكم بالشفعة للجار

(فرع) وإن تزوج رجل امرأة من نفسها ووطنها ، فإن لم يعلم بتحريم الوطء
 بأن كان جاهلا لا يعلم تحريمه أو عاميا فقلد مجتهدا يرى تحليله ، أو كان الواطيء
 حنفيا يرى تحليله فلا حد عليه لأنه موضع شبهة . وإن كان الواطيء شافعيا يعتقد
 تحريمه ففيه وجهان .

قال أبو بكر الصيرفي : عليه الحد لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي
 صلى الله عليه وسلم قال : البغي من انكحت نفسها بغير ولي ولا بيعة ، قال في
 المغني شرح مختصر الحرقى : ولا حد في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله
 أو حرمة . وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي إذا
 اعتقد حرمة ، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روى الدارقطني
 بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تزوج المرأة
 المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، إن الزانية هي التي تزوج نفسها ،

وإسناده عن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
 أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه . اهـ
 ولخبر عمر الذي فيه أنه جلد الناكح ، ولا مخالف له ، ولأن أكثر ما فيه
 حصول الاختلاف في إباحته ، وذلك لا يوجب إسقاط الحد فيه كشرب التبيل

والثاني وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو المذهب أنه لا حد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ادروءوا الحدود بالشبهات . وحصول الاختلاف في إباحته من أعظم الشبهات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الحد في حديث عائشة

وأما قوله في رواية الدارقطني : فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ، فقد أخرجه أيضاً البيهقي . قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبي هريرة . وفي لفظ : للدارقطني كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية .

قال الحافظ ابن حجر : فبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة ، وكذلك رواها البيهقي موقوفة في طريق ورواها مرفوعة في أخرى . فتسميتها بالبغي أو الزانية إذا صحت روايات الرفع حمل على سبيل المجاز لتعلق بعض حكم البغي عليها وهو تحريم الوطء .

فأما جلد عمر لها فكان على جهة التعزير لا على جهة الحد ، بدليل أنه جلد المنكح وهو بالإجماع لا حد عليه .

وأما التبيذ فالفرق بينهما أن هذا الوطء بين الزنا والوطء في النكاح الصحيح وشبهه بالوطء في النكاح الصحيح أكثر بدليل أنه يجب فيه المهر والعدة ويباح به النسب ، وإنما يشبه الزنا بتحريم الوطء لا غير ، فكان إلحاقه بالوطء في النكاح الصحيح في إسقاط الحد أولى والتبيذ ليس له إلا أصل واحد يشبهه وهو الخمر لأنه شراب فيه شدة مطربة وليس في الأشربة ما يشبه الخمر غيره فألحقناه به .

* * *

(فرع) ولو تزوج رجل امرأة من نفسها ثم طلقها فهل يقع الطلاق عليها فيه وجهان :

قال أبو إسحاق المروزي : يقع عليها طلاقه لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق ، قالوا تزوج امرأة ودخل بها وطلقها طلاقاً بائناً ثم يتزوج أختها أو عمته قبل انقضاء عدة الأولى ، فإن نكاح الثانية مختلف في صحته ، لأن مذهبنا أنه يصح ، ومذهب أبي حنيفة وأصحابه أنه لا يصح ، ولو طاق الثانية لوقع عاينها الطلاق وإن كان مختلفاً في نكاحها فكذلك هذه مثلها

والوجه الثاني وهو المنصوص : أنه لا يقع عليها طلاقه ، لأن الطلاق قطع الملك ، فإذا لم يقع هناك ملك لم يقع الطلاق ، كما لو اشترى عبداً ثم أعتقه ، ويخالف إذا تزوج امرأة ودخل بها في عدة أختها فإن النكاح عندنا صحيح فلذلك وقع عليها الطلاق وهما النكاح عندنا غير صحيح فلم يقع عليها الطلاق .

(فرع) النكاح الموقوف على الإجازة لا يصح عندنا سواء كان موقفاً على إجازة الولي أو الزوج أو الزوجة ، فالموقوف على إجازة الولي أن يتزوج الرجل امرأة من رجل ليس بولي لها ويكون موقفاً على إجازة وليها ، أو تزوج الأمة نفسها أو العبد نفسه بغير إذن السيد ، ويكون موقفاً على إذن السيد . وأما الموقوف على إجازة الزوج بأن يتزوج الرجل امرأة بغير إذنه ، ويكون ذلك موقفاً على إجازته . وأما الموقوف على إذن الزوجة بأن يتزوج الولي امرأة يشترط أذنها في النكاح بغير أذنها ويكون موقفاً على إجازتها : لجميع هذه الأنكحة لا تصح عندنا ، وبه قال أحمد رضي الله عنه .

وقال أبو حنيفة : تصح هذه الأنكحة ، فإن أجاز ذلك الموقوف على رضاه لزم ، وإن رده بطل . وقال مالك : يجوز أن يقف النكاح مدة قريبة ، فإن تطاول للزمان بطل .

دللتنا ما قدمنا من أحاديث دفتكاحها باطل ، وحديث دأيماء عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر .

(فرع) المرأة لا تتوكل في قبول النكاح ولا في إيجابه ، وقال أبو حنيفة : إذا وكل الولي امرأة في إيجاب النكاح أو وكها الزوج في القبول صح . دللتنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ، وهذا عام وروى عن ابن عمر وابن عباس وأبي موسى الأشعري وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا : المرأة لا تقبل عقد النكاح ، ولا تحالف لهم ، وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها حضرت نكاحاً فخطبت ثم قالت : اعقدوا فإن النساء لا يعقدن فدل على أنه إجماع .

(فرع) إذا كانت المنكوحة حرة فأولى الولاية بتزويجها الأب لأن سائر

الأولياء يدلون به ، ولأن القصد بالولى طلب الحظ لها والآب أشفق عليها ، وأطلب للحظ لها من غيره ، فان لم يكن أب وهناك جد أو أب أو جد من أجداد الآب الوارثين وإن علا فهو أولى من الأئخ .

وحكى عن مالك أنه قال : الأئخ أولى من الجد . دليلنا أن الجسد له ولادة وتعصيب فكان مقدماً على الأئخ كالأب ، فان قيل هلا قلتم إن الجد يساوى الأئخ فى الولاية كما قلتم فى الميراث ؟ قلنا الفرق بينهما أن الميراث مستحق بالتعصيب المحض ، ولهذا قدم الابن على الآب فى الميراث والأئخ يساوى الجد فى التعصيب أو هو أقوى من الجد فى التعصيب بدليل أنه يعصب أخواته وإنما لم يقدم عليه فى الميراث للإجماع فلذلك سويتنا بينهما فى الإرث ، والولاية فى النكاح تستحق بالشفقة وطاب الحظ ، بدليل أن الابن لا ولاية له على أمه لذلك . والجد أكثر شفقه عليها من الأئخ فكان أولى ، فإن عدم الأجداد من قبل الآب انتقلت الولاية إلى الإخوة الآب والام أو الآب ثم إلى بنيتهم ويقدمون على الأعمام وبنيتهم لأنهم يدلون بالآب ، والأعمام يدلون بالجد ، والآب أقرب من الجد ، فإن عدم الأئخ وبنوهم انتقلت الولاية للأعمام ثم إلى بنيتهم ، ويقدمون على أعمام الآب وبنيتهم ، لان الأعمام يدلون بالجد ، وأعمام الآب يدلون بابن الجد وعلى هذا يقدم الأقرب فالأقرب كما قلنا فى الميراث .

(فرع) وإن اجتمع وليان أحدهما يدلى بالآب والام ، والآخر يدلى بالآب كآخرين أو عمين ، أو ابنا عم أحدهما لآب وأم والآخر لآب فففيه قولان ، قال فى القديم هما سواء ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، لان ولاية النكاح تستفاد بالانتساب إلى الآب بدليل أن الأئخ الام لا ولاية له فى النكاح ، وهما فى الانتساب إلى الآب سواء فاستويا فى الولاية .

وقال فى الجديد ان المدلى بالآب والام أولى ، وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح لقوله تعالى « فقد جعلنا لوليه سلطاناً » ولو قتل رجل وله أئخ لآب وأم أو أئخ لآب كان القصاص للأئخ الآب والام دون الأئخ للآب فثبت أنه لا ولاية له معه

ولأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم المدلى بالابوين على المدلى بأحدهما كالإرث وهكذا القولان في التقدم في الصلاة على الميت وفي العقل ، وأما الإرث والولاية والوصية الأقرب ، فان المدلى بالاب والام أولى قولاً واحداً ، وإن اجتمع ابنا عم أحدهما معتق أو أخ فهل يقدم في ولاية النكاح والصلاة على الميت والعقل فيه قولان كأخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب ، وإن اجتمع ابنا عم أحدهما حال لم يقدم قولاً واحداً ؛ إلا انه لا مدخل للخثولة في الميراث .

(فرع) وإن اجتمع المرأة اولياء في درجة واحدة كالأخوة أو بنهيم والإعمام أو بنهيم فالمستحب ان يقدم اكبرهم سناً واعلمهم واورعهم لما روى ان حويصة ومحبيصة دخلا على النبي صلى الله عليه وسلم فبدأ محبيصة بالكلام ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم كبر كبير : يعني قدم اخاك في الكلام لانه أكبر سناً منك ، ولان الأكبر اخبر بالناس فكان أولى ، والاعلم اعرف بشروط العقد ، والاورع احرص على طلب الحفظ لها ، فإن زوجها اقدم باذنها من غير إذن الباقيين صح ، وإن كان اصغرهم سناً لقوله صلى الله عليه وسلم اذا انسكح الوليان فالأول احق ، ولأن كل واحد منهم ولي ، وان تشاجرا وقال كل واحد منهم انا زوج ولم يقدموا الاكبر الاعلم الاورع اقرع بينهم لاستواء استحقاتهم في الولاية كما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد ان يسافر باحدى نسائه اقرع بينهما ، فان خرجت القرعة لاحد من فزوج او اذن لغيره من الاولياء الباقيين او غيرهم صح وان زوج واحد ممن لم تخرج القرعة باذن المرأة فقيه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لاحد لا تبطل ولاية الباقيين كما لو زوجها اقدم قبل القرعة .

(والثاني) لا يصح لان الفائدة في خروج القرعة ان تمنين الولاية لمن خرجت له ، فلو صححنا عقد غيره بغير اذنه لبطلت فائدة القرعة ، والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز للإبن ان يزوج أمه بالنوة لان الولاية ثبتت للاولياء لدفع النار عن النسب ولا نسب بين الابن والام ، وان كان للإبن تعصيب بأن

كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوج لأنهما يشتركان في النسب . فان كان لها ابنا ابن عم أحد مما ابنتها فعلى القولين في أخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب (فصل) ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً ولا مجنوناً ولا عبداً لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره ، واختلاف أصحابنا في المحجور عليه لفسه ، فمنهم من قال : يجوز أن يكون ولياً لأنه إنما حجر عليه في المال خوفاً من اضعافه وقد أمن ذلك في تزويج ابنته لجاز له أن يعقد كالمحجور عليه للفلس ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجوز أن يكون ولياً لغيره ، ولا يجوز أن يكون فاسقاً على المنصوص ، لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال . ومن أصحابنا من قال : إن كان أباً أو جداً لم يجوز ، وإن كان غيرهما من العصبات جاز ، لأنه يعقد بالأذن لجاز أن يكون فاسقاً كالوكيل .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لما ذكرناه (والثاني) يجوز لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم في الصلاة على الميت ، وهل يجوز أن يكون أعمى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لأن شعيباً عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبيينا وعليهم وسلم .

(والثاني) لا يجوز ، لأنه يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج ، ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة ، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة ، والدليل عليه قوله تعالى : « والمؤمنون المؤمنات بعضهم أولياء بعض ، وقوله سبحانه : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ، ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة ، لأن ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة ، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة فيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول أبي إسحاق وأبي سعيد الاصطخري وهو المنصوص ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها خلاف الدين كولاية في البيع والاجارة (والثاني) لا يجوز ، وهو قول أبي القاسم الدارمي لأنه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلان لا يملك بالملك أولى .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يزوج المرأة ابنتها إلا أن يكون عصبه ، وبين ذلك أن الابن لا ولاية له على أمه في النكاح من جهة البنوة . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل وإسحاق رحمهم الله تعالى : يثبت له عليها ولاية النكاح بالبنوة ، واختلفوا في ترتيب ولايته فذهب مالك وأبو يوسف وإسحاق إلى أنه مقدم على الأب ، وذهب محمد وأحمد إلى أن الأب مقدم عليه ، وذهب أبو حنيفة إلى أنهما سواء .

دللتنا على أنه لا ولاية له أن بين الابن وأمه قرابة لا ينسب أحدهما إلى الآخر ولا ينتسبان إلى من هو أعلى منهما : فلم يكن له عليها ولاية كابن الأخت .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولأن ولاية النكاح إنما وضعت طلباً لحظ المرأة والاشفاق عليها والابن يعتقد أن تزويج أمه عار عليه فلا يطالب بالاحظ ، ولا يشفق عليها فلم يستحق الولاية عليها ، وإن كان ابنها من عصبته بأن كان ابن ابن عمها كان ولياً لها في النكاح لأنهما لا ينتسبان إلى من هو أعلى منهما فجاز له تزويجها كتزويج الأخ لاخته للأب ، وإن كان لها ابناً ابن عم أحدهما ابنها ففيه قولان .

(أحدهما) أي سواء (والثاني) أن ابنها أولى كالأوليين في الأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب ، وهكذا إذا كان ابنها مولاه أو كان حاكماً فله عليها ولاية من جهة الولاء والحكم لا من جهة البنوة .

(فرع) وإن كانت له أخت لام لا قرابة بينها غير ذلك لم يملك تزويجها . وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين : له تزويجها .

دللتنا أنه لا تعصيب بينهما فلم يملك تزويجها كالأجنبي .

(فرع) قال الشافعي في البويطي : لا يكون الوالي إلا مرشداً . وقال في موضع آخر وولي الكافرة كافر ، وهو يقتضى ثبوت الولاية للفاسق ، واختلف أصحابنا في الفاسق هل هو ولي في النكاح أم لا ؟ على خمسة طرق فقال الشيخ أبو حامد : الفاسق ليس بولي في النكاح قولاً واحداً .

وقال القفال الفاسق بولي في النكاح قولاً واحداً . وقال أبو إسحاق المروزي

ان كان الولي ممن يجبر على النكاح كالأب والجد في تزويج البكر لم يصح أن يكون فاسقاً لأنه زوج بالولاية ، والولاية لا تنبت مع الفسق . كفسق الحاكم والوصي وان كان ممن لا يجبر على النكاح كمن عدا الأب والجد من الأولياء ، وكترويج الأب والجد للثيب صح تزويجه ، وان كان فاسقاً . لأنه يزوج بإذنها فهو كالوكيل ومن أصحابنا من قال : ان كان الفاسق مبعوثاً في مال لم يجوز أن يكون ولياً في النكاح ؛ وان كان رشيداً في أمر دنياه كان ولياً في النكاح . ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) أن الفاسق ولي في النكاح بكل حال . وهو قول مالك وأبي حنيفة لقوله تعالى : وأنكحوا الأباكم منكم ، وهذا خطاب الأولياء ، ولم يفرق بين العدل والفاسق ، ولأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة - والمسلم الفاسق أعلا منه - فلأن يملك تزويج وليته أولى

(والثاني) لا يصح أن يكون ولياً بحال ، وهو المشهور من المذهب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي .

وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، ولا مخالف له ، والمرشد من أسماء المدح ، والفاسق ليس بمدوح ؛ ولأنه تزويج في حق غيره فإفاه الفسق في دينه كفسق الحاكم ، فقولنا تزويج ، احتراز من ولاية القصاص ؛ وقولنا في حق غيره ، احتراز من تزويج الفاسق لامته فإنه تزويج في حقه ، بدليل أنه يجب له المهر . وقولنا في دينه ، احتراز من تزويج الكافر لإبنته الكافرة ، لأنه ليس بفاسق في دينه ، ولأن الولي انما اشترط في العقد لئلا تحمل المرأة شهوتها على أن تلقى نفسها في أحضان غير كف . وتزوج نفسها في العدة ، فيلحق العار بأهلها وهذا المعنى موجود في الفاسق لأنه لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة في أحضان غير كف . ويزوجها في العدة ، فيلحق العار بأهلها . فلم يجوز أن يكون ولياً

وأما الآية فلا نسلم له أنها تنصرف الى الفاسق لأنه ليس بولي عندنا ، فإن سلمنا فإن عمومها مخصص بالخبر . وأما الكافر فإنما يصح أن يزوج ابنته الكافرة اذا كان رشيداً في دينه لأنه مقر عليه بخلاف الفاسق

اذا ثبت هذا وقلنا الفاسق ليس بولي فقد قال المسعودي : واختلف أصحابنا

في الفسق الذي يخرج به عن ولاية النكاح ، فمنهم من قال : شرب الخمر لحسب ، لأنه إذا كان يشربها فإنه يميل إلى من هو في مثل حاله ، ومنهم من قال : جميع الفسق بمثابة .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وإن كان الولي سفيها أو ضعيفا غير عالم بموضع الحظ ، أو سفيها مؤمرا أو به علة تخرجه عن الولاية فهو كزوات ، فإذا صلح صار وليا . قال أصحابنا : أما السفيه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد الصغير (والثاني) أنه أراد به الشيخ الذي قد ضعف نظره عن معرفة موضع الحظ . وأما السقيم فن كان به سقم شديد قد نقص نظره وأخرجه عن طاب الحظ . وأما المؤلم وهو صفة السقيم ، وهو السقيم الذي اشتد به الألم إلى أن أخرجه عن النظر . وروى أو سقيا موليا ، فيكون معناه السقيم الذي صار موليا من قلة تمييزه . وأما الذي به علة فالمراد به إذا قطعت يده أو رجله أو أصابه جرح عظيم أخرجه عن حد التمييز فإن ولايته تزول ، فإن زالت هذه الأسباب عادت ولايته ، لأن المانع وجود هذه الأسباب فزال المانع بزوالها

(فرع) قال أبو علي الطبري : إذا كان الولي يجهن يوما ويفيق يوما ، أو يعنى عليه يوما ويفيق يوما ، فهل يخرج ذلك من الولاية ؟ فيه وجهان . وأما السكران فإن قلنا إن الفاسق ليس بولي وهذا قاطع . وإن قلنا الفاسق ولي فهل يخرج السكران من الولاية ؟ فيه وجهان كالجنون غير المطبق والإحرام في الحج هل يخرج من الولاية ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا يخرج زوجه من دونه من الأولياء ، وإن قلنا لا يخرج زوجه السلطان . وأما الآخرس إذا كان له إشارة مفهومة كان وليا في النكاح ، وإن لم يكن له إشارة مفهومة فليس بولي في النكاح .

(فرع) وهل يصح أن يكون الأعمى وليا في النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه قد يحتاج إلى النظر في اختيار الزوج لها ، إلا بزوجه بمعيب أو دميم (والثاني) يصح ، وهو الصحيح ، لأن شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى عليه السلام .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وولي الكافرة كافر ، ولا يكون المسلم ولى الكافرة إلا على أمته . وبيان ذلك أنه إذا كان للكافر ابنة مسلمة فإنه لا ولاية له عليها ، فإن كان لها ولي مسلم زوجها وإلا زوجها الحاكم لقوله تعالى :
والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكانت مسلمة وأبو سفيان لم يسلم ، وكل النبي صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري فتزوجها من ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص ، وكان مسلماً ، وإن كان للمسلم ابنة كافرة فلا ولاية له عليها لقوله تعالى : والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ، فدل على أنه لا ولاية للمسلم عليها ، فإن كان لها ولي كافر زوجها الآية ، وإن لم يكن لها ولي كافر زوجها الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم : قالساطان ولى من لا ولى له . ولم يفرق بين المسلم وغيره ؛ ولأن ولايته عامة فدخل فيها المسلم والكافر .

وإن كان للمسلم أمة كافرة فهل له عليها ولاية في النكاح ، فيه وجهان : من أصحابنا من قال له عليها ولاية ، وهو المنصوص في الام ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع اختلاف الدين كالفسق لمسلم يؤثر في منع تزويج أمته ، فكذلك كفرها . ومنهم من قال ليس بولى لها ؛ لأنه إذا لم يملك تزويج ابنته الكافرة فلأن لا يملك تزويج أمته الكافرة أولى . وحمل النص على الولاية في عقد البيع والاجارة ، والأول أصح ، وإن كان للكافر أمة مسلمة فهل له أن يتزوجها . قال ابن الصياغ فيه وجهان كما قلنا في تزويج المسلم لأخته الكافرة ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان خرج الولي عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية الى من بعده من الاولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية الى من بعده ، كالومات ، فان زال السبب الذى بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذى أبطل ولايته ؛ فإن زوجها من انتقلت اليه قبل أن يعلم بعود ولاية الاول فقيه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع ما وكل في بيعه قبل

أن يعلم بالعزل ، وان دعت المنكوحه إلى كفوف فعضلها الولي زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم : فان اشتجر واقالسلطان ولي من لا ولي له ، ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة . فاذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه ، وان غاب الولي الى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن يده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية ؛ ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه ، كما لو حضر وامتنع من تزويجها ، فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة فقيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز تزويجها الا باذنه لانه كالحاضر

(والثاني) يجوز للسلطان أن يزوجه لانه تعذر استئذانه فأشبهه اذا كان في سفر بعيد ، ويستحب للحاكم اذا غاب الولي وصار التزويج اليه أن يأذن لمن تنقل الولاية اليه ليزوجه ليخرج من الخلاف ، فان عند أبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية اليه .

(الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه : ولا ولاية لأحد وثم أولى منه ، وجملة ذلك أنه اذا كان للمرأة وليان أحدهما أقرب من الآخر ؛ فان الولاية للأقرب فان زوجها من بعده لم يصح . وقال مالك يصح . دليلنا أنه حق مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع الأقرب كالميراث ، فان خرج الأقرب عن أن يكون وائياً باختلاف الدين أو الفسق أو الجنون أو الصغر انتقلت الولاية الى الولي الأبعد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة من ابن عمها مع وجود أبيها لكون أبيها كافراً . واذا ثبت ذلك في الكفر كان الفسق والجنون والهمز مثله ، لأن الجميع يمنع ثبوت ولاية النكاح .

وان أعتق رجل أمة ومات وخلفت ابناً صغيراً وأخلاً كبيراً وأرادت الجارية النكاح ولا مناسب لها فلا أعلم فيها نصاً ، والذي يقتضى المذهب أن ولاية نكاحها لأخ المعتق ، لأن الولاية في الولاء فرع عن ولاية النسب وولاية أبيه الميت لأخيه مادام الابن صغيراً . وكذلك ولاية المعتقه

(فرع) وان زال السبب الذي أوجب قطع الولاية في الأقرب طادت ولايته

لأن المانع قد زال ، فان كان الولي الأبعد قد زوجها قبل زوال المانع صح النكاح وإن زوجها بعد زوال المانع وبعد علمه بزوال المانع لم يصح كالوباع الوكيل ما وكل في بيعه بعد العزل وبعد علمه بالعزل ، وإن زوج بعد زوال المانع وقبل علمه بزواله ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل لماذا باع بعد العزل وقبل علمه بالعزل .

(فرع) وان دعيت المرأة أن تزوج لسكفو فامتنع الولي زوجها الحاكم ، ولا تنتقل الى من عدا العاضل من الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، ولأن النكاح حق لها فاذا تعذر ذلك من جهة وليها كان على الحاكم استيفاؤه ، كما لو كان على رجل دين فامتنع من بذله فان الحاكم ينوب عنه في الدفع من مال الممتنع .

(فرع)

قال الشافعي رضي الله عنه : فان كان أولاهم به مفقوداً أو غائباً غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان ، وجملة ذلك أنه اذا كان للذرة أب أو جد فغاب الأب وحضر الجد ودعت المرأة الى تزويجها نظرت ، فان كان الأب مفقوداً بأن انقطع خبره ولا يعلم أنه حي أو ميت فان الولاية لا تنتقل الى الجد ، وانما يزوجه السلطان ، لأن ولاية الأب باقية عليها ، بدليل أنه لو زوجها في مكانه لصح ، وانما تعذر بنفيته فغاب الحاكم عنه ، كما لو غاب وعليه دين ، فان الحاكم ينوب عنه في الدفع من ماله دون الأب

وان غاب غيبة غير منقطعه بأن يعلم أنه حي نظرت — فان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة — جاز للسلطان تزويجها ، لان في استئذانه مشقة فصار كالمفقود .

وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، فاختلاف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يجوز للحاكم تزويجها ، وهو المذهب ، لان في استئذانه الحاق مشقة ، فهو كما لو كان على مسافة القصر

ومنهم من قال لا يجوز تزويجها لانه في حكم الحاضر ، بدليل أنه لا يجوز له
القصر والفطر ، فهو كما لو كان في البلد . هذا مذهبنا وبه قال زفر .

وحكى ابن القاسم قولاً آخر أن الولاية تنقل الى من بعده من
الارباب ، وليس بمشهور

وقال أبو حنيفة ومحمد وأحمد بن حنبل ، ان غاب الاب غيبه منقطعه
جاز للجد تزويجها . وان كانت غيبة غير منقطعه لم يجز للجد تزويجها

واختلف أصحاب أبي حنيفة في حد المنقطعه ، فمنهم من قال من الرقة الى
البصرة ، ومنهم من قال من بغداد الى البصرة

وقال محمد ، اذا سافر من اقليم الى اقليم ، كن سافر من الكوفة الى بغداد
فهي منقطعه ، وان كان في اقليم واحد فهي غير منقطعه

ومنهم من قال المنقطعه الذي لا تجيء منه العاقلة في السنة الا مرة واحدة .
ودليلنا أن كل ولاية لم تنقطع بالغيبة القريبه لم تنقطع بالغيبة البعيدة
كولاية المال .

* * *

اذا ثبت هذا فان الشافعي رضي الله عنه قال ، وان غاب الولي وأراد الحاكم
تزوجها استحب له أن يستدعي عصباتها ، وان لم يكنوا اولياء ، فان لم يكن لها
عصبات فذوى الارحام والقرابات لها ، فيسألهم عن حال الزوج ويستشيرهم في
أمره ليستطيب بذلك نفوسهم ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر نعيماً
أن يشاور أم ابنته في تزويجها ، وان لم يكن لها ولاية ، فان قالوا انه كف وزوجها
قال الشيخ أبو إسحاق : ويستحب له أن يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها
ليخرج من الخلاف ، فإن زوجها الحاكم بنفسه أو أذن لأحد أو لم يشاورهم صح
ذلك . لأن الولاية له . قال الشافعي : ولا يزوجها مالم يشهد شاهدان أنه ليس
لها ولي وليست في نكاح أحد ولا عدة . قال المسعودي : من أصحابنا من قال :
هذا واجب ، ومنهم من قال : هذا مستحب والله أعلم بالصواب .

(فصل) ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة : لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها ، فدل على أن الولي أحق بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأدنها للخبر وإذنها صماتها لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ، ولأنها تستحي أن تأذن لابيها بالنطق لجعل صماتها إذنا ، ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبتلع وتأذن ، لما روى نافع « أن عبد الله بن عمر رضى الله عنه تزوج بنت خاله عثمان ابن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالت : إن ابنتي تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها . وقال : لا تنكحوا اليتامى حتى تستأموهن ، فإن سكين فهو إذنهن فتزوجت بعد عبد الله ، المغيرة ابن شعبة ، ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه ، ولا يبيع مالها من نفسه ، فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه ، فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان .

(أحدها) أن إذنها بالنطق لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب والجد .

(والثاني) وهو المنصوص في الإجماع وهو الصحيح : أن إذنها بالسكوت لحديث نافع ، وأما الشيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء - فإن كانت بالغة عاقلة - لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها ، لما روت خنساء بنت خدام الأنصارية « أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فذكرت لرسول الله (ص) فرد نكاحها ، وإذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ، فدل على أن الشيب بالنطق . وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبتلع وتأذن لأن إذنها معتبر في حال السكبر

فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر ، وإن كانت مجنونة جاز الأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الاجبار ، فأما الحاكم فأنها ان كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة بها إلى النكاح ، وان كانت كبيرة جاز له تزويجها ان رأى ذلك لأنه قد يكون في تزويجها شفاء لها ، وان ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان .

(أحدهما) إنها كالموطوءة لعموم الخبر .

(والثاني) وهو المذهب إنها تزوج تزويج الابكار لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء .

(فصل) وإن كانت المنكوحه أمة فلمولى أن يزوجه بكاراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، عاقلة كانت أو مجنونة ، لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك ، فكان إلى المولى كالأجارة . وان دعت الأمة المولى إلى النكاح ، فان كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع ، وان لم يملك وطأها ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه تزويجها لأنه تنقص قيمتها بالنكاح .

(والثاني) يلزمه لأنه لا حق له في وطئها ، وإن كانت مكاتبه لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها لأنه لا حق له في منفعتها ، فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان .

(أحدهما) يجبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة (والثاني) لا يجبر لأنها ربما عادت إليه وهي ناقصة بالنكاح .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد ومسلم وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن أبي شيبة بالفظ الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ، وفي رواية لاحد ومسلم وأبي داود والنسائي والبكر يستأمرها أبوها ، وفي رواية لاحد والنسائي واليتيمة تستأذن في نفسها ، وفي

رواية لأبي داود والنسائي وليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستامر وصحتها لإقرارها ، قال الحافظ : ورجالها ثقات وأعل بالارسال ، وبتفرد جرير بن حازم عن أيوب وبتفرد حسين عن جرير ، وأجيب بأن أيوب بن سعيد ويبد رواه عن الثوري عن أيوب موصولا ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقي عن زيد بن حباب عن أيوب موصولا ، وإذا اختلف في وصل الحديث وارساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء ، وعن الثاني بأن جريرا تابع عن أيوب كما ترى . وعن الثالث بأن سليمان بن حرب تابع حسين بن محمد عن جرير ، وانفصل البيهقي عن ذلك بأنه محمول على أنه زوجها من غير كفه .

وقد أخرج أحمد والبخاري وأصحاب السنن عن خنساء بنت خدام الانصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ، وروى أحمد والشيخان وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الایم حتى تستامر ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف اذنها : قال : أن تسكت ، وأخرج أحمد والشيخان عن عائشة قالت : قلت : يا رسول الله تستامر النساء في ابضاعهن قال : نعم ، قلت : ان البكر تستامر فتستحي فتسكت فقال سكاتهما اذنها ، وهو من أحاديث الفصل .

أما حديث نافع من قصة زواج عبد الله بن عمر من ابنة خاله فقد أخرجه أحمد والدارقطني عن ابن عمر بلفظ : توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص ، وأوصى الى أخيه قدامة بن مظعون ، قال عبد الله : وهما خالاي فخطبت الى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبه - يعني الى أمها فأرغبها في المال - فخطت اليه ، وخطت هري الجارية الى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها الى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ، ولمكها امرأة ، وإنما خطت الى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه

وسلم : هي بتيمة ولا تنكح الا باذنها ، قال : فافتزعت والله منى بعد أن ملكتها
فزوجها لمغبرة بن شعبة ، وقد أورده الحافظ ابن حجر في التلخيص وسكت
عنه ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات .

أما الأحكام : فإنه لا يخلو حال المراد زواجها من أن تكون حرة أو أمة ،
فإن كانت حرة نظرت ، فإن كانت عاقلة فلا تخلو إما أن تكون بكرأ أو ثيبأ ، فإن
كانت بكرأ فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة ، فإن كانت صغيرة جاز للأب
تزوجها بغير إذنها بغير خلاف ، والدليل عليه قوله تعالى : واللأني ينسن من
المحيض من نسائكم إن ارتبتم فمدتهن ثلاثة أشهر ، واللأني لم يحضن ، وتقديره
وكذلك عدة اللأني لم يحضن ، وإنما يجب على الزوجة الإعداد من الطلاق بعد
الوطء فدل على أن الصغيرة التي لم تحض يصح نكاحها ، ولا جهة يصح نكاحها
معها إلا أن يزوجها أبوها .

وروت عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأنا ابنة سبع سنين ودخل بي وأنا ابنة تسع سنين ، ومعلوم أنه لم يكن بإذنها حكم
في تلك الحال ، فعلم أن أباهما زوجها بغير إذنها فيجوز للأب والجد إجبارها على النكاح
ولا يجوز لغيرها من الأولياء تزويجها قبل أن تبلغ .

وقال مالك : لا يجوز للجد . وقال أبو حنيفة ، يجوز للأب والجد وسائر
العصبات ، وللاحا كم إجبارها على النكاح إلا أنه إذا زوجها غير الأب والجد
ثبت لها الخيار في فسخ النكاح إذا بلغت .

دلينا على مالك أن للجد ولادة وتعصياً لجأزله إجبار البكر كالآب ، وعلى
أبي حنيفة بما روى ابن عمر من حديث زواجه بابنة خاله عثمان بن مظعون ،
وقول النبي (ص) . انها بتيمة وانها لا تنكح الا باذنها ، ولأن غير الأب والجد
لا يلي مالها بنفسه فلم يملك إجبارها على النكاح كالأجنبي .

إذا ثبت هذا : قال الشافعي رضى الله عنه في القديم . استحباب للأب أن
لا يزوجها حتى تبلغ من أهبل الإذن . لأنه يلزمها بالنكاح حقوق .
قال الصيمري . إذا قاربت البلوغ وأراد تزويجها فليستحب أن يرسل إليها نساء

ثقات ينظرون ما عندها . فإن كانت البكر بالغاً فللاب والجد اجبارها على النكاح وان أظهرت الكراهية ، وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق .

وقال مالك . للاب اجبارها دون الجد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي لا يجوز لأحد اجبارها . دليلنا على مالك أن الجدة له تعصيب وولادة فلك اجبار البكر على النكاح كالأب ؛ وعلى أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها » والبكر تستأذن في نفسها واذنها وصماتها ، فلما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها دل على أن الولي أحق بالبكر ، والمراد بالولي هنا الأب والجد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « البيتمة تستأمر في نفسها ، فإن صممت فهو اذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وصححه ، وأراد بالبيتمة التي لا أب لها وسماها يتيمة بعد البلوغ استصحاباً لاسمها قبل البلوغ ، فلما أوجب استئذان البيتمة دل على أن غير البيتمة لا تستأذن ؛ ومن لها أب أو جد فليست بيتمة إذا ثبت هذا قال زوج الأب أو الجد البكر البالغ فالمستحب لهما استئذانها واذنها صماتها للخبر ، ولانها تستحي أن تأذن بالنطق ، فان لم يستأذنها جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الثيب أحق بنفسها من وليها » والبكر تستأذن فقصد بذلك التفرقة بينهما ؛ فلو قلنا : ان استئذان البكر واجب لما كان بينهما فرق ، وان زوج البكر البالغ غير الأب والجد من الاولياء لم يصح حتى يستأذن وهو اجماع لا خلاف فيه ، وفي اذنها وجهان ،

(أحدهما) لا يحصل الا بنطقها ، لان كل من يفترق نكاحها الى اذنها افتقر الى نطقها مع قدرتها على النطق كالثيب وهو المذهب انما اذا استؤذنت فصممت كان ذلك اذناً منها في النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم « البيتمة تستأمر في نفسها فان صممت فهو اذنها لانها تستحي ان تأذن بالنطق بخلاف الثيب ، قال العمري في البيان ، قال أصحابنا المتأخرون فان استأذنها وليها أن يزوجها بأقل من مهر مثلها أو بغير نقد البلد وصممت لم يكن ذلك اذناً منها في ذلك ، لان ذلك مال فلا يكون صممت اذناً فيه ، كما لو استأذنها في بيع مالها فصممت ، بخلاف النكاح .

وإن كانت المراد تزويجها نيبياً نظرت - فإن ذهبت بكارتها بالوطء في فكاح أو ملك أو شبهة - فإن كانت بالغاً لم يجز لأحد من الأولياء إجبارها على النكاح سواء كان الولي أباً أو جداً أو غيرهما، لما روى أن خنساء بنت خدام الأنصارية تزوجها أبوها وهي نيب، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها. وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ليس للولي مع النيب أمر. قال الشيخ أبو حامد: وهو إجماع لا خلاف فيه. ولا يصح نكاحها إلا بإذنها، ولا يصح إذنها إلا بنطقها مع قدرتها على النطق لقوله صلى الله عليه وسلم: والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها. فلما جعل أذن البكر الصامت دل على أن أذن النيب بالنطق، فإن كانت خرساء وأشارت إلى الإذن بما يفهم منها صح تزويجها، وإن كانت النيب صغيرة لم يجز لأحد من الأولياء تزويجها قبل البلوغ، سواء كان الولي أباً أو جداً أو غيرهما.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز للآب والجد وغيرهما من الأولياء إجبارها على النكاح، والإجبار عندهم يختلف بصغر المنكوحه وكبرها، وعندنا يختلف ببيكارتها وثبوتهما.

دلينا قوله صلى الله عليه وسلم: ليس للولي مع النيب أمر، ولم يفرق، ولأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع فلم تجبر على النكاح كالنيب الكبيرة. وقولنا حرة، احتراز من الأمة، وقولنا سليمة احتراز من المجنونة: وقولنا بجماع احتراز من ذهبت بكارتها بوثبة أو غيرها.

(فرع) وإن ذهبت بكارتها بالزنا فهو كما لو ذهبت بالجماع في النكاح، فيكون حكمها حكم النيب في الأذن. وقال أبو حنيفة: حكمها حكم البكر. دلينا أنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع، فهو كما لو ذهبت بنكاح وإن ذهبت بكارتها بوثبة أو تعنيس ففيه وجهان:

(أحدهما) حكمها حكم الموطوءة بنكاح لأنها نيب

(والثاني) حكمها حكم البكر في الأذن، وهو المذهب، لأن النيب إنما اعبر

إذنها بالنطق لذهاب الحياء بالوطء. وهذا الجواب لا يذهب بغير الوطء بخلاف إزنية فانها إذا لم تستح من مباحة الرجال على الزنا والإقدام عليه لم تستح من النطق بالأذن

وقال الصيمري : وان خلقت المرأة لا بكاره لها فهي كالبكر ، وان اددت المرأة البكاره أو الثوبه قال الصيمري : القول قولها . ولا يكشف عن الحال لانها أعلم بحالها .

(فرع) قال ابن الحداد : اذا زوج الرجل ابنته البكر البالغ بغير ادنها فلما بلغها ذلك قالت : أنا أخته من الرضاع ، يعنى الزوج ، أو تزوجني أبوه قبله أو غير ذلك من الأسباب المحرمة فالقول قولها مع يمينها ، ويبطل النكاح . وان كانت ثيباً فزوجها وليها بادنهما أو زوجها أبوها وهي بكر بغير ادنها فكان الزوج من وطنها ثم ذكرت سبباً يوجب التحريم لم يقبل قولها قال الشافعي رضی الله عنه فيمن ضل له عبد فأخذه الحاكم ورأى المصلحة في بيعه فباعه أو باعه عليه الحاكم لدين عليه وهو غائب ثم قدم وادعى أنه أعتقه قبل ذلك قبل قوله فيه مع يمينه .

ولو بلغه المالك بنفسه أو باعه الحاكم عليه وهو حاضر لدين عليه امتنع منه ثم ادعى بعد البيع أنه كان أعتقه أو أوقفه لم يقبل قوله في ذلك ، فن أصحابنا من صوب ابن الحداد ومنهم من خطأه وقال لا يقبل قولها بحال ، لأن لها غرضاً في اجبار الأزواج ، وربما كرهت زوجها وطابت غيره ، ولا تصدق على ما يوجب بطلان نكاحها ، كما اذا أقر العبد بجنابة خطأ أو اتلاف مال فانه لا يقبل

(فرع) قال ابن الحداد ، وان قالت امرأة وهي بالغ عاقلة زوجني أبي وبدأ بشهادة شاهدين وصادقها زيد على ذلك فأنكر الأب أو الشاهدان ذلك لم يلتفت الى انكار الأب أو الشاهدين ، لأن الحق للزوجين ، ولا حق للأب ولا للشاهدين في ذلك ، فهو كما لو قال رجل باع وكبلي دارى من فلان وادعاه المشتري وأنكر الوكيل لم يلتفت الى انكاره فكذلك هذا مثله

قال القاضي أبو الطيب هذا على قول الشافعي رحمه الله الجديد أن النكاح ثبت بتصادق الزوجين ، وهو المشهور وأما على القول القديم فانه لا يثبت بتصادقهما الا ان كانا عربيين

(فرع) وان كانت المراد نكاحها مجنونة فان كان وليها أبوها أو جدها فزوجها

على أى صفة كانت ، صغيرة أو كبيرة ، بكرأ أو ثيباً لأنها يملك إيجابها على النكاح ، وإنما لم يحز لهما تزويج الثيب الصغيرة العاقلة لأنه يرجى لها أن تبلغ وتأذن ، ولم يحز لهما تزويج الثيب البالغة إلا بإذنها لأنها من أهل الإذن والمجنونة ليست من أهل الإذن ولا يرجى لها حال تصير فيه من أهل الإذن ، وإن كان وليها غير الأب والجد من العصبات لم يملك تزويجها ، لأن تزويجها إجبار وهم لا يملكون إجبارها على النكاح .

وإن كان وليها الحاكم قال الشيخ أبو حامد : بأن لا يكون لها ولي مناسب ، أو كان لها ولي مناسب غير الأب والجد فإنه لا ولاية لهم عليها في هذه الحالة ، وتنتقل الولاية إلى الحاكم ، فإن كانت صغيرة لم يحز للحاكم تزويجها لأنها لا حاجة بها إلى التزوج في هذه الحال . وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها لأن لها في ذلك حظاً لأنها تحتاج إليه للعفة وبكسبها غنى ، وربما كان لها فيه شفاء ، والفرق بين الحاكم وبين غير الأب والجد من العصبات أنه يزوجهما حكماً ، وبهذا يجوز له التصرف في مالها ، والعصبات غير الأب والجد يزوجونها بالولاية ولا ولاية لهم عليها ، هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال الحراسانيون : المجنونة المطبقة إن كانت بكرأ فالأب والجد تزويجها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن كانت ثيباً ، فإن بلغت مجنونة فاهما ذلك ، وإن بلغت عاقلة فهل لهما تزويجها؟ فيه وجهان بناء على أنه هل تعود ولاية المال لهما؟ وفيه وجهان . وإن كانت صغيرة ثيباً فوجهان ، وإن كان جنونها غير مطبق وهي ثيب فهل لهما تزويجها في يوم الجنون؟ على وجهين ، وأما غير الأب والجد من العصبات فليس له تزويجها بحال ، وللحاكم أن يزوجهما إذا كانت بالغة ، وهل يستأذن الحاكم غيره من العصبات؟ فيه وجهان

وأما إذا كان المراد تزويجها أمة فعلى ما ذكر المصنف . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(تفصيل) وإن كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم ، والمولى الممتق ، لم يحز أن يزوجهما من نفسه : فيكون موجباً قابلاً لأنه يملك الإيجاب

بالاذن فلم يجوز أن يملك شطرى العقد كالكيل في البيع ، فإن أراد أن يتزوجها ، فإن كان هناك من يشركه في الولاية زوجها منه ، وإن لم يكن من يشركه في الولاية زوجها الحاكم منه ، وإن أراد الامام أن يتزوج امرأة لا ولي لها غيره ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يزوجها من نفسه ، لأنه إذا فوض الى غيره كان غيره وكيلًا ، والوكيل قائم مقامه فكان إيجابه كإيجابه

(والثاني) يرفعه الى حاكم لزوجها منه ، لأن الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كمالو زوجها منه ولي ، ويخالف الوكيل لأنه يزوجها بوكالته ، ولهذا يملك عزله اذا شاء ، ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب . واذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم . وان كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن . ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز ، وهو قول أبي العباس ابن الفاض ، لما روت عائشة رضی الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح . خاطب وولى وشاهدان ،

(والثاني) وهو قول أبي بكر بن الحداد المصري أنه يجوز كما يجوز أن يلى شطرى العقد في بيع ماله من ابنه ، فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابني بابن ابني ، وهل يحتاج الى القبول . فيه وجهان

(أحدهما) يحتاج الى القبول ، وهو أن يقول بعد الايجاب وقيل نكاحها له وهو قول أبي بكر بن الحداد ، لأنه يتولى ذلك بولائتين فقام فيه مقام الاثني . (والثاني) لا يحتاج الى لفظ القبول ، وهو قول أبي بكر القفال ، لأنه قائم مقام اثني فقام لفظه مقام لفظين .

(فصل) وان وكل الولي رجلا في التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج فيه قولان أحدهما لا يلزمه لان من ملك التوكيل في عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل في البيع . والثاني يلزمه لان الولي انما جعل اليه اختيار الزوج ليكامل شفقتة ولا يوجد كمال الشفقة في الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج اليه

(الشرح) حديث عائشة أخرجه الدارقطني بلفظ: «لا بد في النكاح من أربعة، الولي والزوج والشاهدين، وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة مجهول وروى نحوه البيهقي في الخلافيات عن ابن عباس موقوفاً وصححه، وابن أبي شيبه بنحوه أيضاً، وعن أنس أشار إليه الترمذي، وأخرج الدارقطني رواية أخرى عن عائشة بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»، وقد أخرجه أيضاً البيهقي من طريق محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن عيسى بن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة كذلك وقد توبع الرقي عن عيسى، ورواه سعيد بن خالد بن عبد الله ابن عمرو بن عثمان، ويزيد بن سنان، ونوح بن دراج، وعبد الله بن حكيم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك، وقد ضعف ابن معين ذلك كله، وأقره البيهقي، وقد تقدم في فصل لا نكاح إلا بولي طرف منه، ويؤيد هذا الحديث ما رواه الترمذي عن ابن عباس «أن النبي (ص) قال: البغايا اللاتي يتكهنن أنفسهن بغير بينة».

وذكر الترمذي أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى وأنه قد وقفه مرة وأن الوقف أصح، وهذا لا يقدر لأن عبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه، وقال الترمذي: هذا الحديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه إلا ما روى عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعاً.

وروى عن عبد الأعلى عن سعيد هذا الحديث موقوفاً، والصحيح ما روى ابن عباس «لا نكاح إلا ببينة»، ويؤيده حديث عمران بن الحصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، ذكره أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبد الله. وقد أشار إليه الترمذي، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في العلل من حديث الحسن عنه، وفي إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك. ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلًا. وقال: هذا، وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

وقد روى الشافعي والبيهقي من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبهر عن

ابن عباس موقوفاً بلفظ. ولا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، وقال البيهقي بعد أن رواه من طريق أخرى عن أبي خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ. ولا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان ، قال : والمحفوظ الموقوف ، ثم رواه من طريق الثوري عن أبي خيثم ، ومن طريق عدى بن الفضل عن أبي خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ. ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، فإن نكحها ولى مسخوط تأييده فنكاحها باطل ، وعدى بن الفضل ضعيف . وعن أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً عند البيهقي بلفظ. ولا نكاح إلا بأرثى مخاطب وولي وشاهدين ، وفي إسناده المغيرة بن موسى البصرى قال البخارى : منكر الحديث .

وهذه الأحاديث تفيد شرطية الأشهاد في النكاح ، وهو قول علي وعمر وابن عباس والعترة والشعبي وابن المسيب والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل .

قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم قالوا لا نكاح إلا بشهود ، لم يختلفوا في ذلك من مضي منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم ، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهد واحد بعد واحد ، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم ، لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقدة النكاح .

وقد روى بعض أهل المدينة إذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز إذا أعانوا ذلك وهو قول مالك بن أنس وغيره . وقال بعض أهل العلم : يجوز شهادة رجل وامرأتين في النكاح ، وهو قول أحمد وإسحاق . انتهى كلام الترمذى وحكى عن ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدي وداود بن علي أنه لا يعتبر الأشهاد ، وحكى أيضاً عن مالك أنه يكفي الإعلان بالنكاح ، والحق ما ذهب إليه الأولون لأن الأحاديث التي سقناها تؤكد بعضها بعضها .

(أما أحكام الفصل) فإنه إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة بلى عليها امر النكاح من نفسه كما بن العم والمعتقة أو وكل الولي رجلاً يتزوج وليته نيزوجها الوكيل من نفسه لم يصح .

وقال ربيعة ومالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يصح . دليلنا ما روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فان أشاجروا قال السلطان ولي من لا ولي له .

وحديث أبي هريرة لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولي وشاهدان ، وهذا لم يحضره الا ثلاثة ، وشرط أن يكون ولي وخطب ولم يوجد ذلك ، ولأنه لو وكل وكيلاً لبييع له سلعة لم يجز للوكيل أن يبتاعها من نفسه ، فكذلك هذا ، وقد وافقنا أبو حنيفة على البيع ، وخالفنا مالك فيه وقد مضى في البيع . اذا ثبت هذا : فأراد ابن العم أن يتزوجها فان كان هناك ولي لها في درجته تزوجها منه ، وان لم يكن هناك ولي في درجته بل كان أبعد منه أو لا ولي لها تزوجها من السلطان لانها تصير في حقه بمنزلة من لا ولي لها فيتزوجها من السلطان .

(فرع) اذا أراد الحاكم أن يتزوج امرأة لا ولي لها فانه يتزوجها من الإمام قال ابن الصباغ : أو يرد ذلك الى من يزوجها اياها ويتولى طرفي العقد لانه اذا تزوجها من الحاكم فهو قائم من جهته فصح أن يتولى ذلك . والثاني : لا يصح أن يتولى العقد بنفسه بل يتزوجها الحاكم لأن الحاكم ليس بوكيل له ، وانما هو نائب عن المسلمين ، ولهذا لا يملك الإمام عزله من غير سبب .

(فرع) وان أراد الجد أن يزوج ابنة الصغير بابنة ابن له آخر فقيه وجهان أحدهما : لا يصح ، وهو اختيار ابن القاص لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وخطب وشاهدي عدل ، والثاني : يصح ، وهو اختيار ابن الحداد والقاضي أبي الطيب لانه يملك طرفي العقد بغير تولية فجاز أن يتولاه هما كبيع مال الصغير من نفسه ، وأما الخبر فمحمول اذا كان الولي غير الخاطب فعلى هذا لا تصح الولاية الا بشروط .

(أحدهما) اذا كان أبواهما ميتين أو قاسقين أو أحدهما ميتاً والآخر قاسقاً لانه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الابوين عليهما .
(الشرط الثاني) أن يكون ابن الابن صغيراً أو مجنوناً .
(الثالث) أن تكون الابنة بكرأ فأما اذا كانت ثيباً فلا يملك تزويجها بحال

الاباذنها ، وقد اشترط ابن الحداد أن تكون صغيرة ، وليس بصحيح لان الجد يملك اجبارها على النكاح اذا كانت بكراً بكل حال الا أن تكون الابنة مجنونة فيملك الجد اجبارها على النكاح بكل حال .

اذا ثبت هذا : فان الجد يقول زوجت فلانة بفلان أو فلاناً بفلانة ، وهل يفتقر الى لفظ القبول ؟ وهو أن يقول : وقبلت فلانة لفلان ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يفتقر الى ذلك لان الايجاب يتضمن القبول ، وهو قول ابن الحداد ، وهو المشهور ، لأن كل عقد افتقر الى الايجاب افتقر الى القبول كالوكان بين شخصين .

(فرع) وان تزوج الولي وليته من ابنه الكبير صح لأنه هو الذي يوجب النكاح على المرأة وقبله لابنه ، والشخص الواحد لا يجوز أن يكون قابلاً موجبا في النكاح .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وكيل الولي يقوم مقامه ، وجملة ذلك أن الولي اذا كان ممن يملك اجبار المرأة على النكاح فله ان يوكل من يزوجهما بغير اذنها كما يجوز ان يعقد عليهما بنفسه بغير اذنها ، فان وكل في تزويجهما من رجل بعينه صح ، وان قال الوكيل وكنك في تزويجهما واطلق فهل يصح ؟ حكى الشيخان ابو حامد وابو اسحاق فيها قولين ، وحكماهما ابن الصباغ والمسعودي وجهان . احدهما : يصح ، لان من جاز ان يوكل وكالة معينه جاز ان يوكل وكالة مطلقه كالوكالة في البيع .

والثاني : لا يصح هذا التوكيل لأن الولي انما فوض اليه اختيار الزوج لكمال شفقتة وهذا لا يوجد في الوكيل ، وان كان الولي لا يملك التزويج الاباذنها ، فان اذنت له في التزويج والتوكيل صح توكيله ، وان اذنت في التزويج لا غير فهل يملك التوكيل ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في الوكالة .

(فرع) اذا كان الولي لا يملك ان يعقد على المرأة الاباذنها ، فان اذنت له ان يزوجهما من رجل معين صح ، وان اذنت أن يزوجهما مطلقا قال الشيخ ابو حامد : يصح ذلك قولاً واحداً لكمال شفقتة .

وقال الطبري في العدة : هو كالوكيل اذا وكله الولي في التزويج وأطلق على

ما مضى ، ويجوز للمرأة أن بأذن أوليها بلفظ الإذن ، ويجوز بلفظ الوكالة نص عليه الشافعي رضي الله عنه لأن المعنى فيهما واحد ، وإن أذنت لوليها أن يزوجها ثم رجعت لم يصح تزويجها كالموكل إذا عزل وكيله ، فإن زوجها الولي بعد العزل وقبل أن يعلم به فهل يصح ، فيه وجهان مأخوذان من القولين إذا باع بعد العزل وقبل العلم به ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز للولي أن يزوجه المنكوحه من غير كفء إلا برضاها ورضى سائر الأولياء ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تخيروا لنطفكم ، فانكحوا الأكماء وانكحوا إليهم ، ولأن في ذلك إلحاق عارها وبسائر الأولياء فلم يجوز من غير رضاهم .

(فصل) وإن دعت المنكوحه إلى غير كفء لم يلزم الولي تزويجها لأنه يلحقه العار ، فإن رضيا جميعاً جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن أبا الجهم يخطنني ومعاوية ، فقال : أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشباب من شباب قريش لا شيء له وليكني أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت : من يا رسول الله ، قال : أسامة قلت ، أسامة ، قال : نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فيورك لأبي زيد في وبورك لي في أبي زيد ، وقال عبد الرحمن بن مهدي ، أسامة من الموالى وفاطمة قرشية ، ولأن النكاح من نكاح غير الكفء لحقهما ، فإذا رضيا زال المنع ، فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال في الأم النكاح باطل .

وقال في الاملاء كان للباقيين الرد ، وهذا يدل على أنه صحيح ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) أنه باطل لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فباطل قالوا باع مال غيره بغير إذنه (والثاني) أنه صحيح ويثبت فيه الخيار : لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان ، كما لو اشترى شيئاً معيباً .
ومنهم من قال : العقد باطل قولاً واحداً لما ذكرناه ، وتناول قوله في الاملاء

على أنه أراد بالرد المنع من العقد، ومنهم من قال إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكف .
بطل العقد ، كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها ؛ وإن لم يعلم صح العقد
وثبت الخيار ، كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها ، وحمل القولين على
هذين الحالين .

(الشرح) حديث عائشة أورده السيوطي في الجامع الصغير مرموزاً له بابن
ماجه والبيهقي والحاكم ، كما أورد ما أخرجه ابن عدي في الكامل وعبد الرزاق
وابن عساکر عن عائشة بلفظ : تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن
وأخواتهن ، وقد ضعفه السيوطي . وأخرج أبو نعيم في حلية الأولياء عن أنس
وتخيروا لنطفكم واجتنبوا هذا السواد فإنه لون مشوه ،

وقدره الذهبي حديث عائشة بأن الحارث بن عمران الجعفرى عن هشام عن
أبيه عن عائشة مرفوعاً : تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء ، تابعه عكرمة بن
ابراهيم بأن الحارث كان يضع الحديث ، قال ابن حبان : كان يضع الحديث على
الثقات . وكذلك عكرمة عن هشام ضعيف أيضاً . وقال ابن حجر : مداره على
أناس ضعفاء أمثلهم صالح بن موسى الطلمحي والحارث الجعفرى . وقال في الفتح
رواه أبو نعيم وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث عمر أيضاً وفي إسناده مقال
ويقوى أحد الاسنادين الآخر . وقال ابن الديبع الشيباني في تمييز الطيب من
الخطيب : مداره على أناس ضعفاء وكل طرقة ضعيفه

وحديث عائشة : تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن . قال
ابن الجوزى : حديث لا يصح فيه عيسى بن ميمون . قال ابن حبان منكر الحديث
لا يحتاج بروايته . وقال الخطيب : حديث غريب وكل طرقة واهية . وقال
السخاوى هو ضعيف ، وبالجملة كل ما ورد من طرق هذا الحديث على مختلف
صوره وطرقه وأماظه ليس فيها صحيح .

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة
بلفظ : أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى
ولا نفقة ، قالت : وقال لى رسول الله إذا حملت فأذنينى ، فأذنته فخطبها معاوية

وأبوجهم وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل
ترب لا مال له . وأما أبوجهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ؛ فقالت
بيدها هكذا أسامة أسامة ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : طاعة الله
وطاعة رسوله . قالت فتزوجته فاغتبطت .

وقد اختلف في معاوية هذا فقيل هو ابن أبي سفيان بن حرب وقيل غيره .
وفي صحيح مسلم التصريح بأنه هو . وقوله : فرجل ضراب . وفي روايه : لا يضع
عصاه عن عاتقه ، وهو كناية عن كثرة ضربه للنساء . وقال أبو عبيد في قوله
صلى الله عليه وسلم : أنفق على أهك ولا ترفع عصاك عنهم ، لم يرد العصا التي
يضرب بها ولا أمر أحداً بذلك ، وإنما أراد يمنعهما من الفساد ، يقال للرجل إذا
كان رفيقاً حسن السياسة لين العصا . وقيل السفر . كنى بالعصا عنه قال الشاعر :

فألفت عصاها واستقر بها النوى

وقيل كما أفاده ابن بطال كنى به عن كثرة الجماع وليس بشيء . قال الأزهري
معناه أنه شديد على أهله خشن الجانب في معاشرتهم مستنصر عليهم في باب الغيرة

أما الأحكام فقد ذكرنا أن للزوج أن يوكل من يتزوج له ، لأن النبي (ص)
وكل عمرو بن أمية الضمري أن يتزوج له أم حبيبه رضي الله عنها بنت أبي سفيان
من ابن عمها من أرض الحبشة ، ووكل أبارافع في تزويج ميمونه ، فإن وكله أن
يتزوج له امرأة بعينها صحح ، فإن وكله أن يتزوج له من شاء ، ففيه وجهان . مضى
ذكرها في الوكالة ، قال أبو العباس بن سريج وأبو عبد الله الزبيرى لا يجوز ،
لأن الأغراض تختلف في ذلك . قال القاضي أبو حامد المروروذى يجوز ، واليه
ذهب الصيمرى فإنه قال ، لو وكله أن يتزوج امرأة من العرب فزوجه امرأة من
قريش جاز ، ولو وكله أن يتزوج امرأة من قريش فزوجه امرأة من العرب لم
يصح ، ولو وكله أن يتزوج امرأة من الأنصار فزوجه امرأة من الأوس أو
المخزرج من بنات الأنصار جاز ، ولو وكله أن يتزوج امرأة من الأوس فزوجه
امرأة من المخزرج لم يجوز ، ولو وكله أن يتزوج امرأة بعينها فتزوجها الموكل لنفسه
ثم طلقها قبل الدخول أو بعد الدخول وانقضت عدتها ثم تزوجها الوكيل للدوكل

قال الصيمرى لم يصح ، لأن وكالته قد بطلت لما تزوجها الموكل لنفسه ، فإن وكله أن يتزوج امرأة بمائة فتزوجها له بخمسين صح ، فإن تزوجها له بأكثر من مائة قال الصيمرى : فقد قال شيخ من أصحابنا : يبطل النكاح ، والصحيح أنه يصح ولها مهر مثلها .

(فرع) فإن جاء رجل وادعى أن فلاناً وكله أن يتزوج له امرأة فتزوجها له وضمن عنه المهر ثم أنكر الموكل الوكالة ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف لم يلزمه النكاح ، ولا يقع النكاح للوكيل بخلاف وكيل الشراء ، لأن الغرض من النكاح أعيان الزوجين فلا يقع بغير من عقد له ، وتراجع الزوجة على الوكيل بنصف المهر . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، لأنها تدعى وجوبه على الزوج والوكيل ضامن به وهو مقر به .

وقال محمد بن الحسن يرجع على الوكيل بجميع الصداق ، لأن الفرقة لم تقع في الباطن بإنكاره ، وهذا ليس بشيء ، لأنه يملك الطلاق ، فإذا أنكر النكاح فقد أقر بتحريرها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه للطلاق ، ولو مات الزوج قبل المصادقة على النكاح لم ترث هذه الزوجة إلا أن يصدقها سائر ورثته على التوكيل أو يقدم لها بيته على ذلك ، ولو غاب رجل عن امرأته فجاءها رجل فذكر أن زوجها طلقها طلاقاً باناً به منه بدون الثلاث وأنه وكله في استئناف عقد النكاح عاينها بالثمن فصدق عليها بالنكاح بالثمن وضمن لها الوكيل الألف ثم قدم الزوج فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فهل للزوجة أن ترجع على الوكيل بالألف فيه وجهان :

قال الساجى والقاضى أبو الطيب : لا ترجع عليه بشيء ، وبه قال أبو حنيفة لأن الضامن فرع على المضمون عنه ، فإذا لم يلزم المضمون عنه شيء لم يلزم الضامن (والثانى) يرجع عليه بالألف . قال الشيخ أبو حامد : وقد نصر عليه الشافعى رحمه الله في الإملاء - وهو الأصح - لأن الوكيل مقر بوجوبها عليه كما قلنا في التى قبلها ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والكفاة في الدين والنسب والحرية والصنعة ، فأما الدين فهو معتبر ، فالفاسق ليس بكف . للعفيفة ، لما روى أبو حاتم المازني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض ، وأما النسب فهو معتبر ، فالأعمى ليس بكف . للعربية ، لما روى عن سلمان رضي الله عنه أنه قال : لا تؤمكم في صلواتكم ، ولا تنكح نساءكم ، وغير القرشي ليس بكف . للقرشيه لقوله صلى الله عليه وسلم : قدموا قريشاً ولا تتقدموها ، وهل تكون قريش كلها أكفاء ؟ فيه وجهان . (أحدهما) أن الجميع أكفاء ، كما أن الجميع في الخلافه أكفاء . (والثاني) أنهم يتفاضلون ، فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبي ليس بكف . للهاشميه والمطلبيه ، لما روى واثقه بن الاسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله اصطفى كنانته من بني اسماعيل واصطفى من كنانته قريشاً ، واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم .

وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم سوى بينهم في الخمس ، وقال : إن بني هاشم وبني عبد المطلب شيء واحد ، وأما الحرية فهي معتبرة ، فالعبد ليس بكف . للحرية ، لقوله تعالى : ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سراً وجهرأ ، هل يستون ؟ ، ولأن الحرية بلحقها العار بكونها تحت عبد . وأما الصنعة فهي معتبرة فالخائك ليس بكف . لليزاز ، والحجام ليس بكف . للخراز ، لأن الحياكة والحجامه يسترذل أصحابها .

واختلف أصحابنا في اليسار فمنهم من قال يعتبر ، فالفقير ليس بكف . للوسرة لما روى سمرة قال ، قال رسول الله (ص) الحسب المال والكرم التقوى ، ولأن نفقه الفقير دون نفقه الموسر ، ومنهم من قال لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات . ولهذا قال الشاعر

غنيماً زماناً بالتصملك والغنى وكلا سقانا بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغيا على ذي قرابه غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

(الشرح) حديث أبي حاتم المزني رواه الترمذي بلفظ : إن أتاكم من ترضون دينه وخلاقه فأنكحوه ، إلا تفعلوه تكن فتنه في الأرض وفساد كبير ، قالوا : يا رسول الله وإن كان فيه ، قال : إذا جاءكم من ترضون دينه وخلاقه فأنكحوه ، ثلاث مرات ، قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . ونقل المناوي عن البخاري أنه لم يعبه محفوظا ، وعنده أبو داود في المراسيل ، وأعله ابن القطان بالإرسال ، وضعف راويه ، وأبو حاتم المزني له صحبة . ولا يعرف له عز النبي صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث ،

وقد أخرج الترمذي أيضا هذا الحديث من حديث أبي هريرة ولفظه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلاقه فزوجوه إلا تعملوا تكن فتنه في الأرض وفساد عريض . ومن ثم ندرك أن المصنف أخطأ في عزو بعض روايات أبي هريرة إلى عائشة .

وقال المناوي : قد خولت عبد الحميد بن سليمان في هذا الحديث ، ورواه الليث بن سعد عن أبي عجلان عن النبي صلى الله عليه وسلم .

قال البخاري : وحديث الليث أشبهه ، ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظا . وعن ابن عمر عند الحاكم أنه صلى الله عليه وسلم قال : العرب أكفأ بعضهم لبعض ، قبيلة لقبيلة ، وحى لحى ، ورجل لرجل ، إلا حائك أو حجام ، وفي استاده رجل مجهول وهو راويه عن ابن جريج ، وقد سأل ابن أبي حاتم أباه عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له ، وقال في موضع آخر باطل . ورواه ابن عبد البر في التمهيد من طريق أخرى عنه . قال الدارقطني في العمل لا يصح اهـ .

وله طريق آخر عن غير ابن عمر رواها البراز في مسنده من حديث معاذ رفته : العرب بعضها لبعض أكفأ ، وفيه سليمان بن أبي الجون . قال ابن القطان لا يعرف ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه ، وفي المفق عليه من حديث أبي هريرة : خياركم في الجاهلية خياركم في الإسلام إذا فقهوا ، وأما قول سليمان فقد مضى الإشارة إليه في الإمامة ، ولعل أبا حنيفة حين قال قروش أكفأ بعضهم أممنا العرب كذلك وليس أحد من العرب كفؤ القريش كالبس

أحد من غير العرب كفوؤاً للعرب ، كان متأزراً بقول سليمان هذا . وقال الثوري :
 إذا نكح المولى العربية يفسخ النكاح ، وبه قال أحمد في رواية .
 وقال الشافعي : ليس نكاح غير الألفاء حراماً فأرد به النكاح ، وإنما هو
 تقصير بالمرأة والأولياء ، فإذا رضوا صح ويكون حقاً لهم تركوه ، فلو رضوا
 الا واحداً فله فسخه . قال : ولم يثبت في اعتبار الكفاءة بالنسب من حديث ،
 وأما ما أخرجه البزار من حديث معاذ رفته ، العرب بعضهم ألفاء بعض الموالى
 بعضهم ألفاء بعض ، فإسناده ضعيف ، واحتج البيهقي بحديث ، ان الله اصطفى
 بنى كنانة من بنى اسماعيل اخ الحديث ، الذى ساقه المصنف فى هذا الفصل وهو
 صحيح أخرجه مسلم لكن فى الاحتجاج به لذلك نظر ، وقد ضم اليه بعضهم حديث
 ، قدموا قريشاً ولا تقدموها .

ونقل ابن المنذر عن البويطى أن الشافعى قال : الكفاءة فى الدين ، وهو
 كذلك فى مختصر البويطى . قال الرافعى : وهو خلاف مشهور . قال فى الفتح :
 واعتبار الكفاءة فى الدين متفق عليه ، فلا تحمل المسئلة الكافر .

قال الخطابي : ان الكفاءة معتبرة فى قول أكثر العلماء بأربعة أشياء . الدين
 والحرية ، والنسب ، والصناعة ؛ ومنهم من اعتبر السلامة من العيوب ؛ واعتبر
 بعضهم اليسار . ويدل على ذلك ما أخرجه أحمد والنسائى وصححه ابن حبان
 والحاكم من حديث بريدة رفته ، أن أحساب أهل الدنيا الذين يذهبون اليه المال ،
 وما أخرجه أحمد والترمذى وصححه هو والحاكم من حديث سمرة رفته ، الحسب
 المال والكرم التقوى ، وقد ساقه المصنف فى الفصل . قال ابن حجر . يمتثل أن
 يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام
 الأول لمن لا نسب له .

(الاحكام) ليس للمولى أن يزوج المرأة من غير كفؤ الا برضاها ورضا سائر
 الاولياء . لحديث عائشة ، ولان فى ذلك الحاق عار بها وسائر الاولياء فلم يجز من
 غير رضاهم قال الشيخ أبو حامد . والاولياء الذين يعتبر رضاهم فى نكاح المرأة
 من غير كفؤ هو كل من كان ولياً للعقد حال التزويج ، فأما من يجوز أن تنتقل اليه

الولاية فلا يعتبر رضاه ، فإن دعت المرأة أولياءها أن يزوجوها من غير كفؤ فامتنعوا لم يجبروا على ذلك ، ولا ينوب الحاكم منابهم في تزويجها لحديث عائشة **«فأنكحوا إلا كفء وأنكحوا اليهم»** .

قال العزيزي في شرح الجامع الصغير : يحتمل أن المراد تزوجوا الخيرات وادضموا اليهن فالهمزة همزة وصل في الفعلين وأطلق ضمير المذكر على المؤنث ، وفيه رد على من لم يشترط الكفاءة .

وقال الشيخ الحفني في شرحه على الجامع الصغير : أي تزوجوا النساء المكافئات لكم من النساء ، وأنكحوا اليهم أي ميلوا اليهم من قولنا تناكحت الأشجار إذا مال بعضها على بعض ، وقد استعير ضمير الذكور للإناث في قوله اليهم ، ولو كان المراد من الثاني ، وزوجوا بناتكم إلا كفء لقال : وأنكحوهن ولم يقل اليهم فهو بوصل الهمزة في الموضعين لا يقطعها في الثاني .

(قلت) لم يجبروا على تزويجها ولا ينوب الحاكم منابهم في تزويجها ولما روى عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **«ثلاثة لا يؤخرن : الصلاة إذا أتت ، والجنابة إذا حضرت ، والأبم إذا وجدت كفؤاً»** ، رواه الترمذي ، فدل على أنها إذا وجدت غير كفؤ جاز أن تؤخر ، وإن دعت المرأة الولي أن يزوجه من كفؤ بأقل من مهر مثلها وجب عليه إجابتها ، فإن زوجها وإلا زوجها الحاكم ، فإن كان لها أولياء فزوجها أحدهم بأقل من مهر مثلها ، أو زوجها واحد منهم بذلك ألزموا الزوج مهر مثلها ولم يكن لهم فسخ النكاح .

دليلنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من استحل بدرهمين فقد استحل ، ولأن كل من لا يملك الاعتراض عليها في جنس المهر لم يكن له الاعتراض عليها في قدره كأباعد الأولياء والأجانب ، ولأن المهر حق لها ولا عار عليهم بذلك فلم يكن لهم الاعتراض عليها .

(فرع) فإن زوجت المرأة من غير كفؤ برضاها ورضى سائر الأولياء صح النكاح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وقال سفيان وأحمد وعبد الملك بن الماجشون : لا يصح .

دليلنا : ما روى أن فاطمة بنت قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن معاوية وأبا الجهم خطباني على حد الرواية التي ساقها المصنف أو على - يد الرواية التي أخرجها أكثر الجماعة بإشراك أسامة في خطبتهما ثم اختار النبي (ص) أسامة لها لمخولها من صديقه معاوية وقسوة أبي الجهم مع أنه كان من الموالى ، قالت فزوجت أبا زيد ، وفاطمة قرشية وأسامة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : حججتم أبو هند رسول الله صلى الله عليه وسلم في الياقوخ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه ، رواه أبو داود والحاكم وحسنه ابن حجر في التلخيص فندبهم إلى التزوج من حجام وليس بكفو لهم .

وروى أن بلالا رضى الله عنه تزوج بهالة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ، وقيل : بل هو حذيفة ، روى الدارقطني عن حنظلة بن أبي سفيان الجمحي عن أمه قالت رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال .

وروى أن سلمان الفارسي خطب إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ابنته فأنعم له عمر رضى الله عنه ففكره ذلك عبد الله بن عمر ، فلقى عمرو بن العاص فأخبره بذلك فقال أنا أ كفيك هذا فلقى سلمان فقال له عمرو : هنيئاً لك فقال بماذا ؟ فقال : تواضع لك أمير المؤمنين ، فقال سلمان : المثل يتواضع ؟ والله لا تزوجتها أبداً . وعن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، وكان ممن شهد بدرأ مع النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه الوليد ابن عتبة بن ربيعة وهو مولى امرأة من الأنصار .

(فرع) فإن زوج الأب أو الجد البكر من غير كفؤ بغير رضاها أو زوجها أحد الأولياء بغير كفؤ برضاها من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال الشافعي النكاح باطل . وقال في موضع كان للباقيين الرد ، وهذا يدل على أنه وقع صحيحاً واختلاف أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال فيها قولان ، وهو اختيار الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) أن النكاح صحيح ويثبت لها ولسائر الأولياء الخيار في فسخه ، لأن

النقص دخل عليها ، وحصول النقص لا يمنع صحة العقد ، وإنما يثبت الخيار كالمو اشتري لمو كاه شيئاً معيناً .

(والثاني) أن العقد لا يصح ، لأن العاقد تصرف في حق غيره ، فإذا فرط بطل العقد ، كما لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل . ومنهم من قال : العقد باطل قولاً واحداً ، وحيث قال : كان للباقيين الرد ، أي المنع من العقد ، ومنهم من قال هي على حالين ، فحيث قال : يبطل العقد أراد إذا عقد وهو يعلم أنه ليس بكفو ؛ وحيث قال : لا يبطل العقد أراد إذا عقد ولم يعلم أنه غير كفو ، كما قلنا في الوكيل إذا اشترى شيئاً معيناً يعلم بعيبه لم يصح في حق الموكل ، وإن اشتراه وهو لا يعلم بعيبه صح في حق مو كاه ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : إذا زوجها أحد الأولياء بغير كفو برضاها لم يكن للباقيين في ذلك اعتراض . دليلنا : أن رضا جميعهم معتبر فلم يسقط برضا بعضهم .

(فرع) وإن دعت المرأة وليها إلى تزويجها برجل وزعمت أنه كفو لها فقال الولي : ليس بكفو لها رفع ذلك إلى الحاكم ونظر فيه . فإن كان كفو لها لزمه تزويجها به فإن امتنع زوجها منه ، وإن كان ليس بكفو لها لم يلزم الولي لإجابتها اليه (مسألة) الكفو معتبر في خمسة أشياء كما قررنا النسب ، والدين ، والحربة ، والصنعة ، والسلامة من العيوب ، فأما النسب فإن الأعمى ليس بكفو للعربية ، وأما العجم فهم أ كفاء لا فضل لبعضهم على بعض لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العرب أ كفاء حتى لحى الخ ، فدل على أن العجم ليسوا بأ كفاء للعرب . وأما العرب فإن غير قريش ليس بكفو للقريش .

وقال أبو حنيفة : بل هم أ كفاء لهم ، دليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل اختار العرب من سائر الأمم ، واختار من العرب قريش ، واختار من قريش بنى هاشم وبنى المطلب ، وأما قريش فإن بنى هاشم وبنى المطلب أ كفاء لقوله صلى الله عليه وسلم دان بنى هاشم وبنى المطلب شيء واحد ، وشبك بين أصابعه ، وهل يكون سائر قبائل قريش أ كفاء لبنى هاشم وبنى المطلب ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف .

(أحدهما) أنهم أكفاء كما أنهم في الخلافة أكفاء (والثاني) لأنهم ليسوا
بأكفاء لهم ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره لما روت عائشة أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال ، قال لي جبريل : لم أجد في مشارق الأرض ومزارعها
أفضل من بني هاشم اهـ

فأما سائر قبائل العرب فلا فضل لبعضهم على بعض لحديث العرب بعضهم
أكفاء بعض حتى لحى وقبيلة لقبيله ورجل لرجل إلا الحائك والحجام ، قال
الصيمري : وموالي قريش أكفاء لقريش لقوله صلى الله عليه وسلم : موالى القوم
من أنفسهم ، قال العمراني وهذا الذي ذكره الصيمري مخالف ظاهر قول سائر
أصحابنا لأنهم يحتجون على جواز نكاح المرأة بمن ليس بكف . لها بتزويج أسامة
ابن زيد لفاطمة بنت قيس وأسامة مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وفاطمة
قرشية ، ولو قيل فيها وجهان كالوجهين هل تحمل الصدقة المفروضة لموالى بني هاشم
وبنى المطلب لكان محتملا

فأما إذا وطئ الرجل أمته فأولدها ولداً كان كفواً لمن أمه عربية لأن الولد
يتبع الأب في النسب دون الام بدليل أن الهاشمي لو تزوج أجمية كان ولده منها
هاشمياً ، ولو تزوج الأجمي هاشمياً فإن ولده منها أجمي ، وأما الدين فهو معتبر
فالفاسق الذي يشرب الخمر ويذني أو لا يصلح ليس بكف . للحرة العفيفة ، وقال
محمد بن الحسن هو كفو لها إلا أن يكون مظاهراً مسكراً مولعاً بالصبيان .

دلينا قوله تعالى : أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستترون ، ففي المساواة
بينهما في جميع الوجوه . ولقوله صلى الله عليه وسلم : إذا خطب اليكم من ترضون
دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، ولأن
الفاسق لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يجني على المرأة ، فثبت لها الخيار
في فسخ نكاحه .

وأما الحرية فهي معتبرة ؛ فالحرة ليست بكف . للعبد والحرة لا يكافئ الأمة
لقوله تعالى : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً ، إلى قوله تعالى : هل يستترون ، ففي
المساواة بينهما ، ولأن بريرة أعتقت تحت عبد فخبرها النبي صلى الله عليه وسلم .
فإذا ثبت الخيار إذا طرأت عليها الحرية ، فلأن يثبت لها الخيار إذا كانت حرة

عند ابتداء النكاح أولى ، ولأن عليه النفقة لها واعمالها منه ، لا يستطيع أن ينفق نفقة الموصرين .

وأما أهل الصنعة الدينية ، كالحمى والزبال وما أشبههم ، وقد كانوا يهتدون الحائث منهم لنص الحديث ، إلا الحائث والحجام ، فإن للصنعة تأثيراً في الكفاة ولأن الصنعة الدينية نقص في العادة فاعتبرت .

فأما اليسار فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال إنه معتبر بالمعسر ليس بكفء الموصرة لقوله صلى الله عليه وسلم والحسب المال ، ولأنه لما ثبت أن العبد لا يكافى الحرة أمجزه عن الإنفاق عليها نفقة الموصر فكذلك المعسر ، فعلى هذا لا يعتبر أن يكون الرجل مثل المرأة في اليسار في جميع الوجوه ، بل إذا كان كل واحد موصراً يساراً ما تكافأ ، وإن اختلفا في المال .

ومنهم من قال اليسار غير معتبر في الكفاة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن من أهل اليسار ومات ودرعه مرهونة عند يهودى في طعام أهله ، ولأن الفقر ليس بنقص في الكفاة في العادة لأن المال يندو ويروح ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لابن خالد لا تياسا من رزق الله تعالى

وأما السلامة من العيوب فهي معتبرة في الكفاة ، والعيوب في الرجال الجنون والجذام والبرص والجب والعنه ، والعيوب في النساء الجنون والجذام والبرص والرتق (١) والقرن ولها أحكام تأتي في بابها

قال الصيمرى واعتبر قوم البلدان ، فقالوا ساكنوا مكة والمدينة والبحرة والكوفة ليسوا بكفاء لمن يسكن الجبال وهذا ليس بشيء ، وليس للحسن والقبیح والطول والقصر والسخاء والبخل ونحو ذلك مدخل في الكفاة ، لأن ذلك ليس بنقص في العادة ولا عار فيه ولا ضرر ، والبيتان لرجل يدعى عروة الصعاليك كان يجمع الفقراء في ظيرة ويرزقهم مما يغم ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(١) الرتقاء التي لا يستطيع جماعها أو لا خرق لها إلا المبال خاصة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها، فزوجهما كل واحد منهما من رجل نظرت، فإن كان العقدان في وقت واحد، أو لم يعلم متى عقدا؟ أو علم أن أحدهما قبل الآخر، وليكن لم يعلم دين السابق منهما بطل العقدان، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر لأنه قد يتذكر. وإن علم السابق وتدين فالنكاح هو الأول والثاني باطل، لما روى سمرة رضى الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أبما امرأة زوجها وليان فهي الأول منهما، فإن ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعى علم المرأة به، فإن أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم العلم. وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه، وهل تحلف للآخر. فيه قولان.

(أحدهما) لا تحلف، لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر. ولو أقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة.

(والثاني) تحلف لأنها ربما نكحت وأقرت للثاني فيلزمها المهر، فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثاني، وإن أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني. وإن نكحت رددنا اليمين على الثاني، فإن لم يحلف استقر النكاح للأول وإن حلف حصل مع الأول إقرار؛ ومع الثاني يمين، ونكول المدعى عليه، فإن قلنا إنه كالبينة حكم بالنكاح للثاني، لأن البينة تقدم على الإقرار، وإن قلنا أنه بمنزلة الإقرار وهو الصحيح ففيه وجهان.

(أحدهما) يحكم ببطان النكاحين، لأن مع الأول إقراراً ومع الثاني ما يقوم مقام الإقرار، فصار كما لو أقرت لهما في وقت واحد.

(والثاني) أن النكاح للأول لأنه سبق الإقرار له فلم يبطل بإقرار بعده ويجب عليها المهر للثاني كما لو أقرت للأول ثم أقرت للثاني.

(الشرح) الأحكام: إذا كان للمرأة وليان في درجة واحدة فأذنت لكل

واحد منهما أن يزوجها برجل غير الذي أذنت به الآخر ، أو أذنت لكل واحد
منهما أن يزوجها برجل ولم يعين . وقلنا يجوز ، فزوجها كل واحد منهما برجل ،
ففيه خمس مسائل :

(١) أن يعلم أن العقدين وقعا معاً في حالة واحدة فهما باطلان ، لأنه لا يمكن
الجمع بينهما ، إذ المرأة لا يجوز أن يكون لها زوجان لاختلاط النسب وفداده ،
وليس أحدهما أولى من الآخر في التقديم فيبطلانها لو تزوج أخيه في عقد واحد
(٢) أن لا يعلم هل وقع العقدان في حالة واحدة أو سبق أحدهما الآخر ،
فقال أصحابنا البغداديون بطل العقدان ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، ولا مزية
لأحدهما على الآخر في التقديم . وقال الحراسانيون : بطل العقدان في الظاهر ،
وهل يبطلان في الباطن . فيه وجهان

(٣) أن يعلم أن أحدهما سبق الآخر إلا أنه أشكل عين السابق منهما ، فقال
أصحابنا البغداديون بطل العقدان لما ذكرنا في الذي قبلها . ومن أصحابنا من
قال فيها قولان (أحدهما) أنهما باطلان (والثاني) يتوقف فيهما بناء على القواين
في الجمعيتين إذا وقعتا معاً في بلدة وعلم بسبق إحداهما ، ولم يتيقن السابقة ،
وهذا اختيار الجويني .

(٤) أن يعلم أن أحد العقدين سبق الآخر : ونسى السابق منهما ، فيتوقفان
إلى أن يتذكر السابق ، لأن الظاهر مما علم ثم نسي أن يتذكر

(٥) أن يعلم السابق منها ويتعين ويذكر ، فإن النكاح الصحيح هو الأول ،
والثاني باطل ، سواء دخل بها أو لم يدخلها . أو دخل بها أحدهما ، وبه قال في
الصحابة على رضى الله عنه ، ومن التابعين شريح والحسن البصرى . ومن الفقهاء
الأوزاعي وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق ، وذهب طائفة إلى أنه إن لم يطأها أحدهما
أو وطئها معاً أو وطئها الأول دون الثاني فهي الأولى كقولنا . وإن وطئها الأول
دون الثاني فالنكاح للثاني دون الأول . وبه قال عمر (رض) وعطاء والزهرى ومالك
دلينا قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم إلى قوله والمحصنات من النساء ، والمراد به
المزوجات ولم يفرق وروى سمرق أن النبي (ص) قال إذا نكح الوليان فهي الأولى منهما ولأنه
نكاح لو عرى عن الوطء لم يصح ، فإذا كان فيه الوطء لم يصح كنيكاح المعتدة والمحرم بالحلج

(فرع) إذا زوج المرأة وليان من رجلين ولم يعلم السابق منهما ، وادعى كل واحد من الزوجين أنه هو السابق منها نظرت ، فإن ادعى أحد الزوجين ، قال المسمودي : لم تسمع دعواه ، لأنه لا شيء في يده ، وإن ادعى على الولي — فإن كان غير مستبد بنفسه — بأن لا يصح إنكاحه إلا بإذنها ، لم تسمع دعواها عليه وإن كان مستبداً بنفسه كالأب والجد في تزويج البكر ، هل تسمع الدعوى عليه ؟ فيه قولان ؛ فإن ادعى على المرأة ، وادعى عليها بذلك ؛ هل تسمع الدعوى عليها فيه قولان بناء على القولين في إقرارها لأحدهما بالسبق ، هل يقبل ؟ قال في القديم يتقبل إقرارها ؛ فعلى هذا تسمع الدعوى عليها . وقال في الجديد : لا يقبل إقرارها فعلى هذا لا تسمع الدعوى عليها .

وأما الشيخ أبو حامد والبيهقيون من أصحابنا فقالوا : تسمع الدعوى عليها من غير تفسير ، فإذا قلنا : تسمع الدعوى عليها — نظرت — فإن أنكرت أنها لا تعرف السابق منها فالقول قولها مع يمينها أنها لا تعرف السابق ، فإذا حلفت شرطت دعواها وبطل النكاحان فإن نكحت عن اليمين ردت اليمين عليها فيحذف كل واحد منهما أنه هو السابق بالعقد ، فإذا حلفت بطل النكاحان ، لأن كل واحد قد أثبت بيمينته أنه هو السابق ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فبطلا ، وإن حلف أحدهما وبطل الآخر ثبت نكاح الخالف وبطل نكاح النساك ، فإن نكحاً جميعاً بطل النكاحان أيضاً ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وإن أقرت أنها تعلم السابق منها نظرت ، فإن أقرت لكل واحد منهما سابقاً فيكون دعواها عليها باقية فيطالب بالجواب ، وإن أقرت لأحدهما أنه هو السابق حكم بالنكاح له لأنه لم يثبت عليها نكاح غير المقر له حال الإقرار ، فقبل إقرارها على نفسها ، فإن أراد الثاني أن يحلفها بعد إقرارها للأول أنها لا تعلم ، لأنه هو السابق ، فهل يلزمها أن تحلف له ، فيه قولان بناء على أنها أقرت للثاني هل يلزمها غرم ، فيه قولان كالقولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو ، فهل يلزمه الغرم لعمرو ، فيه قولان .

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف للثاني لأنها لو أقرت له لم يقبل إقرارها له ، فلا معنى لعرض اليمين عليها .

(والثاني) يلزمها أن تحلف للثاني بجواز أن تخاف من اليمين فتقر له فيلزمها الغرم ، فان قلنا : لا يلزمها أن تحلف للثاني ثبت النكاح للأول وانصرف الثاني وان قلنا : يلزمها أن تحلف للثاني نظرت ، فان حلفت له انصرف ، وان أقرت للثاني بأنه هو السابق لم يقبل قولها في النكاح لأن في ذلك اسقاط حق الأول الذي قد ثبت ، وليكنها قد أقرت أنها حلفت بين الثاني وبين بضعها باقرارها الأول وهل يلزمها أن تغرم له .

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان كما لو أقرت بدار لزبدتم أقرت به لعدم . قال المحاملي وابن الصباغ : يلزمها له الغرم قولاً واحداً ، لأننا إنما عرضنا عليها اليمين على القول الذي يقول يلزمها الغرم فإذا أقرت له لزومها أن تغرم له عوض ما حلفت بينه وبينه ، وكم يلزمها من الغرم .

قال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : يلزمها أن تغرم جميع مهر المثل . والثاني نصف مهر مثلها كلقولين في المرأة إذا أرضعت زوجة لرجل وانفسخ نكاحها بذلك ، وان لم تقر للثاني ولا حلفت له ، بل نكحت عن اليمين ردت اليمين عليه ؛ فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل البيعة ثبت النكاح للثاني وانفسخ نكاح الأول .

قال الشيخ أبو حامد وهذا القول ضعيف جداً ، وان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل اقرار المدعى عليه وهو الصحيح ، ففيه وجهان . قال الشيخ أبو اسحاق يبطل النكاحان ، لان مع الأول اقراراً ومع الثاني ما يقوم مقام الافرار ، وليس أحدهما أولى من الآخر فبطلاً . ومن أصحابنا من قال يثبت نكاح الأول لان اقرارها له أسبق .

قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازي صاحب المذهب وابن الصباغ والمحاملي يلزمها على هذا أن تقوم مهر مثلها للثاني وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق هل يلزمها الغرم للثاني محل هذا ، فيه قولان .

قال ابن الصباغ فعلى قول أبي اسحاق لا تعرس عليها اليمين ، لانه لا فائدة فيها هذا ترتيب البغداديين . وقال المسعودي : اذا نكحت وحلفت الثاني فهل ينفسخ

نكاح الأول ، فيه وجهان ؛ فإذا قلنا ينفسخ ، قال القفال : فإنه لا يثبت نكاح الثاني ، والأول المشهور .

(فرع) قال الشافعي رحمه الله في الإملاء : إذا زوج الرجل أخته من رجل ثم مات الزوج قاعدى ورثته أن الأخ زوجها بغير إذنها ، فالنكاح باطل ولا ترث وإذا ادعت لمرأة أنه زوجها بإذنها فالقول قولها وترث ؛ لأن هذا اختلاف في إذنها وهي أعلم به ، ولأن الأصل في النكاح أنه يقع صحيحاً ، فإذا ادعى الورثة بفساده كان القول قولها لأن الظاهر صحته .

قال في الإملاء : إذا قال رجل : هذه المرأة زوجتي وصدفته على ذلك تمت الزوجية بينهما ، وأيهما مات ورثه الآخر لأن الزوجية قد ثبتت ، وإن قال رجل هذه زوجتي فسكت ، فإن مات لم يرثها ، لأن إقراره عليها لا يقبل ، فإن مات ورثته لأن إقراره على نفسه مقبول ، وكذلك إذا أقرت المرأة بالزوجية من رجل ولم يسمع منه إقرار ، فإن مات لم ترثه ، وإن مات ورثها كما ذكرناه في التي قبلها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز لولي الصبي أن يزوجه إذا رأى ذلك ، لما روى أن عمر رضى الله عنه زوج ابناً له صغيراً ، ولأنه يحتاج إليه إذا بلغ ؛ فإذا زوج الأب حفظ الفرج ، وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة ، فيه وجهان .
(أحدهما) لا يجوز لأن حفظ الفرج يحصل بأمرأة .

(والثاني) يجوز أن يزوجه بأربع ، لأنه قد يكون له فيه حفظ ، وأما المجنون فإنه إن كان له حال أفاة لم يحز تزويجه بغير إذنه ، لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الأفنيات عليه ، وإن لم يكن له حال أفاة ورأى الولي تزويجه للعفة أو الخدمة زوجته ، لأن له فيه مصلحة . وأما المحجور عليه أسفه — فإنه إن رأى الولي تزويجه — زوجته ، لأن ذلك من مصلحته فإن كان كثير الطلاق سراه بجارية ، لأنه لا يقدر على اعتاقها ، وإن طلب التزوج وهو محتاج إليه فامتنع الولي فتزوج بغير إذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يصح لأنه تزوج بغير اذنه فلم يصح منه ، كما لو تزوج قبل الطلب (والثاني) يصح لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه باذن من هو عليه فإذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه وأما العبد فإنه إن كان بالغاً فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه ، فيه قولان .

(أحدهما) له ذلك لأنه مملوك يملك بيعه واجارته ، فملك تزويجه من غير رضاه كالامة (والثاني) ليس له ذلك لأن النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك اجباره عليه كالقسم ، وإن كان صغيراً ففيه طريقان .

(أحدهما) أنه على القوانين لأنه تصرف بحق المملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والاجارة .

(والثاني) أنه يملك تزويجه قولاً واحداً ، لأنه ليس من أهل التصرف لجاز تزويجه كالابن الصغير ، وإن دعا العبد البالغ مولاه الى النكاح ففيه قولان ، أحدهما : يلزمه تزويجه لأنه مكلف مولى عليه ، فإذا اطلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه . والثاني : لا يلزمه لأنه يملك بيعه واجارته فلم يلزمه تزويجه كالامة ، وأما المكاتب فلا يملك المولى اجباره على النكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته ، فإن دعا المكاتب المولى الى التزويج ، فإن قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى .

وإن قلنا : لا يجب عليه تزويج العبد ففي المكاتب وجهان (أحدهما) لا يجب لأنه مملوك ، فلم يلزمه تزويجه كالعبد (والثاني) يجب لأنه لا حق له في كسبه بخلاف العبد ، فإن كسبه للمولى فإذا تزوجه بطل عليه كسبه للمهر والتفقة .

(الشرح) الاحكام : يجوز للأب والجد أن يزوج ابنه الصغير إذا كان عاقلاً لما روى أن ابن عمر زوج ابنا له صغيراً ، ولأنه يملك التصرف في مصلحته والنكاح مصلحة له ، لأنه إن بلغ وهو محتاج الى النكاح وجد شريكة تحته يستمتع بها ويذفع بخدتها وتقوم على حوائجه فيكون ذلك سكتاً له ، وإن بلغ وهو غير محتاج الى النكاح فإن المرأة تكون سكتاً له ، هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي : هل يزوج الصغير ، فيه وجهان ، الأصح لا يزوجه لأنه

لا حاجة به اليه ؛ وكم يجوز للأب والجد أن يزوجا الصغير ؟ حكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي رضى الله عنه قال : له أن يزوجه بزوجة واحدة واثنتين وثلاثاً وأرباً كالإم ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز له أن يزوجه بأكثر من واحدة ، لأنه لا حاجة به إلى ما زاد عليها ، ويجوز للولي والحاكم أن يزوجا الصغير كما قلنا في الأب والجد .

(فرع) ولا يجوز للأب والجد ولا للوصى ولا للحاكم تزويج الصغير المجنون لأنه لا يحتاج إلى النكاح في الحال ، ولا يدري إذا بلغ هل يحتاج إلى النكاح أم لا ، بخلاف الصغير العاقل ، لأن الظاهر أنه يحتاج إلى النكاح عند بلوغه ، فإن كان المجنون بالغاً نظرت ، فإن كان يجن ويفيق ، لم يجز للولي تزويجه لأن له حالة يمكن استئذانه فيها وهي حال إفاقته ، وإن لم يكن له حال الإفاقة ، فإن كان خصماً أو مجرباً أو علم أنه لا يشتهي النكاح لم يجز للولي تزويجه لأنه لا حاجة به إلى النكاح ، وإن علم أنه يشتهي بأن يراه يتبع نظره النساء أو علم ذلك بانتشار ذكره أو غير ذلك جاز الأب والجد تزويجه لأن فيه مصلحة له ، وهو ما يحصل له به من العفاف ، فإن لم يكن له أب ولا جد وزوجه الحاكم .

(مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه : وليس له أن يزوج ابنته الصغيرة عبداً ولا غير كفو ولا مجنوناً ولا مخبولاً ولا مجذوماً ولا أبرصاً .

وهذا كما قال : لا يجوز للرجل أن يزوجه غير كفو . وقد مضى شروط الكفاءة . والمربض بمرض عقلي أو جسماني مزمن لا يجوز له أن يرضى به زوجاً لابنته الصغيرة . لأن القصد من النكاح الاستمتاع وهذا متعذر منه ولأنه لا يؤمن أن يجنى عليها . والمخبول هو الذي تقادم جنونه وسكن . فلا يتأذى الناس به ، أو يكون أبلاً لا يحصل منه أذية ، وهذا يحدث من خلل في تلافيف المخ يترتب عليها أعراض ظاهرة كارتخاء الشفتين أو انفراج الفم وسيلان اللعاب والمعنى والفهاة في النطق ، لأن مراكز المخ إذا اختلفت بمرض خلاياها وما أكثرها ظهرت أعراضها فإن بعضها يختص بجواس البشرية واللمس وبعضها بجواس الشم وبعضها بجواس الذوق إلى آخر ما عند الإنسان من آفاق حيويته مادية ومعنوية

كل خلية منها لها خلية في المخ تعطى إشاراتنا الى بقية أجزاء الجسم فأى خلل في خلية منها يعطل وظيفتها فيظهر ذلك في وجهه أو تصرفاته أو صوته ، فينبغي مراعاة جانب الصحة النفسية لمن أراد أن يزوج صغيرته حتى لا تشقى بسوء اختيار أبيها أو جدها أو وليها

وقال الشيخ أبو حامد في البرص والمجذوم : ولأنه يقال إن هذه العيوب تعدى . وربما اعدت اليها أو إلى ولدها منه ، وكذلك لا يزوجها بخصي ولا محبوب . لأن المقصود من النكاح الاستمتاع . وذلك لا يوجد منه . فان خالف الاب وزوج ابنته الصغيرة بمن به أحد هذه العيوب فهل يصح النكاح على الطارق الثالث إذا زوج المرأة من غير كفء بغير رضاها أو من غير رضئ سائر الاولياء فاذا قلنا ان النكاح باطل فلا كلام . وان قلنا ان النكاح صحيح فهل يجب على الاب أن يختار فسخ النكاح أو يدعه حتى تبلى فتختار . حكى القاضي أبو الطيب فيه قولان وحكاهما الشيخ أبو حامد وجمين

(أحدهما) يجب عليه ذلك لأنه قد فرط فيكان عليه أن يتلافى تفریطه كالوكيل إذا اشترى شيئاً معيباً

(والثاني) لا يجب عليه وليس له ذلك . لان الشهوات والميول تختلف . وقد تختار المرأة الزوج بمن به هذه العيوب ، فعلى هذا اذا باغت كانت بالخيار إن شاءت فسخته وان شاءت أقرته

قال ابن الصباغ وهذا إذا كان المزوج هو الولي وحده . فأما اذا كان معه غيره فلهم الاعتراض على العقد وفسخه قولاً واحداً . لأن العاقد أسقط حقه برضاه والباقون لم يرضوا . وان أراد أن يزوج أمته من عبد جاز لانه مكافئ لها أما اذا أرادت ان تزوج بمجنون او مجذوم او ابرص او محبوب او خصي لم يكن له ذلك ، لان الضرر الذي يلحق الحررة في ذلك يلحق الامة

(فرع) ولا يزوج ابنته الصغيرة بامرأة ليست بكفء له . ولا بمجنونة ولا مجبولة ولا مجذومة ولا برصاء ولا رتقاء لانه لا صلاحة له في تزويج احداهن . فان زوجه بأمة لم يصح قولاً واحداً . لان تزويج الامة انما يصح للحر اذا لم يجد طول حررة ويخاف العنت .

وإن زوج ابنة المجنون برتقاء ، فإن قلنا يصح تزويج الصغير العاقل بها صح
بالمجنون ، وإن قلنا لا يصح تزويج الصغير العاقل بها ففي المجنون وجهان .
(أحدهما) لا يصح كالأول زوجها من الصغير العاقل (والثاني) يصح لأنه لا ضرر
عليه في ذلك لأنه لا يحتاج إلى الوطء .

(فرع) قال الصيمري : ولا يزوج ابنة الصغير بهجوز حرمة ولا بمقطوعة
البيدين والرجلين ولا عمياء ولا زمنة ولا يهودية ولا نصرانية ، ولا يزوج ابنته
الصغيرة بشيخ هرم ، ولا بمقطوع البيدين والرجلين ، ولا بأصم ولا زمن ولا
بفقير وهي غيبة ، فإن فعل ذلك فسسخ . وعندى أنها تحتمل وجه آخر أنه
لا يكون له الفسخ لأنه ليس بأعظم من زوج ابنته الصغيرة بهجوز أو أربص

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح النكاح إلا بشاهدين . وقال أبو ثور يصح من غير
شهادة لأنه عقد فصيح من غير شهادة كالبيع ، وهذا خطأ لما روت عائشة رضي
الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح .
خاطب وولى وشاهدان ، ويخالف البيع فإن القصد منه المال والقصد من النكاح
الاستمتاع وطلب الولد ، ومبناها على الاحتياط ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين
فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها ، ولا يصح إلا
بعدين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ،

فإن عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد
الاصطخري أنه لا يصح ، لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين
كالإثبات عند الحاكم (والثاني) يصح وهو المذهب لأننا لو اعتبرنا العدالة أباطنة
لم تصح أن نكح العامة إلا بحضور الحاكم لأنهم لا يعرفون شروط العدالة ، وفي
ذلك مشقة فاكفي بالعدالة الظاهرة كما اكتفي في الحوادث في حقهم بالتقيد حين
شق عليهم ادراكها بالدليل ، فإن عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح
لأننا حكمنا بصحته في الظاهر ، فإذا بان خلافه حكم بإبطاله ، كما لو حكم الحاكم

باجتهاده ثم وجد النص بخلافه . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان بناء على القولين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا قاسقين ، وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يصح ، لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهداً ،

(والثاني) لا يصح ، لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظاً .
العاقد وبصح بشهادة ابني أحد الزوجين ، لأنه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما ؟ أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة ، فيه وجهان (أحدهما) يصح لأنهما من أهل الشهادة (والثاني) لا يصح لأنه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال .

(فصل) وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة : عقدنا بشاهدين قاسقين وقال الزوج : عقدنا بعدلين ، ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء العدالة (والثاني) أن القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم النكاح وإن تصادقا على أنهما تزوجا بولي وشاهدين ، وأنكر الولي والشاهدان لم يلزمنا إلى إنكارهم لأن الحق لهما دون الولي والشاهدين .

(الشرح) حديثاً عائشة وابن مسعود رضي الله عنهما مضى تخبر بهما في بحث النكاح بولي . أما الأحكام : فإنه لا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين ذكرين عدلين ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس والحسن البصري وابن المسيب والنخعي والشعبي والاوزاعي وأحمد بن حنبل . وقال ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدي وداود وأهل الظاهر . لا يفتقر النكاح إلى الشهادة ، وبه قال مالك ، إلا أنه قال من شرطه أن لا يتواصوا بكتنانه ، وأن يتواصوا على كتنانه لم يصح النكاح وإن حضره شهود ؛ وبه قال الزهري . وقال أبو حنيفة : من شرطه الشهادة إلا أنه ينعقد بشهادة رجلين قاسقين وعدوين ومحدودين ، وشاهد وامرأتين .

دلينا ما روى عمران بن الحصين رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، رواه أحمد في رواية ابنه عبد الله ورواه الدارقطني ، وأشار إليه الترمذي ، وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

د كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب وولى وشاهدان ، وعنهما رضى الله
 عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وعن
 ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولى
 مرشد وشاهدى عدل ، وعنه رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البغايا
 اللاتي يتكهن أنفسهن بغير بيعة ، رواه الترمذى ، وهذه الأحاديث وغيرها مضمي
 تخربجها فى الولى ، ولأنه عقد فلم يكن من شرطه ترك التواصى بالسكتان كالبيع ،
 ولأن كل ما لم يثبت بشهادة عدلين لم يثبت بشهادة فاسقين كالإثبات عند الحاكم .
 (فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : والشهود على العدل حتى يعلم الجرح يوم
 وقع النكاح . وجملة ذلك أنه إذا عقد محضرة شاهدين فإن عدلت عدالتها ظاهرا
 وباطنا انعقد النكاح بشهادتهما ، وإن عدلت عدالتها فى الظاهر وجهات فى الباطن
 ففيه وجهان - كماهما المصنف .

قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يصح لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت
 بمجهول الحال كالإثبات عند الحاكم ، والثانى - وهو المذهب ولم يحك الشيخ
 أبو حامد وابن الصباغ غيره - أن النكاح صحيح لأن الظاهر العدالة ، ولا نألو
 اعتبارنا العدالة الباطنة لم ينعقد النكاح إلا بمحضرة الحاكم ، لأن العامة لا يعرفون
 شروط العدالة ، وقد أجمع المسلمون على جواز انعقاده بغير حضور الحاكم .
 فإذا قلنا بهذا فيبان أهمما فاسقان ، فإن حدث هذا الفسق بعد العقد لم يؤثر ، لأن
 الاعتبار وجود العدالة حال العقد ، وإن بان أنهمما فاسقان حال العقد لم يصح
 النكاح ، لأن فسقهما ينافى قبول شهادتهما على النكاح .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان كالفواين فى الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين
 ظاهرهما العدالة : ثم بان فسقهما حال الشهادة وليس بشيء ، فإن ترفع الزوجان
 إلى الحاكم وأقرا بالنكاح وأنه عقد بشهادة رجلين ظاهرهما العدالة واختصما فى
 حق من حقوق الزوجية كالنفقة والكسوة وما أشبههما : فإن الحاكم يحكم بينهما
 فيما احتكما فيه ، ولا يتظر فى حال عدالة شاهدين فى الباطن إلا أن يعلم أنهمما
 فاسقان فلا يحكم بينهما ، وإن جحد أحد الزوجين الآخر - فأما المدعى منهما
 بشاهدين - فإن علم الحاكم عدالتها ظاهراً وباطناً - بين عقد النكاح حكم

بصحة النكاح ، وإن علم فسقهما حال الشهادة لم يحكم بصحة العقد بل يحكم بفساده على المذهب ، فإن عرف أنهما كانا عدلين في الظاهر وجعل عدالتهما في الباطن فلا يجوز أن يحكم بصحة العقد ولا بفساده بل يتوقف الى أن يعلم عدالتهما في الباطن ، لأنه لا يجوز أن يحكم بشهادة شاهد الا بعد معرفة حاله ظاهراً وباطناً ، بخلاف ما لو أقر بالنكاح ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في التعليق . وذكر ابن الصباغ أن الرجل اذا ادعى نكاح امرأة بولي وشاهدي عدل فأقام شاهدين عدلين عند الحاكم فإنه يبحث عن حالهما عند الحاكم ولا يبحث عن حالهما حين العقد ، والاول أصح . وهل يتعقد النكاح بشهادة أعميين أو أعمى وبصير ؟ فيه وجهان أحدهما يتعقد ، لأن الأعمى من أهل الشهادة ، والثاني : لا يصح لانه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العاقد ، وهل يتعقد بشهادة أخرسين أو أخرس وناطق ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتعقد ، قال الشيخ أبو حامد : وهو المذهب ، لأن الشهادة تقتصر الى صريح اللفظ ، والاخرس لا يتأتى منه ذلك . (والثاني) يتعقد . قال القاضي أبو الطيب : وهو المذهب لأن اشارته اذا كانت مفهومة تقوم مقام عبارة غيره ، وهل يتعقد شهادة أصحاب الصنع الدنيئة مثل الحجام والقصاب والسكناس وغيرهم ؟ فيه وجهان بناء على جواز قبول شهادتهم في سائر الحقوق ، ويأتى بيانها في موضعهما ، وان عقد النكاح بشهادة ابني أحد الزوجين أو بشهادة ابته وحده أو بشهادة عدوى أحد الزوجين صحح النكاح لانه يثبت بشهادتهما ، وهو اذا شهد الابن على والدهما أو شهد العدوان لعدوهما ؛ وان عقد النكاح بشهادة ابني الزوجين أو ابن لهذا وابن لهذا أو جد هذا وجد هذه أو عدوين لهما ففيه وجهان ، أحدهما يتعقد لانهما من أهل الشهادة في النكاح في الجملة ، والثاني : لا يتعقد لانه لا يثبت بشهادتهما بحال من الاحوال ، من أصحابنا الحراسانيين من قال : يتعقد بشهادة العدوين وجهها واحداً ، لان المداوة قد تزول (فرع) وليس من شرط الشهادة احضار الشاهدين بل لو حضر الشاهدان لانفهما وسمعا الايجاب والقبول صح ذلك ولو سمعا الايجاب والقبول ولم يسمعا الصداق صحح النكاح لان الصداق ليس بشرط في النكاح ، وان سمع أحد الشاهدين الايجاب وسمع الآخر القبول لم يصح النكاح ، لانهما شرط في الايجاب والقبول

(فرع) وإذا تزوج المسلم كتابية فانه يتزوجها من وليها الكافر إذا كان عدلا في دينه ، ولا يصح إلا بحضرة شاهدين مسلمين عدلين . وقال أحمد : لا يصح أن يتزوجها إلا من المسلم . وقال أبو حنيفة : يتزوجها من وليها الكافر ، ويصح أن يكون بشهادة كافرين .

دلينا على أحمد قوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » ، فدل ذلك على أنه لا ولاية لهم على الكافرين . وعلى أبي حنيفة لأنهما شاهدان لا يثبت بهما نكاح المسلم ، فلم يثبت بهما نكاح الكافرة كالعبد ، وكالفرق بين الولي والشاهدين لأن الولي أريد لدفع العار عن النسب ، والكافر كالمسلم في دفع العار والشاهدان يرادان لإثبات الفرائض عند جحد أحد الزوجين ، وليس الكافر كالمسلم في إثبات الفرائض ، لأنه لا يثبت بشهادته الفرائض ، ولأن الولي يتعين في العقد فتأكد حاله فجاز أن يكون كافراً ، والشاهد لا يتعين فلم يجز أن يكون كافراً

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يصح إلا على زوجين معينين لان المقصود بالنكاح أعيانهما فوجب تعيينهما : فإن كانت المنكوحة حاضرة فقال : زوجتك هذه صح . وإن قال : زوجتك هذه قاطمة واسمها عائشة صح ، لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم ، فلم يؤثر الغلط فيه ، وإن كانت المنكوحة غائبة فقال : زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح ، وإن قال : زوجتك ابنتي قاطمة وهي عائشة صح ، لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب ، فلم يؤثر الخطأ فيه ، وإن كان له اثنتان فقال : زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة ، وإن قال : زوجتك عائشة وقبل الزوج ونوبا ابنته ، أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونوبا الكبيرة صح لأنها تعينت بالنية ، وإن قال زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح ، لأن الإيجاب في امرأة والقبول في أخرى . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة ، ونوى الصغيرة وقبل الزوج ، ونوى الكبيرة ، صح النكاح في عائشة في الظاهر ، ولم يصح في الباطن ، لأن الزوج قبل في غير ما أوجب الولي .

(فصل) ويستحب أن يخُطَب قبل العقد ، لما روى عن عبد الله قال : علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة ، الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات : اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وأنتم مسلمون ، اتقوا الله الذي تساملون به والارحام ان الله كان عليكم رقيباً ، اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً ، فإن عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد الساعدي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي خطب الواهبة ، زوجته كما بما معك من القرآن ، ولم يذكر الخطبة ، ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفا الإنسان إذا تزوج قال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير .

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود أخرجه الترمذي وحسنه وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي من رواية أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه ولم يسمع منه ، وقد رواه الحاكم من طريق أخرى عن قتادة عن عبد ربه عن أبي عياض عن ابن مسعود وليس فيه الآيات ، ورواه أيضاً من طريق امراةيل عن أبي اسحاق عن أبي الاحوص وأبي عبيدة أن عبد الله قال فذكر نحوه ، ورواه البيهقي من حديث واصل الاحدب عن شقيق عن ابن مسعود بتامه ، وفي رواية للبيهقي ، إذا أراد أحدكم أن يخُطَب لحاجة من النكاح أو غيره فليقل : الحمد لله نحمده ونستعينه الخ .

ورواية الترمذي أردفها بعد التحسين بقوله . رواه الامهش عن أبي اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله عن النبي (ص) وكلا الحديثين صحيح لان امراةيل جمعهما فقال . عن أبي اسحاق عن أبي الاحوص وأبي عبيدة عن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وقال النووي في كتاب الأذكار : يستحب أن يخُطَب بين يدي العقد خطبة

تشمعل على ما ذكرنا في الباب الذي قبل هذا وتكون أطول من تلك ، وسواء
خطب العاقد أو غيره ، وأفضلها ما روينا في سنن أبي داود والترمذي والنسائي
وابن ماجه وغيرها بالأسانيد الصحيحة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال
« علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة الحمد لله نستعينه ونستغفره
ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن يضل الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ،
وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، يا أيها الناس اتقوا ربكم
الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً ،
واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيباً يا أيها الذين
آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ، يا أيها الذين آمنوا
اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع
الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً ،

ثم قال هذا لفظ إحدى روايات أبي داود . وفي رواية له أخرى بعد قوله
« ورسوله ، أرسله بالحق بشيراً ونذيراً بين يدي الساعة ، من يطع الله ورسوله
فقد رشد ، ومن يعصها فإنه لا يضر إلا نفسه ، ولا يضر الله شيئاً » قال الترمذي
حديث حسن . اهـ

أما حديث سهل بن سعد الساعدي فقد رواه أحمد والبخاري ومسلم ، ولفظه
« أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إنني قد وهبت
نفسى لك ، فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن
لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء . تصدقها
إياه ؟ فقال ما عندي إلا إزارى هذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن أعطيتما
إزارك جلست لا إزار لك ، فالتمس شيئاً ، فقال ما أجد شيئاً ، فقال التمس ولو
خاتماً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم هل معك
من القرآن شيء ؟ قال نعم ، سورة كذا وسورة كذا السور بسماها ، فقال له النبي
صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن ،

وقد روى سعيد بن منصور في سننه عن أبي النعمان الأزدي قال زوج النبي
صلى الله عليه وسلم امرأة على سورة من القرآن ثم قال لا يكون لأحد بعدك مهراً ،

وهو مع إرساله فيه من لا يعرف . ومن ثم فلا يحتج به في تخصيص الحكم بهذه المرأة .

أما حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والترمذي وصححه وحسنه وابن ماجه . وقال النووي في الأذكار ، ويستحب أن يقال لكل واحد من الزوجين برك الله لكل واحد منك في صاحبه وجمع بينكما في خير ، وروينا في صحيح البخاري وسلم عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه حين أخبره أنه تزوج « برك الله لك ، وروينا في الصحيح أيضاً أنه صلى الله عليه قال لجابر رضي الله عنه حين أخبره أنه تزوج « برك الله عليك ، أما اللغات فقوله « رفياً ، قال في الفتح بفتح الراء وتشديد الفاء مهموز ، معناه دعا له . وفي القاموس رفاه ترفهة ورفياً ، قال له بالرفاه والبنين . أى بالانتماء وجمع الشمل اه . والترفة في الأصل الانتماء . يقال رفاهتني لام خرقه وضم بعضه إلى بعض ، وكانت ترفهة الجاهلية أن يقال « بالرفاه والبنين ، ثم نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وأرشد إلى ما في الأحاديث الواردة على ما سيأتي في الأحكام .

أما الأحكام فإنه إذا أراد عقد النكاح على امرأة فلا بد أن تتميز عن غيرها بالمشاهدة أو بالصفة أو بالنسبية ، فإذا كان له ابنة واحدة وهي حاضرة ، فإن قال زوجتك هذه ولم يحتج إلى ذكر اسمها ولا إلى صفتها وان قال زوجتك ابنتي وزوجتك هذه عائشة صح لأنها تميزت بالإشارة ، وكان ما زاد تأكيداً ، وإن كان اسمها عائشة فقال زوجتك هذه فاطمة ؛ فقال البغداديون من أصحابنا يصح ، لأنه لا حكم لتغيير الاسم مع الإشارة وقال السعدي هل يصح ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما لو قال بعنك هذا البغل وكان حماراً أو فرساً . وإن كان له ابنة واحدة اسمها عائشة وهي غائبة عنهما ، فإن قال زوجتك ابنتي صح ؛ لأن قوله ابنتي صفة لازمة لها وليس له غيرها . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة صح ، لأن النكاح يتعقد بقوله ابنتي ، فإذا سماها باسمها كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتي فاطمة فغير اسمها ؛ فقال البغداديون من أصحابنا يصح ؛ لأن قوله ابنتي صفة لازمة لها لا تختلف ولا تغير ، والاسم يتغير ويختلف ، فاعتبر حكم

الصفة اللازمة وألغى الاسم ، قال المسعودى لا يصح ، ولم يذكر له وجها . وإن قال زوجتك عائشة وقصد ابنته فذكر الشيخ أبو إسحاق والطبري في الهدية وحكاية ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد أنه يصح لأنها تتميز بالنية ، وإن لم يقصد ابنته لم يصح ، قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن هذا العقد تمير فيه الشهادة فلا بد أن يكون العقد مما يصح أداء الشهادة على وجه يثبت به العقد وهذا متعذر في النية ولم أجد فيما قرأت من تعليق الشيخ أبي حامد وغيره أنه لا يصح من غير تفصيل لأن هذا الاسم يقع على ابنتيه وعلى من اسمها عائشة فلا تتميز بذلك عن غيرها ، فإن كانت له ابنتان كبيرة اسمها عائشة وصغيرة اسمها فاطمة ، قال زوجتك ابنتي أو إحدى ابنتي لم يصح لأن المزوجة غير متميزة . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو ابنتي الكبيرة صح لأنه قد بينها بالصفة أو بالإسم

وإن قال زوجتك ابنتي الكبيرة فاطمة فخير اسم اصح النكاح على الله - صغيرة ولا يضر تغييره للإسم ، وعلى قول المسعودى في التي قبلها لا يصح ما هنا . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة وهو بنوى الصغيرة واسم الصغيرة فاطمة فقبل الزوج وهو بنوى الصغيرة ، قال الشيخ أبو حامد بنعقد النكاح على الصغيرة لا يناق بينهما ولا يضر تغيير الاسم .

وإن قال زوجتك ابنتي عائشة وهو بنوى الصغيرة وقبل الزوج وهو بنوى الكبيرة انعقد النكاح في الظاهر على الكبيرة لأنه أوجب نكاحها له فقيل ما في الباطن ، وهو مفسوخ لأنه أوجب له النكاح في الصغيرة فقبل في الكبيرة : فإن قال زوجتك ابنتي فقبل الزوج ونوى الكبيرة فقال الشيخ أبو إسحاق يصح لأنها تميزت بالنية . وقال ابن الصباغ لا يصح لأنه لا يمكن اذن الشهادة في هذا .

(فرع) وإن كان لرجل ابنتان فزوج رجل احدهما بعينها ثم مات الأب وادعت كل واحدة من الإبنتين على الزوج أنها هي التي زوجها أبوها . فإن أنكرها حلف لكل واحدة يمينا ، وإن أقر لإحداهما تثبت زواجهما . فإن ادعت عليه الأخرى النكاح بعد ذلك قال ابن الحداد لم تسمع دعواها لأنه قد أقر بتحريرها على نفسه ، وإن ادعت عليه نصف المهر فالقول قوله مع يمينته : فإن حلف لها فلا كلام ، وإن نكل حلفت ووجب المسمى لها الذي ادعت .

وإن لم يدعي عليه ولكنه ادعى على إحداهما أنها زوجته فإن أقرت له ثبت
النكاح بينهما ، وإن أنكرت حلفت له وسقطت دعواه قال ابن الحداد :
ووجب عليه لها نصف مهرها .

قلت : وينبغي أنه لا يثبت لها ذلك إلا إذا ادعته . فأما إذا لم تدعيه لم يثبت
لها . قال ابن الحداد : ويكون ذلك إبطالا للنكاح التي أقر بنكاحها أولا ، ويجب
لها نصف مهرها إن لم يدخل بها ، وجميع مهرها إن دخل بها .

(فرع) إذا قال : زوجتك حمل هذه المرأة إن كان ابنة لم يصح النكاح لأنه
قد يكون ربحاً أو حملاً موهوماً فلا يتحقق وجوده ، وقد يكون ذكراً ، وقد
يكون ابنتين ، فلا يعلم أيتهما المعقود عليها وهذا غرر من غير حاجة ، فلا يصح
كما إذا كتب رجل إلى الولي : زوجني ابنتك فقرأه الولي أو غيره بحضور شاهدين
فقال الولي : زوجته لم يتعقد النكاح .

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : يصح ، دليلنا أنه لم يوكل القارى
فلم يصح كما لو استدعاه من غائب فبلغه فأوجب .

(مسألة) وإذا أراد العقد خطب الولي أو الزوج أو أجنبي من الحاضر بن
فيحمد الله تعالى وبصلى على رسوله صلى الله عليه وسلم ووصى بتقوى الله ويرغب
في النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم : كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتى ،
فالنكاح من الأمور التي لها بال ، والخطبة مستحبة غير واجبة ، وبه قال عامة
أهل العلم إلا داود فإنه قال : إنها شرط في النكاح .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ،
ولم يشترط الخطبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج الواهبة ولم يخطب ،
وتزوج عائشة رضي الله عنها ولم يخطب .

قال الشيخ أبو حامد : وقد روى في بعض الروايات أنه قال في الثلاث الآيات
يا أيها الناس ، قال : وحكى عن بعض المتأخرين أنه كان يقول : الحمد لله ،
والمصطفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله قال : وزاد
بعضهم فكان يقول : الحمد لله ذو الجلال والإكرام ، والمصطفى رسول الله

صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله المفرق بين الحلال والحرام ، ثم يقول والنكاح مما أمر الله به وندب إليه .

وأما الخطبة التي تحلل العقد بأن يقول الولي : بسم الله والحمد لله وصلى الله على رسول الله ، أو صيكم بتقوى الله ويقول كما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنكحتك على ما أمر الله به من أمساك بمعروف أو تسمريح بإحسان ، ثم يقول الزوج ، بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أو صيكم بتقوى ، قبلت نكاحها . فاختلف أصحابنا في صحة العقد مع ذلك ، فذكر الشيخ أبو حامد والحاملي وابن الصباغ أن ذلك يصح ، لأن الخطبة متعلقة بالنكاح فلم يؤثر فصلها بين الإيجاب والقبول ، كالتيجم بين صلاتي الجمع .

وحكى الشيخ مصنف المذهب عن بعض أصحابنا أن الفصل بين الإيجاب والقبول بالخطبة يبطل العقد كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، ويخالف التيمم ، فإنه مأمور به بين الصلاتين ، والخطبة مأور بها قبل العقد .

قال النووي في الأذكار ، فلو قال ، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها صح ، ولم يضر هذا الكلام بين الإيجاب والقبول لأنه فصل يسير له تعلق بالعقد ، ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين ، لما روى أحد والنسائي وابن ماجه عن عقيل بن أبي طالب أنه تزوج امرأة من بنى جشم فقالوا بالرفاء والبنين ، فقال لا تقولوا هكذا ، ولكن قولوا كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اللهم بارك لهم وبارك عليهم ، وفي رواية له . لا تقولوا ذلك فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهانا عن ذلك : قولوا بارك الله لهم أفيك وبارك لك فيها ، وأخرجه أيضاً أبو يعلى والطبراني وهو من رواية الحسن بن عقيل . قال في التتبع ورجاله ثقات إلا أن الحسن لم يسمع من عقيل فيما يقال ، وقد اختلف في دلة النهي عن الترفته التي كانت تفعلها الجاهلية فقييل لأنه لا حمد فيها ولا ثناء ولا ذكر لله ، وقيل لما فيه من الإشارة إلى بغض البنات لتخصيص البنين بالذكر ؛ والأ وهو دعاء للزوجين بالانتماء والائتلاف فلا كراهة فيه .

وقال ابن المنير : الذي يظهر أنه صلى الله عليه وسلم كره اللفظ لما فيه من

موافقة الجاهلية لأهم كانوا يقولونه تفاؤلا لا دعاء فيظهر أنه لو قيل بصورة الدعاء لم يكرهه كان يقول : اللهم ألب بينهما وارزقهما بنين صالحين وقال العمراني من أصحابنا : ويكرهه أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين والمستحب أن يقول ما ورد في حديث أبي هريرة وسأقه ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح ، ولأن الشهادة شرط في النكاح فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح ، واختلف أصحابنا في نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة ، فمنهم من قال : لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الإحلال . ومنهم من قال : يصح لأنه لما خص هبة البضع من غير بدل خص بلفظها ، وإن قال : زوجني فقال : زوجتك صح ، لأن الذي خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : زوجتكما بما معك من القرآن ، وإن قال زوجتك ، فقال قبلت ، ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي كما يرجع في البيع إلى ما أوجبه البائع .

(والثاني) لا يصح لأن قوله ، قبلت ليس بصريح في النكاح فلم يصح به ، كما لو قال ، زوجك فقال نعم . وإن عقد بالجمية ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم : استحللتم فروجهن بكلمة الله ، وكلمة الله بالعربية فلا تقوم الجمية مقامها كالقرآن (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح ، وإن لم يحسن صح ، لأن ما اختص بلفظ غير معجز جار بالجمية عند المعجز عن العربية ، ولم يجوز عند القدرة كتكبيرة الصلاة (والثالث) وهو الصحيح أنه يصح ، سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن ، لأن لفظ النكاح بالجمية يأتي على ما يأتي عليه لفظه بالعربية ، فقام مقامه ، ويخالف القرآن فان التصيد منه النظم المعجز ، وذلك لا يوجد في غيره ، والقصد بالتكبيرة

العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة ، والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح ، والعجمية كالعربية في ذلك ، فإن فصل بين القبول والایجاب بخطبة بأن قال الولی ، زوجتك . وقال الزوج : بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها : ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني رحمه الله : إنه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيتم بين صلاتي الجمع .
(والثاني) لا يصح ، لأنه فصل بين الايجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، ويخالف التيمم فإنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد .

(فصل) وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة في النكاح أنه يستل عما يحتاج اليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) الأحكام : لا ينعقد النكاح عندنا إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، وهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن ، وهو قوله تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، وقوله تعالى : فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها ، فأما لفظ البيع والتيمك والهبة والاجارة وغيرها من الالفاظ فلا ينعقد به النكاح ، وبه قال عطاء وابن المسيب والزهرى وربيعة وأحمد بن حنبل .

وقال أبو حنيفة : ينعقد النكاح بكل لفظ يقضى التيمك كالبيع والتيمك والهبة والصدقة ، وفي لفظ الاجارة عنه روايتان ، ولا ينعقد بالاباحة والتحليل وقال مالك إن ذكر المهر مع الالفاظ التي تقضى التيمك انعقد بها النكاح ، وإن لم يذكر المهر لم ينعقد بها النكاح .

دليلنا قوله تعالى : وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ، فذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم منحصر بالنكاح بلفظ الهبة ، وأن غيره لا يساويه ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلاجارة والاباحة .

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : والفرج محرم قبل العقد فلا يحل أبداً إلا بأن يقول الولي : قد زوجتكها أو أنكحتكها ، ويقول الزوج : قد قبلت التزويج أو النكاح . أو قال أنكحتك ابنتي ، فقال الزوج : قبلت النكاح والتزويج صح ذلك ، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول في النكاح والتزويج ، فإن قال الولي زوجتك ابنتي أو أنكحتك ، فقال الزوج : قبلت ، ولم يقل النكاح ولا التزويج فقد قال الشافعي رضى الله عنه في موضع : يصح . وقال في موضع لا يصح ، واختلص أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال لا يصح قولاً واحداً . وحيث قال يصح أراد إذا قبل الزوج قبولاً تاماً .

ومنهم من قال يصح قولاً واحداً ، وحيث شرط الشافعي رضى الله عنه لفظ النكاح أو التزويج في القبول فأراد على سبيل التأكيد ، وهذا لا يصح لأنه قال لا ينهقد النكاح ، فقال أكثر أصحابنا : هي على قولين ، وهذا اختيار الشيخ أبي إسحاق وابن الصباغ .

(أحدهما) يصح ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد لأن قوله قبلت إذا ورد على وجه الجواب عن إيجاب متقدم كان المراد به قبول ما تقدم ، فصح كما لو قال بعثك داري أو وهبتكها ، فقال قبلت ، فإنه يصح .

(والثاني) لا يصح ، قال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح ، لأن الاعتبار في النكاح أن يحصل الإيجاب والقبول فيه بلفظ النكاح أو التزويج ، فإذا عرى القبول منه لم يصح كما لو قال رجل لا آخرك زوجت ابنتك من فلان ؟ فقال الولي نعم ، وقال الزوج . قبلت النكاح ، فإن هذا لا يصح بلا خلاف . وإن قال الولي زوجتك ابنتي ، فقال الزوج نعم . قال الصيمري هو كما لو قال الزوج . قبلت على الطرق الثلاث .

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا لا يصح قولاً واحداً . وإن قال الزوج زوجني ابنتك . فقال الولي . زوجتك صح ذلك ، ولا يفتقر الزوج إلى أن يقول قبلت نكاحها ، وقد واقفنا أبو حنيفة ههنا وخالفنا في البيع ، لما روى أن الذي تزوج الواهبة قال للنبي (ص) زوجنيها يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم

زوجتكما ولم يأمره بالقبول بعد هذا . وإن قال الزوج أتزوجني ابنيك ، فقال
 الولي زوجتك لم يصح حتى يقول الزوج قبلت التزويج أو النكاح ، لأن قوله :
 أتزوجني استنهام ليس باستدعاء ؛ ولو قال الولي أتستفهمكمها ؟ فقال الزوج قد
 استنكحت أو قد تزوجت لم يكن بد من قول الولي بعد هذا زوجتك أو أنكحك
 لأن ما تقدم إنما كان استفهاما ولم يكن تقريراً

(فرع) وإن عقد النكاح بالعجمية فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ
 أبو حامد : إن كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية وجهاً واحداً . وإن كانا
 لا يحسنان العربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان ، المذهب أنه يصح .
 وقال القاضي أبو الطيب : إن كانا لا يحسنان العربية صح العقد بالعجمية وجهاً
 واحداً ، وإن كانا يحسنان بالعربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان وقال
 المصنف فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يصح العقد بالعجمية لقوله صلى الله عليه وسلم : استحللتم
 فروجهن بكلمة الله ، وكلمة الله إنما هي بالعربية (والثاني) إن كانا يحسنان العربية لم
 يصح العقد بالعجمية . وإن كانا لا يحسنان العربية صح بالعجمية كما قلنا في تكبيرة
 الإحرام (والثالث) يصح العقد بالعجمية بكل حال . لأن لفظ العجمية يأتي
 على ما يأتي عليه العربي في ذلك .

وإن كان أحدهما يحسن العربية ولا يحسن العجمية ، والآخر يحسن العجمية
 ولا يحسن العربية ، وقلنا يصح العقد بالعجمية صح العقد بينهما شرط أن يفهم
 القائل أن الولي أوجب له النكاح ، لأنه إذا لم يفهم لا يصح أن يقبل ، وهكذا
 إذا حضر شاهدان أعجميان وعقد بالعربية ، أو عربيان وعقد بالعجمية فلا يصح
 إلا إذا فهم أن العاقدین عقداً النكاح ، لأن الغرض بالشاهدين معرفتهما بالعقد
 وتحملها الشهادة .

(فرع) وإذا وكل الزوج من يقبل له النكاح ، أو قبل الأب لابنه الصغير ،
 فإن النكاح لا يصح حتى يسمى الزوج في الإيجاب والقبول ، فيقول الولي زوجت
 فلانة فلاناً ويسمى الزوج ، ويقول القائل من قبل الزوج قبالت النكاح لفلان
 ويسمى الزوج بخلاف الوكيل في الشراء فإنه لا يجب ذكر المرسل ، لأن النكاح

لا يقبل نقل المال فيه . أى أن الرجل لا يجوز أن يتزوج امرأة ثم ينتقل نكاحها منه الى غيره . والمالك فى المال من قبل النقل . أى أنه يجوز أن يملك الرجل عينا ثم ينتقل ملكها منه الى غيره . قال الطبرى : ولهذا قال أصحابنا : لو قال رجل لآخر وكانتك أن تزوج ابنتى من زيد فزوجها من وكيل زيد صح لأنه فى الحقيقة زوجها من زيد . ولو قال وكانتك أن تبيع سيارتى هذه من زيد فباعها من وكيل زيد لم يصح لهذا المعنى .

فإذا انعقد النكاح لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الثلاث . وقد مضى تفصيل ذلك فى البيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

من اراد عن الدين لم يصح نكاحه . لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك فى نكاح المرتد . ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه ان تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة . وان تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج

(فصل) ويحرم على الرجل من جهة النسب الام والبنت والاخت والعمة والحالة وبنت الاخ وبنت الاخت لقوله حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت ، ومن حرم عليه مما ذكرناه ينسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلى به . وان بعد فتحرم عليه الام وكل من يدلى بالامومة من الجدات من الاب والام وان علون . وتحرم عليه البنت وكل من ينسب اليه بالبنوة من بنات الاولاد وأولاد الاولاد وان سفان وتحرم عليه الاخت من الاب والاخت من الام والاخت من الاب والام . وتحرم عليه العمة وكل من يدلى اليه بالعمومة من أخوات الآباء والاجداد من الاب والام أو من الاب أو من الام وان علون . وتحرم عليه الحالة وكل من يدلى اليه بالحنوثة من أخوات الجدات من الاب والام أو من الاب أو من الام وان علون

ويحرم عليه بنت الاخ وكل من ينتسب اليه ببنته الاخ من بنات اولاده وأولاد اولاده وإن سفلان ، وتحرم عليه بنت الاخت وكل من ينتسب اليه ببنته الاخت من اولادها وأولاد اولادها وإن سفلان ، لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد ، والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى « يا بني آدم ، وقوله تعالى « ملة أبيكم إبراهيم ، وقوله سبحانه وتعالى « ملة آباء إبراهيم وإسحاق ويعقوب ، فأطلق عليهم اسم الاباء مع البعد ، وقال صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يرمون « ارموا فإن أباكم اسماعيل عليه السلام كان راميا ، فسمى اسماعيل أباهم مع البعد ، ولأن من بعد منهم كمن قرب في الحكم . والدليل عليه أن ابن الابن كالابن ، والجد كالاب في الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة ، فلأن يكون كالابن والاب في التحريم ومبناه على التغليب أولى

(الشرح) لا يصح نكاح المرتد والمرتدة لأن القصد بالنكاح الاستمتاع ولما كان دمها مهذراً ووجب قتلها فلا يتحقق الاستمتاع ، ولأن الرخصة تقتضي إبطال النكاح قبل الدخول فلا ينعقد النكاح معها كالرضاع ، ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه لا يدري هل هو رجل أم امرأة ، فإن حمل هذا الخنثى تبينا أنه امرأة ، وأن نكاحه كان باطلاً لأن الحمل دليل على الانوثة من طريق القطع (مسألة) النساء اللاتي نصر القرآن على تحريمهن أربع عشرة امرأة ، ثلاث عشرة بقوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ، والآب ، وواحدة في قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، فسيح منهن حرمت بالنسب وثلاث بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فالسبع المحرمات بالنسب : الام والبنت والاخت والعمة والحالة وبنت الاخ وبنت الاخت والآية : حرمت عليكم أمهاتكم الخ فأما الام فيحرم عقد النكاح عليها ووطنها

قال الصيمري : ومن أصحابنا من قال تحريم وطنها علم بالعقل ، وليس بشيء وسواء في التحريم الام حقيقة وهي التي ولدته ، والام مجازاً وهي جدته أم أمه وأم أبيه . وكذلك كل جد من قبل أبيه أو أمه وإن علت ، وأما البنت فتحرم عليه التي يقع عليها اسم البنت حقيقة وهي بنته اصلية ، والبنت التي يقع عليها اسم

البنات مجازاً وهي بنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت . وأما الأخت فتحرم عليه .
سواء أكانت لآب وأم أو لآب أو لأم لعموم قوله تعالى «وأخواتكم» وأما
العمة فتحرم عليه من يقع عليه اسم العمة حقيقة . وهي أخت أبيه ، سواء كانت
أخته لآب أو لأمه أو لآب أبيه أو لأمه ؛ ويحرم عليه من يقع عليها اسم العمة مجازاً
وهي أخت لجد من أجداده من قبل أبيه أو من قبل أمه .

وأما الخالة فتحرم عليه نكاح من يقع عليه اسم الخالة حقيقة . وهي أخت
أمه لآبها وأمها أو لآب أبيها أو لأمها ؛ ويحرم عليه من يقع عليها اسم الخالة مجازاً
وهي أخت كل جدة له من قبل أمه وأبيه .

وأما بنت الأخ فتحرم عليه نكاح بنت أخيه حقيقة . وهي بنت أخيه لصلبه
ويحرم عليه بنت أخيه مجازاً وهي كل من تنسب إلى أخيه بالبنوة من قبل أبنائه
وبناته وإن سفلت . وأما بنت الأخت فتحرم عليه بنت أخته حقيقة ، وهي بنت
أخته لصلبها ، ويحرم عليه بنت أخته مجازاً ، وهي كل من ينسب إلى أخته بالبنوة
من بنات أبنائها وبناتها وإن سفلت .

وهل يحرم عليه كل من وقع عليها الاسم مجازاً بالاسم أو بالقياس على من
وقع عليها الاسم حقيقة ؟ فيه وجهان . الصحيح أنه يحرم بوقوع الاسم عليها
لقوله تعالى «يا بني آدم ، وقوله تعالى «ملة أبيكم إبراهيم ، وقوله «ملة آباء
إبراهيم وإسحاق ويعقوب ، فأطلق عليهم اسم البنوة والابوة مع البعد

إذا ثبت هذا فقد عبر بعض أصحابنا عن المهرمات بالنسب فقال «يحرم على
الرجل أصوله وفصوله ، وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل بعده
وهي عبارة عن حسبه ، لأن أصوله من ينسب الرجل إليه بالبنوة ، ومن
الأمهات وفصوله من ينسب إلى الرجل بالبنوة ، وفصول أول أصوله الأخوات
وأولادهم وبنات الأخوة ، وأول فصل من كل أصل بعده المهرمات والحالات
فاحترز عن بنات المهرمات وبنات الحالات وأول فصل من كل أصل بعده .

(مسألة) وأما الاثنتان المنصوص على تحريمهما بالرضاع فالأم والأخت لقوله تعالى «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة»، فتي كان للرجل زوجة وانبت منها ابن من وطنه فأرضعت به طفلا، له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار كالولد لهما من النسب، وصارا كالوالدين له من النسب في تحريم النكاح وجواز الخلوة، ويحرم عليها نكاحه ونكاح أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا لأنه ولدتهما، ويحرم على الرضيع نكاح الأم من الرضاع الحقيقية والمجاز والأخت من الرضاع والعمة من الرضاع الحقيقية والمجاز، وبنت الأخت من الرضاع الحقيقية والمجاز على ما ذكرناه في المحرمات من النسب، لأن الله تعالى نص على السبع المحرمات بالنسب، ونص على الأم والأخت من الرضاع لينبه بهما على من تقدم ذكرهن من المحرمات والنسب. وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. وفي رواية ما يحرم من الولادة، ويقال: الرضاع بكسر الراء وفتحها، فأما الرضاعة بالهاء فيفتح الراء لا غير. والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل، لقوله تعالى «وأمهات نسائكم»، ويحرم عليه كل من يدلى إلى إمرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه في الفصل قبله، ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع، لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها، فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى. فإن بانث الأم قبل الدخول حلت له البنت، وإن دخل بالأم حرمت عليه البنت على التأبيد، لقوله تعالى «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن»، فإن لم تسكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وتحرم عليه كل من ينتسب إلى إمرأته بالبنت من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد، كما تحرم البنت وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى «وحلال أبنائكم»، وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب إليه بالبنت من

بنى الأولاد وأولاد الأولاد لما بيناه : وتحرم عليه حليلة الاب لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، وتحرم عليه حليلة كل من يدلى اليه بالأبوة من الاجداد لما ذكرناه .

ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطنه أو وطء أبيه أو ابنه في ذلك أو شبهة لأن الوطء معنى تصير به المرأة فرأشاً فتعاق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولأن الوطء في إيجاب التحريم أكد من العقد ، بدليل أن الربيعة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأييد ، فإذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى ، واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة فقال في أحد القولين هو كالوطء في التحريم لأنهما مباشرة لا تسباج إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء ، والثاني لا يحرم بها ما يحرم بالوطء ، لقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتمهن فلا جناح عليكم ، ولأنها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة ، وإن تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو بنتها أو وطنها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

(الشرح) الرابع المنصوص على تحريمهن بالمصاهرة ، فأما الزوجة والربيعة وحليلة الابن وحليلة الاب لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، وقوله تعالى وأمهات نساءكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فأما أم الزوجة فإن الرجل اذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه كل أم لها حقيقة أو مجازاً من جهة النسب أو من جهة الرضاع سواء دخل بها أو لم يدخل وبه قال العلماء كافة الا ما روى عن علي رضي الله عنه وأرضاه أنه قال : لا تحرم عليه الا بالدخول بالبنت كالربيعة ، وبه قال مجاهد .

وقال زيد : الموت يقوم مقام الدخول . دليلنا قوله تعالى وأمهات نساءكم ، والعقد عليها تدخل في اسم نساء العاقد عليها . وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي قال صلى الله عليه وسلم من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها .

وأما الربيبة فهي بنت زوجته فإذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه ابنتها حقيقة ومجازاً من النسب والرضاع ثم الجمع . فإن دخل بالأم حرمت عليه ابنتها على التأييد ، وإن ماتت الزوجة أو طلقها قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج بابنتها ، وسواء كانت الربيبة في حجره وكفأته أو لم تكن ، وبه قال عامة أهل العلم وقال داود : إنما تحرم عليه الربيبة إذا كانت في حجره وكفأته ، فإن لم تكن في حجره وكفأته لم تحرم عليه ، وإن دخل بأمها . وروى ذلك عن علي بن أبي طالب وقال زيد بن ثابت : تحرم عليه إذا دخل بأمها أو ماتت .

دليلنا ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه ابنتها .

فأما التربية فلا تأثير لها في التحريم كتربية الأجنبية ؛ وأما الآية فلم يخرج ذلك مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها ، كأن العادة أن الربيبة تكون في حجره ، وأما حليلة الإبن ، فإن الرجل إذا عقد النكاح على امرأة حرمت على أب الزوج سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل بها لقوله تعالى : وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وبالمقد عليها يقع عليها اسم الحليلة ، وسواء كان ابنه حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان ابنه من الرضاع حقيقة أو مجازاً لما ذكرناه في المحرمات من النسب .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى : وحلائل أبنائكم الآية ، فدليل خطابه يدل على أنه لا تحرم حلائل الأبناء من الرضاع . فالجواب أن دليل الخطاب إنما يكون حجة إذا لم يعارضه نص وههنا نص أقوى منه فقدم عليه ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة ، رواه أبو داود وغيره من حديث عائشة رضي الله عنها .

وأما حليلة الأب . فإن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت على ابن الزوج سواء دخل بها أو لم يدخل بها لقوله تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، ولا فرق بين الأب حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان الأب من الرضاع حقيقة أو مجازاً لما ذكرناه في المحرمات من النسب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» ، وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها ، فقال لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان بنكاح ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ، ولأنه معنى لا تصير به المرأة فرأشاً فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة ، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر ، وإن زنى بامرأة فأنت منه بائنة فقد قال الشافعى رحمه الله أكره أن يتزوجها ؛ فإن تزوجها لم أفسخ ، فمن أصحابنا من قال : إنما كره خوفاً من أن تكون منه ، فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم في زمانه لم تحل له .

ومنهم من قال : إنما كره ليخرج من الخلاف ، لأن أبا حنيفة يحرمها ، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم ، وهو الصحيح ، لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم ، كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا ، واختلف أصحابنا في المنفية باللعان ، فمنهم من قال : يجوز للملاحن نكاحها لأنها منفية عنه فهي كالبنت من الزنا ، ومنهم من قال : لا يجوز للملاحن نكاحها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، وهذا لو أقر بها ثبت النسب .

(الشرح) حديث عائشة أخرجه البيهقى فى السنن وضعفه وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، قال العلقمى : قال الدميرى : هذا يدل لمذهب الشافعى أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة حتى يجوز للزاني أن ينكح أم المزني بها ، وقد ورد فى هذا المسمى أحاديث لكل واحد منها مدلوله عند المخالفين فعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الزاني المجلود لا ينكح إلا مثله» ، رواه أحمد وأبو داود ، وقال فى الفتح رجاله ثقات .

وعن عبد الله بن عمرو ، أن رجلاً من المسلمين استأذن رسول الله (ص) فى امرأة يقال لها : أم مهزول كانت تسافح وتشتري له أن تنفق عليه فاستأذن

رسول الله صلى الله عليه وسلم أو ذكر له أمرها فقراً عليه نبى الله صلى الله عليه وسلم والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ، رواه أحمد والطبراني في الكبير والأوسط ، قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن مرثد بن أبى مرثد الغنوى كان يحمل الأسارى بمكة ، وكان بمكة بنى يقال لها عناق وكانت صديقه قال : لحنت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله أتكح عناقا؟ قال : فسكت حتى فزلت ، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ، فدعاني فقراها على وقال : لا تنكحها ، رواه أبو داود والنسائى والمنذرى وسنه . ويذكر الجمع بين الأحاديث بأن المنع لمن كانت مستمرة فى مزاوله البغاء يدل على هذا ما روى عن ابن عباس عند أبى داود والنسائى قال : جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى لا تمنع يد لامس قال : غربها ، قال : أخاف أن تتبعها نفسى قال فاستمتع بها ، قال المنذرى : ورجال إسناده يحتج بهم فى الصحيحين .

وذكر الدارقطنى أن الحسن بن واقد تفرد به عن عمارة بن أبى حفصة وأن الفضل بن موسى السينانى تفرد به عن الحسن بن واقد ، وأخرجه النسائى من حديث عبد الله بن عبيد الله بن عمير عن ابن عباس وبوب عليه فى سننه تزويج الزانية وقال : هذا الحديث ليس بثابت ، وذكر أن المرسل فيه أولى بالصواب .

وقال الإمام أحمد : لا تمنع يد لامس تعطى من ماله . قلت : فإن أبا عبيدة يقول : من الفجور ، قال ليس عندنا إلا أنها تعطى من ماله ، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليأمره بإمسأكمها وهى تفجر ، وسئل عنه ابن الاعرابى فقال : من الفجور . وقال الخطابى معناه الزانية وأنها مطاوعه لمن أرادها لا ترد يده . وعن جابر عند البيهقى بنحو حديث ابن عباس هذا ، وفى الأدلة التى ساقوها ما يمنع أن تتزوج المرأة من ظهر منه الزنا ، والرجل أن يتزوج من ظهر منها الزنا ويدل على ذلك قوله تعالى : وحرم ذلك على المؤمنين فإنه صريح فى التحريم . قال ابن رشد : اختلفوا فى قوله تعالى : وحرم ذلك على المؤمنين ، هل خرج مخرج الذم

أو مخرج التحريم ، وهل الإشارة في قوله ذلك إلى الزنا أو إلى النكاح ، قال وإنما صار الجمهور إلى حمل الآية على الذم لا على التحريم لحديث ابن عباس الذي سقناه . وقد حكى الروباني عن علي وابن عباس وابن عمر وجابر وسعيد بن المسيب وعروة والزهرى والعمرة ومالك والشافعى وربيعة وأبي ثور أنها لا تحرم على من زنى بها قوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحلال الحرام ، أخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر وحكى عن الحسن البصرى انه يحرم على الرجل نكاح من زنى بها على التأيد واستدل بالآية .

وحكى أيضاً عن قتادة وأحمد إلا إذا تابا لا ارتفاع سبب التحريم ، وأجاب عنه في البحر بأنه أراد بالآية الزانى المشرك ، واستدل بقوله تعالى : أو مشرك ، قال وهي تحرم على الفاسق المسلم بالاجماع ، ولا يخفى ما في هذا من تأويل يعطل قاعدة الآية إذ منع النكاح مع الشرك والزنا حاصل بغير الآية ، ويستلزم أيضاً امتناع عطف المشرك والمشركة على الزانى والزانية

وقال في البيان : إذا زنى بامرأة لم ينتهى به - هذا الزنا تحريم المصاهرة . فلا يحرم على الزانى نكاح المرأة التى زنى بها ولا أمها ولا ابنتها ولا تحرم الزانية على أبى الزانى ولا على أبنائه ، وكذلك إذا قبلها بشهوة حراماً ، أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة حراماً .

ثم قال وانفرد الأوزاعى وأحمد رحمة الله عليهما انه إذا لاط بغلام حرم عليه بنته وأمه . وقال أبو حنيفة : إذا قبل امرأة بشهوة حراماً أو لمسها بشهوة حراماً أو كشف عن فرجها ونظر اليه تعاق به تحريم المصاهرة . وإن قبل أم امرأته انفسخ به نكاح امرأته . وإن قبل رجل امرأة ابنه انفسخ نكاح الأب . دالنا قوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وقوله تعالى : وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً ، فأثبت تعالى الصهر فى الموضع الذى أثبت فيه النسب . فلما لم يثبت بالزنا النسب فلم يثبت به الصهر . ولحديث عائشة وابن عمر مرفوعاً عند البيهقى وابن ماجه : لا يحرم الحرام الحلال ، والعقد قبل الزنا حلال . وروى أن عمر رضى الله عنه جلد رجلاً وامرأة وحرص أن يجمع بينهما فى النكاح .

وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل زنى بامرأة وأراد ان يتزوجها فقال
يجوز ، أرايت لو سرق رجل من كرم رجل ثم ابتاعه أكان يجوز ؟
(فرع) فإن زنى بامرأة فإنته بإبنته يمكن ان تكون منه بأن تأتي بها سنة
أشهر من وقت الزنا فلا خلاف بين أهل العلم انه لا يثبت نسبها من الزانى ولا
يتوارثان ، وأما نكاحها لها فقد قال الشافعى رضى الله عنه أكره له ان يتزوجها
فإن تزوجها لم أفسخ .

واختلف أصحابنا فى العلة التى لا جملها كره للزانى ان يتزوج بها ، فمنهم من
قال إنما كره ذلك ليخرج من الخلاف ، فإن من الناس من قال لا يجوز له نكاحها
فهى هذا لو تحقق انها من مائه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم فى زمانه انها من
مائه لم يحرم عليه نكاحها ، لأن علة الكراهة حصول الاختلاف لا غير . ومنهم
من قال إنما كره له ذلك بإمكان ان يكون من مائه لأنه لم يتحقق ذلك ، فلو تحقق
انها من مائه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم فى زمانه انها من مائه لم يحز له
تزوجها ، هذا مذهبنا وبه قال مالك

وقال ابو حنيفة واحمد لا يجوز له تزويجها ، واختلف أصحاب ابى حنيفة فى
علة تحريمها ، فقال المتقدمون من أصحابه إنما حرم نكاحها لكونها ابنة من زنى
بها لا انها ابنته من الزنا ، وإنما الزنا عنده ثبت به تحريم المصاهرة على ما مضى .
فعلى هذا لا تحرم على آباءه ولا ابنته

وقال المتأخرون من أصحابه إنما حرم نكاحها لكونها مخلوقة من ماء ، فعلى هذا
تحرم على آباءه وابنته ، وهذا اصح عندهم ، دليلنا انها منفية عنه قطعاً بدليل انه
لا يثبت بينهما التوارث ولا حكم فى احكام الولادة ، فلا يحرم عليه نكاحها كلاجنبية
وان أكره رجل امرأة على الزنا فأتت منه بإبنته لحكمه - حكم ما لو طأوعت على
الزنا لأنه زنا فى حقه

(فرع) وان اتت امرأة بإبنته فنقاهما باللعان - فان كان قد دخل بالزوجه لم
يجز له التزوج بإبنتها لأنها بنت امرأة دخل بها ، وان لم يدخل بالام فهل يجوز له
نكاح الابنة ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز له تزويجها لأنها منفية عنه فهى
كالابنة من الزنا .

(والثاني) لا يجوز له تزويجها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، بدليل أنه لو أقر بها لحقته نسبتها ، والإبنة من الزنا لو عاد الزاني فأقر بنسبها لم يلحقه نسبها (فرع) وإن زنى رجل بزوجة رجل لم يفسخ نكاحها ، وبه قال عامة العلماء وقال علي بن أبي طالب : يفسخ نكاحها وبه قال الحسن البصرى . دليلنا حديث ابن عباس في الرجل الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن امرأتى لا ترد يد لامس ، وقد مضى تخريجه في أول الفصل ، فكفى الرجل عن الزنا بقوله ولا ترد يد لامس ، ولم يحكم النبي (ص) بإفساخ نكاحها

(فرع) ولو قال رجل : أنا أحيط علماً أن لى في هذه البلدة امرأة محرمة عليّ نكاحها بنسب أو رضاع أو صهر ولا أعلم عينها ، جاز له أن يتزوج من تلك البلدة لأن في المنع من ذلك مشقة ، كما لو كان في يد رجل صيد قانفت واختلط بصيد ناحية ولم يتميز ، فإنه لا يحرم على الناس أن يصطادوا من تلك الناحية . وإن اختلطت هذه المرأة بعدد محصور من النساء قل ذلك العدد أو كثر حرم عليه أن يتزوج بواحدة ممنهن ، لأنه لا مشقة عليه في اجتناب التزويج من العدد المحصور هكذا أفاده ابن الحداد المصرى من أصحابنا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم عليه أن يجمع بين أختين في النكاح لقوله عز وجل : وأن تجمعوا بين الأختين ، ولأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم ، ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولأنهما امرأتان لو كانت أحدهما ذكراً لم يحل له نكاح الأخرى ، فلم يجر الجمع بينهما في النكاح كالأختين : فإن جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها في عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست أحدهما بأولى من الأخرى فيبطل نكاحهما ، وإن تزوج أحدهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية لأنها اختصت بالتحريم : وإن تزوج أحدهما ثم طلقها — فإن كان طلاقاً بائناً — حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما في الفراش ، وإن كان رجماً لم تحل لأنها باقية على الفراش .

وان قال أخبرتن بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله في اسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها ، ويقبل قوله في جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى ، وهو مقلد فيما بينه وبينه ، فان نكح وثني وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها في عدتها لم يصح .

وقال المازني : النكاح موقوف على اسلامها ، فان لم تسلم حتى انقضت العدة صح ، كما يقف نكاحها على اسلامها . وهذا خطأ لأنها جارية الى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ، ويخالف هذا نكاحها ، فإن الموقوف هناك الحل ، والنكاح يجوز ان يقف حله ولا يقف عقده ، ولهذا يقف حل نكاح المرآة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الاسلام ، ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه احمد والشيخان واصحاب السنن الأربعة والدارقطني . قال ابن عبد البر : أكثر طرقه متواترة عنه . وزعم قوم انه تفرد به وليس كذلك . قلت : رواه احمد والبخاري والترمذي من حديث جابر . وقل البيهقي عن الشافعي : ان هذا الحديث لم يرو من وجه يشبهه أهل الحديث الا عن أبي هريرة ، وما ذكرناه من رواية جابر يدفعه . قال البيهقي : هو كما قال الشافعي قد جاء من حديث علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأنس وأبي سعيد وعائشة ، وليس فيها شيء على شرط الصحيح ، وإنما اتفقنا على اثبات حديث أبي هريرة . وأخرج البخاري رواية عامر عن الشعبي عن جابر وبين الاختلاف على الشعبي فيه ، قال والحفاظ يرون روايته عامر خطأ والرواية رواية ابن عون وداود بن أبي هند اهـ

قال الحافظ بن حجر : وهذا الاختلاف لم يقدح عند البخاري لأن الشعبي أشهر بجابر منه بأبي هريرة ، وللهديث طريق أخرى عن جابر بشرط الصحيح أخرجهما النسائي من طريق ابن أبي جريج عن أبي الزبير عن جابر وتول من نقل عنهم البيهقي تضعيف حديث جابر معارض بتصحيح الترمذي وابن حبان وغيرهما له وكفى بتخريج البخاري له موصولا قوة

قال ابن عبد البر : كان بعض أهل الحديث يزعم أنه لم يرو هذا الحديث غير
أبي هريرة ، يعنى من وجه يصح ، وكأنه لم يصح حديث الشامي عن جابر ومحمده
عن ابى هريرة والحديثان جميعاً صحيحان .

قال ابن حجر . وأما من نقل البيهقي أنهم روه من الصحابة غير هذين فقد
ذكر مثل ذلك الترمذى بقوله ، وفي الباب - لكن لم يذكر ابن مسعود ولا ابن
عباس ولا أنساً - وزاد بدلهم أبا موسى وأبا أمامة وسمرة ، قال وقع لى أيضا من
حديث أبى الدرداء ومن حديث عتاب بن أسيد ومن حديث سعد بن أبى وقاص
ومن حديث زينب امرأة ابن مسعود . قال وأحاديثهم موجودة عند ابن أبى شيبة
وأحمد وأبى داود والنسائى وابن ماجه وأبى يعلى والبخارى والطبرانى وابن حبان
وغبرهم ؛ ولولا خشية التطويل لأوردتها مفصلة . قال ولكن فى لفظ حديث
ابن عباس عند أبى داود أنه كره أن يجمع بين المرأة على العمرة والحالة وقال لأنك
إذا فعلتى قطعتن أرحامك . اهـ

وأخرج أبو داود فى المراسيل عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة ، وأخرجه
أيضا ابن أبى شيبة . وأخرج الحلال من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة
عن ابيه عن أبى بكر وعثمان أنهم كانوا يكروهون الجمع بين القرابة مخافة الضمان
ولكن الأحاديث التى مضى لنا ذكرها تدل على تحريم الجمع بين من ذكر فى حديث
ابى هريرة ، لأن ذلك هو معنى النهى حقيقة . وقد حكاه الترمذى عن عامة أهل
العلم . وقال لأنعلم بينهم اختلافا فى ذلك وكذلك حكاه الشافعى عن جميع المفتين
وقال لا اختلاف بينهم فى ذلك .

وقال ابن المنذر لست أعلم فى منع ذلك اختلافا اليوم ، وإنما قال بالجواز فرقة
من الخوارج . وهكذا حكى الإجماع القرطبي واستثنى الخوارج . قال ولا يعتد
بمخلافهم . وهكذا نقل الإجماع ابن عبد البر ولم يستثن ، ونقل الإجماع ابن حزم
واستثنى عثمان البنى . ونقله النووى فى الروضة والمنهاج واستثنى فى الروضة طائفة
من الخوارج والشيعة . ونقله ابن دقيق العيد عن جمهور العلماء ولم يعين المخالف
أما أحكام الفصل فإن المنصوص على تحريمها بالجمع فهى أخت الزوجة ،

فلا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين في النكاح ، سواء ان كانتا أختين لأب وأم أو لأب أو لأم ؛ وسواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع لقوله تعالى «وأن تجمعوا بين الأختين» الآية ؛ ولأن العادة جارية ان الرجل اذا جمع طرفتين تباغضا وتحاسدا وتبعت كل واحدة عيوب الأخرى وعوراتها ، فلو جوزنا الجمع بين الأختين لأدى ذلك إلى تباغضها وتحاسدهما فيكون في ذلك قطع الرحم بينهما ولا سبيل إليه ، وهو إجماع لا خلاف فيه ، فإن تزوجها معاً في عقد واحد لم يصح نكاح واحدة منها ، لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى ، فبطل الجمع كالأول ابتاع درهمين بدرهمين ، وان تزوج إحداهما ثم تزوج الثانية بطل نكاح الثانية دون الأولى ، لأن الجمع اختص بالثانية

(فرع) ويحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها الحقيقية والمجاز من الرضاع أو من النسب ، ويحرم عليه الجمع بين المرأة وخالتها الحقيقية والمجاز من الرضاع أو من النسب . دليلنا ما سبقناه من أحاديث بلغت حد التواتر من طرفها الأول إلى مخرجها ومدونها .

قال العمراني من أصحابنا . ولأن كل امرأتين منهما لو قلبت إحداهما ذكراً لم يجوز له ان يتزوج بالأخرى بالنسب ، فوجب ان لا يجوز الجمع بينهما في النكاح كالأختين ، ولا يجوز أن يجمع بين المرأة وخالة أمها أو عمه أمها . اهـ . ويجوز الجمع بين امرأة كانت لرجل وبين ابنة زوجها الأول من غيرهما . وقال ابن أبي ليلى «لا يجوز لأنه لو قلبت ابنة الرجل ذكراً لم يحل له نكاح امرأة ابنة فها كالأختين .

دليلنا قوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» لأنه لو قلبت امرأة الرجل ذكراً حل له نكاح الأخرى ؛ ويخالف الأختين لأنه لو قلبت كل واحدة منهما ذكراً لم يحل له الأخرى ، ويجوز ان يجمع بين المرأة وبين زوجة أبيها لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع ، وكذلك اذا تزوج رجل له ابنة - امرأة لها ابنة فيجوز لآخر ان يجمع بين ابنة - الزوج وابنة - الزوجه ، لأنه اذا جاز ان يجمع بين المرأة وبين ابنة - ضررتها لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع

وإن تزوج رجل له ابن بامرأة لها ابنة جاز لابن الزوج أن يتزوج بابنة الزوجة لما روى أن رجلا له ابن تزوج امرأة لها ابنة ففجر الغلام بالصبيبة فسألهما عمر رضى الله عنه فاعترفا لجلدهما وعرض أن يجمع بينهما ، فأبى الغلام ، ولأنه لا نسب بينهما ولا رضاع .

فان قيل : ليس الرجل لو أولد من المرأة ولداً كان أختاً له فكيف يجوز له أن يتزوج بأخت أخيه ؟ قلنا : إنه لا يجوز له التزوج بأخت نفسه ، فأما بأخت أخيه فلا يمنع منه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً من امرأته كان ولد الأب ثم ولد الإبن وخاله ، فان تزوج بامرأة وتزوج ابنة بأمها جاز ، لأن أمها محرمة على أبيه دونه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً كان ولد الأب عم ولد الإبن وولد الإبن خال ولد الأب .

(فرع) وإن تزوج بامرأة ثم طلقها وأراد أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها أو تزوج أربع نسوة وطلقهن وأراد أن ينكح أربعاً غيرهن أو طلق واحدة منهن وأراد أن يتزوج غيرها — فان كان الطلاق قبل الدخول — يصح تزويجه بلا خلاف ، لانه لا عدة له على المطلقة ، وان كان بعد الدخول — فان كان الطلاق رجعياً — لم يصح تزويجه قبل انقضاء العدة ، لان المطلقة في حكم الزوجات ، وإن كان الطلاق بائناً صح تزويجه عندما قبل انقضاء العدة ، وبه قال زيد بن ثابت رضى الله عنه والزهري ومالك .

وقال الثوري وأبو حنيفة : لا يصح ، وروى ذلك عن علي وابن عباس . دليلنا أن المطلقة بائن منه مجاز له عقد النكاح على أختها كالبائن قبل الدخول .

(فرع) قال الشافعي في الأم : فان تزوج رجل امرأة فطلقها طلاقاً رجعياً ثم قال الزوج : قد أختبرتني بانقضاء عدتها فأنكرت لم يقبل قوله في إسقاط نفقتها وكسوتها وسائر حقوقها ، لانه حق لها فلم يقبل قوله في إسقاطه ، وإن أراد أن يتزوج بأختها أو عمتها وصادقته التي تزوجها على ذلك صح تزويجه ، لأن الحق لله تعالى وهو مقدر فيما بينه وبينه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لانه إذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وان ملك أخنين فوطيء إحداهما حرمت عليه الاخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح . فان خالف ووطئها لم يعد إلى وطنها حتى تحرم الأولى ، والمستحب أن لا يوطأ الأولى حتى يستبرئ الثانية حتى لا يكون جامداً للنساء في رحم أخنين ، وإن تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة ، لأن أختها على فراشه ، وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المذكورة ، لأن فراش المشكوكه أقوى ، لانه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والايلاء واللعان . فثبت الأقوى وسقط الاضعف كذلك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة اذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح

(فصل) وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع ، لقوله تعالى «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» فنص على الام والاخت وقسنا عليهما من سواهما ، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي (ص) قال «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» .

(فصل) ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأييد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرماً في جواز النظر والخلوة ، لانها محرمة عليه على التأييد بسبب غير محرم فصار محرماً لها كالام والبنت ، ومن حرمت عليه بوطء شبهه لم يهرم محرماً لها لانها حرمت عليه بسبب غير مباح ؛ ولم تلحق بذوات المحارم والانساب

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها مضي تخريجه .

اما الاحكام : فان الشرع ساوى بين الامه والحرة في تحريم الجمع بين الاحنتين كما لا يحل له نكاحها بنسب او رضاع او مصاهرة ، لم يحل له وطؤها واسم النكاح يقع على الوطء ، ولان المقصود بمقد النكاح هو الوطء ، فاذا حرم عقد النكاح

فلأن يحرم الوطء أولى ، ويسرى على الإمام تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة
وخالتها في الوطء ، وإن كان يحمل في الملك ، لأن الاستتماع ليس غاية للملك ،
وإنما المقصود بالملك المنفعة وما ذكره المصنف فعلى وجهه .

(مسألة) إذا حرم عليه نكاح المرأة على التأييد بنكاح أو رضاع أو وطء
مباح صار محرماً لها في جواز النظر والخلو ، لأنها محرمة عليه على التأييد بسبب
غير محرم فصار محرماً لها كالأم والابنة ، وإن حرم عليه نكاحها بوطء شبهة
فهل تصير محرماً له ؟ فيه قولان حكاهما الصيمري ، المشهور أنها لا تصير محرماً له
لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح فلم يلحق بذوات الأنساب . والثاني : أنها
تصير محرماً له لأنها لما ساوت من وطئت وطئاً مباحاً في تحريم النكاح والحق النسب
من هذا الوطء ساوتها في الخلو والنظر .

(مسألة) إذا وطئ الرجل امرأة بملك صحيح أو بشبه ملك أو بشبهة عقد
نكاح أو وطئها زوجة أو أمة حرمت عليه أمهاتها وبناتها على التأييد لأنه وطء
يتعلق به لحوق النسب فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في النكاح ، ولأنه معنى
تصير به المرأة فرأشاً فتعلق به تحريم المصاهرة كعقد النكاح ، وهذا هو المشهور
من المذهب .

وحكى المسمودي قولاً آخر أنه لا يتعلق به تحريم المصاهرة بوطء شبهة ،
وليس بشيء عن أصحابنا منهم صاحب البيان وغيره .

وإن باشر امرأة دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة بأن قباها أو لمس شيئاً
من بدنها فهل يتعلق بذلك تحريم المصاهرة وتحرم عليه الريبة على التأييد ؟ فيه
قولان (أحدهما) يتعلق به التحريم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقالوا : أنه
روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وليس له مخالف في الصحابة ، ولأنه
تليذ مباشرة فتعلق به تحريم المصاهرة والريبة كالوطء ، فقولنا : تليذ احتراز
من المباشرة بغير شهوة ، وقولنا : بمباشرة احتراز من النظر .

(والثاني) لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا الريبة ، وبه قال أحمد بن حنبل
لقوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، وهذا

ليس بدخول ، ولأنه لمس لا يوجب الفسל فلم يتعلق به تحريم كالمباشرة غير شهوة
 وإن نظر إلى فرجها بشهوة لم يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تحريم الريبية . وقال
 الثوري وأبو حنيفة : يتعلق بها التحريم ؛ وحكاة المسعودي قولاً آخر للشافعي
 وليس بمشهور . داليلنا أنه نظر إلى بعض بدنهما فلم يتعلق به التحريم كالمثل
 إلى وجهها .

(فرع) وإن تزوج امرأة ثم وطئ بنتها أو أمها بشبهة أو وطئ الأب
 زوجة الابن بشبهة أو وطئ الابن زوجة الأب بشبهة انفسخ النكاح ، لأنه
 معنى يوجب تحريماً مؤبداً ، فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

إذا ثبت هذا : فإن تزوج رجل امرأة ؛ وتزوج ابنته ابنتها ، وزفت إلى كل
 منهما زوجه صاحبه ووطئها ولم يعلم ، فإن الأول لما وطئ غير زوجته منهن
 لزم لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الموطوءة من زوجها لأنها صارت فراشاً لآب
 أو ابنته ، ويجب عليه الغرم لزوجها ، لأنه حال بينه وبين بضع امرأة ، وفيما يلزمه
 قولان (أحدهما) جميع مهر المثل (والثاني) نصفه ، كالأولين فيما يلزم المرزعة
 لزوجة الرضية إذا انفسخ النكاح بالرضاع ، وينفسخ نكاح الواطئ الأول من
 زوجته لأن أمها أو ابنتها صارت فراشاً له ، فيجب عليه لامرأته نصف المسمى
 لأن الفرقة جاءت من جهته .

وأما الواطئ الثاني فيلزمه مهر المثل للتي وطئها ، ولا يجب عليه لزوجها شيء
 لأنه لم يحل بينه وبين بضعها لأن الحيلولة بينهما حصلت بوطئ الأول ، ولا يجب
 على الثاني زوجته أيضاً شيء ، لأن الفرقة بينهما جاءت من قبلها بتمكينها الأول
 من نفسها ، فإن عرف الأول منهن أو الثاني ، تعلق بوطئ كل واحدة منهما مهر
 المثل على الذي وطئها وينفسخ النكاحان ، ويجب لكل واحدة منهما على زوجها
 نصف المسمى لها ، لأننا نتيقن وجوبه فلا يسقط بالشك ولا يرجع أحدهما على
 الآخر بشيء ، لأن ذلك إنما يجب للثاني على الأول ولم يعلم الأول من الثاني ،
 ويجب على كل واحدة منهما العدة ، وإن جاءت كل واحدة بولد لولد بواطئها
 ولا حد على أحدهما وهذا إن كان الواطئ والموطوءة جاهلين بالتحريم ، وإن

كانت جاهلة وهو عالم بالتحريم ثبت لها المهر ولا حد عليها ولا يجب عليها عدة ، ولا يلحقه النسب ، ولا يثبت بهذا الوطء تحريم المصاهرة ، ويجب على الواطئ الحد ، وان كان الواطئ جاهلاً بالتحريم والمرأة عالمة بالتحريم وجب عليها العدة ولحق النسب به وثبت به تحريم المصاهرة ولا حد عليه ولا مهر لها وعليها الحد وجوباً .

(فرع) وان تزوج رجل امرأة ثم تزوج أخرى فوطئ احداهما ثم بان أن احداهما أم الاخرى . فان نكاح الاول صحيح لانه لم يتقدمه ما يمنع صحته ، ونكاح الثانية باطل ، لان نكاح الاول يمنع نكاح الثانية .

وأما الواطئ . فان كان وطئ الاول فقد صادف وطؤه زوجته واستقر به المسمى لها ، ويفرق بينه وبين الثانية ، وتحرم عليه على التأييد ، لأنها ان كانت هي البنت فقد وطئ أمها ، وان كانت هي الام فقد عقد على بنتها ووطئها ، وان كانت الموطوءة هي الثانية وجب لها عليه مهر مثلها وانفسخ نكاح الاول وحرمت عليه على التأييد ، لأنها ثبت من وطئها بشبهة أو أمها ، ووجب عليه للأولى نصف المسمى لها لأن الفسخ من جهته ، وهل يجوز أن يتزوج الثانية الا انفراداً ؟ ينظر فيه ، فان كانت البنت جاز له أن يتزوجها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وان كانت الام لم يجز له تزويجها ، لانه قد عقد النكاح على ابنتها ، وان وطئها جميعاً ثم بان أن احداهما أم الاخرى فان وطئ اولاً المنكوحه أولاً فقد صادف وطؤه زوجته فاستقر به عليه مهر مثلها المسمى ، فلما وطئ الثانية لزم لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الاول بوطء الثانية ، ولا يسقط من مهر الاول شيء ، لان الفسخ وقع بعد الدخول .

وان وطئ اولاً المنكوحه ثانياً ثم وطئ بعدها المنكوحه أولاً ، فان لما وطئ المنكوحه ثانياً أولاً لزمه لها مهر مثلها وانفسخ بهذا الوطء نكاحه من زوجته وهي المنكوحه أولاً ولزمه لها نصف المهر المسمى ، فاذا وطئ المنكوحه أولاً بعد ذلك لزمه بهذا الوطء مهر مثلها ، وان اشكل الامر فلم يعلم المنكوحه أولاً من المنكوحه ثانياً ، ووطئ احداهما ، وقف عنهما لجواز ان تكونا محرمتين عليه على التأييد ، فان كانت المرطوءة تعلم عنهما وجب لها اقل الامرين من مهر

المثل أو المسمى لها لأنها تستحق ذلك بيقين ، لأنها إن كانت هي المنكوحة أولاً فلما المسمى ، وإن كانت هي المنكوحة ثانياً فلها مهر المثل وتوقف الزيادة حتى تتبين ، وإن كانت الموطوءة أيضاً مشكلة وقف أقل المهرين بينهما حتى يتبين أو يصطلحا . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار ، كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام ، لقوله تعالى « ولا تتكفروا بالمشركات حتى يؤمنن » ، ويحرم عليه أن يظا إمامهم بملك اليمين ، لأن كل صنف حرم وطء حرأثم بعقد النكاح حرم وطء إمامهم بملك اليمين كالأخوات والعمات ، ويحل له نكاح حرأثر أهل الكتاب ، وهم اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل لقوله تعالى « وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم ، ولأن الصحابة رضى الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة ، فتزوج عثمان رضى الله عنه نائلة بنت الفرائصة الكلبية وهي نصرانية وأسلمت عنده ، وتزوج حذيفة رضى الله عنه بيهودية من أهل المدائن ، وسئل جابر رضى الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال « تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص ، ويحل له وطء إمامهم بملك اليمين ، لأن كل جنس حل نكاح حرأثم حل وطء إمامهم كالمسلمين ، ويكره أن يتزوج حرأثم وأن يظا إمامهم بملك اليمين ؛ لأننا لا نأمن أن يميل إليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها ، فإن كانت حربية فالسكراهية أشد ، لأنه لا يؤمن ما ذكرناه ، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ، ولأنه لا يؤمن أن يسبي ولده منها فيسترق .

(فصل) وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب ، كمن يؤمن بزور داود عليه السلام وصحف شيث ، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرأثم ولا أن يظا إمامهم بملك اليمين لأنه قيل أن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وإنما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التي نزل بها على النبي صلى الله عليه وسلم

من غير القرآن ، وقيل ان الذي معهم ليس بأحكام وإنما هي مواعظ ؛ والدليل عليه قوله تعالى : « إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ، ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرثهم ولا أن يطاء امامهم بملك اليمين لأنهم دخلوا في دين باطل فهم ، كن ارتد من المسلمين ، ومن دخل في يوم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغاب وبهراء لم يحل نكاح حرثهم ولا وطء امامهم بملك اليمين ، لان الاصل في الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وأهل الكتاب الذين يحل نكاحهم اليهود والنصارى دون المجوس ، وجملة ذلك أن المشركين على ثلاثه أضرب : ضرب لهم كتاب وضرب لا كتاب لهم ولا شبهة ، وضرب لهم شبهة كتاب ، فاما الضرب الذين لهم كتاب فاليهود والنصارى ؛ وليس بين أهل العلم اختلاف في حرث أهل الكتاب .

ومن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم . قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الاوائل أنه حرم ذلك . وروى الحلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلبي وأذينة العبد تزوجوا نساء من أهل الكتاب ، وبه قال سائر أهل العلم ، وحرمة الامامية تمسكاً بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بهنم الكوافر »

دليلنا قوله تعالى : « يستلونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات - الى قوله تعالى - والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم ، قال ابن عباس : هذه الآية نسخت قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » لان المائدة نزلت بعد البقرة ، وقد نكح عثمان نصرانيه ، ونكح حذيفة يهوديه ، وسئل جابر ابن عبد الله عن نكاح المسلم اليهوديه والنصرانيه فقال : تزوجناهن بالكوفة عام الفتح ، يعني فتح العراق ، اذ لم نجد مسلماً ، فلما انصر فطنا طلقناهن ، نساؤهم حل لنا ونساؤنا يحرم عليهم .

وأما من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب فهم عبدة الاوثان : وهم قوم يعبدون

ما يستحسنون من حجر وحيوان وشمس وقر و نار وأنهار وأشجار ولا يجوز إقرارهم على دينهم ولا يجوز نكاح حرائرهم، وإن ملكت منهم أمة لم يحل وطؤها، ملك البزاة وله تعالى، ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، وقوله تعالى، ولا تمسكوا بهنم الكوافر، فيحرم نكاح المشركات ثم نسخ منه نكاح أهل الذمة على قول من يجعل الاستثناء من العام نسخاً في قدره، وبقي الباقي منهم على عموم التحريم

وأما من لهم شبهة كتاب وهم المجوس - ولا خلاف أنه ليس لهم كتاب موجود - وهل كان لهم كتاب ثم رفع؟ فيه قولان يأتيان في موضعهما إن شاء الله إذا ثبت هذا فيجوز إقرارهم على دينهم ببذل الجزية، ولا يحل نكاح حرائرهم. وحكى عن أبي إسحاق المروزي أنه قال: إذا قلنا إن لهم كتاباً حل نكاح حرائرهم والأول هو المذهب. وقد ذهب ابن حزم إلى جواز نكاح حرائرهم في كتابه الفصل في الملل والأهواء والنحل بناء على وجوب الجزية عليهم، وهو أخذ بالقياس الذي يرفضه ويحمل عليه في جميع كتبه التي تدور كلها على ذم القياس وتزييفه ودحضه.

ودليلنا قوله تعالى، ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، وقوله تعالى، ولا تمسكوا بهنم الكوافر، وهذا عام في كل مشركة إلا ما قام عليه دليل وهو أهل الكتاب، وهؤلاء غير متمسكين بكتاب فلم تحل منا كحتمهم. وقال إبراهيم الحربي روى عن بضعة عشر نفساً من الصحابة رضی الله عنهم أنهم قالوا: لا يحل لنا نكاح نسائهم. وقال أبو ثور: يحل لنا نكاح حرائرهم قياساً على الجزية. وقد قلنا إن هؤلاء ليسوا أهل كتاب فلم تحل منا كحتمهم ولا أكل ذبائحهم كعبدة الأوثان. وأما قول أبي إسحاق من أصحابنا وأبي ثور من الفقهاء فغير صحيح، لأنه لو جاز نكاحهم على القول بأن لهم كتاباً لحل قتالهم على القول الذي يقول: لا كتاب لهم. هكذا أكاده العمراني في البيان

(فرع) فأما المتمسكون بالكتب التي نزلت على الأنبياء صلوات الله عليهم كمن تمسك بصحف إبراهيم وزبور داود وشيث عليهم السلام، فلا يحل نكاحهم ولا وطء الأماء منهم بملك اليمين، ولا يحل أكل ذبائحهم؛ وعلل الشافعي رضي الله عنه ذلك بعلمين إحداهما أن تلك الكتب ليس فيها أحكام، وإنما هي

مواظف فلم تثبت لها حرمة . والثانية : أنها ليست من كلام الله سبحانه وتعالى ، وإنما كانت وحياً منه وقد يوحى ما ليس بقرآن كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أتاني جبريل يأمرني أن أجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، ولم يكن ذلك قرآناً وكلاماً من الله تعالى ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وأقاده العمراني .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا في السامرة والصابئين ، فقال أبو إسحاق : السامرة من اليهود والصابئون من النصارى ، واسمى القاهر أبا سعيد الاصطخري في الصابئين فأقنى بقتلهم لانهم يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة ، والمذهب أنهم ان وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والايان بالكتب كانوا منهم ، وان خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الاوثان . واختلفوا في المجوس ، فقال أبو ثور يحل نكاحهم لانهم يقرون على دينهم بالجزيه كاليهود والنصارى .

وقال أبو إسحاق : ان قلنا انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء اماتهم والمذهب انه لا يحل لانهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الاوثان . وأما حقن الدم فلان لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضى الحقن وفي البضع تقتضى الحظر . وأما ما قال أبو إسحاق فلا يصح لانه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر .

(فصل) ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابه لان الولد من قبيلة الاب ولهذا ينسب اليه ويشرف بشرفه ، فكأن حكمه في النكاح حكمه ، ومن ولد بين كتابي ووثنيه ففيه قولان (أحدهما) أنها لا تحرم عليه ، لانها من قبيلة الاب ، والاب من أهل الكتاب (والثاني) أنها تحرم لانها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسيه .

(الشرح) الاحكام : السامرة والصابئون . قال الشافعي رضى الله عنه في موضع : السامرة صنف من اليهود ، والصابئون صنف من النصارى ، وتوقف الشافعي رضى الله عنه في موضع آخر في حكمهم ، فقال أبو إسحاق : انما توقف

في حكمهم قبل أن يتيقن أمرهم ، فلما تيقن أمرهم الحقهم بهم . وحكى أن القاهر العباسي استفتى في الصابئة فأفتاه أبو سعيد الاصطخري أنهم ليسوا من أهل الكتاب . لأنهم يقولون : إن الفلك حى ناطق ، وإن الأنجم السبعة آلهة ، وهما الشمس والقمر والمشترى (جوبتير) وزحل والمريخ وزهرة وعطارد ، فألقى بضرب رقابهم لجمعهم القاهر ليقتلهم فبدلوا له مالا كثيراً فتركهم . ودؤلاه يتفقون مع قدماء اليونان في عبادة الزهرة والمريخ ، وفيئوس إله الجمال واكوس إله النبيذ وجوبتير ، أما السامريون فيقال أنهم أصحاب موسى السامري وقبيله . وهم يقطعون نابلس من أرض فلسطين - كشف الله البلاء عنها وأزاح غمها ، وفرج الكرب الملة ، والنسكيات المدلهمة التي حاقت بالقدس الشريف

وعليتنا أن ننظر في أمر الفريقيين فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصول دينهم فليسوا منهم ، وإن كانوا يوافقونهم - ولا أظن الصابئين يوافقونهم في أصول دينهم ويخالفونهم في الفروع فهم منهم ، كما أن المسلمين مله واحدة لا تفاقم في أصول الدين ، وإن اختلفوا في الفروع

وقال المقرئى : اعلم أن طائفة السمرة ليسوا من بنى إسرائيل البنية ، وإنما هم قوم قدموا من المشرق وسكنوا بلاد الشام وتهودوا ، الى أن قال : وعرفوا بين الأمم بالسامرة لسكنائهم بمدينة شمرن ، وشمرن هذه هي مدينة نابلس .
(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا أكره نساء أهل الحرب الاثلاثين مسلماً عن دينه ، وجملة ذلك أن الحربية من أهل الكتاب يجوز نكاحها اعتباراً بالكتاب دون الدار .

إذا ثبت هذا فإنه يكره للمسلمين نكاح الكتابية بكل حال ، لأنه لا يؤمن أن تفتنه عن دينه ، أو تززع عقيدة أبنائه منها وإطالمار أبنائه ما حدين وخونة وعملاء يرجع سبب ذلك الى تأثرهم بأموالهم غير المسلمين أو خاطائهم من بطون على الاسلام كشحا ، ولا يودون لأمتهم عزاً ، فيزلزون المثل الرفيعه في ضمائر هؤلاء المنفرنجين ، فينقلبون حرباً على أمتهم وعلى عقائدها وشرائعها ، وقد كثرت جرائم هذا الصنف من الزواج الغر الجمول حتى نقشت مضاره فمدت - كرهه -

مصر قانونا يحظر الزواج من هؤلاء الاجنبيات على ضباط القوات المسلحة ،
وعلى رجال السلك الدبلوماسي من السفراء والقناصل والمفوضين ومن الهم حتى
لا تتسرب أسرارنا الى العدو ، وهذا يدل على بعد نظر الإمام الشافعي رضي الله
عنه ودقته فهمة وقوة اجتهاده حين كره ذلك لجميع أفراد الامه ولم يفرق بين فئه
وأخرى ، لان كل مسلم على ثغرة من ثغور الإسلام

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية لقوله تعالى : ومن لم يستطع
منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ،
ولأنها ان كانت لكافر استرق ولده منها ، وان كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من
كافر فيسترق ولده منها

وأما الأمة المسلمة فإنه ان كان الزوج حراً نظرت فإن لم يخش العنت وهو
الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات
المؤمنات فيما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ، الى قوله عز وجل : ذلك لمن خشي
العنت منكم ، فدل على انها لا تحل لمن لم يخش العنت ، وان خشي العنت ولم
تكن عنده حرة ولا يحد طولا ، وهو ما يتزوج به حرة ، ولا ما يشتري به أمة
جاز له نكاحها للابية ، وان وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة
لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما ملكت
أيمانكم ، فدل على أنه اذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الأمة ،
وان وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح
المحصنات المؤمنات فيما ملكت أيمانكم ، وهذا غير مستطع أن ينكح
المحصنات المؤمنات (والثاني) لا يجوز ، وهو الصحيح ، لقوله تعالى : ذلك لمن
خشى العنت منكم ، وهذا لا يخشى العنت . وان كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها
لصغر أو لرتق أو اضنى من مرض ففيه وجهان

(أحدهما) يحل له نكاح الأمة ، لأنه يخشى العنت .

(والثاني) لا يحل ، لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة ، والصحيح هو الاول ، فان لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشى العنت فنزوح أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة . وقال المزني إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة ، لأن شرط الإباحة قد زال ، وهذا خطأ ، لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كالمو أمن العنت بعد العقد ، وإن كان الزوج عبداً حل له نكاح الأمة : وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر

(فصل) ويحرم على العبد نكاح مولاته ، لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق ، والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب ، والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة ، والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة ، وإن تزوج العبد حرة ثم اشتترته انفسخ النكاح ، لأن ملك اليمين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة ، فأسقط النكاح ، ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لأن النكاح بوجوب المرأة حقوقاً يمنع منها ملك اليمين فيبطل ، وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشتترته .

(فصل) ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ، فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبطل النكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاء فكان كملكه في إبطال النكاح (والثاني) لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح .

(الشرح) لا يجوز للحر المسلم نكاح الأمة المشركة سواء كانت وثنية أو كناية وقال أبو حنيفة يجوز له نكاح الأمة الكنايية ، دليلنا قوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيماكم من فتياتكم المؤمنات ، الآية ، فدل على أنه لا يجوز نكاح الفتيات غير المؤمنات ، ويجوز للحر المسلم أن ينكح الأمة المسلمة بشرطين .

(أحدهما) أن يكون عادما للطبوع وهو مهر حرة المحصنة . والمحصنات هنا هن الحرائر ولو كن أبكاراً ، والمحصنات أيضاً المزوجات والمحصنات العفائف ، أحصنت المرأة عفت عن الزنا ، وكل امرأة عفيفة محصنة ومحصنة ، وكل امرأة مزوجة محصنة بالفتح فقط ، والحصان بفتح الحاء المرأة العفيفة ، ولعل اللفظ مأخوذ في الأصل من الحصن وهو المكان الذي لا يقدر عليه لارتفاعه ، وحصن بالضم حصانة فهو حصين ، والحصان بالكسر الفرس العتيق ، ولعله سمي بذلك لأن ظهره كالحصن لصاحبه . وقيل إنه صن بمائه فلم ينز إلا على كريمة . ومن هذه المادة كان إذا أصاب الحر البالغ امرأته أو أصيبت الحرة البالغة بنكاح فهو إحصان في الإسلام والشرك ، والمراد في نكاح صحيح ، واسم الفاعل من أحصن إذا تزوج محصن بالفتح على غير قياس والمرأة محصنة أيضاً على غير قياس ، ولذا قال تعالى : المحصنات ،

(والثاني) أن يكون خائفاً من العنت ، والعنت الخطأ وأيضاً المشقة ، يقال أكمة عنوت أى شاقة . قال تعالى : عزيز عليه ما عنتم ، وقال : ودوا ما عنتم ، ومعناه هنا الفجور أو الوقوع في المشقة المفضية إلى الزنا ، فإن خاف العنت أو لم يستطع الطول جازله أن ينكح الأمة المسلمة ، وبه قال ابن عباس وجابر رضي الله عنهم . ومن التابعين الحسن وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار والزهرى ، ومن الفقهاء مالك والأوزاعي

وقال أبو حنيفة : إذا لم يكن تحته حرة حل له نكاح الأمة وإن لم يخف العنت سواء كان قادراً على صداق حرة أو غير قادر ، وقال الثوري وأبو يوسف : إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة ، وإن لم يعدم الطول . وقال عثمان البتي : يجوز له أن يتزوج الأمة بكل حال كالحرة

دلينا قوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ، إلى قوله : ذلك لمن خشي العنت منكم ، فلم يجوز نكاحها إلا مع وجود الشرطين ، فإن وجد مهر حرة مسلمة لم يجوز له نكاح الأمة للآية . وإن كان مجنوناً لم يحل له نكاح الأمة لأنه لا يخاف الزنا ، وإن كان

فإذا أطول حرة مسلمة رخانفا للعنت فأقرضه رجل مهر حرة أو رضيت الحرة
 بنأخير الصداق عليه حل له نكاح الأمه ، لأن عليه مهررا بتعاق الدين بدمته ،
 وإن بذل له رجل هبة الصداق حل له نكاح الأمه لأن عليها منه في ذلك ،
 وإن وجد طول حرة مسلمة إلا أنه لا يتزوج اقصور نسبه أو لم يزوجه أهل
 البلد إلا بأكثر من مهر المثل فله أن يتزوج أمه لأنه غير قادر على حرة مسامه ،
 ووجود الشيء بأكثر من ثمن مثله بمنزلة عدمه ، وإن رضيت الحرة بدون مهر
 المثل وهو واجد له فهل له أن يتزوج أمه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي ، وإن
 كان تحته حرة صغيرة لا يقدر على وطئها ، أو تحته كبيرة مريضه أو غائبه لا يصل
 فهل له أن يتزوج أمه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له نكاح الأمه ، لأن الله
 تعالى شرط في نكاحها أن لا يستطيع نكاح المحصنات المؤمنات والشرط موجود
 (والثاني) لا يجوز له وهو الأصح لأنه لا يخاف العنت

(مسألة) لا يصح نكاح العبد لمولاته لتناقض أحكام الملك والنكاح في النفقة
 والسفر ، لأن العبد مستحق النفقة عليها وهي مستحقة النفقة عليه ، والمرأة
 أن تسافر بعبدها إلى أي بلد تشاء ، وللزوج أن يسافر بزوجه إلى أي بلد يشاء ،
 فلو صححنا نكاحه لمولاته لتناقضت الأحكام في ذلك ، فإن تزوج حرة ثم ماكنه
 انفسخ نكاحها منه لأن حكم ملك اليمين أقوى من النكاح . ولا يصح للرجل أن
 ينكح جاريته ولده لصلبه ، ولا ولد ولده وإن سفل لأن اه شبهه في ماله بدليل
 أنه يجب عليه إعفائه فصارت كجاريته - نفسه ، وفي أحكام هذه الأصول فروع
 كثيرة اجتزأنا بأحراها بنظرة الاسلام الى ظاهرة الرق لندعم بها ما أقررنا في أول
 أبواب العتق . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ، ولا تمزوا عقدة
 النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، ولأن العدة وجبت لحفظ النسب ، فلو جوزنا
 فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود ، ويكره نكاح المراتية بالحمل بعد انقضاء
 العدة ، لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا من غيره ، فإن تزوجها ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة (والثاني) وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح، وهو الصحيح، لأنها ريبه حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح، ويجوز نكاح الحامل من الرضا لأن حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه.

(الشرح) الاحكام: لا يصح نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ولا تمزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، فالعزم على الشيء وعزمه عزما من باب ضرب عقد ضميره على فعله، والمعنى هنا لا تمزوا على عقدة النكاح في العدة، لأن العزم عليه بعدها لا بأس به، ثم حذف على. قال سيبويه: والحذف في هذه الآية لا يقاس عليه

قال النحاس: يجوز أن يكون المعنى ولا يعقدوا عقدة النكاح، لأن معنى تمزوا وتعقدوا واحد قيل إن العزم على الفعل يتقدمه فيكون في هذا النهى مبالغة، لأنه إذا نهى عن المتقدم على الشيء كان النهى عن ذلك الشيء بالاولى وحتى هنا غاية للنهى، وبلغ الكتاب أجله كتابة عن انقضاء العدة، والكتاب هنا هو الحد والقدر الذي رسم من المدة سماه كتاباً لكونه محدوداً ومفروضاً. كقوله تعالى إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً، والمراد بالأجل آخر مدة العدة.

وإن ارتابت بالحمل بأن بان أمارات الحمل وشكك هل هو حمل أو لا؟ فإن حدثت لها هذه الريبة قبل انقضاء العدة: ثم انقضت عدتها بالاقراء أو بالشهور والريبة باقية لم يصح نكاحها لأنها تشك في خروجها من العدة والاصل بقاؤها. وإن انقضت عدتها من غير ريبة فتزوجت ثم حدثت لها ريبة بالحمل لم تؤثر هذه الريبة، لأن النكاح قد صح في الظاهر. وإن انقضت عدتها بالشهور أو بالاقراء ثم حدثت لها ريبة بالحمل فيكره نكاحها، فإن تزوجها رجل فهل يصح؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت بها ريبه قبل انقضاء العدة ثم انقضت عدتها وهي مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها

كذلك هذا مثله (والثاني) يصح نكاحها وهو المذهب لأنها ربيبة حدثت بعد
انقضاء عدتها فلم تؤثر كما لو نكحت بعد انقضاء العدة ثم حدثت الربيه
(فرع) إذا زنت المرأة لم يجب عليها العدة ، سواء كانت حائلا أو حاملا ،
فإن كانت حائلا جاز للزاني ولغيره عقد النكاح عليها وإن حامت من الزنا فيكره
نكاحها قبل وضع الحمل ، وهو أحد الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه وذهب
ربيعة ومالك والثوري وأحمد وإسحاق رضي الله عنهم إلى أن الزانية يلزمها العدة
كالموطوءة بشبهه ، فإن كانت حائلا اعتدت ثلاثه أقراء ، وإن كانت حاملا
اعتدت بوضع الحمل ، ولا يصح نكاحها قبل وضع الحمل
قال مالك رضي الله عنه : إذا تزوج امرأة ولم يعلم أنها زانية ثم علم أنها حامل
من زنا فإنه يفارقها ، فإن كان قد وطئها لزمه مهر المثل وقال ربيعة : يفارقها
ولا مهر عليه . وذهب ابن سيرين وأبو يوسف رضي الله عنهما إلى أنها إن
كانت حائلا فلا عدة عليها ، وإن كانت حاملا لم يصح عقد النكاح عليها حتى تضع
وهي الرواية الأخرى عن أبي حنيفة .

دليلنا قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وقوله صلى الله عليه وسلم
« لا يحرم الحرام الحلال ، والعقد على الزانية كان حلالا قبل الزنا وقبل الحمل
فلا يحرمه الزنا .

وروى أن رجلا كان له ابن تزوج امرأة لها ابنة فقجر الغلام بالصبيه ،
فسألهما عمر رضي الله عنه فأقرا لجلدهما وحرص أن يجمع بينهما بالنكاح فأبى الغلام
ولم ير عمر رضي الله عنه انقضاء العدة ، ولم يذكر عليه أحد ، فدل على أنه اجماع
ولأنه وطئ لا يلحق بالنسب ، أو حمل لا يلحق بأحد فلم يمنع صحته النكاح
كما لو لم يوجد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة ، لقوله تعالى
« فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، وروى عبد الله بن عمر

رضي الله عنهما ، أن غيلان بن سلمة أسلم وثمته عشر نسوة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : خذ منهن أربعاً ، ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثرهن امرأتين . وقال أبو ثور : يحل له أن يجمع بين أربع ، وهذا خطأ لما روى أن عمر رضي الله عنه خطب وقال : من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء ، فقال رجل أنا ، فقال كم ؟ قال اثنتان ، فسكت عمر ، وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهما

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد وابن ماجه والترمذي من طريق الزهري عن سالم عن أبيه ، وأخرجه الشافعي عن الثقة عن معمر عن الزهري بإسناده المذكور . وأخرجه أيضا ابن حبان والحاكم وصحاحه . وزاد أحمد في رواية : فلما كان في عم سعد عمر طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فباع ذلك عمر فقال : إني لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه في نفسك ، وأملك لا تمكث إلا قليلا ، وأيم الله لنراجعن نساءك ولنرجعن مالك أو لأورثن منك ولأمرن بقبرك أن يرجم كما رجم قبر أبي رغال .

قال البزار : جوده معمر بالبصرة وأفسده باليمن

وحكى الترمذي عن البخاري أنه قال : هذا الحديث غير محفوظ . قال البخاري : وأما حديث الزهري عن سالم عن أبيه فإنه هو أن رجلا من ثقيف طلق نساءه فقال له عمر : اتراجعن نساءك أو لأرجنك . وحكم أبو حاتم وأبو زرعة بأن المرسل أصح . وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة . قال فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة حكمت له بالصحة وقد أخذ ابن حبان والحاكم والبيهقي بظاهر الحكم فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل الإمامة عنه

قال الحافظ بن حجر : ولا يفيد ذلك شيئا فإن هؤلاء كلهم إنما سمعوا منه بالبصرة ، وعلى تقدير أنهم سمعوا منه بغيرها فحديثه الذي حدث به في غير بلده مضطرب ، لأنه كان يحدث في بلده من كتبه على الصحة . وأما إذا رحل فحدث من حفظه بأشياء ، اتفق على ذلك أهل العلم كابن المديني والبخاري

وابن أبي حاتم ويعقوب بن شيبه وغيرهم ، وحكى الأثر عن أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه ، وأعله بتفرد معمر في وصله وتحديثه به في غير بلده . وقال ابن عبد البر طريقة كلها معلولة ، وقد أطال الدارقطني في العمل تخريج طريقة ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهري مرسلاً ، ورواه عبد الرزاق عن معمر كذلك ، وقد وافق معمر على وصله بمركنيز السقاء عن الزهري ولكنه ضعيف وكذا وصله يحيى بن سلام عن مالك ويحيى ضعيف جداً ، وأما الزيادة التي رواها أحمد عن عمر فأخرجها أيضاً النسائي والدارقطني ، قال الحافظ ابن حجر وإسناده ثقات وهذا الموقوف على عمر هو الذي حكى البخاري بصحته وقد توبع الحديث بما رواه أبو داود وابن ماجه عن قيس بن الحرث قال : أسلمت وعندى ثمان نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : اختر منهن أربعاً ، وفي رواية الحرث بن قيس ، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى : وقد ضعفه غير واحد من الأئمة ، وقد توبع أيضاً بما روى عن عروة بن مسعود وصفوان بن أمية عند البيهقي ، وقد استدلل جمهور أهل العلم بهذه الأخبار على تحريم الزيادة على أربع

وذهبت الظاهرية إلى أنه يحل للرجل أن يتزوج تسعاً ، ووجههم قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) وبمجموع ذلك لا باعتبار ما فيه من العدل تسع . وقد أخطأ الشوكاني في عزو ذلك إلى ابن الصباغ والعمراتي وبعض الشيعة ، والصحيح أن ابن الصباغ والعمراتي رداً على القائلين بهذا كإقاسم بن إبراهيم وبعض الشيعة وبعض الظاهرية ، وحاشا لبعض أصحابنا من الفحول أن يذهبوا إلى حل أكثر من أربع ، ونحن نعتمد في شرح هذا السفر على أقوال ابن الصباغ والعمراتي وغيرهما من أصحابنا ، ولم نجد لأحد منهم الذهاب إلى هذا المذهب

وأما خبر عمر فقد أخرج الدارقطني بسنده إلى عمر رضى الله عنه قال : ينكح العبد امرأتين ويطلق تطلقتهن وتعند الأمة حبيبتين ، وقد روى البيهقي وابن أبي شيبه من طريق الحكم بن عتيبة أنه أجمع الصحابة على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين .

وقال الشافعي بعد أن روى ذلك عن علي وعمر وعبد الرحمن بن عوف أنه

لا يعرف لهم من الصحابة مخالف . وأخرجه ابن أبي شيبة عن جماهير التابعين
عطاء والشعبي والحسن وغيرهم .

ويؤخذ من هذا الفصل الرد على القائمين بإباحة التزويج بأكثر من أربع لأن
الأحاديث التي سبقناها تنتمض إلى درجة الحسن الذي ينتمض حجة للعمل به ،
ويجاب على استدلالهم بزواج النبي صلى الله عليه وسلم بأن هذا مخصوص به ،
ويجاب عن الآية بأنه من المستساغ لغة أن تقول عن الف جاءوك : جاءني هؤلاء
مثنى مثنى أو ثلاث ، أو رباع إذا كان مجيئهم اثنين اثنين أو ثلاثة ثلاثة أو أربعة
أربعة ، ويؤيد ذلك كون الأصل في الفروج الحرمة ، كما صرح به الخطابي ، فلا
يجوز الإقدام على شيء منه إلا بدليل . وإيضاً هذا الخلاف مسبوق بالإجماع
على عدم جواز الزيادة على الأربع كما صرح بذلك في البحر
وقال في الفتح : اتفق العلماء على أن من خصائصه صلى الله عليه وسلم الزيادة
على أربع نسوة يجمع بينهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز نكاح الشغار ، وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته
من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته ؛ ويكون يضع كل واحدة منهما صداقا
للأخرى ، لما روى ابن عمر رضی الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر
ابنته وليس بينهما صداق ، ولأنه اشترك في البضع بيته وبين غيره فبطل العقد ،
كما لو زوج ابنته من رجلين .

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان ، لأنه لم يحصل
التشريك في البضع ، وإنما حصل الفساد في الصداق ، وهو أنه جعل الصداق أن
يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح . وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن
تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل ، لأن الفساد في الصداق
وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته ، فأشبهه المسئلة قبلها . وإن قال زوجتك ابنتي

بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صدقا للأخرى
ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن الشغار هو الخالي من الصداق ، وههنا لم يخل
من الصداق (والثاني) لا يصح وهو المذهب ، لأن المبطل هو التثريب في
البضع ، وقد اشترك في البضع

(الشرح) حديث ابن عمر رواه عنه نافع وأخرجه الشيخان وأصحاب السنن
الأربعة وأحمد في مسنده والدارقطني ، ولم يذكر الترمذي ما ورد من تفسير
الشغار . وأبو داود جعله من كلام نافع ، وهو كذلك في رواية عند أحمد والشيخين
وروى عن ابن عمر أيضا عند مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في
الإسلام ، وعند أحمد ومسلم أيضا عن أبي هريرة : نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي
أو زوجني أختك وأزوجك أختي ،

وأخرج أحمد وأبو داود عن عبد الرحمن بن هرم الأعرج ، أن العباس بن
عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته .
وقد كانا جعلاه صدقا ، فكتب معاوية بن أبي سفيان إلى مروان بن الحكم يأمره
بالتمريق بينهما ، وقال في كتابه : هذا الشغار الذي نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عنه ، وأخرج أحمد والذسائي والترمذي وصححه من حديث عمر بن الخطاب
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ، ومن
أنتهب فليس منا ، وروى مثل ذلك عن جابر عند مسلم

وأخرج البيهقي عن جابر أيضا نهى عن الشغار ، والشغار أن تنكح هذه
بهذه بغير صداق بضع هذه صداق هذه وبضع هذه صداق هذه ، وأخرج
عبد الرزاق عن أنس مرفوعا لا شغار في الإسلام ، والشغار أن يزوج الرجل
الرجل أخته بأخته ،

وأخرج أبو الشيخ من حديث ربحانه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
المشاغرة أن يقول زوج هذا من هذا ، وهذه من هذا بلا مهر ، وأخرج الطبراني
عن أبي بن كعب مرفوعا لا شغار ، قالوا يا رسول الله وما الشغار . قال إنكاح
المرأة بالمرأة لا صداق بينهما ،

وقال الشافعي في حديث ابن عمر ولا أدري التفسير عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك . هكذا حكى عن الشافعي البيهقي في المعرفة . قال الخطيب : تفسير الشغار ليس من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو من قول مالك . وهكذا قال غير الخطيب ، قال القرطبي : تفسير الشغار صحيح موافق لما ذكره أهل اللغة ، فإن كان مرفوعاً فهو المقصود ، وإن كان من قول الصحابي فقبول أيضاً لأنه أعلم بالمقال وأقعد بالحال

أما لغات الفصل فالكفار مادته من شجر البلد من باب قعد إذا خلا عن حافظ يمنعه ، وشجر السكلب شغراً من باب نفع رفع إحدى رجله ليبول ، وشغرت رفعت رجلها للكناح ؛ وشغرتها فعلت بها ذلك يتعدى ويلزم وقد يتعدى بالهمز فيقال أشغرتها . وقال في المصباح : وشاغر الرجل الرجل شغراً من باب قتل زوج كل واحد صاحبه حريمته على أن يضمن كل واحدة صدق الأخرى ولا مهر سوى ذلك وكانت سائغاً في الجاهلية . قيل مأخوذ من شجر البلد ، وقيل مأخوذ من شجر برجله إذا رفعها ، والشغار وزان سلام : الفارغ اهـ

قال ابن بطال : قال في الفائق : هو من قولهم شغرت بني فلان من الباب إذا أخرجتهم قال :

ونحن شغرتنا ابني نزار كأيها وكأبا بطعن مرهب متقاتل

ومنه قولهم : تفرقوا شغرت بغير ، لأنهما إذا تبذرا بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته إلى صاحبه وفارق بها إليه . وقيل سمى شغراً لخلوه عن المهر من قولهم : شغرت البلد إذا خلا عن أهله . وقال في الشامل : وقيل سمى شغراً لقبحة تشبهاً برفع السكلب رجله ليبول .

الأحكام : قال العمري في البيان : ولا يصح الشغار ، وهو أن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي أو أختي أو امرأة ابلي عليها ، على أن تزوجني ابنتك أو أمك فيكون بضع كل واحدة منهما صدقاً الأخرى ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وقال الزهري والثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يصح : ويجب مهر المثل اهـ

دليلنا ما سقناه من الأحاديث والأخبار المستفيضة ، ولأنه حصل في البضع تشريك فلم يصح العقد مع ذلك ، كما لو زوج ابنته من رجلين . وبيان التشريك

أنه جعل البضع ملكا للزوج وابنته ، لأنه إذا قال زوجتك ابنتي فقد ملك الزوج بضعها ، فإذا قال : على أن تزوجني ابنتك ، فيكون بضع كل واحدة منهما مهرا للأخرى فقد شرك ابنة الزوج في ملك بضع هذه الزوجة ، لأن الشيء إذا جعل صداقا اقتضى تملكه لمن جعل صداقا لها ، فصار التثريب حاصلًا في البضعين فلم يصح . إذا ثبت هذا فإنه إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك واقتصر على هذا فالنكاح صحيح لأنه لم يحصل في البضع تشريك ، وإنما حصل الفساد في الصداق ، وهو أنه جعل مهر ابنته أن يزوجه الآخر ابنته ففسد المهر المسمى ووجب مهر المثل . هذا نقل البغداديين من أصحابنا

وقال المسعودي : هل يصح النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكرناه (والثاني) لا يصح لأنهما لم يسميا صداقا صحيحا ، ولكن جعل عقد نكاح كل واحدة منهما صداقا للأخرى ، لأنه أخرج ذلك مخرج الصداق ، والاول هو المشهور .

وان قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون مهر كل واحدة منهما كذا وكذا ، فيصح النكاح ويبطل المهران المسميان ، ويجب لهما مهر المثل سواء اتفق المهران أو اختلفا ، لأنه لم يحصل في البضعين تشريك ، وإنما حصل الفساد في المهر لأنه شرط مع المهر تزويج ابنته فهو كما لو قال : زوجتك ابنتي بمائة على أن تبيني دارك ، فإن النكاح صحيح والمهر باطل

وان قال زوجتك ابنتي على أن تطاق زوجتك ويكون ذلك صداقا لابنتي صح النكاح ولا يلزمه أن يطاق زوجته ويجب للزوجة مهر المثل ، لأنه لم يسم لها صداقا صحيحا وان قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع ابنتك صداقا لابنتي صح النكاح الاول ولم يصح النكاح الثاني ، لأنه ملكه بضع ابنته في الابتداء من غير تشريك وشرط عليه شرطا فاسدا وهو التزويج فلم يؤثر في عقد الاولى . والثانية هي التي حصل التشريك في بضعها

وان قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع ابنتي مهرا لابنتك فالعقد على ابنة المخاطب باطل ، لأن التشريك حصل في بضعها ، والمقد على ابنة القائل صحيح لأنه لم يحصل في بضعها تشريك

وإن قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة مائة درهم صداقا للأخرى ففيه وجهان (أحدهما) أن النكاحين صحيحان ، ويجب لها مهر المثل ، لأن الشغار هو المحلل عن المهر ، وهما لم يخل عن المهر (والثاني) وهو الصحيح ، أن النكاحين باطلان ، لأن التشريك في البضع موجود مع تسمية المهر والمفسد هو التشريك . وإن قال زوجتك ابنتي وهذا الحائط فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب العدة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول : زوجتك ابنتي يوماً أو شهراً لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما ، أنه سمع أباة علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء ، فقال له علي كرم الله وجهه : إنك امرؤ تائه ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية ، ولأنه عقد يجوز مطلقاً فلم يصح مؤقتاً كالبيع ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة .

(فصل) ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحلها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد الله قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة . والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له ، وآكل الربا ومطعمه ، ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته ، فشابه نكاح المتعة .

وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلقها ففيه قولان (أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه من العلة (والثاني) أنه يصح لأن النكاح مطلق ، وإنما شرط قطعه بالطلاق فيطل الشرط وصح العقد ، فإن تزوجها واعتقد أنه باطنها إذا وطئها كره ذلك ، لما روى أبو مرزوق التجيني ، أن رجلاً أتى عثمان رضي الله عنه فقال : إن جاري طلق امرأته في غضبه ولقي شدة فأردت أن أحسب نفسي ومالي وأتزوجها ثم أبنى

بها ثم أطلقها فترجع الى زوجها الأول ، فقال له عثمان رضى الله عنه : لا تنكحها إلا بنكاح رغبة ، فإن تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، ولهذا لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه بطل ، ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل .

(فصل) وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع ، وإن شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع ، فإن شرط أن لا يطأها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « المأثمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ، فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد ، وإن كان من جهة الزوج لم يبطل ، لأن الزوج يملك الوطء ليلاً ونهاراً وله أن يترك ، فإذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلاً ونهاراً ، فإذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه ، وذلك يناقض مقصود العقد فبطل .

(الشرح) حديث على كرم الله وجهه رواه عنه ولده محمد بن الحنفية وأخرجه أحمد والبخارى ومسلم بلفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر » ، وفي رواية « ونهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية » .

وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن ابن مسعود رضى الله عنه قال « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس معنا نساء ، فقلنا ألا نخضع ؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن تنكح المرأة بالثوب الى أجل ، ثم قرأ عبد الله « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، الآية » .

وعن أبي جرة سألت ابن عباس عن متعة النساء فرخص فقال له مولى له : إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة ، فقال نعم ،

وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال : إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفه ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم

فتمحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هـ - هذه الآية ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، قال ابن عباس : فبكل فرج سواهما حرام ، رواه الترمذى .
 وفي إسناده موسى بن عبيد الربذى ، وهو ضعيف ، وقد روى الرجوع عن ابن عباس جماعة منهم ابن خلف القاضى المعروف بوكيع فى كتابه الغرر بسنده المتصل بسعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس : ما تقول فى المنعة ، فقد أكثر فيها حتى قال فيها الشاعر . قال : وما قال : قال : قال :

قلت للشيخ لما طال محبسه . يا صاح هل لك فى فتوى ابن عباس
 وهل ترى رخصة الأطراف آتية . تكون مثواك حتى مصدر الناس
 قال : وقد قال فيه الشاعر ، قلت نعم ، قال فكرهما أو نهى عنها . ورواه
 الخطابى عن سعيد قال : قد سارت بفتياك الركبان ، وقالت فيها الشعراء ، وذكر
 البيهقى فقال سبحانه الله ، والله ما بهذا أفيت وما هو إلا كالميتة لا تحل إلا اضطر
 وروى الرجوع أيضا البيهقى وأبو عوانة فى صحيحه . وقال ابن حجر بعد أن ذكر
 رجوع ابن عباس . وذكر حديث سهل بن سعد عند الترمذى بلفظ إنما رخص
 النبي صلى الله عليه وسلم فى المنعة الغربية كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك ،
 أما حديث هذيل عن عبد الله فقد أخرجه النسائى ، أخبرنا عمرو بن منصور
 حدثنا أبو نعيم عن سفیان عن أبي قيس عن هذيل عن عبد الله بلفظ المصنف ،
 وعبد الله هو ابن مسعود وفى إسناده أبو قيس وهو عبد الرحمن ثروان الأودى
 روى عن هذيل بن شرحبيل وغيره . قال عبد الله بن أحمد سألت أبى عنه فقال
 هو كذا وكذا - وحرك يده - وهو يخالف فى أحاديث . قال الحافظ الذهبى :
 خرج له البخارى حديثه عن هذيل قال : أخبر بن مسعود بقول أبى موسى فى
 ميراث ابنة وابنة ابن وأخت . وصحح الترمذى حديثه عن هذيل عن عبد الله فى
 لعن المحلل . وخرج له البخارى بالإستناد : إن أهل الجاهلية كانوا
 يسيئون . . الحديث

وأخرجه الترمذى بلفظ لعن الله المحلل والمحلل له ، ولم يذكر بقية الحديث
 من الواصلة إلى غير ما ذكرنا
 وقال الترمذى بعد ذكر الحديث : هذا حديث حسن صحيح وأبو قيس الأودى

اسمه عبد الرحمن بن ثروان ، وقد روى هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير وجه ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي (ص) منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وغيرهم ، وهو قول الفقهاء من التابعين وبه يقول سفيان الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق . قال وسعد الجارود بن معاذ يذكر عن وكيع أنه قال بهذا . وقال ينبغى أن يرمى بهذا الباب من قول أصحاب الرأي . قال جارود : قال وكيع : وقال سفيان : إذا تزوج الرجل المرأة ليحللها ثم بدا له أن يمسكها فلا يحل له أن يمسكها حتى يتزوجها بنكاح جديد . اهـ

وقد أخرج الحديث أحمد في مسنده وأخرجه ابن ماجه والدارقطني كلاهما من طريق ابن مسعود ، وقد صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري وله طريق أخرى أخرجهما عبد الرزاق . وروى عن عقبه بن عامر أن النبي (ص) قال : ألا أخبركم بالنيس المستعار . قالوا بلى يا رسول الله ، قال هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له ، أخرجه ابن ماجه والحاكم وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بالارسال . وحكى الترمذي عن البخاري أنه استنكره . وقال أبو حاتم : ذكرته ليعجبني بن بكير فأنكره إنكاراً شديداً ، وسباق أصناده في سنن ابن ماجه هكذا ، حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح المصري حدثنا أبي سمعت الليث بن سعد يقول . قال لي مشرح بن عاهان قال عقبه بن عامر فذكره ، ويحيى بن عثمان ضعيف ومشرح قد وثقه ابن معين . وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس مثله : وفي أصناده زمعة بن صالح وهو ضعيف .

وعن أبي هريرة عند أحمد وإسحاق والبيهقي والبخاري وابن أبي حاتم في العمل والترمذي في العمل ، وحسنه البخاري ، والأحاديث المذكورة تدل على تحريم التحليل ، لأن اللعن إنما يكون على ذنب عظيم . قال الحافظ بن حجر استدلو بهذا الحديث على بطلان النكاح إذا شرط الزوج أنه إذا نكحها وبانت منه أو شرط أنه يطلقها أو نحو ذلك وحملوا الحديث على ذلك ، ولا شك أن اطلاقه يشمل هذه الصورة وغيرها ، لكن روى الحاكم

والطبراني في الأوسط عن عمر أنه جاء إليه رجل فسأله عن رجل طاق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلمها لأخيه ، هل تحل الأول . قال لا إلا بنكاح رغبة . كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : وقال ابن حزم : ليس الحديث على عمومته في كل محل إذ لو كان كذلك لدخل فيه كل واهب وبائع ومزوج ، فصح أنه أراد به بعض المهملين ، وهو من أحل حراماً لغيره بلا حجة ، فتعين أن يكون ذلك فيمن شرط ذلك ، لأنهم لم يختلفوا في أن الزوج إذا لم ينو تحليمها الأول ونوت هي أنه لا يدخل في اللعن فدل على أن المعتبر الشرط اه

أما اللغات فقوله : المتعة ومادته من المتاع وهو كل ما يفتن به ، وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متعته إذا أعطيته ذلك ، ومتعة المطلقة ستاتي ومتعة الحج مضت ونكاح المتعة هو النكاح المؤقت في العقد . قال في العباب كان الرجل يشارط المرأة شرطاً على شيء إلى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلى سبيلها من غير تزويج ولا طلاق ، وقيل في قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن » المراد نكاح المتعة ، والآية محكمة والجمهور على تحريم نكاح المتعة .

وقالوا معنى قوله « فما استمتعتم » فما نكحتم على الشريطة التي في قوله تعالى « أن تبغوا بأموالكم محسنين غير مسافحين » أي عاقدين النكاح ، واستمتعتم بكذا وتمتعتم به انتفعت . وقوله « الحر الانسية » كل حيوان إنسي ما كان أيسر ، والوحشى من كل دابة الجانب الأيمن . قال الشاعر

فالت على شقّ وحشيتها وقد ربيع جانبها الأيسر

قال الأزهري ، قال أنمة اللغة ، الوحشى من جميع الحيوان غير الانسان الجانب الأيمن ، وهو الذي لا يركب منه الراكب ولا يحلب منه الحالب ، والانسي الجانب الأيسر وقد مضى له مزيد . وقوله « انك امرؤ تائه » من التيه بكسر التاء المفاضة ، والتيهاء بالفتح والمد مثله . وهي التي لا علامة فيها يمتدى بها وتاه الانسان في المفاضة يقيه تيهاً ضل عن الطريق ، وتاه يتوه توها لغة ، وقد تيهته وتوته . ومنه يستعار لمن رام أمراً فلم يصادف الصواب ، فيقال انه تائه .

وقوله «الواصلة» وصلت المرأة شعرها بشعر غيره وصلها فهي واصلة ،
 «واستوصلت» سألت أن يفعل بها ذلك ، واسم الفاعل هنا مقروننا باسم المفعول
 «الواصلة والموصولة» معناه التي تصل الشعر لغيرها ، والموصولة التي يفعل بها
 ذلك «والواشمة والموشومة» وشممت المرأة يدها من باب وعد غرزتها بإبرة
 ثم ذرت عليها النور ؛ وهو النيلج وتسميه العامة بمصر الثيلة ، وهو دخان
 الشحم ، حتى يخضر

أما الأحكام فلا يصح عندنا نكاح المتعة ، وهو أن يتزوج لمدة معلومة أو
 مجهولة بأن يقول زوجي ابتك شهرأ أو أيام الموسم ، وبه قال جميع الصحابة
 رضوان الله عليهم والتابعين والفقهاء إلا ابن جريج فإنه قال يصح . وقد ورد
 ابن جريج خطأ في نيل الأوطار بابن جرير والصواب ما ذكرنا . وقال ابن المنذر
 جاء عن الأوامل الرخصة فيها ، ولا أعلم اليوم أحداً يجيزها إلا بعض الرافضة ،
 ولا معنى يخالف كتاب الله وسنة رسوله

(قلت) ودليل المجيزين ما ثبت من إباحته صلى الله عليه وسلم لما في مواطن
 متعددة ، منها في عمرة القضاء ، كما أخرجه عبد الرزاق عن الحسن البصري وابن
 حبان عن سبرة ، ومنها في خيبر كما في حديث ابن مسعود ، ومنها عام الفتح كما في
 حديث سبرة أيضا . ومنها يوم حنين رواه النسائي من حديث علي . قال في الفتح
 ولعله تصحيف عن خيبر ، وذكره الدارقطني بلفظ حنين ، ووقع في حديث سلمة
 في عام أوطاس . قال السبيلي : وهو موافق لروايته من روى عام الفتح ، فإنها
 كانا في عام واحد ، ومنها في تبوك رواه الحازمي والبيهقي عن جابر ولكنه لم يبحها
 لهم النبي صلى الله عليه وسلم قال «خرجنا مع رسول الله (ص) إلى غزوة تبوك
 حتى إذا كنا عند الثنية مما يلي الشام جاءتنا نسوة تمتعنا بهن يهفننا برجالنا ، فسألنا
 رسول الله (ص) عنهن فأخبرناهن ، فغضب وقام فينا خطيبا ، فحمد الله وأثنى عليه
 ونهى عن المتعة ، فتوادعنا يومئذ ولم نعد ؛ ولا نعود فيها أبداً ، فلهذا
 سميت ثنية الوداع ، قال الذهبي وهذا اسناد ضعيف ، لكن عند ابن حبان من
 حديث أبي هريرة ما يشهد له .

قال ابن حجر . انه لا يصح من روايات الاذن بالمتعة شيء . بخير علة الا في

غزوة الفتح لأن الاذن في عمرة القضاء من مراسيل الحسن وكل مراسيله ضعيفة وعلى تقدير ثبوته فلعله أراد أيام خيبر ، لأن القضاء وخيبر كانا في سنة واحدة ، كالفتح وأوطاس ، وببمد كل البمد أن يقع في غزوة أوطاس بمد أن يقع التعرّيج في أيام الفتح قبلها فإنها حرمت إلى يوم القيامة

(مسألة) وأما نكاح المحلل فإن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فإنها لا تحمل له إلا بعد زوج وإصابة ، فإذا طلق امرأته وانقضت عدتها منه ثم تزوجت بآخر بعده ففيها ثلاث مسائل إحداها أن يقول : زوجتك ابنتي إلى أن تطأها أو إلى أن تحلها للأول ، فإذا أحللتها فلا نكاح بينكما ، وهذا باطل بخلاف الأحاديث في لعن المحلل والمحلل له ووصفه بالنكس المستدار ، ولأن هذا أفسد من نكاح المتعة لأنه يعقده إلى مدة مجهولة . الثانية أن يقول : زوجتك ابنتي على أنك إن وطئتها طلقتهما . أو قال تزوجتك على أني إذا أحللتك للأول طلقك ، وكان هذا الشرط بنفس العقد ففيه قولان .

(أحدهما) أن النكاح باطل لقوله صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له ، ولم يفرق

(والثاني) أن النكاح صحيح ، والشرط باطل لأن العقد وقع مطلقاً من غير توقيت ، وأنه شرط على نفسه الطلاق ولم يؤثر في النكاح ، وإنما بطل المهر ، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها .

(الثالثة) أن شرط عليه قبل النكاح أنه إذا أحللتها للأول طلقها أو تزوجها أو نوى بنفسه ذلك فعقد النكاح عقداً مطلقاً فيكره له ذلك ، فإن عقد كان العقد صحيحاً ، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه . وقال مالك والثوري والليث وأحمد والحسن والنخعي وقتادة رضي الله عنهم لا يصح

دليلنا ما روى الشافعي رضي الله عنه أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً وكان مسكيناً أعرابياً يقعد بباب المسجد ، فجاءته امرأة فقالت : هل لك في امرأة تنكحها وتبيت معها ليلة فإذا أصبحت فارقتها ؟ فقال نعم ؛ قال فكان ذلك ، فلما تزوجها قالت له المرأة إنك إذا أصبحت فسيقولون لك طلقها فلا تفعل ، فإذا لك كاترى

واذهب الى عمر رضى الله عنه ، فلما أصبح أتوه وأتوها فقالت لهم : أنتم جئتم به فسألوه أن يطلقها فأبى ، وذهب الى عمر رضى الله عنه فأخبره ، فقال له : الزم زوجتك ، وإن رابوك بريب فأتني ، وبعث الى المرأة الواسطة فنكح بها . وكان يغدو بعد ذلك ويروح على عمر رضى الله عنه في حلة ، فقال له عمر رضى الله عنه الحمد لله يا ذا الرقتين الذى رزقك حلة تغدو بها وتروح ولم ينكر أحد على عمر ، فدل على أنه إجماع .

وقال أحمد : حديث ذى الرقتين ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده الى عمر (قلت) ولعل ذا الرقتين لم يقصد التحليل ولا نواه ، وقد وافق ذلك ما اتتوه زوجته .

(فرع) عقد المصنف هذا الفصل وسيأتى فى باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب مزيد ، وجملة ما ههنا أنه ان تزوج امرأة بشرط الخيار بطل العقد لأنه لا مدخل للخيار فيه فأبطله ، فإن شرط فى العقد أنه لا يطؤها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة والحاكم عن أنس والطبرانى عن عائشة ورافع بن خديج وقد مضى فى البيوع ، فإن كان هذا الشرط من قبل الزوج لم يبطل العقد ، لأن ذلك حق له ، وإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد لأن ذلك حق عليها والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى : ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، ولما روت فاطمة بنت قيس : أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثاً ، فأرسل إليها النبي (ص) لا تسبقينى بنفسك فزوجها بأسامة رضى الله عنه ،

ويحرم التصريح بالخطبة ، لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح

فتخبر بانقضاء العدة ، والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الاخبار بانقضاء العدة ، وان خالعهما زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها ، لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالاجنبي مع الأجنبية في غير العدة ، ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه : وهل يحرم التعريض ، فيه قولان (أحدهما) يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها في العدة ، فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالجارية .

(والثاني) لا يحرم لأنها معتدة بائن ، فلم يحرم التعريض بخطبتها كما المطلقة ثلاثا ، والمتوفى عنها زوجها ، والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيها يحل وفيها يحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا في تحليله وتحريمه ، والتصريح أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه ، والتعريض أن يقول رب راغب فيك . وقال الازهرى أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ، وقال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنائز ، فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك ، فقالت قد سبقك غيرك . وبكره التعريض بالجماع لقوله تعالى ولو لکن لا تواعدوهن سرأ ، وفسر الشافعى رحمه الله السر بالجماع ، فسماه سرأ لأنه يفعل سرأ ، وأشد فيه قول امرىء القيس

ألا زعمت بسباسة اليوم أنى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى
ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف

(الشرح) حديث زواج فاطمة بنت قيس بأسامة مضى في الفصول الأولى من النكاح ، وقد رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة وبيت امرؤ القيس من قصيدة مطلعها

ألا عم صباحا أيها الظلل البالى وهل يعمن من كان في العصر الخالى
حتى قال : ألا زعمت بسباسة اليوم أنى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى
كذبت لقد أصبى على المرء عرسه وأمنع عرسى أن يزن به الخالى
وفى بعض الروايات وأن لا يحسن اللهم أمثالى ، وهى فى الدواوين المطبوعة هكذا ، إلا أن رواية الشافعى أضبط وهو الاديب الشاعر الذواقة القريب عهد

بامرئ القيس . وبسبب اسمة امرأة ، وقد فضح امرؤ القيس نفسه بتسجيل اتمام
بسبب اسمة له بضعف الباه ، وقد حدث أن طلق أم جندب لانها انحازت لعاقمة في
مقارضة بينهما في وصف الصيد فانهم باأنها له وامض ، وقد قالت له اني اكرهك
فقال ولم ؟ قالت لانك ثقيل صدرك خفيف عجزك ، سريع الإراقة بطيء الإفاقة
فلما طلقها تزوجت بعلمقة فدعى علمقة الفحل ، لانه كان أقوى على جماعها منه ،
وكان امرؤ القيس ملكا على كندة ثم سلب ملكه وفر الى الروم ومات قبل البعثة
وإطلاق السر على الجماع كإطلاق الغيب على الفرج في قوله تعالى : قالصالحات
قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ،

أما أحكام الفصل فقد روى البخارى عن ابن عباس : فيما عرضتم به من
خطبة النساء . يقول اني أريد التزويج ولو ددت أنه يسر لى امرأة صالحه ، وعن
سكينة بنت حنظله قالت : استأذن على محمد بن علي (وهو محمد الباقر بن علي
زين العابدين بن الحسين) ولم تنقض عدتي من مهلكة زوجي ، فقال قد عرفت
قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علي وهو وضعي من العرب ،
(قلت) غفر الله لك يا أبا جعفر ، إنك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبني في عدتي ؟
فقال إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي . وقد
دخل رسول الله (ص) علي أم سلمة وهي متأيمه من أبي سلمة ، فقال لقد علمت
أني رسول الله وخيرته من خلقه وموضعي من قومي ، كانت تلك خطبته ، رواه
الدارقطني من طريق عبد الرحمن بن سليمان بن الغسيل وسكينة عمته ، وهو
منقطع في خبر أم سلمة ، لأن محمدا لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم ، فن التعريض
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمه بنت قيس لا تفوتينا بنفسك

قال الزمخشري في الكشاف : التعريض أن يذكر المتكلم شيئا يدل به علي
شيء لم يذكره . واعترض علي الزمخشري بأن هذا التعريف لا يخرج المجاز ،
وأجيب بأنه لم يقصد التعريف ، ثم حقق التعريض بأنه ذكر شيء مقصود بالفظ
حقيق أو مجازي أو كناني ليبدل به علي شيء آخر لم يذكر في الكلام ، مثل أن
يذكر المجهى للتسليم ، ومراده التقاضى . فالسلام مقصود والتقاضى عرض ، أى
أميل اليه الكلام عن عرض ، أى جانب . وامتاز عن الكناية فلم يشتمل على جميع

أقسامها ، والحاصل أنهما يجتمعان ويفترقان ، فمثل : جئت لأسلم عليك كناية
وتعريض . ومثل طويل النجاد : كناية لا تعريض ، ومثل آذيتني فستعرف .
خطاباً لغير المؤذى تعريضاً بتهديد المؤذى لا كناية ، والتعريض كالتلويح والتلميح والتورية
قال الشافعي رضي الله عنه في الآية ، ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة
النساء ، الآية . قال وبلوغ الكتاب أجله - والله أعلم - انقضاء العدة قال : فيمن
في كتاب الله تعالى أن الله فرق في الحكم بين خلقه وبين أسباب الأمور وعقد
الأمور وبين إذ فرق الله تعالى ذكره بينهما أن بس لأحد الجمع بينهما وأن لا يفسد
أمر بفساد السبب إذا كان عقد الأمر صحيحاً ولا بالنية في الأمر ، ولا تفسد
الأمور إلا بفساد إن كان في عقدها لا بغيره . ألا ترى أن الله حرم أن يعقد
النكاح حتى تنقضي العدة ولم يحرم التعريض بالخطبة في العدة ، ولا أن يذكرها
وينوي نكاحها بالخطبة لها والذكر لها والنية في نكاحها - إلى أن قال - قول
الله تبارك وتعالى ، ولكن لا تواعدوهن سرا ، يعني والله تعالى أعلم جماعاً إلا
أن تقولوا قولاً معروفاً ، قولاً حسناً لا خش فيه . إلى أن قال : والتعريض الذي
أباح الله ما عدا التصريح من قول . وذلك أن يقول : رب متطلع إليك وراغب
فيك وحرص عليك ، وإنك أبحيث تحبين ، وما عليك أئمة ، وإني عليك لحرص
وفيك راغب ، وما كان في هذا المعنى مما خالف التصريح ، والتصريح أن يقول
تزوجيني إذا حللت ، أو أنا أتزوجك إذا حللت ، وما أشبه ذلك مما جاوز به
التعريض ، وكان بياناً أنه خطبة لا أنه يحتمل غير الخطبة . اهـ

وقال المسعودي هل يجوز التعريض بخطبة البائن بالثلاث . فيه قولان .
والمشهور هو الأول لحديث فاطمة بنت قيس ، ويحرم التصريح بخطبتها لأن الله
تعالى لما أباح التعريض بالخطبة دل على أنه لا يجوز التصريح بها ، ولأن التعريض
يحتمل النكاح وغيره ، والتصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحتملها الحرص
على النكاح أن تخبر بانقضاء عدتها قبل انقضائها . وأما البائن التي تحل لزوجهما متى طلقها
زوجها طائفة أو طلقتهن بمعرض أو فسخ أحدهما النكاح بعيب فيجوز لزوجهما التعريض
بخطبتها والتصريح لأنها تحل له بعقد النكاح . وأما غير زوجها فلا يحل له التصريح
بخطبتها كالبائن بالثلاث . وهل يجوز التعريض بخطبتها ، فيه قولان .

(أحدهما) يجوز له التعريض بخطبتها لأنها معتدة بأئن عن زوجها ، فهي كالبائن بالوفاة أو بالثلاث .

(والثاني) لا يجوز له لأنها تحل لزوجها في حال العدة فهي كالرجعية . قال الشافعي رضي الله عنه : وكل معتدة حل للزوج التعريض بخطبتها حل لها التعريض بإجابته ، وكل من لا يحل له التعريض بخطبتها والتصریح لم يحل لها إجابته بتعريض ولا بتصریح ، لأنه لا يحل له ما يحرم عليها ولا يحل لها ما يحرم عليه فتساويا . إذا ثبت هذا فالنصریح ما لا يحتمل غير النكاح ، مثل أن يقول : أنا أريد أن أتزوجك ، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ، والتعريض بكل كلام احتمل النكاح وغيره كأن يقول : إن الله ليسوق اليك خيراً أو رزقا كان ذلك تعريضا . هذا مذهبنا . وقال داود : لا تحل الخطبة سراً وإنما تحل علانية لقوله تعالى « ولكن لا تواعدوهن سراً ، فهذا ليس بصحيح لأن الله تعالى لم يرد بالسراً ضد الجهر ، وإنما أراد أن لا يعرض للمعتدة بالجماع ولا يصرح به مثل أن يقول : عندي جماع يصلح لمن جومعه ، ولا يكره للرجل التعريض لزوجته بالجماع ولا التصريح به لأنه لا يكره له جماعها فلأن لا يكره له ذكره أولى ، والاية وردت في المعتدات ، فإن عرض بخطبة امرأة — لا يحل له التعريض بخطبتها — أو صرح بخطبتها ثم انقضت عدتها وتزوجها صح نكاحها

وقال مالك : بينها بطلقة واحدة . دليلنا أن النكاح حادث بعد المعصية فلا تؤثر المعصية فيه ، كما لو قال لا أتزوجها إلا بعد أن أراها متجردة ، فتجردت له ثم نكحها . أو قالت لا أرضى نكاحه حتى يتجرد لي أو حتى يجامعني ، فتجرد لها أو جامعها ثم تزوجها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم على غيره خطبتها إلا أن يأذن فيه الأول ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخاطب الرجل على خطبة أخيه ، حتى يترك الخاطب الأول أو يأذن له فيخطب ، وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره ، لما روى

أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن معاوية وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصملوك لا مال له فأنكحى أسامة ،

وإن عرض له بالإجابة ففيه قولان ، قال في القديم تحرم خطبتها الحديث ابن عمر رضی الله عنه ، ولأن فيه إفساداً لما تقارب بينهما . وقال في الجديد لا تحرم لأنه لم يصرح له بالإجابة فأشبهه إذا سكت عنه ، فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح ، لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد . وبالله التوفيق

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والبخارى والنسائي . وقد روى أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يتناع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر ، وأخرج البخارى والنسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك ،

وفي لفظ للبخارى من حديث ابن عمر نهى أن يبيع بعضكم على بيع بعض أو يخطب ، وفي لفظ لأحمد من حديث الحسن بن سمره أن رسول الله (ص) نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، وقد استدل الجمهور على تحريم الخطبة على الخطبة بهذه الأحاديث الناهية وجزموا بالتحريم

وحكى النووي أن النهى فيه للتحريم بالإجماع . وقال الخطابي إن النهى ههنا للنادب وليس بنهى تحريم يبطل العقد عند أكثر الفقهاء ، قال الحافظ ولا ملازمه بين كونه للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو عندهم للتحريم ولا يبطل العقد . ولكنهم اختلفوا في شروطه ، فقالت الشافعية والخنابلة محل التحريم إذا صرح المخطوب بالإجابة أو وليها الذي أذنت له . وأما ما احتج به من حديث فاطمة بنت قيس الذي مضى تخريجه في الكفاة أن معاوية وأبا الجهم خطباها فلم يشكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك عليهما ، بل خطبها لأسامة فليس

فيه حجة كما قال النووي لاحتمال أن يكونا خطباها معاً أو لم يعلم الثاني بخطبة الاول والنبي صلى الله عليه وسلم أشار بأسامة ولم يخاطب ، وعلى تقدير أن ذلك كان خطبة فإله كان بعد ظهور رغبتهما عنها ، وظاهر حديث فاطمة أن أسامة خطبها مع معاوية وأبي الجهم فهي عند أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة : أبي داود والترمذي وابن ماجه والنسائي والدارقطني ، قالت : وقال لي رسول الله (ص) إذا حلت فأذني فآذنته فخطبها معاوية وأبو الجهم وأسامة بن زيد . الحديث ، وعن بعض المسالك لا تمتنع الخطبة إلا بعد التراضي على الصداق . ولا دليل على ذلك . وقال داود : إذا تزوجها الثاني فسخ النكاح قبل الدخول وبعده . والمالكية في ذلك قولان ، فقال بعضهم يفسخ قبله لا بعده . قال في الفتح : وحجة الجمهور أن المنهي عنه الخطبة وهي ليست شرطاً في صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة .

قال في الأم : وإن قالت امرأة لوليها زوجني من شئت أو من ترى ، حل لكل أحد خطبتها لحديث فاطمة بنت قيس قالت : طلقني زوجي أبو حفص بالشام ثلاثاً فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فأمرني أن أعتد في بيت أم مكتوم وقال : إذا حلت فأذني ، فلما انقضت عدتي أتيتها فأخبرته وقالت له إن معاوية وأبا جهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما معاوية فصالحك لا مال له : وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه ، ولكن أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت ومن يا رسول الله ؟ قال أسامة بن زيد . قلت أسامة . قال نعم أسامة . الخ الحديث

قال الشافعي رضي الله عنه ، ولم تكن فاطمة رضي الله عنها أذنت في نكاحها من معاوية ولا من أبي الجهم ؛ وإنما كانت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أن الرجلين إذا خطبا امرأة خطبها أحدهما بعد الآخر فلم ينكر النبي (ص) على الأخير منهما ثم خطبها النبي صلى الله عليه وسلم لثالث بعدهما فدل على جوازها وإن خطب رجل امرأة إلى وليها وكان ممن يخيرها فعرض له بالاجابة ، ولم يصرح مثل أن يقول أنا أستشير في ذلك ، أو أنت مرغوب فيك ، أو يشترط بشرائط العقد مثل تقديم المهر وغيره ، فهل يحرم على غيره خطبتها ، فيه قولان .

قال في القديم بحرم على غيره خطبتها ، وبه قال مالك وأبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولم يفصل . ولأن فيه إفساداً لما يقارب بينهما .

وقال في الجديد لا يحرم على غيره خطبتها ، وهو الصحيح ، لأن النبي (ص) خط فاطمه بنت قيس لأسمامه بعد أن أخبرته أن معاوية وأبا جهنم خطباها ولم يسألها هل ركنت إلى أحدهما أو رضيت به أم لا ، فدل على أن الحكم لا يختلف بذلك ، لأن الظاهر من حالها أنها ما جاءت تستشيرها إلا وقد رضيت بذلك وركنت إليه .

قال الصيمري فإن خطب رجل خمس نسوة جملة واحدة فأذن في نكاحه لم يحل لأحد خطبه واحدة ممن حتى يترك أو يعقد على أربع ، فيحل خطبه الخامسة ، وإن خطب كل واحد وحده فأذنت كل واحدة في نكاحه لم يحز لغيره خطبه الأربع الاولات ، ويحل خطبه الخامسة لغيره .

إذا ثبت هذا ، فإن خطب رجل امرأة في الحالة التي قلنا لا يحل له خطبتها فيه وتزوجها صح ذلك . وقال داود لا يصح ، وحكاه ابن الصباغ عن مالك رضى الله عنه . دليلنا أن المحرم إنما يفسد العقد إذا قارنه ، فأما إذا تقدم عليه لم يفسده ، كما لو قالت امرأة لا أزوج فلاناً حتى أراه مجرداً فتجرد ثم تزوج بها . إذا تقرر هذا فذكر أصحابنا في حديث فاطمه بنت قيس رضى الله عنهما فؤاد (وقد مر نصه) وقد اختلفت الروايات فيه ، فروى أن زوجها طلقها بالشام فجاءها وكيله بشعير فسخطت به ، فقال لها مالك علينا شيء ، فأنت النبي (ص) تستفتيه فقال لها لا نفقه لك إلا أن تكوني حاملاً ، فأجبت فؤاد الخبر أنه دل على جواز الطلاق

(الثانية) أنه يدل على جواز الطلاق الثلاث (الثالثة) أن طلاق الغائب يقع (الرابعة) أنه يجوز للمرأة أن تستفتي لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عاينها (الخامسة) أن كلامها ليس بعورة (السادسة) أنه يجوز للمعتدة أن تخرج من منزلها للحاجة (السابعة) أنه لا نفقه للمبتوتة الحائض خلافاً لأبي حنيفة (الثامن) أن للحامل المبتوتة النفقة (التاسعة) يدل على جواز نقل المعتدة

عن بيت زوجها ، واختلف لأى معنى نقلها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن المسيب كانت بذينة أو كانت تستطيل على أحماتها . وقالت عائشة أم المؤمنين عليها السلام : كان بيت زوجها وحشاً خفيف عليها فيه ، وأى الروايتين صح مع الخبر دليل على جواز النقل لأجله (العاشرة) يدل على جواز التعريض بالخطبة للمعتدة (الاحدى عشرة) أنه يجوز للرجل أن يعرض المعتدة بالخطبة لغيره لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض لها في الخطبة لأسامة بن زيد رضى الله عنهما لا لنفسه (الاثنتا عشرة) انه يجوز للمرأة أن تستشير الرجال لأنها جاءت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم

(الثالثة عشرة) يدل على جواز وصف الانسان بما فيه ، وإن كان يكره ذلك للحاجة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وصف معاوية رضى الله عنه وأباهم رضى الله عنه بما فيهما وإن كانا يكرها ذلك

(الرابعة عشر) انه يجوز أن يعبر بالأغلب عن الشيء . ويذكر العموم والمراد به الخصوص لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أما معاوية فصعلوك لا مال له ؛ ومعلوم انه لا يخلو أن يملك شيئاً من المال وإن قل كثيابه وما أشبهها وإنما أراد أنه لا يملك ما يتعارفه الناس مالا ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى أبي جهم لأنه لا يضع عصاه عن عاتقه ، وإن كان لا يخلو أن يضعها فى بعض أوقاته ، والصعلوك التقير . قال الشاعر

غنيما زمانا بالنصملك والغنى وكلا سقاناها بكأسيهما الدهر
وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يضع العصا عن عاتقه ففيه تأويلان . أحدهما لأنه كثير الاسفار . قال الشاعر

فأفقت عصاها واستقرت بها النوى كما قر عيناً بالاياب المسافر
فعلى هذا يكون فيه دليل على جواز السفر بغير إذن زوجته (الثانى) أنه أراد أنه كان كثير الضرب لزوجته ؛ ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : لا ترفع عصاك على أهلك ، أى فى التأديب فى الكلام أو الضرب ، فعلى هذا التأويل يدل على جواز ضرب الزوج لزوجته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يخرج من الضرب

وقال بعضهم : يدل على أنه كثير الجماع . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع عصاك عن أهلك . أراد به الكتابة عن الجماع . فيكون في هذه الدلالة دلالة على جواز الكتابة بالجماع ، وهذا غلط في التأويل ، لأنه ليس من الكلام ما يدل على أنه أراد هذا .

قال الصيمري : ولو قيل انه أراد بقوله صلى الله عليه وسلم هذا كثرة الجماع أى أنه كثير التزويج لكان أشبه (الثامنة عشرة) يدل على جواز خطبة الرجل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خطبها لأسماء (التاسعة عشرة) أنه يجوز للرجل أن يخطب امرأة قد خطبها غيره اذا لم يتقدم اجابة الأول (العشرون) أنه يجوز للمستشار أن يشير على المستشار بما لم يسأله عنه لأنها لم تستشر في أسماء رضى الله عنه (الاحدى والعشرون) انه لا يجب على المستشار المصير الى ما اشار به المشير لأن النبي صلى الله عليه لم يقل لها يجب عليك المصير الى ما أشرت به ، وإنما أعاد ذلك عليها على سبيل المشورة (الثالثة والعشرون) أن الخير لا يختص بالنسب ، لأن النبي (ص) قال أدلك على من هو خير منهما ، ونسبهما خير من نسبه (الرابعة والعشرون) أن الكفاءة ليست بشرط في النكاح ، لأنها قرشية وأسامه مولى (الخامسة والعشرون) أنه يجوز أن يخطب المرأة الى نفسها ، وان كان لها ولى . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

إذا وجد الرجل امرأته مجنونه أو مجذومه أو برصاء أو رتقاء - وهى التى انسدت فرجها - أو قرناء وهى التى فى فرجها لحم يمنع الجماع ، ثبت له الخيار . وان وجدت المرأة زوجها مجنوناً او مجذوماً او برصاً او مجبوباً او عنيباً ، ثبت لها الخيار ، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال : تزوج رسول الله (ص) امرأة من بنى غفار فرأى بكشمها بياضاً فقال لها النبي (ص) البسى ثيابك والحقى بأهلك ،

ثبت الرد بالبرص بالخبر . وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص ، لأنها في معناه في منع الاستمتاع .

ولان وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان :
(أحدهما) يثبت له الخيار ، لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص
(والثاني) لا خيار له ، لأنه يمكنه الاستمتاع به .

وان وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان
(أحدهما) لها الخيار ، لأن النفس تعافه (والثاني) لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به ، وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً وبه مثله ، بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) له الخيار ، لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله
(والثاني) لا خيار له لأنها متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار ، كما لو تزوج عبد بأمه . وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار ، فإن كان بالزوج ، ثبت لها الخيار ، لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة . وإن كان بالزوجه ففيه قولان

(أحدهما) يثبت به الخيار ، وهو قوله في الجديد ، وهو الصحيح ، لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج
(والثاني) وهو قوله في القديم أنه لا خيار له ، لأنه يملك أن يطلقها

(الشرح) خبر زيد بن كعب بن عجرة رواه أحمد هكذا : حدثنا القاسم المزني قال أخبرني جميل بن زيد قال : صحبت شيخاً من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب ، فحدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أصر بكسحها بياضاً . فأنحاز عن الفراش ثم قال : خذى عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً ، وهذا يدور سنده على رجلين هما موضع نظر ، أولهما جميل بن زيد وثانيهما زيد بن كعب أو كعب بن زيد ، وتتكلم عن الثاني لشرف الصحبة فنقول :

رواية أحمد بن محمد بن عرفت زيد بن كعب ولم يعرف من الصحابة سوى زيد بن كعب البيهقي ثم السلمى صاحب الظبي الخائف وكان صائده ، وقد سقنا في اللفظة ، ومن قبل ساقه النووى فى الصيد ، وليس هو الذى حدث جميلا ، وإن كان كعب ابن زيد فليس عندنا مصدر يعرفنا به سوى جميل بن زيد . ولذلك جاء التعريف به فى الاستيعاب هكذا : كعب بن زيد ويقال زيد بن كعب . روى قصة الغفارية التى وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم البياض بكشحاها . روى عنه جميل بن زيد وفى الخبر اضطراب . اهـ

ويأتى الحاكم فيروى عن جميل هذا فيقول عن جميل بن زيد الطائى عن زيد ابن كعب بن عجرة عن أبيه ، فيكون الصحابي هنا كعب بن عجرة الأنصارى وهو من مشاهير الصحابة فلا يناسبه ما فى رواية أحمد صحبت شيخا ذكر أنه كانت له صحبة يقال له الخ .

ويأتى اسماعيل بن زكريا فيقول : حدثنا جميل بن زيد ، حدثنا ابن عمر قال تزوج النبي (ص) امرأة وخلي سبيها . الحديث فهو تارة يرويه عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد شيخ ذكر أن له صحبة ، وتارة يرويه عن زيد بن كعب بن عجرة الأنصارى عن أبيه ، وتارة يرويه عن ابن عمر مع أن ابن حبان يقول روى عن ابن عمر ولم ير ابن عمر . وقال ابن مدين جميل بن زيد ليس بثقة . وقال البخارى لم يصح حديثه . وروى أبو بكر بن عياش عن جميل قال هذه أحاديث ابن عمر ، ما سمعت من ابن عمر شيئا ، إنما قالوا لى اكتب أحاديث بن عمر فقدمت المدينة فكتبتها

وقال أبو القاسم البغوى فى معجمه الاضطراب فى حديث الغفاريه منه ، يعنى تارة عن ابن عمر وتارة عن هذا وتارة عن ذلك . قال وقد روى أحاديث عن ابن عمر يقول فيها سألت ابن عمر ، مع أنه لم يسمع من ابن عمر شيئا ، وقال أبو حاتم والبغوى وضعيف الحديث ، وقال النسائى ليس بثقة ، وقد قال العلامة السقارنى فى كتابه نفحات صدر المسكند وقوة عين الارمد لشرح ثلاثيات مسند الإمام أحمد قال ابن حبان وجميل بن زيد دخل المدينة بعد موت ابن عمر رضى الله عنهما .

لجمع أحاديثه ثم رجع إلى البصرة فرواها، ورواه سعيد بن منصور في سننه عن زيد بن كعب بن عجرة ولم يشك، وكذا قال الإمام ابن القيم في الهدى: زيد بن كعب بن عجرة. اهـ

والحاصل أن الحديث لم يثبت من طريق آخر فأفته في جميع الكتب جميل ابن زيد. ولذلك لا نستطيع أن نجزم بواقعة زواج النبي صلى الله عليه وسلم من الغفارية. أما أحكام الرد بالعيب في النكاح فإنها ثبتت بالقواعد الكلية في العقود والمعاضات وغير ذلك على ما سيأتي، ولكن ابن حجر بصحح رواية الشافعي من طريق مالك وابن أبي شيبة عن أبي إدريس عن يحيى قال: ورجاله ثقات أما اللغات فقوله: أبصر بكشحها، أي خصرها أو بطنها، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف. وفي حديث سعد: إن أميركم هذا لأهضم الكشحين أي دقيق الخصرين

وقوله: بياضا، يحتمل أن يكون بهما ويحتمل أن يكون برضا، وهو الأصح وإن كان كل منهما تكرهه النفس. قوله: امرأة من غفار، قيل اسمها الغالية، وقيل أسماء بنت النعمان، قاله الحاكم، يعني الجونية. وقال الحافظ بن حجر: الحق أنها غيرها.

أما الأحكام فإنه إذا وجد أحد الزوجين عيبا بالآخر ثبت له الخيار في فسخ النكاح، والعيوب التي يثبت لاجلها الخيار في النكاح خمسة، ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وينفرد كل واحد منهما باثنين، فأما الثلاثة التي يشترك فيها، فالجنون والجذام والبرص، وينفرد الرجل بالجب والعنة وتنفرد المرأة بالرتق والقرن، فالرتق أن يكون فرج المرأة مسدودا يمنع من دخول الذكر، والقرن قيل هو عظم يكون في فرج المرأة يمنع من الوطء. والمحقةون يقولون هو لحم يثبت في الفرج يمنع من دخول الذكر، مثل أن يتورم الرحم وتنشأ عليه أورام سرطانية تسد مدخل فرجها، وإنما يصيب المرأة ذلك في بعض حالات الولادة؛ هذه العيوب يثبت بها الخيار. هذا مذهبنا وبه قال عمر رضی الله عنه وابن عباس رضی الله عنهما ومالك وأحمد وإسحاق

وقال علي كرم الله وجهه وابن مسعود رضی الله عنه لا يفسخ النكاح بالعيب

والله صار النخعي والثوري وأبو حنيفة ، إلا أنه قال إذا وجدت المرأة زوجها
مجبوبا أو عتينا كان لها الخيار ، فإن اختارت فرق بينهما الحاكم بتطبيقها . دليلنا
الخبر المذكور وما قاله عمر رضي الله عنه فيما روى يحيى بن سعيد الأنصاري
عن سعيد بن المسيب عنه رضي الله عنه : أيما امرأة زوجت وبها جنون أو جذام
أو برص فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسة إياها ، وعلى الولي
الصداق بما دلس كما غره . وكذا روى الشعبي عن علي رضي الله عنه : أيما امرأة
نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسه ،
إن شاء أمسك والا طلق . وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها . ولأن
الجنون منها يخاف منه على الآخر وعلى الولد ، والجلب والعنة والرتق والقرن
يتعذر معها مقصود الوطء والجذام والبرص تعاف النفوس من مباشرته

قال الشافعي رضي الله عنه : ويخاف منها العدوى للأخر وإلى النسل ،
فإن قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا هامة ولا صفر . وقال
صلى الله عليه وسلم لا يعدى شيء شيئا ، فقال أعرابي يا رسول الله إن الثفر قد
تكون بمشفر البعير أو بذنبه في الأبل العظيمة فتجرب كلها ، فقال النبي (ص)
فأجرب الأول .

قال أصحابنا وقد وردت أيضا أخبار بالعدوى ، فمنها قوله صلى الله عليه وسلم
لا يوردن ذوعامة على مصح . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تديموا النظر
إلى المجذومين ، فمن كلمه منكم فليكن بينهم وبينه قدر ربح
وروى أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليأبأ به فأخرج يده فإذا هي
جذماء ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ضم يدك قد يابعتك . وكان من عادته
صلى الله عليه وسلم المصافحة فامتنع من مصافحته لأجل الجذام ، وقال صلى الله عليه
وسلم : فر من المجذوم فرارك من الأسد ،

قال العمري في البيان وإنما نفي النبي صلى الله عليه وسلم العدوى الذي يعتقد
الملاحدة ، وهو أنهم يعتقدون أن الأدوية تعدى بأنفسها وطباعتها . وإس هذا
بشيء وإنما العدوى الذي نريده أن يقول إن الداء جرت العادة أن يخلق الداء
عند ملاقة الجسم الذي فيه الداء ، كما أنه أجرى العادة أن يخلق الأبيض بين

الابيضين والاسود بين الاسودين ، وإن كان في قدرته أن يخلق الأبيض من
الاسودين لا أن هذه الادواء تعدي بنفسها ،

وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا هامة ولا صفر ، فإن أهل الجاهلية كانوا
يقولون : إذا قتل الإنسان ولم يؤخذ بثأره خرج من رأسه طائر يصرخ ويقول
اسقوني دم قاتلي . هكذا حكاه ابن الصباغ . وأما الصفر فإن أهل الجاهلية كانوا
يقولون في الجوف دابة تسمى الصفر إذا تحركت جاع الإنسان وهي أعداء من
الجرم عند العرب ، وقيل هو تأخير حرمة المحرم إلى صفر ، فأبطل النبي صلى الله
عليه وسلم كل ذلك .

وقد بسط الشافعي رضى الله عنه في أحكام العيب فقال : ولو تزوج الرجل
امراة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزاً قبيحة معدمة قطاء
ثيباً أو عمياء أو بها ضر ما كان الضر غير الأربع التي سمينا فيها الخيار - يعنى
الجذماء والبرصاء والرتقاء والمجنونة - فلا خيار له ، وقد ظلم من شرط هـ - ذا
نفسه . إلى أن قال : وليس النكاح كالبيع فلا خيار في النكاح من عيب يخص المرأة
في بدنها ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع . أن يكون حاق فرجها عظامها
لا يوصل إلى جماعها بحال ، وهذا مانع للجماع الذى له عامة ما نكحها ، فإن كانت
رتقاء فكان يقدر على جماعها بحال فلا خيار له ، أو عالجت نفسها حتى تصير إلى
أن يوصل إليها فلا خيار للزوج ، وإن لم تعالج نفسها فله الخيار إذا لم يصل إلى
الجماع بحال . وإن سألتها أن يشقه هو بحديدة أو ما شابهها ويجبرها على ذلك ، لم
أجعل له أن يفعل وجعلت له الخيار . وإن فعلته هى فوصل إلى جماعها قبل أن
أخيره لم أجعل له خياراً ، وإن كان القرن مانعاً للجماع كان كارتق أو تكون
جذماء أو برصاء أو مجنونة ، ولا خيار في الجذماء حتى يكون بيننا ، فأما الزعر في
الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جذماء ولا تكون فلا خيار فيه بينهما .
وقال الجنون ضربان ، فضرب خنق وله الخيار بقليله وكثيره ، وضرب غلبة على
عقله من غير حادث مرض فله الخيار في الحالين معاً . وهذا أكثر من الذى
يخفق ويفيق . اهـ

وذهب بعض الحنابلة إلى ما ذهب إليه أصحابنا ، إلا أنهم جعلوا خيار الصيوب

على التراخي ، لا يسقط الا أن يوجد منه دلالة على الرضى من قول أو وطى .
أو تمكن مع العلم بالعيب أو يأتي بصريح الرضا ، فان ادعى الجبل بالخيار ومثله
يجهله فالأظهر ثبوت الفسخ ، هكذا أفاده ابن تيمية . وقال في شرح الثلاثيات
العلامة السفاريني الحنبلي : لا بد لصحة فسخ النكاح بأحد العيوب المذكورة من
حكم حاكم خلافاً لشيخ الاسلام ابن تيمية

وقال داود الظاهري وابن حزم ومن وافقهما : لا يفسخ النكاح بعيب البينة ،
قال السفاريني ، وقال الإمام ابن القيم من عدائنا ، بموجب الفسخ بكل عيب ترد
به الجارية في البيع من العمى والخرس والطرش وكنونها مطوعة اليدين أو
الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك ، لأن هذه الامور من أعظم المنفرات
والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والاطلاق ينصرف
إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً . قال والقياس أن كل عيب ينفر أحد الزوجين
منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة بوجوب الخيار ، وهو أولى
من البيع ، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالبقاء من شروط البيع اه
(فرع) إن وجد كل واحد من الزوجين بصاحبه عيباً — فان كان العيبان من
جنسين بأن كان أحدهما أجذم والاخر أبرص ثبت لكل واحد منهما الخيار لأن
نفس الانسان تعاف من داء غيره . وإن كانا من جنس واحد بأن كان كل واحد
منهما أجذم أو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) لا يثبت لواحد منهما الخيار لأنها متساويان في النقص فهو كما
لو تزوج عبد امرأة فكانت أمة

(والثاني) يثبت لكل واحد منهما الخيار لأن نفس الانسان تعاف من عيب
غيره وإن كان به مثله . وإن أصاب الرجل امرأته قرناً أو رتقاءً وأصابته عيننا
أو مجبوباً ففيه وجهان . أحدهما يثبت لكل واحد منهما الخيار لوجود النقص
الذي يثبت لآجله الخيار . والثاني لا خيار لواحد منهما : لأن الرتق والقرن
يمنع الاستمتاع والمجبوب والعين لا يمكنه الاستمتاع فلم يثبت الخيار .

هذا الكلام في العيوب الموجودة حال العقد التي لم يعلم بها الاخر . فأما اذا
حدث شيء من هذه العيوب بأحد الزوجين بعد العقد نظرت ، فان كان ذلك

بالزوج ويتصور فيه حدوث العيوب كلها إلا العنة فإنه لا يتصور أن يكون غير عنين قبله ثم يكون عنيماً بعده ، فإذا حدث فيه أحد العيوب الأربعة ثبت للزوجة الخيار ، لأن كل عيب ثبت لأجله الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت لأجله الخيار إذا حدث بعد العقد كالأعسار بالنفقة والمهر . وإن كان ذلك حادثاً في الزوجة فإنه يتصور بها جميع العيوب الخمسة ، فإذا حدث منها شيء فهل يثبت للزوج فسخ النكاح ؟ فيه قولان

قال في القديم : لا يثبت له الفسخ . وبه قال مالك رضي الله عنه لأنها لم تدلس عليه ، ولأنه يمكن التخلص من ذلك بالطلاق

وقال في الجديد : يثبت له الخيار في الفسخ ، وهو الصحيح ، وقد استدل أصحابنا لصحة هذا بخبر زواج النبي صلى الله عليه وسلم بالغفاريه وردها لما وجد في كشحها بياضاً . ولأن كل عيب يثبت لأجله الفسخ إذا كان موجوداً حال العقد يثبت لأجله الفسخ إذا حدث كالعيب بالزوج ، والقول الأول يمكنه أن يطلق يبطل بالعيب الموجود حال العقد فإنه يمكنه أن يطلق ومع هذا فثبت له الفسخ ، (فرع) قال في الاملاء : إذا علم بالعيب حال العقد فلا خيار له لأنه عيب رضئ به فلم يكن له الفسخ لأجله ، كما لو اشترى شيئاً معيباً مع العلم به . فإن أصاب أحد الزوجين بالآخر عيباً فرضئ به سقط حقه من الفسخ لأجله ، فإن وجد عيباً غيره بعد ذلك ثبت له الفسخ لأجله لأنه لم يرض به ، وإن زاد العيب الذي رآه ورضئ به نظرت ، فإن حدث في موضع آخر بأن رأى البرص والجذام في موضع من البدن فرضئ به ، ثم حدث البرص في موضع آخر من البدن كان له الخيار في الفسخ ، لأن هذا غير الذي رضئ به ؛ وإن اتسع ذلك الموضع الذي رضئ به لم يثبت له الخيار لأجله ، لأن رضاه به رضاه بما تولد منه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والخيار في هذه العيوب على الفور ، لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور ، كخيار العيب في البيع . ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه .

(فصل)

وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر ، لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها ، وإن كان الرجل هو الذى فسخ إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدنيس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ ، وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل ، لأنه يستند الفسخ الى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل فى نكاح فاسد فوجب مهر المثل ، وهل يرجع به على من غره ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : يرجع لأنه غره حتى دخل فى العقد .
وقال فى الجديد : لا يرجع لأنه حصل له فى مقابلته الوطء ، فإن قلنا يرجع فإن كان الرجوع على الولى رجوع بجميعة ، وإن كان على المرأة فففيه وجهان (أحدهما) يرجع بجميعة كالولى (والثانى) يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بهما عيب لم يرجع بالنصف ، لأنه رضى بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به .

(فصل) ولا يجوز لولى المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولى الطفل تزويج المولى عليه من به هذه العيوب ، لأن فى ذلك إضراراً بالمولى عليه ، فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كف ، وإن دعت المرأة الولى أن يزوجهما بمنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه فى ذلك عاراً ، وإن دعت الى نكاح محبوب أو عنين ، لم يكن له أن يمتنع ، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك ، وإن دعت الى نكاح مجنون أو أبرص فففيه وجهان (أحدهما) له أن يمتنع لأن عليه فى ذلك عاراً (والثانى) ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه .

(فصل) وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولى على الفسخ ، لأن حق الولى فى ابتداء العقد دون الاستداه ، ولهذا لو دعت المرأة الى نكاح عبد كان للولى أن يمتنع ، ولو اعتقت تحت عبد فاخترت المقام معه لم يكن للولى إجبارها على الفسخ

(الشرح) كل مرضع قلنا لأحد الزوجين أن يفسخ النكاح بالعيب فإن ذلك الخبير يثبت له على الفور لا على التراخي لأنه خيار عيب لا يحتاج إلى نظر وتأمل فكان على الفور ، كما لو اشترى عينا فوجد بها عيباً ، فقولنا خيار عيب احتراز من خيار الأب في رجوعه بهيته لإبنه ومن خيار الولي في القصاص والعفر . وقولنا لا يحتاج إلى نظر وتأمل ، احتراز من المعتقة تحت عيب إذا قلنا يثبت لها الخيار على التراخي ولستأربد الفسخ يكون على الفور بل نريد المطالب ، وهو أن أحد الزوجين إذا علم بالآخر عيباً فإنه يرفع ذلك إلى الحاكم ، فيستدعي الحاكم الآخر ويسأله ، فإن أقر به أو كان ظاهراً انفسخ النكاح بينهما ، وإن أنكروا وكان خفياً فعلى المدعى البينة ، فإذا أقام البينة فسخ النكاح بينهما

وقال أصحاب أحمد : إن خيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكن من المرأة أفاده الحرقي في ظاهر كلامه ، وذكر القاضي من الخنابلة أنه على الفور ، كما أن ظاهر مذهب الخنابلة أن الفسخ يحتاج إلى الحاكم لأنه مجتهد فيه ، وذهب السفاريني من الخنابلة إلى أن الفسخ لا يحتاج إلى الحاكم كالرد بالعيب في البيع . ويرى ابن تيمية فسخه بالحاكم كما في الفتاوى له

وقد رأيت في البيان للأمراني من الشافعية (مخطوطة دار الكتب العربية) بها مش الجزء السامع ما يأتي : وفيه وجه أنه ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ من غير مرافعة الحاكم ، كفسخ البيع بالعيب ينفرد به كل واحد من المتبايعين اه
وقال قاضيخان من أصحاب أبي حنيفة : إذا كان الزوج عتينا والمرأة رتقاء

لم يكن لها حق الفرقة لوجود المانع من جهتها . كذا في حاشية جابي
وفي ملحق الأبحر أنه لو أقر أنه عتينا يؤجله الحاكم سنه قريه ولا يحتسب منها مدة مرضه ومرضها ، ويحتسب منها رمضان وأيام حيضها . اه

قال الشيخ أبو حامد : ولا يجوز لأحد الزوجين أن يتولى الفسخ بنفسه بحال .
وقال ابن الصباغ : إذا رفعت الأمر إلى الحاكم فالحاكم أولى به ، وهو بالخيار إن شاء فسخ بنفسه وإن شاء أمرها بالفسخ . وقال القفال : إذا رفعت الأمر إلى الحاكم وأثبتت العيب عنده خيرت بين أن تفسخ بنفسها وبين أن يفسخ الحاكم بمسألتهما

(مسألة) واذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً ففسخ النكاح نظرت ، فإن كان الفسخ قبل الدخول سقط جميع المهر لان المرأة ان كانت هي التي فسخت بالفرقة جاءت من جهتها ، وان كان الزوج الذي فسخ فهو بمعنى من جهتها وهو تدنيها بالعيب ، فصار كما لو فسخت بنفسها ، وان كان الفسخ بعد الدخول - فإن كان الفسخ لعيب كان موجوداً حال العقد فالمشهور من المذهب أنه يلزم الزوج مهر المثل سواء كان العيب بالزوج أو بالزوجة ؛ لان الفسخ مستند الى العيب الموجود حال العقد فصار كما لو كان النكاح فاسداً .

وحكى المسمودي قولاً آخر مخرجا أنه يجب المسمى ، لان الفسخ رفع العقد في حالة لا من أصله وليس بشيء ، وان كان الفسخ بعيب حدث بعد العقد بالزوج أو بالزوجة على القول الجديد فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) يجب لها المسمى ؟ لانه قد وجب المسمى بالعقد فلا يتغير بما يحدث بعده بالعيب (والثاني) لها مهر المثل ، وان حدث بعد الوطء وجب لها المسمى لانه اذا حدث قبل الوطء فقد حدث قبل استقرار المسمى ، فإذا فسخ العقد ارتفع من أصله فصار كما لو وطئها بشبهه ، واذا حدث العيب بعد الوطء فقد حدث بعد استقرار المسمى بالدخول فلا يتغير بما طرأ بعده .

(فرع) فإن تزوج رجل امرأة وبها عيب فلم تعلم به حتى وطئها ثم علم به فسخ النكاح ، وقد قلنا : انه يجب لها مهر المثل ، وهل للزوج أن يرجع به على الولي ، فيه قولان ، قال في القديم : يرجع عليه ، وبه قال مالك رضى الله عنه لما روى أن عمر رضى الله عنه قال : « أيما رجل تزوج بإمرأة وبها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها الصداق ولزوجها غرم على وليها » ولان الولي هو الذي أتلّف على الزوج المهر لانه أدخله في العقد حتى لزمه مهر المثل فوجب أن يلزمه الضمان كالشهرد اذا شهدوا عليه بقتل أو غيره ثم رجعوا . وقال في الجديد : لا يرجع عليه ؛ وبه قال على كرم الله وجهه ، وهو قول أبي حنيفة وهو الاصح لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأتلّفه ، فإذا قلنا بهذا فلا تفرع عليه ، واذا قلنا بالاول فإن كان الولي ممن يجوز له

النظر إلى وليته كالأب والجد والعم رجع الزوج عليه سواء علم الولي بالغيب أو لم يعلم ، لأنه فرط بترك الاستعلام بالغيب ، ولأن الظاهر أنه يعلم ذلك ، وإن كان الولي ممن لا يجوز له النظر اليها كان العم والحاكم - فإن علم الولي بغيبها - رجع عليه الزوج ، وإن لم يعلم الولي بالغيب لم يرجع عليه الزوج ، ويرجع الزوج على المرأة لأنها هي التي عرفت ، فإن ادعى الزوج على الولي أنه علم بالغيب فأنكر - فإن أقام الزوج بينة على إقرار الولي بالغيب رجع عليه ؛ وإن لم يقم عليه بينة حلف الولي أنه لم يعلم بالغيب ، ويرجع الزوج على الزوجة ، وإن كان لها جماعة أولياء في درجة واحدة من لهم النظر اليها ، رجع الزوج عليهم إذا علموا فإن كان بعضهم عالماً بالغيب ، وبعضهم جاهلاً فقيه وجهان ، حاكهما الطبري في العدة . أحدهما : يرجع على العالم لأنه هو الذي غره . والثاني : يرجع على الجميع لأن ضمان الاحوال لا يختص بالخطأ والعمد ، هكذا نقل البغداديون .

وقال المسعودي : إذا كان الولي غير محرم لها فهل يرجع عليه الزوج ؟ فيه قولان ، وعلى موضع قلنا : يرجع الزوج على الولي ، فإنه يرجع عليه بجميع مهر المثل ، وكل موضع قلنا : يرجع الزوج على الزوجة ، فبكم يرجع عليها ؟ فيه قولان ، ومنهم من قال : هما وجهان .

(أحدهما) لا يرجع عليها بجميع مهر المثل ، وإنما يبقى قدرأ إذ يمكن أن يكون صادقا لثلا يعرى الوطء عن بدل .

(والثاني) يرجع عليها بالجميع ، لأنه قد حصل لها بدل الوطء وهو المهر ، وإنما رجع اليه بسبب آخر فهو كالمو وهبته منه ، والاول أصح . وحكى المسعودي أن القولين في الولي . والمشهور أنه يرجع عليه بالجميع قولاً واحداً

(فرع) قال في الام : إذا تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول ، وعلم بعد ذلك أنه كان بها عيب ثبت به خيار الفسخ لزمه نصف المهر لأنه رضى بازالة الملك والتزام نصف الصداق بالطلاق فلم يرجع اليه .

(فرع) وإن دعت المرأة وليها تزويجها الى مجنون كان له الامتناع من ذلك لان عليه طار أن تكون وليته تحت مجنون ، لانه لا يشهد ولا يحضر الجمعة

والجماعة ، وان دعا الولي وليته الى تزويجها بمجنون أو خصي فلها أن تمتنع لأن
عليها ضررا به وعارا يلحقها .

وان دعت المرأة وليها إلى أن يزوجهما بمجنوم أو أبرص فهل له أن يمتنع ؟
فيه وجهان ، أحدهما : ليس له أن يمتنع لأن الخيار إنما يثبت لها في النكاح لأن
النفس تعاف من مباشرتهم ، وذلك نقص عليها دون الولي فهو كالمجبوب والخصي
والثاني : له أن يمتنع لأن على الولي عارا في ذلك : وربما أعداها أو أعدى ولدها
فيلتحق العار بأهل نسبها وإن دعاها الولي إلى تزويجها بمجنوم أو أبرص كان لها
أن تمتنع لأن عليها في ذلك عارا ونقصا ، وإن تزوجت لإمرأة برجل سليم لا عيب
فيه ثم حدث فيه عيب يثبت لأجله الخيار ، فإن فسخت النكاح لم يعترض عليها
وابها بذلك ، فإن اختارت المقام معه على ذلك جاز ولا اعتراض للولي عليها بذلك
لأن من الولي إنما هو في ابتداء العقد دون اعتدائه ، ولهذا لو دعت الحرمة وليها
إلى تزويجها بمبطل لم يلزمه اجابتها ؛ ولو اعتقت تحت عبد واختارت المقام معه لم
يجبر على الفسخ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) اذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج ، قالقول قوله
مع يمينه ، فإن نكل ردت اليمين على المرأة ، وقال أبو سعيد الإصطخري : يقضى
عليه بنكوله . ولا تحلف المرأة ، لأنه أمر لا فعله ، والمذهب الاول ، لأنه حق
نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق ، وقوله : انها
لا فعله يبطل باليمين في كناية الطلاق وكناية القذف ، فإذا حلفت المرأة أو اعترف
الزوج أجله الحاكم سنة ، لما روى سعيد بن المسيب ، أن عمر رضي الله عنه قضى
في العنين أن يؤجل سنه ، ،

وعن علي عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم نحوه ،
ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالعمنين ، وقد يكون لعارض من حرارة أو
برودة أو رطوبة أو يبوسة ، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة ، واختلفت عليه

الأهوية ولم يزل ، دل على أنه خلقة ، ولا تثبت المدة إلا بالحاكم ، لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء ، فإن جامعتها في الفرج سقطت المدة ، وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فإن كان بعض الذكر مقطوعاً لم يخرج من التعنين إلا بتغيب جميع ما بقي .

ومن أصحابنا من قال : إذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقي قائم مقام الذكر ، والمذهب الأول ، لأنه إذا كان الذكر سليماً فماتك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، وإذا كان مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع ، وإن وطئها في الدبر لم يخرج من حكم التعنين لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الأول ، وإن وطئ في الفرج وهي حائض سقطت المدة لأنه محل للوطء ، وإن ادعى أنه وطئها فإن كانت نيباً فالقول قوله مع بینه ، لأنه لا يمكن اثباته بالبينة . وإن كانت بكرأ فالقول قواها لأن الظاهر أنه لم يطأها ، فإن قال الزوج : وطئت وانكبت طادت البكارة حلقت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت .

(فصل) وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الاجل ففيه وجهان . أحدهما يسقط خيارها لأنها رضيت بالعييب مع العلم . والثاني : لا يسقط خيارها ، لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح ، كالعفو عن الشفعة قبل البيع ، وإن اختارت المقام بعد انقضاء الاجل سقطت حقها لأنه إسقاط حق بعد ثبوته ، وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها ، لأنه خيار ثبت بعييب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه ، فإن لم يجامعها حتى انقضى الاجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما ، لأنه يختلف فيه ، وتكون الفرقة فسخاً لأنه فرقة لا تقف على ايقاع الزوج ولا من ينوب عنه : فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة ، لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد

(الشرح) خبر عمر رضي الله عنه رواه الدارقطني بإسناده عن عمر ورواه عن ابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ، ورواه أبو حفص عن علي كرم الله وجهه ، أما التعنين فهو الرجل العاجز عن الجماع ، وربما يشتمى الجماع

ولا يناله ، واشتقاقه من عن الشيء إذا اعترض من أحد الجانبين والعنه بفتح
 العين وضمها الاعراض بالفضول ، وعن عن الشيء من باب ضرب إذا عرض
 عنه وانصرف ، وعنان الفرس جمعه أعنة وقد مضى بعض هذه المادة في الشركة
 حيث شركة العنان ، وهو هنا من عن ذكره إذا اعترض عن بين الفرج وشماله
 فلا يقصده ، وقيل مشتق من عنان الدابة أي أنه يشبهه في اللين . إذا ثبت هذا
 فالعنة في الرجل عيب يشبه الخيار لزوجته في فسخ النكاح لأجلها على ما بينه ،
 وبه قال عامة أهل العلم .

وقال الحكم بن عيينة وداود وأهل الظاهر ليست بعيب .
 دليلنا قوله تعالى «الطلاق مرتان» فامسك بمعروف أو تسريح باحسان ،
 خير الله الأزواج بين أن يمسكوا النساء بمعروف أو يسرحوهن باحسان ،
 والامسك بمعروف لا يكون بغير وطء ؛ لأنه هو المقصود بالنكاح ، فإذا تعذر
 عليه الامسك بمعروف من هذا الوجه تعين عليه التسريح باحسان ، لان من خير
 بين شيئين إذا تعذر عليه أحدهما تعين عليه الآخر ، وقد أجمع الصحابة رضی الله
 عنهم على تأجيل العنين سنة ، فان جامعها والا فرق بينهما روينا ذلك عن ذكرنا
 من الصحابة ولا يخالف لهم ، ولان الله تعالى أوجب على المولى أن يقرأ أو يطلق
 لما يلحقها بامتناعه من الوطء ، والضرر الذي يلحق امرأة العنين أعظم من امرأة
 المولى لان المولى ربما وطئها ، فإذا ثبت الفسخ لامرأة المولى ، فلأن يثبت لامرأة
 العنين أولى .

إذا ثبت هذا : فان المرأة إذا جاءت الى الحاكم وادعت على زوجها أنه عنين
 أو أنه عاجز عن وطئها استدعاه الحاكم وسأله ، فان أقر أنه عنين أو أنه عاجز
 عن وطئها ثبت أنه عنين ، وان أنكر وقال : لست بعنين — فان كان مع المرأة
 بيعة على اقراره تقول : انه عنين وأقامتها ثبت أنه عنين ، وان لم يكن معها بيعة
 فالقول قوله مع يمينه أنه ليس بعنين ، فإذا حلف سقطت دعواها ، وإذا ثبت أنه
 قادر على وطئها فهل يجبره الحاكم على وطئها ليتقرر مهرها ؟ فيه وجهان
 حكاهما المسموي . وان نكل عن اليمين حلفت أنه عنين ، ولا يقضى عليه بنكوله
 من غير يمين .

وحكى الشيخ أبو اسحاق عن أبي سعيد الإصطخري أنه يقضى عليه بنكوله من غير أن تحلف ، لأنه أمر لا تعلمه وليس بشيء ، لأنه حق نكحل فيه المدعى عليه عن التمين فحلف المدعى كسائر الحقوق . وقوله : أمر لا تعلمه يبطل بكتابات الطلاق والقذف ، فإذا ثبت أنه عتيد باقراره أو يمينها بعد نكوله فإن الحاكم يؤجله سنة سواء كان الزوج حراً أو عبداً .

وحكى عن مالك أنه قال : يؤجل العبد نصف سنة . دليلنا ما روينا عن الصحابة عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وعلى ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان ، وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد ولم يفرق هؤلاء بين العبد والحر . ولأن العجز عن الوطء قد يكون من أصل الخلة ، وقد يكون لعارض ، فإذا مضت عليه سنة اختلفت الأهوية (جمع هواء) فإن كان ذلك قد أصابه من الحرارة انحل في الشتاء ، وإن أصابه من الرطوبة انحل في الصيف وشدة الحر ؛ وإن كان طبعه يميل الى هواء معتدل أمكنه ذلك في الفصلين الآخرين ، فإن مضت عليه سنة ولم يقدر على الوطء علم أن عجزه من أصل الخلة ، ولأن بعضهم قال : الداء لا يستكن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر ولا يضرب المدة له إلا الحاكم ، لأن عمر رضى الله عنه أجل العتيد منه ولأن من الناس من قال : يؤجل .

ومنهم من قال : لا يؤجل ، وكل حكم مختلف فيه فلا يثبت إلا بالحكم كالفسخ بالمعيب والإعسار بالنفقة ، ولا يضرب الحاكم له المدة إلا من حين ترافعا اليه بعد ثبوت العتد ، فأما إذا أقر الزوج بالعتد وأقاما على ذلك زماناً فلا يحكم عليه بالتأجيل لأن عمر رضى الله عنه أجل العتيد سنة والظاهر أنه إنما ضرب له المدة من حين ترافعا اليه .

(فرع) فإذا ضرب للعتيد المدة ثم جامع امرأته قبل انقضاء السنة أو بعدها وقبل الفسخ سقط حقها من الفسخ ، لأنه قد ثبت قدرته على الوطء ، وإن كان ذكره سليماً خرج من العتد بتغيب الحشفه (والحشفه ما فوق الختان) في فرجها ولا يخرج بما دون ذلك ، ولا يلزمه أكثر من ذلك لأن احكام الوطء من وجوب

الغسل والحد والعدة واستقرار المهر يتعلق بذلك : وإن كان بعض ذكره مقطوعاً وبقي منه ما يمكنه به الجماع ، فإن غيب جميعه في فرجها خرج من العنة ، وإن غيب منه أقل من الحشفة لم يخرج من العنة بذلك لأنه لو كان ذكره سليماً فغيب منه هذا القدر خرج من العنة ، وكذلك لم يخرج من العنة بذلك ، وكذلك إذا كان بعضه مقطوعاً ، والثاني — وهو ظاهر النص — أنه لا يخرج من العنة إلا بتغيب جميع ما بقي من الذكر في الفرج ، ولأنه إذا كان سليماً فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، فإذا كان بعضه مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره ، فاعتبر كاه ، وعندى أن الغسل وسائر أحكام الوطء على هذين الوجهين . وإن وطئها في الموضع المسكروه لم يخرج من العنة ، لأنه ليس محل الوطء في الشرع ولهذا لا يجعل به الإحلال للزوج الأول ، وإن أصابها بالفرج وهي حائض أو نفساء أو صائمة عن فرض أو محرمة خرج من العنة ، لأنه محل للوطء في الشرع وإنما حرم الوطء لعارض .

(فرع) وإن ادعى الزوج أنه وطئها فأنكرت — فإن كانت ثيباً — فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه لا يمكن اثباته باليمينه ، وإن كانت بكرأ عرضت على أربع من القوابل ، فإن قلن : أن بكارتها قد زالت فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أن البكارة لا تزول إلا بالوطء ، وإن قلن : أن البكارة باقية ، فإن قال الزوج : أنني قد أصبتها وهي ثيب لم يلتفت إلى قوله ؛ لأن ذلك طعن على البينه ، فنبت مجزه ، وإن قال : صدقت كنت قد أصبتها وزالت بكارتها ثم عادت فالقول قول الزوجه ، لأن الظاهر أن البكارة لا تعود .

قال الشافعي رضي الله عنه : وتحلف المرأة على ذلك ، لأن ما يدعيه الزوج يمكن لأنه قد قال أهل الخبرة : أن الرجل إذا وطئ البكر ولم يبالغ ، فإن البكارة ربما زالت ثم عادت ، تخلف عليه ، هذا مذهبنا .

وقال الاوزاعي : يترك الزوج معها ، ويكون هناك امرأتان جالستين خلف ستر قريب منهما ، فإذا قام الرجل عن جماعها بادرتا فنظرتا إلى فرجها ، فإن رأتا فيه الماء علمتا أنه أصابها ، وإن لم تريا فيه الماء علمتا أنه لم يصبها .

وقال مالك : يفعل ذلك ولكن يقتصر على امرأة واحدة ، وحكى أن امرأة ادعت على زوجها العنة ، فكتب سمرة بن جندب رضى الله عنه بذلك إلى معاوية رضى الله عنه فكتب اليه أن يزوج الرجل امرأة ذات حسن وجمال يذكر عنهم الصلاح ويساق إليها صداقها من بيت المال لانتخب حاله ، فإن أصابها فقد كذبت - يعنى زوجته المدعية - وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك ثم سأله عنها فقالت : ما عندى شيء ، فقال سمرة رضى الله عنه ما دنا ولا انتشر عليه ؟ فقالت بلى دنا وانتشر عليه ، ولكن جاءه سره - أى أنزل قبل أن يولج - هذه رواية الشيخ أبي حامد وسائر أصحابنا .

وأما أبو عبيد فذكر أن معاوية رضى الله عنه كتب اليه أن اشتر له جاربة من بيت المال وأدخلها معه ليلة ، ثم أسأله عنه ، ففعل سمرة رضى الله عنه فلما أصبح قال . ما صنعت ؟ فقال فعلت حتى حصحص فيه ، فسأل الجاربة فقالت لم يصنع شيئاً فقال . خل سديها ما حصحص ، والحصحصه الحركة فى الشيء حتى يستقر ، وما ذكره الأوزاعى ومالك غير صحيح ، لأن العنين قد ينزل من غير ابلاج وقد يولج من غير إنزال ، وما ذكره معاوية غير صحيح ، لأن الرجل قد يعن عن امرأة ولا يعن عن غيرها .

(مسئلة) وإذا انقضت السنة ولم يقدر على وطئها كانت بالخيار بين الإقامة والفسخ ، فإن اختارت الإقامة سقط حقها من الفسخ لأنها أسقطت ما ثبت لها من الفسخ ، فإن أرادت بعد ذلك أن ترجع فتطالب بالفسخ لم يكن لها ذلك لأنه عيب رضيت به ، فهو كالو وجدته مجذوما أو أبرص فرضيت به ثم أرادت أن تفسخ بعد ذلك - فإن اختارت الفسخ - لم يصح إلا بالحاكم لأنه مجتهد فيه . قال ابن الصباغ ويفسخ الحاكم النكاح ، ويجعله اليها فتفسخ .

قال الشيخ أبو حامد لا تفسخه المرأة بنفسها لأن الصحابة رضى الله عنهم ، قالوا فان جامعها والافرق بينهما ، فأخبر أنهم لا أتولاه ، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا . وقال مالك والثورى وأبو حنيفة رضى الله عنهم تكون طلاقه بائنة . دللنا أنه فسخ بعيب كفسخ المشتري لاجل العيب فى المبيع ؛ وكالامة اذا اعتقت

تحت عبد فاختارت الفسوخ ، فان رضيت بالمقام معه قبل أن يضرب له المدة وفي اثباتها فيه وجهان وحكماهما ابن الصباغ قواين .

(أحدهما) يسقط حقها من الفسوخ لانها رضيت بعيبه فهو كما لو رضيت به بعد انقضاء المدة (والثاني) لا يسقط حقها من الفسوخ وهو الاصح ، لانها أسقطت حقها من الفسوخ قبل جوازه فلم يسقط كالشفيع اذا أسقط . حقه بن الشفعة قبل الشراء .

(فرج) اذا زوج رجل امرأة فوطئها ثم عجز عن وطئها لم يثبت لها الخيار ولا يحكم لها عليه بالعنة . وقال أبو ثور : يضرب لها المدة ، ويثبت لها الخيار كما لو وطئها ثم جب ذكره . دليلنا أن العنة يتوصل اليها بالاستدلال والاجتهاد فاذا تحققنا قدرته على الوطء في هذا النكاح لم يرجع فيه الى الاستدلال ، ومعنى الزمان ، لانه رجوع من اليقين الى الظن ، ويخالف اذا وطئها ثم جب ، لأن الجب أمر مشاهد متحقق بلجاز أن تدفع قدرته على الوطء بالأمر المنعقد ، فان تزوج امرأة ثم وطئها ثم طلقها فبانث منه ثم تزوجها قاعدت عليه بالعنة سميت دعواها عليه ، فان أقر بذلك ضربت له المدة لان كل نكاح له حكم نفسه ، ويجوز أن يثبت في نكاح دون نكاح ، كما يثبت من امرأة دون امرأة .

(فرج) وان زوج رجل امرأة مع علمها أنه عنين بأن أخبرها أنه عنين أو تزوجها فأصابته عنيينا فسخت النكاح ثم تزوجها ثانيا فيه قولان . قال في الام : لا يثبت لها الخيار لانها تزوجته مع العلم بحاله فلم يثبت لها الفسوخ كما لو اشترى سلعه مع العلم بعيبها . وقال في الجديد : يثبت لها الفسوخ لأن كل نكاح له حكم نفسه ، ولانها انما تحققت عنته في النكاح الاول ، ويجوز أن يكون عنيينا في نكاح دون نكاح .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : فان قارقتها بعد ذلك ثم راجعها ثم سألت أن يزوجها لم يكن لها ذلك ، وجملة ذلك أن المرأة اذا أصابت زوجها عنيينا فضربت له المدة ورضيت بالمقام معه ثم طلقها وعادت اليه نظرت . فان طلقها طلاقا رجوعيا ثم راجعها وأرادت أن تضرب له المدة ثانيا لم يكن لها ذلك لان الرجعية استصلاح النكاح الاول وليس بتجديد عقد النكاح : وقد رضيت

بمقامها معه في هذا النكاح فلم يكن لها أن تطالب بضرب المدة ، فاعترض المزي
على الشافعي وقال : لا تجتمع الرجعية مع العنة ، لأنه إن كان قد وطئها في هذا
النكاح ، فإنه لا تضرب له مدة العنة لأنه وإن لم يصبها فيه فلا عدة عليها له
ولا رجعة ، قال أصحابنا : يحتمل أن يكون الشافعي رضى الله عنه بنى هذا على
القول التذييم أن الخلوة تثبت العدة ، فكأنه فرضها فيمن خلا بإمراته ولم يطاها
فأصابته عتياً فضربت له المدة ثم اختارت المقام معه ثم طلقها ولم يبتئها ، فإن له
الرجعة عليها لأن الخلوة كالدخول في استقرار المهر بوجوب العدة والرجعة على هذا
ويحتمل أنه بناها على القول الجديد وهو إذا وطئها ولم يغيب الحشفة في الفرج
وأنزل واستدخلت مائه من غير جماع ، فإنه يجب عليها العدة وله عليها الرجعة ،
قال الشيخ أبو حامد : وهذا أصح ، لأن الشافعي رحمه الله ذكرها في الأم ،
وقوله في الأم : إن الخلوة لا تقر المهر ، ولا توجب العدة .

وقال المسعودي : يحتمل أن يكون الشافعي رحمه الله أراد إذا وطئها في دبرها
وإن كان الطلاق بائناً ثم تزوجها بعده فقد تزوجته مع العلم بعيبه ، وهل لها
الخيار ؟ فيه قولان مضى بيانهما .

(فرع) إذا تزوج امرأتين فمن عن إحداهما دون الأخرى ضربت له المدة
التي عن عنها لأن لكل واحدة حكم بعنتها فاعتبر حكمها بانفرادها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجدت المرأة زوجها محبوباً ثبت لها الخيار في الحال ، لأن
عجزه متحقق ، فإن كان بعضها محبوباً وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة :
لا يتمكن من الجماع به . وقال الزوج : أتمكن ؛ ففيه وجهان ،
(أحدهما) أن القول قوله ، لأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فقبل قوله . قالوا
اختلفاً وله ذكر قصير .

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق : أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ،
فإن الذكر إذا قطع بعضها ضعف ، وإن اختلفا في القدر الباقى هل يمكن الجماع به
فالقول قول المرأة ، لأن الأصل عدم الامكان ،

(فصل) إذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها ، أو على نسب فخرج بخلافه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن العقد باطل ، لأن الصفة مقصودة كالمين ، ثم اختلاف العين يبطل العقد ، فكذلك اختلاف الصفة ، ولأنهما لم ترض بشكاح هذا الزوج فلم يصح ، كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت من هو على غير تلك الصفة (والقول الثاني) أنه يصح العقد وهو الصحيح ، لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر ، فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار ، لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة ، فإن خرج دونها فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبداً أو أنه جميل فخرج قبيحا أو أنه عربي فخرج عجميا ، ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به ، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميا وهي عجمية ؛ ففيه وجهان ، أحدهما لها الخيار لأنهما ما رضيت أن يكون مثلها ، والثاني : لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاة .

(الشرح) وإن أصابت المرأة زوجها مجبواً ، فإن جب ذكره من أصله ثبت لها الخيار في الحال ، لأن عجزه متحقق ، وإن بقى بعضه — فإن كان الباقي مما لا يمكن الجماع به — فهو كما لو لم يبق منه شيء ، لأن وجود الباقي كعدمه ، وإن كان الباقي مما يمكن الجماع به ؛ فإن اتفق الزوجان على أن الزوج يقدر على الجماع به فلا خيار لها ، وإن اختلفا فقالت الزوجه : لا يقدر على الجماع به . وقال الزوج بل أقدر على الجماع به ، ففيه وجهان .

أحدهما : أن القول قول الزوج مع يمينه كما لو كان الذكر سليماً .
والثاني : وهو قول أبي إسحاق : أن القول قول الزوج مع يمينها ، لأن الظاهر من قطع بعض ذكره أنه لا يقدر على الجماع به ، فإن ثبت عجزه عن الجماع باقراره أو يمينها ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) حكاه عن الشيخ أبي حامد أن الخيار يثبت لها في الحال ، لأن عجزه متحقق (والثاني) وهو قول القاضي أبي الطيب ولم أجد له إلا ذلك — أنه يضرب له مدة العنين ، لأن

عجزه غير متحقق ، لأنه يقدر على الجماع به فهو كالعنين ، فأما إذا اختلفا في القدر الباقى هل هو بما يمكن الجماع به أو بما لا يمكن الجماع به ، فذكر الشيخ أبو حامد والشيخ أبو إسحاق المروزي والمحاملي أن القول قول الزوجة وجمها واحداً ، لأن الأصل عدم الامكان .

وقال ابن الصباغ : ينبغي أن لا يرجع في ذلك إليها ، وإنما يرجع إلى من يعرف ذلك بصغره أو كبره كما لو ادعت أنه محبوب وأنكر ذلك . وإن أصابت زوجها خصياً أو خنثى قد زال إشكاله — فإن قلنا : لها الخيار — كان لها الخيار في الحال ، سواء كان قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه ، لأن العنة فيه أن النفس تعاف من مباشرته ، وإن قلنا : لا خيار لها وادعت عجزه عن الجماع فأقر بذلك ضربت له مدة العنين وهي سنة .

(فرع) روى المزي عن الشافعى : فإن لم يجامعها الصبي أجل . قال المزي معناه عندي صبي قد بلغ أن يجامع مثله — قال أصحابنا : المزي أخطأ في النقل والتأويل ، أما النقل فإن الشافعى قال في القديم ، وإن لم يجامعها الخصى أجل وقتي الشافعى هذا ، إذا قلنا لا خيار في الخصى وادعت عجزه في الجماع فإنه يؤجل فغلط المزي من الخصى إلى الصبي ، وأما تأويله فغلط أيضاً لأن الصبي لا تثبت العنة في حقه ، لأن العنة لا تثبت إلا باعترافه أو بنكوله عن اليمين ، ونكول يمين الزوجة ، وهذا منعد في حقه قبل أن يبلغ ، لأن دعوى المرأة لا تسمع عليه بذلك قبل بلوغه ، وإن ادعت امرأة المجنون على زوجها العنة لم تسمع دعواها عليه ، لأنه لا يمكنه الجواب على دعواها . وإن ثبتت عنته قبل الجنون فضربت له المدة وانقضت وهو مجنون فلا يجوز للحاكم أن يفسخ النكاح بينهما ، لأنه لو كان عاقلاً لجار أن يدعى الإصابة ويحلف عليها إن كانت ثيباً ، وهذا منعد منه في حال جنونه ، وإن كانت بكرأ فيجوز أن يكون وطنها وزالت بكارتها ثم عادت البكارة أو منعتته عن نفسها فلم يحكم عليه قبل إفاقته .

(مسألة) إذا تزوجت امرأة رجلاً على أنه على صفة فخرج بخلافها . أو على نسب فخرج بخلافه ، سواء خرج أعلى مما شرط أو دون ما شرط فالحكم واحد

بأن تزوج رجلا بشرط أنه طويل ، فيخرج قصيرا . وبشرط أنه قصير فيخرج طويلا ، أو أنه أسود فيأتي أبيض ، أو أنه أبيض فيأتي أسود ، أو أنه موسر فيخرج فقيرا ، أو أنه فقير فيخرج موسرا أو على أنه قرشي فيخرج غير قرشي ؛ أو على أنه ليس بقرشي فيخرج قرشيا ، أو على أنه حر فكان عبدا وكان نكاحه باذن مولاه ، أو على أنه عبد فخرج حرا وكان هذا الشرط في حال العقد ، فهل يصح العقد ؟ فيه قولان .

(أحدهما) أن النكاح باطل ، لأن الاعتناء في النكاح على الصفات والأسماء كما أن الاعتناء في البيوع على المشاهدة ، بدليل أنه لو قال : زوجتك أختي أو ابنتي صح وإن لم يشاهدها الزوج ، كما أنه إذا باعه سلعة شاهدها صح ، ثم اختلف الأعيان يوجب بطلان النكاح والبيع بدليل أنه لو قال : زوجتك ابنتي يا زيد فقبل نكاحها وهو عمر ، أو قال : بعتك عبدي هذا فقال المشتري : قبلت البيع في الجارية لم يصح النكاح والبيع ، فوجب أن يكون اختلاف الصفة يوجب بطلان العقد ، فعلى هذا يفرق بينهما ، فإن لم يدخل بها فلا شيء عليه ، وإن دخل بها وجب لها مهر مثلها .

(والقول الثاني) أن النكاح صحيح ، وبه قال أبو حنيفة وهو الأصح ، لأنه معنى لا يفترق العقد إلى ذكره ، ولو ذكره وكان كما شرط صح العقد ، فإن ذكره وخرج بخلاف ما شرطه لم يبطل العقد كالمهر .

فإذا قلنا بهذا نظرت ، فإن كان الشرط في الصفة ، فإن خرج الزوج أعلى منها شرط في الصفة بأن شرط كونه فقيرا فكان موسرا ، أو أنه شيخ فكان شابا ، لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح لأن الخيار يثبت للنقص ، وهذا زيادة لا نقصان فيه ، وإن خرج أدنى مما شرط ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، لأنه دون ما شرط وإن كان في النسب نظرت ، فإن شرط أنه حر فخرج عبدا وهي حرة ثبت لها الخيار في فسخ النكاح قولاً واحداً ، لأن العبد لا يكافئ الحرة ، وكذلك إذا شرط أنه عربي فخرج عجميا ، وهو من كان من أبوين عجميين وهي عربية ثبت لها الخيار ، لأنه لا يكافئها ، وإن خرج نسبه أعلى من نسبها بأن شرط أنه ليس

من قریش فكان قرشياً فلا خيار لها لانه أعلى مما شرط ، وإن خرج نسبه دون نسبه الذي انتسب اليه ودون نسبها ثبت لها الخيار ، وإن كان مثل نسبها أو أعلى منه ففيه وجهان (أحدهما) لها الخيار ، لأنهما لم ترض بكفو لها (والثاني) وهو المنصوص في الآم : أنه لا خيار لها لانه كفو لها ولا تقهر عليها في ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت ، فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة - وهو ممن يحل له نكاح الأمة - ففي صحة النكاح قولان . فإن قلنا : انه باطل فوطنها لزمه مهر المثل ، وهل يرجع به على الغار فيه قولان ، أحدهما لا يرجع ، لانه حصل له في مقابلته الوطء . والثاني : يرجع : لان الغار الجاه اليه فإن كان الذي غره غير الزوجة رجوع عليه ، وإن كانت هي الزوجة رجوع عليها إذا عتقت ، وإن كان وكيل السيد رجوع عليه في الحال ، وإن أحبلها فضمن قيمة الولد رجوع بها على من غره .

وإن قلنا انه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان . أحدهما لا خيار له لانه يمكنه أن يطلق . والثاني له الخيار وهو الصحيح : لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون .

وقال أبو اسحاق : إن كان الزوج عبداً فلا خيار له قولاً واحداً ، لانه مثلها والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حراً أو عبداً . لان عليه ضرراً لم يرض به ، وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار . فإن فسخ كالحكم فيها كالحكم فيه إذا قلنا : انه باطل .

(وإن قلنا) لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح ، فإن وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر ، لانه لم يرض برقه ، وإن وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك ، لانه رضى برقه ، وإن غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح قولان . فإن قلنا انه باطل ودخل بها وجب مهر المثل . وهل يرجع به على من غره ؟ على القواين . فإن قلنا يرجع فإن كان الغرور من غيرها رجوع بالجميع وإن كان منها ففيه وجهان .

(أحدهما) يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها (والثاني) يبقى منه شيئاً حتى لا يعمرى الوطاء عن بدل . وان قلنا : انه صحيح ، فان كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه ، لم يثبت الخيار ، وان خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار ، وان كان دون نسبه ففيه وجهان .

أحدهما : له الخيار ، لأنه لم يرض أن تكون دونه . والثاني : لا خيار له ، لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة ، فإن قلنا ان له الخيار فاختار الفسخ ، فالحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا : انه باطل ، وان اختار المقام فهو كما قلنا انه صحيح وقد بيناه .

(الشرح) وان تزوج رجل امرأة على أنها حرة فكانت أمة فهل يصح النكاح فيه وجهان وجههما ما ذكرناه في التي قبلها ، وانما يتصور القولان مع وجود أربع شرائط (أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الامة (الثاني) أن يكون القولان مع وجود أربع شرائط .

(أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الامة
(الثاني) أن يكون الشرط في حال العقد قائماً قبله أو بعده فلا يؤثر .
(الثالث) أن يكون للغرور من جهة الامة أو من وكيل السيد : فاما ان كان من السيد فإنها تعتق .

(الرابع) أن يكون النكاح بإذن السيد ، اذا ثبت هذا - فإن قلنا ان النكاح باطل فإن لم يدخل بها فرق بينهما ، ولا شيء عليه ، وان دخل بها ازمه مهر المثل لسيدها : فإذا غرمه فهل يرجع به على من غرمه ؟ فيه قولان مضمي توجيههما ، وان حبست منه وخرج الولد حياً كان حراً للشبهة سواء كان الزوج حراً أو عبداً ويلزمه قيمته لسيدها ، وما قاله المصنف في استرقاق الولد والغرور بالرق فعلى وجهه

(فروع) وان تزوجها على أنها على صفة فخرجت بخلافها ، أو أنها من نسب فخرجت بخلافه ، وكان هذا الشرط حال العقد ، فهل يصح النكاح ؟ فيه قولان سواء خرجت أعلى من الشرط أو دونه ، فإن قلنا ان النكاح باطل ، فان لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه . وان دخل بها ازمه مهر مثلها . وهل يرجع به

على من غره ؟ فيه قولان مضمي بوجهيهما ، فإن قلنا : لا يرجع فلا كلام ، وإن قلنا : يرجع على من غره فغرم ، فإن كان الذي غره وليها وهو واحد رجع عليه بالجميع ، وإن كانوا جماعة فإن غروه بالنسب رجع على جميعهم بالسوية بجميع المهر ، لأن نسبها لا يخفى عليهم ، وإن غروه بصفة غير النسب - فإن كانوا كلهم عالمين بحالها أو كلهم جاهلين بحالها - رجع على جميعهم بالسوية ، لأنه لا مزية لبعضهم على بعض ، وإن كانوا بعضهم عالمين بحالها وبعضهم جاهلين بحالها ، ففيه ونجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) يرجع على الجميع لأن الجميع منهم زوجوه ، وحقوق الاموال لا يسقط بالخطأ .

(والثاني) يرجع على العالم منهم بحالها دون الجاهل ، لأن العالم بحالها هو الذي غره ، وإن كان الذي غره هي الزوجة ففيه وجهان . أحدهما : يرجع عليها بجميع المهر كما قلنا في الاولياء . والثاني : لا يرجع عليها بالجميع بل يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بذل ، فإن قلنا : يرجع عليها بالجميع - فإن كانت قد قبضته منه رده اليه ، وإن لم يقبضه منه لم يقبضه ، بل يسقط أحدهما بالآخر ، وإن قلنا لا يرجع عاها بالجميع - فإن كانت قد قبضت الجميع رجع عليها بما قبضت منه ، وبقي منه بعضه ، وإن لم يقبضه منه أقبضها منه شيئاً وسقط الباقي عنه ، وإن قلنا ان النكاح صحيح ، لأنه لا نقص عليه ، فإن غرته بصفة فخرجت أعلا عما شرطت فلا خيار للزوج لأنه لا نقص عليه ، وإن خرج نسبها دون النسب الذي شرطت ودون نسب الزوج ، أو كان الغرور بصفة فخرجت صفتها دون الصفة التي شرطت فهل له الخيار في فسخ النكاح : فيه قولان .

(أحدهما) له الخيار لأنه معنى لو شرط بنفسه وخرج بخلافه ثبت لها الخيار فيثبت للزوج الخيار كالعيوب .

(والثاني) لا يثبت له الخيار ، لأنه يمكنه أن يطلقها ، ولأنه لا عار على الزوج بكون نسب الزوجه دون نسبه ودون صفته بخلاف الزوجة - فإن قلنا : له الخيار ، فاختر الفسخ - فهو كما لو قلنا : انه باطل ، وإن قلنا لا خيار له أو له الخيار ، فاختر امسأكها لزمه أحكام العقد الصحيح .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فأنكاح صحيح ، والمنصوص أنه لا خيار له . وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار . فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المستأجرين الى الأخرى وجعلهما على قولين .

(أحدهما) له الخيار ، لان الحرية الكتابية أحسن حالا من الأمة ، لان الولد منها حر ، والاستمتاع بها تام ، فاذا جعل له الخيار فيها كان في الأمة والولد منها رقيق ، والاستمتاع بها ناقص أولى .

(والقول الثاني) لا خيار له لان العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يظنه على صفة فخرج بخلافها . فانه لا يثبت له الخيار . فكذلك ههنا . وادا لم يجعل له الخيار في الأمة ففي الكتابية أولى . ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية . ولا خيار له في الأمة . لان في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط . لان الظاهر من لا خيار عليه أنه ولي مسلمة ، وانما التفريط من جهة الولي في ترك الخيار . وفي الأمة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال .

(فصل) اذا اعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار . لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : اعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها . وكان عبدا فاختارت نفسها . ولو كان حراً ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولانه لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر . ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته . وان اعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار . لحديث عائشة رضي الله عنها ولان عليها عاراً وضرراً في كونها تحت عبد . ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار . فثبت به الخيار في استدامته . ولها أن تفسخ بنفسها لانه خيار ثابت بالنص . فلم يفتقر الى الحاكم . وفي وقت الخيار قولان .

(أحدهما) أنه على الفور ، لانه خيار لتقصير فكان على الفور كخيار العيب

في البيع (والثاني) أنه على التراخي ، لأننا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار
المقام أو الفسخ ثم تندم ، فعلى هذا في وقته قولان .
(أحدهما) يتقدر بثلاثة أيام ، لأنه جعل حداً لمعرفة الحظ في الخيار في البيع
(والثاني) أن لها الخيار إلى أن تتمكن من وطئها لأنه روى ذلك عن ابن عمر
وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما ، وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب
وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام
وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن
يسار رضي الله عنهم ، فإن أعتقت ولم تختبر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل
بالمعتق - فإن كان في موضع يجوز أن يخفى عليها العتق - فالقول قولها مع يمينها ؛
لأن الظاهر أنها لم تعلم ، وإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها
لأن ما دعيه خلاف الظاهر ، وإن علمت بالعتق وليكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها
الخيار ، ففيه قولان .

(أحدهما) لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب ، وادعى أنه لم يعلم
أن له الخيار .

(والثاني) أن لها الخيار ، لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم ، وإن
أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذا بلغت ، وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار
إذا عقلت وليس للولي أن يخار ، لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي
كالطلاق ، وإن أعتقت فلم تختبر حتى عتق الزوج ففيه قولان .

(أحدهما) لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو
وجب عليه حد ثم أعتق .

(والثاني) يسقط لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال ، فإن أعتقت وهي في
العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البيئونة بانقضاء العدة ولها
أن تفسخ لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة - فإذا فسخت -
احتاجت أن تستأنف العدة وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لأنها
جارية إلى بنوته ، فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه ، وإن أعتقت تحت
عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان .

أحدهما : أن الطلاق ينفذ ، لأنه صادف الملك . والثاني : لا ينفذ لأنه يسقط
حقها من الفسخ ، فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق ، وإن لم تفسخ حكمتنا بوقوع
الطلاق من حين طلق .

(فصل) وان أعتقت وفسخت النكاح ، فان كان قبل الدخول سقط المهر
لان الفرقة من جهتها ، وان كان بعد الدخول نظرت ، فان كان العتق بعد الدخول
استقر المسمى ، وان كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب
مهر المثل لان العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول
ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه ، وان كانت مفوضة فأعتقت
فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان . ان قلنا يجب بالعقد
كان للمولى لأنه وجب قبل العتق . وان قلنا : يجب بالفرض كان لها لأنه
وجب بعد العتق .

(فصل) وان تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلمها ففيه وجهان . أحدهما
لا خيار لها لأنها دخلت في العقد مع العلم برقه . والثاني : وهو ظاهر النص أن
لها ان تفسخ النكاح لان الرق ليس ينقص في الكفر وانما هو نقص في الإسلام
فبصير كتنقص حدث بالزوج ، فيثبت لها الخيار ، وان تزوج العبد المشرك أمة
فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار ، لانها عتقت
تحت عبد ، وان أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه لا يثبت لها الخيار ، وهو
ظاهر ما نقله المزني ، والنمرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على
إسلام الزوج فاذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم
فتفسخ النكاح فتطول العدة . وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأى وقت
شأت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ (والثاني) وهو قول أبي اسحاق
أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها ، وأنكر ما نقله المزني .

(فصل) اذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة
ورضى بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها اذا فسخت سقط

مهرها ، وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيزدى إثبات
الخيار الى اسقاطه فسقط .

(فصل) وإن أعتق عبد وتحتة أمة ففيه وجهان . أحدهما : يثبت له الخيار
كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبداً ، والثاني : لا يثبت لأن رقها لا يثبت به
الخيار في إبداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته .

(الشرح) خبر بريرة بلفظ المصنف أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي
وصححه من طريق عروة عن عائشة ، وقال ابن القيم في الهدى : حديث عائشة
رواه ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ، وهو يرجح كون زوج بريرة حراً بيد أن
الروايات الثابتة عندنا تخالف ابن القيم فيما ذهب اليه .

وقد اختلف أهل العلم فيما إذا كان الزوج حراً هل يثبت الخيار للزوجة أم لا
فذهب الجمهور إلى أنه لا يثبت ، وجعلوا العلة في الفسخ عدم الكفاءة لأن المرأة
إذا صارت حرة وكان زوجها عبداً لم يكن كفواً لها ، ويؤيد هذا قول عائشة في
حديث الباب ، ولو كان حراً لم يخيرها ، ولكنه تعقب بأن هذه الزيادة مدرجة
من قول عروة كما صرح بذلك النسائي في سننه ، وبينه أيضاً أبو داود في رواية
مالك ، ولو سلم انه من قولها فهو اجتهاد وليس بحجة ، وذهبت العترة والضعبي
والنخعي والثوري والحنفية إلى أنه يثبت الخيار ولو كان الزوج حراً وتمسكوا
أولاً بتلك الرواية التي فيها أنه كان زوج بريرة حراً ، وقد عرفنا عدم صلاحية
ذلك للتمسك به . وما بقي من فروع المسائل في هذه الفصول فعلى وجهه لمن أراد
أن يحيط بها إجمالاً إذ لا حاجة بنا إلى بسطها لأنها تقوم على أساس الرق وقد
تلاشى الرق اليوم وصار الناس يتساوون اليوم في حقوقهم وواجباتهم ، وقد
ضاعت فوارق التفاضل بينهم الا قليلا ، والله الموفق للصواب .

باب في كحاح الماشرك

اذا أسلم الزوجان المشركان على صفة - لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح - أقر على النكاح ، وان عقد بغير ولي ولا شهود ، لانه أسلم خلاق كثير فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنسكتهم ، ولم يسألهم عن شروطه وان أسلمت المرأة من لا تحمل له كلام والاخت لم يقرأ على النكاح ، لانه لا يجوز أن يتدىء نكاحها فلا يجوز الإقرار على نكاحها ، وان أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودى أو نصرانى - فإن كان قبل الدخول - تمجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضاءها فها على النكاح ، وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة .

وقال أبو ثور : ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن شبرمة أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما ، والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لانهما فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فيكانت فسخا ، كسائر الفسوخ .

(الشرح) خبر عبد الله بن شبرمة مرسل لانه من الطبقة الخامسة فى التابعين ومن ثم يؤخذ على المصنف استدلاله به مع استفاضه الروايات المرفوعة وكثرة طرقها ، من ذلك ما رواه البخارى عن ابن عباس قال وكان المشركون على منزلتين من النبي صلى الله عليه وسلم ومن المؤمنين ، كانوا مشركى أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونهم ، ومشركى أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونهم . وكان اذا هاجرت المرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر ، فاذا طهرت حل لها النكاح . وان جاء زوجها قبل أن تنكح ردت اليه .

وأخرج أحمد وأبو داود ومحمد بن الحاتم عن ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً ، وفي لفظ ، رد ابنته زينب على أبي العاص زوجها بنكاحها الأول بعد سنتين ولم يحدث صداقاً ، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه . وفي لفظ ، رد ابنته زينب على أبي العاص وكان إسلامها قبل إسلامه بست سنين على النكاح الأول ، ولم يحدث شهادة لا صداقاً ، رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال فيه ، لم يحدث نكاحاً ، وقال ليس بإسناده بأس .

وقد روى بإسناد ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رد ابنته على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد ، قال الترمذي في إسناده مقال ، وقال أحمد : هذا حديث ضعيف والحديث الصحيح أنه أقرهما على النكاح الأول . وقال الدارقطني : هذا حديث لا يثبت ، والصواب حديث ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها بالنكاح الأول ، وقال الخطابي : حديث ابن عباس أصح من حديث عمرو بن شعيب .

وقال ابن كثير في الإرشاد : هو حديث جيد قوى ، وهو من رواية ابن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس اه . إلا أن حديث داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ضعف أمرها على بن المديني ، وابن اسحاق فيه مقال معروف ، وحديث عمرو بن شعيب أخرجه ابن ماجه أيضاً ، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو معروف بالتدليس ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب كما قال أبو عبيد ، وإنما حملة عن الزرعي وهو ضعيف ، وقد ضعف هذا الحديث جماعة من أهل العلم .

وأخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب أنه بلغه أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية ، فأسلمت يوم الفتح وهرب صفوان من الإسلام ، فبعث إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أماناً ، وشهد حينئذ والطائف وهو كافر وإمراته مسلمة فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حتى أسلم صفوان واستقرت عنده بذلك النكاح . قال ابن شهاب : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحواً من شهر ،

وفي الموطأ عن ابن شهاب : أن أم حكيم ابنة الحرث بن هشام أسلمت يوم الفتح بمكة وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليرزق فارتحلت أم حكيم حتى قدمت على زوجها باليمن ودعته إلى الإسلام فأسلم ؛ وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعه فثبتنا على نكاحهما ذلك .

قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله وإلى رسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقض عدتها ، وأنه لم يبلغنا أن امرأة فرق بينها وبين زوجها اذا قدم وهي في عدتها .

وروى البيهقي عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي وغيرهم عن عدد منهم ، أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامراته هند بنت عتبة كافرة بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب ، وكذلك حكيم بن حزام ، ثم أسلم المرأتان بعد ذلك وأقر النبي صلى الله عليه وسلم النكاح .

وقد استشكل بعض علماء الحديث والفقهاء ما جاء في روايات ابن عباس من قوله « بعد سنتين » وفي الرواية الثانية « بست سنين » ، ووقع في رواية « بعد ثلاث سنين » وأشار ابن حجر في الفتح إلى الجمع فقال : المراد بالست ما بين هجرة زينب وإسلامه ، وبالسنتين أو الثلاث ما بين نزول قوله تعالى « لا هن حل لهم » وقدمه مسلماً ، فإن بينهما سنتين وأشهرًا .

قال الترمذي في حديث ابن عباس أنه لا يعرف وجهه . قال الحافظ : وأشار بذلك إلى أن ردها إليه بعد ست سنين أو بعد سنتين أو ثلاث مشكل لاستبعاد أن تبقى في العدة هذه المدة ، قال : ولم يذهب أحد إلى جواز تقرير المسألة تحت المشرك اذا تأخر إسلامه عن إسلامها حتى انقضت عدتها ، ومن نقل الاجماع في ذلك ابن عبد البر ، وأشار إلى أن بعض أهل الظاهر قال بجوازه ورده بالاجماع المذكور ، وتعقب بشيوت الخلاف فيه قديماً ، فقد أخرجه ابن أبي شيبة عن علي وإبراهيم النخعي بطرق قوية ، وأفتى به حماد شيخ أبي حنيفة ، وأجاب الخطابي عن الاشكال بأن بقاء العدة تلك المدة يمكن . وان لم تجز به عادة في الغالب ،

ولا سيما ان كانت المدة إنما هي سنتان وأشهر ، فان الحيض قد يبطل عن ذات
الاقراء اعراض ، وبمثل هذا أجاب البيهقي .

قال الحافظ : وهو أولى ما يعتمد في ذلك . وقال السهيلي في شرح السيرة :
ان حديث عمرو بن شعيب هو الذي عليه العمل ، وإن كان حديث ابن عباس
أصح إسنادا لكن لم يقل به أحد من الفقهاء ، لأن الاسلام قد كان فرق بينهما ،
قال الله تعالى « لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ، ومن جمع بين الحديثين قال :
معنى حديث ابن عباس ردعا عليه على النكاح الأول في الصداق والحباء ، ولم
يحدث زيادة على ذلك من شرط ولا غيره اه .

وقد أشار إلى مثل هذا الجمع ابن عبد البر ، وقيل : إن زينب لما أسلمت وبقي
زوجها على الكفر لم يفرق النبي صلى الله عليه وبينهما إذ لم يكن قد نزل تحريم نكاح
المسلمة على الكافر ، فلما نزل قوله تعالى (لا هن حل لهم) الآية أمر النبي صلى
الله عليه وسلم ابنته أن تمتد فوصل أبو العاص مسالما قبل انقضاء العدة ، فقررها
النبي صلى الله عليه وسلم بالتمسك الأول فيندفع الاشكال ؛ وحديث عمرو بن
شعيب تعضده الأصول ، وقد صرح فيه بوقوع عقد جديد ، والاخذ بالصرح
أولى من الاخذ بالمحتمل ، ويؤيده مخالفة ابن عباس لما رواه كما حكى ذلك عنه
البخارى . قال الحافظ ابن حجر : وأحسن المسالك في تقرير الحديثين ترجيح
حديث ابن عباس كما رجحه الأئمة ، وحمله على تطاول العدة فيما بين نزول آية
التحريم واصلام أبي العاص ، ولا مانع من ذلك ، وأغرب ابن حزم فقال : إن
قوله : ردعا اليه بعد كذا ، مراده جمع بينهما ، وإلا فالسلام أبي العاص كان قبل
الحديبية ، وذلك قبل أن ينزل تحريم المسلمة على المشرك هكذا زعم .
قال الحافظ ابن حجر : وهو مخالف لما أطبق عليه أهل المغازي أن إسلامه
كان بعد نزول آية التحريم .

وقال ابن القيم في الهدى ما حاصله : إن اعتبار العدة لم يعرف في شيء من
الإحاديث ؛ ولا كان النبي صلى الله عليه وسلم يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا
ولو كان الاسلام بمجرد فرقة ، لكانت طليقة بائنة ولا رجعة فيها ، فلا يكون
الزوج أحق بها اذا أسلم ، وقد دل حكمه صلى الله عليه وسلم أن النكاح موقوف

فإن أسلم الزوج قبل انقضاء العدة فهي زوجته ، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وإن أحببت انتظرته ، وإذا أسلمت كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح ، قال : ولا يعلم أحداً جدد بعد الإسلام نكاحه البتة ، بل كان الواقع أحد الأمرين إما افتراقهما ونكاحها غيره وإما بقاءهما على النكاح الأول إذا أسلم الزوج ؛ وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم في عهده ، وهذا كلام في غاية الحسن والمنانة . قال : وهذا اختيار الحلال وأبي بكر صاحبيه وابن المنذر وابن حزم ، وهو مذهب الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم ،

قال ابن حزم : وهو قول عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وابن عباس ثم عد آخرين ، وقد ذهب إلى أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها لم تنكح حتى تحيض وتطهر - ابن عباس وعطاء و طاوس والثوري وفقهاء الكوفة ووافقهم أبو ثور واختاره ابن المنذر واليه جنح البخاري ، وشرط أهل الكوفة ومن وافقهم أن يعرض على زوجها الإسلام في تلك المدة فيمتنع إن كانا معاً في دار الإسلام وقد روى عن أحمد أن الفرقة تقع بمجرد الإسلام من غير توقف على رضی العدة كسائر أسباب الفرقة من رضاع أو خلع أو طلاق .

قال في البحر : إذا أسلم أحدهما دون الآخر انفسخ النكاح إجماعاً ثم قال بعد ذلك : ومذهب الشافعي ومالك وأبي يوسف على أن الفرقة بإسلام أحدهما فسخ لا طلاق إذ العلة اختلاف الدين كالردة . وقال أبو العباس وأبو حنيفة ومحمد : بل طلاق حيث أسلمت وأبى الزوج ، إذ امتناعه كإطلاق قلنا بل كالردة اهـ .

وجملة ما أوردنا في هذا البحث أن أهل الشرك أنكحتهم صحبيته وطلاقهم واقع ويبنى على هذا أنه إذا نكح مشرك مشركة وطلقها ثلاثاً لم تحمل له إلا بعد زوج ، ولو نكح مسلم ذميه ثم طلقها ثلاثاً ثم نكحها ذمياً ودخل بها وطلقها الذمى حلت للمسلم الذي طلقها بعد انقضاء عدتها ، فيتعلق بأنكحتهم سائر الأحكام التي تتعلق بأنكحة المسلمين ، وبه قال الزهري والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك : أنكحة أهل الشرك باطلة فلا يتعلق بها حكم من أحكام النكاح الصحيح ؛ وحكاها أصحابنا الحراسانيون قولاً آخر للشافعي .

دليلنا قوله تعالى « وقالت امرأة فرعون ، وقوله تعالى « ثبت يداي لأبي لوط
وتب - إلى قوله - وإمرأته حمالة الحطب ، فأضاف إمرأتهما اليهما وحقبة
الإضافة تفتضى الملك ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ولدت من نكاح
لا من سفاح ، وكان مولوداً في الشرك .

إذا ثبت هذا فإن أسلم الزوجان المشركان معاً - فإن كانا عند إسلامهما يجوز
ابتداء النكاح بينهما أقرأ على نكاحهما الأول ؛ وإن كانا عقداً بغير ولي ولا شهود
لأنه أسلم خلق كبير وأقرم النبي صلى الله عليه وسلم على أنكحتهما ، ولم يسأل عن
شروطها ، وإن كان لا يجوز لها ابتداء النكاح بينهما ، فإن كانت محرمة عليه
بنسب أو رضاع أو صهارة أو معتدة عنه لأنه لا يجوز لها ابتداء النكاح فلا يجوز
إقرارهما عليه .

قال أصحابنا : فإن أسلم الزوج والزوجة كتابية أقرأ على النكاح لأنه يجوز
للمسلم ابتداء النكاح على الكتابية فأقرأ عليه ، وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين
أو المجوسيين أو أسلم الزوج ولم تسلم الزوجة ، فإن كان قبل الدخول انفسخ
النكاح ، وإن كان بعد الدخول وقف النكاح ، وإن أسلم الكافر منهما قبل انقضاء
عدة الزوجة أقرأ على النكاح ، وإن لم يسلم الكافر منهما حتى انقضت عدة الزوجة
بانت منه من وقت إسلام المسلم منهما ، ولا فرق بين أن يكون ذلك في دار الإسلام
أو في دار الحرب ، وبه قال أحمد .

وقال مالك : إن كانت هي المسلمة فكما قلنا ، وإن كان هو المسلم عرض عليها
الإسلام في الحال ، فإن أسلمت والا انفسخ نكاحها ، وقال أبو بكر رضي الله عنه
إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة بكل حال .

وقال أبو حنيفة : إن كان في دار الحرب وكان ذلك بعد الدخول فالنكاح
موقوف على انقضاء العدة كقولنا ، وإن كان في دار الإسلام فسواء كان قبل
الدخول أو بعده فإن النكاح لا ينفسخ بل يعرض على المتأخر منهما الإسلام ،
فإن أسلم فهما على الزوجية ، وإن لم يسلم فرق بينهما بتطليقة ، وإن لم يعرض
الإسلام على المتأخر منهما وأقاما على الزوجية مدة طويلة فهما على النكاح .
دليلنا ما روينا من الأخبار التي تفيد بمنطوقها أن الناس كانوا يسلمون على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما ؛ والعدة لا تكون الا بعد الدخول ، ولم يفرق بين أن أسلم الرجل أولاً أو المرأة ، وبين أن يكون في دار الاسلام أو في دار الحرب ، فإن أسلم الزوجان في حالة واحدة قبل الدخول لم يفسخ نكاحهما لانه لم يسبق أحدهما الآخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أسلم الحر وتحتته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه ، لزمه أن يختار أربعاً ممنهن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه ، أن غيلان أسلم وتحتته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار ممنهن أربعاً ، ولأن ما زاد على أربع لا يجوز اقرار المسلم عليه ، فإن امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير ، لانه حق توجهه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه ، فإن أغمى عليه في الحبس خلى الى أن يفيق لانه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار ، فخلى كما يخلى من عليه دين اذا أسر به ، فان أطاق أعيد الى الحبس والتعزير الى أن يختار ، ويؤخذ بنفقة جميعهن الى أن يختار لانهن محبوسات عليه بحكم النكاح ، والاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء الأربع ، فيفسخ نكاح البواقي ، او يقول : اخترت فراق هؤلاء ، فيثبت نكاح البواقي ؛ وان طلق واحدة ممنهن كان ذلك اختياراً لنكاحها ، لأن الطلاق لا يكون الا في زوجة ، وان ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختياراً لانه قد يخاطب به غير الزوج ، وان وطئ واحدة فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز الا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار .

(والثاني) وهو الصحيح — أنه ليس باختيار لانه اختيار للنكاح فلم يجوز بالوطء كالرجعة ، وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لان الاختيار كالنكاح فلم يجوز تعليقه على الصفة ولا في غير معين ، وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ لا يجوز

تعليقه على الصفة ، ولأن الفسخ انما يستحق فيها زاد على أربع ، وقد يجوز أن لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ ، وان قال : كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص ، لأنه قال : وان قال : كلما أسلمت واحدة منسكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكف شيئا الا أن يريد به الطلاق ، فدل على أنه اذا أراد الطلاق صح ، ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه لا يصح ، لان الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية ، والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة ، وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك ، وأراد بهذا القول الطلاق فإنه يصح ، لأنه طلاق لا يتضمن اختياراً لجاز تعليقه على الصفة ، وان أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره ، لان الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة ، وان أسلم وأحرم ، فالنكاح هو أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من جعلها على قولين . أحدهما لا يصح كما لا يصح نكاحه . والثاني : يصح كما تصح رجعتة ، ومنهم من قال : ان أسلم ثم أحرم ثم أسلم لم يجز ان يختار قولا واحداً ، لانه لا يجوز ان يتبدى النكاح وهو محرم ، فلا يجوز ان يختاره ، وحمل النص عليه ، واذا أسلم ثم أسلم ثم أحرم فان له الخيار ، لأن الاحرام طراً بعد ثبوت الخيار .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه احمد وابن ماجه والترمذي عن الزهري عن سالم عن ابن عمر ، وزاد احمد في رواية د فلما كان في عهد عمر طاق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فبلغ ذلك عمر فقال : اني لا أظن الشيطان فيها يسترق من السمع سمع بموتك فقدفه في نفسك ، ولعلك لا تمسك الا قابلاً ، وايم الله ان تراجعن نساءك وترجعن مالك او لا ورثتك منك . ولا تمرن بغيرك ان يرجم كما رجم قبر ابي رغال ، وابو رغال كما كتبت في سنن ابي داود ودلائل النبوة عن ابن عمر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجنا معه الى الطائف فررتنا بقبر فقال : هذا قبر ابي رغال وهو ابو ثقيف وكان من نمود ، وكان بهذا

الحرم يدفع عنه : فلما خرج منه أصابته النقمة التي أصابت قومه بهذا المكان فدفن فيه ، الحديث .

أما قول الجوهري بأنه كان دليلاً للحبشة حين توجهوا إلى مكة فمات في الطريق - غير معتد به ، وكذا قول ابن سيدة في المخصص أنه كان عبداً لشعيب وكان عشيراً جائراً ، وقد سبق لنا الكلام على إسناد الحديث وما في وهم معمر وتفردته والعطل في الخبر .

أما الأحكام : فإذا أسلم الرجل وتحتته أكثر من أربع زوجات فأسلمن معه في العدة أو كن كتابيات ، لزمه أن يختار أربعاً منهن ، ويفارق ما زاد سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقود ، وسواء اختار من نكاحها أولاً أو آخرها ، وبه قال مالك وأحمد ومحمد بن الحسن . وقال الزهري وأبو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح التخيير بحال ، بل إن كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الجميع ، ولا يحل له واحدة منهن إلا بعقد مستأنف ، فإن تزوجهن بعقود لزمه نكاح الأربع الأولى ، وبطل نكاح من بعدهن . دليلنا ما روى عن غيلان بن سلمة في قصة إسلامه التي أتينا عليها قبل .

(فرع) إذا أسلم وتحتته أكثر من أربع نسوة وأسلمن فقد ذكرنا أنه يجب عليه أن يختار الأربع منهن لقوله صلى الله عليه وسلم اغيلان : اختر أربعاً ، وهذا أمر ، والأمر يدل على الوجوب ؛ فإن لم يختار أجبره الحاكم على الاختيار ، لأنه لا يجوز له أن يمسك أكثر من أربع ويحبسه ليختار ، فإن لم يفعل أخرجه وضربه جلدات دون أقل الجلد ، فإن لم يختار أعاده إلى الحبس ، فإن لم يفعل أخرجه وضربه ثانياً وعلى هذا يتكرر عليه الحبس والضرب إلى أن يختار ، لأن هذا حق يتعين عليه ، فهو كما لو كان عليه دين وله مال ناض أخفاه فإنه يجلس ويعزر إلى أن يظهره ليقضى به الدين ، ويجب عليه أن ينفق على جميعهن إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه ، فإن جن في حال الحبس أطلق سراحه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار ، فإذا أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير ، ولا ينوب الحاكم عنه في الاختيار ؛ لأنه اختيار شهوة فلم يذب عنه الحاكم .

فإن قال لأربع منهن : اختر تكن أو اخترت نكاحيكن أو اخترت حبسكن

أو أمسكتك أو أمسكت نكاحك أو أثبت نكاحك أو أثبت عقدك لزوم نكاحهن وانفسخ نكاح ما زاد عليهن .

وإن قال لواحدة أو لما زاد على أربع : فسخت نكاحك وانفسخ نكاحك ولزم نكاح الأربع الباقيات . وإن طلق واحدة أو أربعاً وقع عليها وكان ذلك اختياراً لها للزوجة ، لأن ذلك يتضمن الاختيار لأن الطلاق لا يقع إلا في زوجة وإن قال لواحدة فارتك أو اخترت فارتك فذكر الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق أن ذلك يكون اختياراً وانفسخ نكاحها

وقال القاضي أبو الطيب : يكون ذلك اختياراً لها للزوجة فيقع عليها الفرقة ويعتد بها من الأربع الزوجات ، لأن الفراق صريح في الطلاق ، فلما كان الطلاق في واحدة ممنه اختياراً لزوجيتها فكذلك لفظ الطلاق صريح في الطلاق . قال ابن الصباغ : وهذا وإن كان مبنيًا على هذا الأصل إلا أنه مخالف للسنة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغيلان اختر ممن أربعاً وفارق سائرهن . وكذلك حديث نوفل بن معاوية حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم أمسك أربعاً وفارق الأخرى — رواه الشافعي وفي إسقاطه مجهول — لأن الشافعي يقول حدثنا بعض أصحابنا عن أبي الزناد عن عبد المجيد بن سهل عن عوف بن الحارث عن نوفل بن معاوية .

وهل يكون لفظ الفراق صحيحاً كما قلنا إنه صريح في الطلاق ، فيكون صريحاً في الطلاق وفي الفسخ لأنه حقيقة فيهما ويتخصص بالموضع الذي يقع فيه . فإن كان ظاهر من واحدة ممنه أو آلى منها لم يكن ذلك اختياراً لها ، لأنه قد يخاطب به غير الزوجة . وإن وطئ واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) يكون ذلك اختياراً للنكاح ، لأن الظاهر أنه لا يباطل إلا من يختارها للنكاح كما قلنا في البائع إذا وطئ الجارية المبيعة في حال الخيار فإنه فسخ للبيع .
(والثاني) لا يكون ذلك اختياراً لها ، لأن ما يتعلق به أصل طلاق النكاح لا يكون بالوطء كالرجعية ، فإذا قلنا إنه اختيار للموطوءة للنكاح فوطئ أربعاً ممنه لزم نكاحهن وانفسخ نكاح البواقي . وإذا قلنا لا يكون اختياراً للنكاح

فلنأله : اختر أربعا ، فإن اختار الموطوءة فلا شيء عليه ، وإن اختار أربعا غير
الموطوءة لزمه للموطوءة مهر مثلها

* * *

(فرع) وإن قال : كلما أسلمت واحدة منسكن فقد اخترت نكاحها لم يصح ،
لأن الاختيار كابتداء العقد ، فلا يجوز تعليقه على صفة . قال الشافعي رضي الله
عنه : كلما أسلمت واحدة منسكن فقد اخترت فسخ نكاحها . لم يكن شيئا إلا أنه
يريد طلاقا ، وجملة ذلك أن الرجل إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع زوجات
فقال : كلما أسلمت واحدة منسكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فإن أراد به الفسخ
لم يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفات ؛ فهو كما لو أسلمن وقال لكل
واحدة : إذا طلعت الشمس فقد فسخت نكاحك ،

وإن نوى به الطلاق ، أو قال كلما أسلمت واحدة منسكن فهي طالق ، فاختلاف
أصحابنا فيه ، فمنهم من قال بظاهر كلام الشافعي ، وقال يصح ذلك لأن الطلاق
يصح تعليقه على الصفات ، فإذا أسلم أربع منهن وقع عليهن الطلاق ، وكان ذلك
اختيارا للزوجتين ، ومنهم من قال لا يصح ولا يتعاق بهذا حكم
قال الشيخ أبو حامد ، وهو المذهب ، لأن هذا يتضمن اختيارا للزوجة .
والاختيار لا يصح تعليقه بالصفة ، ومن قال بهذا تناول كلام الشافعي
ثلاثة تأويلات .

(أحدهما) أنه إذا أسلم الرجل وليس عنده إلا أربع زوجات حرائر وتأخر
لإسلامهن فقال كلما أسلمت واحدة منسكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فإن أراد
به الفسخ لم يصح لأن الفسخ لا يصح إلا فيمن تفضل عن الأربع ، وإن أراد به
الطلاق صح لأنه يلزمه نكاح جميعهن والطلاق يصح تعليقه بالصفات

(والثاويل الثاني) أنه أراد إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع زوجات ، فنكحها أسلمت
واحدة منهن قال لها فسخت نكاحك ونوى به الطلاق فيصح ذلك ويكون طلاقا
واختيارا لها ، فيكون الشرط من كلام الشافعي لا من كلام الزوج ،

والتأويل الثالث : أنه أراد إذا أسلم رجل وعنده ثمانى زوجات فأسلم أربع منهن فاختار نكاحهن لزمه نكاحهن ، ثم قال بعد ذلك للباقيات : كلما أسلمت واحدة منهن فقد اخترت فسخ نكاح واحدة من زوجاتي اللاتي اخترت نكاحهن فإن أراد به الفسخ لم يصح ، وإن أراد به الطلاق صح ، فكلما أسلمت واحدة من الباقيات طلقت واحدة من الزوجات .

قال ابن الصباغ : والطريقة الأولى أظهر والتأويل يبعد ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالصفات والاختيار تابع .

(فرع) وإن أسلم وأسلم ثم ارتد لم يصح اختياره ، وكذلك إذا رجعت إلى الردة لم يصح اختيارهن ولا واحدة منهن ، لأن الردة تنافي ابتداء الفكاح فكذلك الاختيار ، وإن أسلم وأحرم فالمنصوص أنه يصح اختياره كما تصح رجوعته ، ومنهم من قال : إن أسلم وأحرم فالمنصوص في الأم أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : لا يصح اختياره كما لا يصح نكاحه . والثاني : يصح اختياره كما تصح رجوعته ، ومنهم من قال : إن أسلم وأحرم ثم أسلم لم يصح اختياره كما لا يصح نكاحه ، وإن أسلم وأسلم ثم أحرم صح اختياره ، لأن الإحرام طراً بعد ثبوت الاختيار .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه ؛ لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه ، وتجب على جميعهن العدة ، لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات ، فن كانت حاملاً اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، ومن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بالأقصى من الأجلين من ثلاثة أقراء ، أو أربعة أشهر وعشر ، ليستقط الفرض بيقين وبوقت ميرات أربع نسوة إلى أن يصطلحن ، لانا نعلم أن فيهن أربع زوجات ، وإن كان عددهن ثمانية لجاء أربع يطالبن الميراث لم يدفع اليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن ، وإن جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لأن فيهن زوجة بيقين ، ولا يدفع اليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليمكن

هرف البائي إلى بائي الورثة ، وإن جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف لأن فيهن زوجتين بيقين ؛ وعلى هذا القياس ، وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان .
(أحدهما) وهو قول أبي القاسم الداركي انه لا يوقف شيء ، لأنه لا يوقف إلا ما يتحقق استحقاقه ويجعل مستحقه ، وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز ان تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن .

(والثاني) يوقف لأنه لا يجوز ان يدفع إلى باقى الورثة إلا ما يتحقق انهم يستحقونه ، ويجوز ان يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقى الورثة .

(الفرح) الأحكام : اذا سلم رجل حر وعنده اكثر من اربع زوجات حرائر واسلم معهما ، مات قبل ان يختار اربعا ، فإن الوارث لا يقوم مقامه في الاختيار لأنه اختيار شهوة ، والوارث لا ينوب منابه في الشهوة فلزم من العدة فإن كن حوامل لم تنقض عدتهن إلا بوضع الحمل ، لان من كانت منهن زوجة فهي متوفى عنها زوجها ، وعدة المتوفى عنها زوجها تنقض بوضع الحمل ، وإن كن حوامل - فإن كن من ذوات الشهور - لم تنقض عدتهن الا بأربعة اشهر وعشر لأن من كانت منهن زوجة فهي موطوءة بشبهة فعدتها ثلاثة اشهر ، ولا تنقص الزوجات من غيرهن فلزم من اربعة اشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ، وان كن من ذوات الاقراء لزم كل واحدة منهن ان تعتد بأقصى الاجلين من اربعة اشهر وعشر او ثلاثة اقراء ، لان عدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر وعدة الموطوءة بشبهة ثلاثة اقراء .

فإن كانت قبل مضي اربعة اشهر وعشرا لزمها استكمال العدة اربعة اشهر وعشرا ليسقط الفرض بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من خمس صلوات لا يعرفها بعينها ، وان كان بعضهم حوامل وبعضهم من ذوات الشهور ؛ وبعضهم من ذوات الاقراء لزم كل واحدة حكم نفسها فيها ذكرنا من ذلك ويوقف لمن من ماله ميراث اربع زوجات وهو الربع مع عدم الولد والثمن مع الولد ، لأن فيهن اربع زوجات بيقين ، وان لم يعرفن بأعيانهن ، فإن اصطالحن فيه ، فإن كن ثمان نسوة فأخذت كل واحدة منهن ثمن الموقوف او تفاضلن فيه برضاهن صح عن

الشافعي رضى الله عنه ، فإن كان فيهن مولاة عليها إما لأنها صغيرة أو مجنونة لم يصح لولائها أن يصالح عنها بأقل من ثمن الموقوف لأنها تستحق هذا القدر في الظاهر ، فلا يجوز أن يصالح عنها على أقل منه .

قال الشافعي رضى الله عنه في الام : فإن جاءت منهن واحدة إلى الحاكم قطب حقتها من الميراث لم يدفع اليها شيء لأنه يمكن أن لا تكون زوجة وكذلك إن جاء اثنتان أو ثلاث أو أربع فإن جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لانا نتيقن أن فيهن زوجة .

قال أكثر أصحابنا : إلا أنه لا يدفع ذلك اليهن إلا بشرط أنه لم يبق لمن حق في الباقي من الموقوف ليمكن صرفه إلى الثلاث الباقيات إن طلبته لأنه إذا لم يشترط عليهن ذلك كان حقه من متعلقاً به فيؤدى إلى أن يأخذن نصيب زوجة يتيقن ، وحقن بالباقي ، وكذلك إن جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقي إلى الأخيرتين إن طلبته ، وإن جاء سبع منهن دفع اليهن ثلاثة أرباع الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقي منه إلى الثامنة إن طلبت ذلك .

قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، وذلك أن من يعطى من الميراث اليقين لا يسقط بذلك حقه مما يجوز أن يستحقه كما لو خلف زوجة وحملانا تعطى الزوجة اليقين ، ونوقف الباقي ، ولا يسقط حقه منه ، وإن أسلم وتحتته أربع زوجات كتابيات وأربع وثنيات فأسلم الوثنيات معه ثم مات قبيل أن يختار ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يوقف شيء من تركته بل يدفع الجميع إلى باقي ورثته لأنه لا يوقف إلا ما يتيقن استحقاقه على باقي الورثة ، ويجهل من يستحقه ، ومهما يجوز أن يكون الزوجات هن الكتابيات (والثاني) يجوز أن يكون المسلمات هن الزوجات .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أسلم وتحتته اختان ، أو امرأة وعمتها ، أو امرأة وخالتها ، وإسلامتا معه لزمه أن يختار أحدهما ، لما روى أن ابن الديلمى أسلم وتحتته اختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى ، وإن أسلم

وثخته أم وبنت وأسلطنا معه ؛ لم يخل إما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت أو بالبنت دون الأم ، فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان .

(أحدهما) بمسك البنت وتحريم الأم ، وهو اختيار المزني ، لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح ، بدليل أنه يقر عليه والام تحرم بالعقد على البنت ؛ وقد وجد العقد ، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم ، ولم يوجد الدخول ، (والقول الثاني) وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما ، لأن عقد الشرك إنما ثبت له الصحة إذا انضم إليه الاختيار ؛ فإذا لم يتضمن إليه الاختيار فهو كالعدوم ، ولهذا لو أسلم وعنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليهما ولم يعقد على الأخرى ، فإذا اختار الأم صار كأنه عقد عليهما ولم يعقد على البنت ، وإذا اختار البنت صار كأنه عقد عليهما ولم يعقد على الأم ، فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت الأم على التأييد ، لأنها أم إمرأته ، وإن اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت إمرأة لم يدخل بها ، وإن دخل بها حرمت البنت بدخوله بالأم وأما الأم فإن قلنا : إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعنتين بالعقد على البنت وبالدخول بها .

وإن قلنا : إنها لا تحرم بالعقد حرمت بعدة وهي الدخول ، وإن دخل بالأم دون البنت - فإن قلنا : إن الأم تحرم بالعقد على البنت - حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم ، وإن قلنا : إن الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم ، وإن دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت في أحد القولين بالعقد وبالدخول ، وفي القول الآخر بالدخول .

(الشرح) حديث ابن الديلمي لعنه فيروز في رواية ابته الضحاك عند الشافعي وأحمد والرمزي وحسنه والدارقطني وابن حبان وصححه ، عن الضحاك عن أبيه قال دأسلت وعندى امرأتان أختان فأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أطلق إحداهما ، وفي لفظ الترمذي داختر أيتهما شئت .

فاذا أسلم وعنده أختان احترار احدهما وفارق الاخرى وكذلك اذا أسلم وعنده امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتنا احدهما لأنه لا يجوز الجمع بينهما فهما كالاختين ، وقد مضى كلامنا على الاحاديث الواردة في ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أسلم وتحتته أربع اماء فأسلمن معه فان كان من يحل له نكاح الامة اختار واحدة ممنه لان يجوز أن يبتدىء نكاحها لجاز له اختيارها كالحرة وان كان من لا يحل له نكاح الامة لم يحز أن يسك واحدة ممنه .

وقال أبو ثور : يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ ، لانه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والاخت ويخالف الرجعة ، لان الرجعة سد ثلمة في النكاح ، والاختيار اثبات النكاح في المرأة ، فصار كابتداء العقد ، وان أسلم وتحتته اماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة ممنه ، لان وقت الاختيار عند اجتماع اسلامه واسلامن ، وهو في هذا الحال من يجوز له نكاح الامة ، فكان له اختيارها ، وان أسلم بعضهم وهو موسر وأسلم بعضهم وهو معسر ، فله أن يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو معسر ، ولا يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو موسر اعتباراً بوقت الاختيار .

(فصل) وان أسلم وعنده أربع اماء فأسلمت ممنه واحدة ، وهو من يجوز له نكاح الإمام فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر اسلام البواقي ليختار من شاء ممنه ؛ فان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك ، لان الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها ، وليس ههنا فضل ، فان خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة ، وبطل الفسخ ، وان أسلمن فله أن يختار واحدة ، فان اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ، ففيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح ، وباسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها ، فنبت فيها الفسخ

(والثاني) وهو المذهب — أن له أن يختار نكاحها لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته ، فكان وجوده كعدمه ، كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها ،

(فصل) وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة ، فلا يجوز أن يختارها ، فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معاً ، وإن انقضت العدة ولم تسلم بانث باختلاف الدين ، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يسكنها .

(فصل) وإن أسلم عبد وتحتة أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة .

(الشرح) قوله : سد الثلثة يعني جبر الخليل يقال ثلثته أنامه وبابه ضرب وفي السيف ثلم وفي الإناء ثلم إذا كسر من شفته .

أما الأحكام : فإنه إذا أسلم الحر وتحتة أربع زوجات أماء وأسلمن معه بعد الدخول ، فإن كان عادماً أطول حرة غائبةً للعنت لزمه أن يختار واحدة ممنهن ، وإن كان واجداً أطول حرة أو أمناً من العنت لم يجز له أن يختار ممنهن واحدة . وقال أبو ثور : له أن يختار واحدة ممنهن بكل حال ، لأن الاختيار ليس بابتداء نكاح وإنما هو كالرجعة ، وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز له النكاح الأمة ، فلا يحل له اختيار نكاحها كالمعتدة .

إذا ثبت هذا : فإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن معه حتى اعسر فله أن يختار واحدة ممنهن اعتباراً بوقت اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى ايسر لم يكن له أن يختار واحدة ممنهن ، وإن اجتمع إسلامه وإسلام بعضهن وهو موسر واجتمع إسلامه وإسلام بعضهن وهو معسر فله أن يختار من اجتمع إسلامه وإسلامهن في حال الإعسار دون يساره ، وإن أسلم وأسلمت واحدة ممنهن وتخلف ثلاث في الشرك فله أن يختار المسلمة ، وله أن ينتظر إسلام

الثلاث الباقيات ، لأنه قد يكون له غرض في ذلك ، فإن اختار نكاح المسلمة
 أزمه نكاحها ، فإن لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن من وقت
 اسلامهن وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، وإن أسلمن قبل انقضاء عدتهن
 انفسخ نكاحهن وقت اختيار الأولة ، وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، فإن
 ماتت المسلمة بعد اختيار نكاحها فليس له أن يختار واحدة من الباقيات ، وإن لم
 يختار المسلمة الأولة نظرت ، فإن لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن أزمه نكاح
 المسلمة وانفسخ نكاح الباقيات من وقت اسلامه وابتداء عدتهن من ذلك الوقت
 وهكذا لو أسلم وتحتة ثمان نسوة دخل بهن وأسلم منهن أربع وتختلف أربع فله أن
 يختار نكاح الأربع المسلمات ، وله أن ينتظر اسلام الباقيات ، فإذا اختار كان
 الحكم في وقت الفسخ ووقت العدة ما ذكرناه في التي قبلها ، فإن طلق الأمة
 المسلمة أولا أو الأربع الحرائر المسلمات قبل اسلام الباقيات صح طلاقه ، وكان
 ذلك اختياراً لمن طلق ، وإن أراد أن يفسخ نكاح المسلمة أولا أو الأربع
 المسلمات قبل اسلام الباقيات لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ إنما يكون فيمن فضل
 عن يلزمه نكاحه ، ويجوز أن لا يسلم الباقيات ، فيلزمه نكاح من قد أسلم ، فإن
 خالف وفسخ نكاح من أسلم نظرت ، فإن لم يسلم الباقيات لم يصح الفسخ وازمه
 نكاح من فسخ نكاحه . وإن أسلم الباقيات نظرت ، فإن اختار نكاح واحدة من
 الثلاث الاماء أو الأربع الحرائر المسلمات لزمه نكاح من اختار نكاحه
 وانفسخ نكاح الباقيات ، وإن اختار نكاح الأمة المسلمة أو الأربع الحرائر أولا
 ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح اختياره ، لأن فسخه الاول لم يحكم بصحته .

(والثاني) لا يصح ، لأننا إنما لم يحكم بصحة فسخه لأنها لم تكن فاضله عن
 يلزمه نكاحها ، وباسلام الباقيات صار من فسخ نكاحها فاضلا والاول أوضح .

(مسألة) إذا نكح الحر ثمانى زوجات في الشرك ، فأسلم وأسلم منهن أربع
 وتختلف أربع ، ثم مات الأربع المسلمات أو بعضهن ثم أسلم الأربع الباقيات قبل
 انقضاء عدتهن ، فله أن يختار الأربع الموقى للنكاح ، لأن الاختيار ليس هو

ابتداء عقد ، وإنما يتعين به من كانت زوجة ولأن الاعتبار بالاختيار حال ثبوته وقد كن أحياء ذلك الوقت .

(فرع) إذا تزوج وثنية ثم أسلمت وتخلف الزوج في الشرك فتزوج أختها فان أسلم بعد انقضاء عدة الأولة انفسخ نكاح الأولة وثبت نكاح الثانية إن أسلمت معه قبل انقضاء عدتها ، وإن أسلم الزوج قبل انقضاء عدة الأولة وأسلمت معه الثانية ، اختار أيتهما شاء .

* * *

(فرع) إذا كان تحتها ثمان زوجات فأسلم وأسلمن معه — فقد قلنا : إذا طلق واحدة كان ذلك اختياراً لزوجيتها ، وإن ظاهر من واحدة أو آلى منها أو قذفها لم يكن ذلك اختياراً لها ، لأنه قد يخاطب به غير الزوجة ، فيكون ذلك موقوفاً — فإن لم يختار التي ظاهر منها أو آلى لم يصح ظهاره ولا إيلأؤه ، وإن اختارها للنكاح تبين أن ظهاره أو إيلأؤه صحيح .

وأما المقدوفة : فإن لم يختارها للنكاح ، وجب عليه الحد بقذفها ، ولا يسقط إلا بالبينة ، وإن اختارها للنكاح تبين أنها كانت زوجة ، وله أن يسقط حد قذفها بالبينة أو باللعان ، وإن أسلم وتخلفن في الشرك فطلق واحدة منهن أو ظاهر منها أو آلى أو قذفها ، فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن لم يكن لطلاقه وظهاره وإيلأؤه حكم ، ويجب عليه التمييز للمقدوفة ، وإن أسلمن قبل انقضاء عدتهن .

قال الشيخ أبو حامد الأسفراييني : فإن اختار التي طلق أو ظاهر منها أو آلى وقع عليها الطلاق والظهار والإيلأء . ويلزمه التمييز بقذفها ، وله أن يسقطه بالبينة أو باللعان : وإن لم يختارها فانها اجنبية منه فلا يقع عليها طلاق ولا ظهار ولا إيلأء ويلزمه بقذفها التمييز ، ولا يسقط إلا بالبينة .

قال ابن الصباغ في الشامل : وفي هذا عندى نظر ، بل يجب إذا أسلمت المطلقة أن يقع عليها الطلاق ، ويكون ذلك اختياراً لها لأن هذا الطلاق إذا كن يقع عليها مع اختياره وقع عليها باسلامها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلمها فان كان قبل انقضاء العدة لم يقرأ على النكاح ، لأنه لا يجوز له أن يتدىء نكاحها فلا يجوز اقراره على نكاحها ، وان كان بعد انقضاء العدة أقرأ عليه ، لأنه يجوز أن يتدىء نكاحها ، وان أسلما وبينهما نكاح متمم لم يقرأ عليه ، لأنه ان كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح ، وان كان قبله لم يعتقدا تأبيده ؛ والنكاح عقد مؤبد ، وان أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شاء لم يقرأ عليه ، لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم ، وان أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام - فان كان قبل انقضاء المدة - لم يقرأ عليه ؛ لانهما لا يعتقدان لزومه ، وان كان بعد انقضاء المدة أقرأ عليه لانهما يعتقدان لزومه ، وان طلق المشرك امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرأ عليه ، لانها لا تحل له قبل زوج ، فلم يقرأ عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم ، وان قهر حربى حربية ثم أسلما - فان اعتقدا ذلك نكاحاً - أقرأ عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرأ عليه ، كالنكاح بلا ولي ولا شهود ، وان لم يعتقدا ذلك نكاحاً لم يقرأ عليه لأنه ليس بنكاح .

(فصل) اذا ارتد الزوجان أو أحدهما - فان كان قبل الدخول - وقعت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة ، فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح ؛ وان لم يجتمعا وقعت الفرقة ، لأنه انتقال من دين الى دين يمنع ابتداء النكاح ، فكان حكمة ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين .

(فصل) وان انتقل الكتابي الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه ، لأنه لو كان على هذا الدين في الاصل لم يقر عليه ، فكذلك اذا انتقل اليه ، وهو الذى يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

(أحدها) يقبل منه الاسلام أو الدين الذى كان عليه ، أو دين يقر عليه أهله ، لان كل واحد من ذلك مما يجوز الاقرار عليه .
(والثاني) لا يقبل منه الا الاسلام لأنه دين حق ، أو الدين الذى كان عليه

لأننا أقررناه عليه (والثالث) لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح ، لأنه اعترف ببطان كل دين سوى دينه ، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطانته ، فلم يبق إلا الإسلام ، وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان .
(أحدهما) يقر عليه ، لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام .

(والثاني) لا يقر عليه لقوله عز وجل : ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ، فعلى هذا فيما يقبل منه قولان . أحدهما : يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه ، والثاني : لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه . وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد .
(فصل) وان تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري : أنه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذي كنكاح المرتدة . والثاني : وهو المذهب أنه يقر عليه لأن كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية .

(الشرح) إذا تزوج معتدة من غيره ، فإن أسلمها قبل انقضاء عدتها من الأول لم يقرأ على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلم يجوز إقراره عليه كذوات محارمه ، وإن أسلمها بعد انقضاء عدتها من الأول أقرأ على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فأقرأ عليه .

(فرع) إذا نكح مشرك مشركة نكاح متعة ثم أسلمها لم يقرأ عليه لأنهما إن أسلمها قبل انقضاء المدة التي شرطها فهما لا يعتقدان لزومه الآن بعد انقضائهما ، وإن أسلمها بعد انقضائهما فهما لا يعتقدان لزومه .

قال الشافعي رضي الله عنه : فإن أبطلا بعد العقد المتعة وجعل العقد مطلقاً لم يؤثر ذلك ، لأنه حالما عقدها كانا يعتقدان أنه لا يدوم بينهما فلم يتغير ذلك الحكم بما طرأ من الشرط ، وهكذا لو تزوجها على أن لها أو لآلها الخيار في فسخ النكاح متى شاء ثم أسلم لم يجوز إقرارها عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه ، فإن اتفقا على إسقاط الشرط لم يؤثر ذلك ، ولم يقرأ عليه لما ذكرناه ، وإن شرطاً بينهما خيار ثلاثة أيام ، فإن أسلمها قبل الثلاث لم يقرأ عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه ، وإن أسلمها بعد الثلاث أقرأ عليه لأنهما يعتقدان لزومه .

(فرع) قال في الأم : وان قهر حربى حربية على نفسها فوطئها أو طأوعته فوطئها ثم أسلم الم يقر على ذلك إذا كانا لا يعتقدان ذلك نكاحا . قال أصحابنا : فإن اعتقدا ذلك نكاحا وأسلمها أقر عليه لأنه لا يجوز لبعض أهل الذمة أن يقر ببعضاً ، لأن على الإمام الذب عنهم .

(مسألة) إذا ارتد أحد الزوجين - فإن كان قبل الدخول - انفسخ نكاحهما وقال داود : لا يفسخ . دليلنا قوله تعالى : ولا تمسكوا بعصم الكوافر ، ولأن هذا اختلاف دين يمنع الإصابة فانفسخ به النكاح كما لو أسلمت الذمية تحت كافر وان ارتد أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء عدة الزوجه ، فإن رجع المرتد منها قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح . وان انقضت عدتها قبل أن يسلم المرتد منها بانته منه برودة المرتد منها ، وبه قال أحمد وإحدى الروايات عن مالك وقال أبو حنيفة : يفسخ النكاح في الحال ، وهى الرواية الاخرى عن مالك دليلنا أن هذا اختلاف دين بعد الدخول فلا يوجب الفسخ في الحال كما أسامت الحربية تحت الحربى ، وإن ارتدا معاً - فإن كان قبل الدخول - انفسخ النكاح بينهما ، وان كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء عدة الزوجه ، فإن رجعا إلى الاسلام قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان انقضت قبل إسلامهما بانته منه بالردة ، وبه قال مالك وأحمد رضى الله عنهما . وقال أبو حنيفة : لا يفسخ العقد استحساناً ، دليلنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما .

(فرع) إذا ارتدت الزوجه بعد الدخول فطلقها الزوج ثلاثاً - فإن انقضت العدة قبل أن ترجع إلى الاسلام - تبين أنها بانته بالردة ، ولم يقع عليها طلاق ، وإن رجعت إلى الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبين أنها كانت زوجه وقت الطلاق ووقم عليها . وإن تزوج أختها أو عمته بعد الطلاق أو خالتها بعد الطلاق صح بكل حال ، لاسيما إذا بانته بالردة أو بالطلاق ؛ وان تزوج أختها أو عمته بعد الردة وقبل الطلاق في العدة لم يصح ، لجواز أن ترجع إلى الاسلام فتكون زوجه .

(فرع) وان ارتدت زوجه رجل بعد الدخول عليه ، وله امرأة صغيرة فأرضعتها أم المرتدة قبل انقضاء عدة المرتدة خمس رضعات منفردات ، فإن رجعت

المرتدة الى الاسلام قبل انقضاء عدتها انفسخ نكاح الصغيرة وفي الكبيرة قولان وان لم يرجع الى الاسلام باذن بالردة ، ولم ينفسخ نكاح الصغيرة ، وان أرضعتها الكبيرة أو بنتها انفسخ نكاح الصغيرة بكل حال .

- (مسألة) اذا انتقل اليهودي أو النصراني الى دين لا يقر أهله عليه ، لم يقر عليه ، كما لا يقر أهله عليه وما الذي يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال .
(أحدهما) الاسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر أهله عليه ، لان كل دين من ذلك يقر أهله عليه .

(والثاني) لا يقبل منه الا الاسلام ، لانه الدين الحق ؛ أو الدين الذي كان عليه ، لانا قد أقررناه عليه .

(والثالث) وهو الاصح ، انه لا يقبل منه الا الاسلام ، لانه قد اعترف ببطلان كل دين فلم يقبل الا الاسلام فإن انتقل الى دين يقر أهله عليه فهل يقر عليه فيه قولان معنى توجيهاً ، فإن قلنا : لا يقر عليه فهل يقبل منه الدين الذي كان عليه أو لا يقبل منه الا دين الاسلام ، فيه قولان معنى توجيهاً ، وكل موضع قلنا : لا يقبل منه ما انتقل اليه فحكمه في النكاح حكم المرتد وقد مضى بيانه .

(مسألة) اذا تزوج الكتابي بكتابية أقرأ عليه قبل اسلامهما وبعد اسلامهما وان تزوج الكتابي وثنية أو مجوسية - فإن أسلمها - أقرأ عليه بلا خلاف ، لان غيلان بن سلمة أسلم وتحتة عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعاً ، ولم يسأله هل هن كتابيات او غير كتابيات ، فدل على ان الحكم لا يختلف ، وان ترافعا الينا قبل الاسلام فقيه وجمان .

قال ابو سعيد الاصطخري لا يقران عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الكتابي كالمترد . والثاني - وهو المذهب - انهما يقران عليه ، لان كل نكاح أقرأ عليه اذا أسلمها أقرأ عليه اذا أسلمها كنيكاح الكتابية ويخالف المسلم فإن الكافر انزهر من المسلم لجاز له استدامة نكاح المجوسية والوثنية - وان لم يجز ذلك للمسلم - كما قلنا في العبد : يجوز له تزويج الأمة ولا يعتبر فيه خوف العنت ؛ وعدم الطول ، والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة : أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح ، وقال الزوج : بل أسلنا معا ، فالنكاح على حاله ، ففيه قولان .

(أحدهما) أن القول قول الزوج ، وهو اختيار المازني ، لأن الأصل بقاء النكاح (والثاني) أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، فإن اجتمع إسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر .

قال في الأم : إذا أقام الزوج بيته أنهما أسلما حين طلعت الشمس ، أو حين غربت الشمس ، لم ينفسخ النكاح لاتفاق إسلامهما في وقت واحد ، وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب ، فإن أقام البيته أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما ، لأن حال الطلوع والغروب من حين يتبدى بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجبول . وإن أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا ، فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق . وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتي ، فلا نكاح بيننا ، فقد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ، ونص في مسألتين على أن القول قول الزوجة ، إحداهما إذا قال الزوج للرجعية : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فنحن على النكاح . وقالت الزوجة : بل راجعتني بعد انقضاء العدة ؛ فالقول قول الزوجة . والثانية إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم . فقال : أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق . وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة . فن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض ، وجعل في المسائل كلها قولين .

(أحدهما) أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح .

(والثاني) أن القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة .

ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين ، فالذي قال : إن القول قول الزوج إذا سبق بالدعوى ، والذي قال : القول قول الزوجة إذا سبقت بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيها سبق إليه ، فلا يجوز إبطاله بقول غيره .

ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين على وجه آخر : فالذي قال : القول قول الزوج ، أراد إذا اتفقا على نفقة في زمان مادعاه لنفسه ، بأن قال أسلمت وراجعت في رمضان ، فقالت المرأة : صدقت ، لكن انقضت عدتي في شعبان ، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الاسلام بالرجعة في رمضان ، واختلافهما في انقضاء العدة ، والذي قال : القول قول المرأة إذا اتفقا على صدقتها في زمان ما ادعته لنفسها ؛ بأن قالت : انقضت عدتي في شهر رمضان ؛ فقال الزوج ليكن راجعت أو أسلمت في شعبان ، فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة في رمضان ، واختلافهما في الرجعة والاسلام .

(الشرح) إذا أسلم الزوج بعد الدخول وتخلفت الزوجة فلا نفقة لها ، وإن أسلمت الزوجة ولم يسلم فعليه نفقتها ، فإن اختلفا فقالت الزوجة : أسلمت أنا وأنت على الشرك فأنا استحق عليك النفقة ، وقال الزوج : بل أسلمت أنا ولم تسلمى أنت فلا نفقة لك على : ففيه وجهان .
(أحدهما) القول قول الزوجة ، لانه قد ثبت استحقاقها للنفقة بالزوجة ، والاصل بقاؤها .

(والثاني) أن القول قول الزوج ، لان نفقة كل يوم يجب بيومه ، والاصل عدم الوجوب .

(مسألة) إذا أسلم الزوج قبل الزوجة وقبل الدخول وجب عليه نصف المسمى ان سمي لها مهرأ صحيحاً ، وإن سمي لها مهرأ باطلا ولم تقبضه في الشرك وجب لها نصف مهر المثل ، وان أسلمت الزوجة قبله قبل الدخول لم يجب لها شيء . اذا ثبت هذا : فان اتفقا أنهما أسلما قبل الدخول وقالا : لا نعلم السابق منا بالاسلام انفسخ النكاح بينهما ، لأن الحال لا يختلف في انفساخ النكاح . وأما الصداق : فإن كان في يد الزوج لم تقبض منه الزوجه شيئاً ، لأنها إن كانت أسلمت أولاً فإنها لا تستحق منه شيئاً ، وإن أسلم الزوج أولاً فلها نصفه ، فإذا لم تعلم على أي وجه كان لم يتيقن استحقاقها بشيء من المهر ، وان كان الصداق في يد الزوجة لم يكن للزوج أن يقبض منه الا النصف ، لأنه لا يتيقن أنه يستحق

إلا ذلك ، وإن اختلفا فقالت الزوجة أسلمت أنت أولا فأنا استحق عليك نصف
الصداق ، وقال الزوج : بل أسلمت أنت أولا فلا تستحقين علي شيئا ، قال قول
قول الزوجه مع يمينها ، لأننا تيقنا استحقاقها لنصف المهر ، والأصل بقاء ذلك
الاستحقاق ، وإن اختلفا في انفساخ النكاح ، فقالت الزوجة أسلم أحدنا قبل
صاحبه قبل الدخول فانفسخ النكاح . وقال الزوج بل أسلمنا معا في حالة واحدة
ففيه قولان .

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه — وهو اختيار المزني وأبي اسحاق
المروزي — لأن الأصل بقاء النكاح .

(والثاني) القول قول الزوجة مع يمينها ، لأن الظاهر معها لأن الظاهر أنه لا يتفق
اسلامهما في حالة واحدة إلا نادرا ، وإن قال الزوج : أسلم أحدنا قبل صاحبه .
وقالت الزوجة بل أسلمنا معا في حالة واحدة فإنه يحكم على الزوج بانفساخ النكاح
لأنه أقر بذلك . وأما المهر فيحتمل أن يكون على القولين كالأمانة ، وإن أقام
الزوج البيينة أنهما أسلما قبل الدخول حين طلعت الشمس أو حين زالت أو حين
غربت ، لم ينفسخ النكاح ، وإن قال الزوجان أسلمنا معا مع طلوع الشمس أو
مع زوالها أو مع غروبها أو حال طلوعها أو حال زوالها أو حال غروبها لم يثبت
اسلامهما معا فينفسخ ، والفرق بينهما أن حين طلوعها وحين زوالها وحين
غروبها هو حين تكامل الطلوع والزوال والغروب إلى استكمالها ، فيجوز أن
يكون اسلام أحدهما قبل الآخر .

(فرع) وإن أسلمت الزوجة بعد الدخول ثم أسلم الزوج بعدها ثم اختلفا
فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء العدة ، وقالت الزوجة : بل أسلمت بعد
انقضاء العدة . قال الشافعي رحمه الله : قال قول قول الزوج . وقال الشافعي رحمه
الله : إذا طلق زوجته طليقة رجعية ثم راجعها فقالت الزوجة : راجعت قبل انقضاء
العدة . وقالت الزوجة : بل راجعت بعد انقضاء العدة ، قال قول قول الزوجة .
وقال : إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقالت الزوجة : أسلمت بعد انقضاء
العدة . وقال الزوج أسلمت قبل انقضاء العدة ، قال قول قول الزوجة ، واختلف
أصحابنا في هذه المسائل الثلاث على ثلاث طرق .

فمنهم من قال : فيها قولان . أحدهما : القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني : القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة . ومنهم من قال : هي على حالين ، فحيث قال : القول قول الزوجة إذا كانت هي السابقة بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيها أظهره وسبق إليه . ومنهم من قال : هي على حالين آخرين ، فحيث قال ، القول قول الزوج إذا انفقا على وقت إسلامه أو رجوعه ، واختلفا في وقت انقضاء عدتها بأن قال . أسلمت أو راجعت في شعبان ، فقالت صدقت لكن انقضت عدتي في رجب ، وحيث قال القول قول الزوجة ، أراد إذا انفقا على وقت انقضاء عدتها ، واختلفا في وقت إسلامه ورجوعه ، بأن قالت انقضت عدتي في شعبان فقال صدقت لكن أسلمت أو راجعت في رجب ، لأن الأصل بقاء العدة إلى شعبان وعدم الإسلام أو الرجعة في رجب .

(فرع) وان تزوج الكنابي بالكنابيه صغيرة وأسلم أحد أبيها قبل الدخول انفسخ نكاحها ، لأنها صارت مسلمة تبعاً لمن أسلم من أبيها قبل الدخول فهو كما لو قال أسلمت بعد بلوغها وقبل الدخول ، وهل يجب لها من المهر شيء . قال ابن الحداد ، سقط جميع المهر ، لأن الفرقه وقعت بينهما قبل الدخول ، ولم يكن من الزوج صنع فيها فسقط المهر ، كما لو اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ، فن أصحابنا من صوبه ، ومنهم من خطأه وقال . يجب لها المهر لأنهم لم يكن من جهتها صنع في الفرقه ، فهو كما لو أرضعتها أم الزوج ، فإذا قلنا بهذا فإن الزوج لا يرجع على من أسلم من أبيها بشيء . ويرجع على المرضعه ، والفرق بينهما أن الإسلام واجب فلم يكن فعله جنائياً ، وليس كذلك الارضاع فإنه ليس بواجب ، غير أنه إن وجدت هذه المرضعة الصغيرة عطشانة قد اشرفت على الموت ، ولم تجد أحداً يرضعها أو يسهبها لبناً ، ولم تتمكن من إحيائها إلا بالارضاع فإنه يجب عليها لارضاعها وإذا أرضعتها انفسخ النكاح ولم يجب عليها شيء للزوج ، هكذا ذكر القاضى أبو الطيب والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الصداق

المستحب أن لا يهقد النكاح إلا بصداق لما روى سعد بن سهل رضى الله عنه
 أن امرأة قالت : قد وهبت نفسى لك يا رسول الله صلى الله عليك ، فرأى رآبك
 فقال رجل : زوجنيها ، قال : اطلب ولو خاتماً من حديد ، فذهب فلم يجىء بشيء .
 فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شيء ، فقال : نعم فوجه
 بما معه من القرآن ، ولأن ذلك أقطع للخصومة ، ويجوز من غير صداق ، لقوله
 تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ،
 فأثبت الطلاق مع عدم القرض .

وروى عتبة بن عامر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لرجل : إنى أزوجك فلانة ، قال : نعم قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا ،
 قالت : نعم فزوج أحدهما من صاحبه ، فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق ؛
 فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم أفرض
 لها صداقاً ولم أعطاها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهماً بخير ، فأخذت
 سهمه فباعته بمائة ألب ، ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق
 فصح من غير صداق .

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق قليلاً لقوله صلى الله عليه وسلم : اطلب
 ولو خاتماً من حديد ، ولأنه بدل منفعتها فيكون تقدير العوض اليها كأجرة منافعتها
 ويجوز أن يكون كبيراً لقوله عز وجل : وآتيتهم إحداهن قنطاراً ، قال مما رضى
 الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية .

وقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه : ملء مسك ثور ذهباً . والمستحب
 أن يخفف لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أعظم
 النساء بركة أيسرهن مؤنة ، ولأنه إذا كبر أجحف وأضر ودعى إلى المقت
 والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت

كان صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم لازواجه اثنتي عشرة أوقية ونشأ
أبدرون ما النش ، نصف أوقية ، وذلك خمسمائة درهم ، والمستحب الاقتداء به
والتبرك بمتابعته ، فإن ذكر صدق في السر وصدق في العلانية قالوا يجب ما عقد
به العقد ، لأن الصدق يجب بالعقد فوجب ما عقد به ، وإن قال زرجتك ابنتي
بألف ؛ وقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة ، وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل
بألف والولى لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل .

(الشرح) خبر سهل بن سعد في التي وهبت نفسها أخرجها أحمد والبخارى
ومسلم وقد مضى ذكره في غير موضع ؛ وحديث عقبة بن عامر أخرجها أبو داود
والحاكم ، وقد استشهد به المحدثون لصحة حديث أخرجها أحمد وأبو داود
والترمذى وصححه والنسائي وابن ماجه والحاكم والبيهقي وابن حبان ، أن عبد الله
ابن مسعود أتى في امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقا ، ولم
يكن دخل بها ، فاختلفوا اليه فقال . أرى لها مثل مهر نساءها ولها الميراث وعليها
العدة ، فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع
ابنة واشق بمثل ما قضى .

وقال الشافعي لا أحفظه من وجه يشبه مثله ولو ثبت حديث بروع لقلت به
وقال ابن حزم ، لا مغز فيه لصحة إسناده ، وروى الحاكم في المستدرک عن
حرمة بن يحيى أنه قال . سمعت الشافعي يقول إن صح حديث بروع بنت واشق
قلت به . قال الحاكم ، قال شيخنا أبو عبيد الله لو حضرت الشافعي لقمعت على
رؤس الناس وقلت قد صح الحديث فقل به .

أما حديث عائشة رضي الله عنها باللفظ الذي ساقه المصنف رواه أحمد ورواه
الطبراني في الاوسط بلفظ . أخذت النساء صداقاً أعظمهن بركة ، وفي إسناده
الحرث بن شبل ، وأخرج الطبراني في الكبير والايوسط بنحوه ، وأخرج نحوه
الحاكم وأبو داود عن عقبة بن عامر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
خير الصداق أيسره .

وأما حديث عائشة الثاني فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني عن أبي سلمة قال سألت عائشة رضي الله عنها كم كان صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالت : كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشأ ؛ قالت : أتدري ما النش ، قلت : لا . قالت نصف أوقية ، فمالك خمسمائة درهم ، قوله « فر » فعل أمر من رأى محذوف الوسط المهموز كحذف همزة الوسط في سأل فيقال : سل ، ولأنه معتل الآخر فهو مبني على حذف حرف العلة وبذلك حذفت الألف المهموزة والألف المقصورة فيكون فعل الأمر (ر) راء مفتوحة فقط .

والصدق فيه لغات أولها بفتح الصاد ، والثانية كسرهما ، والجمع صدق بضمين والثالثة لغة الحجاز ، صدقة بفتح الصاد وضم الدال وجمعها صدقات على أمطها وفي التزويل « وآفوا النساء صدقاتهن » ، والرابعة لغة تميم صدقه بضم الصاد وإسكان الدال والجمع صدقات مثل غرفه وغرفات في وجوهها ، والخامسة صدقه وجمعها صدق مثل قريه وقرى ، وأصدقتهما أعطيتها صداقها وأصدقتهما تزوجتها على صدق وشيء صدق وزان فلس أي صلب .

(أما الأحكام) الصدق هو ما تستحقه المرأة بدلا في النكاح وله سبعة أسماء الصدق والنحلة والاجرة والفريضة والمهر والعليقة والعقد ، لأن الله تعالى سماه الصدق والنحلة والفريضة ، وسماه النبي صلى الله عليه وسلم المهر والعليقة ، وسماه عمر بن الخطاب رضي الله عنه العقد ، قال تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضته » ، وقال تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضته ، فأنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، الآية » ، وقال صلى الله عليه وسلم « كان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها » وقال صلى الله عليه وسلم « أدوا العلائق ، قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الأهلون ، كان قيل لم سماه نحلة ، والنحلة العطية بغير عوض ، والمهر ليس بعطية وإنما هو عوض عن الاستمتاع ، ففيه ثلاثة تأويلات .

أحدها : أنه لم يرد بالنحلة العطية ، وإنما أراد بالنحلة من الإنحال وهو التدين

لأنه يقال : انتحل فلان مذهب كذا أى دان به ، فكأنه تبارك وتعالى قال : وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، أى تديناً .

(والثانى) أن المهر يشبه العطية لأنه يحصل للمرأة من اللذة فى الاستمتاع ما يحصل للزوج وأكثر ، لأنها أجاب شهوة ، والزوج ينفرد ببذل المهر ، فكأنها تأخذه بغير عوض .

(والثالث) أنه عطية من الله تعالى فى شرعنا للنساء ؛ لأن فى شرع من قبلنا كان المهر للأولياء ، ولهذا قال تعالى فى قصة شعيب : إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج ، الآية .

إذا ثبت هذا : فالمتحجب أن يسمى الصداق فى العقد لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتزوج أحداً من نسائه عليهن السلام ولا زوج أحداً من بناته عليهن السلام إلا بصداق سماه فى العقد ، وحديث المرأة التى جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله قد وهبت نفسى منك فصعد النبي صلى الله عليه وسلم بصره ثم صوبه ثم قال ما لى إلى النساء من حاجة ، فقام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما تصدقها ، قال : إزارى ، قال : إن أصدقها إزارك جلست ولا إزار لك ، التمس ولو خاتماً من حديد ، قالتس ولم يجد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أمعك شيء من القرآن ، قال نعم سورة كذا وسورة كذا ، فقال صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما أمعك من القرآن . ولأنه إذا زوج بالمهر كان أقطع للخصومة ، فإن عقد النكاح بغير صداق انعقد النكاح لقرله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، الآية . فأثبت الطلاق من غير فرض ، والطلاق لا يقع إلا فى نكاح صحيح ، وخير الرجل الذى تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً فلما حضرته الوفاة أعطاها عن صداقها سهمه بخبير ، ولأن المقصود فى النكاح أعيان الزوجين دون المهر ، ولهذا يجب ذكر الزوجين فى العقد ، وإنما العوض فيه تبع بخلاف البيع ؛ فإن المقصود فيه العوض ، ولهذا لا يجب ذكر لبائهم والمشتري فى العقد إذا وقع من وكيليهما .

(مسألة) وليس لأقل الصداق حد عندنا ، بل كل ما يتمول - وجاز أن يكون تمناً لشيء أو أجرة - جاز أن يكون صداقاً ، وبه قال عمر رضي الله عنه وابن عباس وابن المسيب والحسن وربيعة والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق رضي الله عنهم قال القاضي أبو القاسم الصيمري : ولا يصح أن يكون الصداق نواة أو قشرة بصله - أو قمع باذنجان أو ليططة أو حصاة . هذا مذهبتنا .

وقال مالك وأبو حنيفة : أقل الصداق ما تقطع به يد السارق ، إلا أن ما تقطع به يد السارق عند مالك ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وعند أبي حنيفة دينار أو عدة دراهم ، فإن أصدقها دون العشرة دراهم .

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : كملت العشرة . وقال زفر يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم ، وقال النخعي أقله أربعون درهماً . وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهماً .

دليلنا قوله تعالى « فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، الآية » ، وقوله صلى الله عليه وسلم : أدوا العلائق ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : والعلائق ما تراضوا عليه الأهلون . وقوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئاً ، التمس ولو خاتماً من حديد ، وهذه عمومات تقع على القليل والكثير ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف أتى النبي (ص) وعليه علامات البرزوخ وقال : تزوجت امرأة من الأنصار قال صلى الله عليه وسلم : ما سمت إليها ، قال : نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة . والنواة خمسة دراهم .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من استحل بدرهمين فقد استحل . ولأن كل ما جاز أن يكون تمناً جاز أن يكون مهرأ كالمجموع عليه ، وأما أكثر الصداق فليس له حد ؛ وهو إجماع لقوله تعالى « وآتيتهم إحداهن قنطاراً ، الآية » فأخبر تعالى أن القنطار يجوز أن يكون صداقاً .

قال ابن عباس : القنطار سبعون ألف مثقال ، وقال أبو صالح : مائة رطل وقال معاذ ألف ومائتا أوقية . وقال أبو سعيد الخدري القنطار ملء مسك ثور ذهباً ، ومسك الثور جلده .

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال يا معاشر الناس لا تغالوا

في صدقات النساء ، فوالله لا يبلغني أحد زاد على مهر أزواج رسول الله (ص) إلا جمعات الفضل في بيت المال ، فعرضت له امرأة من قريش ، فقالت كتاب الله أولى أن يتبع ، إن الله يعطينا ويمنعنا ابن الخطاب ، فقال : ابن ، قالت : قال الله تعالى : وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، الآية . فقال : فليضع الرجل ماله حيث شاء . وفي رواية : كل الناس أفتقه من عمر ، فرجع عن ذلك ، وروى أنه رضى الله عنه تزوج أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه وأصدقها أربعين ألف درهم .

وروى أن عبد الله بن عمر زوج بنات أخيه عبيد الله على صداق عشرة آلاف درهم ، وتزوج أنس رضى الله عنه امرأة وأصدقها عشرة آلاف درهم ، وتزوج الحسن عليه السلام امرأة ربعث اليها مائة جارية ومع كل جارية ألف درهم ، ثم طلقها وتزوجها رجل من بني تميم فأصدقها مائة ألف درهم ، وتزوج مصعب ابن الزبير بمائشة بنت طلحة وأصدقها مائة ألف درهم .

قال الشافعي رضى الله عنه : والاقتصاد في المهر أحب إلى من المغالاة فيه لما روت عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اعظم النكاح ركة أخفه مؤنة . وروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي (ص) قال خبرهن ابسرن مهرأ . وروى سهل بن سنان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إيمان رجل إصدق صداقاً ونوى أنه لا يؤديه لقي الله وهو زان ، وإيمان رجل آذان ديناراً ونوى أن لا يؤديه لقي الله وهو سارق . والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم ، وهو صداق أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وبناته عليهن سلام الله ورحمته لما روى عن عائشة قالت : كان صداق أزواج رسول الله (ص) اثنا عشر أوقية ونشأ قالت والنش نصف أوقية ، والأوقية أربعون درهما .

(فرع) ولو تواعدوا في السر على أن الصداق مائة ، وعلى أنهم يظهرون للباس أنه ألف كما يشيع ذلك في زماننا هذا فقد قال الشافعي رضى الله عنه في موضع : المهر مهر السر . وقال في موضع : المهر مهر العلانية . قال أصحابنا البغداديون لبست على قولين وإنما هي على حالين ، فالموضع الذي قال المهر مهر السر ، أراد إذا عقدوا النكاح أولاً في العلانية بألف ثم عقدوا ثانياً في السر بمائة

ومن أصحابنا الحراسانيين من قال : في المهر قولان والأول هو المشهور : فان قال الولي : زوجتك ابنتي بألف فقال الزوج : قبلت نكاحها بمخمسائة وجب لها مهر مثلها لأن الإيجاب والقبول لم يتفقا على مهر واحد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق ديناً وعيناً وحالاً وموجلاً لأنه عقد على المنفعة لجاز بما ذكرناه كالإجارة .

(فصل) ويجوز أن يكون منفعه كالخدمه وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحه لقوله عز وجل : إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانئى حجيج ، فجعل الرعى صداقاً وزوج النبي صلى الله عليه وسلم الواهبه من الذى خطبها بما معه من القرآن ، ولا يجوز أن يكون محرماً كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذميه ، لا تنعله للرغبه فى الإسلام ، ولا ما فيه غرر كالمدوم والمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ، ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الأبق والطير الطائر ، لأنه عوض فى عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض فى البيع والإجارة ، فإن تزوج على شئ من ذلك لم يبطل النكاح ، لأن فساده ليس بأكثر من عدمه ، فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ، ويجب مهر المثل لأنها لم ترض من غير بدل ، ولم يسلم لها البديل ، وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعه بمحرّم وتلفت فى يد المشتري .

(الشرح) يصح أن يكون الصداق ديناً وعيناً ، فإذا كان ديناً صح أن يكون حالاً وموجلاً ، فإن أطلق كان حالاً كما قلنا فى الثمن ، ويصح أن يكون الصداق منفعه يصح عقد الإجارة عليها كمنفعة العبيد والبهايم والأرض والدور لأنه عقد على المنفعة لجاز بما ذكرناه كالإجارة .

(فرع) ويصح أن تكون منفعة المهر صداقاً كالتحياطه والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك مما يصح استئجاره عليه ، وبه قال مالك رحمه الله لأنه قال : يكره ذلك . وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح .

دليلنا قوله تعالى ، إني أريد أن أنتكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني
ثمانى حجج ، فذكر أن الرعي صدق في شرع من قبلنا ولم يعقبه بتكبير ، وزوج
رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة التي وهبت نفسها من رسول الله (ص)
للذي خطبها بما معه من القرآن ، تقديره على تعليم ما معه من القرآن ، لأن
القرآن لا يجوز أن يكون صداقا ، ولأن كل منفعة جاز أن يستحق بعقد الاجارة
جاز أن يستحق بعقد النكاح كمنفعة العبيد والارض

(فرع) وما لا يصح بيعه كالكلب والخنزير والسرجين والمجهول والمعدوم
وما لم يتم ملكه عليه والمنافع التي لا يصح الاستجار عليها لا يصح أن يكون شيء
من ذلك صداقا لأنه عوض في عقد فلم يصح فيها ذكره ، كالبيع والاجارة
إذا ثبت هذا فإن عقد النكاح لمهر باطل أو مجهول لم يبطل النكاح ، وبه
قال أبو حنيفة وأكثر أهل العلم

وقال مالك رحمه الله لا يصح النكاح . وحكى المسعودي أنه قول الشافعي
رحمه الله في القديم ، وليس بمشهور . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح
إلا بولي مرشد وشاهدي عدل . ولم يفصل بين أن يكون المهر صحيحا أو فاسدا ولا أنه
عقد نكاح فلم يبطل بفساد المهر كما لو تزوجها على دراهم مغصوبة ، فإن مالكا
وافقنا على هذا ، ولأن النكاح إذا انعقد مع عدم ذكر المهر فلأن ينعقد مع فساده
أولى ، فإذا عقد النكاح بمهر باطل وجب لها مهر المثل أو المسمى .

دليلنا أنها دخلت في العقد على أن يكون لها المسمى ، فإذا لم يسلم وتعدت
رجوعها إلى بضعها رجعت إلى قيمته ، كما لو اشترى عبدا شراء فاسدا وقبضه
وتلف في يده . وإن تزوجها على شيء موصوف في ذمته أزمه تسليم ذلك
على ما وصف .

وقال أبو حنيفة وأحمد : إن شاء سلم الموصوف بصفته وإن شاء دفع قيمته .
وعن أبي حنيفة في الثوب صداقا روايتان : إحداهما كقولنا أنه يسلم الثوب
الموصوف الذي في ذمته ، والثانية له دفع قيمته ، دليلنا أن هذه تسمية صحيحة
فلم يخبر بين دفع المسمى وبين دفع قيمته كالمكيل والموزون

(فرع) إذا قالت المرأة لوليها : زوجني بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها فنقل أصحابنا البغداديون أن النكاح صحيح في جميع هذه المسائل ولها مهر مثلها . وقال المسعودي : هل ينعقد النكاح في جميع هذه المسائل ؟ فيه قولان . قال ومن أصحابنا من قال لا ينعقد النكاح من الوكيل قولاً واحداً ، لأنه يزوج باليابة عن الولي والأصح الطريق الأول ، لأن النكاح لا يفسد عندنا بفساد المهر ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : إذا زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها - وكان ذلك المهر لا ينقص عن أقل المهر ، وهي عشرة دراهم صح المهر

دليلنا أن البنات إذا أذنت لعمها في العقد فزوجها بأقل من مهر مثلها بغير إذنهما استتحقت مهر مثلها ، فكذلك الأب والجد ، ولأن الأب والجد لا يجوز أن يبيعا مال الصغيرة بأقل من ثمن مثلها ، فكذلك لا يجوز لهما تزويجها بأقل من مهر مثلها .

وإن زوج الرجل وابنته بأرض أو عرض أو بغير نقد البلد فهل يصح المهر ؟ لا أعلم فيه نصاً ، بمعنى أنها في مصر وأصدقها بالدولار أو بالاسترليني أو بالدينار العراقي أو بالليرة السورية أو بريال تربية أو بالجنيه السعودي ، فالذي يقتضيه القياس إن كان الولي أباً أو جداً ، أو كانت المنكوحة صغيرة أو مجنونة صح المهر إذا كان قيمة ذلك مثل مهر مثلها ، كما يجوز أن يتناع لها ذلك بمالها . وإن كان الولي غيرهما من العصبات ، أو كان الولي أباً أو جداً والمنكوحة بالغت عاقلة لم يصح ذلك المهر إلا إن كان بإذنها ونطقها لأنه لا ولاية له على مالها ، وإنما ولاية على عقد نكاحها بنقد البلد .

وإن كانت المنكوحة مجنونة وكان وليها الحاكم ، ورأى أن يزوجه بشيء من العروض - وقيمتها قدر مهر مثلها - صح ذلك لأنه يجوز له التصرف بمالها . (مسأله) إذا تزوجها وأصدقها تعليم القرآن مدة معلومة صح ذلك إذا كانت المدة متصلة بالعقد ، وتطالبه بالتعليم في تلك المدة على حسب عادة التعليم . ولم أن تطالبه بتعليم ما شامت من القرآن ، وإن كان الهداق تعليم شيء القرآن فيشترط أن يذكر السورة التي يعلمها

فان أصدقها تعليم عشرين من سورة كذا ولم تبين الا عشر - ففيه وجهان (أحدهما) يصح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى خطب الواهية دما معك من القرآن؟ قال سورة البقرة والتي تليها، فقال صلى الله عليه وسلم: زوجتك بما معك على أن تعلمها عشرين آية، ولم يفصل.

(والثاني) لا يصح، لأن الا عشر تختلف

وأما الخبر فاما نقل الراوى جواز تعليم القرآن فى الصدق ولم ينقل غير الصدق، ولا يجوز فى صفة الرسول صلى الله عليه وسلم أن يعقد الصدق على جهول. وهل من شرطه أن يبين الحرف الذى يعلمها كحرف نافع وابن كثير وغيرهما. فيه وجهان مضمي بيانها فى الاجارة

فان أصدقها تعليم سورة وهو لا يحفظها - فان كان على أن يحصل لها تعليمها صح ذلك - ويستأجر محرما لها أو امرأة تعلمها أو يتعلمها هو بنفسه ثم يعلمها وان كان على أن يعلمها هو بنفسه ففيه وجهان

(أحدهما) يصح كما لو أصدقها ألف درهم فى ذمته ولا يملك شيئا

(والثاني) لا يصح، كما لو أصدقها خدمة عبد لا يملكه، وإن أصدقها تعليم سورة فأتت بامرأة غيرها لتعلمها مكانها فهل يلزمه تعليمها. فيه وجهان (أحدهما) يلزمه كما لو أكثرت منه دابة لتركبها الى بلد فأرادت أن تركبها منامها (والثاني) لا يلزمه، لأن له غرضا فى تعليمها لأنه أطيب له لأنه يلزمه بكلام غيرها، ولأنه أصدقها ايقاع منفعة فى عين فلا يلزمه ايقاعها فى غيرها، كما لو أصدقها خياطة - ثوب بعينه فأتت بثوب غيره ليخيطه فلا يلزمه ذلك، وان لغتها حفظت ثم نسيت؛ قال الشيخ أبو حامد فينظر فيها، فان علمها دون آية فنسيتها لم يعتد له بذلك، وكفى القدر الذى اذا علمها اياه خرج من عبدة التعليم، فيه وجهان (أحدهما) أقله آية، لأنه يطلق عليه اسم التعليم، فعلى هذا اذا علمها آية فنسيتها لم يلزمه تعليمها اياها ثانيا (والثاني) أقله سورة، لأن ما دونها ليس بتعليم فى العادة. وذكر ابن الصباغ أنه اذا علمها ثلاث آيات سقط عنه عبدة التعليم وجها واحدا، وهل يسقط عنه تعليم آية أو آيتين. فيه وجهان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما
الينا قبل الإسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لانه
لا يمكن اجباره على تسليم المحرم ، وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو
تبايعا بيعة فاسداً وتقاوضا ، وإن قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب
بقدر ما بقي من مهر المثل ، فإن كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة
ففيه وجهان .

(أحدهما) يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل ، لانه
لا قيمة لها فكان الجميع واحداً فيها فسقط نصف الصداق ، ويجب نصف مهر المثل
(والثاني) يعتبر بالكيل لانه أحصر ، وان أصدقها عشرة من الخنازير
وقبضت منها خمسة ففيه وجهان .

أحدهما : يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل : لانه
لا قيمة لها فكان الجميع واحداً .

والثاني : يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال : لو كانت غنما كم كانت قيمة ما قبض
منها فيبرأ منه بقدره ، ويجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، لانه لما لم تكن له قيمة
اعتبر بما له قيمة ، كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرض مقدر من الجنائيات ،

(فصل) وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها
وقبلت لم يلزمها ان تتزوج به لانه سلف في عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذي
هذا الألف على أن تتزوجي بي وتعتق الأمة لانه اعتقها على شرط باطل فسقط
الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبد ان ضمننت لي خمرا فأنت حر فضمن ويرجع
عليها بقيمتها لانه لم يرض في عتقها إلا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع اليها
فوجبت قيمتها كما لو باع عبداً بعوض محرم وتلف العبد في يد المشتري ، وان
تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلدان قدرها فالمهر فاسد .

وقال أبو علي بن خيران : يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلدان قيمته وهذا
خطأ لان المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهي مجهولة

فلم يجوز وان أراد حيلة يقع بها العتق وتزوج به ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول ان كان في معلوم الله تعالى لاني إذا أعتقتك تزوجت بي فانت حرة فاذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وإن لم تزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق (والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ما تزوج به نشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فإذا لم يصح النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق ، وان أعتقت امرأة عبدا على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه في الأمة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئا آخر وبخالف الأمة فان نكاحها حق للمولى فاذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها . وإن قال رجل لآخر أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتي فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه ، وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه ، أحدهما يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عنى على ألف ، والثاني لا يلزمه لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه .

(الشرح) إذا ترفع ذميان إلى حاكم المسلمين ليحكم بينهما في ابتداء العقد لم يحكم به بين المسلمين ، فإن كانت المشكوكه بكراً أجبرها الأب والجد ، وإن كانت ثيباً لم يصح تزويجها إلا بإذنها ، وإن عضلها الولي زوجها حاكم المسلمين لأنه يلي عليها بالحكم ، وإن تماكها في استدامته فإنه لا اعتبار بانعقاده على أي وجه كان ، وليكن ينظر فيها ، فان كانت ممن لا يجوز له ابتداء نكاحها في هذه الحال فرق بينهما ، فان كانت ممن يجوز له ابتداء نكاحها أقرها على نكاحها وان كان قد عقد لها بولي غير مرشد أو بغير شهود لأنه عقد مضى في الشرك ، فلا يجوز تقبعه ومراعاته ؛ لأن في ذلك إلحاق مشقة ، وتنفيذ أمرهم عن الدخول في الطاعة ، وفي هذا المعنى نزل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ، فأمر بترك ما بقى في أيديهم من الربا وعنى عما قبض في الشرك ،

وإن تحاك في الصداق أو أسدا وتحاك ، فإن كان قد أصدقها صداقاً صحيحاً حكم بصحته ، وإن أصدقها صداقاً فاسداً كالخمر والخنزير ، فإن كانت قد قبضت جميعه في الشرك ، فقد سقط عنه جميعه وبرئت ذمته من الصداق ، لأن ما قبض في الشرك لا يجوز نقضه لما ذكرناه من الآية ، لقوله تعالى : قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ، الآية

وإن كانت لم تقبض شيئاً حكم الحاكم بفساد المسمى ، وأوجب لها مهر مثلها من نقد البلد . وقال أبو حنيفة : لا يحكم لها إلا بما سمى لها . دليلنا أنه لا يمكن أن يحكم عليها بتسليم المسمى لفساده لحكم لها بمهر صحيح . وإن قبضت بعضه في حال الشرك وبقي البعض سقط من المهر بقسط ما قبضته من المسمى ، ووجب لها مهر المثل بقسط ما قبضته من المسمى ، لأنها لو قبضت الجميع لم يحكم لها بشيء ، ولو لم تقبض شيئاً لحكم لها بمهر مثلها ، فإذا قبضت البعض وبقي البعض فيقسط مهر المثل على المقبوض وعلى ما لم تقبض

إذا ثبت هذا فإن كان أصدقها عشرة أذواق خمر قبضت منها بعضها - فإن كانت متساوية لا يفضل بعضها على بعض - قسم المهر على أعدادها ، فإن قبضت خمسة سقط عنه نصف المهر ووجب لها نصف مهر مثلها ، وإن كانت مختلفة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أن المهر يقسط على أعدادها ، لأنه لا قيمة للخمر ، فاستوى الصغير والكبير

(والثاني) يقسط على كيلها . قال ابن الصباغ : وهو الأقبر ، لأنه لا يمكن اعتبار كيلها ، وإن أصدقها عشرة خنازير أو عشرة كلاب وقبضت خمسة ففيه ثلاثة أوجه . قال أبو إسحاق يعتبر بالعدد ، سواء في ذلك الصغير والكبير فيسقط نصف المهر ويجب لها نصف مهر مثلها ، لأن الجميع لا قيمة له ، فكان الجميع واحداً (والثاني) يعتبر التفاوت فيها ، فيضم صغيران ويجعلان بإزاء كبير أو صغير ويجعلان بإزاء وسطين ، ويقسط المهر على ذلك

(والثالث) وهو قول أبي العباس بن سريج - أنه يقال : لو كانت هذه الخنازير أو الكلاب مما يجوز بيعها كم كانت قيمتها فيقسط المهر على ذلك ، لأنه لا يمكن اعتبارها بأنفسها ؛ فاعتبرت بغيرها كما قلنا في الجزية على الحر التي لا أرض لها

فقدر أنها تعتبر بالجناية على العبد ، قال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق :
فبلى هذا تقدر لو كانت غنما ، لأنها أقرب إليهما .

قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح لأن الغنم ليست من جنس الخنازير
والكلاب ، فتعتبر بها بخلاف الحر والعبد ، وينبغي على هذا أن تقوم بما يتبايعونها
بينهم ليقدر ذلك ، لأن لها قيمة في الشرع كما يقدر أن لو جاز بيعها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب ، لأن إطلاق المقدم يفهمى
السلامة من العيب ، فثبت فيه خيار الرد كما عوض في البيع ، ولا يثبت فيه خيار
الشرط ولا خيار المجلس ، لأنه أحد عوضى النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط
وخيار المجلس كالبضع ، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلاً لدفع الدين ،
والصداق لم يبن على المغابنة ، فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعى رحمه
الله : يبطل النكاح ، فن أصحابنا من جعله قولاً لأنه أحد عوضى النكاح فبطل
النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع . ومنهم من قال لا يبطل وهو الصحيح ، كما يبطل
إذا جعل المهر خمرأ أو خنزيراً ، وما قال الشافعى رحمه الله محمول على ما إذا
شرط في المهر والنكاح ، ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون إلا بزيادة
جزء أو نقصان جزء ، فإذا سقط الشرط وجب إسقاط ما في مقابلته ، فيصير
الباقى محمولاً فوجب مهر المثل

وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق
لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله ، ويجب مهر المثل لما ذكرناه
في شرط الخيار .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه ، إذا كان النكاح بألف على أن لا يبيها
ألفاً فالمهر فاسد ، وجملته ذلك أنه إذا تزوج امرأة بألف على أن لا يبيها أو لعمها
ألفاً أخرى فالنكاح صحيح والمهر فاسد ولها مهر مثلاً . وإنما صح النكاح لأنه
لا تفتقر صحته إلى صحة المهر ، وإنما فسد المهر لأن قوله على أن لا يبيها ألفاً
ان أراد أن ذلك جميع الألفين صدداً لها فالصداق لا تستحقه غير الزوجة ،

فإذا فسد الشرط سقط المهر وقد نقصت المرأة من صداقها جبراً لأجل الشرط
وإذا سقط الشرط وجب أن يرد إلى المهر الجزء الذي نقصته لأجل الشرط ،
وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً ، ولو أصدقها
صداقاً مجهولاً لم يصح ووجب لها مهر مثلها بالتمام ما بلغ .

وقال الشافعي في القديم : إذا تزوجها على ألف على أن لا يبها ألفاً ولا مائة ألفاً
صح النكاح واستحقت الثلاثة آلاف ، وبه قال مالك . قال أبو علي بن أبي هريرة
فيجىء على هذا أن الألفين في الأولة للزوجة وهذا مخالف لما نقله المزني ، وذكره
الشافعي في الأم في التي قبلها ، والأول أصح لأنه إنما أصدقها ألفاً لا غير ، وما
شرطه وأمها لا يستحقانه ولا تستحقه الزوجة لما قدمناه في التي قبلها .

إذا ثبت هذا فذكر المزني بعد الأولة ، ولو نكح امرأة على ألف وعلى أن
يعطى أباهم ألفاً كان جائزاً ولها منعه وأخذها منه لأنها هبة لم تقبض أو وكالة .
قال أصحابنا : أخطأ المزني في النقل ، لا فرق بين هذه والأولة ، ويكون المهر
قاسداً ، وإنما نقل المزني جواب مسألة ثالثه ، ذكرها الشافعي رضى الله عنه في
الأم ، وهو إذا تزوجها بالألفين على أن تعطى أباهم ألفاً فيكون المهر جائزاً
لأنها قد ملكت الألفين بالعقد وما شرطه عليها من دفعها لأبيها ألفاً لا يبارها
لأنه إن كان هبة منها فلا يلزم عليها قبل القبض أو على سبيل الوكالة منها لأبيها
بالقبض ، وذلك لا يلزم عليها ، وإذا لم يلزمها سقط ولا يؤثر ذلك في المهر ،
لأن المرأة لم ينقص من مهرها شيء . لأجل هذا الشرط ولا الزوج زاد في مهرها
لكن تعطى أباهم ، لأنه لا منفعة له في ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : وكذلك إذا أصدقها ألفين على أن يعطى الزوج منها
ألفاً لا يبها لم يؤثر ذلك : لأن ذلك هبة منها أو توكيل في قبضها والتصرف لها
لاحق للزوج في ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ومعنى هذا عندي أنه لم يرد به الشرط ، وإنما أراد به
أنه تزوجها على ألفين على أن لها أن تعطى أباهم ألفاً ويعطى هو أباهم ألفاً فالحكم
ما ذكرنا ، فأما إذا أخرج ذلك مخرج الشرط فينبغي أن يفسد المهر ، لأنه لم
يملكها المهر ملكاً تاماً فيبطل . وقد حكى الصيغرى هذا عن بعض أصحابنا .

ثم قال الصيمري : هو قياس التحقيق لو كان من عقود المعاوضات وما الغرض فيه العتق . فأما ما هو خلاف ذلك فلا

(فرع) إذا تزوج امرأة بألف على أن يطأها ليلا ونهاراً ، أو على أن يتفق عليها ويكسوها ويسافر بها على أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه صح ذلك ولم يؤثر في الصداق ، لأن ذلك من مقتضى العقد ، وإن شرط على أن له أن يتزوج عليها أو يتسرى صح ولم يؤثر لأنه لا يتنافى مقتضاه

وإن تزوجها بمائة على أن لا يتزوج أو لا يتسرى عليها ، أو على أن لا يسافر بها أو على أن لا يكلم أباه وأمه أو على أن لا يكسوها ولا يتفق عليها أو على أن لها أن تخرج من بيتها متى شاءت فالتكاح صحيح والشرط والمهر فاسدان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وقال أحمد : الشرط صحيح ومتى لم يف لها به ثبت لها الخيار في فسخ النكاح وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه ومعاوية وعمر بن عبد العزيز وشريح وأبي الشعثاء رضي الله عنهم . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهذا الشرط ليس في كتاب الله ، ويجب لها مهر مثلها ؛ لأنها تركت لأجل الشرط جزءاً من المهر ، فإذا سقط الشرط وجب رد الجزء وهو مجهول ، وإذا صار الصداق مجهولاً وجب لها مهر مثلها .

وقال أبو علي بن خيران : يجب لها أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل والمذهب الأول ، لأن المسمى قد سقط اعتباره ، وإنما الاعتبار بمهر المثل ، وإن تزوجها على ألف - أن لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين إن أخرجها فالمهر فاسد ويجب لها مهر مثلها .

وقال أبو حنيفة : إن وفي لها بالشرط الأول كان لها الألف وإن لم يف لها كان لها مهر مثلها . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان . دليلنا أنه دخل في العقد على التخيير بين عوضين فكان العوض فاسداً كما لو قال : بعثك بألف نقداً وبألفين نسيئة .

(فرع) إذا اشترطت المرأة على الزوج حال العقد أن لا يطأها أو على أن يطأها في الليل دون النهار ، أو على أن لا يدخل عليها سنة بطل النكاح لأن ذلك

شرط ينافي مقتضى العقد . وان شرط الزوج ذلك عليها في العقد لم يبطل النكاح لأن ذلك حق له يجوز له تركه فلم يؤثر شرطه ولا يلزمه الوفاء بالشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل . وليس هذا في كتاب الله فكان باطلا .

(فرع) إذا تزوج امرأة بمهر وشرط خيار المجلس أو خيار الثلاث في عقد النكاح فسد النكاح ، لأن النكاح لا يقع إلا لازما ، فإذا شرط فيه الخيار نافي ذلك مقتضاه فأبطله . وإن شرط الخيار في الصداق فقد قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر : كان المهر فاسدا . وظاهر هذا أن النكاح صحيح . وقال في الإملاء ان المهر والنكاح باطلان . واختاف أصحابنا فيها فهم من قال هي على حالين ، فحيث قال يبطلان أراد اذا شرط الخيار في النكاح والمهر أو في النكاح وحده . وحيث قال لا يبطل النكاح أراد إذا شرط الخيار في المهر وحده ، فهل يصح النكاح . فيه قولان

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد عوض النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كما لو شرطه في البضع (والثاني) يصح النكاح وهو الصحيح لأنه لو جعل الصداق خرا أو خنزيرا لم يبطل النكاح ، فلأن لا يفسد اذا شرط الخيار في المهر أولى ، فإذا قلنا بهذا في المهر والخيار ثلاثة أوجه حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) أن المهر والخيار صحيحان ، لأن المهر كالتن في البيع ، فلما ثبت جواز الخيار في الثمن ثبت جوازه في المهر (والثاني) أن المهر صحيح والخيار باطل ، لأن المقصود هو الصداق والخيار تابع ، فثبت المقصود وبطل التابع (والثالث) أن المهر والخيار باطلان - وهو المنصوص في الام - لأن الخيار لماسم يثبت في العوض وهو البضع لم يثبت في العوض ، واذا سقط الخيار فقد ترك لأجله جزء من المهر فيجب رده وذلك مجهول . وإذا كان المهر مجهولا وجب مهر المثل . قال الشيخ أبو حامد : الوجهان الاولان لا يساويان استماعهما

(فرع) ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب الفاحش واليسير وما بعد عيباً في مثله . وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف : يرد بالفاحش دون اليسير . دليلنا أن إطلاق العقد يقتضي سلامة المهر من العيب ، فإذا رد بالفاحش رد باليسير كما يبيع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وتملك المرأة المسمى بالعقد ان كان صحيحاً ، ومهر المثل إر كان فاسداً ؛ لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالمقد كالبيع ، وان كانت المنسكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر إلى من ينظر في مالها ، وان كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه اليها ، ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولاً آخر أنه يجوز أن يدفع اليها أو إلى أبيها وجدها ، لأنه يجوز إجبارها على الكاح لجواز اللولي قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة ، فان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها ، فقالت المرأة : لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما بل يقال : من سلم منكماً أجبرنا الآخر .

(والثاني) يؤمر الزوج بتسليم الصداق إلى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فاذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق اليها كالأقوالين فيمن باع سلعته بثمن معين ، وقد بينا وجه الأقوالين في البيوع ؛ فان قلنا : بالقول الأول لم يجب لها النفقة في حال امتناعها ، لأنها بمنتهى غير حق ، وان قلنا بالقول الثاني وجبت لها النفقة لأنها بمنتهى بحق وان تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع ، لان بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبايع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن .

(الشرح) الاحكام : تملك المرأة جميع المهر المسمى لها بنفس العقد إن كان ماسماً صحيحاً ، وان كان باطلاً ملكت مهر المثل ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضي الله عنه وقال مالك رضي الله عنه : تملك نصف المسمى بالعقد والنصف الباقي أمانة في يدها للزوج فإن دخل بها استقر ملكها على الجميع .

دلينا قوله تعالى : وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، فلولا أنهن ملكته لما أمر بتسليمه اليهن ، ولأنه عوض عن مقابلة معوض فملك في الوقت التي تملك به المعوض كالأثمان في البيع ، وان كانت المنسكوحة صغيرة أو كبيرة . مجنوناً أو سفیهة فلا لب والجد أن يقبض صداقها لان له ولاية على مالها ، وإن كانت بالغة

عاقلة رشيدة سلم المهر اليها أو إلى وكيلها ، وليس لوليها قبضه بغير إذنها . ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا ان الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والجد جاز له أن يقبض المهر بغير إذنها لانه إذا جاز له العفو عنه فلأن يجوز له قبضه أولى ، والاول أصح ، لانه إنما يجوز له العفو على هذا القول عن مهر الصغيرة أو المجنونة فأما الكبيرة العاقلة فليس له العفو عن مهرها بلا خلاف ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة ان كانت المنكوحه ثيبا لم يكن له قبض صداقها بغير إذنها ، وان كانت بكرأ فله قبض صداقها بغير إذنها الا أن تنهيه عن قبضه . دليلنا أنها بالغة رشيدة فلم يكن له قبض صداقها بغير إذنها كالنبت .

(فرع) اذا كان الصداق حالا فطالبتة الزوجة بتسليمه فقال الزوج : لا ، وطلب امهاله الى أن يجمعه ، وطالب بتسليم الزوجة اليه لم تجبر الزوجة على تسليم نفسها اليه الى أن يجمع صداقها ويسلمه اليها لان المهر في مقابلة البضع وعوض عنه ، فإذا امتنع الزوج من تسليم العوض لم تجبر المرأة على تسليم المعوض كما لا يجبر البائع على تسليم المبيع اذا امتنع المشتري من تسليم الثمن ، وان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها . وقالت الزوجة لا أسلم نفسي حتى يسلم الى الصداق فقد ذكر المصنف فيمن اشترى سلعة بثمن في ذمته ، فقال البائع لا أسلم السلعة حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض السلعة ثلاثة اقوال مشهورة أتى عليها الامام تقي الدين السبكي في شرح المذهب في شروعه في تكملة المجموع .

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما على التسليم ، بل أيهما تطوع بالتسليم أجبر الآخر .

(والثاني) أنهما يجبران معا ؛ فيجبر البائع على تسليم السلعة الى عدل ، يجبر المشتري على تسليم الثمن الى عدل ، ثم يسلم السلعة الى المشتري والثمن الى البائع ، وبأيهما بدأ جاز .

(والثالث) أن البائع يجبر على تسليم السلعة الى المشتري ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن الى البائع . وأما الصداق فلا يجيء فيه الا القولان الأولان . (أحدهما) لا يجبر واحد منهما على التسليم بل يقال لهما : أيكما تطوع بالتسليم

أجبر الآخر على التسليم (والثاني) يجبر الزوج على تسليم الصداق الى عدل ،
 فإذا حصل الصداق في يد عدل أجبرت الزوجة على تسليم نفسها الى الزوج ،
 ولا يجيء في هذا القول أن تسلّم المرأة نفسها الى عدل كما قلنا في البائع ، لان معنى
 قولنا : تسلّم نفسها نعتي به يطرأها الزوج ؛ وهذا لا يحصل بتسليمها نفسها الى
 العدل ، ويسقط ههنا القول الثالث في البيع وهو قولنا : يجبر البائع على تسليم
 السلعة أولا الى المشتري لانا اذا أجبرنا البائع على هذا التسليم تسلّم السلعة وأخذ
 الثمن من المشتري ان كان حاضراً ، وان كان غائبا حجرتنا على المشتري في السلعة
 في جميع أمواله الى أن يسلم الثمن ، والزوجه ههنا بمعنى البائع ، ولو أجبرناها
 على تسليم نفسها وهو تمسكها الزوج من وطئها ربما أتلّف ماله بعد وطئها
 أو أفلس ، وقد أتلّف بضمها لانه لا يتأتى فيه ما ذكرناه في السلعة ، هذا نقل
 أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي : بل في الصداق ثلاثه أقوال أيضا (أحدها) لا يجبران
 (والثاني) يجبران بأن يوضع الصداق على يد عدل ؛ وتجبر المرأة على التمكين .
 (والثالث) يجبر الزوج ، والأول هو المشهور . فاذا قلنا لا يجبران لم يجب لها
 نفقه في حال امتناعها ، لأن الزوج لا يختص بالامتناع . وان قلنا يجبر الزوج
 أولا فلها النفقه في حال امتناعها قبل تسليم الزوج المهر ، لان المنع من جهته
 وان تبرعت المرأة وسلمت نفسها اليه ووطئها الزوج لم يكن لها أن تمتنع بعد
 ذلك حتى تقبض صداقها .

دليلنا أن التسليم الاول تسليم استقر به المسمى برضاها فلم يكن لها الامتناع
 بعد ذلك ، كما لو سلم البائع سلعة قبل قبض الثمن ثم أراد أخذها ، وان أكرهها
 الزوج فوطئها فهل لها أن تمتنع بعد ذلك الى ان تقبض المهر ؟ فيه وجهان
 حكاهما في الابانه .

(احدهما) لها ان تمتنع كما لو قبض المشتري العين المبيعه واكره البائع
 على ذلك قبل قبض الثمن .

(والثاني) ليس لها ان تمتنع لأن المهر قد تقرر بذلك والبائع اذا استرد

المبيع ارتفع التقرير ، وإن كان الصداق مؤجلاً فطلب الزوج تسليمه إليه قبل حلول الاجل لم يكن لها أن تمتنع ، فإن امتنعت أجبرت لانها رضيت بتأخير حقها إلى الاجل فلم يكن لها الامتناع من التسليم كما لو باع سلعة بثمن مؤجل فليس له الامتناع من تسليمها قبل حلول الاجل : فإن تأخر تسليمها لنفسها حتى حل الاجل فهل لها الامتناع من تسليمها إلى أن تقبض الصداق ؟ فيه وجهان . قال الشيخ أبو حامد : ليس لها أن تمتنع لان التسليم مستحق عليها قبل المحل فلم يسقط ما وجب عليها بحلول دينها .

وقال القاضى أبو الطيب : لها أن تمتنع ، وقد ذكر المزني في المنشور أنه إذا باع سلعة بثمن مؤجل فلم يقبض السلعة حتى حل الاجل فإن للبائع الامتناع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن ، ووجهه أن لها المطالبة بالمهر فكان لها الامتناع كما لو كان حالا ، وإن كان بعض الصداق مؤجلاً وبعضه حالا فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض المؤجل كما لو كان جميعه مؤجلاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن كان الصداق عيناً لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع ، وإن كان ديناً فعلى القولين في الثمن ، وإن كان عيناً فهلاكته قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يملك المبيع قبل القبض من ضمان البائع : وهل ترجع إلى مهر المثل ، أو إلى بدل العين ، فيه قولان .

قال في القديم : ترجع إلى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها ، فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب ، فعلى هذا ان كان مما له مثل وجب مثله وان لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب : ومن أصحابنا من قال : يجب قيمته يوم التلف ، لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول ، لان هذا يبطل بالمغصوب .

وقال في الجديد : ترجع إلى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتمذر الرجوع إلى المعوض ، فوجب الرجوع إلى بدل المعوض كما لو اشترى ثوباً بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده ، فإنه يجب قيمة الثوب ،

وان قبضت الصداق ووجدت به عيباً فردته أو خرج مستحقاً رجعت في قوله القديم الى بدله ، وفي قوله الجديد الى مهر المثل ، وان كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين اذا تلفت فترجع في قوله القديم الى أجره المثل : وفي قوله الجديد الى مهر المثل .

(الشرح) الأحكام : اذا كان الصداق عيناً فأرادت الزوجة أن تنصرف فيها بالبيع والهبة وما أشبههما قبل القبض لم يصح ، وقال بعض الناس : يصح هكذا أفاده العمراني .

دلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عن بيع ما لم يقبض ، وهذا لم يقبض وان كان الصداق ديناً في الذمة فهل يصح لها بيعه قبل قبضه ، فيه قولان كالثمن في الذمة . هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال المسعودي : اذا أرادت بيع الصداق قبل أن تقبضه فهل يصح بيعها له فيه قولان - ان قلنا : انه مضمون في يد الزوج ضمان العقد لم يصح ، وان قلنا ضمان اليد صح وأراد بذلك اذا كان الصداق عيناً .

(مسألة) اذا أصدق الرجل امرأته عيناً معينة اما حيواناً أو ثوباً أو سيارة فانها تكون مضمونة على الزوج ما لم يقبضها الزوجة ، لأنهما مضمونة عليه بعدد ما واوضه فنكاح مضمونة كالمبيع ، فان قبضتها الزوجة سقط الضمان عنه وصار ضمانها على الزوجة ، فان هلكت العين في يد الزوج قبل أن تقبضها الزوجة سقط حقها من العين لأنها قد تلفت ولا يبطل النكاح ، لأن النكاح بغير مهر فلا يبطل بتلف الصداق ، ويجب على الزوج ضمان الصداق للزوجة لأنها قد تبينا أنه مضمون عليه الى أن تقبضه الزوجة ، وفيما يضمنه قولان .

قال في الجديد : ترجع عليه بمهر مثلها وهو اختيار المزني وأبي اسحاق المروزي والقاضي أبي الطيب ، لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتمذر الرجوع الى المعوض فوجب الرجوع الى بدل المعوض لا الى بدل العوض كما لو اشترى فرساً بثوب وقبض الفرس وتلف الفرس والثوب عنده ، فانه يجب عليه قيمة الفرس لا قيمة الثوب ، فقولنا : عوض معين احتراز من العوض في الذمة ، وقولنا :

تعذر الرجوع إلى المعوض لأن الشرع قد منع الزوجة من الرجوع إلى بعضها بتلف الصداق فرجعت إلى بذله . وفيه احتراز من المبيع إذا تلف قبل القبض والتمن باق .

وقال في القديم : ترجع عليه ببدل العين التالفة ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد رضي الله عنهما واختيار الشيخ أبي حامد وابن الصباغ لأن كل عين يجب تسليمها فلا يسقط ضمانها بتلفها : فإذا تلفت ضمانت ببدلها كالعين المنصوبة . فقولنا عين يجب تسليمها احتراز عما لا يجب تسليمه كالعين المبيعة والثمن قبل البيع . وقولنا لا يسقط ضمانها بتلفها احتراز من العين المبيعة والثمن إذا تلفا قبل القبض ، فإذا قلنا بقوله الجديد فإن تلفت العين بأفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها إلى الزوج وطالبت به ففنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها . وإن أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وإن أتلفها أجنبي فظاهر قول الشافعي رضي الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبي ببدل الصداق الذي أتلف

وإن نقص الصداق في يد الزوج بأفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها إلى الزوج وطالبت به ففنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها ، وإن أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وإن أتلفها أجنبي فظاهر قول الشافعي رضي الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبي ببدل الصداق الذي أتلف وبين أن ترجع الزوجة على الأجنبي ببدل ما أتلف . وإن نقص الصداق في يد الزوج بأفة سماوية أو بفعل الزوج فهي بالخيار بين أن تأخذ للصداق ناقصاً ولا شيء لها وبين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها . وإن نقص بفعل أجنبي فهي بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها وتأخذ الزوج من الأجنبي الأرش ، وبين أن تأخذ الصداق والأرش من الأجنبي وإن نقص الصداق بفعل الزوجة أخذته ناقصاً ولا شيء لها . وإن قلنا بقوله القديم فحكمه في يد الزوج حكم المنصوب إلا أنه لا يأنم إذا لم يمنعها من أخذه فإذا تلف في يد الزوج بأفة سماوية أو بفعل الزوج رجعت عليه بمثله إن كان له مثل ، وبقيمته إن لم يكن له مثل ، ومتى تعتبر قيمته ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان

ومنهم من قال : هما وجهان ، المنصوص أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف لأنه مضمون على الزوج في جميع هذه الأحوال فهو كالمفصوب . والثاني يرجع عليه بقيمته يوم التلف ، والأول أصح

وإن نقص في يد الزوج نظرت - فإن كان بأفة سماوية - كانت بالخيار بين أن ترد الصداق لأجل النقص وترجع ببذله عليه ، وبين أن تأخذه ناقصاً وتأخذ منه أرش النقص لأنه كالغاصب

وإن نقص بفعل الزوج - فإن اختارت رده وأخذ بذله - كان لها ، وإن اختارت أخذه - فإن لم يكن للجناية أرش مقدر - أخذت الصداق وما نقص من قيمته ، وإن كان لها أرش مقدر بأن كانت إبلاً جيتت أسنمتها أو عبداً قطعت يده رجعت عليه بأكثر الأمرين من نصف قيمة العين أو ما نقص من قيمتها بذلك ، لأنه اجتمع فيه ضمان اليد والأسنمة والجناية ، فإن نقص بفعل أجنبي فاختارت رده على الزوج وأخذ بذله منه كان لها ذلك لأجل النقص ورجع الزوج على الأجنبي بالارش ، فإن اختارت أخذه أخذته ، فإن كان الارش غير مقدر - فإن كان مثل أرش النقص أو أكثر من أرش النقص - رجعت به على من شامت منهما . وإن كان الارش المقدر أقل من أرش النقص كانت بالخيار بين أن ترجع بأرش النقص على الزوج وبين أن ترجع على الأجنبي بالارش المقدر وترجع على الزوج بتمام أرش النقص

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويستقر الصداق بالوطء في الفرج لقوله عز وجل : وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وفسر الإنضاء بالجماع ، وهل يستقر بالوطء في الدبر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستقر لأنه موضع يجب بالإبلاج فيه الحد ، فأشبه الفرج (والثاني) لا يستقر لأن المهر في مقابلة ما يملك بالعقد ، والوطء في الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويستقر بالموت قبل الدخول ، وقال أبو سعيد الاصطخري : إن كانت أمة لم يستقر بموتها لأنها كالسلعة تباع وتباع ، والسلعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن . فكذلك إذا ماتت

الأمة وجب ان يسقط المهر ، والمذهب انه يستقر ، لأن الفكاح الى الموت ،
فاذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البدل كالإجارة إذا انقضت . دتها .

واختلف قوله في الخلوة فقال في القديم : تقرر المهر ، لأنه عقد على المنفعة
فكان التمكين فيه كالاستيفاء في تقرر البدل كالإجارة . وقال في الجديد : لا تقرر
لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة في غير النكاح

(الشرح) الاحكام : يستقر المهر المسمى للزوجة بالوطء في الفرج لقوله
تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم ، الآية . فلما اثبت له الرجوع بنصف الصداق بالعلاق قبل المسيس دل
على انه لا يرجع عليهما بشيء منه بعد المسيس . وقال في آية اخرى « وصيف
تأخذه وقد افضى بعضكم الى بعض ، ففسر الإفضاء بالجماع

وان وطئها في دبرها فهل يستقر به المسمى ، فيه وجهان . من اصحابنا من قال
لا يستقر لها لأن المهر في مقابلة ما يملك بالمقد والوطء في الدبر غير مملوك في
المقد فلم يستقر به المهر . والثاني - وهو المذهب - انه يستقر به المسمى ، وبه
قطع صاحب المذهب ؛ ووجهه ان الوطء في الدبر لا يختلف عن الجماع فيما
يتضمن تكميلا كالأحصان والتحليل ، او يوجب تخفيفا مثل الخروج من
موجب العنة والايلاء .

ووجه ذلك انه يتضمن تغليظا في إلحاقه بالوطء كما نقول في وجوب الفسل
دون الانزال وافساد العبادات ، والحكم بتقرير المهر اثبات تغليظ على الرجل
حتى لو انه جامع امرأة في دبرها بالشبهة وجب المهر لأنه موضع يجب بالايلاج
فيه الحد فاستقر به المهر كالفرج .

قال اصحابنا : وجميع الاحكام التي تتعلق بالوطء في الدبر اربعة احكام :
الاحلال للزوج الاول ، والاحصان ، وايفاء المولى ، والخروج من العنة . وان
وطئ اجنبية في دبرها وجب لها مهر المثل ، وان خلف ان لا يبطأ امرأة
فوطئها في دبرها حنث في يمينه ، قال الصيمري : فان آلى من امرأته اكثر من
اربعة اشهر فوطئها في دبرها لم يسقط بذلك حقها ، وينبغي ان يحنث في يمينه ،

وإن أتت أسرته بولد يلحقه بالإمكان - ولم يقر بوطنها - فهل يستقر عليه المهر المسمى فيه قولان (أحدهما) يستقر، لأن إلحاق النسب به يقتضى وجود الوطء (والثاني) لا يستقر عليه لأن الولد يلحق بالإمكان، والمهر لا يستقر إلا بالوطء والاصل عدم الوطء .

(فرع) وإن مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر لها المهر ؛ وهو المذهب لأن النكاح الى الموت فاستقر به المهر كالأجارة إذا انقضت مدتها

(فرع) وإن خلا الزوج بها ولم يجامعها فهل حكم الخلوة حكم الوطء في تقرير المهر ووجوب العدة ، اختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعي في الجديد الى أنه لا تأثير للخلوة في تقرير المهر ولا في وجوب العدة . وبه قال ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم . ومن التابعين الشعبي وابن سيرين وطاوس ، ومن الفقهاء أبو ثور . وذهبت طائفة الى أن الخلوة كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة ، وذهب اليه ابن عمر وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم ، وبه قال الزهري والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك : ان خلا بها خلوة تامة بأن يخلو بها في بيته دون بيت أبيها أو أمها رجح بها قول من يدعى الإصابة منها عند اختلافها بها ، ولا تكون الخلوة كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وقال الشافعي في القديم : للخلوة تأثير . وقال الحارثي من الحنابلة : اذا خلا بها بعد العقد فقال : لم أطأها وصدقته لم يلتفت الى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها الا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فانها يجلدان ولا يرجعان . اهـ

وقال ابن قدامة : اذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ ، روى ذلك عن الحنفية الراشدين وزيد وابن عمر ، وبه قال علي ابن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي وأصحاب الرأي ، وهو قديم قول الشافعي ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد : لا يستقر الا بالوطء . وبكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس ، وروى نحو ذلك عن أحمد ، وروى عنه يعقوب بن مختار أنه قال : اذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة ، وذلك

لقوله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، وهذه قد طلقها قبل أن يمسهن ، وقال تعالى : وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، ثم قال : ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم . روى الامام أحمد والاثرم بإسنادهما عن زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجب العدة . ورواه أيضا عن الاحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا . وما روه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع . قاله ابن المنذراه

قلت : لما كان للشافعي رضي الله عنه قولاه القديم والجديد ، فإن من أصحابنا من قال : مذهب الشافعي في القديم في الخلوة كقول مالك في أنه يرجح بها قول من ادعى الاصابة لا غير : إلا أنه لا فرق عندنا على هذا بين أن يخلو بها في بيته أو في بيت أبيها أو أمها

ومثمن من قال : مذهب الشافعي في الجديد كقول أبي حنيفة - وهو المنصوص في القديم - فإذا قلنا بهذا فوجه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن قناع امرأة فقد وجب عليه المهر ،

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب المهر . ما ذهبن ان جاء المعبر من قبلكم ؛ ولأنه عقد على المنفعة فكان التمكن منها كالاستيفاء في تقرير البدل كالاجارة

وإذا قلنا بقوله الجديد قال العمراني وأكثر الأصحاب ، وهو الاصح ، فوجه قوله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، ولم يفرق بين أن يخلو بها أو لا يخلو بها ، ولأن الخلوة لو كانت كالاصابة في تقرير المهر وجوب العدة ان كانت كالاصابة في وجوب مهر المثل في العيبة .

وأما الخبر فمحمول على أنه كنى عن الجماع بكشف النقاب ، وما روى عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقد روينا عن ابن عباس وابن مسعود خلاف ذلك ، فإذا قلنا بقوله الجديد فوطئها فيما دون الفرج فسقط الماء إلى فرجها وجبت عليها العدة وجهاً واحداً ، لأن رحمها قد صار مشغولاً بمائه ، وإن أتت من ذلك بولد لحقه نسبه ، وهل يستقر بذلك صداقها ، فيه وجهان .

(أحدهما) يستقر ، لأن رحمها قد صار مشغولاً بمائه فهو كالموطئها .
(والثاني) لا يستقر به المهر لأنه لم يوجد الجماع التام فهو كما لو لم يسبق إلى فرجها ماؤه ، ولو استدخلت المرأة ما غير ماء زوجها وظنته ماء زوجها لم يثبت له حكم من الأحكام لأن الشبهة تعتبر في الرجل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لأنه استقر فلم يسقط ، فإن أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان ،

(أحدهما) يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(والثاني) لا يجوز أن يعلمها لأنه لا يؤمن الا فتان بها ويخالف الحديث ، فإنه ليس له بدل ، فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته ، وفي الصداق لا يؤدي إلى إبطاله ، لأن في قوله الجديد ترجع إلى مهر المثل ، وفي قوله القديم ترجع إلى أجره التحليم ، وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت — فإن كانت بسبب من جهة المرأة ، بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينسخ النكاح برضاها — سقط مهرها لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم ، فسقط البدل كالباطح إذا أتلف المبيع قبل التسليم ، وإن كانت بسبب من جهته نظرت — فإن كان بطلاق — سقط نصف المسمى لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وإن كان بإسلامه أو برده سقط نصفه ، لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول ؛ فنصف بها المهر

كالطلاق ، وان كان بسبب منهما نظرت - فان كان بخلم - سقط نصفه ، لان
المغالب في الخلع جهة الزوج ، بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو اذا خالم مع
أجنبي فصار كما لو انفرد به ، وان كان برده منها ففيه وجهان .
(أحدهما) يسقط نصفه ، لان حال الزوج في النكاح أقوى فسقط نصفه
كما لو ارتد وحده .

(والثاني) يسقط الجميع لان المغالب في المهر جهة المرأة ، لان المهر لها
فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فان اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه
وجهان ، أحدهما : يسقط النصف ، لان البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام
الزوج ، فصار كالفرقة الواقعة بالخلع . والثاني : يسقط جميع المهر لان البيع
تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من بنفسه النكاح برضائه
(فصل) وان قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها ، وقال
في الامة : اذا قتلت نفسها أو قتلها مولاهما أنه يسقط مهرها ؛ فنقل أبو العباس
جوابه في كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلها على قولين .

(أحدهما) يسقط المهر لانها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط
بها المهر ، كما لو أرادت .

(والثاني) لا يسقط وهو اختيار المزنى وهو الصحيح ، لانها فرقة حصلت
بإتضاء الاجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت . وقال أبو اسحاق
لا يسقط في الحرة ويسقط في الامة على ما نص عليه ، لان الحرة كالمسلمة نفسها
بالعقد ، وهذا يملك منعها من السفر ، والامة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد
ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى ؛ وان قتلها الزوج استقر مهرها
لان اتلاف الزوج كالتبضع كما أن اتلاف المشتري للمبيع في يد البائع كالتبضع
في تقرير الثمن .

(الشرح) الأحكام : اذا تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم افتراق لم يرجع الى
الزوج بشيء من المهر سواء كانت الفرقة من جهة الزوج أو من جهة الزوجة
أو من جهتها أو من جهة أجنبي ، لان المهر قد استقر بالدخول فلم تؤثر الفرقة

وهذا لا خلاف فيه ، وإن أصدقها تعليم سورة من القرآن ودخل بها ثم طلقها قبل أن يعلمها - فإن كان الصداق تحصيل التعليم - لم يتعذر ذلك بسبب الطلاق بل يستاجر لها امرأة أو محرماً لها ليعلمها ، وإن كان الصداق على أن يعلمها بنفسه ففيه وجهان .

(أحدهما) أفى التعليم لا يتعذر بذلك ، بل يعلمها من وراء حجاب كما يجوز أن يسمع أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء حجاب ، وقد ثبت أن كثيراً من راويات الحديث وحافظاته يسمعن الأجانب عنهن من وراء حجاب وقد كان أبو الشعثاء جابر بن زيد يسأل عائشة من وراء حجاب وكان يسألها عن أخص أحوال النبي صلى الله عليه وسلم حتى في جماعه وكانت رضى الله عنها تخجل حتى ليحمر وجهها كما يقول عروة ابن أختها ، وهى تقول : سل يا ابنائه ومن هؤلاء الراويات أمة الواحد بنت يامين والدة يحيى بن بشير وأمينة بنت عبد الله وهبة الفزارية وحيدة راوية أم سلمة وخيرة أم الحسن البصرى وزينب بنت معاوية زوج ابن مسعود وراوية والمالية بنت سويد وثقفا المجلى وعمرة بنت قيس عن عائشة روى عنها جعفر بن كيسان فى صحيح ابن خزيمة ، وأم القلوص عن عائشة وعنها المنوكل بن الفضل فى الدارقطنى وهن لا يحصين .

(والثانى) أن تعليمه لها قد تعذر لأنه يخاف عليهما الافتتان ، ويخالف سماع الأخبار لأننا لم نجز ذلك لصاع ما عندها من الأخبار ، فإذا قلنا بهذا كان كما لو تلف الصداق قبل القبض فيرجع فى قوله الجديد إلى مهر مثلها ، وفى قوله القديم إلى أجره التعليم ، وإن وقعت الفرقة بينها قبل الدخول نظرت ، فإن كانت بسبب من جهتها بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعته أو أرضعت زوجها له صغيرة أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ففسخ النكاح سقط جميع المهر لأن البضع تلف قبل الدخول بسبب من جهتها ، فسقط ما نقابله كالمبيع إذا تلف قبل القبض ؛ وإن كان بسبب من جهة الزوج بأن طلقها سقط عنه نصف المسمى إن كانت لم تقبضه ، ووجب عليها رد نصفه إن كانت قبضته لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضته فنصف ما فرضتم »

وهكذا إن أسلم أو ارتد لحكمه حكم الطلاق ، لأن الفرقة من جهته فهو كالطلاق وإن كانت الفرقة بسبب مندها نظرت - فإن كانت بخلع لحكمه حكم الطلاق لأن المقلب فيه جهة الزوج بدليل أنه يصح خلعه مع الاجتبي ، وإن كان برده مندها بأن ارتدا معاً في حالة واحدة ففيه وجهان .

(أحدهما) حكمه حكم الطلاق لأن حال الزوج في النكاح إذا خالع زوجته بعد الدخول بها ثم تزوجها ثانياً في العدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها يتنصف المسقى . وقال أبو حنيفة : لا يتنصف بل يبقى حقها في الجميع كما كان . دليلنا ظاهر الآية « فنصف ما فرضتم » ، ولأن الوطء الموجود في النكاح الأول يقابله المهر الأول ، فلو قلنا : لا يتنصف المهر في النكاح الثاني لصار ذلك الوطء مؤثراً أقوى في تقرير المهرين ، والتسليم الواحد لا يقابل بدلين وعلى هذا الخلاف لو وطئ امرأة بالشبهة أو اعتق أم ولده ونكحها ثم طلقها ينصف المهر عندنا ، وعند أبي حنيفة لا ينصف ويجعل دوام شغل الرحم كالوطء في تقرير المهر كله وتخالف هذه المسألة المخالعة حيث غلبنا جانب الزوج لأن الزوج يتصور منه أن يتفرد بالمخالعة عنها بأن تخالع مع أجنبي والمرأة لا يتصور منها الانفرد بالمخالعة عن الزوج فيترجح جانب الزوج ، وههنا في المباينة سواء رجحنا أحد الجانبين بالاستدعاء كما في الحرة إذا قتلت نفسها أو قتلت وليها قبل الدخول أنه لا يسقط شيء من المهر .

واختلف أصحابنا فيهما فذهب أبو العباس بن مريح وبعض أصحابنا إلى أن فيهما قولين (أحدهما) يسقط مهرها ، لأن النكاح انفسخ بسبب من جهتها ، فهو كما لو ارتدت (والثاني) لا يسقط وهو الأصح لأنها فرقة حصلت بانقضاء أجلها فهو كما لو ماتت ، وذهب أبو إسحاق المروزي وبعض أصحابنا إلى أنها على قولين على ظاهرهما ، ففي الامة يسقط ، وفي الحرة لا يسقط ، لأن الحرة مسلمة لنفسها في العقد ، ولهذا لا يجوز لها السفر بغير إذن الزوج ، والامة غير مسلمة لنفسها ولهذا يجوز لها السفر بغير إذن زوجها ، لأن الزوج للحرة بغير ميراثها لحجاز أن يغرر مهرها ، وزوج الامة لا يغرر ميراثها فلم يغرر مهرها ، فإذا قلنا : يسقط

المهر بذلك فان الحرة لا يسقط مهرها إلا إذا قتلت نفسها قبل الدخول ، وإن قتلتها أو وليها أو زوجها أو أجنبي لم يسقط مهرها .

وأما الأمة فان قتلت نفسها قبل الدخول سقط مهرها ، وإن قتلتها سيدها سقط مهرها لأن المهر له ، وإن قتلتها زوجها أو أجنبي قبل الدخول لم يسقط مهرها ، خلافاً لأبي سعيد الإصطخري الذي قال : إذا قتلتها أجنبي قبل الدخول يسقط مهرها لأنها كالسامة المبيعة إذا أتلفها أجنبي قبل القبض انفسخ البيع وسقط الثمن ، والمذهب الأول ، لأنها إنما تكون كالسامة إذا بيعت أما في النكاح فهي كالحرة كما قررنا في غير موضع .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل أما أن يكون الصداق تالفاً أو باقياً ، فان كان تالفاً - فان كان بماله مثل - رجع بنصف مثله ، وان لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض ، لأنه ان كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت ، كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها وان كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص ، كان النقصان مضموناً عليه ، فلم يرجع بما هو مضمون عليه ، وان كان باقياً لم يخل - أما أن يكون باقياً على حاله أو زائداً أو ناقصاً أو زائداً من وجه ناقصاً من وجه - فان كان على حاله رجع في نصفه ، ومتى يملك ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق : أنه لا يملك الا باختيار التملك ، لان الإنسان لا يملك شيئاً بغير اختياره الا الميراث ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، فعلى استحقاق النصف بالطلاق ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة كانت بينهما ، وان طلقها والصداق زائد نظرت فان كانت زيادة متميزة كالثرة والنتاج واللبن رجع بنصف الاصل ، وكانت الزيادة لها لانها زيادة متميزة حدثت في ملكها ،

فلم تتبع الاصل في الرد ، كما قلنا في الرد بالعيب في البيع ، وان كانت الزيادة غير
متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين
أن تدفع قيمة النصف ، فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف
المفروض مع زيادة لا تتميز ، وان دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن
حقه في نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البديل ، وان كانت
المرأة مفلسه فقيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق : أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع
الزيادة ، لأنه لا يصل الى حقه من البديل ، فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع
البائع في المبيع مع الزيادة عند افلاس المشتري
(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة
تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد في ملكها بغير رضاها ، ويخالف اذا أفلس المشتري
فإن المشتري فرط في حبس الثمن الى أن أفلس فرجع البائع في العين مع الزيادة .
فإن كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ،
فقيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر الزوج على أخذها لانها هبة فلا يجبر على قبولها
(والثاني) يجبر وهو المنصوص لانه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن
وان بذلت نصف النخل دون الشمرة لم يجبر الزوج على أخذها . وقال المزني :
يلزمه ان يرجع فيه وعليه ترك الشمرة الى أو ان الجذاذ كما يارم المشتري ترك
الشمرة الى أو ان الجذاذ ، وهذا خطأ ، لانه قد صار حقه في القيمة فلا يجبر على
أخذ العين ، ولأن عليه ضرراً في ترك الشمرة على نخله فلم يجبر ، ويخالف
المشتري فإنه دخل في العقد عن تراض فأقرا على ما تراضيا عليه ، فان طالب
الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الشمرة الى أو ان الجذاذ فقيه وجهان
(أحدهما) لا تجبر المرأة لانه صار حقه في القيمة

(والثاني) تجبر عليه لان الضرر زال عنها ورعى الزوج بما يدخل عليه من
الضرر . وان طلقها والصداق ناقص بان كان عبداً فعمى او مرض ؛ فالزوج
بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف ، فان رجع في

النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع ، لأن الناقص دون حقه . وإن طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بأن كان عبدا فتعلم صنعة ومرض ، فإن تراخيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما ، وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لقصانه . وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه ازبادته ، وإن كان الصداق جاريا لخبثات فهي كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض ، لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد

وإن كان بهيمة لحملت ففيه وجهان (أحدهما) أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل ، وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص ، لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة (والثاني) وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه ، فإنه ينقص به اللحم فيما يؤكل ، ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية .

وإن باعته ثم رجع اليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لأنه يمكن الرجوع الى عين ماله فلم يرجع الى القيمة . وإن وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه ، لأنه باق على ملكها وتصرفها . وإن كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف ، لأنه تعلق به حق لازم لغيرها ، فإن كان عبدا فدبرته ثم طلقها فقد روى المزني أنه يرجع ، فمن أصحابنا من قال يرجع لأنه باق على ملكها ومنهم من قال لا يرجع لأنه لا يملك نقض تصرفها ، ومنهم من قال فيه قولان ، إن قلنا إن التدبير وصية فله الرجوع ، وإن قلنا أنه عتق بصفة رجع بنصف قيمته

(الشرح) الأحكام : إذا طلق الرجل امرأة قبل الدخول وقد قبضت الصداق فقد ذكرنا أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، فإن كان قد تلف بيدها فإن كان له مثل رجع عليها بنصف مثله لأنه أقرب ، وإن كان لا مثل له رجع عليها بنصف قيمته ، لأن المالا مثل له يضمن بالقيمة ، فإن اختلفت قيمته من حين العقد الى حين قبضه رجع بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، لأن قيمته إن كانت حين العقد أقل ثم ازدادت ، فإن الزيادة حدثت في ملكها

فلا يلزمها ضماتها ، وإن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقصت فالنقص مضمون على الزوج لها فلا تضمنه الزوجة له ، وإن كان الصداق باقياً في يدها فلا يخلو من أربعة أحوال : إما أن يكون باقياً على حاله من حين القبض إلى حين الطلاق ، أو يكون ناقصاً من جميع الوجوه عن حاله التي قبضته عليها أو يكون زائداً على حاله التي قبضته عليها من جميع الوجوه ، أو يكون زائداً من وجه ناقصاً من وجه فإن كان باقياً على حاله رجع بنصفه لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » ، وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن كانت جارية سميحة فهزلت أو مرضت أو ما أشبه ذلك فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ولا شيء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض لأن الله تعالى قال « فنصف ما فرضتم » ،

وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن كانت بهيمة سميحة فهزلت أو مرضت فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ولا شيء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، لأن الله تعالى قال « فنصف ما فرضتم » ، وإذا كان ناقصاً فليس هو المفروض . وإن كان الصداق زائداً من جميع الوجوه فلا يخلو الزيادة إما أن تكون متميزة أو غير متميزة ، فإن كانت متميزة بأن أصدقها بهيمة حائلاً فحملت وولدت ثم طلقها ، أو شجرة لا ثمرة عليها فأثمرت وجدت ، ثم طلقها رجع عليها بنصف الصداق دون النماء لأنه إنما حدث في ملكها وتميز فلم يكن له فيه حق كما قلنا في المشتري إذا حدث في ملكه نماء مميز ثم وجد بالمبيع عيباً فرده

وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم القرآن والعلم والصنعة ، فإن اختارت الزوجة تسليم نصفه أجبر الزوج على أخذه لأنه يرجع أكل ما دفع إليها وإن لم يختار تسليم نصفه لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله .

وقال محمد بن الحسن : تجبر الزوجة على تسليم نصفه مع زيادته المنصلة .
دليلنا أن هذه زيادة حدثت في ملكها فلم يلزمها تسليمها كما لو كانت الزيادة متميزة ، ويلزمها نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، فإن كان على الزوجة ديون فأفلسست وحجر عليها فهل للزوج أن يرجع في نصف

الصداق مع زيادته المنصلة به ؟ فيه وجهان . قال أبو إسحاق يرجع بنصف الصداق مع زيادته المنصلة به لأننا إنما لانوجب الرجوع إلى نصف الصداق مع زيادته إذا كانت غير مفلسة لأن ذمتها عامرة فيتوصل الزوج إلى استيفاء حقه من القيمة ، وإذا كانت مفلسة فذمتها خربة فلا يمكنه الوصول إلى استيفاء حقه بالقيمة فليس له الرجوع إلى نصفه

وقال أكثر أصحابنا : لا يرجع الزوج إلى نصف الصداق مع زيادته المنصلة ، لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ، والزائد غير مفروض . ولم يفرق بين المفلسة وغير المفلسة . وإن كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه ، بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض - فإن اتفقا على أن يأخذ الزوج نصفه - جاز لأن الحق لهما وإن طلب الزوج نصفه فامتنعت الزوجة من ذلك لم يجبر على ذلك لزيادته ، وإن بذلت المرأة نصفه وامتنع الزوج من أخذه لم يجبر على ذلك لتقصاته ويرجع إلى نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، وإن طلقها قبل الدخول والصداق في يدها - فإن كان الصداق بحاله لم يزد ولم ينقص - كان لها النصف ، وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن مرض في يده أو عمى ، فالزوجة بالخيار بين أن تأخذ نصفه ناقصاً ولا شيء لها كالمبيع إذا نقص في يد البائع . وبين أن يفسخ الصداق لأجل نقصه ، فإذا فسخت الصداق لم يفسخ الشكاح والإلام يرجع ، فيه قولان كما لو تلف - قبل القبض . قوله الجديد يرجع إلى نصف مهر المثل . وقوله القديم يرجع إلى بدل نصف الصداق

وإن كان الصداق زائداً نظرت - فإن كانت زيادة متميزة كالولد واللبن والشمرة - كان لها نصف أصل الصداق وجميع الزيادة . وحكى المسعودي أن أبا حنيفة رحمه الله قال للزوج نصف الزيادة المنفصلة الحادثة في يده . دليلنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم يكن للزوج فيها حق كما لو حدثت في يدها ، وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والصبغة فالمرأة بالخيار بين أن تأخذ نصف الصداق وتدفع إلى الزوج نصفه مع زيادته فيجبر على قبوله ، وبين أن تأخذ جميع الصداق وتدفع للزوج نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ،

وإن كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه - بأن كانت جارية تملكت منه
ونسبت أخرى - فهي بالخيار بين أن تأخذ نصفه وتسلم إلى الزوج نصفه ، فيبهر
الزوج على ذلك ، لأن النقص في يده مضمون عليه ، وبين أن تفسخ الصداق
لأجل النقص ، فإذا فسخت رجعت عليه في قوله الجديد بنصف مهر المثل وفي
قوله القديم بنصف بدل الصداق

(فرع) كل موضع قلنا يرجع إلى الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل
الدخول ، فمَنْ يملك الزوج ذلك النصف ، فيه وجهان ؛ قال أبو إسحاق لا يملكه
إلا بالطلاق واختيار التملك ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المالك من غير
اختيار لا يقع إلا بالإرث ، وهذا ليس بإرث

(والثاني) وبه قال زفر ، وهو المنصوص أنه يملك بنفس الطلاق ؛ وإن لم
يختَر التملك لقوله وإن طلقتموهن ، ولم يفرق بين أن يختار التملك أو لا يختار
وما ذكره الأول أن الإنسان لا يملك شيئاً غير الميراث إلا باختيار التملك غير
مسلم ، فإن الإنسان لو أخذ صيداً لينظر إليه لا يملكه للملكة بالآخذ من غير
اختيار التملك ؛ وإن زاد الصداق بعد الطلاق وقبل اختيار التملك ؛ فإن قلنا
بقول أبي إسحاق كانت الزيادة لازمة وحدها ، وإن قلنا بالمنصوص كانت الزيادة
بينهما ، وإن نقص في يدها بعد الطلاق وقبل الاختيار ، فإن قلنا بقول أبي إسحاق
لم يلزموا ضمان النقص . وإن قلنا بالمنصوص لزمها ضمان النقص

إذا ثبت هذا فإن الشافعي رضي الله عنه قال وهذا كله ما لم يقض القاضي
بنصفه فتكون هي حينئذ ضامنة لما أصابه في يدها ، فقال الصيمري هل يشترط
قضاء القاضي في تملك الزوج نصف الصداق . فيه وجهان ظاهر كلام الشافعي أن
ذلك شرط . والثاني وهو الأصح أن ذلك ليس بشرط ، وسائر أصحابنا قالوا
لا خلاف في أن قضاء القاضي ليس بشرط لأن الرجوع بنصف الصداق ثبت
له بنص الكتاب والجماع ، فلم يشترط قضاء القاضي فيه ، فعلى هذا اختلاف
أصحابنا في تأويل كلام الشافعي ، فمنهم من قال إذا اختلفا في وقت ملك الزوج
بأن قال الزوج ملكته من شهرين ثم نقص بعدما ملكته فعليك ضمان النقص .
وقالت بل ملكته من شهر ونقص قبل أن أملكه فلا يلزمي ضمان النقص فانها

يترافعان الى القاضى ، فاذا قضى له القاضى بملكه من وقت . كانت ضامنة لما حدث بعد من النقص ، . وقال أبو إسحق وأكثر أصحابنا عطف الشافعى رحمه الله بهذا الكلام عليه اذا طلقها قبل الدخول وقبل نقص في يدها في جميع الوجوه فان الزوج بالخيار بين أن يرجع في نصفه ناقصا ولا أرض له وبين أن يرجع بقيمة نصفه ، ومتى يملك نصفه ، على قول أبي إسحق يملكه بالطلاق واختيار التملك ، وعلى المنصوص يملكه بالطلاق ولا يفترق الى قضاء القاضى : وانما عبر الشافعى رحمه الله عن وقت الملك بقضاء القاضى لانه أوضح ما يعلم به عود نصف الصداق فمتى علم وقت عوده اليه ثم نقص بعد ذلك وجب عليها ضمان النقص لانها قبضت الصداق بعقد المعاوضة ، وقد انفسخت المعاوضة فيكون عليها ضمان ما نقص في يدها ، كما لو اشترى سلعة فوجد بها عيبا ففسخ البيع ثم نقصت في يده فانه يجب عليه ضمان النقص .

وقد نص الشافعى في الام أنه اذا طلقها قبل الدخول والصداق في يدها فمنعته إياه كان عليها ضمان ما يحدث فيه من النقص ، فن أصحابنا من قال بظاهر هذا وأنها اذا لم تمنعه لا يلزمها ضمان ما نقص ، بل هو أمانة في يدها ، لانه حصل في يدها من غير تفریط

ومنهم من قال يجب عليها ضمان ما نقص في يدها ، سواء منعه أو لم تمنعه وهو الأصح كما قلنا فيمن اشترى عينا فوجد بها عيبا ففسخ البيع ثم نقصت في يده فان عليه ضمان النقص بكل حال

وتأولوا كلام الشافعى رضى الله عنه في الام على أنه أراد ضمان الغصب ، لان ضمان الغصب بطرأ على ما هو مضمون بالقيمة كالعارية اذا منعها صاحبها . وقال أبو العباس بل عطف - الشافعى رحمه الله بهذا اذا زاد الصداق في يد الزوجة من جميع الوجوه ، فقد قلنا ان الزيادة كما لها ، فقال الشافعى رحمه الله ما لم يقض القاضى بنصفه ، يعنى ما لم يقض له قاض مالسكى بنصفه مع زيادته ، لأن مالسكا رحمه الله يقول نصف الصداق باق على ملك الزوج الى أن يدخل بها ، فاذا قضى له مالسكى بنصفه مع زيادته كان بينهما ، ولا ينقض حكمه لانه موضع اجتهاد .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا تأويل حسن الا أن الشافعي رحمه الله قال بعده
فتكون حينئذ ضامنة لما أصابه في يدها ، ولا يمكن حمله على مذهب مالك رحمه
الله لانه يقول : هو أمانة في يدها لا يلزمها ضمان النصف ولا زيادته .
(مسألة) اذا أصدقتها نخلا لا ثمرة فيه فأثمرت في يدها ثم طلقها قبل الدخول
ففيها ست مسائل :

١ - اذا أراد الزوج أن يرجع في نصف النخل بنصف ثمرتها فامتنعت
الزوجة من ذلك فإنها لا تجبر على ذلك لان الثمرة ان كانت غير مؤبرة فهي زيادة
متصلة بالنخل ، وان كانت مؤبرة فهي كالزيادة المنفصلة ، وقد تبيننا أن الجميع لها .
٢ - اذا بذت نصف النخل مع نصف الثمرة فهل يجبر على قبوله ؟ فيه
وجهان . أحدهما : لا يجبر على قبوله ، لان هذه الزيادة ملك لها فلا يجبر على
قبولها كالموهرت له شيئاً فإنه لا يجبر على قبوله . والثاني - وهو المذهب - أنه
يجبر لانها زيادة متصلة بالصدوق فأجبر الزوج على قبولها .

قال الشيخ أبو حامد : الوجهان انما هما في الثمرة المؤبرة ، فأما غير المؤبرة
فيجبر الزوج على قبولها وجهاً واحداً ، وذكر المصنف أن الوجهين في غير
المؤبرة ، ولم يذكر المؤبرة ، فاذا قلنا : يجبر على القبول فإنه يجبر الا أن يطول
النخل وتكون قواماً وهو الذي قل سمعناه ودق أصله فلا يجبر الزوج على قبولها
لما فيها من النقص بذلك .

٣ - اذا قال لها الزوج : اقطعي للثمرة لا يرجع في نصف النخل بلا ثمرة
فلا تجبر المرأة على ذلك ، لان في قطع الثمرة قبل أوان قطعها اضراراً بها ،
وقد قال صلى الله عليه وسلم . ليس لعرق ظالم حق . وهذه ليست بظالمة .

٤ - أن تقول المرأة للزوج اصبر عن الرجوع حتى تدرك الثمرة فتجد ثم
ترجع في نصف النخل فلا يجبر الزوج على ذلك ، لان حقه متمتع ، وقد تعجل
بالقيمة فلا يجبر على التأخير ، ولانه لا يأمن أن يتلف النخل فلا يمكنه
الرجوع فيها ، فان صبر باختياره الى أن جدت الثمرة أو قطعت المرأة الثمرة
قبل أوان جدادها لم يكن للزوج الا نصف النخل الا أن يحدث بها نقص
فلا يجبر على نصفها .

٥ - أن يقول الزوج : أنا أصبر إلى أن تدرك الثمرة فتجد ثم أرجع في نصف النخل ، فإن المرأة لا تجبر على ذلك بعد أن رجع إليه نصفها فيكون في ضمانها فيلزمها الضرر بدخوله في ضمانها ، ولأن النخل تزيد فإذا رجع في نصفها بعد ذلك رجع في نصفها ونصف زيادتها المنصلة ، ولأن النخل تزيد فإذا رجع في نصفها بعد ذلك رجع في نصفها وفي نصف زيادتها المتصلة الحادثة في يدها ؛ ولأن حقه قد تعلق بالقيمة فلا ينتقل إلى النخل إلا برضا المرأة .

٦ - إذا قال الزوج : أنا أرجع في نصف النخل في الحال مشاعاً وأترك الثمرة لها إلى أن تجدد فيه وجهان . قال أبو إسحاق : له ذلك وتجبر المرأة على ذلك لأنه لا ضرر على المرأة بذلك ، ومن أصحابنا من قال : لا تجبر المرأة على ذلك لأن حقه قد صار بالقيمة فلا يجبر على تسليم نصف النخل .

(فرع) إذا أصدقها أرضاً فخرتها ثم طلقها قبل الدخول ، فإن بذلت له نصفها أجبر على قبولها . لأن الحرث زيادة من نقصان ، وإن امتنع من بذلها نصفها لم تجبر على ذلك وكان له نصف قيمتها لأنها قد زادت في يدها وإن زرعت أو غرستها وطلقها قبل الدخول والزرع والغرس فيها ، فإن بذلت له نصف الأرض ونصف الزرع ونصف الغرس ، وكانت قيمة الأرض قبل الزرع والغرس كقيمتها بعد الزرع والغرس .

قال الشيخ أبو حامد : أجبر على قبول ذلك على المذهب كما قلنا في النخل والثمره وفي الأرض المحروثة .

وقال ابن الصباغ : لا يجبر لأن الثمرة لا ينقص بها النخل ، والزرع تنقص به الأرض وتضعف ، ولأن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة لها والزرع والغرس ملك لها أودعته في الأرض فلا يجبر على قبوله ، وإن نقصت قيمة الأرض بالزرع والغرس لم يجبر على قبول نصفها ، فإن طلقها وقد استحصد الزرع ولم يحصده بعد فقالت : أنا أحصده وأسلم نصف الأرض فارغة أجبر على قبول ذلك إلا أن يحدث بالأرض نقص ، وإن حصدت الزرع ثم طلقها أو طلقها ثم حصدت

الزروع كان له الرجوع في نصف الارض إلا أن تكون قد نقصت بالزروع فلا يجبر على قبولها لان المانع من الرجوع الزرع وقد زال .

(مسألة) إذا أصدقاها خشبية فصنعتهما أبوأبا فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها ازيادة قيمتها بذلك ، وإن بذلت له نصفها بزاداته لم يجبر الزوج على قبوله لانها كانت تصلح وهي خشب لما لا تصلح له الآن ، وإن أصدقاها فضة أو ذهباً فصاغتها آنية فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها ازاداته ، فإن بذلت النصف بزاداته أجب على القبول لانه يصلح وهو مصوغ لجميع ما كان يصلح له قبل ذلك ، هكذا ذكر الطبري في العدة ، وعندى إذا قلنا : لا يجوز اتخاذ آنية الذهب والفضة أن المرأة تجبر على تسليم نصفها ، وإن كانت قيمتها زائدة لان صنعتهما لا قيمة لهما .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان الصداق عينا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يرجع عليها ، وهو اختيار المازني ، لان النصف تعجل له بالهبة (والثاني) يرجع وهو الصحيح ، لانه عاد اليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق ؛ كما لو وهبته لاجتبي ثم وهبه لاجنبي منه ، وإن كان ديناً فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول - فإن قلنا : انه لا يرجع في الهبة - لم يرجع في الإبراء ، وإن قلنا يرجع في الهبة ففي الإبراء وجهان .

(أحدهما) يرجع كما يرجع في الهبة .

(والثاني) لا يرجع لان الإبراء اسقاط لا يفتقر الى القبول ، والدية تمايلك تفتقر الى القبول ، فإن أصدقاها عينا فوهبتهما منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع ؟ فيه قولان ، لأن الرجوع بالجميع في الردة كالرجوع بالنصف في الطلاق ، وإن اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن وهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيباً ففي ردها والرجوع بالثمن وجهان ، بناء على القولين ، فإن وجد به عيباً وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالارض ؟ فيه وجهان بناء على القولين

وان اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشتري ، فلبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولاً واحداً لأن حقه في الثمن ، ولم يرجع اليه الثمن .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رضي الله عنه : ولو وهبت له صداقها قبل أو بعده ثم طلقها قبل أن يمسا ففيه قولان . وجهة ذلك أنه إذا صدقها عينا ثم وهبتها من الزوج وأقبضته إياها ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان ،

أحدهما : لا يرجع عليها بشيء . لأنه قد تعجل له ما كان يستحقه بالطلاق قبل محله فلا يستحقه عند محله كالموكل قبل دينه المؤجل قبل محله ثم جاء وقت محله والثاني : يرجع عليها بنصف مثله إن كان له مثل أو بنصف قيمته إن لم يكن له مثل وهو الأصح ، لأنه عاد إليه بعقد ، فلا يمنع ذلك رجوعه ببدل نصفه كما لو اشترى منها أو وهبته لأجنبي ثم وهبه لأجنبي منه . قال المحاملي وابن الصباغ : وسواء قبضت الصداق أو لم تقبضه ، ، وإن كان الصداق ديناً - فإن عينه الزوج في شيء وأقبضه إياها ثم وهبته منه - فهي كالأولاد ، وإن أبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول - فإن قلنا : لا يرجع عليها إذا كان عينا فوهبتها منه - فهنا أولى أن لا يرجع عليها ؛ وإن قلنا : يرجع عليها في العين فهل يرجع عليها في الدين ؟ فيه قولان ، ومنهم من يقول : هما وجهان .

(أحدهما) يرجع عليها بنصفه لأنها قد ملكت الصداق بالعقد فهو كالعين .
(والثاني) لا يرجع عليها بشيء ، وهو الصحيح ، والفرق بينهما أن الصداق إذا كان عينا فقد ضمنته بالقبض ، وفي الدين لم تضمنه بالقبض فلم يرجع عليها بشيء ، ألا ترى أن الصداق لو نقص في يده ثم طلقها قبل الدخول - فإن قلنا : يرجع عليها إذا وهبت جميع الصداق - رجع عليها ههنا بالنصف أيضا ، وإن قلنا لا يرجع عليها في العين ففي الدين قولان ، والفرق بينهما أن هناك عاد إليه بعقد جديد بخلاف هذا ، وإن قبضت نصف الصداق ثم وهبته النصف الباقي ثم طلقها قبل الدخول - فإن قلنا : يرجع عليها إذا وهبت جميع الصداق - رجع عليها ههنا بالنصف أيضا ، وإن قلنا هناك : لا يرجع عليها بشيء فهنا قولان .
قال في الأم : لا يرجع عليها بشيء لأنه إنما يرجع عليها ، وقد تعجل له ذلك

النصف فلم يرجع عليها بشيء . وقال في الإملاء : يرجع عليها لأنها لو وهبته جميعه لم يرجع عليها بشيء فإذا وهبته نصفه كان ذلك في حقها وحقه ، لأن حقهما شائع في الجميع ، فإذا قلنا بهذا في كيفية رجوعه ثلاثة أقوال .
 (أحدها) يرجع عليها بالنصف الباقي لأنه يستحق عليها النصف وقد وجدته (والثاني) يرجع عليها بنصف النصف الباقي وقيمتها نصف الموهوب ، لأن حقهما شائع في الجميع فصار الموهوب كالتالف .
 (والثالث) أنه بالخيار بين أن يرجع بالنصف الباقي وبين أن يرجع بنصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب لأنه تبعض عليه حقه .
 (فرع) وإن وهبته لمرأته الصداق أو أبرأته منه ثم ارتدت قبل الدخول فحكم الرجوع عليها بجميع الصداق كالحكم في رجوعه عليها بالنصف عند الطلاق لأنه يستحق عليها الرجوع بالجميع عند ردها كما يستحق عليها الرجوع بالنصف عند الطلاق .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذي بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف ، لقوله عز وجل « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » ، وفيمن بيده عقدة النكاح قولان .

قال في القديم : هو الولي فيعفو عن النصف الذي لها ، لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى « وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » ، ولو كان هو الزوج لقال الا أن يعفون أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر ، فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذي بيده عقدة النكاح غير الزوج ، فوجب أن يكون هو الولي ، وقال في الجديد : هو الزوج فيعفو عن النصف الذي وجب له بالطلاق ، فأما الولي فلا يملك العفو لأنه حق لها فلا يملك الولي العفو عنه كسائر ديونها ،

وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج ، مخاطبهم بخطاب الحاضر ، ثم
 مخاطبهم بخطاب الغائب ، كما قال الله عز وجل : حتى إذا كنتم في الفلك وجرين
 . ٣٣ . فإذا قلنا ان الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح العفو منه إلا بخمسة
 شروط (أحدها) أن يكون أباً أو جداً لأنها لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد
 ومن سواهما متهم (والثاني) أن تكون المنكوحة بكراً ، فأما الثيب فلا يجوز
 العفو عن مالها لأنه لا يملك الولي تزويجها (والثالث) أن يكون العفو بعد الطلاق
 وأما قبله فلا يجوز لأنه لا حظ لها في العفو قبل الطلاق ، لأن البضع معرض
 للتلذذ ، فإذا عفار بما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل (والرابع) أن
 يكون قبل الدخول ، فأما بعد الدخول فقد أتلذذ بضعها فلم يجوز إسقاط بدله
 (والخامس) أن تكون صغيرة أو مجنونة ، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو
 عن مهرها لأنه لا ولاية عليها في المال

(الشرح) اللغات . قوله : وقد فرضتم إهن فريضة ، جملة حالبة من فاعل
 طلقتنوهن أو من مفعوله ، ونفس الفرض من المبني للفاعل أو للمفعول وان لم
 يفارق حالة التطبيق لكن اتصاف المطلقة بالفارضية فيما سبق مما لا ريب في
 مقارنته لها ، وكذا الحال في اتصاف المطلقة بكونها مفروضا فيما سبق

قوله : إلا أن يعفون ، استثناء مفرغ من أعم الأحوال ، أي فلهن نصف
 المفروض معينا في كل حال إلا حال عفوهن ، أي المطلقات المذكورات فإنه
 يسقط ذلك حينئذ بعد وجوبه ، والصيغة تحتل التذكير والتأنيث والفرق
 بالاعتبار ؛ فإن الواو في التذكير ضمير والنون علامة الرفع ، وفي التأنيث الواو
 لام الفعل والنون ضمير النسوة والفعل مبني ، ولذلك لم تؤثر فيه . أن ، هنا مع
 أنها ناصبة لا مخففة بدليل عطف المنصوب عليه من قوله تعالى : أو يعفوا
 الذي . . الخ ،

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو خالته على شيء مما عليه
 من المهر فابق فعليه نصفه . وجملة ذلك أنه إذا خالها على شيء مما عليه من المهر
 فابق فعليه نصفه . وجملة ذلك أنه إذا خالها على نصف مهر قبل الدخول نظرت

فان كان الصداق عيناً فخالعها على نصفها - فان قلنا ان الزوج يملك نصف الصداق بالطلاق لم يصح الخلع على نصف ما سماه في الخلع ، لأن الخلع بمنزلة الطلاق الذي يوقعه ابتداء فلم يصح خلعها على النصف الذي يملك الزوج ، وهل يصح في نصف ما سماه في الخلع . فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصنف ، وما فسد من المسمى في الخلع فهل يرجع الزوج عليها ببدله أو بمهر المثل ، فيه قولان

فان قلنا فيه إذا تلف - الصداق قبل القبض

وان قلنا ان الزوج لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على النصف المسمى في الخلع ورجع عليها بالنصف . وهل يرجع عليها بجميع النصف الباقي في يدها أو بنصفه أو بنصف قيمته . على الأقوال الثلاثة التي مضت قبلها ، وإن كان الصداق ألفاً في الذمة فخالعها على خمسمائة منه قبل الدخول . قال ابن الصباغ فان قلنا انه يملك نصف - الصداق بالطلاق فسدت التسمية في الخلع في نصف الخمسمائة ، ولا ينصرف ذلك الى نصيبها من الألف بعد الطلاق لأن وقت التسمية هي مالكة الجميعه ، فكان ما سميته من الجملة ، وهل تفسد التسمية في نصف الباقي ؟ على القولين . وهل يرجع عليها ببدلها أو بمهر مثلها . على القولين .

وان قلنا انه لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على ما سمي فيه ، ويسقط الباقي من ذمته باختيار التملك

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه وما بقي فعليه نصفه ، وظاهر هذا أن الخلع يصح بخمسمائة ويسقط عن ذمته من الخمسمائة الباقية مائة وخمسون واختلاف أصحابنا في تأويل هذا ، فقال أبو علي بن خيران أراد الشافعي رحمه الله إذا خالعا على خمسمائة من الألف وهما يعدان أن الخلع لا يصح الا على مائتين وخمسين منها لأن نصفها يسقط عنه بالطلاق قبل الدخول ، فإذا عدل بذلك فقد رضينا أن يكون عوض الخلع مائتين وخمسين لا غير ، فإذا بقي على الزوج خمسمائة سقط عنه نصفها بالطلاق قبل الدخول . ومن أصحابنا من قال أراد الشافعي رحمه الله إذا قالت اخلعني بما يخصني من خمسمائة فصرح بذلك وقال أبو إسحاق تأويلها أن العقد وقع على جميع الخمسمائة لأنها كانت ملكا

للزوجة ، وأما ما يعود نصفها الى الزوج بعد الطلاق - فإذا تم الخلع - رجع إلى الزوج نصفها فيكون هذا النصف كالتالف قبل القبض فيرجع الزوج إلى بدل هذا النصف في القول القديم وبدل الدرهم درهم فبمستحق عاينها في ذمتها بدل المائتين والخمسين التي كانت تستحقها بالطلاق . وبقي عليه خمسمائة فيسقط عنه نصفها بالطلاق ، ويبقى لها عليه مائتان وخمسون فينتقضان ، فيكون معنى قوله فما بقي عليه نصفه ، يعني الخمسمائة التي لم يقع بها الخلع فذكر ما بقي لها عليه ، ولم يذكر ما له عليها ، ولا ذكر المقاصة أيضا

قال الشيخ أبو حامد : وهذه طريقة صالحة . وقال القاضي أبو الطيب : إن الذي قاله الشافعي رحمه الله إنما قاله على أن الزوج لا يملك بالطلاق ، وإنما يملك بالطلاق والاختيار فقد صح الخلع بالخمسمائة ، ويرجع عليها بنصف الباقي بقيمة ماخالعها به . وإنما لم يذكر قيمة ماخالعها به . وقال الشيخ أبو حامد : لا يمكن حمل كلام الشافعي رحمه الله على هذا ، لأنه قال : فما بقي فعليه نصفه ، ولو أراد أنه لا يملك إلا بالاختيار لقال : فعليه كل ما بقي إلا أن يختار تملك نصفه

قال أصحابنا : وإن أرادت الخلاص خالعه على خمسمائة في ذمتها ويسقط عنه خمسمائة من الألف ويبقى عليه لها خمسمائة فينتقضان وتقول : اخلمني على ما يسلم لي من الألف أو على أن لا يبقى بيننا علقمة ولا تبعه

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : قال الله تعالى : ولا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة ، الآية . وجمله ذلك أنه إذا طلق امرأته قبل الدخول جاز ما أن تعفو عن نصف المهر الذي وجب لها لقوله تعالى : إلا أن يعفون ، ولا خلاف أن المراد به النساء وجاز للزوج أن يعفو عن النصف الذي له الرجوع فيه لقوله تعالى : وإن تعفو أقرب للتقوى ، ولا خلاف أن المراد به الأزواج وفي الذي بيده عقدة النكاح قولان . قال في التقديم : المراد به ولي المرأة وبه قال ابن عباس والحسن البصري والزهري وطاوس وربيعه ومالك وأحمد ، فيكون تقدير الآية على هذا إلا أن يعفون ، يعني الزوجات عن النصف الذي وجب لهن فيكون جميع الصداق للزوج أو يعفو الولي عن نصيب الزوجه ، فيكون الجميع للزوج . وإن تعفو أقرب للفقير ، يعني الأزواج ، فيكون الجميع للزوج ، لأن الله تعالى

قال د أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، وهذا ورد فيما بعد الطلاق ، والذي بيده عقدة النكاح عليها هو الولي دون الزوج ، ولأن الكناية ترجع إلى أقرب مذكور قبله ، وأقرب مذكور قبله هو نصف المرأة ، ولأن الله تعالى ذكر العفو في الآية في ثلاثة مواضع ، فإذا حمل هـ ذاعلى الولي حصل لكل عفو قائدة ، وإذا حمل على غيره جعل أحدهما مكرراً .

وقال في الجديد الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج ، وبه قال علي بن أبي طالب وجبير بن مطعم وابن المسيب وسعيد بن جبير ومجاهد وشريح وأهل الكوفة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ، فيكون تقدير الآية د إلا أن يعفون ، بمعنى الزوجات أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، بمعنى الزوج وأن يعفوا أقرب للتعوي ، بمعنى أن عفو الأزواج أفضل من عفو الزوجات ، لقوله تعالى د أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وقال العلامة صديق خان في كتابه نيل المرام د ومعنى : أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، قبل هو الزوج

ثم ذكر جماعته من القائلين به إلى أن قال د وفي هذا القول قوة وضعف . أما قوته فليكون الذي بيده عقدة النكاح حقيقة هو الزوج لأنه الذي إليه رفعه بالطلاق . وأما ضعفه فليكون العفو منه غير معقول ، وما قالوا به من أن المراد بعفوه أن يعطيها المهر كاملاً غير ظاهر ، لأن العفو لا يطلق على الزيادة . وقيل المراد بقوله د أو يعفو الخ ، هو الولي ؛ إلى أن قال وفيه أيضاً قوة وضعف ، أما قوته فليكون معنى العفو فيه معقولاً . وأما ضعفه فليكون عقدة النكاح بيد الزوج لا بيده .

وما يزيد هذا القول ضعفاً أنه ليس للولي أن يعفو عن الزوج مما لا يملك وقد حكى القرطبي الإجماع على أن الولي لا يملك شيئاً من مالها ، والمهر مالها ، فالراجح ما قاله الأولون لوجهين . الأول أن الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح حقيقة . الثاني أن عفوهه بإكمال المهر هو صادر عن مالك المطاق التصرف بخلاف الولي ، وتسميته الزيادة عفوياً وإن كان خلاف الظاهر ، لكن لما كان الغالب أنهم يسوقون المهر كاملاً عند العقد ، كان العفو معقولاً ، لأنه تركه لها ولم يسترجع النصف منه ، ولا يحتاج لهذا أن يقال إنه من باب المشاكلة كما في الكشاف

لأنه عفو حقيق ، اى ترك ما تستحق المطالبة به ، إلا أن يقال إنه مشاكلة أو تغليب في توفيته المهر قبل أن يسوقه الزوج ، فإذا قلنا إن الذى بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح إلا بالشروط الخمسة التى ساقها المصنف

(فرع) فإذا كان الصداق ديناً في ذمة الزوج وطلقها قبل الدخول ، وأرادت المرأة العفو عن النصف الذى لها صح عفوها بأحد ستة ألفاظ بأن تقول أبرأتك عن كذا أو وهبته لك أو ملكتك أو تركت لك أو أسقطت عليك أو عفوت عن مالى في ذمتك ، وهل يفتقر إلى قبول الزوج ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما . المنصوص أنه لا يفتقر ، فإن أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى رجع اليه بالطلاق ، فإن قلنا انه لا يملك ذلك إلا بالطلاق واختيار التملك ولم يختر بعد ، فله أن يسقط حقه ، وان قلنا انه يملك النصف بالطلاق لم يصح عفوها عنه لأنه قد هلك على ملكها ؛ وفي يدها . وإن أراد الزوج أن يعفو عنها ، فان قلنا انه لا يملك النصف الا بالطلاق والاختيار صح عفوها قبل الاختيار بكل لفظ يتضمن إسقاط حقه كالعفو والاسقاط والترك كما قلنا فيمن له شفعة فأسقطها . ولا يفتقر الى قبولها وجهاً واحداً

وان قلنا بالمنصوص وأنه يملك نصفه بالطلاق صح عفوها بأحد الألفاظ الستة : الهبة والعفو والابراء والتملك والاسقاط والترك ، وهل يفتقر الى قبولها على الوجهين .

وان كان الصداق عيناً في يد الزوج وأرادت أن تعفو عن النصف الذى لها صح بلفظ الهبة أو التملك ولا بد من قبول الزوج ، ولا بد من مضي مدة القبض وهل يفتقر الى اذنها بالقبض ، فيه طريقان مضيا في الرهن ، ولا يصح عفوها بلفظ الابراء والاسقاط لأن ذلك انما صح عما في الذمم ، وهل يصح بلفظ العفو فيه وجهان حكاهما في التعليق ، الصحيح لا يصح ، وان أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى له ، فان قلنا بقول أبي اسحاق انه لا يملك الا بالطلاق والاختيار ، ولم يختر بعد صح عفوها بكل لفظ . يتضمن اسقاط الخيار ، وان قلنا بالمشهور أنه يملك بنفس الطلاق احتاج الى ثلاث شرائط : الهبة من الايجاب والقبول ، والادن بالقبض ، والقبض

وإن كان الصداق عيناً في يد الزوجة فأرادت أن تعفو عن نصفها فنقر إلى شروط الهبة ، وإن أراد الزوج أن يعفو عنها ، فإن قلنا : إنه يملك بنفس الطلاق فهو يهبها شيئاً في يدها فلا بد فيه من الإيجاب والقبول ومضى مدة القبض . (فرع) إذا تزوج امرأة بمهر حرام أو مجهول وجب لها مهر مثلها ؛ فإن أبرأتها عنه - وكانت تعلم قدره - صححت البراءة . وإن كانت لا تعلم قدره وأبرأتها عنه لم تصح البراءة . وقال أبو حنيفة تصح ، دليلنا أنه إزالته ملك بلفظ لا يسرى فلم يصح مع الجهل به كالبيع ، وفيه احتراز من العتق ، وإذا ثبت أن الإبراء في الكل لا يصح فهل يصح في قدر ما يتحققه ؟

قال الشيخ أبو حامد : المعروف أنه لا يصح ، وقال أبو إسحاق : يصح ، لانا إنما منعنا صحة البراءة في كاه لأجل الغرر ، وهذا لا يوجد فيما يتحقق أنه لها ، وإن كانت تعلم أن المهر يزيد على مائة ولا يبلغ ألفاً فقالت : أبرأتك من مائة إلى ألف صح ، لأن الغرر قد زال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأن فوضت بضمها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان (أحدهما) لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتتصرف بالطلاق (والثاني) يجب لأنه لو لم يجب لما استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن اخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستملكة في يد المشتري يبيع فاسد ، وإن قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لأنه ابتداء إيجاب فكان اليه كالفرض في العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك المسمى في الاستقرار بالدخول والموت والتتصرف بالطلاق لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض في العقد ، وإن لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شيء من المهر لقوله عز وجل : وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، فدل على أنه إذا لم يفرض لم يجب التتصرف وإن لم

يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل ، لأن الوطء في النكاح من غير مهر
 خالص لرسول الله (ص) وان ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان .
 أحدهما : لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فأرقت زوجها قبل الفرض والمسبب
 فلم يجب لها المهر كما لو طلقت .

(والثاني) يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله في رجل تزوج امرأة
 فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئاً ولم يدخل بها فقال أقول فيها برأى لها صداق
 نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الأشجعي قضى رسول الله
 صلى الله عليه وسلم في تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ففرح بذلك ولأن الموت
 معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء ، وان تزوجت على أن
 لا مهر لها في الحال ولا في الثاني ففيه وجهان .

(أحدهما) أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن إلا لرسول الله
 صلى الله عليه وسلم فتصير كما لو نكح نكاحاً ليس له .
 (والثاني) يصح لأنه يلغى قولها لا مهر لي في الثاني لأنه شرط باطل في الصداق
 فسقط وبقي العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله .

(الشرح) اللغات : قال في البيان : التفويض في اللغة أن يكمل الرجل أمره
 إلى غيره . وقال ابن بطال : المفوضة المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت
 الأمر إلى فلان أي رددته ، إلى أن قال : والتفويض أن تفوض المرأة أمرها إلى
 الزوج فلا تقدر معه مهراً ، وقيل : التفويض الإهمال . كأنها أهملت أمر المهر
 فلم قسمه ويقال للمرأة مفوضة بالسكر لتفويضها لأنها أذنت وبالفتح لان وليها
 فوضها بعقده .

وأما التفويض في الشرع فهو تفويض البضع في النكاح ، يقال : امرأة
 مفوضة بكسر الواو إذا أضفت التفويض اليها ، ومفوضه بفتح الواو إذا أسند
 التفويض إلى غيرها ، والتفويض على ضربين ، تفويض مهر وتفويض بضع ،
 فأما تفويض المهر فمثل أن يقول تزوجتك على أي مهر شئت أو شئت أو شئت
 فالتكاح صحيح ، ويجب لها مهر مثلها في العقد ، وأما تفويض البضع فبأن يقول

زوجتكمها وتسكت عن المهر أو زوجتكمها بلا مهر في الحال وكان ذلك بإذن المرأة لوليها وهي من أهل الإذن ، فإن النكاح ينعقد ، وأما المهر فقد قال الشيخ أبو حامد لا يجب لها مهر في العقد قولا واحداً ، ولكنها قد ملكت بالعقد أن تملك مهرأ لان لها المطالبة بفرضه ، فهي كالشفيع ملك أن يملك الشقص أو أى مهر ملكت تملكه فيه قولان .

(أحدهما) مهر المثل والمفروض بدل عنه .

(والثاني) ما يتفقان عليه . وقال أبو حنيفة يجب لها مهر المثل بالعقد ، وحكى الشيخ أبو إسحاق أنه أحد قولينا لأنه لو لم يجب بالعقد لما استجحت المطالبة به ، ولما استقر بالدخول ، ودليلنا على أنه لا يجب بالعقد أنه لو وجب لها المهر بالعقد لينصف بالطلاق كالمسمى في العقد ، فإذا قلنا : إنها ملكت أن تملك مهر المثل ويكون المفروض بدلا منه فلأنه إذا عقد عليها النكاح فقد استملك بضعها فوجب أن يكون لها بدله ، وبدله هو مهر المثل ، وإذا قلنا ملكت أن تملك مهرأ ما ، وإنما يتقدر ذلك بالفرض .

قال أبو إسحاق وهو أقواهما ولان المهر الذى تملكه المرأة بعقد النكاح مهران مهر تملكه بالتسمية ، ومهر تملكه بالفرض ، ثم ثبت أن المهر الذى تملكه بالتسمية — لا يقدر الا بالتسمية ، فكذلك المهر الذى تملكه بالفرض لا يتقدر الا بالفرض ، لان الشافعى رضى الله عنه نص على أنها اذا فرضا لها أكثر من مهر المثل لزم لها الجميع ، ولو كانت الزيادة على مهر المثل هبة لم يلزم بالفرض ، وإنما يلزم بالتقبض .

(فرع) والمفوضة أن تطالب بفرض المهر لان اخلاء العقد عن المهر خاص للنبي صلى الله عليه وسلم ، فإن ترافعا الى الحاكم فرض لها مهر مثلها لان زيادته على ذلك ميل على الزوج ، وتقصانه عنه ميلا عليها ولا يصح فرضه الا بعد معرفته بقدر مهر مثلها لانه لا يملك الفرض الا بذلك ، وان تراضى الزوجان ففرضاه بينهما — فإن كانا عالمين بقدر مهر مثلها — صح فرضها ، فإن فرضا مهر مثلها صح ، وان فرضا أكثر منه صح ولزم ، وقد سمح الزوج ، وان فرضا أقل منه صح ولم يلزم الزوج أكثر منه لانها سمحت ، وان كانا جاهلين بقدر مهر مثلها

أو أحدهما - فإن قلنا : إنها ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل لم تصح فرضهما ، لأن المفروض بدل عن مهر المثل ، فلا بد أن يكون المبدل معلوما عندهما ، وإن قلنا : ملكت بالعقد أن تملك مهرأ ما صح فرضهما ، وإذا فرض لها الحرام لم يفرض لها إلا من نقد البلد ، لأنه بدل بضعها الثالف فهو كما لو أتتف عليها عينا من مالها ، وإن فرضه الزوجان بينهما جاز أن يفرضا نقداً أو عرضاً مما يجوز تسميته في العقد ، ولا يلزم إلا ما اتفقا عليه من ذلك ، وإذا فرض لها مهر صحيح كان ذلك كالمسمى في العقد يستقر بالدخول أو بالموت وينتصف بالطلاق قبل الدخول . وقال أبو حنيفة : إذا طلقها قبل الدخول سقط المفروض ووجب لها المتعة ، دليلنا قوله تعالى : فنصف ما فرضتم ، الآية . ولأنه مهر واجب قبل الطلاق فينصف بالطلاق كالمسمى لها في العقد .

(فرع) ويستحب أن لا يدخل بها حتى يفرض لها التلا يشق به بالموهوبة ، فإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر عليه مهر المثل : لأن الوطء في النكاح من غير مهر خالص للنبي صلى الله عليه وسلم ، فإن طلقها قبل القبض والمسيس لم يجب لها المهر لقوله تعالى : فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، الآية ، وهذا لم يفرض شيئاً ، وإن مات أحدهما قبل القبض والمسيس توارثا ووجب عليها عدة الرقاة إن مات الزوج قبلها بلا خلاف ، لأن الزوجية ثابتة بينهما إلى الموت ، وهل لها مهر المثل ؟ فيه قولان .

أحدهما : يجب لها مهر مثلها ، وبه قال ابن مسعود رضي الله عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحاق إلا أن أبا حنيفة يقول : يجب لها مهر مثلها بالعقد ، ووجه هذا القول ما روى عبد الله بن عتبة بن مسعود أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرأ فمات عنها قبل الدخول فقال عبد الله : أقول فيها برأبي ، فإن أصبت فن الله ، وإن أخطأت فني ومن الشيطان ، واقه ورسوله بريتان ، لها الميراث وعليها العدة ولها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط : فقام إليه معقل بن سنان الأشجعي وقال : أشهد لقضيبي

مثل ما قضى رسول الله (ص) في برقع بذت واشق ، ففرح عبد الله بذلك ؛ ولأن الموت سبب يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالدخول .

والثاني : لا يجب لها مهر ، وبه قال علي وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وأهل المدينة والزهرى وربيعه ومالك والأوزاعي من أهل الشام ولأنها فرقة وردت على المفوضة قبل الفرض والميسر فلم يجب لها مهر كالطلاق فأما خبر ابن مسعود رضي الله عنه فهو مضطرب ، وروى أنه قام إليه ناس من أشجع ، وروى أنه قام إليه رجل من أشجع ، وروى أنه قام إليه معقل بن سنان وروى أنه قام إليه معقل بن يسار ، وروى أنه قام إليه أبو سنان ، ويجوز أن تكون برقع مفوضة المهر لا مفوضة البضع .

(فرع) وإن زوج الولى وليته بإذنها وهى من أهل الإذن على أن لا مهر لها فى الحال ولا فيما بعد ، فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان .
أحدهما : لا يصح النكاح لأنها فى معنى الموهوبة ، وذلك لا يصح إلا للنبي صلى الله عليه وسلم .

والثاني : يصح النكاح ويبطل الشرط ، لأن النكاح لا يخلو من مهر ، فإذا شرط أن لا مهر لها بحال ألغى الشرط لبطلانه ، ولا يبطل النكاح لأنه لا يبطل لبطلان المهر . فعلى هذا تكون مفوضة البضع ، وقد مضى حكمها ، فإن زوج الأب أو الجد الصغيرة أو الكبيرة المجنونة أو البكر البالغة العاقلة وفوض بضعها أو أذنت المرأة لوليها فى تزويجها ففوض بضعها بغير إذنها لم تكن مفوضة ، بل يجب لها مهر مثلها ، لأن التفويض إنما يتصور بإذنها إذا كانت من أهل الإذن ، هذا هو المشهور من المذهب .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : إذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الأب والحد صح تفويضه لبضع الصغيرة والمجنونة ، كما يصح عفوه ، والأول أصح ، لأنه إنما يصح على أحد القولين بعد الطلاق فأما مع بقاء النكاح فلا يصح

(فرع) قال ابن الصباغ : إذا وطئ الهوج المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها فإنه يجب لها مهر المثل معتبراً بحال العقد ، لأن سبب وجوب ذلك إنما هو بالعقد واعتبر به .

وقال الشافعي أبو الطيب : يعتبر مهرها أكثر ما كان من حين العقد الى حين الوطء ، لأن لها أن تطالبه بفرض المهر في كل وقت من ذلك ، وان نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها اعتبر مهرها حال وطئها ، وان أبرأتها من مهرها قبل الفرض لم تصح البراءة ، لأن المهر لم يجب والبراءة من الدين قبل وجوبه لا تصح ، وان أسقطت حقها من المطالبة بالمهر قال ابن الصباغ : لم يصح إسقاطه عندي لأن إثبات المهر ابتداءً حق لها يتعلق به حق الله تعالى ، لأن الشرع منعها من هبة بضعها ، وإنما خص به النبي صلى الله عليه وسلم ، ولهذا لا يصح أن يطأها بغير عوض ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالاقرب فالأقرب ممنهن وأقربهن الاخوات وبنات الاخوة والعلمات وبنات الاعمام ، فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء اليها من الامهات والخالات لأنهن أقرب اليها ، فان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شيها بها ويعتبر بمهر من هي على صفتها في الحسن والعقل والعفة والبسار ، لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التي يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ومتى قلت لها مهر نساءها قائماً أعنى نساء عصبتها وليس أمها من نساءها . وجملة ذلك أن أصحابنا قالوا يجب لها مهر مثلها في سبعة مواضع

(١) مفوضة المهر (٢) مفوضة البضع اذا دخل بها الزوج قبل الفرض أو مات عنها في أحد القولين

(٣) اذا فوض الولي بضعها بغير اذنها (٤) اذا نكحت المرأة بمهر فاسد أو مجمول (٥) اذا نكحها نكاحاً فاسداً ووطئها (٦) اذا وطيء امرأة بشبهة (٧) اذا أكره المرأة على الزنا ، وكل موضع وجب للمرأة مهر

مثلاها تعتبر بنساء عصبتهما كالأخوات وبنات الأخوات والعلمات وبنات الأعمام، ولا يعتبر بنساء ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها، ولا بنساء بلدها. وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة: يعتبر بنساء عصباتها وبنساء ذوى أرحامها. دليلنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق أن لها مهر نساء قومها. وهذا يقتضى قومها الذين تنسب إليهم، ولأنه إذا لم يكن بد من اعتبارها بغيرها من النساء، فاعتبارها بنساء عصباتها أولى لأنها تساويهن في النسب، ويعتبر بمن هي في مثل حالها في الجمال والعقل والأدب والسر والبكارة والثبوت والدين وصراحة النسب. وإنما اعتبر الجمال لأن له تأثيراً في الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح، والعقل والأدب يعتبران، لأن مهر العاقلة الأدبية أكثر من مهر من لا عقل لها ولا أدب. وكذلك مهر الشابة والبكر أكثر من مهر العجوز والثيب ومهر العفيفة أكثر من مهر الفاسدة. قال الشافعي وصراحتهما: فن أصحابنا من قال: أراد الفصاحة في اللسان. وقال أكثرهم أراد صراحة النسب، لأن العرب أكمل من العجم — فإن كانت بين عربيين لم يعتبر بمن هي بين عربي وعجمية، لأن الولد بين عربي وعجمية هجين، والولد بين عربية وعجمي مقرف ومدرع، قال الشاعر في المقرف:

وما هند إلا مهرة عربية سليلة أفراس تجلبها بغل
فإن نتجت مهراً كريماً فبالحرى وإن بك أقرافاً فما أنجب الفحل
وقال في المدرع:

إن المدرع لا تغنى خؤولته كالغزل يعجز عن شوط المحاضر
ويعتبر بالأقرب فالأقرب، فإن لم يكن في أخواتها مثلاً صعد إلى بنات أخيها ثم إلى عماتها ثم إلى بنات عمها، فإن لم يكن نساء عصباتها في بلدها متفرقة؛ ومهور ذلك البلد تختلج اعتبار بنساء عصباتها من أهل بلدها لأنها أقرب إليهم فإن لم يكن لها عصباء أو كان لها نساء عصبية ولم يوجد فيهن مثلاً اعتبرت بأقرب النساء إليها من ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها، فإن لم يكن لها من يشبهها منهن اعتبرت بنساء بلدها، ثم بنساء أقرب بلد إلى بلدها (فرع) فإن كان من عادتهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا المهر، وإذا

زوجوا من الأجنبي نقلوا المهر حمل الأمر على ذلك - فإن كان زوجها من
عشيرتها خفف المهر . وإن كان من الأجنبي نقل ، لأن المهر يختلف بذلك .
قال ابن الصباغ : وينبغي على هذا إذا كان الزوج شريفاً - والعادة أن يخفف
مهر الشريف لشرف الزوج أن يعتبر ذلك

(فرع) ويجب مهر المثل حالاً من نقد البلد . وقال الصيمري : إن جرت
عادتهم في ناحية بالثياب وغير ذلك قضى لها بذلك ، والمقصود هو الأول لأنه
بذل متلف فأشبهه سائر المتلفات .

قال أبو علي الطبري : وإن كان عادة نساء عصباتها التأجيل في المهر فإنه
لا يجب لها المهر المؤجل بل يجب حالاً : وينقصر منه لأجل التأجيل ، لأن القيم
لا تكون مؤجلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال : إن
كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، لأنه معاوضة بإحقه الفسخ ،
لجاز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع ، وإن كان بعد الدخول لم يجوز الفسخ لأن
البضع صار كالمستملك بالوطء ، فلم تفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك السائمة .
ومن أصحابنا من قال : إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ ، وإن كان بعد الدخول
ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه (والثاني) يثبت لها الفسخ
وهو الصحيح ، لأن البضع لا يتلف بوطء واحد لجاز الفسخ والرجوع إليه ،
ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم ، لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم . كفسخ
النكاح بالغيب .

(فصل) إذا زوج الرجل ابنة الصغير وهو معسر ففيه قولان ، قال في
القديم يجب المهر على الأب لأنه لما تزوج مع العلم بوجود المهر والاعسار
كان ذلك رضا بالتزامه . وقال في الجديد يجب على الابن وهو الصحيح ، لأن
البضع له فكان المهر عليه

(فصل) وإن تزوج العبد بإذن المولى فإن كان مكتهباً وجب المهر والنفقة

في كسبه لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن ، ولا في رقة العبد لأنه وجب برضا من له الحق ، ولا يمكن إيجابه في ذمته لأنه في مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه : فلم يبق إلا الكسب فتعلق به ولا يتعلق إلا بالكسب الحادث بعد العقد ، فان كان المهر مؤجلاً فتعلق بالكسب الحادث بعد حلوله ، لأن ما كسبه قبله للدولى ، ويلزم المولى تمسكته من الكسب بالنتهار ومن الاستمتاع بالليل ، لأن إذنه في النكاح يقتضى ذلك : فإن لم يكن مكتسباً وكان مأذوناً له في التجارة فقد قال في الأم : بتعلق بما في يده ، فن أصحابنا من حمله على ظاهره ، لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى فقتضى بما في يده كدين التجارة . ومن أصحابنا من قال : بتعلق بما يحصل من فضل المال . لأن ما في يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما في يده من الكسب ، وإنما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعى رحمه الله على ذلك ، وإن لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له في التجارة ففيه قولان .

(أحدهما) يتعلق المهر والنفقة بدمته يتبع به إذا اعتق ، لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بدمته كدين القرض ، فعلى هذا الدرأة أن تفسخ إذا أرادت (والثانى) يجب في ذمة السيد لأنه لما أذن له في النكاح مع العلم بالحال صار ضامناً للمهر والنفقة ، وإن تزوج بغير إذن المولى ووطى . فقد قال في الجديد يجب في ذمته يتبع به إذا اعتق ، لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بدمته كدين القرض . وقال في القديم : بتعلق برقبته لأن الوطء كالجنابة ، وإن أذن له في النكاح فنكح نكاحاً قاسداً ووطى . ففيه قولان .

(أحدهما) أن الاذن يتضمن الصحيح والفاقد ، لأن الفاسد كالصحيح في المهر والعدة والنسب ، فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه (والثانى) وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لأن الاذن يقتضى عقداً يملك به ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير إذنه وقد بيناه

(الشرح) إذا عسر الرجل بالصداق فهل يثبت لها الخيار في فسخ النكاح ؟ فيه ثلاثة طرق حكاهما ابن الصباغ ، من أصحابنا من قال : إن كان بعد الدخول لم يثبت لها الخيار قولاً واحداً ، وإن كان قبل الدخول ففيه قولان . أحدهما يثبت

لها الخيار لانه تعذر عليها تسليم العوض والمعوض باق بحاله فكان لها الرجوع الى المعوض كالمو افسس المشتري بالثمن والمبيع باق بحاله . والثاني : لا يثبت لها الخيار ، لان تأخير المهر ليس فيه ضرر متحقق فهو بمنزلة نفقة الخادم اذا أعسر بها الزوج . ومنهم من قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولاً واحداً . وان كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الخيار قولاً واحداً . وإن كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الخيار لان المعقود عليه قد تلف فهو كالمو أتلغ المبيع في يد المشتري ثم أفسس (والثاني) لا يثبت لها الخيار وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق ، لان المرأة يجب عايم التمكن من الوطء وجميعه في مقابلة الصداق ، وإنما سلمت بهضه فكان ام الفسخ في الباقي فهو كما لو وجد البائع بعض المبيع في يد المفلس . ومنهم من قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولاً واحداً ، وان كان بعده لم يثبت لها الخيار قولاً واحداً . لان قبل الدخول لم يتلف البضع ، وبعد الدخول قد تلف البضع ، لان المسمى يستقر بالوطء الاول كما يستقر الثمن بتسليم جميع المبيع ، وباقي الوطئات تبع الأولة ، فإذا تزوجت امرأة رجلاً مع العلم بإعساره بالمهر ، وقائنا لها الخيار اذا لم تعلم به فهل يثبت لها الخيار ههنا ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) لا يثبت لها الخيار لانها رضيت بتأخيره بخلاف النفقة فان النفقة لا يجب التمتع ولاه قد يتمكن المدر من النفقة بالكسب والاجتهاد بخلاف الصداق (والثاني) يثبت لها الخيار لانه يجوز أن يقدر عليه بعد العقد ، فلا يكون بإعساره رضا بتأخير الصداق كالنفقة ، واذا أعسر بالصداق فرضيت بالمقام معه لم يكن لها الخيار بعد ذلك ، لان حق الصداق لم يتجدد بخلاف النفقة . هذا ترتيب البغداديين . وقال المسعودي اذا رضيت بإعساره بالمهر ثم رجعت ، فان كان قبل الدخول ، كان لها الامتناع ، وان كان بعد الدخول لم يكن لها الامتناع ، وان رضيت بالمقام معه بعدما أعسر بالصداق سقط حقها من الفسخ ولا يلزمها أن تسلم نفسها بل لها أن تمتنع حتى يسلم صداقها ، لأن رضاها انما يؤثر في إسقاط الفسخ دون الامتناع ، ولا يصح الفسخ للإعسار بالصداق إلا باذن الحاكم لأنه مجتهد فيه كفسخ النكاح بالعييب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف الزوجين في الصداق

إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو في أجله تحالفاً ، لأنه عقد معاوضة لجاز أن يثبت التحالف في قدر عوضه وأجله كالبيع ، وإذا تحالفا لم ينفـخ النكاح ؛ لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض ، والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ، ويجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله ، كما لو تحالفا في الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري

وقال أبو علي بن خيران : إن زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها ؛ وقد بينا فساد قوله في البيع ، وإن ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه في البيع ، فإن اختلف الزوج وولي الصغيرة في قدر المهر ففيه وجهان

(أحدهما) يحلف الزوج وبوقف يمين المنكوحة إلى أن تبلغ ولا يحلف الولي ، لأن الإنسان لا يحلف لا إثبات الحق لغيره

(والثاني) أنه يحلف - وهو الصحيح - لأنه باشر العقد خلفه - كلوكيل في البيع ، فإن بلغت المنكوحة قبل التحالفة لم يحلف - الولي ، لأنه لا يقبل إقراره عليها فلم يحلف - وهذا فيه نظر ، لأن الوكيل يحلف - وإن لم يقبل لإقراره وإن ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين ، وأنكر الزوج أحد العقدين ، وأقامت المرأة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعا ، ثم تزوجها يوم الأحد ، فلزمه المهران

(الشرح) إذا اختلف الزوجان في قدر المهر بأن قال تزوجتك بمائة فقالت بل بمائتين أو في جنسه بأن قال تزوجتك على دراهم فقالت بل على دنانير ، أو في عينه بأن قال : تزوجتك بهذه السيارة فقالت بل بهذه العبارة ، أو في أجله بأن قال تزوجتك بمهر مؤجل فقالت بل بمهر حال ولا بينة لأحدهما تحالفاً ، وسواء كان اختلافاً قبل الدخول أو بعده ، وبه قال الثوري

وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج . وقال النخعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو يوسف : القول قول الزوج بكل حال ، إلا أن أبا يوسف قال إلا أن يدعى الزوج مهراً مستذكراً لا يزوح بمثله في العادة ، فلا يقبل . وقال أبو حنيفة ومحمد إن اختلفا بعد الطلاق فالقول قول الزوج ، وإن كان اختلفا قبل الطلاق فالقول قول الزوجه إلا أن تدعى أكثر من مهر مثلها . فيكون القول قولها في قدر مهر مثلها ، وفي الزيادة القول قول الزوج مع يمينه .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وكل واحد من الزوجين مدعى عليه فكان عليه البين كالذي أجمع عليه كل مخالف فيها إذا ثبت هذا فالكلام في البادى منها وفي صورة التحالف بالبيع ، وإذا تحالفا لم يفسخ النكاح . وقال مالك : يفسخ .

دليلنا : أن أكثر ما فيه أن المهر يصير مجهولاً ، والجهد بالمهر لا يفسد النكاح عندنا ، وقد مضى الدليل عليه ؛ ويسقط المسمى لأن كل واحد منهما قد حقق بيمينته ما حلف عليه ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فسقطا وهل يسقط ظاهر أو باطناً ؟ أو يسقط في الظاهر دون الباطن ، على الأوجه الثلاثة في البيع وهل يفسخ بنفس التحالف أو بالفسخ ، على ما مضى في البيع ، وترجع المرأة إلى مهر مثلها سواء كان ذلك أكثر مما تدعيه أو أقل .

وقال أبو علي بن خيران : إن كان مهر المثل أكثر مما تدعيه لم تستحق الزيادة وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يقال : إذا قلنا . يفسخ في الظاهر دون الباطن لا تستحق إلا أقل الأمرين من مهر المثل أو ما تدعيه ، والمشهور هو الأول ، ولأن بالتحالفا سقط اعتبار المسمى فصار الاعتبار بمهر المثل ، وببطلان إقلاؤه بما لو كان مهر المثل أقل مما اعترف الزوج أنه تزوجها به ، فانها لا تستحق أكثر من مهر مثلها ، ولا يلزم الزوج ما اعترف به من الزيادة .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : وهكذا الزوجة وأبو الصبية ، ووجه ذلك أن الأب والجد إذا زوج الصغيرة أو المجنونة ، واختلف الأب والجد في قدر

المهر والزواج ، فهل يتحالفان ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال : يحلف الزوج وتوقف يمين الزوجه على أن تبذل أو تفتق ، ولا يحلف الولي لأن النيات لا تدخل في اليمين ، وحمل النص على أنه أراد به العطف على قوله ، وبدأت بيمين الزوج مع الكبيرة ثم مع أبي الصغيرة ، وذهب أبو العباس وأبو إسحاق وأكثر أصحابنا إلى أن الأب والجد يحلفان مع الزوج على ظاهر قول الشافعي رحمه الله وهو الصحيح ، لأنه عاقد لحلف كالأول وكل رجل يبيع سلعة فاختلف هو والمشتري فإنه يحلف ، إذا ثبت هذا فإن التحالف بينهما إنما يتصور بشرطين .

(أحدهما) إذا ادعى الأب والجد أنه زوجها بأكثر من مهر المثل ، وادعى الزوج أنه إنما تزوجها بمهر المثل ؛ فأما إذا اختلفا في مهر المثل أو أقل منه فلا تحالف بينهما لأنها إذا زوجها بأقل من مهر المثل ثبت لها مهر المثل .

(والثاني) إذا كانت المنكوحه عند الاختلاف صغيرة أو مجنونة ، فأما إذا بلغت أو أفاقت قبل التحالف فإن عامة أصحابنا قالوا : لا يحلف الولي لأنه لو أقر عنها بما يدعى الزوج لم يقبل في هذه الحالة بخلاف ما قبل البلوغ والإفاقة ؛ فإنه لو أقر بما يدعى الزوج من مهر المثل قبل إقراره ، وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق : يقبل حلف الولي ، لأن الوكيل يحلف وإن لم يقبل إقراره فكذلك الولي ههنا .

(فرع) إذا ادعت المرأة أنه عقد عليها النكاح يوم الخميس بعشرين ثم عقد عليها يوم الجمعة بثلاثين وأقامت على ذلك بينة وطلبت المهرين . قال الشافعي رضي الله عنه : فهما لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم الخميس بعشرين ثم خالها بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول ثم تزوجها فيأزمه المهران ، فإن قال الزوج : إنما عقدت يوم الجمعة تسكراراً وتأكيذاً فالقول قواها مع يمينها لأن الظاهر لرومها .

قال المزني : للزوج أن يقول : كان الفراق قبل النكاح الثاني قبل الدخول ، فلا يأزمه إلا نصف الأول وجميع الثاني ، لأن القول قوله أنه لم يدخل في الأول قال أصحابنا : إنما قصد الشافعي رحمه الله أن المهرين واجبان ، فإن ادعى سقوط نصف الأول بالطلاق قبل الدخول كان القول قوله ، لأن الأصل عدم الدخول

قال أصحابنا : وهكذا لو أقام بينة أنه باع من رجل هذا الثوب يوم الخميس
بعشرة وأنه باعه يوم الجمعة بعشرين لزمه الثمان لجواز أن يرجع إليه بعد البيع
الأول أو هبته .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اختلفا في قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول
قواها ، لأن الاصل عدم القبض وبقاء المهر ، وان كان الصداق تعليم سورة
فادعى الزوج أنه علمها ، وأنكرت المرأة - فان كانت لا تحفظ السورة - فالقول
قواها لأن الاصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان .

(أحدهما) أن القول قواها ، لان الاصل أنه لم يعلمها .

(والثاني) أن القول قوله ، لأن الظاهر أنه يعلمها لم غيره وان دفع اليها شيئاً
وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية ، فان اتفقا على أنه لم يتلفظ
بشيء ، فالقول قوله من غير يمين لان الهدية لا تصح بغير قول ، وان اختلفا في
اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك ، وادعت المرأة أنه قال : هو هدية
فالقول قول الزوج ، لان الملاك له ، فاذا اختلفا في انتقاله كان القول في الانتقال
قوله قالو دفع الى رجل ثوباً فادعى أنه باعه ، وادعى القابض أنه وهبه له .

(فصل) وان اختلفا في الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله ،
لأن الاصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه ففي المهر قولان (أحدهما)
يجب لأن الحاق النسب يقتضى وجود الوطء (والثاني) لا يجب لأن الولد يلحق
بالامكان والمهر لا يجب إلا بالوطء والأصل عدم الوطء .

(فصل) وإن أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالإسلام
فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لأن
الأصل بقاء المهر ، وإن اتفقا على أنه أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما ،
فإن كان المهر في يد الزوج لم يجوز للمرأة أن تأخذ منه شيئاً لأنها أشك في الاستحقاق
وإن كان في يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من
النصف الآخر شيئاً ، لانه شك في استحقاقه .

(الشرح) إذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق الى زوجته وأنكرت ولا بينة له فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير وأهل الكوفة وابن شبرمة وابن أبي لبلى وأبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك والاوزاعي : ان كان الاختلاف قبل الدخول فالقول قول الزوجة ، وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وقال الفقهاء السبعة من أهل المدينة ان كان الاختلاف قبل الزفاف فالقول قولها ، وان كان بعد الزفاف فالقول قولها ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم البيهنة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، والمرأة مدعى عليها في جميع الحالات فكان القول قولها .

(فرع) وان أصدقها تعليم سورة وادعى أنه قد علمها اياها وأنكرت ، فإن كانت لا تحفظها فالقول قولها مع يمينها ، لان الاصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان ، أحدهما : القول قولها لما ذكرناه ، والثاني : القول قوله ، لان الظاهر أنه قد علمها .

(فرع) وان أصدقها ألف درهم فدفعت اليها ألف درهم فقال دفعتمها عن الصداق وقالت . بل دفعتمها هدية أو هبة ، فإن اتفقا أنه لم يتلفظ بشيء فالقول قوله من غير يمين ، لان الهدية والهبة لا تصح بغير قول ، وان اختلفا في قوله فقال قلت هذا عن الصداق ، وقالت بل قلت ، هذا هدية فالقول قوله لانه أعلم بقوله قال الشافعي ولو تصادقا أن الصداق ألف فدفعت اليها ألفين فقال : ألف صداق ، وألف ودبعة ، وقالت ألف صداق وألف هدية فالقول قوله مع يمينه ، وله عندها ألف ودبعة ، واذا أقرت أن قبضت منه شيئا فقد أقرت بماله وادعت ملكه ، فالقول قوله في ماله .

(مسألة) وان ادعت المرأة أنه خلا بها وأصابها أو أصابها من غير خلوة فأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الخلوة والاصابة وان صادقتها على الخلوة والتمكن فيها من الاصابة وأنكر الاصابة فان قلنا انها ليست كالاصابة ، فهل القول قوله أو قولها ؟ فيه قولان ، قال في القديم القول قولها لان الظاهر معها ، وقال في الجديد القول قوله وهو الأصح ؛ لان الاصل عدم الاصابة وما بقي من الفصول فهي ماضية على وجهها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان اصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول ، وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج : حدث بعد ما عاد الى فعليك ارشه ، وقالت المرأة : بل حدث قبل عوده اليك فلا يلزمني ارشه قال قول قول المرأة ، لان الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والاصل عدم النقص فتقابل الامران فسقطا والاصل براءة ذمتها .

(فصل) واذا وطىء امرأة بشبهة او في نكاح فاسد ازمه المهر لحدوث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فتكاحها باطل ، فتكاحها باطل ، فتكاحها باطل ، فان مسها فليها المهر بما استحلت من فرجها ، فان اكرهها على الزنا وجب عليه المهر لانه وطء سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة ، والواطىء من أهل الضمان في حقها ، فوجب عليه المهر كالموطوءة في نكاح فاسد — فان طأوعته على الزنا نظرت — فان كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن النكاح ومهر البغي وحلوان الكاهن ، وان كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ، ومن أصحابتنا من قال : يجب لان المهر حق للسيد فلم يسقط باذنها كآرش الجنابة .

(فصل) وان وطىء امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطىء أنها طأوعته ففيه قولان .

أحدهما : القول قول الواطىء لان الاصل براءة ذمته . والثاني : القول قول الموطوءة ، لان الواطىء متلف ويشبه أن يكون القولان مثبتين على القولين في اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها .

(فصل) وان وطىء المرتن الجارية المرهونة باذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجب المهر لان البضع للسيد وقد اذن له في اتلافه فسقط بدله

كما لو أذن له في قطع عضو منها (والثاني) يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطئ في نكاح فاسد ، فإن أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كلاهما لأنه متولد من مأذون فيه ، فإذا كان في بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون في بدل ما تولد منه قولان . وقال أبو إسحاق تجب قيمة الولد يوم سقط قولاً واحداً لأنها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن في الاحبال ، والطريق الأول أظهر لأنه وإن لم يأذن في الاحبال إلا أنه أذن في سببه

(الشرح) حديث عائشة رواه أبو داود والسنجستاني وأبو داود الطيالسي وابن ماجه والدارقطني والترمذي ، وكذلك رواه الشافعي ومن طريق ساجان ابن موسى عن الزهري عن عروة عنها ، وقد مضى الكلام على طرقة في ولاية النكاح ، أما حديث أبي مسعود البدرى وهو عقبه بن عمرو رضى الله عنه فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد والدارقطني ، وقد ذكره في البيوع وغيرها من المجموع

وأولى بالكلام من هذه الفصول أنه إذا أصدقها عينا وقبضتها ثم طلقها قبل الدخول ووجد في العين نقص فقد ذكرنا أن هذا النقص لا يلزمها أرشه ، وإن حدث بعد الطلاق فعلها أرشه ، فاختلف الزوجان في وقت حدوثه ، فقال الزوج حدث في يدك بعد عود النصف إلى إما بالطلاق على المنصوص أو بالطلاق واختيار التملك على قول أبي إسحاق . وقالت الزوجة بل حدث قبل ذلك قال قول الزوجة مع يمينها ، لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل حدوث القبض وهي تشكر ذلك ، والاصل عدم الطلاق ، والزوجة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والاصل عدم حدوث النقص ، فتعارض هذان الاصلان وسقطا ، وبقي اصل برامة ذمتها من الضمان ، فكذلك كان القول قولها وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب المتعة

إذا طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده - فإن كان قبل الدخول نظرت ، فإن لم يفرض لها مهر - وجب لها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ، ومتعوهن ، ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال ، وقلت الرغبة فيها بالطلاق ، فوجب لها المتعة ، وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة ، لأنه لما أوجب بالايه لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ، ولأنه حصل لها في مقابلة الابتذال نصف المسمى ، فقام ذلك مقام المتعة .

وإن كان بعد الدخول ففيه قولان ، قال في القديم : لا تجب لها المتعة ، لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض ، فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول . وقال في الجديد : تجب لقوله تعالى فتعاليين أمتعكن وأمرحكن سراحا جميلا ، وكان ذلك في نساء دخل بهن ، ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء ، وبقي الابتذال بغير بدل ، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول . وإن وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت - فإن كانت بالموت - لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة . وإن كانت بسبب من جهة أجنبي كالرضاع فخكه حكم الطلاق في الاقسام الثلاثة ، لأنها بمنزلة الطلاق في تنصيف المهر فكانت كالطلاق في المتعة

وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة واللعان فخكه حكم الطلاق في الاقسام الثلاثة ، لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق ، وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالإسلام والردة والرضاع والفسخ بالاعسار والغيب بالزوجين جميعاً لم تجب لها المتعة ، لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلت الرغبة فيها بالطلاق ، وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب . وإن كانت بسبب منها نظرت - فإن كانت بخلع أو جعل الطلاق اليها فطلقت -

كان حكمها حكم المطلقة في الاقسام الثلاثة ، لان المذهب فيها جهة الزوج ؛ لانه يمكنه أن يخالعهما مع غيرها ويجعل الطلاق الى غيرها لجعل كالمنفرد به . وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج فقد قال في موضع لا متعة لها ، وقال في موضع لها المتعة ، فمن أصحابنا من قال هي على قولين

(أحدهما) لا متعة لها لان المذهب جهة السيد ، لانه يمكنه أن يبيعهما من غيره فكان حكمه في سقوط المتعة حكم الزوج في الخلع في وجوب المتعة ، ولانه يملك بيعهما من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختياراً للفرقة .

(والثاني) أن لها المتعة لانه لا مزية لاحدهما على الآخر في العقد ، فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقة من جهة أجنبي .

وقال أبو إسحاق : ان كان مولاها طلب البيع لم تجب لانه هو الذي اختار الفرقة . وإن كان الزوج طلب وجبت ، لانه هو الذي اختار الفرقة ، وحمل القولين على هذين الحالين .

(الشرح) المتاع في اللغة كل ما ينتفع به كالطعام والثياب وأثاث البيت ؛ وأصل المتاع ما يتبلع به من الزاد ، وهو اسم من متعته بالثقل اذا أعطيته ، والجمع أمتعة ، ومتعة الطلاق من ذلك ، ومتعت المطلقة بكذا اذا أعطيتها إياه لانها تنتفع به وتمتع به

قال الشافعي رضي الله عنه : لا متعة للمطلقات الا لواحدة ، وهي التي تزوجها وسمى لها مهرأ . أو تزوجها مفوضه وفرض لها المهر ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها . وجملة ذلك أن المطلقات ثلاث . مطلقه لها المتعة قولاً واحداً . ومطلقه لا متعة لها قولاً واحداً . ومطلقه هل لها متعة . على قولين . فأما التي لها المتعة قولاً واحداً فهي التي تزوجها مفوضه ولم يفرض لها مهرأ ثم طلقها قبل الفرض والميسر لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضته وتمسوهن ، ولانه قد لحقها بالعقد والطلاق قبل الدخول ابتداءً فكان لها المتعة بدلاً عن الابتداء .

وأما التي لا متعة لها قولاً واحداً فهي التي تزوجها وسمى لها مهرأ في العقد

أو تزوجها مفوضه وفرض لها مهرأ ثم طلقها قبل الدخول ، لأن الله تعالى علق وجوب المتعة بشرطين . وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض والمسيس ، وههنا أحد الشرطين غير موجود ، وقد جعلنا لها المتعة لسبب يعرى العقد من بدل . وههنا قد جعل لها نصف المهر

وأما المطلقة التي في المتعة لها قولان ، فهي التي تزوجها وسمى لها مهرأ في العقد ودخل بها أو تزوجها مفوضه وفرض لها مهرأ ودخل بها أو لم يفرض لها مهرأ أو دخل بها ، ففي هذه الثلاث قولان

قال في القديم : لا متعة لها . وبه قال أبو حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد لقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ومتعوهن ، فعاق المتعة بشرطين ، وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض وقبل المسيس ، ولم يوجد الشرطان ههنا . وقوله تعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لهن من عتدهن متعوهن ، فمتعوهن ، فجعل لهن المتعة قبل المسيس وقد وجد المسيس ههنا ، ولأنها مطلقة لم يخل نكاحها عن بدل فلم يكن لها المتعة ، كما لو سمي لها مهرأ ثم طلقها قبل الدخول

وقال في الجديد : لها المتعة ، وبه قال عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر ولا يخالف لهم في الصحابة

قال المحاملي وهو الأصح لقوله تعالى « والمطلقات متاع بالمعروف ، فجعل الله تعالى المتعة لكل مطلقة ، إلا ما خصه الدليل ، ولقوله تعالى « يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنكم ، وهذا في نساء النبي صلى الله عليه وسلم اللاتي دخل بهن وقد كان سمي لهن المهر بدليل حديث عائشة رضي الله عنها : كان صداق النبي صلى الله عليه وسلم اثني عشر أوقية ونشأ ولأن المتعة إنما جعلت لما لحقها من الابتذال بالعقد والطلاق ، والمهر في مقابلة الوطء ، والابتذال موجود فيكون لها المتعة

إذا ثبت هذا فإن المتعة واجبه عندنا ، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه .

وقال مالك رضى الله عنه : هي مستحبه غير واجبه . دليلنا قوله تعالى (ومنعوهن ، وهذا أمر ، والآسر يقتضى الوجوب . وقوله تعالى ، وللمطلقات متاع بالمعروف حتماً على المنتقين ، وحقاً ، يدل على الوجوب

(مسألة أخرى) كل موضع قلنا يجب المنعه لا فرق بين أن يكون الزوجان حرين أو مملوكين ، أو أحدهما حراً والآخر مملوكاً ، وخالف الأوزاعي لجهلها لحرين - دليلنا قوله تعالى ، وللمطلقات متاع بالمعروف ، الآية . وهذا عام لا تفرقة فيه .

(فرع) إذا وقعت الفرقة بغير طلاق في الموضع الذى يجب فيه المنعه نظرت فإن كان بالموت لم يجب المنعه ، لأن النكاح قد بلغ منتهاه ولم يلحقها بذلك ابتذال وان وقعت بغير الموت نظرت ، فإن كان بسبب من جهة أجنبي فهي كالطلاق لأنها كالطلاق في تنصيف المهر قبل الدخول فكذلك في المنعه ، وان كان من جهة الزوج كالإسلام قبل الدخول والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق

قال القاضى أبو الطيب وكذلك إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار أربعاً منهن وجب للباقي المنعه . وإن كانت الفرقة من جهتها كالإسلام والردة وإرضاعه أو الفسخ للإعسار بالمهر والنفقة أو فسخ أحدهما النكاح لعيب فلا منعه لها ، لأن الفرقة جاءت من جهتها ، ولهذا إذا وقع ذلك قبل الدخول سقط جميع المهر . وان كان بسبب منها ، فان كان بالخلع ، فهو كالطلاق ، هذا نقل البغداديين

وقال المسعودى لا منعه لها ، وإن كان رده منها في حالة واحدة ففيه وجهان مضى ببيانها في الصداق

(فرع) روى المزنى أن الشافعى رحمه الله قال ، وأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه ولها المنعه عندي ، قال المزنى هذا غلط عندي ، وقياس قوله لا منعه لان الفرقة من قبلها

قال أصحابنا ، اعتراض المزنى صحيح ، إلا أنه أخطأ في النقل ، وقد ذكرها الشافعى في الأم ، وقال ليس لها المنعه ، لأنها لو شاءت أقامت معه ، وإنما أسقط المزنى (ليس)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والمستحب أن تكون المتعة خادماً أو مقنعة أو ثلاثين درهما ،
لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : يستحب أن يتمتها بخادم ، فإن لم
يفعل فبثياب . وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال : يتمتها بثلاثين درهما ،
وروى عنه قال : يتمتها بجارية ،

وفي الوجوب وجهان (أحدهما) ما يقع عليه اسم المال (والثاني) وهو
المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى : ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره ، وهل يعتبر بالزوج أو بالووجة ، فيه وجهان (أحدهما) يعتبر بحال الزوج
للآية (والثاني) يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا وقت فيها وأستحسن تقدير ثلاثين
درهما . وجملة ذلك أن الكلام في القدر المستحب في المتعة وفي القدر الواجب .
فأما المستحب فقد قال في القديم : يتمتها بقدر ثلاثين درهما ، وقال في المختصر
استحسن قدر ثلاثين درهما . وقال في بعض كتبه أستحسن أن يتمتها خادماً ، فإن
لم يكن مقنعة فإن لم يكن فثلاثين درهما . قال بعض أصحابنا أراد المقنعة التي قيمتها
أكثر من ثلاثين درهما وأقل المستحب في المتعة ثلاثون درهما لما روى عن ابن عمر أنه قال
يتمتها بثلاثين درهما ، وأخرج ابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم عن ابن عباس قال متعة
الطلاق أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة ،

وأما القدر الذي هو واجب ففيه وجهان : من أصحابنا من قال ما يقع عليه الاسم كما
يجرى ذلك في الصداق . والثاني وهو المذهب أنه لا يجري ما يقع عليه الاسم بل
ذلك إلى الحاكم وتقديره باجتهاده لقوله تعالى : ومتعوهن على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره ، فلو كان الواجب ما يقع عليه الاسم لما خالف بينهما ويخالف الصداق
فإن ذلك يثبت بتراضيهما ، وهل الاعتبار بحال الزوج أو حال الزوجة ؟ فيه
وجهان (أحدهما) الاعتبار بحال الزوج ، لأن المتعة بدل عن المهر بدليل أنه لو
كان هناك مهر لم يجب لها متعة والمهر معتبر بحالها فكذلك المتعة (والثاني) الاعتبار
بحال الزوج لقوله تعالى : ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فاعتبر
فيه حاله دون حالها . هذا مذهبنا والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الوليمة والنثر

الطعام الذي يدعى اليه الناس ستة : الوليمة للعرس ، والحرس للولادة ، والاعذار للاختان ، والوكيرة للبناء ، والنقيعة لقدم المسافر ، والمأدبة لغير سبب ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها ؛ واكتساب الأجر والمحبة ، ولا نجب . لأن الإيجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه . وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هي واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضي الله عنه قال : تزوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال له رسول الله (ص) : أولم ولو بشاة ، ومنهم من قال : هي مستحبة لأنه طعام لحادث مرور ؛ فلم تجب كسائر الولائم ، ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف ، ولأنه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب .

(الشرح) حديث أنس رضي الله عنه رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة والدارقطني ونصه : أن النبي (ص) رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال ما هذا ؟ قال : تزوجت امرأة علي وزن نواة من ذهب قال : بارك الله لك أولم ولو بشاة ، ولم يقل أبو داود : بارك الله لك ، وقد روى أحمد والشيخان من حديث أنس قال : ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من نسائه ما أولم على زينب . أولم بشاة ،

وعن أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم أولم على صفية بتمر وسويق ، أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي ، وأخرجه ابن حبان ، وأخرج البخاري مرسلًا عن صفية بنت شيبة : أولم النبي صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير ،

وعن أنس في قصة صفية أن النبي صلى الله عليه وسلم : جعل وليمتها التمير والاقط والسمن ، أخرجه الشيخان ، وفي رواية عندهما ومسندهما أحمد : أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال يبني بصفيه فيدعون المسلمين إلى وليمته ما كان فيها خبز

ولا لحم وما كان فيها إلا أن أمر بالانقطاع فبسطت فالتقى عليها النمر والاقط
والسمن ، فقال المسلمون : إحدى أمهات المؤمنين أو ما ملكت يمينه ؟ فقالوا :
إن حببها فهي إحدى أمهات المؤمنين وإن لم يحببها فهي مما ملكت يمينه ، فلما
ارتحل وطأ لها خلفه ومد الحجاب .

أما اللغات : فإن الوليمة مشتقة من الولم وهو الجمع ، لأن الزوجين يجتمعان
هكذا قال الأزهري ، وقال ابن الأعرابي : أصلها تمام الشيء . واجتماعه وتقع على
كل طعام يتخذ لسرور وتستعمل في وليمة الأعراس بلا تقييد وفي غيرها مع التقييد
فيقال مثلا وليمة مأدبة هكذا قال بعض الفقهاء وحكاها في الفتح عن الشافعي وأصحابه
وحكى المصنف وابن عبد البر عن أهل اللغة وهو المنقول عن الخليل وثماب ،
وبه حزم الجوهري وابن الأثير أن الوليمة هي الطعام في العرس خاصة ، قال ابن
رسلان : وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات
اللغة وأعرف بلسان العرب والحرس وزان قفل طعام يصنع للولادة ، والعذر
والإعذار لغة فيه يقال عذرت الفلام والجارية من باب ضرب أى خنته وقد
يكون الإعذار خاص بالطعام في الختان وعذرة الجارية بكارتها ، والوكيرة مأخوذة
من وكر الطائر وهو عشه ووكر الطير يكر من باب وعد اتخذ وكراً ، ووكر
صنع الوكيرة والنقيعة طعام يتخذ للقاء آدم من السفر ، وقد أطلقت النقيعة على
ما يصنع عند الإملاك وهو التزويج . وقال ابن بطال : النقيعة مأخوذة من النقع
وهو النحر يقال نقع الجزور إذا نحرها ، ونقع جيبه شقه قال المرار :

نقعن جيوبهن على حياً وأعددن المرائي والعويلا

وفي خبر تزويج خديجة بالنبي (ص) ، قال أبو خديجه وقد ذبحوا بقرة عند
ذلك ، ما هذه النقيعة ، وقد جمع الشاعر هذه الاطعمه المذكورة حيث قال .

كل الطعام تشتهى ربيعه الحرس والاعذار والنقيعه

وقال آخر :

إنا لنضرب بالسيوف ره وسهم ضرب القدار نقيعة الاقدام

والقدار الجزار والطعام الذي يتخذ يوم سابع الولادة يسمى العقيقة ،

ويسمى الطعام الذي يتخذ سبب ومن غير سبب مآدبه - بضم الدال ، ويفتحها
التأديب ، وفي الاثر الجوع مآدبه - الله في أرضه ، إذا ثبت هذا فقد أخذ بالوجوب
المالكيه نقله القرطبي عن مذهبه ثم قال ، ومشهور المذهب أنها مندوبه . وروى
ابن التين الوجوب عن مذهب أحمد لكن الذي في المعنى أنها سنه ، وكذلك حكى
الوجوب الروياني في البحر عن أحد قولي الشافعي وحكاة ابن حزم
عن أهل الظاهر ، وقال سليم الرازي إنه نص الام .

وحكى المصنف الوجوب عن نص الام . وحكاة في فتح الباري عن بعض
الشافعيه ، وبهذا يظهر ثبوت الخلاف في الوجوب ، وقد قال ابن بطال لا أعلم
أحداً أوجبها وليس هذا صحيحاً ، وكذا قال ابن قدامة ، ومن جهة أدلة من
أوجبها ما أخرجه الطبراني من حديث وحشى بن حرب مرفوعاً الوليمة - حق
وسننه فمن دعى إليها فلم يجب فقد عصى ، وأخرج أحمد من حديث بريدة قال لما
خطب علي فاطمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه لا بد للعروس من وليمة ،
قال الحافظ وسنده لا بأس به ، وفي صحيح مسلم - شر الطعام طعام الوليمة - ثم
قال - وهو حق ، قال في الفتح . وقد اختلف السلف في وقتها هل هو عند العقد
أو عقبه . أو عند الدخول أو عقبه ، وسيأتى بيان ذلك .

وحكى الشيخ أبو حامد في التعليق في الوليمة قولين وأكثر أصحابنا حكاهما
وجهمين ، أحدهما واجبه لحديث ، أولم ولو بشاة ، وروى أن النبي صلى الله عليه
وسلم أولم على صفية بسويق وتمر . ولأنه لما كانت الاجابة اليه واجبه كان فعلها
واجباً . والثاني أنها مستحب ولا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم - ليس في المال
حق سوى الزكاة ، ولأنه طعام عند حادث سرور فلم يكن واجباً كسائر الاطعمه
وأما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فمحمول على الاستحباب ، وأما ما ذكره من
الاجابه فيبطل بالسلام فإنه لا يجب ، وإجابته واجبه . وقد حكى الصيمري وجهاً
ثالثاً أن الوليمة فرض على السكفائه ، فإذا فعلها واحد أو اثنان في الناحيه والقبيله
وشاع في الناس وظهر سقط الفرض عن الباقيين ، وظاهر النص هو الاول ، وأقل
المستحب في الوليمة للمتمكن شاة لحديث ، أولم ولو بشاة ، فان نقص عن ذلك جاز
لولاية صفية والسويق والتمر أقل من شاه في العادة .

وأما كراهة النثر فقد عقد في منتقى الأخبار له باباً دعاه (باب حجة من كره
النثار والانتهاج منه) وساق حديث زيد بن خالد أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم
ينهى عن النهبة والجلسة ، رواه أحمد وأحاديث في معناه عن عبد الله بن يزيد
الأنصاري وأنس بن مالك وعمران بن الحصين وحاصل ذلك أن النهي عن النهي
يقضى النهي عن انتهاج النثار ، وقد أورد الجويني والغزالي والقاضي حسين
حديثاً عن جابر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حضر في إملاك فأتى بأطباق فيها
جوز ولوز فنثرت فقبحضنا أيدينا فقال : مالكم لا تأخذون ، فقالوا : إنك نهيت
عن النهي فقال : إنما نهيتكم عن نهي العساكر خذوا على اسم الله فتجاوزناه ، ولو
صح هذا الحديث لكان مخصصاً للعموم النهي ولا يمكنه لم يصح عند المحمدين حتى
قال الحافظ ابن حجر : إنه لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح والجويني وإن كان
من أكابر العلماء فليس هو من علماء الحديث وكذلك الغزالي والقاضي حسين ،
وإنما هم من الفقهاء الذين لا يميزون بين الموضوع وغيره كما يعرف ذلك من له
أنسة بعلم السنة واطلاع على مؤلفات هؤلاء .

قلت : قد روى هذا الحديث البيهقي من معاذ بإسناد ضعيف منقطع ، ورواه
الطبراني من حديث عائشة عن معاذ وفيه بشر بن إبراهيم المفلوح ، قال ابن عدي
هو هندی عن يرضع الحديث وساقه العقيلي من طريقه ثم قال : لا يثبت في الباب
شيء وأورده ابن الجوزي في الموضوعات ، ورواه أيضاً من حديث أنس وفي
إسناده خالد بن إسماعيل .

قال ابن عدي : يرضع الحديث ، وقال غيره : كذاب ، وقد روى ابن أبي شيبة
في مصنفه عن الحسن والشعبي أنهما لا يريان به بأساً ، وأخرج كراهيته عن ابن
مسمود وإبراهيم النخعي وعكرمه : قال في البحر : والنثار بضم النون وكسرها
ما ينثر في الشكاح أو غيره وهو مباح ، إذ ماثره إلا بإباحته له ، وإنما يكره لمنافاته
المروءة والوقار .

وقد قال الشافعي في نثر السكر واللوز والجوز لو ترك كان أحب إلى لأنه
يؤخذ بحبسه ونهيه ، ولا يثبتين لي أنه حرام . وجملة ذلك أن نثر السكر واللوز

والجوز والزبيب والدرهم والدنانير وغير ذلك يكره ؛ وروى أن أبا مسعود الأنصاري رضى الله عنه كان إذا نثر للأصبيان يمنع صبيانه عن التقاطه ، وبه قال عطاء وعكرمة وابن سيرين وابن أبي ليلى .

وقال أبو حنيفة والحسن البصرى وأبو عبيد وابن المنذر : لا يكره . وقال القاضى أبو القاسم الصيمرى : يكره التقاطه ، وأما النثر نفسه فمستحب ، وقد جرت العادة للسلف به ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج علياً رضى الله عنه فاطمة عليها السلام نثر عليهما ، والأول هو المشهور ، والدليل عليه أن النثار يؤخذ نهيمة ويزاحم عليه ، وربما أخذه من يكرهه صاحبه ، وفي ذلك دناءة وسقوط مروءة ، وما ذكره الصيمرى غير صحيح لأنه لا فائدة في نثاره إذا كان يكره التقاطه ، فإن مخالف ونثر فالتقط رجل فهل للذى نثره أن يسترجعه ، فيه وجهان حكاهما الداركى .

(أحدهما) أن يسترجعه لأنه لم يوجد منه لفظ يملك به .

(والثانى) ليس له أن يسترجعه - وهو اختيار المسعودى - لأنه نثر للملك بحكم العادة . قال المسعودى لو وقع في حجر رجل كان أحق به ، فلو التقطه آخر من حجره أو قام فسقط من حجره فهل يملكه الملتقط ، الصحيح أنه لا يملكه ، قال الشيخ أبو حامد ، وحكى أن أعرابياً تزوج ففثر على رأسه زيبياً فأنشأ يقول :

ولما رأيت السكر العام قد غلا وأيقنت أنى لا محالة ناكح
نثرت على رأسى الزبيب لصحبتى وقلت : كلوا كل الحلاوة صالح

قال أبو العباس بن سريج : ولا يكره للمسافر بن أن يخالطوا زاده فياً كلوا ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض بخلاف النثار يؤخذ بقتال وازدحام بخلاف الزاد ، قال القاضى أبو الطيب السكتب التى يكتبها الناس بعضهم إلى بعض ؛ قال أصحابنا لا يملكها المحمولة اليهم وليسكن لهم الانتفاع بها بحكم العادة ، لأن العادة جرت بإباحة ذلك واقه أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن دعى إلى وهمة وجب عليه الاجابة لما روى ابن عمر (رض)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها ، ومن أصحابنا من قال هي فرض على الكفاية ، لأن القصد إظهارها ، وذلك يحصل بمحض ور البعض ، وإن دعى مسلم إلى وليمة ذمى ففيه وجهان (أحدهما) تجب الاجابة للاخير (والثاني) لا تجب ، لأن الاجابة للتواصل ، واختلاف الدين يمنع التواصل وإن كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب في اليوم الأول والثاني وتكره الاجابة في اليوم الثالث ، لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة فحصب الرسول .

وعن الحسن رحمه الله أنه قال : الدعوة أول يوم حسن ، والثاني حسن ، والثالث رياء وسمة ، وإن دعاه إثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق ، فإن استويا في السبق أجاب أقربهما رحماً ، فإن استويا في الرحم أجاب أقربهما داراً لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع فإن استويا في ذلك أفرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه أحمد والبخاري ومسلم ولفظه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أجيئوا هذه الدعوة إذا دعيت لها ، وكان ابن عمر يأتي الدعوة في العرس وغير العرس ويأتيها وهو صائم ، وفي رواية : إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها ، ورواه أبو داود وزاد : فإن كان مفطراً فليطعم ، وإن كان صائماً فليدع ، وفي رواية : من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مفيراً ، رواه أبو داود . وفي رواية عند أحمد ومسلم وأبي داود : إذا دعا أحدكم أخاه فليجب ، وفي لفظ : من دعى إلى عرس أو نحوه فليجب ، وفي لفظ : إذا دعى أحدكم إلى وليمة عرس فليجب ، رواها مسلم وأبو داود .

وعن أبي هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليصل وإن كان مفطراً فليطعم ، رواه أحمد ومسلم وأبو داود ، وفي لفظ : إذا دعى أحدكم إلى الطعام وهو صائم فليقبل إلى صائم ، رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن إلا النسائي . وقد أخرج مسلم من حديث

أبي هريرة رضي الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : شر الطعام طعام الوليمة يمتنعها من يأتيها ويدعى إليها من أبابها ، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله ،

أما الأحكام فهل تجب الإجابة على من دعى الى وليمة عرس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه الإجابة وبه قال مالك وأحمد ، لأن الشافعي قال : ولو أن رجلا أتى رجلا وقال : إن فلانا اتخذ دعوة وأمرني أن أدعو من شئت ، وقد شئت أن أدعوك لا يلزمه أن يجيب (والثاني) وهو المذهب أنه يلزمه أن يجيب لما روى أن النبي (ص) قال : من دعى الى وليمة ولم يجب فقد عصى أبا القاسم ، قال المعمراني وما احتج القائل به من كلام الشافعي رحمه الله فلا حجة فيه ، لأن صاحب الطعام لم يدعه . إذا ثبت أن الإجابة واجبة فهل يجب على كل من دعى أو هو فرض على الكفاية ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنها فرض على الكفاية ، فإذا أجابه بعض الناس سقط الفرض عن الباقين ، لأن القصد أن يعلم ذلك ويظهر وذلك يحصل بإجابة البعض (والثاني) يجب على كل من دعى لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم . وكذلك عموم سائر الأخبار وأما إذا دعى الى وليمة غير العرس فذكر ابن الصباغ أن الإجابة لا تجب عليه قولا واحدا ، لأن وليمة العرس أكد . ولهذا اختلف في وجوبها فوجب الإجابة اليها وغيرها لا تجب بالاجماع فلم تجب الإجابة اليها

وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق والمحامي أنها كوليمة العرس في الإجابة اليها وهو الاظهر لحديث : من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم ، وهذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي إذا دعى لقرى لم تجب الإجابة ، وإن دعى الى حفل بأن فتح الباب لكل من يدخل فلا يلزمه ، وإن خصه بالدعوة مع أهل حرفته فيلزمه ، ولو لم يجب فهل يعصى ؟ فيه وجهان

(فرح) إذا دعى الى وليمة كقابي - وقلنا تجب عليه الإجابة الى وليمة المسلم - فهل تجب عليه الإجابة الى وليمة الكفائي . فيه وجهان (أحدهما) تجب عليه الإجابة لعموم الأخبار (والثاني) لا تجب عليه الإجابة لأن النفس تعاف

من أكل طعامهم ، ولأنهم يستحلون الربا ، ولأن الاجابة إنما جاءت لتأكيد
الاخوة والمواالات ، وهذا لا يوجد في أهل الذمة

(فرع) إذا جاءه الداعى فقال : أمرنى فلان أن أدعوك فأجب لزمه الاجابة
وإن قال أمرنى فلان أن أدعو من شئت أو من لقيت فاحضر لم تلزمه الاجابة .
قال الشافعى رحمه الله : بل أستحب له أن يحضر إلا من عذر ، والاعذار التي
يسقط معها فرض الاجابة أن يكون مريضا أو قيبا بمريض أو بميت ؛ وبإطفاء
حريق أو يخاف ضياع ماله أو له في طريقه من يؤذيه ، لأن هذه الاسباب أعذار
في حضور الجماعة وفي صلاة الجمعة ، ففي هذا أولى

(فرع) وان كانت الوليمة ثلاثة أيام فدعى في اليوم الاول وجب عليه
الاجابه ، وإن كان دعا في اليوم الثاني لم تجب عليه الاجابه ولكن يستحب له أن
يجيب ، وان دعى في اليوم الثالث لم يستحب له أن يجيب بل يكره له لما روى أن
النبي (ص) قال : الوليمة في اليوم الاول حق ، وفي الثاني معروف ، وفي اليوم
الثالث رياء وسمعه ، رواه أحمد وأبو داود عن قتادة عن الحسن عن عبد الله بن
عثمان الثقفي عن رجل من ثقيف يقال : ان له معروفا وأثنى عليه ، ورواه الترمذى
من حديث ابن مسعود وابن ماجه من حديث أبي هريرة . وروى أن سعيد بن
المسيب دعى مرتين فأجاب ودعى في اليوم الثالث فخصب الرسول .

(فرع) إذا دعاه اثنان الى وايصتين - فان سبق أحدهما - قدم لإجابته ، وان
لم يسبق أحدهما أجاب أقربهما اليه داراً لما روى أن النبي (ص) قال : إذا اجتمع
داعيان فأجب أقربهما اليك باباً ، فان أقربهما باباً أقربهما جواراً ، فان سبق أحدهما
فأجب الذى سبق ، هكذا ذكر المحاملى وابن الصباغ . وذكر الشيخ أبو إسحاق
أنهما إذا تساويا فى السابق أجاب أقربهما رحماً ، فان استويا فى الرحم أجاب أقربهما
داراً ، وإذا ثبت الخبر فأقربهما داراً أولى ، لأنه لم يفرق بين أن يكون أقربهما
رحماً أو أبعد ، فإن استويا فى ذلك أقرب بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان دعى إلى موضع فيه دف أجاب ، لأن الدف يجوز فى الوليمة

لما روى محمد حاطب قال . قال رسول الله (ص) فصل ما بين الحلال والحرام
الدف ، فان دعى الى موضع فيه منكر من زمر أو خمر - فان قدر على إزالته -
لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولازالة المنكر ، وان لم يقدر على إزالته لم يحضر
لما روى أن رسول الله (ص) نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر ، وروى
نافع قال كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فسمع زمارة راع فوضع
أصبعيه في أذنيه ، ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول يا نافع أسمع ؟ حتى قامت
لا فأخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم صنع ،

وان حضر في موضع فيه تماثيل - فان كانت كالأشجار - جلس ، وان كانت
على صورة حيوان - فان كانت على بساط يداس أو مخدة يتسكأ عليها - جلس .
وان كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه
قال . قال رسول الله (ص) أتاني جبريل (ص) فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني
أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل ، وكان في البيت قرام ستر فيه
تماثيل ، وكان في البيت كلب ، فشره برأس التماثيل التي كانت في باب البيت
يقطع فتصير كهيئة الشجرة ، وممر بالستر فليقطع منه وساداتان منبوذتان
توطآن ، وممر بالكل فليخرج ، ففعل رسول الله (ص) ذلك ، ولأن ما كان
كالشجر فهو كالكتابة والنقوش ، وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر
فهو كالصنم ، وما يوطأ فليس كالصنم لانه غير معظم

(الشرح) حديث محمد بن حاطب رواه أصحاب السنن الا أبا داود وقد حسنه
الترمذى . قال ومحمد قد رأى النبي (ص) وهو صغير ، وأخرجه الحاكم .

وأما حديث النهى عن الجلوس على مائدة الخمر فقد أخرجه أبو داود من
حديث ابن عمر بلفظ نهى رسول الله (ص) عن الجلوس على مائدة يشرب عليها
الخمر وأن يأكل وهو منبسط ، وأخرجه النسائي والحاكم وهو من رواية جعفر بن
برقان عن الزهرى ولم يسمع منه ، ومن ثم فقد أعله أبو داود والنسائي وأبو حاتم
بذلك . وليكن أحمد والترمذى والحاكم ورواه جابر مرفوعاً من كان يؤمن

بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، وأخرجه أيضاً الترمذى من طريق ليث بن أبي سليم عن طاوس عن جابر . وقال الحافظ بن حجر إسناده جيد . وأخرج نحوه البزار من حديث أبي سعيد والطبراني من حديث ابن عباس وعمران بن حصين .

وأخرج أحمد في مسنده عن عمر قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بإزار . ومن كانت تؤمن بالله واليوم الآخر فلا تدخل الحمام ، ورواه الترمذى بمعناه عن جابر وقال : حسن غريب . أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائي باللفظ : « أتاني جبريل فقال : إني كنت أتيتك الليلة فلم يمنعني أن أدخل البيت الذي أنت فيه إلا أنه كان فيه تمثال رجل وكان في البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان في البيت كلب فرأس التمثال الذي في باب البيت يقطع بصير كهيمته الشجرة ، وأمر بالستر يقطع فيجعل وسادتين منبتين توطآن ، وأمر بالكلب يخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وإذا الكلب جرو ، وكان للحسن والحسين تحت نضد لهم ، ويوافق هذا الحديث ما أخرجه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائي عن أبي طلحة الأنصاري قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا تماثيل ، وزاد أبو داود والنسائي عن علي مرفوعاً : « ولا جنب ،

أما اللغات : فالدف لعله من دف الطائر يدف ، وبابه ضرب حرك جناحيه لطيرانه ، أي ضرب دفيه وهما جنباه ، فالدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به والجمع دفوف والدف عند العرب على شكل غربال خلا أنه بغير ثقب وقطره إلى أربعة أشبار . والزمارة هي آلة الزمر ، وزمر زمرأ من باب ضرب وزميراً أيضاً ، ويضم بالضم لغة حكاهما أبو زيد ، ورجل زمار ، قالوا ولا يقال زامر . وامرأة زامرة ولا يقال زمارة ، والزمارة بالكسر هو صوت النعام ، وقد زمر النعام يزمر ، والقرام ككتاب ، الستر الرقيق ، وبعضهم يزيد : وفيه رقم ونقوش والتمثال تفعال من المماثلة وهي المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها .

أما الأحكام فإنه يجوز ضرب الدف في العرس لحديث : فصل ما بين الحلال والحرام الدف .

وأقل ما يفيد هذا الحديث هو النَّدب ، ويؤيد ذلك ما في حديث المـأزني عمرو بن يحيى عن جده أبي الحسن ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره نكاح السرح حتى يضرب بـدف ويقال : أتيناكم أتيناكم فخيانا وحياءكم ، رواه ابن ماجه . قال في الفتح : في رواية شريك : فقال : فهل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغنى . قلت ماذا ، قال تقول :

أتيناكم أتيناكم فخيانا وحياءكم
ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديتكم
ولولا الخنطة السمراء ما سمعت عذاريتكم

فإذا دعى الى وليمة فيها دف أجاب ، وان دعى الى وليمة فيها منكر من خمر أو مزامير فضلا عن الراقصات والمغنيات وما أشبه ذلك ، فان علم بذلك قبل الحضور ، فان كان قادراً على إزالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة وإزالة المنكر ، وان كان غير قادر على إزالته لم يلزمه الاجابة ولم يستحب له الحضور . بل ترك الحضور أولى ، فان حضر ولم يشارك في المنكر لم يأنم ، وان لم يعلم به حتى حضر فوجده ، فان قدر على إزالته وجب عليه الازالة ، لأنه أمر بمعروف ونهى عن منكر . وإن لم يقدر على إزالته فالأولى له أن ينصرف لحديث النهي عن أن يجلس على مائدة تدار عليها الخمر

فان لم ينصرف - فان قصد الى سماع المنكر أثم بذلك - وان لم يقصد الى استماعه بل سمعه من غير قصد لم يأنم بذلك لخبر نافع وابن عمر حتى قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع .

فوضع الدليل أن ابن عمر لم ينسك على نافع سماعه . ولأن رجلاً لو كان له جار في داره منسك ولا يقدر على إزالته فإنه لا يلزمه التحول من داره لأجل المنكر .

فإن دعى إلى موضع فيه تصاوير - فإن كان صور ما لا روح فيها كالشمس والقمر والأشجار جلس سواء كانت معلقة أو مبسوطة ، لأن ذلك يجرى مجرى النقوش ، وإن كان صور حيوان - فإن كان على بساط أو مخاد توطأ أو يتسكأ عليها فلا بأس أن يحضر ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى ستراً معلقاً في بيت عائشة أم المؤمنين عليه صور حيوان فقال صلى الله عليه وسلم : اقطعيه مخاداً ، ولأنه يتنزل ويهان ، وإن كان على ستور معلقة فقد قال عامة اصحابنا : لا يجوز له الدخول إليها لما روى علي قال : أحدثت طعاماً فدعوت النبي (ص) فلما أتى الباب رجعت ولم يدخل ، وقال : لا أدخل بيتاً فيه صور ، فإن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صور . وقيل إن أصل عبادة الأوثان كانت انصور .

قال في البيان : وذلك أن آدم صلوات الله عليه لما مات جعل في تابوت فكان بنوه يعظمونه ، ثم افترقوا فحصل قوم منهم في ذروة جبل وقوم منهم في أسفله وحصل التابوت مع أهل الذروة فلم يقدر من في أسفله على الصعود اليهم فاشتد عليهم ذلك فصوروا مثاله من حجارة وعظموه ، فلما طال الزمان ونشأ من بعدهم رأوا آباءهم يعظمون تلك الصور فظنوا أنهم كانوا يعبدونها من دون الله فعدوها وإذا كان هذا هو السبب وجب أن يكون محرماً .

وقال ابن الصباغ هذا عندي لا يكون أكثر من المنسكر مثل الخمر والملاهي وقد جوزوا له الدخول إلى الموضع التي هي فيه ، سواء قدر على إزالتها أو لم يقدر وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم فلا يدل على التحريم : بل يدل على الكراهة ، وما روى عن الملائكة يحتمل أن يكون في ذلك الزمان ، لأن الاصنام كانت تعظم فيه والتماثيل ، وأما الزمان الذي لا يعتقد فيه شيء من ذلك فلا يجرى مجراه . اهـ

وقال الشافعي رضي الله عنه في الامم : فإن كانت المنازل مستترمة فلا بأس أن يدخلها ، ليس فيه شيء أكرهه سوى السرف ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لا تستر الجدر ، ولأن في ذلك سرفاً فيكره لمن فعله دون من يدخل إليه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن حضر الطعام - فإن كان مفطراً - ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أن يأكل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن كان مفطراً فليأكل ، وإن كان صائماً فليصم ، (والثاني) لا يجب لما روى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن شاء طعم وإن شاء ترك ، وإن دعى وهو صائم لم تسقط عنه الإجابة للخبر ، ولأن القصد التشكير والتبرك بحضوره ، وذلك يحصل مع الصوم ، فإن كان الصوم فرضاً لم يفطر لقول النبي صلى الله عليه وسلم : وإن كان صائماً فليصم ، وإن كان تطوعاً فالمستحب أن يفطر ، لانه يدخل السرور على من دعاه ، وإن لم يفطر جاز لانه قربة فلم يلزمه تركها ، والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام . لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه قال : أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد ابن معاذ رضى الله عنه ، فقال : أفطر عندكم الصائمون ، وصات عليكم الملائكة وأكل طعامكم الأبرار .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه أحمد ومسلم وأبو داود بلفظ : إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليصم ، وإن كان مفطراً فليطعم ، وقد مضى وحديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وقال فيه : وهو صائم ، أما حديث افطار الرسول صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ فقد رواه ابن ماجه عن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهم ، وروينا في سنن أبي داود وغيره عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عباد رضى الله عنه بنخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : أفطر عندكم الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصات عليكم الملائكة .

قال النووي في الأذكار : قلت : فهما قضيتان جرتا لسعد بن عباد وسعد ابن معاذ ، وروينا في سنن أبي داود عن رجل عن جابر قال صنع أبو الهيثم بن

التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ،
فلما فرغوا قال أنبيوا أحاكم ، قالوا : يا رسول الله وما إثابته قال : إن الرجل
إذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك لإثابته .

أما اللغات فقوله : فليصل . قال ابن بطال : أى فليدع ، والصلاة هنا الدعاء
لأرباب الطعام بالمغفرة والبركة ، وقوله : وصلت عليه الملائكة أى استغفرت
لكم والصلاة من الله الرحمة ومن الملائكة الاستغفار ومن الناس الدعاء .

أما الأحكام : فإذا حضر المدعو إلى طعام — فلا يخلو إما أن يكون صائماً
أو مفطراً — فإن كان صائماً نظرت ، فإن كان الصوم فرضاً فإنه يجب عليه
الإجابة ولا يجب عليه الأكل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : فليجب فإن كان مفطراً
فليأكل ، وإن كان صائماً فليدع ، أو فليصل ، والصلاة الدعاء وليقل : إني صائم
لما روى أن ابن عمر دعى إلى طعام وهو صائم فلما حضر مد يده فلما مد الناس
أيديهم قال : بسم الله كلوا إني صائم ، وإن كان صوم تطوع استحب أن يفطر
لأنه مخير فيه بين الأكل والإتمام ، وفي الإفطار لإدخال المسرة على صاحب الوجبة
فإن لم يفطر جاز لقوله صلى الله عليه وسلم : وإن كان صائماً فليدع ، ولم يفرق ،
وإن كان المدعو مفطراً فهل يلزمه الأكل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة مرفوعاً : فإذا دعى أحدكم
إلى طعام فليجب ، فإن كان مفطراً فليأكل ، وإن كان صائماً فليصل ، ولأن
الإجابة المقصود منها الأكل فكان واجباً .

(والثاني) لا يجب عليه الأكل لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن شاء فليأكل : وإن شاء
ترك ، ولأنه لو كان واجباً لوجب عليه ترك التطوع لأنه ليس بواجب ، ولأن
التكثير والتبرك يحصل بحضوره وقد حضر .

(فرع في آداب الطعام) روى عن أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : بركة الطعام الوضوء قبله والوضوء بعده ، يريد بذلك غسل اليد ، وروى
عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا حضر الأكل

إلى أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل : بسم الله في أوله وآخره ، وروى أبو جحيفة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فلا يأكل من أعلا القصعة ، وإنما يأكل من أسفلها ، فإن البركة تنزل في أعلاها ، وروى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يأكل أحدكم بشماله ؛ ولا يشرب بشماله ، فإن الشيطان يفعل ذلك وروى أبو هريرة أن النبي (ص) ما عاب طعاما قط إن اشتهاه أكله وإن كرهه تركه . وروى أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله يرضى على العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمد الله عليها . ويستحب أن يدهو لصاحب الطعام لما روى ابن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم أفطر سعد بن معاذ فقال : أفطر عندكم الصائمون وصات عليكم الملائكة وأكل ضامكم الأبرار . والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبتنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

باب عشرة النساء والقسم

إذا تزوج امرأة - فإن كانت من يجمع مثلها - وجب تسليمها بالمقد إذا طلب ، ويجب عليه تسليمها إذا عرضت عليه ، فإن طاب بها الزوج فسالت الإنظار أنظرت ثلاثة أيام ، لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير ، وإن كانت لا يجمع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم إذا طلب الزوج ولا التسلم إذا عرضت عليه ، لأنها لا تصلح للاستمتاع ، وإن كانت لا يجمع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله ، وجب التسليم إذا طلب ، والتسلم إذا عرضت عليه ، لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع .

(فصل) وإن كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً لأنه لاحق لغيرها عليها ، وللزوج أن يسافر بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه

ولا يجوز لها أن تسافر بغير إذن الزوج لأن الاستمتاع مستحق له ، فلا يجوز تفويته عليه ، وإن كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار ، لأنها ملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يجب التسليم في غير وقتها ، كما لو أجزها لخدمة النهار ، وقال أبو إسحاق إن كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل في بيت الزوج ، والمذهب الأول لأنه قد يحتاج إليها في خدمة غير الصنعة ، ويجوز للعمولى بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة رضي الله عنها في شراء بريرة ، وكان لها زوج ، ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فذلك السفر بها كغير المزوجة .

(فصل) ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه ، وفي غسل الجنابة قولان .

(أحدهما) له أن يجبرها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب .

(والثاني) ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه ، وفي التنظيف والاستحداد ، وجهان (أحدهما) يملك إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه (والثاني) لا يملك إجبارها عليه لأن الوطء لا يقف عليه ، وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحتها ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع .

والثاني : ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء ، فإن كانت ذميمة فله منعها من السكر ، لأنه يمنع الاستمتاع لأنها تصير كالزق المنفوخ ، ولأنه لا يأمن أن نجس عليه ؛ وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير ؟ وشرب القليل من الخمر ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز له منعها ، لأنه يمنع كمال الاستمتاع (والثاني) ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء (والثالث) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه ليس له منعها من لحم الخنزير ، لأنه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر ، لأن السكر يمنع الاستمتاع ، ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وبين ما لا يسكر مع اختلاف الطباع ؛ فمنع من الجميع .

(الشرح) اللغات : القسم بفتح القاف مصدر قسمته وبابه ضرب فذرته

أجزاء فانقسم والموضع مقسم كسجد والفاعل قاسم والمبالغة قسام والاسم القسم
بكسر القاف والجمع أقسام مثل حمل وأحمال .

قوله « الانظار ، أى التأخير . قال : أنظرني إلى يوم يبعثون ، قوله « نضوة
الخلق ، بكسر الهمزة وسكون الضاد وسكون اللام . أى هزيلة البدن ، والنضوة
الثوب الخلق . قوله « الاستعداد ، هو خلق العانة استعدادا من الحديد

أما الأحكام ، فإذا تزوج الرجل امرأة كبيرة أو صغيرة يمكن جماع مثلها بأن
تكون ابنة ثمان سنين أو تسع ، وسلم مهرها وطلب تسليمها ، وجب تسليمها إليه
لما روى عن عائشة رضی الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأنا بنت سبع سنين وبني بي وأنا ابنة تسع سنين

وإن طلبت المرأة أو ولي الصغيرة من الزوج الإمهال لإصلاح حال المرأة فقد
قال الشافعي رحمه الله : يؤخر يوما ونحوه ولا يجاوز بها الثلاث .

وحكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي رحمه الله في الإملاء قال : إذا دفع مهرها
أو مثلها بجماع فله أن يدخل بها ساعة دفع إليها المهر أحبوا أو كرهوا ، واختلف
أصحابنا فيها ، فقال الشيخ أبو حامد : يجب على الزوج الإمهال يوما واحدا ، وما
قال في الإملاء أراد به بعد الثلاث

وقال القاضي أبو حامد : هل يجب عليه الإمهال ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب
عليه الإمهال لأنه قد تسلّم العوض فوجب تسليم المعوض كالبيع (والثاني) يجب
عليه الإمهال لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تطرقوا النساء ليلا ،
رواه أحمد والبخاري ومسلم من حديث جابر . وعنه أيضا عندهم « كنا مع النبي
صلى الله عليه وسلم في غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال : امهلوا حتى ندخل ليلا
أى عشاء لكي تمشط الشعثة وتستحد المغيبة ،

وعن جابر أيضا « نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يطرق الرجل أهله ليلا
يتخونهم أو يطلب عثراتهم ، رواه مسلم . وعن أنس قال « إن النبي صلى الله عليه
وسلم كان لا يطرق أهله ليلا ، وكان يأتهم غدوة أو عشية ، وقال في المغني للحنابلة
إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها إليه وجب ذلك ، وإن عرضت نفسها
عليه لزمه تسليمها ووجبت نفقتها . وإن طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت

العادة أن تصلح أمرها فيها كالأيومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة به . ثم ساق حديث النهي عن الطروق ليلا ، ثم قال : فنفع من الطروق وأمر بابهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فههنا أولى . اهـ

قلت : ولا يجب عليه الامهال أكثر من ثلاثة أيام ، وإن كانت المنسكوحة صغيرة لا يجامع مثلها أو مريضة مرضاً يرجى زواله وطالب الزوج بها لم يجب تسليمها إليه ، لأن المعقود عليه هو المنفعة ، وذلك لا يوجد في حقها ، ولأنه لا يؤمن أن يحمله فرط الشهوة على جماعها ، فيوقع ذلك جنابة بها ، وإن عرضت على الزوج لم يجب عليه تسليمها إذا طالب بها لما ذكرناه ، ولأنها تحتاج إلى حضانة والزوج لا يجب عليه حضانة زوجته

وإن كانت المرأة نضوة من أصل الخلق بأن خلقت دقيقة العظام قابلة اللحم وطلب الزوج تسليمها وجب تسليمها إليه ، فإن كان يمكن جماعها من غير ضرر بها كان له ذلك ، وإن كان لا يمكن جماعها إلا بالاضرار بها لم يجوز له جماعها ، بل يستمتع بما دون فرجها ، ولا يثبت له الخيار في فسخ النكاح ، والفرق بينها وبين القرناء والرتقاء أن تعذر الجماع في القرناء والرتقاء من جدتها . ولهذا لا يتمكن أحد من جماعها ، وههنا العذر من جهته وهو كبير خلقة . ولهذا لو كان مثلاً أمكنه جماعها ، وهكذا إن كانت مريضة مرضاً لا يرجى زواله فحكمه حكم نضوة الخلقة فإن أفضها منع من وطئها حتى يلتئم الجرح ؛ فإن اختلفا قادهى الزوج أنه قد التئام الجرح التاماً لا يخاف عليها منه ، وادعت الزوجة أنه لم يلتئم فالقول قولها مع يمينها لأنها أعلم بذلك

(مسألة) للزوج أن يجبر زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلسلة كانت أو فموية ، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك اجبارها على إزالة ما يمنع حقه ، وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه . وإن اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها إلا بالغسل . فأما الذميمة ففيها قولان في الجنابة (أحدهما) أنه اجبارها عليه لأن قال الاستمتاع يتوقف عليه ، فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة ، وهو

إحدى الروایتین عن أحمد (والثانی) لیس له إجبارها ، وهو قول مالك والثوری وأبی حنیفة وإحدى الروایتین عن أحمد ، لأن الوطء لا يتوقف علیه فإنه بیاح بدونه ، وفي الغسل من الحيض والنفاس قال أبو حنیفة : لیس له إجبار الذمیة . (فرع) وهل له أن یجبرها علی قص الاظفار وحلق العانة ؟ ینظر فیہ . فان كان ذلك قد طال وصار قبیحاً فی النظر فله أن یجبرها قولاً واحداً ، لأن ذلك یمنع من الاستمتاع بها . وأما اذا صار بحيث یوجد فی المادة فهل له إجبارها علی إزالته وعلی إزالة الدرن والوسخ من البدن

قال الشیخ أبو إسحاق الشیرازی هنا : وفي التنظيف والاستحداد وجهان .

قال الشیخ أبو حامد الاسفراینی وغيره فیہ قولان

(أحدهما) لیس له إجبارها علیه ، لأنه لا یمنع الاستمتاع (والثانی) له إجبارها لأنه یمنع کالاستمتاع ، وهل له أن یمنعها من أكل ما يتأذى برائحته كالبصل والثوم . قال الشیخ أبو حامد : فیہ قولان ، وحکاهما المصنف وجهین ایضاً وتعلیلها ما مضی . وذهب أصحاب أحمد کذهب الشیخ ابی اسحاق فی اعتبارها وجهین فی التنظيف والاستحداد وأكل البصل والثوم . وقال القاضی أبو الطیب : له أن یمنعها قولاً واحداً ، لأنه يتأذى برائحته ، الا أن یمتته طبعاً لأن رائحته تذهب .

(فرع) فإن كانت ذمیة وأرادت أن تشرب الخمر فله ان یمنعها من السكر لأنه یمنعه من الاستمتاع ، ولا یؤمن أن یجنى علیه ، وهل له ان یمنعها من القدر الذی لا تسکر منه ؟

حکی المصنف فیہ وجهین وسائر اصحابنا حکاهما قولین (احدهما) لیس له ان یمنعها منه لأنها مقرة علیه ، ولا یمنعه من الاستمتاع (والثانی) له ان یمنعها منه لأنه لا یتمیز القدر الذی تسکر منه من القدر الذی لا تسکر منه مع اختلاف الطباع فمنعت الجميع ، ولأنه يتأذى برائحته ویمنعه کالاستمتاع .

وان كانت الزوجة مسلبة فله منعها من شرب الخمر لأنه محرم علیها ، وان أرادت ان تشرب ما یسکر من النبیذ فله منعها منه لأنه محرم بالإجماع .

وإن أرادت أن تشرب منه مالا يسكر ، فإن كانا شافعيين فله منعها منه لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانا حنفيين أو هي حنفية فهل له منعها منه . فيه قولان . وهل له أن يتمتع الذميمة من أكل لحم الخنزير؟ قال الشيخ أبو حامد فيه قولان كشراب القليل من الخمر ، وحكاهما المصنف وجهين وتعليلهما ما مضى . قال ابن الصباغ وظاهر كلام الشافعي رحمه الله إن كان يتقدره وتعافه نفسه فله منعها منه ، وإن لم تعافه نفسه لم يكن له منعها منه

إذا ثبت هذا فإن شربت الخمر أو أكلت لحم الخنزير أو شربت الحنفية التبيذ فله أن يجبرها على غسل فيها لأنه نجس ، وإذا قبلها نجس فوه . ومذهب أحمد على نحو ما ذهبنا في هذه المسألة وما تفرع منها وما فيها من أوجه كقول الشيخ أبي إسحاق الشيرازي

(فرح) وليس له أن يمنع زوجته من لبس الحرير والديباغ والحلي ، لأن ذلك مباح لها ، وله أن يمنعها من لبس جلد الميتة الذي لم يدينغ ، فإنه نجس وربما نجس إذا التصق به ، وله أن يمنعها من لبس المنجس لأنه يمنع القرب اليها والاستمتاع بها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وللزوج منع الزوجة من الخروج إلى المساجد وغيرها . لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال درأيت امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته . قال حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، فإن فعلت لعنهما الله ، وملائكته الرحمة ، وملائكته الغضب ، حتى تتوب أو ترجع ، قالت يا رسول الله وإن كان لها ظالما ، قال وإن كان لها ظالما ، ولأن حق الزوج واجب ، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب ، ويكره منعها من عبادة أبيها إذا انفصل ، وحضور مواراته إذا مات ، لأن منعها من ذلك يؤدي إلى النفور ويفريها بالعقوق .

(فصل) ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كفاها

تعالى وعاشروهن بالمعروف ، ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل لقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف ، ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم ، ولا يجب عليه الاستمتاع لانه حق له لجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ، ولان الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه .

والمستحب أن لا يعظلمها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتصوم النهار ، قلت نعم ، قال وتقوم الليل ، قلت نعم ، قال لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فن رغب عن سقى فليس منى ، ولانه اذا عظلم لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق ، ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن الا برضاهما ، لان ذلك ليس من العشرة بالمعروف ، ولانه يؤدى الى الخصومة ولا يطاق احداهما بحضرة الاخرى ، لانه دناءة وسوء عشرة ، ولا يستمتع بها الا بالمعروف ، فإن كانت نضو الخلق ولم تحتمل الوطء لم يمز وطؤها لما فيه من الاضرار

* * *

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر رواه أبو داود الطيالسى باللفظ الذى ساقه المصنف ، ورواه البزار عن ابن عباس ، وفيه حسين بن قيس المعروف بحنش وهو ضعيف .

وقد وثقه حسين بن نمير وبقية رجاله ثقات « ان امرأة من خثعم أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله أخبرنى ما حق الزوج على الزوجة ، فأتى امرأة أيم ، فان استطعت والا جلست أيماً . قال فان حق الزوج على زوجته ان سألهما نفسها وهى على ظهر قتب ان لا تمنعه ، وان لا تصوم تطوعا الا بإذنه ، فان فعلت جاءت وعطشت ولا تقبل منها ، ولا تخرج من بيتها الا بإذنه ، فان فعلت لعتنهما ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب قالت لا جرم ، لا أتزوج أبداً ،

وقد أورده العلامة صديق خان في كتابه حسن الأسوة معزوا للطبراني وصوابه ما ذكرنا . والذي في الطبراني فأحاديث أخرى ليست عن ابن عباس وليس فيها قصة المرأة الخنعمية .

أما حديث «مطل الغنى ظلم» فقد أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي ورواه البيهقي كاهن عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ «لئلا الواحد ظلم يحل عرضه وعقوبته» ، وقد مضى الكلام عليه في القرض والحجر والتفليس وغيرها من المجموع وتكملتيه .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد أخرجه أحمد في مسنده بلفظ «زوجني أبي امرأة من قريش فلما دخلت علي جعلت لا أنحاش لها عما بي من القوة على العبادة من الصوم والصلاة لجاه عمرو بن العاص إلى كفته حتى دخل عليها ، فقال لها : كيف وجدت بعك ، قالت : كخير الرجال ، أو كخير البعوضة من رجل لم يفنش لنا كنفاً ولم يعرف لنا فراشاً ، فأقبل عليّ فعمزني وعضني بلسانه فقال : أن تخطب امرأة من قريش ذات حسب فعضلتها وفعلت وفعلت ثم انطلق إلى النبي فشكاني فأرسل إلى النبي فأتيته قال لي : أتصوم النهار ، قائت نعم . قال وتقوم الليل قالت : نعم ؛ قال لسكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني .»

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وله منعها من شهادة جنازة أبيها وأمها وولدها . وجه ذلك أن للزوج أن يمنع زوجته من ذلك وقد أخذ أصحابنا من نصح هذا أن له أن يمنعها من عيادة أبيها وأمها إذا مرضا ومن حضور مواراتهما إذا ماتا ، وقد استدلوا على ذلك بحديث انس «ان امرأة سافر زوجها ونهى امرأته عن الخروج وكان أبوها مقيم في أسفل البيت وهي في أعلاه فرض أبوها فاستأذنت النبي صلى الله عليه وسلم في عيادته فقال لها اتقي الله ولا تخالني زوجك فأت أبوها فأوحى الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم ان الله قد غفر لآبيها بطاعتها لزوجها ، ولما كان هذا الحديث لم يصح عندنا حيث رواه الطبراني في الأوسط وآفته محمد عقيل الخزاعي هذا من جهة الإسناد ومنتنه يعارض أموراً مجعما عليها فإن أباهم له حقوق عليها لا تخصي ، أقربها وأظهرها .

- ١ - حق الأبوة لقوله تعالى « وبالوالدين إحسانا ، فإننا ذلك بعبادته .
- ٢ - حق الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « حق المسلم على المسلم خمس ، ومنها « وإذا مرض فمهده . »
- ٣ - حق الرحم ؛ يقول الله تعالى « اشتققت لك اسماً من اسمي فمن وصلك وصلته ومن قطعك قطعته . »
- ٤ - حق الأدمية او حق الإنسانية « من لا يرحم الناس لا يرحم . »
- ٥ - حق المشاركة في اسباب الحياة « دخلت امرأة النار في هرة ، ودخلت امرأة الجنة في هرة . »
- ٦ - حق الجوار « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه ، إذا ثبت هذا فإنه يكره للزوج ان ينهى زوجته عن عيادة ابيها او بره او إبداء حنوها ومودتها لأبويها .
- (مسألة) يجب على كل واحد من الزوجين معايشة الآخر بالمعروف لقوله تعالى « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ، ولقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء ، يعني بالإنفاق عليهن وكسوتهن ، ولقوله تعالى « ولهن مثل الذي عليهن ، والمقابلة ههنا بالتأدية لا في نفس الحق لأن حق الزوج للنفقة والكسوة وما اشبه ذلك ، وحق الزوج التمكين من الاستمتاع ، وقال تعالى « وطأشروهن بالمعروف ، وقال الشافعي وجماع المعروف بين الزوجين كف المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه لا بإظهار الكراهية في تأديته ، فأيهما مطلق يتأخيره فطلق الواجد القادر على الأداء ظلم بتأخيره .
- قال أصحابنا : فكف المكروه هو ان لا يؤذى احدهما الآخر بقول او فعل ، ولا يأكل احدهما ولا يشرب ولا يلبس ما يؤذى الآخر . وقوله اعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه ، إذا وجب لها على الزوج نفقة او كسوة بذله لها ولا يحوجها إلى ان ترفعه إلى الحاكم فيلزمها في ذلك مؤنة لقوله (ص) « دلي الواجد ظلم ، وكذلك اذا دعاها إلى الاستمتاع لم تمتنع ولم تتوجه إلى ان يرفع ذلك إلى الحاكم فيلزمه في ذلك مؤنة ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا دعا احدكم امرأته إلى فراشه فأبى عليه فبات وهو عليها ساخط

لمنتها الملائكة حتى تصبح ، رواه أحمد والبخاري ومسلم . وقوله : لا باظهاره الكراهية في تأديته ، إذا طلبت الزوجه حقها منه أو طلب الزوج حقه منها بذل كل واحد منهما ماوجب لصاحبه وهو باش الوجه ضاحك السن لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أكل المؤمنين إيماننا أحسنهم خلقاً وخياركم خياركم لنسائهم ، رواه أحمد والترمذي وصححه .

وقال صلى الله عليه وسلم : لو كنت امرأة أحدنا أن يسجد لأحد لامرت المرأة أن تسجد لزوجها . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن ، وهو بعض حديث عند أحمد عن أنس ، وبعض حديث طويل من قدوم معاوية من الشام وسجوده للنبي (ص) رواه أحمد وابن ماجه عن عبد الله بن أبي أوفى .

(فرع) ولا يجب على الزوج الاستمتاع بها . وحكى الصيمرى أن مالكاً رضى الله عنه قال : إذا ترك جماع زوجته المدة الطويلة أمر بالوطء ، فإن أبى فلها فسخ النكاح ، وقال آخرون : يجبر على أن يطاء في كل أربع ليال ليلة .

قال العمرانى فى البيان : وهذا غير صحيح لأنه حق له لجاز له تركه ، ولأن الداعى إليه الشهوة وذلك ليس إليه ، والمستحب له أن لا يخليها من الجماع لقوله صلى الله عليه وسلم : لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فن رغب عن سنى فليس منى ؛ ولأنه إذا لم يجامعها لم يأمن منها الفساد ، وربما كان سبباً للمداوة والشقاق بينهما ، وإن كان له زوجات لم يجمع بينهما فى مسكن إلا برضاها أو برضى كل واحدة منهن على حدة ، لأن ذلك يؤدى إلى خصومتهم ، ولا يطاء واحدة بحضرة الأخرى لأن ذلك قلة أدب وسوء عشرة .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : وإذا تزوج رجل امرأة فأحب له أول ما يراها أن يأخذ بتأصبتها ويدعو باليمن والبركة فيقول : بارك الله لكل واحد منا فى صاحبه ، لأن هذا بدء الوصل بينهما ؛ فأستحب له أن يدعو بالبركة ، والأمر كما قال الشافعى رضى الله عنه إذ روى أبو داود وابن ماجه وابن السنى وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا تزوج أحدكم امرأة أو اشترى خادماً فليقل : اللهم إني أسألك

خيرها وخير ما جبلتها عليه ، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه ، وإذا اشترى بعيراً فليأخذ بذرورة سنامه وليقل مثل ذلك ، وفي رواية « ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة في المرأة والحمام ، ويستحب إذا أراد ان يجامعها ان يقول بسم الله جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا لما روى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما من طرق كثيرة عن النبي (ص) قال « لو ان احدكم اذا اتى أهله قال . بسم الله جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا ، فقضى بينهما ولد لم يضره ، وفي رواية للبخارى « لم يضره الشيطان ابداً . »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز وطؤها في الدبر . لما روى خزيمه بن ثابت رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ملعون من اتى امرأة في دبرها ، ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الاليتين لقوله تعالى « والذين هم لفر وجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ، فإنهم غير ملومين ، ويجوز وطؤها في الفرج مدبرة ، لما روى جابر رضى الله عنه قال « قالت اليهود : اذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها احول ، فانزل الله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم ، قال : يقول يأتيا من حيث شاء مقبلة او مدبرة اذا كان ذلك في الفرج ، »

(الشرح) حديث خزيمه بن ثابت اخرجاه احمد وابن ماجه واخرجه الشافعى بنحوه وفي اسناده عمر بن احيحة وهو مجهول واختلف في اسناده اختلافاً كثيراً ورواه النسائى من طريق اخرى وفيها هرمى بن عبد الله ولا يعرف حاله ، واخرجه من طريق هرمى أيضاً احمد وابن حبان ، وقد روى النهى عن اتيان المرأة في دبرها عن ابي هريرة عند احمد وابى داود وبقية اصحاب السنن والبخارى وفي اسناده الحارث بن مخلد ، قال البزار ليس بمشهور .

وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، وقد اختلف فيه على سهيل بن ابي صالح فرواه عنه اسماعيل بن عياش عن محمد بن المنكدر عن جابر قال اخرجاه الدارقطنى

ورواه عمر مولى عفرة عن سهيل عن ابيه عن جابر كما اخرجه ابن عدى
بإسناد ضعيف .

قال الحافظ في بلوغ المرام : ان رجال حديث أبي هريرة هذا ثقات لكن
أعل بالارسال . وفي لفظ . رواه أحمد وابن ماجه ولا ينظر الله الى رجل جامع
امراته في دبرها ، .

وروى أحمد والترمذى عن أبي هريرة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال : من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً فصدقه فقد كفر بما أنزل على محمد
صلى الله عليه وسلم ، ورواه أبو داود وقال : فقد برىء مما أنزل ، وهو من رواية
أبي تميمه عن أبي هريرة ، قال الترمذى : لا نعرفه الا من حديث أبي تميمه عن
أبي هريرة . وقال البخارى : لا يعرف لأبي تميمه سماع عن أبي هريرة . وقال
البزار : هذا حديث منكر ، وفي الاسناد أيضاً حكيم الاثم ، قال البزار لا يحتاج
به ، وما تفرد به فليس بشئ ، ولا في هريرة حديث ثالث عند النسائى من رواية
الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، وفي اسناده عبد الملك بن محمد الصنعمانى
وقد تكلم فيه دحيم وأبو حاتم وغيرهما ، ولا في هريرة أيضاً حديث رابع اخرجه
النسائى من طريق بكر بن خنيس عن ابيث عن مجاهد عن ابي هريرة بلفظ : من
أتى شيئاً من الرجال والنساء في الادبار فقد كفر ، وفي اسناده بكر وليث بن
أبي سليم ، ولا في هريرة حديث خامس وفي اسناده مسلم بن خالد الزنجى . واخرج
أحمد عن علي كرم الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تأتوا النساء في
اعجازهن او قال في ادبارهن ، .

قال الحافظ الميمنى في مجمع الروايد : ورجاله ثقات ، واخرج أحمد عن عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده ، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذى يأتي امرأته
في دبرها ، هى اللوطية الصغرى ، .

وعن علي بن طلق قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تأتوا
النساء في استناهن فان الله لا يستحي من الحق ، رواه أحمد والترمذى وحسنه ،
ثم قال : سمعت محمداً يقول : لا اعرف لعلي بن طلق عن النبي صلى الله عليه وسلم

غير هذا الحديث الواحد ، ولا أعرف هذا الحديث الواحد من حديث طلق بن
 علي السحيمي ، وكأنه رأى أن هذا الآخر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أم
 وعن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينظر الله إلى رجل
 أتى رجلا أو امرأة في الدبر ، رواه الترمذي وقال : حديث غريب ، والنسائي
 وابن حبان والبخاري ، وقال لا نعلمه يروى عن ابن عباس بإسناد حسن وكذا قال
 ابن عدي ورواه النسائي عن هناد عن وكيع عن الضحاك موقوفا وهو أصح من
 المرفوع ، ولا بن عباس رواية موقوفة عند عبد الرزاق أن رجلا سأل ابن عباس
 عن إتيان المرأة في دبرها فقال سألتني عن الكفر . وعن ابن مسعود عند ابن
 عدي . وعن عقبة بن طامر عند أحمد وفيه ابن لهيعة ، وعن ابن عمر عند النسائي
 والبخاري وفيه زمعة بن صالح

أما حديث جابر رضي الله عنه فقد رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن
 إلا النسائي . وعن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى : فساؤكم
 حرث لكم فاهوا حرثكم أنى شئتم ، يعني صماما واحدا ، رواه أحمد والترمذي
 وحسنه . وعنها أيضا قالت : لما قدم المهاجرون على الأنصار تزوجوا من نساءهم
 وكان المهاجرون يحبون وكانت الأنصار لا تنجب ، فأراد رجل امرأته من المهاجرين
 على ذلك فأبت عليه حتى تسأل النبي صلى الله عليه وسلم قال فآته ، فاستجبت أن
 تسأله ، فسأله أم سلمة فنزلت : فساؤكم حرث لكم فاهوا حرثكم أنى شئتم ، وقال لا
 إلا في صمام واحد ، رواه أحمد

ومن رواية ابن عباس عند أبي داود وفيه : إنما كان هذا الحى من الأنصار
 وهم أهل وثن مع هذا الحى من يهود ، وهم أهل كتاب ، وكانوا يرون لهم فضلا
 عليهم من العلم ، وكانوا يقتصدون بكثير من فعلهم ؛ وكان من أمر أهل الكتاب
 لا يأتون النساء إلا على حرف ، فكان هذا الحى من الأنصار قد أخذوا بذلك من
 فعلهم ؛ وكان هذا الحى من قريش يشرخون النساء شرخا منكرا ويتلذذون ممن
 مقبلات ومدبرات ومستلقيات ، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة
 من الأنصار فذهب يصنع بها ذلك فأنكرته عليه وقالت : إنما كنا نؤتى على حرف
 فاصنع ذلك وإلا فاجتنبني ، فسرى أمرهما حتى بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم

فأنزل الله عز وجل : نساؤكم حرث لكم فانهوا حرثكم أني شتمتم ، يعني مقبلات ومدبرات ومستلقيات : 'يعنى بذلك موضع الولد .

وروى أحمد والنزمذى وقال حسن غريب عن ابن عباس قال : جاء عمر الى النبي (ص) فقال : يا رسول الله هلكت ، قال وما الذى أهلكك ؟ قال حولت رحلى البارحة ، فلم يرد عليه بشئ . قال فأوحى الله الى رسوله هذه الآية : نساؤكم حرث لكم فانهوا حرثكم أني شتمتم ، أقبل وأدبر ، واتقوا الدبر والحبيضة . أما الأحكام فقد استدل الجمهور بهذه الأحاديث التى تقرب من درجة القواتر على تحريم إتيان المرأة فى دبرها .

وحكى ابن عبد الحكيم عن الشافعى أنه قال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تحريمه ولا تحليله شئ . والقياس أنه حلال . وقد أخرجه عنه ابن أبى حاتم فى مناقب الشافعى ، وأخرجه الحاكم فى مناقب الشافعى عن الأصم عنه ، وكذلك الطحاوى عن ابن عبد الحكيم عن الشافعى ، وروى الحاكم عن محمد بن عبد الله بن عبد الحكيم عن الشافعى أنه قال : سألتى محمد بن الحسن فقالت له إن كنت تريد المكابرة وتصحيح الروايات وإن لم تصح فأنت أعلم ؛ وإن تكلمت بالمنافسة كلمتك على المناصفة ، قال على المناصفة ، قلت فبأى شئ حرمته قال بقول الله تعالى : فانهوا حرثكم الله ، وقال : فانهوا حرثكم أني شتمتم ، والحرث لا يكون إلا فى الفرج . قلت أفىكون ذلك محرماً لما سواه ، قال نعم . قلت فما تكون لو وطئها بين ساقها أو فى أعكائها أو تحت إبطها أو أخذت ذكره بيدها أو فى ذلك حرث ، قال لا . قلت فىحرم ذلك قال لا قلت فلم تحتج بالاحجة فيه ، قال فإن الله قال : والذين هم لفروجهم حافظون ، الآية . قال فقالت له هذا مما يحتجون به للجواز إن الله أنى على من حفظ فرجه من غير زوجته أو ما ملكت يمينه ، قلت له أنت تتحفظ من زوجتك وما ملكت يمينك . اهـ

وقال الحاكم بعد أن حكى عن الشافعى ما سلف ، لعل الشافعى كان يقول ذلك فى القديم ، فأما الجديد فالمشهور أنه حرمه

وقد حمل المـأوردى فى الحاوى وأبو نصر بن الصباغ فى الشامل على ابن عبد الحكيم الذى روى هذا عن الشافعى . ورويا هما وغيرهما من أصحابنا عن الربيع

ابن سليمان أنه قال : كذب والله - يعني ابن عبد الحكم - فقد نص الشافعي على تحريمه في ستة كتب . وتعقب الحافظ بن حجر في التلخيص هذا فقال : لا معنى لهذا التكذيب ، فإن ابن عبد الحكم لم يتفرد بذلك ، بل قد تابعه عليه عبد الرحمن ابن عبد الله أخوه عن الشافعي ، ثم قال إنه لا خلاف في ثقة ابن عبد الحكم وأمانته وقد روى الجواز أيضا عن مالك

قال القاضي أبو الطيب في تعليقه أنه روى عنه ذلك أهل مصر وأهل المغرب ورواه عنه ابن رشد في كتاب البيان والتحصيل ، وأصحاب مالك العراقيون لم يشبهوا هذه الرواية ، وقد رجع متأخرو أصحابه عن ذلك وأفتوا بتحريمه . وقد نقل ابن قدامة رواية عن مالك . قوله ما أدركت أحدا أفتدى به في ديني يشك في أنه حلال . ثم أنكرك ذلك أصحابه العراقيون

قلت : إذا كان الله تبارك وتعالى قد حرم الوطء في الفرج عند المحيض لأجل الأذى فكيف بالحش الذي هو موضع أذى دائم ونجس لازم ، مع زيادة المفسدة بانقطاع النسل الذي هو المقصد الأسمى من مشروعية الزواج فضلا عن خسارة هذا العمل ودنائه مما يفضى إلى التلذذ بما كان يتلذذ به قوم لوط ، وما يعد شذوذا في الشهوة يتنزه عنها المؤمنون الأطهار وأبناء الملة الأخيار وكفى بهذا العمل انحطاطا أن أحدا لا يرضى أن ينسب هذا القول إلى إمامه ، كما يقول ابن القيم ، وقد ذكر لذلك مفاصد دينية ودنيوية كثيرة في ديبه . وقد روى التحريم عن علي وابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة وابن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وقتادة وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وأحمد بن حنبل وأصحابه كافة ، وأبي ثور والحسن البصري . وقال العمري عن الربيع ، كذب ابن عبد الحكم والذي لا إله إلا هو ،

قال المزني ، قال الشافعي ذهب بعض أصحابنا إلى إحلاله وآخرون إلى تحريمه ولا أرخص فيه بل أزمى عنه . وحكى أن مالكا سئل عن ذلك فقال : الآن اغتسلت منه ،

(فرع) يجوز التلذذ بما بين الاثنين من غير إبلاج في الدبر لما فيه من الأذى

ويجوز الوطء في الفرج مقبلة ومدبرة لما روى جابر أن اليهود قالت : إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول ، فأنزل الله تعالى : **وَسَاءَ لَكُمْ لَعْنٌ** قاموا حرمةكم أنى شئتم ، أفاده العمراني في البيان وسائر الأصحاب

(فرح) يحرم الاستمناء ، وهو إخراج الماء الدافق بيده ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس : نكاح الأمة خير منه وهو خير من الزنا ، وروى أن عمرو ابن دينار رخص فيه عند الاضطرار وخوف الملكة ، وبه قال أحمد رضي الله عنه . دليلنا قوله تعالى : **وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ** إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ، وقد قرر علماء وظائف الأعضاء والطب البشري أن الاستمناء مفض إلى قتل الرغبة الجنسية ، ويجعل المرء لا ينتشر عند الوقاع إلا إذا استمنى بيده مما يعطل وظيفته كزوج ؛ ويقتل صلاحية عضوه أو يقلل كفاءته الزوجية ، وكل هذا من المفاسد المنهى عنها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويكره العزل . لما روت جذامة بنت وهب قالت : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوه عن العزل . فقال : **ذلك الوأد الحفي** ، وإذا المرء ودة سئمت ، فإن كان ذلك في وطء أمته لم يحرم ، لأن الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه ، وإن كان في وطء زوجته فإن كانت ملوكة لم يحرم لأنه يلحقه العار باسترقاق ولده منها . وإن كانت حرة فإن كان بإذنها جاز لأن الحق لهما ، وإن لم تأذن ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحرم لأن حقها في الاستمتاع دون الانزال

(والثاني) يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه

(فصل) وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليه في معاشرتها ، ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطل لما روى

أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح ،

* * *

(الشرح) حديث جذامة بنت وهب الأسديّة أخرجه أحمد ومسلم بلفظ. حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أناس وهو يقول لقد سمعت أن أنهى عن الغيبة فنظرت في الروم وقارس ، فإذا هم يغيبون أولادهم فلا يضر أولادهم شيئاً ، ثم سأله عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الواد الحنفي وهى وإذا الموءودة ستلت ،

أما الأحكام فقد اختلف السلف في حكم العزل ؛ فقال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها ، لأن الجماع من حقها ، ولها المطالبة به ، وليس الجماع المعروف إلا ما لا يلحقه عزل . قال الحافظ بن حجر ووافقه في نقل هذا الإجماع ابن هبيرة وتعقب بأن المعروف عند الشافعية أنه لا حق للمرأة في الجماع فيجوز على مقتضى أصلهم العزل بغير إذنها . قلت وإكتمه وقع في كتب أكثر أصحابنا أنه لا يجوز العزل عن الحرة إلا بإذنها ، ويدل على اعتبار الإذن والرضى من الحرة حديث عمر رضى الله عنه قال ، نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها ، رواه أحمد وابن ماجه ، وقال الغزالي يجوز العزل ؛ وهو المصحح عند المتأخرين

وقد أخرج أحمد عن جابر رضى الله عنه ، كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل ،

قال سفيان حين روى هذا الحديث ، ولو كان شيئاً ينهى عنه لنهانا عنه القرآن ، كأنه يشرح عبارة جابر

وأوم كلام الحافظ المقدسى في عمدته ومن تبعه أن الزيادة التي قالها سفيان من نفس الحديث فأدرجها .

وإذا قال الصحابي : كنا نفعل الشيء الفلاني كان له حكم الرفع عند أكثر المحدثين لأن الظاهر اطلاع النبي صلى الله عليه وسلم وإقراره ، وأما إذا لم يصفه إلى زمن النبي صلى الله عليه وسلم ففيه خلاف في رفعه : ويشبه ذلك ما أخرجه البخاري عن ابن عمر : كنا نتقى للكلام والانبساط إلى نسائنا هيبية أن ينزل فينا شيء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما مات النبي صلى الله عليه وسلم تكلمنا وانبسطنا .

وأخرج مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال : كنا نعزل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبإتباع ذلك نبي الله فلم ينهنا ، ومن وجه آخر عن أبي الزبير عن جابر أن رجلا أتى رسول الله (ص) فقال : إن لي جاريا وأنا أطوف عليهما وأنا أكره أن تحمل فقال : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، فلبث الرجل ثم أتاه فقال : إن الجارية قد حملت ، قال : قد أخبرتك ، ووقعت هذه القصة عنده من طريق سفيان بن عيينة بإسناد آخر إلى جابر وفي آخره فقال : أما عبد الله ورسوله ، وأخرجه أحمد وابن ماجه وابن أبي شيبة بإسناد آخر على شرط الشيخين بمعناه .

وفي الصحيحين وغيرهما من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة بني المصطلق فسبينا كرائم العرب فطالت علينا العزبة ورغبنا في الفداء ، فأردنا أن نستمتع ونعزل فقلنا : نفعل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا لا نسأله ، فسألنا رسول الله (ص) فقال : لا عليكم أن لا تفعلوا ، ما كتب الله عز وجل خلق بسمة هي كائنة إلى يوم القيامة ، إلا ستكون ، ومن ثم تكون جملة ما تقدم أن العزل برضى الحررة جائز عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وعند ابن حزم يحرم العزل ، وعند الشافعية وجهان ، أحدهما المنع واليه ذهب الروباني في بحر المذهب ، وكرهه العمراني في البيان .

قال في الفتح : نعم جزم ابن حزم بوجوب الوطء وبتحريم العزل ، واستند إلى حديث حدامة بنت وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن العزل فقال : ذلك الواد الحقي . أخرجه مسلم والترمذي وصححه من طريق معمر بن يحيى بن

أبي كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر قال : كانت لنا جوارى ومنا
 نزل فقالت اليهود : إن تلك الموءودة الصغرى فسئل رسول الله (ص) عن
 ذلك فقال : كذبت اليهود ، لو أراد الله خلقه لم يستطع رده ، وأخرجه الناساني
 من طريق هشام وعلي بن المبارك وغيرهما عن يحيى عن محمد بن عبد الرحمن عن
 أبي مطيع بن رفاعة عن أبي سعيد نحوه : ويجمع بين هذه الأحاديث وحديث
 جدامة بأن حديث جدامة يحمل على التنزيه وهذه طريقة البيهقي ، ومنهم من
 ضعف حديث جدامة بأنه معارض بما هو أكثر طرقاته ، وكيف يصرح
 بتكذيب اليهود في ذلك ثم يثبتته ؟

قال الحافظ وهذا دفع للأحاديث الصحيحة بالتوهم ، والحديث صحيح لا ريب
 فيه والجمع ممكن ، ومنهم من ادعى أنه منسوخ ، ورد بعدم معرفة التاريخ .
 وقال الطحاوي محتمل أن يكون حديث جدامة على وفق ما كان عليه الأمر
 أولا من موافقة أهل الكتاب ، لأنه كان يجب موافقة أهل الكتاب فيما لم ينزل
 عليه ، ثم أعلمه الله بالحكم فكذب اليهود فيما كانوا يقولونه ، وتعقبه ابن رشد
 ثم ابن العربي بأنه لا يجوز شيء تبعاً لليهود ثم يصرح بتكذيبهم ؛ ومنهم من رجح
 حديث جدامة لثبوته في صحيح مسلم وضعف مقابله بأنه حديث واحد اختلف في
 إسناداه فاضطرب ، ورجح ابن حزم العمل بحديث جدامة بأن أحاديث غيرها
 موافق أصل الإباحة وحديثها يدل على المنع ، فمن ادعى أنه أبيع بعد أن منع فعلية
 البيان ، وتعقب بأن حديثها ليس صريحاً في المنع ، إذ لا يلزم من تسميته وأداً
 خفياً على طريق التشبيه أن يكون حراماً ، وخصه بعضهم بالعزل عن الحامل
 لزوال المعنى الذي كان يحذره الذي يعزل من حصول الحمل ، وجمعوا بين تكذيب
 اليهود في قولهم الموءودة الصغرى ، وبين إثبات كونه وأداً خفياً في حديث جدامة
 بأن قولهم الموءودة الصغرى يقتضى أنه وأد ظاهر ، لكنه صغير بالنسبة إلى دفن
 المولود بعد وضعه حياً ، فلا يعارض قوله ، أن العزل وأد خفي ، فإنه يدل على
 أنه ليس في حكم الظاهر أصلاً ، فلا يترتب عليه حكمه ، وإنما جعله وأداً من جهة
 اشتراكهما في قطع الولادة ، وقال بعضهم : الوأد الخفي ورد على طريق التشبيه
 لأنه قطع طريق الولادة قبل مجيئه فأشبهه قتل الولد بعد مجيئه .

وقال ابن القيم من الحنابلة الذي كذبت فيه اليهود زعمهم أن العزل لا يتصور معه الحمل أصلاً وجعلوه بمنزلة قطع النسل بالوآد فأكذبهم وأخبر أنه لا يمنع الحمل إذا شاء الله خلقه ، وإذا لم يرد خلقه لم يكن وآد خفية ، وإنما سماه وآد خفياً في حديث جدامه ، لأن الرجل إنما يعزل هرماً من الحمل ، فأجرى قصده لذلك مجرى الوآد ، لكن الفرق بينهما أن الوآد ظهر بالمباشرة اجتمع فيه القصد والفعل ، والعزل يتعلق بالقصد صرفاً فلذلك وصفه بكونه خفياً ، فهذه أجوبة عدة أشار إليها ابن حجر في الفتح ورجعنا إليها في مظانها وعنها نقلنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجب عليها خدمته في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستماع فلا يلزمها ما سواه .

(فصل) وان كان له امرأتان أو أكثر فه أن يقسم لمن د لان النبي صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه ، ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه لجاز له تركه ، وإذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقي الا بقرعة ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان يميل الى احدهما على الأخرى ، جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط ، ولأن البداءة بإحدهما من غير قرعة تدعو الى النفور ، وإذا قسم لواحدة بالقرعة أو غير القرعة لزمه القضاء للبواقي ، لأنه إذا لم يقض مال ، فدخل في الوعيد .

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب د لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم في مرضه ، ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب ، وان كان مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي على نسائه ، لانه يحصل لها به الانس ، ويقسم للحنائض والنفساء والمریضة والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها ، لأن القصد من القسم الابواء والانس ، وذلك يحصل مع هؤلاء ، وان كانت مجنوناً لا يخاف منها قسم لها ، لانه يحصل لها الانس ، وان كان يخاف منها لم يقسم لها ، لانها لا تصلح للأنس .

(الشرح) قسم النبي صلى الله عليه وسلم لنسائه رواه مسلم عن أنس ورواه أحمد وأبو داود والبيهقي والحاكم وصححه عن عائشة ، ولفظ أبي داود في رواية « كان لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا ، وكان ما من يوم إلا وهو بطرف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها » .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والدارمي وابن حبان والحاكم وقال : إسناده على شرط الشيخين ، واستغربه الترمذي مع تصحيحه ، وقال عبد الحق : هو حديث ثابت لكن علته أن هماماً تفرد به ؛ وأن هشاماً رواه عن قتادة فقال : كان يقال .

وأخرج أبو نعيم عن أنس نحوه ، وقد ورد عن عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك ، رواه أصحاب السنن الأربعة والدارمي وصححه ابن حبان والحاكم ورجح الترمذي إرساله فقال : رواية حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابه مرسل أصح ، وكذا أعله النسائي والدارقطني .

وقال أبو زرعة : لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله ، وعنها رضى الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسأل في مرضه الذي مات فيه : أين أنا غداً ؟ يريد يوم عائشة ، فأذن له أزواجه يكون حيث شاء فكان في بيت عائشة حتى مات عندها ، رواه أحمد والبخاري ومسلم ،

أما أحكام هذه الفصول فإنه لا يجب على المرأة خدمة الرجل أو البيت لأن المعقود عليه هو الاستمتاع إلا أن خدمتها أمر مشروع يدل عليه حديث رواه أحمد والبخاري ومسلم عن جابر « قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل نكحت ؟ قلت نعم . قال : أكرأ أم ثيباً ؟ قلت ثيب ، قال فهلا بكرأ تلاعبها وتلاعبك ؟ قلت يا رسول الله قتل ابني يوم أحد ، وترك تسع بنات ، فذكرت أن أجمع اليهن خرقاء مثلهن ، ولكن امرأة تمشطهن وتقيم عليهن ، قال أصبت ، فمن كان بسبيل من ولد وأخ وعائلة فإنه لا حرج على الرجل في قصده خدمة إمرأته

وان كان ذلك لا يجب عليها ، لكن يؤخذ منه أن العادة جارية بذلك ، فلذلك لم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم . وقال أحمد : قال أصحابنا وغيرهم ليس على المرأة خدمة زوجها في عجن وخبز وطحن وطبخ ونحوه .

وقال السفاريني في شرح ثلاثيات المسند : لكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به ، وأوجب ابن تيمية المعروف من مثلها مثله ، وأما خدمة نفسها في ذلك فمليها إلا أن يكون مثلها لا تخدم نفسها ، وقال أبو ثور : على الزوجة أن تخدم الزوج في كل شيء ، وقال ابن حبيب في الواضحة ، إن النبي حكم على فاطمة عليها السلام بخدمة البيت كلها ، قال السفاريني وفي الفروع لبس عليها عجن وخبز وطبخ ونحوه نص عليه خلافاً للجوزجاني من أئمة علمائنا اه .

(مسألة) إذا كان له زوجتان أو أكثر لم يجب عليه القسم ابتداءً ، بل يجوز له أن يفرد عنهن في بيت لأن المقصود هو الاستمتاع وهو حق له لجاز له تركه وان أراد أن يقسم بينهما جاز لأن النبي (ص) كان يقسم بين نسائه .

ولا يجوز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا الباقيات الا بالقرعة لقوله تعالى فلا تميلوا كل الميل ، وحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف ومضى تخريجهم فيه وعيد شديد لمن يؤثر واحدة دون الأخرى ، وفي البداة بإحداهن من غير قرعة مبل ، فإن كان له زوجتان أقرع بينهما مرة واحدة ، وان كن ثلاثاً أقرع مرتين وان كن أربعاً أقرع ثلاث مرات لأنهن اذا كن ثلاثاً فخرجت القرعة لواحدة قسم لها ثم أقرع بين الباقيات ، وهكذا في الأربع ، وان أقام عند واحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للباقيات ، لأنه اذا لم يقض كان ماثلاً .

* * *

(مسألة) ويقسم البريضة والرتقاء والقرناء والحائض والنفساء والمحرمات والنى آلى منها أو ظاهر ، لان المقصود الابواء والسكن ، وذلك موجود في حقهن فاما المجنونة — فإن كان خاف منها — سقط حقها من القسم لأن المقصود الابواء والسكن ، وذلك موجود في حقهن ، وان لم يخف منها وجب لها القسم لأن الابواء يحصل معها ، وان دعاها الى منزل له قامت سقط حقها من القسم كالعاقبة .

(فرع) ويقسم المريض والمجنون والعنيد والمهرم ، لأن الأانس يحصل به ، وإن كان يخاف منه لم يقسم له الولي لأنه لا يحصل به الأانس ، وإن كان لا يخاف منه نظرت - فإن كان قد قسم لواحدة في حال عقله ثم جن قبل أن يقضى - لزم الولي أن يقضى للباقيات قسمه منه ، كما لو كان عليه دين ، وإن جن قبل أن يقسم لواحدة ممنون - فإن لم ير الولي أن له مصلحة في القسم لم يقسم لمن ، وإن رأى المصلحة له في القسم قسم لمن لأنه قائم مقامه ، وهل يجب على الولي ذلك أم لا ؟ على قولين : وحكماهما بعض الأصحاب وجمين (أحدهما) لا يجب عليه كما لا يجب على العاقل (والثاني) يجب عليه ذلك لأن العاقل له اختيار في ترك حقه والمجنون لا اختيار له ، فلزم الولي أن يستوفى له حقه بذلك ، فإن حمله إلى واحدة حمله لية أخرى أو كان بالخيار بين أن يطوف على نسائه وبين أن يتركه في منزله ويستدعيهن واحدة واحدة إليه ، وإن طاف به على البعض واستدعى البعض جاز ، فإن قسم الولي لبعضهن ولم يقسم للباقيات لم يازم الولي هذا نقل أصحابنا البيهقيين .

وقال المسعودي : هل يقسم الولي للمجنون . فيه وجهان . قال فإن كان يحن يوماً ويفيق يوماً فأقام ليله جنونه عند واحدة وليله عقله عند أخرى لم تحتسب ليله جنونه عندها حتى يقضى لها ، فلو أقر الولي أنه ظلم إحداها لم يسمع إقراره حتى تقر المظلومة لها للظلمة ، هكذا أفاده العمري في البيان .

وحكى في البحر عن قوم مجاهيل أنه يجوز لمن له زوجتان أن يقف مع إحداها ليله ومع الأخرى ثلاثاً لأن له أن يتكح أربعاً ، وله إثبات إيهما شاء باللائنين ، ولا شك أن هذا ومثله يمد من الميل السكلي ، والله يقول : فلا تميلوا كل الميل ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج سقط حقه من القسم والنفقة لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد منعت ذلك بالسفر . وإن سافرت بأذنه فقيه قولان (أحدهما) لا يسقط لأنها سافرت بأذنه ، فأشبهه

إذا سافرت معه (الثاني) لا يسقط ، لأن القسم الأيسر والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد عدم الجميع فسقط ما تعاق به كائن لما وجب في مقابلة الجميع سقط بعده .

(فصل) وإن اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين والأمة ليلة ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : من نسكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللأمة ليلة ، والحق في قسم الأمة لها دون المولى ، لأنه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق ؛ فإن قسم للحرة ليلتين ثم اعتقت الأمة ، فإن كان بعدما أوفاهما حقها استأنف القسم لها لأنها تساويا بعد انقضاء القسم . وإن كان قبل أن يوفيهما حقها أقام عندهما ليلتين ، لأنه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما ، وإن قسم للأمة ليلة ثم اعتقت ، فإن كان بعدما أوفى الحرة حقها سوى بينهما . وإن كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزد على ليلة لأنها تساويا فوجب التسوية بينهما

(فصل) وعماد القسم الليل ، لقوله عز وجل (وجعلنا الليل لباسا) قيل في التفسير الإيواء إلى المساكن ، ولأن النهار المعيشة والليل للسكون ، ولهذا قال الله تعالى (ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه) فإن كانت معيشته بالليل فعباد قسمه النهار ؛ لأن نهاره كليل غيره ، والاولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن ذلك أقرب إلى التسوية في إيفاء الحقوق فإن قسم ليلتين أو ثلاثاً جاز ، لأنه في حد القليل ، وإن زاد على الثلاث لم يجوز من غير رضاهن ، لأن فيه تغريراً بحقوقهن ، فإن فعل ذلك لزمه القضاء للباقيات لأنه إذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضى ما قسم بغير حق أولى ، وإذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لكل امرأة يوماً وليلتها ، غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضي رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت : توفي رسول الله (ص) في بيتي وفي يومى وبين صحرى ونحرى ، وجمع الله بين ربيق وربقه ،

(فصل) والاولى أن يطوف إلى نسائه في منازلهن اقتداء برسول الله (ص)

ولأن ذلك أحسن في العشرة وأصون لمن ، وله أن يقيم في موضع ويستدعى واحدة واحدة ، لأن المرأة تابعة للزوج في المكان ، ولهذا يجوز له أن ينقلها إلى حيث شاء ، وإن كان محبوساً في موضع - فإن أمكن حضورها فيه - لم يسقط حقها من القسم ، لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل ، وإن لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر ، وإن كانت له امرأتان في بلدين فأقام في بلد إحداهما فإن لم يقيم معها في منزل لم يلزمه القضاء بالمقام في بلد الأخرى لأن المقام في البلد معها ليس بقسم ، وإن أقام معها في منزلها لزمه القضاء الأخرى ، لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال

(فصل) ويستحب لمن قسم أن يسوى بينهن في الاستمتاع لانه أكل في العدل ، فإن لم يفعل جاز ، لأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والحجة ، ولا يمكن التسوية بينهن في ذلك . ولهذا قال الله عز وجل (وإن تستطبعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)

قال ابن عباس رضي الله عنهما : يعني في الحب والجماع . وقالت عائشة (رضي) كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملكه ،

(الشرح) حديث عائشة الأول أخرجه أحمد والبخاري ومسلم ، وبقية الاختيار مضمي تخريجها .

أما اللغات فقوله « وجعلنا الليل لباساً » الليل من غروب الشمس إلى طلوع الفجر ، وقياس جمعها ليلات مثل بيضة وبيضات ، وعاملته ملاءة - أي ليله - وليه - مثل مشاهرة ومياومة : أي شهرراً وشهراً وبوماً وبوماً . واللباس هو الذي يغطي ويستتر كما يغطي اللباس ويستتر . وقوله « بين بحري وبحري » البحر الرنة . قال ابن بطال : أرادت أنه مات وهو متبكيه عليها صلى الله عليه وسلم ، والنجر هو وضع القلادة من الصدر وتطلق النجور على الصدور

أما الأحكام فإنه إذا كان طلب معاش الرجل بالنهار فعهد قسمتنا الليل لقوله تعالى (وجعلنا الليل لباساً والنهار معاشاً)

وإن كان طلب معاشه بالليل فعباد قسمته النهار ، والمستحب أن يقسم مناوبة وهو أن يقيم عند واحدة ليلة ثم عند الأخرى ليلة ، لأن النبي (ص) كان يفعل هكذا ، ولأنه أقرب إلى إيفاء الحق ، وإن أراد أن يقسم لكل واحدة ليلتين أو ثلاثاً أجاز لأن ذلك قريب إلى إيفاء الحق ، وإن أراد أن يقيم عند كل واحدة أكثر من الثلاث فقد قال الشافعي في الإجماع : إن أراد أن يقسم لمن مياومة أو مشاهرة أو مساناة كرهت له وأجزأه . قال أصحابنا : يجوز له ما زاد على الثلاث برضا من وأما بغير رضا من فلا يجوز لأنه كثير ، ويدخل النهار في القسم لما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كان رسول الله (ص) يقسم لنفسه كل واحدة يوماً وليلتها ، غير أن سودة رضي الله عنها وهبت أيلتها لعائشة

وروى أن النبي (ص) دخل إلى بيت حفصة فلم يصادفها ، فقامت عند مارية فقالت : يا رسول الله في بيتي وفي يومي ، فأضافت اليوم إليها ، والأولى أن يجعل اليوم تابعاً لليلة التي مضت قبله ، لأن الشهر هلال ، وإن جعل النهار تابعاً لليلة التي بعده جاز .

(مسألة) إذا سافرت المرأة مع زوجها فلها النفقة والقسم لأنها في مقابلة الاستمتاع وذلك موجود . وهكذا إذا اشخصها من بلد إلى بلد لتعلمه أو الحاجة فلهما النفقة والقسم وإن لم يكن معها . وإن سافرت لحاجة لها وحدها بإذنه ففيه قولان (أحدهما) لا نفقة لها ولا قسم لأنها في مقابلة الاستمتاع وذلك متعذر منها . (والثاني) لها النفقة والقسم لأنها غير ناشئة ، فهو كالواشخصها الحاجة له والأول أصح .

(مسألة) وإن كان عند مسلة وذمية سوعى بينهما في القسم لقوله تعالى (وعاشرهن بالمعروف) ولم يفرق ، ولعموم الوعيد في حديث أبي هريرة عن النبي (ص) من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً ، رواه أحمد وأصحاب السنن

قال الشافعي في الأم : وإذا كان له أربع زوجات فترك إحداهن من القسمة أربعين ليلة قضى لها عشر ليال . واختلف أصحابنا في تأويله فقال أكثرهم : أراد أنه أقام عند كل واحدة من الثلاث عشراً . ثم أقام عشراً وحده في بيت فيقضيه للرابعة عشراً . فأما لو أقام عند الثلاث أربعين قضى للرابعة ثلاث عشرة ليلة وثلاثاً

وقال ابن الصباغ : ظاهر كلامه أنه أقام عندهم أربعين ليلة . وما قال له وجه جيد عندي لأن الذي تستحقه بالقضاء عشر ، وثلاث ليال وثلاث تستحقها إذن لأن زمان القضاء لها فيه قسم .

(فرع) قال في الام : وان كان له أربع نسوة فسافرت واحدة منهن بغير اذنه وأقام عند اثنتين ثلاثين يوما عند كل واحدة خمسة عشر يوما فلما أراد أن يقيم عند الثالثة رجعت الناشئة وصارت في طاعته ، فلا حق لها فيما مضى من القسم لأنها كانت عاصية ، ولا يمكن أن يقسم للثالثة خمس عشرة ليلة ، لأن القادمة تستحق الربع فيجعل الليالي أربعة ويقيم عند القادمة ليلة وهو حقا ، ويجعل للثالثة ثلاث ليال . ليلة هي حقها وليلتين من حق الأولتين ؛ فإذا دار بين القادمة والثالثة خمسة أدوار كذلك ، استوفت الثالثة خمس عشرة ليلة والقادمة خمسة واستأنف القسم بين الأربع ، ولو كان بدل المسافرة زوجة جديدة تزوجها قبل أن يوفي الثالثة خص الجديدة ان كانت بكرًا بسبع ، وان كانت ثيبًا ثلاثًا ثم يقسم ثلاثًا للثالثة الاولة وليلة للجديدة حتى يدور خمسة أدوار واستأنف القسم الأربع دليلنا ما أخرجه الشيخان عن أبي قلابة عن أنس رضي الله عنه قال : من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعة ثم قسم ، واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا ثم قسم .

قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : ان أنس أرفعه الى رسول الله (ص) ، قال ابن دقيق العيد : قول أبي قلابة يحتمل وجهين

(أحدهما) ان يكون ظن انه سمعه عن أنس مرفوعًا لفظًا فتجرز عنه تورعًا (والثاني) أن يكون رأى أن قول أنس من السنة ، في حكم المرفوع ، فهو غير عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده اصح ، لانه في حكم المرفوع ، قال والاول اقرب ، لان قوله من السنة ، يقتضى ان يكون مرفوعًا بطريق اجتهادى محتمل قلت : وقد روى هذا الحديث مرفوعًا الدارقطني والبيهقي وابو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والدارمي بلفظ : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : للبكر سبعة أيام وللثيب ثلاث ثم يعود الى نسائه ، وسياتي في فصل بعده .

(مسألة) والمستحب أن يطوف على نساءه في منازلهن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ، ولأن ذلك أصون لهن ، وإن قعد في منزل واستدعى كل واحدة إليه في منزلها ، واستدعى البعض إلى منزله كان له ذلك ، فإن لم تأت به واحدة إلى حيث مكان يمان إليه ويصلح للسكن . وأراد أن يقسم بينهما ، ويستدعيهن إليه كان له ذلك لأنه كالمنزل ، وإن كان له إمرأتان في بلدين فأقام في بلد إحداهما - فإن أقام معها قضى للأخرى ، وإن لم يقم معها لم يقض للأخرى ، لأن إقامته في البلد التي هي بها من غير أن يقيم معها ليس بقسم .

(مسألة أخرى) ليس في شرط القسم الوطء ، غير أن المستحب أن يساوى بينهما في الوطء لأنه هو المقصود ، فإن وطئ بعضهن دون بعض لم يأنم بذلك لأن الوطء طريقه الشهوة ، وقد تميل الشهوة إلى بعضهن دون بعض ، ولهذا قال تعالى : ولئن تمطيطوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، قيل في التفسير : في الحب والجماع ، وقد روينا أن النبي (ص) كان يقسم بين نساءه ، ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلني فيما تملك ولا أملك . رواه أصحاب السنن عن عائشة رضي الله عنها وصححه الحاكم وابن حبان ، ورجح الترمذي إرساله .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يخرج في ليلتها من عندها ، فإن مرض غيرها من النساء وخاف أن تموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء ، كما يترك الصلاة إذا أكره على تركها وعليه القضاء ، والاولى أن يقضيها في الوقت الذي خرج ، لأنه أعدل ، وإن خرج في آخر الليل وقضاه في أوله جاز ، لأن الجميع مقصود في القسم ، فإن دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود ، والثاني : يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أقرب إلى التسوية ، والثالث أنه لا يقضيها بشيء ، لأن الوطء غير مستحق في القسم ، وقدره من الزمان لا ينضب فمستقط . ويجوز أن يخرج في نهارها للبعيثة ويدخل إلى غيرها ليأخذ شيئاً أو يترك شيئاً ولا يبطل ، فإن أطال لزمه القضاء لأنه ترك الإيواء المقصود

وإن دخل إلى غيرها لحاجة فقبلها جاز ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت
 « ما كان يوم أو أقل يوم إلا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا
 جميعاً ، ويقبل ويلبس ، فإذا جاء إلى النبي هو يومها أقام عندها ، ولا يجوز أن
 يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز في قسم غيرها ، فإن وطئها وانصرف فقبه
 وجهان (أحدهما) أنه يلزمه أن يخرج في نهار الموطوءة ويطأها ، لأنه هو العدل
 (والثاني) لا يلزمه شيء لأن الوطء غير مستحق ، وقدره من الزمان لا ينضب
 فقط ، وإن كان عنده إمرأتان فقسم لإحدهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن
 يقضيهما ثم تزوجها لزمه قضاء حتمها ، لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب
 كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر .

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أحمد في مسنده والبيهقي
 والحاكم وصححه بلفظ « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من يوم إلا وهو
 يطرف علينا جميعاً إمرأة إمرأة ، فيدنو ويلبس من غير مسيس حتى يفضى إلى
 النبي هو يومها فيبيت عندها ، وروى أبو داود بنحوه ولفظه في رواية له « كان
 لا يفضل بمعنا على بعض في القسم من مكته عندنا ، وكان ما من يوم إلا وهو
 يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل إمرأة من غير مسيس حتى يبلغ حتى هو يومها
 فيبيت عندها ، وفي لفظ عند أحمد والبخاري ومسلم « كان إذا انصرف من صلاة
 العصر دخل على نساءه ، فيدنو من إحداهن ، .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه « ولا يدخل في الليل على النبي
 لم يقسم لها ، وجهه ذلك أنه إذا قسم بين نساءه فلا يجوز أن يخرج من المقسوم
 لها في ليلتها لغير ضرورة من غير إذنها لأن عماد القسم الليل ، فإن دعت ضرورة
 إلى ذلك بأن مرض غيرها وأشرفت على الموت فاحتاج أن يخرج إليها لتوصي إليه
 أو تحتاج إلى قيم ولا قيم لها أو ماتت واحتاج إلى الخروج لتجوزها جاز له الخروج
 لأن هذا موضع عذر ، فإن برئت المريضة التي خرج إليها قضى للنبي خرج من
 ليلتها من ليلتها المريضة مثل الذي أقام عندها ، وإن ماتت لم يقض ، بل يستأنف
 القسم للباقيات .

إذا ثبت هذا فقد نقل المزنى : أنه يعودها في ليلته غيرها . قال أصحابنا هذا سهو في النقل أيضاً ، هو في يوم غيرها ، فإن خالف وخرج عنها في ليلتها لغير عذر إلى غيرها وأقام عندها قليلاً فقد أساء ، ولا يقضى ذلك ، لأن ذلك يسير لا يضبط ، وإن أقام عندها مدة طويلة من الليل قضى للأخرى من ليلته التي أقام عندها مثل ذلك في وقته من الليل ، وإن قضى مثله في غير وقته من الليل جاز ، لأن المقصود الإيواء ، وجميع الليل وقت الإيواء ، وإن دخل إلى غيرها في ليلتها وجاهمها وخرج مريباً فما الذي يجب عليه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب القضاء عليه لأن المقصد الإيواء ، ولم يفوت عليها بجماع غيرها الإيواء ، لأن قدر مدته يسيرة .

(والثاني) يجب عليه القضاء ، بليلة من حق الموطوءة ، لأن المقصود بالإيواء هو الجماع ، فإذا وقع ذلك لغيرها في ليلتها وجب عليه أن يقضيها في ليلة الموطوءة (والثالث) أنه يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطؤها لانه أعدل .

(فرع) فإن أخرجه عنها في ليلتها وحبسها نصف ليلتها أو خرج عنها إلى بيت وقد فيه نصف الليل ، وجب عليه أن يقضى مثل الذي فوت عليها ، فإن فوت عليها النصف الأول من الليل فإنه يأوى إليها النصف الأول من الليل : ثم يخرج منها إلى منزله أو لغيره ، وينفرد عنها وعن سائر نساءه النصف الأخير وقال ابن الصباغ : قال بعض أصحابنا : إلا أن يخاف العسس أو يخاف اللصوص فيقيم عندها في باقي الليل ، ولا يخرج للعسر ، ولا يقضى الباقيات : وإن فوت عليها النصف الأخير من الليل فالمستحب أن يقضيها في النصف الأخير ، وإن أوى إليها النصف الأول وانفرد في النصف الأخير جاز .

(فرع) ويجوز أن يخرج في نهار المقسم لها لطلب المعيشة إلى السوق ولقضاء الحاجات ، وإن دخل إلى غيرها في يومها ، فإن كان الحاجة مثل أن يحمل إليها نفقتها ، أو كانت مريضة فدخل عليها يعودها ، أو دخل لزيارتها لبعده عندها ، أو يكلمها بشيء أو تكلمه ، أو يدخل إلى بيتها شيئاً ، أو يأخذ منه شيئاً ولم يطل الإقامة عندها ، جاز ولا يلزمه القضاء لذلك ، لأن المقصود بالقسم

الايواء ، وذلك يحصل بالليل دون النهار ولا يجامعها لما روى عن عائشة د مامن يوم الا وهو بطوف علينا جميعاً امرأة امرأة فيدنو ويلبس من غير مسيس حتى يفضى الى النى هو يومها فيبيت عندها ، وهل له أن يستمتع بالتى يدخل اليها في غير يومها بالجماع ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

(أحدهما) لا يجوز لان ذلك مما يحصل به السكن فأشبهه الجماع .

(والثانى) وهو المشهور : يجوز لحديث عائشة أم المؤمنين ، كان دخل اليها في يوم غيرها وأطال المقام عندها لزمه القضاء ، كما قلنا في الليل ، وان أراد الدخول اليها في يوم غيرها لغير حاجة لم يجز لان الحق لغيرها ؛ وان دخل اليها في يوم غيرها ووطنها ، وانصرف سريعاً ففيه وجهان حكاهما المصنف . أحدهما لا يلزمه القضاء لانه غير مستحق ووقته لا ينضب . والثانى : يلزمه أن يدخل اليها في يوم المرطومة فيطؤها لانه أعدل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكرأ أقام عندها سبعا ، لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه أنه قال من السنة أن يقيم عند البكر مع الشيب سبعا ، قال أنس : ولو شئت أن أرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفعت ، وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا أو سبعا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال : ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ، وان شئت ثلاث عندك ودرت ، فان أقام عند البكر سبعا لم يقض للباقيات شيئا ، وان أقام عند الشيب ثلاثا لم يقض ، فان أقام سبعا ففيه وجهان .

(أحدهما) يقضى السبع لقوله صلى الله عليه وسلم ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ، (والثانى) يقضى ما زاد على الثلاث ، لان الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها ، وان تزوج العبدامة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفي قدره وجهان ، قال أبو على بن أبى هريرة : هى على النصف كما قلنا في القسم الدائم ، وقال أبو اسحاق : هى كالحررة ، لان قسم العقد حق للزوج فلم يختلف

برقعها وحريرتها بخلاف القسم الدائم فإنه حق لها ، فاختلف برقعها وحريرتها ، وإن تزوج رجل امرأتين وزفنا إليه في وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع لتقديم في القسم الدائم

(الشرح) حديث أبي قلابة عن أنس في الصحيحين ، إلا أنه ليس فيه ، قال أنس وإنما الذي فيه : قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت . إن أنساً رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن دقيق العيد : قول أبي قلابة يحتمل وجهين (أحدهما) أن يكون ظن أنه سمعه عن أنس مرفوعاً لفظاً فتحرز عنه تورعاً (والثاني) أن يكون رأى أن قول أنس : من السنة ، في حكم المرفوع ، فلو هرب عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده لصح ، لأنه في حكم المرفوع . قال والأول أقرب ، لأن قوله من السنة يقتضى أن يكون مرفوعاً بطريق اجتهادى محتمل وقوله : أنه رفعه نص في رفعه ، وليس للراوى أن يتقل ما هو ظاهر محتمل إلى ما هو نص في رفعه ؛ وبهذا يتدفع ما قاله بعضهم من عدم الفرق بين قوله من السنة كذا ، وبين رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد روى هذا الحديث جماعة عن أنس وقالوا فيه : قال النبي صلى الله عليه وسلم ، كما في البيهقي ومستخرج الاسماعيلي ، وصحيح أبي عروانة ، وصحيح ابن خزيمة وصحيح ابن حبان وسنن الدارمي والدارقطني

أما حديث أم سلمة فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه بلفظ : عن أم سلمة رضی الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام وقال : إنه ليس بك هو ان على أهلك ، فإن شئت سمعت لك ، وإن سمعت لك سمعت لنسائي ، ورواه الدارقطني ولفظه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها حين دخل بها : ليس بك عن أهلك هو ان إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وإن شئت سمعت لك وسمعت لنسائي ، قالت تقيم معي ثلاثاً خالصة ، وفي إسناد الدارقطني الواقدي : وعن أنس رضي الله عنه قال : لما أخذ النبي (ص) صفيه أقام عندها ثلاثاً وكانت ثيباً ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي

أما الأحكام فإن الأحاديث تدل على أن البكر تؤثر بسبع والثيب بثلاث . قيل وهذا في حق من كان له زوجة قبل الجديدة . وقال ابن عبد البر قول جمهور العلماء أن ذلك حق للمرأة بسبب الزفاف ، سواء كان عنده زوجة أم لا . وحكى النووي أنه يستحب إذا لم يكن عنده غيرها وإلا فيجب .

قال الحافظ بن حجر في الفتح : وهذا يوافق كلام أكثر الأصحاب ، واختار النووي أن لا فرق ، وإطلاق الشافعي بعنده . ويمكن التسك لقول من اشترط أن يكون عنده زوجة قبل الجديدة بقوله في حديث أنس أيضا : للبكر سبع وللثيب ثلاث . قال الحافظ لكن القاعدة أن المطلق محمول على المقيد . قال وفيه - يعني حديث أنس - حجة على السكوفيين في قولهم أن البكر والثيب سواء في الثلاث ، وعلى الأوزاعي في قوله للبكر ثلاث وللثيب بومان ، وفيه حديث مرفوع عن عائشة عند الدارقطني بسند ضعيف جداً . اهـ

وقال العمراني في البيان ، إذا كان تحته زوجة أو زوجات فتزوج بأخرى قطع الدور للجديدة ، فإن كانت بكرأ أقام عندها سبعا ولا يقضى ، وإن كانت ثيبا كان بالخيار بين أن يقيم عندها ثلاثاً ولا يقضى ، وبين أن يقيم عندها سبعا ويقضى ما زاد على الثلاث . ومن أصحابنا من قال تقضى السبعة كلها ، والاول هو المشهور قلت هذا هو مذهبنا وبه قال أنس بن مالك (رض) والشعبي والنخعي ومالك واحمد واسحاق رحمهم الله .

وقال ابن المسيب والحسن البصرى يقيم عندها إذا كانت بكرأ ليلتين وعند الثيب ليلة ، وقال الحكم ومحمد وابو حنيفة وأصحابه يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ويقضى مثل ذلك للباقيات . دليلنا ما روى عن أنس مرفوعاً للبكر سبع وللثيب ثلاث ، وما روى عن أم سلمة ، دخل علي رسول الله (ص) فقال ما بك على أهلك هو ان ، فإن شئت سبعت عندك وقضيت لهن ، وإن شئت ثلثت عندك ودرت ، فقلت ثلث ، فإذا قلنا يجب عليه قضاء السبع إذا أقامها عند الثيب فوجه قوله صلى الله عليه وسلم ، ثلثت عندك ودرت ، فهو كان يجب قضاء الثلاث كما كان يجب قضاء ما زاد لما كان للتخيير معنى ، ولأن الثلاثه مستحقة لها بدليل

انها لو اختارت ان يقيم عندها الثلاث لا غير لم يجب عليه قضاؤها ، فكذلك لا يجب قضاؤها اذا اقامها مع الاربع .

(فرع) قال في الام ولا احب ان يتخلف عن صلاة الجماعة ، ولا يمنعه من عيادة مريض ولا شهود جنازة ولا اجابه وليه . وجملة ذلك انه اذا اقام عند الجديدة بحق العقد فهو كالقسم الدائم فماده الليل ، واما بالنهار فله ان ينصرف الى طلب معاشه ويصلي مع الجماعة ويشهد الجنازة ويعود المريض ويجب الولايم لأن الايواء بالنهار عندها مباح . وهذه الاشياء طاعات فلا يترك الطاعات للمباح قال ابن الصباغ فاما بالليل فقال أصحابنا لا يخرج فيه اشيء من ذلك ، لأن حق الزوجه فيه واجب وما يخرج له فليس بواجب ، بخلاف السكون عندها بالنهار فإنه ليس بواجب . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اراد السفر بامرأة او امرأتين او ثلاث اقرع بينهما ، فن خرجت عليها القرعة سافر بها ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت ، كان رسول الله (ص) اذا خرج اقرع بين نسائه ، فصارت القرعة على عائشة رضي الله عنها ، وحفصه رضي الله عنها فخرجتا معه جميعا ، ولا يجوز ان يسافر بواحدة من غير قرعة ، لأن ذلك ميل وترك للعدل

وان سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما في القسم كما يسوى بينهما في الحضر فإن كان في سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمت ، لأن عائشة رضي الله عنها لم تذكر القضاء ، ولأن المسافرة اختصت بمسقة السفر فاختصت بالقسم ، وان كان في سفر قصير ففيه وجهان (احدهما) لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه في السفر الطويل (والثاني) يلزمه لأنه في حكم الحضر ، وان سافر بيمضون بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمت لأنه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها في الحضر وان سافر بامرأة بقرعة الى بلد ثم عن له سفر ابد منه لم يلزمه القضاء ، لأنه سفر واحد وقد اقرع له .

وان سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم اقام معها مدة لزمه ان يقضى

المدة التي أقام معها بعد انقضاء السفر ، لأن القرعة إنما تسقط القضاء في قسم السفر . وإن كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين وزفنا اليه في وقت واحد لزمه أن يتقسم لهما حق العقد ، ولا يقدم إحداهما من غير قرعة ، فإن أراد السفر قبل أن يتقسم لهما أقرع بين الجميع فإن خرجت القرعة لإحدى القديمتين سافر بها فإذا قدم قضي حق العقد للجديتين وإن خرجت القرعة لإحدى الجديتين سافر بهما وإذا قدم العقد في قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع . وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الأخرى حق العقد؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه كما لا يلزمه في القسم الدائم (والثاني) يلزمه ، وهو قول أبي إسحاق ، لأنه سافر بها بعدما استحققت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء ؛ كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة

(الشرح) حديث عائشة أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وابن ماجه بلفظ «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه فأيتين خرج سهمها خرج بها معه ، وقد استدلل بهذا الحديث على مشرعيه القرعة في القسمة بين الشركاء وغير ذلك ، والمشهور عن الحنفية والمالكية عدم اعتبار القرعة . قال القاضي عياض : هو مشهور عن مذهب مالك وأصحابه ، لأنها من باب الحظر والقمار . وحكى عن الحنفية إجازتها

أما جهة الفصل فإنه إذا كان لرجل زوجتان أو أكثر وأراد السفر ، كان بالخيار بين أن يسافر وحده ويتركهن في البلد ، لأن عليه الفقه والكسوة والسكنى دون المقام معهن ، كما لو كان بالحضر وانفرد عنهن ، وإن أراد أن يسافر بهن جميعاً لزمهن ذلك ، كما يجوز أن ينتقل من بلد إلى بلد ، وإن أراد أن يسافر ببعض نساءه أقرع بينهن لما روت عائشة عليها السلام من إقراع النبي صلى الله عليه وسلم وقد مضى ، وهو بالخيار بين أن يكتب الاسماء ويخرج على السفر والإقامة وبين أن يكتب السفر والإقامة ويخرج على الاسماء

وإذا خرج السفر على واحدة لم يلزمه المسافرة بها ، بل لو أراد أن يدها ويسافر وحده كان له ، وإن أراد أن يسافر بغيرها لم يجوز ، لأن ذلك يبطل قاعدة

القرعة ، وان اختار أن يسافر بإثنين وعندده أكثر أقرع بينهم ، فإن خرجت قرعة السفر على اثنين سافر بهما ويسوى بينهما في القسم في السفر ، كما لو كان في الحضر . وإذا سافر بها بالقرعة — فإن كان السفر طويلا لم يلزمه القضاء للمقيمت . وان كان السفر قصيرا ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه القضاء للمقيمت كلسفر الطويل (والثاني) يلزمه لأنه في حكم الحضر . وهذا مذهبا وقال داود : يلزمه القضاء للمقيمت في الطويل والقصير . دليلنا حديث عائشة أنها ذكرت السفر ولم تذكر القضاء ، ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاخصت بالقسم

(فرع) وان سافر بواحدة منهم من غير قرعة لزمه القضاء للمقيمت ، وبه قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى . دليلنا أنه خص بعض نساءه بمدة على وجه تلحقه فيه التهمة فلزمه القضاء كما لو كان حاضرا . وقال المسمودي : فلو قصد الرجوع اليهن فهل تحسب عليه المدة من وقت القصد . فيه وجهان

(فرع) وإن سافر بواحدة منهم بالقرعة ثم نوى الإقامة في بعض البلاد وأقام بها معه أو لم ينو الإقامة إلا أنه أقام بها أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج قضى ذلك للباقيات ، لأنه إنما لم يجب عليه أن يقضى مدة السفر . وهذا ليس بسفر : وإن سافر بها إلى بلد فلما بلغه عن له أن يسافر بها إلى بلد آخر فسافر بها لم يقض المقيمت لأنه سفر واحد وقد أقرع له

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ، ولو أراد النقلة لم يكن له أن ينتقل بواحدة إلا أوفى البواقي مثل مقامه معها ، واختلف أصحابنا في تأويلها فمنهم من قال : تأويلها إذا كان له نساء فأراد النقلة إلى بلد فينتقل بواحدة منهم ونقل الباقيات مع وكيله إلى ذلك البلد ، فلما وصل إلى ذلك البلد أقام مع التي نقلها بعد السفر دون مدة السفر ، لأن مدة السفر لا تقضى . وقال أبو إسحاق : تقضى مدة السفر ومدة الإقامة بعده ، لأنه أراد نقل جميعهن ، فقد آسوت حقوقهن ، فني خص واحدة بالكون معه لزمه أن يقضى للباقيات مدة الإقامة معها ، كما لو أقام في الحضر معها بخلاف السفر بإحدهن ، فعلى قول الأول يحتاج إلى القرعة وعلى قول أبي إسحاق لا يحتاج إلى قرعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها ، لما روت عائشة رضي الله عنها ، أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضي الله عنها بتدني بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يجوز ذلك إلا برضا الزوج ، لأن حقه ثابت في استمتاعها ؛ فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضا ، ويجوز من غير رضا الموهوب لها لأنه زيادة في حقها ، ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة في وجهان (أحدهما) تضم إلى ليلتها ، لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما (والثاني) تقسم لها في الليلة التي كانت للواهبية ، لأنها قائمة مقامها فقسم لها في ليلتها ، ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما ، فإذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه ، ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها ، فإن كن ثلاثاً صار القسم أثلاثاً بين الثلاث ، وإن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيها مضي ، لأنه هبة اتصل بها القبض ، ويصح في المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض .

(فصل) وإن كان له إمام لم يكن له حق في القسم ، فإن بات عند بعضهم لم يلزمه أن يقضى للباقيات ، لأنه لا حق لهن في استمتاع السيد ، وهذا لا يجوز لهن مطالبته بالفيتة إذا حلف أن لا يطأهن ؛ ولا خيار لهن بجنبه وتمنيته ، والمستحب أن لا يطأهن لأنه إذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن ، وإن كان عنده زوجات وإمام فأقام عند الإمام لم يلزمه القضاء للزوجات ، لأن القضاء يجب بقسم مستحق ، وقسم الإمام غير مستحق فلم يجب تضارؤه كالمو بات عند صديق له

(الشرح) حديث سودة هذا أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن سعد وسعيد بن منصور والترمذي وعبد الرزاق وسودة بنت زمعة تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم وهو بمكة بعد موت خديجة عليها السلام ودخل بها وهاجرت معه ، ووقع في رواية لمسلم من طريق شريك عن هشام في آخر حديث عائشة ، قالت عائشة : وكانت امرأة تزوجها بعدى ومعناه عقد عليها بعد أن

عقد على عائشة ، وأما الدخول بعائشة فكان بعد سودة بالاتفاق ، وقد نبه على ذلك ابن الجوزي - قوله : وهبت يومها ، في رواية البخاري في الذهبية : يومها وليلتها - وراى في آخرها - تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم واقظ أبى داود ، ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وخافت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله يومى لعائشة ، فقبل ذلك منها ، ففيتها ، وأشباهاها نزلت : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً ، الآية .

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : فتواردت هذه الروايات على أنها خشيت الطلاق ، فوهبت . قال : وأخرج ابن سعد بسند رجاله ثقات من رواية القاسم ابن أبى برة مرسل ، أن النبي صلى الله عليه وسلم طلقها فقدمت له على طريقه فقالت : والذي بعثك بالحق مالى فى الرجال حاجة ، ولكن أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة ، فأشددك الذى أنزل عليك الكتاب هل طلقتنى لموجدة وجدتها على ، قال لا ، قالت : فأشددك لما راجعتنى ، فراجعها ، قالت فإنى قد جعلت يومى وليلتى لعائشة حبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والرواية المتفق عليها أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة .

وقوله « يومها ويوم سودة » لا نزاع أنه يجوز إذا كان يوم الواهبة واليا ليوم الموهوب لها بلا فصل أن يوالى الزوج بين اليومين للموهوب لها ، وأما إذا كان بينهما نوبة زوجة أخرى أو زوجات ، فقال العلماء انه لا يقدمه عن رتبته فى القسم إلا برضا من بقى ، وهل يجوز للموهوب لها أن تمتنع عن قبول النوبة الموهوبة - فإن كان قد قبل الزوج لم يحز لها الامتناع - وإن لم يكن قد قبل لم تكره على ذلك . حكى ذلك فى الفتح عن العلماء .

وقال فى البيان ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج سودة بعد موت خديجة فلما كبرت وأسنت هم النبي صلى الله عليه وسلم بطلاقها فقالت : يا رسول الله لا تطلقنى ودعنى حتى أحشر فى جملة أزواجك وقد وهبت ليلتى لاختى عائشة فتركها ، فكان يقسم لكل واحدة ليله ليله ولعائشة ليلتين .

إذا ثبت هذا كان القبول فيه إلى الزوج لأن الحق له ولا يصح ذلك إلا برضاه لأن الاستمتاع حق له عليها ، ولا يعتبر فيه رضا الموهوبة لأن ذلك زيادة في حقهما - فإن كانت ليه - الواهبة توالى ليه - الموهوبة والاهما لها ، وإن كانتا غير متواليتين فهل للزوج أن يواليهما من غير رضا الباقيات ، فيه وجهان .
(أحدهما) له ذلك لأن لهما ليلتين ، فلا فائدة في تفرقةهما .

(والثاني) ليس له ذلك ، وهو المذهب ولم يذكر البغوى غيره لأنها قائمة مقام الواهبة ، وإن وهبتها لزوجها جاز له أن يجعلها لمن شاء من نسائه ، لأن الحق له ، وإن جعلها لواحدة تلى ليلتها ليه - الواهبة ، إما قبلها أو بعدها والاهما لهما ، وإن جعلها لمن لا تلى ليلتها فهل له أن يواليهما لها ؟ على الوجهين :
هكذا نقل البغداديون ،

وقال المسعودي : هل للزوج أن يخصص بها بعض نسائه ، فيه وجهان . وإن وهبتها لجميع ضرائرها صح ذلك وسقط قسمها وصارت كأن لم تكن ، فإن رجعت الواهبة في ليلتها لم تصح رجعتها فيما مضى ، لأنها هبة اتصل بها القبض وبصح رجعتها في المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض ، فإن لم يعلم الزوج رجعتها حتى قسم ليلتها لغيرها .

قال الشافعي رحمه الله : لم يكن لها بدلها ، فإن أخذت عن ليلتها عوضا من الزوج لم يصح لأنه ليس بعين ولا منفعة ، فترد العوض ويقبضها الزوج حقهما لأنها تركت حقهما بعوض ولم يسلم لها العوض .

(مسألة) المستحب أن يساوى بين الاماء والحرائر ، فإن لم يفعل فلا شيء عليه ، وله أن يطوف على نسائه أو إمامته بغسل واحد إذا حللته عن ذلك في القسم لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الذشوز

إذا ظهرت من المرأة أمارات الذشوز وعظما لقوله تعالى ، واللاتى تخافون
نشوزهن فظوهن ، ولا يضربها لانه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر
من غير جهة الزوج ، وإن تكررت منها الذشوز فله أن يضربها ، لقوله عز وجل
، واضربوهن ، وإن نشزت مرة ففقيه قولان .

(أحدهما) أنه يهجرها ولا يضربها ، لان العقوبات تختلف باختلاف الجرائم
ولهذا ما يستحق بالذشوز لا يستحق بخوف الذشوز ، فكذلك ما يستحق بتكرار
الذشوز لا يستحق بذشوز مرة .

(والثانى) وهو الصحيح : أنه يهجرها ويضربها لانه يجوز أن يهجرها للذشوز
لجاز أن يضربها كما لو تكررت منها . فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل
وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها ، وأما الهجران فهو أن يهجرها فى الفراش
لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال فى قوله عز وجل ، واهجروهن فى
المضاجع قال : لا تضاجعهما فى فراشك ، وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر
من ثلاثة أيام ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، وأما الضرب فهو أن يضربها
ضربا غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة ، لما روى جابر
رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اتقوا الله فى النساء فإنكم
أخذتموهن بكتاب الله ، واستحلتم فروجهن بكلمة الله ، وإن لكم عليهن أن
لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ،
ولان القصد التأديب دون الاتلاف والتشويه .

الذشوز مصدر نشز وبابه فعد وضرب ، ونشزت المرأة من زوجها عصته
وامتنعت عليه ؛ ونشز الرجل من امرأته تركها وجفاها ، قال تعالى ، وإن امرأة
خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً ، الآية ، وأصله الارتفاع ، يقال : نشز من

مكانه نشوزاً بالوجهين إذا ارتفع عنه ، وقال تعالى ، وإذا قيل انشروا فانشروا ،
بالضم والكسر ، والنشز بفتحين المرتفع من الأرض ، والسكون لغة ، وقال
ابن السكيت في بات فَعَلَّ و فَعَلَّ و فَعَلَّ : فَعَلَّ على نشز من الأرض ونَشَزَ وجمع
السَّاكِنُ نَشُورٌ مثل فِلس و فِلُوس ، ونَشَازٌ مثل سَهْم و سَهَام وجمع المَفْتُوح أنشَازٌ
مثل سَبَب وأسباب ، وأنشَرت المكان بالالف رفعتة ، واستعير ذلك للزيادة
والنمو ، فقيل : أنشَز الرضاع العظيم وأنبت اللحم .

أما حديث أبي هريرة رضى الله عنه فقد قال النووي : رواه أبو داود على
شروط البخارى ومسلم بلفظ « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ، فمن هجر
فوق ثلاث فمات دخل النار » ، وفي رواية عند أبي داود له أيضاً بلفظ « لا يحل
لمؤمن أن يهجر مؤمناً فوق ثلاث ، فإن مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه ، فإن
رد عليه السلام فقد اشتركا في الأجر ، وإن لم يرد عليه فقد باء بالأثم وخرج
المسلم من الهجرة » .

قال أبو داود : إذا كانت الهجرة لله تعالى فليس من هذا في شيء ، وفي
الصحيحين عن أنس بلفظ « لا تقاطعوا ولا تدابروا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا
وكونوا عباد الله اخواناً ، ولا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ، وفيها عن
أبي أيوب بلفظ « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال يلتقيان فيعرض
هذا ويعرض هذا ، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام » .

أما حديث جابر رضى الله عنه فقد أخرجه مسلم وأصحاب السنن ، وهو من
حديث طويل في صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم وجزءه من خطبة الوداع ،
ورواه ابن ماجه والترمذى وصححه من حديث عمرو بن الأحوص ، أنه شهد
حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ، وذكر ووعظ .
ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فانما هن عندكم عوان ليس تملكهن منهن شيئاً
غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فان فعلمن فاهجروهن في المضاجع
واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ، ان لكم على
نساءكم حقاً وانساءكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نساءكم فلا يوطئن فرشكم من
تسكروهن ولا يأذن في بيوتكم لمن تسكروهن إلا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن

في كسوتهم وطعامهم ، وقد أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة بلفظه ولا يأذن في بيته إلا بإذنه ، وقد أخرج أحمد وابن جرير والنسائي وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه والبيهق عن معاوية بن حيدة القشيري أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : أن تطعمها إذا طعمت ، وأن تسكبوها إذا اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تمجر إلا في البيت ،

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : قال الله عز وجل : واللاتي تخافون نشوزهن ، يحتمل إذا رأى الدلالات في إيغال المرأة وإقبالها على النشوز فكان للخوف موضع أن يعظها ، فإن أبدت نشوزاً هجرها . فإن أقامت عايبه ضربها ، وذلك أن العظة مباحة قبل الفعل المكروه إذا رويت أسبابه ، وأن لا مؤنة فيها عليها كضربها ، وأن العظة غير محرمة من المرأة لآخيه فكيف لامراته والهجرة لا تكون إلا بما يحمل به الهجرة ، لأن الهجرة محرمة في غير هذا الموضع فوق ثلاث ، والضرب لا يكون إلا بيبس ان الفعل ، فالأيه في العظة والهجرة والضرب على بيان الفعل تدل على أن حالات المرأة في اختلاف ما تعاقب فيه من العظة والهجرة والضرب مختلفة ، فإذا اختلفت فلا يشبه معناها إلا ما وصفته . وقال رحمه الله أيضا : وقد يحتمل قوله : تخافون نشوزهن ، إذا نشزن خلفتم لجاجتهن في النشوز أن يكون لكم جمع العظة والهجرة والضرب (قال) وإذا رجعت الناشز عن النشوز لم يكن لزوجها هجرتها ولا ضربها ، لأنه إنما أيجبا بالنشوز ، فإذا زابتته فقد زابت المعنى الذي أيجباله به .

قال الربيع : أخبرنا الشافعي قال : أخبرنا سفيان عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عمر عن أبياس بن عبد الله بن أبي ذباب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تضربوا إماء الله ، قال فأتاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : يا رسول الله ذم النساء على أزواجهن ، فأذن في ضربهن ، فأطاف بأل محمد عليه الصلاة والسلام . كثير كلهن يشتكين أزواجهن ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لقد أطاف الليلة بأل محمد نساء كثير أو قال سبعون امرأة كلهن يشتكين فلا تجدون أو تلك خياركم ،

قال الشافعي : لجعل لهم الضرب وجعل لهم العفو ، وأخبر أن الخيار ترك

الضرب اذا لم يكن له عليها حد على الوالى أخذه ، وأجاز العفو عنها في غير - د
في الخبر الذى تركت عظما وعصت ربها . اه

اذا ثبت هـ - فاذا ظهر من المرأة النشوز بقول أو فعل وعظما . فاما
النشوز بالقول فهو أن يكون من عادته اذا دعاها أجابته بالتلبية ، واذا خاطبها
أجابت خطابه بكلام جميل حسن ، ثم صارت بعد ذلك اذا دعاها لا تجيب بالتلبية
واذا خاطبها أو كلمها تخاشنه القول ، فهذه أمارات النشوز بالقول

وأما أمارات النشوز بالفعل فهو أن يكون من عادته اذا دعاها الى الفراش
أجابته ببشاشة وطلاقة وجه ، ثم صارت بعد ذلك متجممة متكرهه - ، أو كان
من عاداتها اذا دخل اليها قامت له وخدمته ، ثم صارت لا تقوم له ولا تخدمه ،
فإذا ظهر له ذلك منها فانه يعظما ولا يهجرها ولا يضربها ، هذا قول عامة أصحابنا
وقال الصيمرى : اذا ظهرت منها أمارات النشوز فله أن يجمع بين العظه
والهجران ، والأول هو المشهور ، لأنه يحتمل أن يكون هذا النشوز تفعله فيها
بعد ، ويحتمل أن يكون لضيق صدر من أولادها أو من جاراتها أو أقربائها أو
نحو ذلك من شغل قلب أو قلق خاطر نشزت منه ، بأن دعاها قامتت منه ، فان
تكرر ذلك الامتناع منها فله أن يهجرها ، وله ان يضربها . والأصل فيه قول
الله تعالى : واللّاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واحجروهن فى المضاجع
واضربوهن ، الآية

وان نشزت منه مرة واحدة فله ان يهجرها . وهل له ان يضربها ؟ فيه قولان
(أحدهما) ليس له أن يضربها . وبه قال أحمد . لأنها لا تستحق الا العقوبة
المساوية لفعالها . بدليل انها لا تستحق الهجران لخوف النشوز فكذلك لا تستحق
الضرب بالنشوز مرة واحدة . فعلى هذا يكون ترتيب الآية : واللّاتى تخافون
نشوزهن فعظوهن واحجروهن فى المضاجع اذا نشزن . واضربوهن اذا أصررن
على النشوز .

(والثانى) له ان يضربها . قال العمرانى وغيره : وهو الأصح . لقوله تعالى
: واللّاتى تخافون ، الآية

فظاهر الآية ان له فعل الثلاثه الاشياء لخوف النشوز . فدل الدليل على انه

يضرها ويهجرها عند خوف النشوز . وهذه الآية على ظاهرها إذا نشزت لأنها معصية يحل بها هجرانها وضربها كما لو تكررت منها النشوز

إذا ثبت هذا فالمراد أن يقول لها : ما الذى منعك عما كنت آلفه من برك وما الذى غيرك ، اتق الله وارجمى إلى طاعتي ، فإن حقى واجب عليك ، ونحو ذلك من عبارات الوعظ ، وتذكيرها بما يعده الله للأئمين والآثمات من حساب يوم تتساوى الأقدام فى القيام لله ، ويعلم كل امرئ ما قدمت يدها .

والهجران هو أن لا يضاجمعها فى فراش واحد لقوله تعالى : وهجرهن فى المضاجع ، ولا يهجر بالكلام ، فإن فعل لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد عليها أثم ، لما روى أن النبي (ص) نهى أن يهجر الرجل أخاه فوق ثلاثة أيام .

وأما الضرب فقال الشافعى : لا يضربها ضرباً مبرحاً لا مدمياً ولا مدمناً ويتقى الوجه . فالمرح الفـاحـ الذى يخشى تلف النفس منه أو تلف عضو أو تشويهه ، والمدى الذى يخرج الدم ، والمدمن أن يوالى الضرب على موضع واحد . لأن القصد منه التأديب . ويتوق الوجه لأنه موضع المحاسن ويتوق المواضع المخوفة .

قال الشافعى : ولا يبلغ به حداً . ومن أصحابنا من قال : لا يبلغ به الأربعين لأنه حد الحجر ، ومنهم من قال لا يبلغ به العشرين لأنه حد العبد ؛ لأنه تعذير . وليس للرجل أن يضرب زوجته على غير النشوز بقذفها له أو لغيره ، لأن ذلك إلى الحاكم ، والفرق بينهما أن النشوز لا يمكن إقامة البينة عليه ، بخلاف سائر جناباتها .

إذا ثبت هذا فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال : لا تضربوا إماء الله . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : كنا معشر قريش لا يقبل نساؤنا رجالتنا ، فقدمنا المدينة فوجدنا نساءهم يغلبن رجالم ، فحاط نساؤنا نساءهم فزئرن على أزواجهن فأثمت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ذئرة النساء على أزواجهن ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بضربهن . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد أطاف آل محمد سبعون امرأة كلهن تشتكين أزواجهن وما تجدون أولئك بخياركم ،

فإذا قلنا يجوز نسخ السنة بالكتاب فيحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ضربهن ثم نسخ الكتاب السنة بقوله « واضربوهن » ثم أذن رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ضربهن موافقة للكتاب ، غير أنه يجعل تركه أولى بقوله
وما يجدون أولئك بخياركم

وإن قلنا إن نسخ السنة لا يجوز بالكتاب احتمل أن يكون النهى عن ضربهن
متقدماً ثم نسخ النبي صلى الله عليه وسلم وأذن في ضربهن ثم ورد الكتاب للسنة
في ضربهن . ومعنى قوله « ذر النساء على أزواجهن » أى اجترأن عليهم .
قال الصيمرى : وقيل فى قوله تعالى : وللرجال عليهن درجة سبعة تأويلات .

(أحدها) أن حل عقدة النكاح اليه

(الثانى) أن له ضربها عند نشوزها

(الثالث) أن عليها الإجابة إذا دعاها إلى فراشه ، وليس عليه ذلك

(الرابع) أن له منعها من الخروج ، وليس لها ذلك

(الخامس) أن ميراثه على الضعف من ميراثها

(السادس) أن لو قذفها كان له إسقاط حقها بالعان . وليس لها ذلك

(السابع) موضع الدرجة اشتركا كهما فى لذة الوطء ، واختصر الزوج بتحمل

مؤنة الصداق والنفقة والكسرة وغير ذلك اهـ

وعن عبد الله بن زعمرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أياضرب
أحدكم امرأته كما يضرب العبيد ثم يجامعها فى آخر اليوم ، أخرجه الشيخان
وقال العلامة صديق حسن خان « فى هذا دليل على أن الأولى ترك الضرب للنساء
فإن احتاج فلا يوالى بالضرب على موضع واحد من بدنهما ، وليتق الوجه لأنه يجمع
المحاسن ، ولا يبلغ بالضرب عشرة أسواط .

وقيل ينبغي أن يكون الضرب بالمنديل واليد ، ولا يضرب بالسوط والعصا

وبالجملة فالتخفيف بأبلغ شئ أولى فى هذا الباب

وبعد هذا لا يسأل الرجل الملتزم بالشرع عن ضرب امرأته لما أخرجه

أبو داود عن ابى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يسأل
الرجل فيما ضرب امرأته ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز ، لقوله عز وجل : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحاً ، قالت عائشة رضی الله عنها : أنزل الله عز وجل هذه الآية في المرأة إذا دخلت في السن فتجعل يومها لامرأة أخرى ، فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظالم ، فإن باعاً إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكيمين للإصلاح أو التفريق ، لقوله عز وجل : وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين : هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا باذنهما ، لأن الطلاق إلى الزوج ، وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا باذنهما ، وقال في القول الآخر : هما حاكمان فلمهما أن يفعل ما يريدان من الجمع والتفريق ، بعوض وغير عوض ؛ لقوله عز وجل : فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فسماهما حكيمين ، ولم يعتبر رضا الزوجين .

وروى عبيدة أن علياً رضی الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتريان ما عليكما ، عليكما ، إن رأيتما أن تجمعا جمعتهما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتهما ، فقال الرجل : أما هذا فلا ، فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لي وعلي ، ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما لجاز التفريق بينهما من غير رضاها ، قالوا قذفها وتلاعنا ، والمستحب أن يكون حكماً من أهله وحكماً من أهلها الآية ، ولأنه روى أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب وبين زوجته شقاق ، وكانت من بني أمية ، فبعث عثمان رضی الله عنه حكماً من أهله وهو ابن عباس رضی الله عنه ، وحكماً من أهلها وهو معاوية رضی الله عنه ، ولأن الحكمين من أهلها اعرف بالحال ، وإن كان من غير أهلها جاز لأنهما في أحد القولين وكيلان وفي الآخر حاكمان ، وفي الجميع يجوز أن يكونا

من غير أهلها ، ويجب أن يكونا ذكراين عدلين لأنهما في أحد القولين حاكمان
 وفي الآخر وكيلان ، إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ،
 ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان ، فإن قلنا : إنهما حاكمان لم يجوز أن يكونا إلا
 فقيهين ، وإن قلنا : إنهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة ، وإن غاب الزوجان
 — فإن قلنا : إنهما وكيلان — نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة
 الموكل ، وإن قلنا : إنهما حاكمان لم ينفذ حكمهما ، لأن الحكم للغائب لا يجوز ،
 وإن جاز لم ينفذ حكم المحكمين ، لأنهما في أحد القولين وكيلان . والوكالة تبطل
 بجنون الموكل . وفي القول الآخر : حاكمان إلا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون
 زال الشقاق .

(الشرح) في قوله تعالى : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً ،
 الآية . أخرج أحمد والبخاري ومسلم عن عائشة عليها السلام قالت : هي المرأة
 تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها تقول له :
 أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيره وأنت في حل من النفقة عليّ والقسم لي .
 فذلك قوله تعالى : فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صالحا والصلح خير ، وفي
 رواية قالت : هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه كبراً أو غيره فيريد فراقها
 فقول : أمسكني واقسم لي ما شئت . قالت فلا بأس إذا تراضيا .

وأما قوله تعالى : وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من
 أهلها ، الآية . فإن أصل الشقاق أن كل واحد منهما يأخذ غير شق صاحبه ، أي
 ناحية غير ناحيته ، وأضيف الشقاق إلى الطرف لإجرائه مجرى المفعول به .
 كقوله تعالى : بل مكر الليل والنهار ، وقولهم : يا سارق اللبنة أهل الدار ،
 والخطاب للأمرأ والحكام . والضمير في قوله بينهما للزوجين لأنه قد تقدم ذكر
 ما يدل عليهما ، وهو ذكر الرجال والنساء .

أما أحكام الفصل : فإن ظهر من الزوج أمارات للنشوز بأن يكلمها بخشونة
 بعد أن كان يلين لها في القول أو لا يستدعيها إلى الفراش كما كان يفعل إلى غير
 ذلك . فلا بأس أن تترك له بعض حقها من النفقة والكسوة والقسم ، لتطيب

بذلك نفسه ، فإذا ظهر من الزوج الذشوز بأن منعهما ما يجب لها من نفقة وكسوة
 وقسم وغير ذلك أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة عدل ليستوفي لها حقها ، وإن ادعى
 كل واحد منهما على صاحبه الذشوز بمنع ما يجب عليه أسكنها الحاكم إلى جنب
 ثقة يشرف عليهما : فإذا عرف الظالم منهما منعه من الظلم - هكذا أقاده العمراني
 وغيره ، فإذا تجاوز الأمر حده إلى الفشاشم أو الضرب أو تمزيق الثياب بعث
 الحاكم حكيمين ليجمعهما بينهما أو يفرقا لقوله تعالى : وإن خفتن شقاق بينهما
 فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ،

قال العلامة صديق حسن خان في نيل المرام : فابعثوا إلى الزوجين حكما يحكم
 بينهما من يصلح لذلك عقلا ودينا وإنصافا ، وإنما نص الله سبحانه على أن
 الحكيمين يكونان من أهل الزوجين لأنهما أقرب لمعرفة أحوالهما ، وإذا لم يوجد
 من أهل الزوجين من يصلح للحكم بينهما كان الحكيمان من غيرهم ، وهذا إذا أشكل
 أمرهما ولم يقين من هو المسمى منهما : فأما إذا عرف المسمى فانه يؤخذ لصاحبه
 الحق منه ، وعلى الحكيمين أن يسعيا في إصلاح ذات البين جهدهما ، فان قدرا على
 ذلك عملا عليه ، وإن أعيامهما إصلاح حالهما ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك
 من دون أمر الحاكم ولا توكيل بالفرقة من الزوجين ، وبه قال مالك والأوزاعي
 وإسحاق ، وهو مروى عن عثمان وعلى وابن عباس والشعبي والنخعي ، وحكاه
 ابن كثير عن الجمهور ، قالوا : لأن الله تعالى قال : فابعثوا حكما من أهله وحكما من
 أهلها ، وهذا نص من الله على أنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان .

وقال الكوفيون وعطاء وابن زيد والحسن - وهو أحد قولي الشافعي -
 إن التفريق هو إلى الإمام أو الحاكم في البلد ، لا اليهما ، مالم يوكهما الزوجان
 أو يأمرهما الإمام والحاكم ، لانهما رسولان شاهدان فليس اليهما التفريق ،
 ويرشد إلى هذا قوله تعالى : إن يريدان - أى الحكيمان - إصلاحا بين الزوجين
 يوفق الله بينهما ، أى يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا إلى الألفة وحسن
 العشرة والوئام ، وممنى الإرادة خلوص نيتهما وصدق عزمهما لإصلاح ما بين

الزوجين ، وقيل : ان الضمير في قوله تعالى : يوفق الله بينهما ، للحكمين ، كما في قوله : ان يريد اصلاحا : أى يوفق الله بين الحكمين في اتحاد مقصودهما ، وقيل كلا الضميرين للزوجين ، أى ان يريد اصلاح ما بينهما من الشقاق أوقع الله تعالى بينهما الألفة والوفاق ، واذا اختلف الحكميان لم ينفذ حكمهما ، ولا يلزم قولهما بلا خلاف .

قال في البيان : وهل هما وكيلان من قبل الزوجين أو حاكمان من قبل الحاكم فيه قولان (أحدهما) أنهما وكيلان من قبل الزوجين ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد لما روى عبيدة التلماني قال : جاء الى علي بن أبي طالب رجل وامرأة ومع كل واحد منهما قيام من الناس بغير جماعة ، فقال علي كرم الله وجهه : ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ ان رأيتهما أن نجمة ، وان رأيتهما : أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لي وعلي ، وقال الرجل : أما الجمع فنعم ، وأما التفريق فلا ، فقال علي : كذب لا والله لا تزوج حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك فاعتبر رضاه ، ولأن الطلاق بيد الزوج ، وبذل العوض بيد المرأة ، فافتقر الى رضاهما ، فعلى هذا لا بد أن يوكل كل واحد منهما الحاكم من قبله على الجمع أو التفريق (والثاني) أنهما حكمان من قبل الحاكم ، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي ، وهو الأشبه لقوله تعالى وقابضوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وهذا خطاب لغير الزوجين وسماهما الله تعالى حكمين ، فعلى هذا لا يفتقر الى رضى الزوجين اهـ .

إذا ثبت هذا : فإن الحكمين يخلو كل واحد منهما بأحد الزوجين وينظر ما عنده ، ثم يجتمعا ويشتوران ، فان رأيا الجمع بينهما لم يتم الا بالحكمين ، وان رأيا التفريق بينهما - فان رأيا أن يفرقا فرقة بلا عوض أوقعها الحاكم من قبل الزوج ، وان رأيا أن يفرقا بينهما بعوض بذل الحاكم من قبلها العوض عليها ، وأوقع الحاكم من قبل الزوج الفرقة . والمستحب أن يكونا من أهلها الآية . ولأنهما أعلم بباطن أمرهما . وان كانا من غير أهلها جاز ، لأن الحاكم والوكيل يصح أن يكون أجنبيا . ولا بد أن يكونا حرين مسلمين ذكراين - لأننا - ان قلنا انهما حاكمان - فلا بد من هذه الشروط . وان قلنا انهما وكيلان الا انه

وكيل من قبل الحاكم فلا بد من أن يكون كاملا . قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي
فإن قلنا : إنهما حاكمان فلا بد أن يكونا فقيهين ، وإن قلنا : إنهما وكيلان ، جاز
أن يكونا من العامة ، وإن غاب الزوجان أو أحدهما — فإن قلنا : إنهما وكيلان
صح فعلهما ؛ لأن تصرف الوكيل يصح بغيبة الموكل ، وإن قلنا إنهما حاكمان لم
يصح فعلهما . لأن الحكيم لا يصح للغائب ، وإن صح الحكيم عليه ، لأن كل واحد
منهما محكوم له وعليه ، وإن جئنا أو أحدهما لم يصح فعلهما ، لأنه إن قلنا إنهما
وكيلان بطلت وكالة من جن موكله ، وإن قلنا إنهما حاكمان ، فإنهما يحكمان
للسفاهة ، وبالجنون زال الشقاق ، وإن لم يرضيا أو أحدهما — فإن قلنا : إنهما
حاكمان لم يعتبر رضاهما . وإن قلنا : إنهما وكيلان ولم يجبرا على الوكالة فينظر
الحاكم فيها بدعيه كل منهما ، فإذا ثبت عنده استوفاه من الآخر . وإن كان لهما
أو لأحدهما حق على الآخر من مهر أو دين لم يصح للحكيمين المطالبة به إلا بالوكالة
قولا واحدا كالحاكم ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبتنا ونعم الوكيل .

تمَّ الجزء السادس عشر ويليه الجزء السابع عشر

- ٣ كتاب العتق : موقف الإسلام من الرق ١٣ باب المدبر وبيانه
 ٢٠ كتاب المكاتب باب ٢٣ باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه
 ٢٩ باب الاداء والمعجز ٣٥ باب اختلاف المولى والمكاتب
 ٣٩ كتاب عتق أمهات الاولاد . باب الولاء
 ٤٩ كتاب الفرائض والمواريث وبيان أول ما يخرج من مال الميت
 ٥٣ بيان أسباب الارث ٥٧ لا يرث المسلم من الكافر ولا العكس
 ٥٨ ومن أسلم على ميراث لم يقسم لم يرث
 ٦٠ من قتل قتيلا فلا يرثه . المطلقة في مرض الموت هل ترث
 ٦٧ ان مات متوارثان بالفرق مثلا فما العمل ؟
 ٦٧ المفقود الذي لم يعلم موته ما العمل في ماله
 ٧٠ باب ميراث أهل الفرائض وبيانهم
 ٧٣ ميراث الجدة
 ٧٨ ميراث البنت اذا انفردت
 ٧٩ ميراث بنت الابن اذا انفردت
 ٨١ ميراث الاخت الشقيقة اذا انفردت
 ٨٢ ميراث الاب مع الابن
 ٨٤ ميراث الأقارب عند عدم الابناء
 ٨٧ حالات لا يرث فيها الأخ ٨٩ معنى الكلافة ٩١ ميراث الزوجات
 كبريات زوجة واحدة ٩٢ العول في الموارث وبيانه ٩٧ باب ميراث
 العصبة ٩٨ من هو الذي إذا انفرد أخذ جميع المال ١٠٠ العصبات
 وبيانهما ١٠٢ إن نفي الرجل نسب ولده فلا يتوارثان . إن كان الوارث
 خنثى ومعناه ١٠٩ إن مات رجل وامرأته حامل وله ورثة ما العمل ؟
 ١١٥ باب الجد والاختوة ١١٨ إن اجتمع مع الجد والاختوة من له فرض
 ١٢٠ الأكدرية ١٢٢ الخرقاء ١٢٥ كتاب النكاح . حكم النكاح

- ١٣٠ لا يصح النكاح إلا من جائز التصرف ١٣٢ المستحب أن يتزوج من ذات دين . لمن أراد أن يتزوج أن ينظر الى وجهها وكفيها ١٣٧ يجوز للرجل أن يتزوج أربع نسوة ١٣٩ للمرأة أن تنظر الى خاطبها
- ١٤٢ خصائص النبي في النكاح وغيره ١٤٦ باب ما يصح به النكاح . الولي
- ١٥٤ لا المرأة لا تتوكل في قبول النكاح في إيجابه ١٤ لا يجوز للإبن أن يتزوج أمه ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً ١٦٥ يجوز للأب والجد أن يتزوج البكر من غير رضاها ١٧٢ إذا كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم لم يجز أن يتزوجها من نفسه ١٧٨ ولا يجوز للولي أن يتزوج المتخوذة من غير كفه . إلا برضاها ، وإن أرادت المرأة أن تتزوج من غير كفه لم يلزم الولي إيجابتها ١٨٢ الكفاة في الدين والنسب و . .
- ١٩٠ أن كان للمرأة وليان فزوجها كل واحد منهما من رجل ما العمل
- ١٩٦ الأمراض التي لا يجوز أن يتزوج صاحبها . لا يجوز النكاح الا بشاهدين
- ٢٠٢ ولا يصح إلا على زوجين معينين . نص الخطبة التي تقال قبل العقد
- ٢٠٩ ولا يصح العقد الا بلفظ التزويج أو الانكاح إذا تم العقد لزم ولبس له / خيار ٢١٣ باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم . من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه ولا نكاح الحنثي . ويحرم على الرجل من جهة النسب الأم والبنت والأخت و . . ٢١٦ ويحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة و . .
- ٢١٩ وإن زنى بامرأة لم تحرم عليه ٢٢٣ ويحرم عليه أن يجمع بين أختين ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها
- ٢٢٨ ما حرم بالقرابة حرم بالرضاع ٢٣٢ يحرم على المسلم نكاح عبدة الاوثان والمرتدة ٢٣٣ يحل نكاح اليهود والنصارى ٢٣٥ الخلاف في نكاح السامرة والصابئين ومن هم ٢٣٨ ويحرم على العبد نكاح مولاته
- ٢٤٠ ولا يحل نكاح المعتدة من غيره ٢٤٢ ولا يحل للرجل أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة ٢٤٤ المذاهب القائمة بجواز نكاح تسع نسوة
- ٢٤٥ ولا يجوز نكاح الشغار وما هو ٢٤٩ ولا يجوز نكاح المنعة ولا يجوز المحلل . إن تزوج بشرط الخيار بطل العقد

- ٢٥٦ ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والمطلقة ثلاثا ويجرم التصريح
- ٢٦٠ تحريم الخطبة على خطبة الغير ٢٦٥ باب الحمار في النكاح والرد بالعيب
- وبيان العيوب التي يجوز فسخ النكاح لها ٢٧٢ الخيار في هذه العيوب
- على الفور . ان فسخ قبل الدخول سقط المهر . وان حدث بالزوج عيب
- ورضيت به المرأة لم يجبرها وليها على الفسخ
- ٢٧٧ إذا ادعت المرأة على الزوج انه عنين وأنكر الزوج ٢٨١ ان ادعى الزوج
- انه وطئها فأنكرت . ان تزوج رجل بامرأة تعلم انه عنين
- ٢٨٤ ان وجدت المرأة زوجها مجبوبا ثبت لها الخيار في الحال
- ٢٨٥ اذا تزوجت امرأة رجلا على انه على صفة فخرج بخلافها
- ٢٨٨ إن كان الغرر من جهة المرأة ٢٩٥ باب نكاح المشرک اذا أسلم الزوجان
- المشركان هل يقران على نكاحهما ، وان أسلم أحدهما ما العمل
- ٣٠٨ ان أسلم وتحت امرأه وعمتها مثلا وأسلمتا معه اختارا أحدهما وطارق الاخرى
- ٣١٤ اذا ارتد الزوجان أو أحدهما وقعت الفرقة ٣١٨ اذا أسلم الوثنيان قبل
- الدخول ثم اختلفا في وقت اسلامهما ٣٢٢ كتاب الصداق ، المستحب
- أن لا يعقد النكاح الا بصداق ولو قليل ٣٢٧ لو تواعدوا سرا على أن
- الصداق عشرة ويظهرون للناس انه مائة
- ٣٢٨ يجوز أن يكون الصداق عينا أو دينا ، حالا أو مؤجلا
- ٣٣١ يجوز أن يكون الصداق تعليم بعض القرآن
- ٣٣٢ ان تزوج كافر بكافرة على صداق محرم كالخمر ثم أسلما أو نكحا كاليينا
- ٣٣٥ ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب ٣٣٩ وتملك المرأة الصداق
- ٣٤٥ ويستقر الصداق بالوطء في الفرج ٣٤٧ ان مات أحد الزوجين قبل
- الدخول استقر لها المهر ٣٥٠ ان قتلت المرأة نفسها قبل الدخول هل
- لها المهر ٣٥٥ اذا طلق الرجل امرأة قبل الدخول يرجع عليها بنصف
- المهر ٣٦٤ جوار العفو عن نصف المهر ٣٧٠ المرأة المسكوت عن
- مهرها في العقد لها مهر المثل ٣٧٥ ويعتبر مهر المثل بمهر عائلتها

- ٣٧٧ اذا أعسر الرجل بالمهر
- ٣٨٠ باب اختلاف الزوجين في الصداق وقدره ٣٨٣ اختلافهما في قبض المهر
وان اختلفا في الوطء باب متعة الطلاق ٣٨٦
- ٣٩١ قدر المتعة ٣٩٢ باب الوليمة والنثر ، وهل وليمة العرس واجبة
- ٣٩٦ هل تجب اجابة الدعوة الى الطعام
- ٣٩٨ وهل تجب الى وليمة الكتاني ٤٠٢ وهل تجب الى وليمة فيها دف
- ٤٠٦ باب عشرة النساء والقسم . اذا تزوج امرأة وجب تسليمها بالعقد
- ٤١١ وللزوج منع زوجته من الخروج الى المسجد وغيره
- ٤١٦ ولا يجوز وطئها في الدبر
- ٤١٩ ويكره العزل . بيان ما يجب للرجل على المرأة وللرأة على الرجل
- ٤٢٥ هل خدمة البيت واجبة على المرأة . وجوب القسم بين الزوجات
- ٤٣٦ اذا تزوج وعنده زوجات قطع الدور للجديدة
- ٤٤٥ باب النشوز . اذا ظهرت من المرأة امارات النشوز وعظما
- ٤٥١ اذا ظهرت من الرجل امارات النشوز

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المجموع

شرح المَهْدَبِ

الجزء السابع عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الخلع

إذا كرهت المرأة زوجها القبيح منظر ، أو سوء عشرة وحافت أن لا تؤدى جفته ، جاز أن تخالعه على عوض ، لقوله عز وجل ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ،

وروى أن جميلة بذت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأنتت إلى النبي (ص) وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطاني ، فقال رسول الله (ص) خذ منها ، فأخذ منها فقدمت في بيتها ، وإن لم تذكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز ، لقوله عز وجل ، فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً ، ولأنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر لحراز من غير ضرر كالإقالة في البيع ، وإن ضربها أو منعها حقها طمعاً في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجوز ، لقوله عز وجل ، ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع ، فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها ، لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه ، فإن زنت فتمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان (أحدهما) يجوز ويستحق فيه العوض : لقوله عز وجل ، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئاً من مالها (والثاني) أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض ، لأنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبهه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا ، فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك في البيوت وهي قوله تعالى ، فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ، ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ، ولأنه روى عن قتادة أنه نمر الفاحشه بالذنوز ، فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

(الشرح) خبر جميلة بنت سهل يؤخذ على المصنف سوقه بقوله: وروى أن جميلة .
هكذا بصيغة التريض مع أن الخبر مروى في صحيح البخارى وسنن النسائى بلفظ
عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله (ص)
فقال يا رسول الله إني ما أعنب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر
في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتدين عليه حديثه ، قالت
نعم ، فقال رسول الله (ص) اقبل الحديثه وطلقها تطلقه ، ورواه ابن ماجه من
طريق أزهر بن مروان وهو صدوق مستقيم الحديث وبقية إسناده من رجال
الصحيح ، وكذلك النسائى والبيهقى أخرجاه بأسانيد رجالها رجال الصحيح ولفظه
عن ابن عباس أن جميلة بنت سهل أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله
ما أعنب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه
بغضاً ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أتدين عليه حديثه ، قالت نعم . فأمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ حديثه ولا يزداد ، وأخرجه النسائى عن
الربيع بنت معوذ أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها ، وهى
جميلة بنت عبد الله بن أبي فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فأرسل النبي (ص) إلى ثابت فقال له خذ الذى لها عليك وخل سبيلها ، قال نعم
فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تربع حىضة واحدة وتلحق بأهلها ،
وفى الترمذى عن ابن عباس وقال حسن غريب ولفظه : ان امرأة ثابت بن قيس
اختلعت من زوجها ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعند بحىضة ، وأخرجه
الترمذى عن الربيع بنت معوذ ، وكذلك النسائى وابن ماجه ، وأخرجه الدارقطنى
والبيهقى عن ابى الزبير

وروى مالك فى موطنه عن حبيبة بنت سهل أنها كانت تحت ثابت بن قيس
ابن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى صلاة الصبح فوجدها
عند بابها ، فقال من هذه ، قالت انا حبيبة بنت سهل ، قال ما شأنك ، قالت لا انا
ولا ثابت بن قيس إلى آخر ما ساقه المصنف من الروايه ، أخرجه اصحاب السنن
وصححه ابن خزيمة وابن حبان من هذا الوجه ، وأخرجه ابو داود من حديث
عائشه ان حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس . وأخرج البزار من حديث

ابن عمر نحوه ، قال ابن عبد البر : اختلف في امرأة ثابت بن قيس ، فذكر
البصريون أنها جميلة بنت أبي ، وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل ، قال الخافظ
ابن حجر : الذي يظهر لي أنها فستان وقعتا لامرأتين اشهرا الخبرين وصحة
الطريقتين واختلف السياقين ، بخلاف ما وقع من الاختلاف في تسمية جميلة
ونسبتهما ، فإن سياق قصتهما متقارب فأمكن رد الاختلاف فيه الى الواقع . اد
ووم ابن الجوزي فقال : إنها سهلة بنت حبيب ، وإنما هي حبيبة بنت سهل
ولكنه انقلب عليه ذلك .

وروى الشافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن عن
حبيبة بنت سهل أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج الى صلاة الصبح فوجدها على
بابه الى آخر الرواية التي ساقها مالك في موطنه

أما اللغات فإن الخلع هو النزح ، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه وطاقتها
على الفدية فخلعها هو خلعاً والاسم الخُلْع بالضم وهو استمارة من خلع اللباس
وقال ابن بطال : أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وإزالته
لأنه يزيل النكاح بعد لزومه ، وكذا المرأة لباس الرجل وهو لباس لها ، قال تعالى
من لباس لكم وأنتم لباس لهن ، فإذا تخلعا فقد نزح كل واحد منهما لباسه .
وقوله فكلوه هنيئاً مريئاً ، هنيئاً الشيء بالضم مع الهمزة هناة الفتح والياء
تيسر من غير مشقة ولا عناء فهو هنيء ، ويجوز الإبدال والإدغام . وهنئاً
الولد يهنئون مهموز من بابي نفع وضرب : وتقول العرب في الداء ليهنئتك
الولد بهمزة ساكنة وبإبدالها باء وحذفها عاصم ومعناه سم في الطعام يهنئ في ساغ
ولذ . وأكاته هنيئاً مريئاً ، أي بلا مشقة ، ويهونه يضم المضارع في الكل لغة .
قال بعضهم : وليس في الكلام يفعل بالضم مهموزاً عما مضيه بالفتح غير هذا
الفعل ، ومرق الطعام مرارة مثال ضخم ضخامة فهو مرقى ، ومرق بالكسر لغة
ومرقته بالكسر أيضاً يتعدى ولا يتعدى ، واستمراته وجدته مريئاً ، وأمرأى
الطعام بالآف ، ويقال هنئاً الطعام ، ومرأى بغير ألف الازدواج ، فإذا أورد
قيل : أمرأى بالآف . ومنهم من يقول مرأى وأمرأى لغتان ، فقوله هنيئاً
مريئاً ، أي بطيب نفس ونشاط قلب ، وقيل هنيئاً لا إثم فيه ومرئاً لا داء فيه .

٦
أما الأحكام فإن الخلع ينقسم الى ثلاثة أقسام . مباحان ومحظوران ، فأحد المباحين إذا كرهت المرأة خلق الزوج أو خلقه أو دينه وخافت أن لا تؤدى حقه فبذلت له عوضاً ليطلقها جاز ذلك وحل له أخذه بلا خلاف ، لقوله تعالى ، فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، ولما رواه الشافعي وغيره من خبر حبيبة بنت سهل وكانت تحت قيس بن ثابت بن شماس إلى آخر الحديث وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي هنا في المهذب جميلة بنت سهل . وروى أن الربيع بنت معوذ بن عفراء أن جميلة بنت عبد الله بن أبي أختامت على عبد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

القسم الثاني ، من المباح أن تكون الحال مستقيمة بين الزوجين ولا يكره أحدهما الآخر فتراضيا على الخلع فيصح الخلع ، ويجل للزوج ما بذلت له ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم

الضرب الثالث ، هو أن يضربها أو يخوفها بالقتل أو بمنعها النفقة والسكوة لتخالعه ، فهذا محظور لقوله تعالى ، ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينهوهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، والعضل المنع ، فإن خالعه في هذه الحال وقع الطلاق ولا يملك الزوج ما بذلته على ذلك — فإن كان بعد الدخول — كان رجعيًا ، لأن الرجعة إنما سقطت لأجل ملك المال ، فإذا لم يملك المال كان له الرجعة ، فإن ضربها للتأديب للنشوز فخالعته عقب الضرب صح الخلع ، لأن ثابت بن قيس كان قد ضرب زوجته فخالعته مع علم النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها ولأن كل عقد صح قبل الضرب صح بعده ، كما لو حد الإمام رجلاً ثم اشترى منه شيئاً عقبيه .

قال الطبري ، وهكذا لو ضربها لتفتدى منه فافتدت نفسها منه عقبيه طائفة صح ذلك لما ذكرناه .

وإن زنت فتمنعها حقها لتخالعه فخالعته فقيه قولان (أحدهما) أنه من الخلع المباح ، لقوله تعالى ، ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينهوهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها

(والثاني) انه من الخلع المحظور لانه خلع أكرهت عليه بمنع حنبا، فهو
 كما لو أكرهها بذلك من غير زنا. وأما الآية فقيل انها منسوخة بالامساك
 بالبيوت. وهو قوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نساءكن، ثم نسخ
 ذلك بالجلد والرجم.

* * *

وقال العلامة صديق حسن خان فى كتابه حسن الاسوة فيما ورد عن ائمه
 ورسوله فى النسوة، باب ما نزل فى إيراث المرأة والمطل وعدم أخذ المهر ممن
 وان زاد، قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها)
 أى مكرهين على ذلك

ومعنى الآية يتضح بمعرفة سبب نزولها، وهو ما أخرجه البخارى وغيره
 عن ابن عباس قال: كان اذا مات الرجل كان أولياءه أحق بامرأته، إن شاء
 بعضهم تزوجها - وإن شاءوا لم يزوجوها - فهم أحق بها من أهلها،
 فنزلت الآية.

وفى لفظ لآبى داود عنه: كان الرجل يرث امرأة ذات قرابة فيعضلها حتى
 تموت أو ترد إليه صداقتها،

وفى لفظ لابن جرير وابن أبي حاتم عنه: فإن كانت جميلة تزوجها، وان
 كانت دميمة حبسها حتى تموت فيرثها،

وقد روى هذا السبب بالفاظ فعناها، ولا يحل لكم أن تأخذوهن بطريق
 الإرث فتزعمون أنكم أحق بهن من غيركم وتحبسوهن لأنفسكن، ولا يحل لكم أن
 تعضلوهن عن أن يتزوجكن غيركم ضرارا، لتذهبوا ببعض ما آتيتوهن.
 أى لتأخذوا ميراثهن إذا متن أو ليدفنن إليكن صداقهن إذا أذنتن فى النكاح.
 وقيل الخطاب لازواج النساء إذا حبسوهن مع سوء العشرة طمعا فى إرثهن
 أو يفتردين ببعض مهرهن. واختاره ابن عطية. اهـ

(مسألة) قال في البيان : ويصح الخلع بالمهر المسمى وبأقل منه وبأكثر منه
 وبه قال الثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم ، وقال طائفة
 والزهرى والشعبي وأحمد وإسحاق : لا يصح الخلع بأكثر من المهر المسمى اهـ .
 قلت : وقد استدل القائلون بمنع الزيادة بحديث أبي الزبير بإسناد صحيح عند
 الدارقطني وقال : سمعه أبو الزبير من غير واحد ، أن ثابت بن قيس بن شماس
 كانت عنده بنت عبد الله بن أبي بن سلول ، وكان أصدقها حديقة فقال النبي صلى
 الله عليه وسلم : أنردن حديقته ، قالت نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم
 أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته ، قالت نعم ، فأخذها له وخلي سبيلها فلما بلغ
 ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالوا :
 ويؤيد ذلك ما عند ابن ماجه والبيهقي من حديث ابن عباس ر أن النبي صلى الله
 عليه وسلم أمره أن يأخذ منها ولا يزداد ، وفي رواية عبد الوهاب عن سعيد قال
 أيوب لا احفظ فيه ولا يزداد .

وفي رواية الثوري وكره أن يأخذ منها أكثر مما أعطى ، ذكر ذلك كله البيهقي
 قال ووصله الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن ابن عباس . وقال أبو الشيخ هو
 غير محفوظ يعني الصواب إرساله .

وأخرج عبد الرزاق عن علي أنه قال . لا يأخذ منها فوق ما أعطها ، وعن
 طاوس وعطاء والزهرى مثله ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد وإسحاق والهادوية ،
 وعن ميمون بن مهران من أخذ أكثر مما أعطى لم يسرح بإحسان . وأخرج
 عبد الرزاق بسند صحيح عن سعيد بن المسيب قال ما أحب أن يأخذ منها بأكثر
 مما أعطها . قال مالك لم أر أحدا ممن يقتدى به بمنع ذلك ولكنه ليس من مكارم
 الأخلاق ، دليلنا على القائلين بالمنع قوله تعالى فلا جناح عليهما فيها افتدت به ،
 ولم يفرق ، وهو عوض مستفاد بعقد فلم يتقدر كالمهر والثمن ، ولأن ابن سعد
 أخرج عن الربيع قال كان بيني وبين ابن عمي كلام ، وكان زوجها ، قالت ، فقلت
 له لك كل شيء وفارقتي ، قال قد فعلت ، فأخذ واقه كل فراشي ، فجئت عثمان
 وهو محصور فقال الشرط املك خذ كل شيء حتى عقاص رأسها .
 وفي البخاري عن عثمان انه اجاز الخلع دون عقاص رأسها . وروى البيهقي

٩
عن أبي سعيد الخدري قال : كانت أختي تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أتردين حديقته ؟ قالت : وأزیده ، فردت عليه حديقته وزادته ، وحصل هذا كله أن الزيادة جائزة مع عدم لياقتها بكارم الأخلاق فنحمل أدلة المنع على التنزيه . ويصح بالدين والعين والمنفعة كما قلنا في المهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الإبن الصغير بعوض وغير عوض لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : إنما الطلاق بيد الذى يحمل له الفرج ، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل فى الولاية ، ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها ، لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالها بشيء من مالها لم يستحق ذلك ، وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ، ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا : إن الذى بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالها بالإبراء من نصف مهرها ، وهذا خطأ . لأنه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق ، وهذا الإبراء قبل الطلاق .

(فصل) ولا يجوز للسفينة أن تخالع بشيء من مالها لأنها ليست من أهل التصرف فى مالها ، فإن طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك ، كما لا يستحق ثمن ما باع منها ، فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ، ويجوز للامة أن تخالع زوجها على عوض فى ذمتها : ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر فى نكاح العبد ، لأن العوض فى الخلع كالنكاح فى النكاح ، فوجب من حيث يجب المهر .

(فصل) ويصح الخلع مع غير الزوجة . وهو أن يقول رجل : طاق امرأتك بألف على . وقال أبو ثور : لا يصح لأن بذل العوض فى مقابلة ما يحصل لغيره سفه ، ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره : بيع عبدك من فلان بألف على ، وهذا خطأ لأنه قد يكون له غرض ، وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم ، فيبذل العوض ليلخصها طلباً للثواب ، كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير

أو حر في يد من بسترته بغير حق ، وبخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشتري ، فلم يصح بالأجنبي ، والطلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبي . كالتق بمال . قال : طلق إمرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانز ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل في قوله الجديد ، وببدل مهرها في قوله القديم ، لأنه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتمذر الرجوع إلى البضع ، فكان فيما يرجع إليه قولان كما قلنا فيمن أصدق إمرأته مالا فتلف قبيل القبض .

(الشرح) الأحكام : لا يجوز للأب أن يطلق إمرأة ابنه الصغير أو المجنون بعوض ولا بغير عوض . قال الحسن وعطاء وأحمد : له أن يطلقها بعوض وبغير عوض . وقال مالك : له أن يطلقها بعوض ؛ ولا يصح أن يطلقها بغير عوض دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ، رواه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عباس وفي إسناد ابن ماجه ابن لهيعة ، وأخرجه ابن عدى وفي إسناده كما في إسناد الدارقطني عصمة بن مالك ، وأخرجه الطبراني وفي إسناده يحيى الحمان .

قال الصوكاني : وطرقه يؤيد بعضها بعضاً .

وقال ابن القيم : ان حديث ابن عباس وإن كان في إسناده ما فيه قالقرآن بعضه وعليه عمل الناس . قلت ولأن في ذلك إسقاط حقه من النكاح فلم يصح من الأب كالإبراء عن دينه .

(فرع) وان قال رجل لا خير : طلق ابنتي وأنت بريء من مهرها أو على أنك براء من مهرها ، فطلقها الزوج وقع الطلاق ولا يبرأ من مهرها سواء كانت كبيرة أو صغيرة لأنهم إن كانت كبيرة فلا يملك التصرف في مالها وإن كانت صغيرة فلا يجوز له التصرف في مالها بمالا حظ لها فيه ولا يلزم إلا للزوج شيء . لأنه لم يضمن له وقال أبو علي بن أبي هريرة : اذا قلنا ان الولي الذي بيده عقدة النكاح صح اذا كانت صغيرة أو مجنونة ، وهذا ليس بشيء . لان هذا الإبراء قبل الطلاق ، وان قال طلقها وأنت بريء من مهرها وعلى ضمان الدرك ، أو اذا طالبتك فأنا ضامن

فطلقها وقع الطلاق ثانياً ، ولا يبرأ الزوج من المهر ويكون له الرجوع على الأب
وبماذا يرجع عليه ؟ فيه قولان (أحدهما) بمهر مثلها (والثاني) بمثل مهرها
المسمى . هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسمودي : إذا قال : طلقها على أنك برىء من مهرها فطلقها لم يقع
الطلاق . وأما إذا قال : وأنت برىء من صداقها وأنا ضامن ؛ أو إذا طالبتك
فأنا ضامن ففيه وجهان بناءً على القولين في من بيده عقدة النكاح . ولو خالعه
الأب يعين من الاعيان من مالها وضمن الأب دركها وقع الطلاق بائناً ولا يملك
الزوج العين ، وبماذا يرجع على الأب ؟ على قولين (أحدهما) بمهر مثلها (والثاني)
بقدر العين ، هذا نقل البغداديين .

وقال المسمودي : إذا كان الزوج جاهلاً بأنها من مالها فسد العوض ، وفيما
ترجع به على الأب القولان ، وإن علم أنها من مالها ، فإن نسب الأب ذلك إلى
مالها وقع الطلاق رجعياً ، وإن أطلق فوجهان .

(أحدهما) يقع رجعياً لأنه قد علم أنه من مالها (والثاني) يقع بائناً
ولا يملك العين ، وبماذا يرجع على الأب على القولين ، لأنه إذا لم يضاف ذلك
إلى مالها احتمل انتقال ملكها إلى الأب .

وقال ابن قدامة من الحنابلة إذا قال الأب طلق ابنتي وأنت برىء من صداقها
فطلقها وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من شيء لم يرجع على الأب ولم يضمن له لأنه
أبرأ مما ليس له الإبراء منه فأشبهه الأجنبي .

قال القاضي : وقال أحمد : إنه يرجع على الأب ، وقال وهذا محمول على أن
الزوج كان جاهلاً بأن إبراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه لأنه غره
فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع
بشيء ويقع الطلاق رجعياً لأنه خلا عن العوض وفي الموضع الذي يرجع عليه
الطلاق بائناً لأنه بعوض ، فإن قال الزوج هي طالق إن أبرأتني من صداقها ،
فقال الأب قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لا يبرأ .

وروى عن أحمد أن الطلاق واقع . فيحتمل أنه أوقفه إذا قصد الزوج تعليق

الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء دون حقيقة البراءة ، وإن قال الزوج : هي طالق إن برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وإن قال الأب طلقها على ألف من مالها وعلى الدرك فطلقها طلقاً بائناً لأنه بعوض وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بذلها .

قوله (فصل) ولا يجوز للسفينة الخ . فإنه كما قال ، إذ لا يجوز للسفينة أن تخالع بشئ من مالها ولا في ذمتها سواء أذن لها الولي أو لم يأذن ، لأنه لا حظ لها في ذلك ، فإن فعلت ذلك وقع الطلاق رجعياً ، لأن الرجعية إنما تسقط لأن الزوج يملك العوض . ويصح خلع المحجور عليها الفليس ؛ وبذلها للعوض صحيح ، لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض إذا أصبحت وفك الحجر عنها ، وليس له مطالبتهما في حال حجرهما كما لو استدانته منه أو باعها شيئاً في ذمتها . هذا مذهبنا ومذهب أحمد وأصحابه

قوله (فصل) ويصح الخلع مع غير الزوجة الخ . وهو كما قال إذ لو قال الرجل لآخر : طلق امرأتك بألف على فطلقها وقع الطلاق بائناً ، واستحق الزوج الألف على السائل ، وبه قال طامة أهل العلم إلا أبو ثور فإنه قال : يقع الطلاق رجعياً ، ولا يستحق على السائل عوض ؛ فيكون سفهاً من السائل لو بذل عوضاً فيها لا منفعة له فيه ، فإن الملك لا يحصل له ، فأشبهه مالو قال بع عبدك لزبد على دليلنا أنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال اعتق عبدك وعلى ثمنه . ولأنه لو قال أسقط متاعك في البحر وعلى ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد . فههنا أولى ، ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض طار غيرهما كالدين ، وفارق البيع فإنه تملك فلا يجوز بغير رضاه من يثبت له الملك ، وإن قالت له طلقني وشرقتي بألف فطلقها وقع الطلاق بها بائناً واستحق الألف على بائنته لأن الخلع مع الأجنبية جائز ، وإن طلق أحدهما فأنها تطلق طلاقاً بائناً ولزم البائدة بحصتها من الألف ، وهذا مذهبنا ومذهب أحمد . إلا أن بعض أصحابنا قال يلزمه مهر مثل المطلقة . وقيل اس قول بعض الأصحاب فيها إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء .

ووقعت بهـا التـطليقة أن لا يلزم الباذلة ههنا شيء لأنه لم يجبهـا إلى ما سألت فلم
يجب عليها ما بذلت ؛ ولأنه قد يكون غرضها في بينوتها جميعاً منه ، فإذا طلق
إحدهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها .

وإن قالت طالقى بألف على أن تطلق ضرتى أو على أن لا تطلق ضرتى فالخلع صحيح والشرط
والعوض باطلان ويرجع إلى مهر المثل في قوله الجديد ، وببذل مهرها في قوله القديم
لأن الشرط سلب في الطلاق ، والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل ، فيكون
الباقي مجهولاً . وقال أحمد وأصحابه : الخلع صحيح والشرط والبذل لازم ، لأنها
بذلت عوضاً في طلاقها وطلاق ضرتها فصح ، كما لو قالت طلقى وضرتى بألف ،
فإن لم يف لها بشرطها فبذلها الأقل من المسمى أو الألف الذى شرطته ، قالوا
ويحتمل أن لا يستحق شيئاً من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه
كما لو طلقها بغير عوض . وقال أبو حنيفة : الشرط باطل والعوض صحيح ،
لأن العقد يستقل بذلك العوض

قلت : قد يكون في دخول الأجنبي للتفرقة بين المرء وزوجه تطايل وفضول
أو سفه كما بقول أبو ثور ، إلا أن الذى بيده عقدة النكاح - إذا قلنا هو الزوج -
فانه هو الموقوع للطلاق . وقد يكون في فضول الأجنبي نوع من الغوث وإنقاذ
مكروبة تقع في يد من يظلمها فهو يبتغى بتخليصها من الظلم ثواب الآخرة . فإذا
صح احتمال هذا صحت القضية وتوجه تدخل الأجنبي بما التزم من البذل والشرط
والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز الخلع في الحيض : لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر
الذى يلحقها بتطويل العدة ؛ والخلع جعل للضرر الذى يلحقها بسوء العشرة
والتقصير في حق الزوج ، والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة ، لجاز
دفع أعظم الضررين بأخفهما .

ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد التراضى جعل لدفع الضرر ، فلم
يفتقر الى الحاكم كالإقالة في البيع .

(فصل) ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق ، فإن خالها بصريح الطلاق أو بالكتابة مع النية فهو طلاق ، لأنه لا يحتمل غير الطلاق ، فإن خالها بصريح الخلع نظرت ، فإن لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال (أحدهما) أنه لا يقع به فرقة ، وهو قوله في الأم ، لأنه كتابة في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة ، كما لو عريت عن العوض (والثاني) أنه فسخ ، وهو قوله في القديم ، لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقاً ؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بصريح أو كتابة مع النية ؛ والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق ، فوجب أن يكون فسخاً (والثالث) أنه طلاق ، وهو قوله في الاملاء ، وهو اختيار المذنب ، لأنها إنما بذت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك إبقاؤها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً ، فإن قلنا إنه فسخ صح بصريحه ، وصريحه الخلع والمفاداة ، لأن المفاداة ورد بها القرآن ، والخلع ثبت له العرف ، فإذا خالها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية ، وهل يصح الفسخ بالكتابة كالمباراة والتحريم وسائر كتابات الطلاق ، فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن الفسخ لا يصح تمليقه على الصفات فلم يصح بالكتابة كالنكاح (والثاني) يصح لأنه أحد نوعي الفرقة فانقسم لفظها إلى الصريح والكتابة كالطلاق ، فعلى هذا إذا خالها بشيء من الكتابات لم يفسخ النكاح حتى ينويها . واختلف أصحابنا في لفظ الفسخ ، فمنهم من قال هو كتابة لأنه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح ، ومنهم من قال هو صريح لأنه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع ، وإن خال بصريح الخلع ونوى به الطلاق - فإن قلنا بقوله في الاملاء - فهو طلاق . لأنه إذا كان طلاقاً من غير نية الطلاق وقع النية أولى ، وإن قلنا بقوله في الأم فهو طلاق ، لأنه كتابة في الطلاق اقترنت به نية الطلاق ، وإن قلنا بقوله في القديم ففيه وجهان (أحدهما) أنه طلاق لأنه يحتمل الطلاق ، وقد اقترنت به نية الطلاق (والثاني) أنه فسخ لأنه على هذا القول صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كتابة في حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحاً في فرقة النكاح لم يجوز أن يكون كتابة في الظاهر

(الشرح) الأحكام : يصح الخلع في الحيض لقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افنتت به) ولم يفرق ، وخالعت حبيبة بنت قيس زوجها بإذن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يسألها هل هي حائض أو طاهر ، فدل على أن الحكم لا يختلف ، ويصح الخلع من غير حاكم ، وبه قال طامة أهل العلم . وقال الحسن البصرى وابن سيرين لا يصح إلا بالحاكم ؛ ودليلنا قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افنتت به) ولم يفرق .

قوله : فصل وبصح الخلع بلفظ الطلاق الخ . فهو كما قال ، ذلك أنه إذا خالعتها بصريح الطلاق أو بشيء من كنايات الطلاق ونوى به الطلاق فهو طلاق ينقص به العدد في الطلاق . وإن خالعتها بلفظة الخلع ولم ينو به الطلاق ففيه قولان . (أحدهما) وهو قوله في القديم أنه فسح ، وبه قال ابن عباس وعكرمة وطاوس وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، واختاره ابن المنذر والمسعودى ، لأنه نوع فرقة لا ثبت فيه الرجعة بحال فكان فسحا ، كما لو اعتقت الأمة تحت عبد ففسخت النكاح ، فعلى هذا لا ينقص به عدد الطلاق ، بل لو خالعتها ثلاث مرات وأكثر حلت له قبل زوج .

(والثاني) أنه طلاق ، وبه قال عثمان بن عفان وعلي بن أبى طالب وابن مسعود ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، لأنه فرقة لا يفتقر الى تكرار اللفظ . ولا تنفرد به المرأة فكان طلاقا كصريح الطلاق . فقوانا لا يفتقر الى تكرار احتراز من اللعان . وقوانا لا تنفرد به المرأة احتراز من الردة ، فإذا قلنا بهذا فهل هو صريح أو كناية ؟ فيه قولان

قال فى الاملاء هو صريح فى الطلاق ، لأن دخول العوض فيه كدخول النية فى كنايات الطلاق ، وقال فى الام هو كناية فى الطلاق ، فلا يقع به الطلاق الا بالنية كسائر كنايات الطلاق ، فاذا قلنا انه طلاق نقص به عدد الطلاق ، وان قلنا ان الخلع فسح كان صريحه الخلع والمفاداة ، لأن الخلع وردت به السنة وثبت له عرف الاستعمال ، والمفاداة ورد بها القرآن وثبت لها عرف الاستعمال ، فإن قالت افسخنى على ألف ، أو اصحبى بألف ، فقال اصحبك أو فسختك ؛ فهل هو صريح فى الفسخ أو كناية فيه ؟ على وجهين

(أحدهما) أنه كناية في الفسخ فلا يقع به الفسخ حتى ينوب الفسخ ، لأنه لم يثبت به عرف الاستعمال ولم يرد به الشرع .

(والثاني) أنه صريح فيه ، فينفسخ النكاح من غير نية - قال في البيان - وهو الأصح لأنه حقيقة فيه ، ومعروف في عرف أهل اللسان ، فإن قالت خاني على ألف أو بنتي أو غير ذلك من كنى- آيات الطلاق ، فقال خاينك أو بنتك ولم ينوب الطلاق - فإن قلنا إن الخلع صريح بالطلاق وبدخوله الموضع - صارت هذه الكنايات صريحة في الطلاق بدخول الموضع فيهما ، وإن قلنا إن الخلع كناية في الطلاق - فإن نوب الطلاق في هذه الكنايات - كان طلاقاً بائناً واستحق العوض وإن لم ينوب الطلاق لم يقع الطلاق ولم يستحق العوض ، لأن الكناية لا يقع بها الطلاق من غير نية . وإن نوت الطلاق ولم ينوب الزوج لم يقع الطلاق لأنه هو الموضع ، وإن نوب الزوج ولم تنو هي ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) يقع طلاق رجعية ولا يستحق العوض لأنه نوب الطلاق ولم

يوجد منها استدعاء الطلاق

(والثاني) وهو المذهب أنه لا يقع طلاق لأنه أوقعه بموضع ، فإذا لم يثبت العوض لم يقع الطلاق ، وإن قلنا إن الخلع فسخ ونوب بهذه الكنايات الفسخ فهل ينفسخ النكاح . فيه وجهان (أحدهما) لا ينفسخ ، لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفة فلم يصح بالكناية (والثاني) ينفسخ - وهو المذهب - لأنه أحد نوعي الفرقة ، فانقسم إلى الصريح والكناية كالطلاق ، وإن خالهما بصريح الخلع ونوباً به الطلاق ، فإن قلنا إن الخلع صريح في الطلاق أو كناية فيه وقع الطلاق . وإن قلنا أنه فسخ ففيه وجهان حكاهما المصنف

(أحدهما) لا يقع به الطلاق ويكون فسخاً لأنه صريح في الفسخ فلم يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح ، كما لا يجوز أن يكون الطلاق كناية في الظاهر (والثاني) ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره أنه يقع به الطلاق لأنه يحتمل الطلاق ، وقد اقترنت به نية الطلاق

(فرع) إذا قالت خالني على ألف ونوت الطلاق فقال طلقك وقع الطلاق بائناً واستحق الألف ؛ سواء قلنا الخلع صريح في الطلاق أو كناية - لأننا إن قلنا

لأنه صريح - فقد أجابها إلى ما سألت - وإن قلنا إنه كناية - فقد سألت كناية
وأجابها بالصريح فكان أكثر مما سألت . وإن قالت طلقني على ألف فقال خالعتك
ونوى به الطلاق . أو قلنا إنه صريح في الطلاق استحق الألف . وقال ابن خيران
إذا قلنا إنه كناية لم يقع عليها ولم يستحق الألف لأنها ذات الألف للصريح ولم
يجبها إليه والأول أصح ، لأن الكناية مع النية كالصريح ، وإن لم ينو به الطلاق
لم يقع به طلاق ولا فسخ ، لأنه لم يجبها إلى ما سألت . وإن قالت اخاعني على
ألف فقال خالعتك على ألف - وقلنا الخلع فسخ - فيه وجهان

(أحدهما) لا يقع عليها طلاق ، ولا يستحق عوضاً لأنه لم يجبها إلى ما سألت
(والثاني) يقع عليها الطلاق ويستحق الألف ، لأنه أجابها إلى أكثر مما سألت منه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح
معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق . فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع
الفرقة بموضع ، وذلك مثل أن يقول : طلقتك أو أنت طالق بألف ، وتقول
المرأة قبلت ، كما تقول في البيع : بعتك هذا بألف ، ويقول المشتري قبلت ، أو
تقول المرأة طلقني بألف ، فيقول الزوج طلقتك ، كما يقول المشتري يعني هذا
بألف ، ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد في الجواب ذكر الألف ، لأن
الاطلاق يرجع إليه كما يرجع في البيع ، ولا يصح الجواب في هذا إلا على الفور
كما تقول في البيع ، ويجوز للزوج أن يرجع في الإيجاب قبل القبول ، وللرأة
أن ترجع في الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز في البيع

وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال ، فإن كان
بحرف (إن) بأن قال : إن ضمن لي ألفاً فأنت طالق ، لم يصح للضمان إلا على
الفور ، لأنه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخي ، إلا أنه لما ذكر العوض صار
تملكاً بموضع فافتضى الجواب على الفور كالتملك في المعاوضات

وان قال ان أعطيتني ألفاً فانت طالق لم تصح العطية الا على الفور ، بحيث يصلح ان تكون جراً بآ لكلامه لان العطية ههنا هي القبول ، ويكفي أن تخضر المال وتأذن في قبضه أخذ أو لم يأخذ ، لأن اسم العطية يقع عليه وان لم يأخذ ، ولهذا يقال أعطيت فلاناً مالا فلم يأخذه .

وان قالت طلقتني بألف ، فقال أنت طالق بألف ان شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة : لأنه أضاف الى ما التزمت المشيئة فلم يقع الا بها ، ولا تصح المشيئة الا بالنزول وهو أن تقول على الفور شئت لان المشيئة واضحة كانت بالفأب الا أنها لا تعرف الا بالقول ، فصار تقديره أنت طالق ان قلت شئت ، ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة . وان كان بحرف متى وأى وقت . بأن يقول متى ضمننت لى أو أى وقت ضمننت لى ألفاً فانت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخو . والفرق بينه وبين قوله ان ضمننت لى ألفاً أن اللفظ هناك عام فى الزمانين . ولهذا لو قال ان ضمننت لى الساعة أو ان ضمننت لى غداً جاز ، فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياساً على المعاوضات . والعموم يجوز تخصيصه بالقياس . وليس كذلك قوله متى وأى وقت . لأنه نص فى كل واحد من الزمانين صريح فى المنع من التعمين فى أحد الزمانين . ولهذا لو قال أى وقت أعطيتنى الساعة كان محالاً . وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس .

وان رجع الزوج فى هذا قبل القبول لم يصح . لأن حكمه حكم الطلاق المعاق بالصفات دون المعاوضات

وان كان بحرف (اذا) بأن قال اذا ضمننت لى ألفاً فانت طالق . فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله ان ضمننت لى فى اقتضاء الجواب على الفور وفى جواز الرجوع فيه قبل القبول . وعندى أن حكمه حكم متى . وأى وقت . لأنه يفيد ما يفيد متى : وأى وقت . ولهذا اذا قال : متى ألتاك جاز أن يقول اذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأى وقت شئت بخلاف ان . فإنه لو قال : متى ألتاك لم يجوز أن يقول ان شئت

(الشرح) الأحكام : يصح الخلع منجزاً لما فيه من المعاوضة ، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق ، فالمنجز أن يوقع الفرقة بعوض مثل أن يقول الزوج طلقك أو خالعتك أو فاديتك بألف ، فتقول الزوجة عقيب ذلك قبلت كما يقول البائع بعتك هذا بألف ويقول المشتري : قبلت ، وللزوج أن يرجع في الإيجاب قبل القبول كما قلنا في البائع ، فإن قالت الزوجة طاقني بألف ، فقال الزوج عقيب استدعائها طلقك . ولو قالت الزوجة اخلمي أو خالعتي بألف ، فقال عقيب استدعائها خلمتك أو خالعتك صح كما يقول المشتري بعني هذا بألف فيقول البائع بعتك ، فان تأخرت إجابته لها على الفور بطل الاستدعاء ولها أن ترجع قبل أن يخبئها . كما قلنا في المشتري ، فان قالت الزوجة خالعتك بألف ، فقال الزوج قبلت لم يصح ولم تقع بذلك فرقة لأن الإيقاع اليه دونها ، وقوله قبلت ليست بإيقاع ، فهو كما لو قالت له طلقك بألف فقال قبلت ، وإن قالت له إن طلقني ، أو إذا طلقني أو متى طلقني أو متى ما طلقني فملك على ألف ، فقال طلقك وقع الطلاق نائياً واستحق الألف عليها ، لان الطلاق لا يحتاج الى استدعائها ورضاها به ، ولهذا لو طلقها بنفسه صح ، وانما الذي يحتاج اليه منها هو التزامها المال وقد وجد الالتزام منها ، ويعتبر أن يكون جوابه على الفور ، لانه معاوضة محضة من جهتها فافتضى الجواب على الفور . وان قال ان بعني هذا فملك ألب ، ففيه وجهان حكاهما المسعودي .

(أحدهما) يصح كما قلنا في الخلع .

(والثاني) لا يصح - وهو المشهور - لأن البيع تمليك يحتاج فيه الى

رضى المملك .

وقوله ان بعني ، ليس بقبول ولا جار مجراه ، ولهذا نذكر ما قال علماء اللغة في حرف (ان) ووظيفتها في الاستعمال ، فقال العلامة الفيومي في المصباح ، وأما ان بالسكون فتكون حرف شرط . وهو تعليق أمر على أمر نحو ان قلت قلت . ولا يعان بها الا ما يحتمل وقوعه ، ولا تقتضى الفور . بل تستعمل في الفور والتراخي مثبتاً كان الشرط أو منقياً . فقوله : ان دخلت الدار أو ان لم تدخل الدار فأنت طالق يعم الزمانين .

قال الأزهرى : وسئل ثعلب : لو قال لإمرأته : إن دخلت الدار أو إن لم تدخل الدار إن كلمت زيدا فأنت طالق متى تطلق ؟ فقال : إن فعلتهما جميعاً لأنه أتى بشرطين ، فقيل له : لو قال أنت طالق إن احمر البسر فقال : هذه المسئلة محال ، لأن البسر لا بد أن يحمر ، فالشرط قائم فقيل له : لو قال إذا احمر البسر فقال : تطلق إذا احمر ، لأنه شرط صحيح ففرق بين إن وبين إذا لجعل إن ، للممكن ، و إذا ، للتحقق . فيقال : إذا جاء رأس الشهر ، وإن جاء رأس الشهر وإن جاء زيد ، وقد تجرد عن معنى الشرط فتكون بمعنى لو ، نحو صل وإن عجزت عن القيام ، ومعنى الكلام حينئذ الخاق الملفوظ بالمسكوت عنه في الحكم أى صل ، سواء قدرت على القيام أو عجزت عنه ، ومنه يقال : أكرم زيدا . وإن قعد ، فالواو للحال والتقدير ، ولو في حال قعوده ، وفيه نص على ادخال الملفوظ بعد الواو تحت ما يقتضيه اللفظ من الاطلاق والعموم اذ لو اقتصر على قوله : أكرم زيدا لكان مطلقاً والمطلق جائز التقييد فيحتمل ما بعد الواو تحت العموم ، ويحتمل خروجه على ارادة التخصيص ، فيتعين الدخول بالنصر عليه وبزول الاحتمال ، ومعناه أكرمه سواء قعد أو لا ، ويبقى الفعل على عمومه وتمتنع ارادة التخصيص حينئذ .

قال المرزوقى فى شرح الحماسه : وقد يكون فى الشرط معنى الحال كما يكون فى الحال معنى الشرط .

قال الشاعر :
طاود هراة وان معمورها خربا

فى الواو معنى الحال أى ولو فى حال خرابها ، ومثال الحال يتضمن معنى الشرط لأفعاله كائناً ما كان . والمعنى ان كان هذا وان كان غيره وتكون للجاهل كقولك لمن سألك ، هل ولدك فى الدار ؟ وأنت عالم به ان كان فى الدار أعلمك به وتكون لتنزىل العالم منزلة الجاهل تحريضاً على الفعل أو دوامه كقولك ان كنت ابني فأطعني ، وكانك قلت : أنت تعلم أنك ابني ويجب على الابن طاعة الآب وأنت غير مطيع فافعل ما تؤمر به .

وقال بعض أصحابنا المتأخرين : وان قالت له أجزت لك ألفاً لتطلقني أو على أن تطلقني فقال أنت طالق ، طلقت واستحق عليها الألف .

وقال ابن الصباغ : اذا استأجرته على أن يطلق ضرته لم يصح . وأما المعلق فنيل أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو عطاء مال فينظر فيه ، فإن كان بحرف ان مثل أن قال ان ضمنيت لي ألفاً فأنت طالق ، فإن قالت ضمنيت بحيث يصح أن يكون جواباً لكلامه وقع الطلاق ، لأنه وجد الشرط ، وان تأخر الضمان عن قوله بزمان طويل أو بعد أن أخذت في كلام لم يقع الطلاق ولم يلزمها الألف لأنه معاوضة : ومن شرط القبول فيه على الفور . وان ضمنيت له في المجلس بعد زمان ليس بطويل ففيه وجهان حكاهما الصيمري قال ظاهر النص أنه يلزم ذلك وان قال : ان اعطيتني ألفاً فأنت طالق فأعطته بحيث يصلح أن يكون جواباً لكلامها وقع الطلاق ويكفي أن تحضر الألف وتأذن له في قبضها سواء أخذها أو لم يأخذها لأنه يقع عليها اسم العطية . وان تأخرت العطية عن الفور بسبب منها بأن لم تعطه إياها وبسبب منه بأن غاب أو هرب لم يقع الطلاق لأنه لم يوجد الشرط ، واذا أخذ الألف فهل يملكها .

وقال عامة أصحابنا : يملكها لأنه معافي منه فملكها ، كما لو قال : طلقتك على هذه الألف فقالت قبلت . وحكى أبو علي الشيخي فيما وجهين (أحدهما) يملكها لما ذكرناه (والثاني) لا يملكها وهو قول المازني وابن القاص ، لأنه معاوضة فلم يصح تعليقها على الصفة كالبيع ، فعلى هذا يرد الألف إليها ويرجع عليها بمهر مثلها ، والأول هو المشهور .

فإن قال : ان قبضت منك ألفاً فأنت طالق فجاءته بألف ووضعته بين يديه وأذنت له في قبضه فلم يقبضه لم يقع الطلاق ، لان الصفة لم توجد ، وان أكرهها على الاقباض فقبض .

قال المسعودي : وقع الطلاق رجعياً ورد المال اليها . قال المصنف : ويصح رجوع الزوج عن الضمان والعطية كما قلنا فيما عقد بالمغز الماوضة ، فإن قالت طلقني بألف ، فقال أنت طالق ان شئت ، فان وجدت المشيئة منها فالقول جواباً

لكلامه على الفور وقع الطلاق بائناً ولزمها الالف لانه علق الطلاق بالمشيئة منها وقد وجدت وان تأخرت مشيئتها عن الفور لم يقع الطلاق ، لأن الشرط لم يوجد لأنه لم يرض بطلاقها إلا بعوض ، ولا يلزم العوض الا بالقبول على الفور ؛ وان قالت : طلقني بالالف فقال لها : طلقني نفسك ان شئت ، فان قالت طلقت نفسي لزمها الالف ولا يشترط أن تقول : شئت لان طلاقها لنفسها يدل على مشيئتها كقوله : متى ضمننت لى ألفاً فأنت طالق ، أو متى ما ضمننت لى أو أى وقت ضمننت لى أو أى حين ضمننت لى أو أى زمان ، فمتى ضمننت له على الفور وعلى التراخي وقع عليها الطلاق ، لأن هذه الالفاظ تستغرق الزمان كله وتعمه فى الحقيقة بخلاف ، ان ، فإنه لا يعم الزمان ولا يستغرقه ، وانما هو كلية شرط تحتل الفور والتراخي الا اذا قرن به العوض حمل على الفور ، لأن المعاوضة تقتضى الفور ، فان رجعت الزوج قبيل الضمان لم تصح رجوعه لأنه تعليق طلاقه بصفة فلم يصح رجوعه كما لو قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق وان كان ذلك بحرف ، اذا ، بان قال : اذا أعطيتنى ألفاً ، واذا ضمننت لى ألفاً فأنت طالق ، فقد ذكر أكثر أصحابنا أن حكمه حكم قوله : ان ضمننت لى ألفاً أو ان أعطيتنى ألفاً ؛ لأنها كلية شرط لا تستغرق الزمان ، فهى كقوله : ان ضمننت لى .

وقال المصنف : حكمه حكم قوله متى ضمننت لى أو أى وقت ضمننت لى ، لأنها تفيد ما تفيد متى وأى وقت ، ولهذا لو قال : متى ألقاك جاز أن يقول : اذا شئت ، كما يجوز أن يقول متى شئت بخلاف ، ان ، فانها لا تفيد ما تفيد متى ، ولهذا لو قال له متى ألقاك لم يجوز أن يقول ان شئت ، وهكذا ان قال : أنت طالق ان أعطيتنى ألفاً بفتح الهمزة وقع الطلاق عليها ، وكان مقراً بأنها أعطته ألفاً فترد اليها .

(فرع) اذا قال لها ان ضمننت لى ألفاً فطلقى نفسك ، فانه يقتضى ضمانا وتطبيقا على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه ، وسواء قالت ضمننت

الالاف وطلقت نفسي أو قالت طلقت نفسي وضمنت الالاف فانه يصح لانه تمليك بعوض فكان القبول فيه على الفور كالبيع .

(فرع) قال الشافعي : ولو أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها فالطلاق ثابت ولها الالاف وعليها مهر المثل . قال أصحابنا : وهذا يحتمل ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنه أراد اذا مضى الشهر طلقها فلا يصح ، لانه سلف في الطلاق .
(والثاني) أنه أراد أن يطلقها الآن ثم يرفع الطلاق بعد شهر فلا يصح ، لأن الطلاق اذا وقع لم يرفع .

(الثالث) أنه أراد أن يطلقها ان شاء الساعة ، وان شاء الى شهر ، فلا يصح لانه سلف في الطلاق ، ولان وقت ايقاع الطلاق مجهول . وان قالت له اذا جاء رأس الشهر وطلقتني فلك على ألف فطلقها عند رأس الشهر أو قال لها . اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على الالاف ، فقالت قبلت ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه على الصفات .
(الثاني) لا يصح وهو الاصح لان المعاوضة لا يصح تعليقه على الصفات فاذا قلنا يصح - قال ابن الصباغ - وجب تسليم العوض في الحال لانها رضيت بتأجيل المعوض ، وان قلنا : لا يصح ، فأعطته ألفا ووقع عليها الطلاق وردت الالاف اليها ، ورجع عليها بمهر مثلها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة ، لانه عقد على منفعة البضع لجاز بما ذكرناه كالنكاح ، فان خالعهما على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح ، فن أصحابنا من قال فيه قولان لانها صفقة جمعت بيعا واجارة ، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لان الحاجة تدعو الى الجمع بينهما لانه اذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالعه على الآخر وفي غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر ، وان مات الولد بعد الرضاع ففي النفقة وجهان .

(أحدهما) أمها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات (والثاني) لا تحل لأن الدين إنما يحل بموت من عليه دون من له

(فصل) وإن خالها خلعا منجزاً على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق ، فإن كان عيناً فهلك قبل القبض ، أو خرج مستحقاً أو على عهد فخرج حراً ، أو على خل فخرج خيراً رجوعاً إلى مهر المثل في قوله الجديد ، وإلى بدل المسمى في قوله القديم ، كما قلنا في الصداق . وإن خالها على أن ترضع ولده فمات فهو كالعين إذا هلك قبل القبض ، وإن مات الولد ففيه قولان (أحدهما) يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد على إيقاع منفعة في عين : فإذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها ، كما لو أكره ظهر الأركوب فمكك الظهر . فعلى هذا يرجع إلى مهر المثل في قوله الجديد . وإلى أجره الرضاع في قوله القديم .

(والقول الثاني) أنه لا يسقط الرضاع بل يأتينا بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية ، وإن مات المستوفى قام غيره مقامه ، كما لو أكره ظهر أومات فإن الوارث يقوم مقامه فعلى هذا إن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبهه إذا أجرته داراً وسلمتها إليه فلم يسكنها (والثاني) يرجع عليها لأن المعقود عليه تحتمل يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئاً وتلف قبل أن يسلم . فعلى هذا يرجع بمهر المثل في قوله الجديد وبأجره الرضاع في قوله القديم . وإن خالها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتينا بثوب آخر لتخيطة ؟ فيه وجهان بناء على القولين في الرضاع

(فصل) ويجوز رد العوض فيه بالعيب لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق . فإن كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيباً فردته رجوعاً إلى مهر المثل في قوله الجديد وإلى بدل العين سابقاً في قوله القديم كما ذكرناه في الصداق . وإن كان الخلع منجزاً على عوض موصوف في الذمة فأعطته ووجده معيباً فردته طالباً بمثل سابقاً كما قلنا فبمن أمراً في ثوب ونقصه

وجوده معييا فرده . وإن قال إن دفعت إلى عبد من صفته كذا وكذا فأنت طالق
فدفعت إليه عبداً على تلك الصفة طلقت ، فإن وجدته معييا فرده رجع في قوله
الجديد إلى مهر المثل وإلى بدل العبد في قوله للقديم لأنه تبيين بالطلاق نصار كما
لو خالهما على عين فردها بالعيب ، ويخالف إذا كان موصوفاً في الذمة في خلع
منجز فقبضه ووجد به عيباً فرده لأنه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع إلى ما في
الذمة . وإن خالهما على عين على أنها على صفة فخرجت على دون تلك الصفة
ثبت له الرد كما قلنا في البيع ، فإذا رده رجع إلى مهر المثل في أحد القولين وإلى
بدل المشروط في القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب

(فصل) ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالجهول ولا ما لم
يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لأنه عقد معاوضة فلم يجوز على ما ذكرناه
كالبيع والنكاح ، فإن طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع
عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد
العوض فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير ، فإن خالهما بشرط
فاسد بأن قالت طلقني بألف بشرط أن تطلق ضرتي فطالما وقع الطلاق ويرجع
عليها بمهر المثل . لأن الشرط فاسد فإذا سقط وجب إسقاط ما زيد في البديل
لأنه وهو مجهول فنصار العوض فيه يجوز ولا فوجبه مهر المثل فإن قال إذا جاء
رأس الشهر فأنت طالق على ألف فقيه وجهان (أحدهما) يصح لأنه تعلق بطلاق
بشرط (والثاني) لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعلقه على شرط كالبيع
فملى هذا إذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل

(الشرح) الأحكام : إذا خالغ امرأته على أن ترضع ولده وتحضنه وتكفله
بعد الرضاع وبين مدة الرضاع وقدر الطعام وصفته والادم وكتم تجد منه في كل
يوم وكان الطعام والإدام بما يجوز السلم فيه وبين مدة الكفالة بعد الرضاع فالمنصوص
أنه يصح . ومن أصحابنا من قال : هل يصح العوض ؟ فيه قولان لأن هذا جميعه
في أصول الشافعي في كل واحد منها قولان . أحدهما البيع والإجارة لأن في هذا
إجارة الرضاع وابتاعاً للنفقة . والثاني : السلم على شئنين مختلفين ، والثالث : فيه
السلم على شيء إلى آجال ، والصحيح يصح قولاً واحداً لأن السلم والبيع إنما يصح

على أحد التولين لان كل واحد منهما مقصود . والمقصود ههنا هو الرضاع والباقي
 يبيع له . ويجوز في التابع مالا يجوز في غيره . ألا ترى أنه يجوز أن يشتري الثمرة
 على الشجرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . ولو اشترى
 الثمرة وحدها كذلك لم يصح . وأما السلم على شيء الى آجال وعلى شئين الى أجل
 فانه لم يصح لانه لا حاجة به اليه . وههنا به الى هذا حاجة لانه كان يمكنه أن يسلم
 على كل واحد وحده . وههنا لا يمكنه الخراج على ذلك مرتين . اذا ثبت هذا فان
 عاش الولد حتى استكمل مدة الرضاع وحل وقت النفقة فللاب أن يأخذ كل يوم
 قدر ما يحل عليهما من النفقة والادم فيه . فان شاء أخذه لنفسه وأنفق على ولده
 من ماله . وان شاء أنفقه على ولده . فان كان ذلك أكثر من كفاية الولد كانت اللاب
 وان كان أقل من كفاية الولد كان على الاب تمام نفقته . وان أذن لها في اتفاق ذلك
 على الولد . فقد قال أكثر أصحابنا يصح ذلك كما لو كان في ذمته اغيره دين فأمره
 بدفعه إلى انسان فانه برأ بدفعه اليه . وسواء كان المدفوع اليه ممن يصح قبضه أو
 ممن لا يصح قبضه كما لو كان له في يده طير فأمره بارساله

وقال ابن الصباغ : يكون في ذلك وجهان كالمنقط اذا أذن له الحاكم في
 اسقاط ماله على اللقيط

وان مات الصبي بعد استكمال الرضاع دون مدة النفقة لم يبطل العوض لانه قد
 استوفى الرضاع . ويمكن الاب أخذ النفقة . فيأخذ ما قدره من النفقة . وهل يحل
 عليهما ذلك بموت الولد ؟ ولا يستحق الاب أخذه الا على نجومه ؟ فيه وجهان
 (أحدهما) يحل عليهما فيطالبها به الاب لان تأجيله انما كان لحق الولد

(والثاني) لا يستحق أخذه الا على نجومه — وهو الاصح لانه وجب عليهما
 هكذا . وانما مات المستوفى

وان مات الصبي بعد أن رضع حولا وكانت مدة الرضاع حولين فهل تنفسخ
 الإجارة في الحول الثاني أو لا تنفسخ بل يأتيها بصبي آخر لترضعه ؟ قال المسعودي
 ان لم يكن الصبي الميت منها لم تنفسخ الإجارة قولا واحدا . وان كان الولد الميت
 منها فهل تنفسخ الإجارة أو لا تنفسخ بل يأتيها بصبي آخر لترضعه ؟ قولا . والفرق
 بينهما أنها تدر على ولدها ما لا تدر على غيره . وسائر أصحابنا حكوا القولين من غير تفصيل

(أحدهما) لا ينفسخ فيأتيها بصبي آخر ، لأن الصبي الميت مستوفى به ، فلم تبطل الاجارة بموته كما لو اكرزى دابة ليركبها إلى بلد فمات قبل استيفاء الركوب (والثاني) ليس له أن يأتيها بغيره بل تنفسخ الاجارة ، لأن الرضاع يتقدر لحاجة الصبي اليه وحاجتهم تختلف فلم يقيم غيره مقامه بخلاف الركوب ، ولأنه عقد على إبقاء منفعة في عين ، فإذا تلفت تلك العين لم يقيم غيرها مقامها كما لو اكرزى دابة ليركبها إلى بلد فماتت ؛ فإذا قلنا بهذا أو قلنا بالاول ولم يأت بمن يقيمه مقامه انفسخ العقد في الحول الثاني .

وهل ينفسخ في الحول الاول وفيها بقي من العوض ؟ فيه طريقان كما قلنا فيمن استأجر عيناً حولين فتلفت في أثناءهما ، فإن قلنا : لا يبطل العقد في الحول الاول ولا في النفقة فقد استوفى الرضاع في الحول الاول وله أن يستوفى النفقة وهل يحل جميعها عليها ؟ أو ليستوفىها على نجومها ؟ على الوجهين .

وأما الحول الثاني فقد انفسخ العقد فيه ، وبماذا يرجع عليها ، فيه قولان . (أحدها) بأجرة الحول الثاني (والثاني) بقسطه من مهر المثل ، فعلى هذا يقسم مهر المثل على أجرة الرضاع في الحولين وعلى قيمة النفقة والادم ، فما قابل أجرة الحول الثاني أخذه ، وما قابل غيره لم يستحقه عليها .

وإن قلنا : إنه يأتيها بولد آخر ، فإن أتاها به فحكمه حكم الاول ، وإن مكنته أن يأتي به فلم يفعل حتى مضى الحول ففيه وجهان (أحدهما) يسقط حقه من إرضاعها في الحول الثاني ، لأنه أمكنه استيفاء حقه وفوته باختياره : وهو كما لو اكرزى دابة ليركبها شهراً فحبسها حتى مضى الشهر ولم يركبها (والثاني) لا يسقط حقه ، لأن المستحق بالعقد إذا تعذر تسليمه حتى تلف لم يسقط حقه مستحقه سواء كان بتفريط أو بغير تفريط ، كما لو اشترى بهيمة وقدر على قبضها فلم يقبضها حتى ماتت في يد البائع بخلاف الدابة ، فإن منفعتها تلفت تحت يده ، وإن ماتت المرأة نظرت - فإن ماتت بعد الرضاع لم يبطل العقد ، بل يستوفى النفقة من مالها ، وإن ماتت قبل الرضاع أو في أثناءه أو انقطع لئبها انفسخ العقد فيما بقي من مدة الرضاع ، لأن المعقود عليه إرضاعها ، وقد تعذر ذلك فبطل العقد

كما لو استأجر دابة ليركبها فانت قبل استيفاء الركوب ، وهل يبطل العقد ، أو لا يبطل العقد وبأنيتها بثوب آخر لتخيطة ، فيه وجهان بناء على القولين في الصبي إذا مات .

(مسألة) وإن خالدها خلعا متجزأ على عوض معلوم بينهما صح الخلع ومالك العوض بالعقد ، فإن ذلك العوض قبل القبض رجع عليها ببذله ، وفي بدله قولان قال في الجديد : مهر المثل ، وقال في القديم : مثل العوض إن كان له مثل أو قيمة إن لم يكن له مثل كما قلنا في الصداق إذا تلف في يد الزوج قبل القبض ، وإن خالدها على خمر أو خنزير أو شاة ميتة أو ما أشبه ذلك مما لا يصح بيعه وقع الطلاق ثابتا ورجع عليها بمهر مثلها قولاً واحداً .

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد : يقع الطلاق ولا يرجع عليها بشيء . دليلنا أن هذا عقد على البضع ، وإذا كان المسمى فيه فاسداً وجب مهر مثلها كما لو نكحها على ذلك ، وإن خالدها على ما في هذا البيت من المتاع ، ولا شيء فيه وقع الطلاق باقناً ورجع عليها بمهر مثلها قولاً واحداً .

وقال أبو حنيفة وأحمد : يرجع عليها بمثل المتاع المسمى . دليلنا أنه عقد على البضع بعوض فاسد فوجب مهر المثل كما لو سمي ذلك في النكاح ، وإن قال خالعتك على ما في هذه الجرة من الخل فبان خمرأ وقع الطلاق باقناً . قال الشافعي في الام : وله مهر مثلها . قال أصحابنا : ويحكي فيه القول القديم أنه يرجع عليها بمثل الخل . قال ابن الصباغ وهذا فيه نظر ، لأن الخل مجهول فلا يمكن الرجوع اليه ، هذا مذهبنا ، وقال أحمد يرجع عليها بقيمة الخل ، دليلنا ما مضى في التي قبلها .

(فرع) إن كان له إسرأتان فقالتا له طلقنا على ألف درهم ، فقال أنتما طلقنا جواباً ليكلامهما ، وقع عليهما الطلاق ، وهل يصح تسميتهما الألف ، فيه قولان ، فإذا قلنا : تصح التسمية قسمت الألف عليهما على قدر مهر مثلها ، وإن قلنا إن التسمية لا تصح ، رجع عليهما بمثل الألف في القول القديم ، لأن لها مثلاً ، فيقسم عليهما على مهر مثلهما .

وعلى القول الجديد : يرجع على كل واحدة منهما بمهر مثلها ، وإن أقر الطلاق على الفور ثم طلقها كان رجوعيا إلا أن يقول : أنتما طالقان على ألف ، فيقولان عقيب قوله : قبلنا . فنكون كالأولة ، وإن قالتا : طلقنا على ألف بيننا نصفين فطلقهما عقيب قوليهما وقع الطلاق ثانيا واستحق على كل واحدة منهما خمسمائة قولا واحداً ، لأن كل واحدة منهما استدعت الطلاق بعوض معلوم ، وإن قالتا له طلقنا بألف فطلق أحدهما على الفور ولم يطلق الأخرى ، وقع طلاق التي طلقها ، وهل تصح التسمية بقسطها من الألف ، على القولين

فإذا قلنا : تصح قسمات الألف على مهر مثلها ومهر مثل الأخرى ، فما قابل مهر مثل المطلقة استحقه عليها عقيب استدعائهما الطلاق ثم طلقها في مجلس الخيار ، فإن كانتا غير مدخول بهما باننا بالردة فلا يقع الطلاق ولا يلزمهما العوض وإن كانتا مدخولا بهما فإن طلقهما موقوف على حكم نكاحهما : فإن انقضت عدتهما قبل أن يرجعا إلى الإسلام تبينا أن الفرقة حصلت بردتها فلا يقع عليهما الطلاق ، ولا يلزمهما العوض وإن رجعا إلى الإسلام قبل انقضاء عدتهما تبينا أن الطلاق وقع عليهما ولزمهما العوض في قدر ما يلزم كل واحدة منهما ما ذكرناه في الأوله ، وإن رجعت إحداهما إلى الإسلام قبل انقضاء عدتها وانقضت عدة الأخرى وهي باقية على الردة وقع الطلاق على التي رجعت إلى الإسلام ، وفي قدر ما يلزمها من العوض ما ذكرناه إذا طلق أحدهما ولم يقع الطلاق على الأخرى ولا يلزمها عوض .

(فرع) وإن قالتا له : طلقنا بألف فقال لهما على الفور أنتما طالقان إن شئتما فإن قالتا له على الفور شئنا ، طلقتا وفي قدر ما يلزم كل واحدة منهما من العوض ما ذكرناه . وإن أخرجتا المشيئة على الفور لم يطلقا لأنه لم يوجد الشرط ، وإن شاءت إحداهما على الفور ولم تشأ الأخرى لم تطلق واحدة منهما ، لأنه علق طلاقهما بمشيئتهما ولم توجد مشيئتهما : وإن كانت المسألة بحالها وإحداهما بالغة رشيدة والأخرى كبيرة محجور عليها فقالتا شئنا على الفور ، وقع عليهما الطلاق

إلا أن البالغة الرشيدة يقع عليها بائناً ، وفيها يستحقه من العوض عليها ما ذكرناه من القولين .

وأما المحجور عليها فيقع عليها الطلاق ولا عوض عليها لأنها ليست من أهل المعاوضة ، وإن كانت من أهل المشيئة ، ولم-ذا يرجع اليها في النكاح وما تأكله ، وإن كانت صغيرة غير مميزة فهل تصح مشيئتها فيه وجهان ، أو كبيرة مجنونة فلا مشيئة لها وجهها واحداً .

(فرع) وإن قالت له : بعني سيارتك هذه وطلقتني بألف ، فقال : بعنك وطلقتك ، فقد جمعت بين خلع وبيع بعوض ففيه قولان ، كما لو جمع بين البيع والنكاح بعوض ، فإذا قلنا : بصحان ، قسم الألف على قيمة السيارة وعلى مهر مثلها ، فاقابل قيمة السيارة كان ثمتا : وما قابل مهر مثلها كان عوض خلعها ، وإن وجدت بالسيارة عيبا فإن قلنا : تفرق الصفقة ردت السيارة ورجعت عليه بحصتها من الألف . وإن قلنا : لا تفرق الصفقة ردت السيارة ورجعت بجميع الألف ورجع عليها بمهر مثلها . وإن قلنا : لا يصحان لم يصح البيع ولم يصح العوض في الخلع ، ولكن الخلع صحيح ، وفي ماذا يرجع عليها ، قولان .

(أحدهما) تفوّم السيارة المبيعة وينظر إلى مهر مثلها ، ويقسم الألف عاينها (والثاني) يرجع عليها بمهر مثلها ، هكذا ذكر ابن الصباغ ، وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق ، والمحامي : أنه يرجع عليها بمهر المثل ، ولعلمها أرادا على الصحيح من القولين .

قال الشيخ أبو حامد : وهكذا الحكم فيه إذا قالت : خذ مني ألف درهم وأعطني هذه العين المبيعة وطلقتني ، قال المحامي : وهكذا إذا قالت : طلقني على ألف على أن تعطيني الشيء الفلاني فطلعتها اه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق ، لأنه لا يملك بضمها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ، ولا يملك رجعتها في العدة . وقال أبو ثور إن كان بلائط الطلاق فله أن يراجعها ؛ لأن الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط

بالعوض كالولاء في العتق ، وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا وهب بعوض ، فإن الرجوع من مة تضي الهبة وقد سقط بالعوض ، ويخالف الولاء ، فإن بائياته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق ، وبإثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع .

(فصل) وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة ؛ وقال المزني : بسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض ، وشرطت المرأة أنها متى شامت استرجعت للعوض وثبتت الرجعة أن العوض بسقط ، ولا تثبت الرجعة ، وهذا خطأ ، لأن الدينار والرجعة شرطان متمازمان فسقطا وبقي طلاق مجرد فثبتت معه الرجعة ، فأما المسألة التي ذكرها الشافعي رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى ، وجعلهما على قولين ومنهم من قال : لا تثبت الرجعة هناك ، لأنه قطع الرجعة في الحال ، وإنما شرطت أن تعود فلم تعد وهبنا لم يقطع الرجعة فثبتت .

(الشرح) الاحكام : إذا خالع إمرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق ، سواء قلنا الخلع طلاق أو فسخ . وسواء طلقها في العدة أو في غيرها ، وسواء طلقها بالصرح أو بالكناية مع البينة ، وبه قال ابن عباس وعروة بن الزبير وأحمد وإسحاق . وقال سفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه يلحقها الطلاق ما دامت في العدة ولا يلحقها بعد العدة ولا يلحقها الطلاق بالكناية بحال .

وقال مالك والحسن البصري : يلحقها الطلاق عن قرب ولا يلحقها عن بعد قال قرب عند مالك أن يكون الطلاق متصلا بالخلع والحسن البصري يقول : إذا طلقها في مجلس الخلع لحقها . وإن طلقها بعده لم يلحقها .
دليلنا أنه لا يملك رجعتها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية . أو نقول : لأن من لا يصح طلاقها بالكناية مع البينة لم يصح طلاقها بالصرح . كما لو انقضت عدتها . أو من لا يلحقها الطلاق بعوض لم يلحقها بعوض كالأجنبية ،
(فرع) ولا يثبت للزوج الرجعة على المختلفة سواء خالعها باللفظ الخلع

أو بلفظ الطلاق ، وبه قال الحسن البصرى والنخعى ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة ، وذهب ابن المسيب والرهرى إلى أنه بالخيار إن شاء أخذ العوض ولا رجعة له ، وإن شاء ترك العوض وله الرجعة .

قال الشيخ أبو حامد : وأظنها أرادا ما لم تنقض المدة . وقال أبو ثور إن كان بلفظ الطلاق فله الرجعة ، لأن الرجعة من موجب الطلاق ، كما أن الولاء من موجب العتق ، ثم لو أعتق عبده بعوض لم يسقط حقه من الولاء ، فكذلك إن صرفها بعوض . ودليلنا قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ، وإنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه : ولو أثبتنا له الرجعة لم يكن للفداء فائدة ، ولأنه ملك العوض بالخلع فلم تثبت له الرجعة ، كما لو خالعهما بإفظ الخلع ، ويخالف الولاء فإنه باثبات الولاء عليه لا يملك ما أخذ عليه العوض من الرق وبإثبات الرجعة له يملك ما أخذ عليه العوض من البصم

(فرع) قال الشافعى فى المختصر : لو خالعهما تطليقة بدينار على أن له الرجعة فالطلاق لازم وله الرجعة والدينار مردود . وقال المزنى : يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر مثلها ، كما قال الشافعى فيمن خالعه امرأه على عوض وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت الدينار . وتثبت الرجعة أو أن العوض يسقط ولا تثبت الرجعة ، ونقل الربيع الآولة فى الأم كما نقلها المزنى ، قال الربيع وفيها قول آخر أن له مهر مثلها ولا رجعة . وقد نقل المزنى جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين

وقال أكثر أصحابنا : لا يختلف المذهب فى الآولة أن له الرجعة ويسقط الدينار ، وما حكاه الربيع فهو من تخريجه . وما ذكره المزنى فهو مذهبه بنفسه . لأن الخلع اشتمل على العوض وشرط الرجعة ، وهذان الشرطان متضادان ، فكان إثبات الرجعة أولا لأنها ثبتت بالطلاق والعوض لا يثبت إلا بالشرط . وأما الفرق بين الآولة والثانية فإنه قد قطع الرجعة فى الثانية ، وإنما شرط عودها فيما بعد فلم تعد ، وفى الآولة لم يقطع الرجعة فى الحال ، فكانت باقية على الأصل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن وكلت المرأة في الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها إلا مهر المثل ، لأن المسمى عوض قاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعهما الزوج على عوض قاسد ، فإن قدرت العوض بمائة فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان (أحدهما) يلزمها مهر المثل لما ذكرناه (والثاني) يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو المائة ، فإن كان مهر المثل أكثر وجب ؛ لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل . وإن كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضيت بها ، وأما الوكيل فإنه إن ضمن العوض في ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالمقصد ، وإن لم يضمن بأن أضاف إلى مال الزوجة لم يرجع عليه بشيء ، فإن خالعه على خمر أو خنزير وجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط فوجب مهر المثل ، فإن وكل الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل - فقد نص فيه على قولين - قال في الإملاء : يقع ويرجع عليه بمهر المثل . وقال في الام الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائناً وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعياً . وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه إن الطلاق لا يقع ، فنأصحبنا من نقل القولين في الوكالة المطلقة إلى الوكالة التي قدر فيها العوض ، والقول في الوكالة التي قدر فيها العوض إلى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندي ، لأن الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضي الوكالة التي قدر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر ، فيكون في المستثنين ثلاثة أقوال (أحدها) أنه لا يقع الطلاق لأنه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع ، كما لو وكله في الطلاق في يوم فأوقعه في يوم آخر (والثاني) أنه يقع الطلاق بائناً ويجب مهر المثل ، لأن الطلاق مأذون فيه فإذا وقع لم يرد والمسمى قاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعهما الزوج على عوض قاسد (والثالث) أن الطلاق يقع لأنه مأذون فيه وإنما قصر في البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائناً وبين أن يرد ويكون الطلاق رجعياً لأنه لا يمكن إجبار الزوج على المسمى لأنه دون المأذون فيه ، ولا يمكن

لإجبارها على مهر المثل فيما أطلاق ، ولا على الذي نص عليه من المقدر لأنها لم ترض به فخير بين الأمرين لزول الضرر عنهما . ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصح ، وفيما أطلاق يقع الطلاق لأنه لم يخالف نصح ، وإنما خالفه من جهة الاجتهاد ، وهذا يبطل بالوكيل في البيع فإنه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطاق فباع بما دون ثمن المثل وإن خالعهما على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق ، لأنه طلاق غير مأذون فيه ، وبخلاف وكيل المرأة فإنه لا يوقع الطلاق وإنما يقبله ، فإذا كان العوض فاسداً سقط ورجع الى مهر المثل

(الشرح) الأحكام : يجوز التوكيل في الخلع من جهة الزوجة والزوج لأنه عقد معاوضة بجاز التوكيل فيه كالبيع ؛ ويجوز أن يكون الوكيل منهما مسلماً وكافراً حراً وعبدًا ، رشيداً ومجوراً عليه ، ويجوز أن يكون الوكيل من جهة الزوجة امرأة ، وهل يجوز أن يكون وكيل الزوج امرأة ؟ فيه وجهان المنصوص أنه يصح ، لأن من صح منه عقد المعاوضة صح أن يكون وكيلاً فيه كالبيع . والثاني لا يصح لأنها لا تملك إيقاع الطلاق بنفسها فلم تملك في حق غيرها . قال الشافعي : ويجوز أن يكون وكيل واحد عنه وعنهما . فن أصحابنا من حمه على ظاهره وقال يجوز أن يلي الواحد طرفي العقد في الخلع كما يجوز أن يوكل الرجل امرأة في طلاقها ، ومنهم من قال لا يصح كما لا يصح في النكاح أن يكون الواحد موجبا قابلاً ، وحمل النص على أنه يجوز لكل واحد منهما أن يوكل وحده .

إذا ثبت هذا فإن الوكالة تصح منهما مطلقاً ومقيداً كما قلنا في البيع ، فإذا طلقت الوكيلة اقتضت مهر المثل كالوكيل في البيع والشراء . والمستحب أن يقدر الموكل منهما العوض لو كيله لأنه أبعد من الضرر ، فإن وكلت المرأة في الخلع نظرت فإن أطلقت الوكالة فإن الاطلاق يقتضى مهر المثل حالاً من نقد البلد ، فإن خالعهما بذلك صح ولزمها أداء ذلك ، وإن خالعهما بدون مهر مثلها أو مهر مثلها مؤجلاً صح لأنه زادها بذلك حيراً . قال ابن الصباغ : وهكذا إن خالعهما بدون نقد البلد صح لأنه زادها خيراً ، وإن خالعهما بأكثر من مهر مثلها وقع الطلاق . قال الشافعي في الاملاء : ويكون المسمى فاسداً فيلزمها مهر مثلها ، لأنه خالعهما على

عوض لم يأذن فيه فكان قاسداً فسقط ووجب مهر مثلها ، كما لو اختلعت بنفسها على مال مفصوب . وقال في الام : عليها مهر مثلها الى أن تبذل الزيادة على ذلك فيجوز . قال الشيخ أبو حامد : فدأن الشافعي لم يبطل هذه الزيادة على مهر المثل بكل حال ولكن لا يلزمها . وقال المسعودي هي على قولين (أحدهما) يجب عليها مهر مثلها (والثاني) لها الخيار ان شاءت فسخت المسمى وكان عليها مهر مثلها . وان شاءت أجازت ما سمي . وان قدرت له العوض بأن قالت اخلمني بمائة فان خلمها بمائة صح لانه فعل ما أمرته . وان خلمها بمائة موجهة أو بما دونها صح لانه زادها خيراً . وان خالمها بأكثر . فيه قولان (أحدهما) يقع الطلاق ويلزمها منه مهر مثلها لا غير لانه خالع بأكثر مما أمرته فكان قاسداً ووجب مهر المثل ، وكما لو اختلعت هي بخمر أو خنزير (والثاني) يلزمها أكثر الامرين من المائة أو مهر مثلها ، لان المائة إن كانت أكثر لزمته لانها قد أذنت فيها . وان كان مهر المثل أكثر لزمها لأن المسمى قاسد فسقط ولزمها مهر مثلها .

إذا ثبت هذا فهل يلزم الوكيل ما زاد على مهر المثل في هذه والتي قبلها ينظر فيه فان قال طلقها على كذا وكذا وعلى ضمانه لزمه للزوج الجميع ولا نه ضمنه ، وان قال طلقها ولم يقل من مالها بل أطلق لزمه ذلك لأن الظاهر أنه يخالع من مال نفسه . وللوكيل أن يرجع عليها بمهر مثلها لانه وجب عليه باذنها وما زاد عليه يدفعه من ماله ولا يرجع عليها به لانه وجب عليه بغير اذنها . وان قال طلقها على كذا وكذا من مالها لزمها مهر مثلها ولم يلزم الوكيل ما زاد على مهر مثلها لانه أضاف ذلك الى مالها ولم يأذن له فيه فسقط عنها . وان قيدت له أو طلقها بخالع عنها بخمر أو خنزير وقع الطلاق بائناً ورجع عليها بمهر مثلها لأن المسمى قاسد وأسقط ووجب مهر مثلها كما لو خالعت هي بنفسها على ذلك

وقال المزني : لا يقع الطلاق لان الوكيل لم يعقد على ما هو مال فارتفع العقد من أصله . كما لو وكله أن يبيع له عيناً فباعها بخمر أو خنزير ، وهذا خطأ لأن وكيل المرأة لا يوقع الطلاق وانما يقبله فإذا قبله بعوض قاسد لم يمنع ذلك وقوع الطلاق كما لو قبلت هي الطلاق بخمر أو خنزير . وانما صح هذا الذي قاله لوكيل الزوج ان وكله الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فان خالع عنه الوكيل بمهر المثل من نقد البلد

خالاً صح . وإن قيد له العوض بأن قال : خالغ عني بمائة فإن خالغها جاز لأنه فعل ما أذن له فيه ، وإن خالغها بكبر منها صح ، لأنه زاد خيراً ، وإن خالغ بما دون المائة فنص الشافعي أن الطلاق لا يقع لأنه أذن له في إيقاع الطلاق على شيء مقدر ، فإذا أوقفه على صفة دونها لم يصح كما لو خالغ بخمر أو خنزير . واختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من قال : القولين إذا لم يقدر له العوض فخالغ على أقل من مهر المثل إلى هذه ، وجوابه في هذه إلى تلك ، وقال فيها ثلاثة أقوال ، وهو اختيار الشيخ أبي اسحاق .

(أحدها) يقع الطلاق فيهما بائناً ويلزمه مهر المثل .

(والثاني) يثبت للزوج فيها الخيار بين أن يرضى بالعوض المسمى في العقد فيهما ويكون الطلاق بائناً ، وبين أن لا يرضى به ويكون الطلاق رجعياً .

(والثالث) لا يقع فيهما طلاق ووجهها ما ذكرناه ، لأن الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل كما أن الوكالة المقيدة تقتضي المنع من النقصان عن العوض المقيد ، ومنهم من حملها على ظاهرها فجعل الأول على قولين ، والثانية على قول واحد ولم يذكر الشيخ أبو حامد في التعليق غيره ، لأنه إذا قيد له العوض في ألف فخالغ بأقل منه فقد خالغ نص قوله ، فنقض فعله كالجتهاد إذا خالغ النص ، وإذا أطلق الوكالة فإنما علمنا أن الاطلاق يقتضي مهر المثل من طريق الاجتهاد فإذا أدى الوكيل اجتهاده إلى المخالفة بأقل منه لم ينقض كما لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد . قال ابن الصباغ وهذه الطريقة ظاهر كلام الشافعي والأول أقيس والأقرب من الأقوال : أن لا يقع الطلاق .

(فرع) إذا وكتاه أن يطلق أو يخالغ يوم الجمعة ، فطلق أو خالغ يوم الخميس لم يصح لأنه إذا طلقها يوم الجمعة كانت مطلقاً يوم السبت ، وإذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقاً يوم الخميس فكان الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ، وإذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقاً يوم الخميس فكان الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ولم يرض بطلاقها يوم الخميس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا خالع امرأة في مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابي أو لم يحاب لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث ، فان خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت فان لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لان الذي بذلت بقيمة ما ملكته فأشبهه اذا اشترت متاعا بثمن المثل وان زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث ، لانه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالمهبة ، فان خالعت على عبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصفه ، فان لم يخرج النصف من الثلث ، بان كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد ، فالزوج بالخيار بين أن يقر العقد في العبد فيستحق نصفه وبين أن يفسخ العقد فيه ، ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، وان خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة .

ومن أصحابنا من قال : هو بالخيار بين أن يقر العقد في العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل ، لانه تبعضت عليه الصفقة من طريق الحكم ، لانه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضا ، وقد صار نصفه عوضا ونصفه وصيه والمذهب الاول ، لان الخيار انما يثبت بتبعض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ؛ ولا ضرر عليه ههنا لانه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار .

(الشرح) الاحكام : يصح الخلع في مرض الموت من الزوجين كما يصح منها النكاح والبيع ، فان خالع الزوج في مرض موته بمهر المثل أو أكثر صح كما لو اتهمت في مرض موته ، وان خالع بأقل من مهر المثل صح ولا اعتراض للورثة عليه لانه لا حق لهم في بضع امرأته ، ولهذا لو طلقتها بغير عوض لم يكن لهم الاعتراض عليه ، وان خالعت الزوج في مرض موتها بمهر المثل أو دونه كان ذلك من رأس المال .

وقال أبو حنيفة : يكون ذلك من الثلث . دليلنا أن الذي بذلته بقيمة ما ملكه

فهو كالمو اشترت به متاعا بقيمته ، وإن خالعت بأكثر من مهر مثلها اعتبرت الزيادة من الثلث لأن المحاباة فاعتبرت من الثلث كالمو اشترت متاعا بأكثر من قيمته ، وإن خالعت في مرض موتها على سيارة قيمتها ألف ومهر مثلها خمسمائة فقد حابته بنصف السيارة ، فإن لم يخرج النصف من الثلث - فإن كان عليها دين يستغرق مالها - فالزوج بالخيار بين أن يأخذ نصف السيارة لا غير وبين أن يفسخ ويضرب مع الغرماء بمهر مثلها ونصفه وصية .

ومن أصحابنا من قال : هو بالخيار بين أن يرضى بهذا وبين أن يفسخ ويرجع بمهر مثلها ، لأن الصفة تبعضت عليه لأنه دخل على أن يأخذ جميع السيارة عوضا ولم يصح له بالعوض إلا نصفها ونصفها وصية . والصحيح أنه لا خيار له لأن السيارة قد سلمت له على كل حال ، وإن لم يكن لها مال غير السيارة ولم يحز الورثة كان للزوج نصف السيارة بمهر المثل وسدسها بالمحاباة فذلك ثلثا السيارة ، فيكون الزوج بالخيار بين أن يأخذ ثلثي السيارة وبين أن يفسخ ويرجع بمهر المثل فإن قال الزوج : أنا أخذ مهر المثل نقداً وسدس السيارة بالوصية لم يكن له ذلك لأن سدس السيارة إنما يكون له وصية تبعاً للنصف .

إذا ثبت هذا : فإن المزي نقل عن الشافعي أن له نصف السيارة ونصف مهر المثل ، ثم اعترض عليه وقال : هذا ليس بشيء ، بل له نصف السيارة وثلث ما بقي ، قال أصحابنا : أخطأ المزي في النقل ، وقد ذكرها الشافعي في الأم فقال له النصف بمهر مثلها .

(فرع) وإن خالعت في المرض الذي ماتت فيه على مائة ومهر مثلها أربعون - ثم عاد الزوج فتزوجها على ملك المائة في مرض موته وماتا ، وخلفت الزوجة عشرة غير المائة ولم يخلف الزوج شيئاً - فإن مات الزوج أولاً بطالت محاباته لها ؛ لأنها ورثته وصحت محاباتها له ؛ لأنه لم يرثها فيكون للزوج منها أربعون مهر مثلها ، وله شيء بالمحاباة ، وإن ماتت الزوجة أولاً ولم يترك غير المائة بطالت محاباتها له ، لأنه ورثها .

وأما محاباة الزوج لها - فإن أصدقها المائة التي خالعت عليها بعينها لم يصح ،

لأنه لما أصدقها المائة وهو لا يملك منها غير أربعين فكأنه أصدقها ما يملك وما لا يملك ، فبطل المسمى ورجعت إلى مهر المثل فيجب لكل واحد منهما على الآخر مهر مثلهما فيقاصان ، ثم يرث الزوج نصف المائة عنها إن لم يكن لها ولد ولا ولد ولد ، فيكون ذلك لورثته ، وإن أصدقها مائة في ذمتها صححت لها المحاباة وحسابه : له أربعون مهر المثل ولا محاباة له ويرجع إليها صداقها ، ولها شيء محاباة في ذمته ، فتكون تركتها مائة وشيئاً ، ويرث الزوج نصف ذلك وهو خمسون ، ونصف شيء ، يخرج من ذلك لها شيء بالمحاباة ، فيبقى في يد ورثته خمسون إلا نصف شيء تعول شيئين فإذا خيرت عدلت الخمسون ستين ، ونصف الشيء الكامل عشرون وهو ما كان بالمحاباة ، ويجب للزوج عليها مهر مثلهما ، وإه عليها مهر مثلهما فينقصان ويفضل لها عليه عشرون فيكون ذلك تركتها لها مع المائة فذلك مائة وعشرون ، يرث الزوج نصف ذلك وهو ستون ، فتأخذ المرأة منها بالمحاباة عشرين ، ويبقى لورثته أربعون ، وهو مثلاً محاباته لها ، فيكون لورثته ستون .

(فرع)

ولو تزوجها في مرض موته على مائة درهم ، ومهر مثلهما خمسون ؛ ودخل بها ، ثم خالته في مرض موتها على مائة في ذمتها ثم ماتا ولا يملك غير هذه المائة ولم يحز ورثتها لحسابه للزوجة خمسون مهر مثلهما من رأس المال وإهها شيء محاباة ، فجميع تركتها خمسون وشيء للزوج منها خمسون مهر المثل ، وله ثلث شيء محاباة فيكون تركته مائة إلا ثلثي شيء تعدل شيئين ، فإذا أخذت عدلت المائة بشيئين وثلثي الشيء الكامل ثلاثة أنهان المائة وهو سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذي صح لها بالمحاباة ، فيأخذه من الزوج مع مهر المثل فذلك سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذي صح لها بالمحاباة يأخذه من الزوج مع مهر المثل فذلك سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذي صح لها بالمحاباة تأخذه من الزوج مع مهر مثلهما ، وذلك سبعة وثمانون ونصف ، فيرجع إليها مهر مثلهما بالحلح ، ويبقى معها سبعة وثلاثون ونصف يستحق الزوج ثلث ذلك بالمحاباة

فيبقى لورثتها ثلثا ذلك ، فيجتمع لورثة الزوج خمسة وسبعون وذلك مثلا محاباته لها ، فالدور وقع في فريضة الزوج لا في فريضة الزوجة ، فإن تركت الزوجه شيئاً غير الصداق فانك تضم ثلث تركتها الى المائه التي تركها الزوج ثم تأخذ ثلاثة أثمان ذلك وهو الجائز بالمحابة ، وسواء مات الزوج أولاً أو الزوجه فالحكم واحد لأنهما لا يتوارثان .

قال ابن اللبان : ولو خالعتة على المائه بعينها بطلت محاباتها لأنها خالعتة على ما تملك وعلى ما لا تملك فيبطل المسمى ووجب مهر المثل لها بالمحابة شيء لجميع تركتها خمسون وشيء للزوج منها خمسون ولا محابة لها فتركته مائه إلا شيئاً يعول شيئ للزوج منها خمسون ولا محابة لها فتركته مائه إلا شيئاً ، فإذا خبرت عوات المائه ثلاثة أشياء : الشيء ثلاثة وثلاثون وثلث يكون لها ذلك مع مهر مئها ، فبأخذ الزوج من ذلك مهر مئها مع ما بقي معه من المائه فذلك ستة وستون وثلثان وذلك مثلا محاباته لها ، والله الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

باب جامع في الخلع

إذا قالت المرأة للزوج : طلقني على ألف ، فقال : خالعتك ، أو حرمتك ، أو أبتك على ألف ، ونوى الطلاق صح الخلع ، وقال أبو علي بن خيران : لا يصح لأنها سألت الطلاق بالصریح ، فأجاب بالكناية ، والمذهب الأول ، لأنها استدعت الطلاق ، والكناية مع النية طلاق .

فإن قالت : طلقني بألف فقال : خالعتك بألف ولم ينو الطلاق — وقلنا : إن الخلع فسخ لم يستحق العوض — لأنها استدعت فرقة ينقصر بها العدد ولم يجبهها إلى ذلك ، فإن قالت : اخلعني فقال : طلقتك — وقلنا : إن الخلع فسخ — فقيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح لأنه لم يجب إلى ما سألت ، فهو كالتقسيم قبله (والثاني) يصح وهو المذهب لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد ، فأجاب إلى فرقة ينقص بها العدد لحصل لها ما طلبت وزيادة .

(الشرح) الأحكام : إذا قالت المرأة طلقني ثلاثاً ولك ألف ، فطلقها ثلاثاً استحق الألف عليها . وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً . دليلنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فيكون كما لو قالت : طلقني وعندى ألف

وإن قالت طلقني ثلاثاً ولك ألف أو بألف أو على ألف فطلقها واحدة استحق عليها ثلث الألف ، وبه قال مالك . وقال أحمد لا يستحق عليها شيئاً . وقال أبو حنيفة : إن قالت بألف استحق عليها ثلث الألف . وإن قالت على ألف لم تستحق شيئاً . دليلنا أنها استدعت منه فعلاً بعوض ، فإذا فعل بعوضه استحق بقسطه ، كما لو قالت : من رد عليّ عبيدي الثلاثة من الإباق فله ألف فرد واحداً منهم . وإن قالت طلقني ثلاثاً فطلقها واحدة ونصفاً وقع عليها طلقتان . هكذا أكاده العمراني في البيان وابن الصباغ في الشامل ، وكم يستحق عليها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحق ثلثي الألف ، لأنه وقع عليها طلقتان

(والثاني) لا يستحق عليها إلا نصف الألف لأنه لم يقع عليها إلا نصف الثلاث ، وإنما سرت الطالقة بالشرع . وإن قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ثلاثاً فأعطته ثلث الألف أو نصفها لم يقع الطلاق عليها ، لأن النصف لم توجد بخلاف ما لو استدعت منه الطلاق ، فإن طريقه المعاوضة وهذا طريقه النصف قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قالت طلقني ثلاثاً ولك عليّ ألفاً فطلقها طالقة استحق ثلث الألف لأنها جعلت الألف في مقابلة الثلاث ، فكان في مقابلة كل طالقة ثلث الألف . وإن طلقها طالقة ونصفاً ففيه وجهان (أحدهما) يستحق ثلثي الألف لأنها طلقت طالقتين (والثاني) يستحق نصف الألف لأنه أوقع نصف الثلاث . وإنما كلف بالشرع لا بغيره

فإن قال إن أعطيتني ألفاً فأنات طالق ثلاثاً ، فأعطته بعض الآلاف لم يقع شيء ، لأن ما كان من جهته طريقه الصفات ، ولم توجد الصفة فلم يقع ؛ وما كان من جهتها طريقه الاعراض ، فقسم على عدد الطلاق ، وإن بقيت له على أمر أنه طلقة فقالت له طلقني ثلاثاً ولك على ألف ، فطلقها واحدة : فالنصوص أنه يستحق الآلاف . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو إسحاق : المسألة مفروضة في امرأة علمت أنه لم يبق لها إلا طلقة ، فيكون معنى قولها طلقني ثلاثاً أي كمل لي الثلاث ، كرجل أعطى رجلاً نصف درهم ، فقال له أعطني درهما أي كمل لي درهما ، وأما إذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الآلاف لأنها بذلك الآلاف في مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الآلاف . ومن أصحابنا من قال يستحق الآلاف بكل حال لأن القصد من الثلاث تحريمها إلى أن تنكح زوجاً غيره ، وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع ، وقال المازني رحمه الله : لا يستحق إلا ثلث الآلاف علمت أو لم تعلم ، لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها ، كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث ، وإذا فقا عين الاعور كان العمى بقية الباقية وبالمفقورة قبلها ، وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيراً في السكر ، ولذهاب النمين الأولى تأثيراً في العمى ، ولا تأثير الأولى والثانية في التحريم ، لأنه لو كان لهما تأثير في التحريم لكانت ، لأنه لا يتبعض وإن ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقني طلقة بألف فطلقها ثلاثاً استحق الآلاف لأنه فعل ما طلبته وزيادة ، فصار كما لو قال من رد عبدي فلانا فله دينار فرده مع عبدين آخرين

فإن قالت طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان (أحدهما) يجب له عشر الآلاف لأنها جمعت لكل طلقة عشر الآلاف (والثاني) يجب له ثلث الآلاف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم ، وإن طلقها ثلاثاً فله على الوجه الأول ثلاثة أعشار الآلاف ، وعلى الوجه الثاني له جميع الآلاف ، وإن بقيت له طلقة فقالت له : طلقني ثلاثاً على ألف ؛ طلقة أحرم بها عليك وطلقتين في نكاح آخر إذا نكحتني ، فطلقها ثلاثاً ، وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لأنه سلف في

الطلاق ، ولأنه طلاق قبل النكاح ، فإن قلنا إن الصيغة لا تفرق سقط المسمى
ووجب مهر المثل ، وإن قلنا تفرق الصيغة ففيها يستحق قولان (أحدهما) نكح
الآب (والثاني) جميع الآل كما قلنا في البيع

(الفرح) الأحكام : إن قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة
بثلاث الآل . قال ابن الحداد : لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء لأنه لم يرض
بانقطاع رجعتة عنها إلا بالألف فلا ينقطع بما دونه . وإن قالت : قبلت واحدة
بألف قال ابن الحداد وقعت عليها طلقة واحدة واستحق عليها الآل لأنها
زادته خيراً . وقال بعض أصحابنا بل يقع عليها ثلاث طلقات بالآل لأن
انقطاع الطلاق إليه دونها وزمها ليهما قبول العوض وقد وجد منه إيقاع الثلاث فوعدن
وإن قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلتها بخمسة مائة لم يصح الطلاق ، ولم
يلزمها عوض لأنه لم يرض وقوع الطلاق عليها بأقل من ألف ولم تلزم له
بالآل . وإن قالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق ثلاثا بألف ودينار أو
بألفين لم يقع عليها إلا أن تقول عقب قوله قبلت لأنها لم ترض بالتزام أكثر
من الآل ، ولم يرض بإيقاع الطلاق إلا بأكثر من ألف

وإن قالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق ثلاثا بخمسة مائة أو قالت طلقني
بألف ولم تقل ثلاثا ، فقال أنت طالق بخمسة مائة وقع عليها الثلاث في الأولى ،
وفي الثانية ما نوى ولم يلزمها إلا خمسة مائة فيها ، لأنه زادها بذلك خيراً ، لأن
رضاها بألف راضى بما دونه ، هكذا ذكر القاضي أبو الطيب وقال إذا قال طلقك
على ألف فقالت قبلت بألفين وقع عليها الطلاق ولم يلزمها إلا ألف . وقال
المسعودي إذا قال خالعتك بألف فقالت اختلعت بألفين لم تقع الفرقة ، لأن من
شرط القبول أن يكون على وفق الإيجاب

(فرع) إذا بقي له على امرأته طلقة فقالت طلقني ثلاثا بألف فطلقتها واحدة
قال الشافعي استحق عليها الآل ، واختلاف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس
وأبو إسحاق هذه مفروضة في امرأة تعلم أنه ما بقي عليها إلا واحدة ، فيكون معنى
قولها طلقني ثلاثا أي أكمل لي الثلاث فيلزمها ، وأما إذا كانت لا تعلم ذلك فلا

يستحق عليها إلا ثلث الالف لأنها بذلت الالف على الثلاث ، فإذا طلقها واحدة لم يستحق إلا ثلث الالف ، كما لو كان يملك عليها ثلاثا فطلقها واحدة . ومن أصحابنا من قال يستحق عليها الالف بكل حال ، وهو ظاهر النص واختيار القاضي أبي الطيب ، لأن المقصود بالثلاث قد حصل لها بهذه الطلقة . وقال المازني لا يستحق عليها إلا ثلث الالف بكل حال ، لأن التحريم إنما يحصل بهذه الطلقة وبالأولتين قبلها ، كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر ، فإن السكر حصل بالثلاثة أقداح ، وإن بقي عليها طلقتان ، فقالت طلقني ثلاثا بألف ، فإن قلنا بالطريقة الأولى وكانت عاتية بأنه لم يبق عليها إلا طلقتان ، فإن طلقها طلقتين استحق عليها الالف وإن طلقها واحدة استحق عليها نصف الالف ، وإن لم يبق لها طلقتان فإن طلقها طلقتين استحق عليها ثلثي الالف . وإن طلقها واحدة استحق عليها ثلث الالف . وعلى الطريقة الثانية إن طلقها طلقتين استحق عليها الالف . وإن طلقها واحدة قال ابن الصباغ فعندي أنه لا يستحق عليها إلا ثلث الالف لأن هذه الطلقة لم يتعلق بها تحريم العقد نصار كما لو كان له ثلاث طلقات فطلقها واحدة

(مسألة) قوله وإن ملك عليها ثلاث تطليقات الخ . وهو كما قال . فإن كان يملك ثلاث طلقات فقالت له طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا وقع عليها الثلاث واستحق عليها الالف لأنه حصل لها ما سألت وزيادة . قال أبو اسحاق الالف في مقابلة الثلاث . وقال غيره من أصحابنا بل الالف في مقابلة الواحدة والإثنان بغير عوض وليس تحت هذا الاختلاف قاعدة

وقال القفال يقع الثلاث ويستحق عليها ثلث الالف لأنها رضيت بواحدة عن العوض وهو جعل كل واحدة بإزاء ثلث الالف . وحكي المسعودي أن من أصحابنا من قال يقع عليها واحدة بثلث الالف لا غير لأنه أوقع الآخرين على العوض ولم تقبلها فلم يقم . والأول هو المشهور

(فرع) وإن قال لها أنت طالق طلقتين أحدهما بالالف قال ابن الحداد إن قبلت وقع عليها طلقتان ولزمها الالف . وإن لم تقبل لم يقع عليها طلاق لأنه لم يرض بإيقاع طلقتين إلا بأن يحصل له الالف . فإذا لم يرض لم يقع عليها

الطلاق كما لو أوصى أن يحج عنه رجل بمائة وأجرة مثله خمسون فلا يحصل له المائة إلا أن يحج عنه . قال القاضي أبو الطيب : ويحتمل إذا لم يقبل أنه يقع عليها طائفة ولا شيء . عليها لأنه يملك إبقاعها بغير قبول وقد أوقفها . وإن قالت قبالت الطالقتين ولم أقبل العوض كان بمنزلة ما لو لم يقبل لأن الطلاق لا يفتقر إلى القبول ، وإنما الذي يحتاج إلى القبول هو العوض ، فلا يقع عليها الطلاق على قول ابن الحداد وعلى قول أبي الطيب يقع عليها الطلقة التي لا عوض فيها .

(فرع) وإن قال لامرأته أنتما طالقان إحداكما بألف - فإن قبلتا جميعاً - وقع عليهما الطلاق . ويقال له عين المطلقة بالالف ، فإذا عين إحداهما كان له عليها مهر مثلها ، لأن المسمى لا يثبت مع الجهالة بالتسمية . وإن قبالت إحداها ولم تقبل الأخرى قيل له عين المطلقة بالالف ، فإن قال هي القابلة ، وقع عليها الطلاق ثانياً ولزمها مهر مثلها ووقع الطلاق على الأخرى بغير عوض ، وإن قال المطلقة بالالف هي التي لم تقبل ووقع الطلاق على القابلة بغير عوض ولم يقع الطلاق على التي لم تقبل ، وإن لم تقبل واحدة منهما سقط الطلاق بالالف ، ويقال له عين المطلقة بغير ألف ، فإذا عين إحداها وقع الطلاق عليها بغير عوض ، وإن ردتا جميعاً ولم يقبلا - قال القاضي أبو الطيب : - فعلى قول ابن الحداد في التي قبلها يجب أن لا يقع على واحدة منهما طلاقاً ، لأنه لم يسلم له الشرط من الف ، قال وعلى ما ذكرته في التي قبلها يسقط الطلاق الذي شرط فيه الف ويقع الطلاق الذي أوقفه بغير شيء وبطال بالتميين

(مسألة) قوله : فإن قالت طلقني عشرأ بألف الخ . وهذا كما قال ، فإنه إن قالت له طلقني عشرأ بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان حكاهما الشيخ هنا (أحدهما) يستحق عليها عشر الف لأنها جعلت لكل طليقة عشر الف . (والثاني) يستحق عليها ثلث الف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم . قال فان طلقها ثلاثاً استحق عليها على الوجه الأول ثلاثة أعشار الف ، وعلى الثاني جميع الف . وأما القاضي أبو الطيب فحكى عن ابن الحداد إذا قالت طلقني عشرأ بألف فطلقها واحدة استحق عليها عشر الف . قال القاضي قلت أنا ، وإن طلقها اثنتين استحق عليها خمس الف وإن طلقها ثلاثاً استحق عليها جميع الف .

وهكذا ذكر ابن الصباغ . ولم يذكر الوجه الثاني
 (فرع) إذا بقيت له على إمرأته طلقه فقالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال لها
 أنت طالق طلقتين ، الأولى بألف ، والثانية بغير شيء ، فقال أبو العباس بن
 القاسم : وقعت الطلقة التي بقيت له بألف عليها : ولا تقع عليها الثانية ، وإن
 وإن قالت : الأولى بغير شيء : والثانية بألف ، وقعت عليها الطلقة التي بقيت له
 بغير شيء . ولم تقع الثانية ، فأعرض عليه بعض أصحابنا وقال : إذا قال أنت طالق
 طلقتين فليس فيهما أوله ولا ثانية .

قال القاضي أبو الطيب : أخطأ هذا المعترض لأن كلامه إذا لم يقطعه قبل
 منه ما شرط فيه وقيد به ، ولهذا يقبل استثنائه ، وإن بقيت له واحدة قالت :
 طلقني ثلاثاً بألف ، فقال أنت طالق طلقتين إحداهما بألف .

قال أبو العباس بن القاسم : وقعت عليها واحدة ولزمها الألف . وقال في
 شرح التلخيص يجب أن يرجع إلى بيانه . فان قال أردت بقولي إحداهما بألف
 للأولى دون الأخرى فه الألف ، وإن قال أردت بقولي إحداهما بألف الثانية
 لم يكن له شيء .

قال القاضي أبو الطيب : الصحيح ما قاله ابن القاسم ، لأنه إذا لم يقل المطلق
 الأولى والثانية بلفظ ، لم يكن فيهما أوله ولا ثانية ، فترجع الألف إلى المطلقة
 التي بقيت له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان قالت أنت طالق على ألف وطاق وطاق لم تقع الثانية والثالثة
 لأنها بانة بالأولى ، وان قال أنت طالق وطاق وطاق على ألف ، وقال أردت
 الأولى بالألف لم يقع ما بعدها لأنها بانة بالأولى . وان قال أردت الثانية بالألف
 فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية وبانة الثانية ولم تقع الثالثة .
 وإن قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية والثانية رجعية وبانة الثالثة
 وان قال أردت الثالثة بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح ويستحق الألف
 قولاً واحداً لأنه يحصل بالثالثة من التحريم ما لا يحصل بغيرها وعندى أنه
 لا يستحق الألف على القول الذي يقول أنه لا يصح خلع الرجعية ، لان الخلع

يصادف رجميه ؛ وإن قال أردت الثلاث بالالف لم تقع الثانية والثالثة لأن الأولى وقعت بثلك الألف وبانت بها فلم يقع ما بعدها .

(فصل) وإن قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيئا لأنه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف لإيجاب العوض من غير طلاق ؛ فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يرجع لأنه طلق من غير عوض ، وإن قال أنت طالق على أن عليك ألفاً فقبلت صح الخلع ووجب المسال لأن تقديره أنت طالق على ألف فإذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال .

(الشرح) الأحكام : إذا قالت طلقتي واحدة بألف- فقال أنت طالق على ألف وطالق وطالق ، وقعت عليها الأولى بألف- ، ولم يقع ما بعدها ، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف- قبل له أي الثلاث أردت بالالف- ، فإن قال أردت الأولى- بانت بالأولة- ولم يقع عليها ما بعدها ، وإن قال أردت الثانية بالالف- وقعت الأولى رجميه .

فإن قلنا يصح خلع الرجميه- وقعت الثانية- أيضا بالالف- ولم تقع الثالثة- . وإن قلنا لا يصح خلع الرجميه- وقعت الأولى رجميه- ، والثانية رجميه وبانت بالالف- ، ولا يستحق عليها عوضا ، وإن قال أردت الألف بالالف- . قال المحاملي : صح ذلك واستحق عليها الف قولاً واحداً ، لأن الألف تقع بها بينونة لا تحل إلا بعد زوج ، فيؤخذ فيها معنى يختص بها لا يوجد في الأولى- ولا في الثانية- فصح .

وقال الشيخ أبو إسحاق لا يستحق عليها الف على القول الذي قاله لا يصح خلع الرجميه كما قلنا في التي قبلها - إن قال أردت الثلاث بالالف - وقعت الأولى بثلك الف وبانت ؛ ولم يقع ما بعدها .

(مسأله) قوله (فصل) وإن قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ، وهو كما قال ، فإن العوض أسمى رضى الله عنه قال ، وإن قال أم أنت طالق وعليك ألف درهم ، فهي طالق ولا شيء عليها ، وإنما كان كذلك لأن قوله أنت طالق ابتداء إيقاع ، وقوله وعليك ألف- استئناف كلام فلم يتعلق بما قد تقدم فيكون الطلاق

رجعياً ، فإن ضمننت له الآف لم يلزمها بهذا الضمان حق ، لأنه ضمان مالم يجب ، وإن أعطته الآف كان ابتداء هبة ولم يقطع به رجعة ، وإن قال : أنت طالق على أن عليك ألفاً .

قال الشافعي في الأم : فإن ضمننت في الحال وقوع الطلاق ، وإن لم تضمن لم يقع ، لأن (على) كلمة شرط ، فقد علق وقوع الطلاق بشرط ، فبني وجد الشرط وقوع الطلاق ، وإن لم تضمن لم يقع ، لأن (على) كلمة شرط فقد علق وقوع الطلاق بشرط ، فبني وجد الشرط وقوع الطلاق بخلاف الآفة ، فإن قوله وعلبك ألف ، استثناف كلام وليس شرطاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا قال إن دفعت إلى ألف درهم فأنت طالق فإن نوباً صنفاً من من الدراهم صح الخلع وحمل الآف على ما نوباً لأنه عوض معلوم وإن لم ينوباً صنفاً نظرت ، فإن كان في موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لأن اطلاق العوض يقتضي نقد البلد كما نقول في البيع ، وإن لم يكن فيه نقد غالب فدفعت إليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق ، لأن الدرهم في عرف الشرع بالوزن ، وإن دفعت إليه ألف درهم نقرة لم تطلق لأنه لا يطلق اسم الدرهم على النقرة ، وإن دفعت إليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة ويجب ردها لأن العقد وقع على عوض مجهول ويرجع بمهر المثل لأنه تعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله ، وإن دفعت إليه دراهم مغشوشة ، فإن كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة ، وإن كانت الفضة فيها ألف درهم لم تطلق ، لأن الدراهم لا تطلق إلا على الفضة .

(فصل) وإن قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً تملكه طلقت سلباً كان أو مبيعاً قناً كان أو مدبراً لأن اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لأنه عقد وقع على مجهول ، وإن دفعت إليه مكاتياً أو مفصوباً لم تطلق لأنها لا تملك العقد عليه .

وإن قال : إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته وهو مفصوب ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : إنها لا تطلق كما لو خالها على عبد غير معين فأعطته عبداً مفصوباً (والثاني) وهو المذهب أنها تطلق لا إذا أعطته ما عينه ويخالف إذا خالها على عبد غير معين لأن هناك أطلق العقد لحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضي دفع عبد تملكه .

(الشرح) الأحكام : إذا قال إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ، فأعطته ألف درهم في الحال بحيث يكون جواباً للكلامه نظرت - فإن أعطته ألف درهم مضروبه لازائدة ولا ناقصة ، وقع عليها الطلاق لوجود الشرط ، وإن أعطته ألف درهم مضروبه وزيادة وقع الطلاق لوجود الصفة ، والزيادة لا تمنعها ، كما قال إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ثوبين .

فإن قيل : ليس الإعطاء عندكم بمنزلة القبول ، والقبول إذا خالف الإيجاب - وإن كان بالزيادة لم يصح ، ألا ترى أنه لو قال : بعتك هذا بألف فقال : قبلت بألفين ، لم يصح ؟

قلنا : الفرق بينهما أن القبول يقع بحكم الإيجاب في العقد ، ففي مخالفه لم يصح وهما المغاب فيه حكم الصفة ، فوقع الطلاق ، والذي يقتضيه المذهب أن لم أن تسترد الزيادة على الألف ويملك الزوج الألف ، إذا كانت الدراهم معلومة ، وإن كانت مجهولة ردها ورجع عليها مهر المثل ، وإن أعطته دراهم ناقصة ، فإن كانت ناقصة العدد والوزن بأن أعطته دراهم عددها دون الألف ، ووزنها دون وزن ألف درهم من دراهم الإسلام ، لم يقع الطلاق ، لأن إطلاق الدراهم يقتضيه وزن الإسلام ، وإن كانت ناقصة العدد وافية الوزن بأن أعطته تسعمائة درهم مضروبه - إلا أن وزنها وزن ألف درهم من دراهم الإسلام - وقع عليها الطلاق لوجود الصفة ، لأن الاعتبار بالوزن دون العدد ، إذا لم يكن مشروطاً وإن أعطته قطعة فضة - نفرة وزنها ألف درهم لم يقع الطلاق ، لأن إطلاق الدراهم إنما ينصرف إلى المضروبه - والنفرة قطع كالسبائك - وإن أعطته

ألف درهم مضروبة رديئة - فان كانت رداً منها من جهة الجنس أو السكة ، بأن كانت فضتها خشننة أو سديتها مضطربة ، وقع الطلاق لوجود الصفه .

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : وله ردها والمطالبة ببدلها سليمة من غير نقد البلد ، لان إطلاق المعاوضه يقتضى السلامه من العيوب ، وإن أعطته ألف درهم مغشوشه بغير جنسها بأن كانت مغشوشه برصاص أو نحاس - فان كانت الفضه لا تبلغ ألف درهم من دراهم الاسلام - لم يقع الطلاق ، لان الشرط لم يوجد وإن كانت الفضه فيها تبلغ ألف درهم من دراهم الاسلام وقع عليها الطلاق ، لوجود الصفه .

* * *

(فرع) إذا قالت : طلقني بألف فقال : أنت طالق ثلاثاً ، استحق الالف ، وإن طلقها واحدة أو اثنتين - قال الصيمري : - سألناها ، فان قالت : أردت ما أجبني به أو أقل لزمتها الالف ، وإن قالت : أردت أكثر فاقول قولها مع يمينها وله العوض بحساب ما طلق ، وإن سألت الطلاق مطلقاً بعوض فقال : أنت طالق ، فان قال : أردت ثلاثاً وقع عليها الثلاث ، واستحق الالف ، وإن قال أردت ما دون الثلاث رجع اليها فيما سألت ، وكان الحكم كالاوله .

(فرع) إذا قالت : خالعتني على ألف درهم ، فقال : خالعتك نظرت - فان قيده بدراهم من نقد البلد معلوم صح ولزم الزوجه منها ، وإن لم يقيد ذلك بنقد بلد معروف - وكانا في بلده درهم غالبه - انصرف اليها ذلك ، كما قلنا في البيع ، وإن كانا في بلد لا دراهم فيها غالبه ونوباً صنفاً من الدراهم ، أو قال : خالعتك على ألف - ولم يقل من الدراهم ولا من الديناير ، فقالت : قبلت ونوباً صنفاً من الدراهم والديناير ، واتفقا عليه ، انصرف إطلاقتها الى ما نوباه ، لانها إذا ذكرت ذلك واعترفاً أنها أرادت صنفاً صار كما لو ذكره ، وإن لم ينوبها صنفاً صح الخلع ، وكان العوض فاسداً فيلزمها مهر المثل .

إذا ثبت هذا : فان المصنف قال في مطلع الفصل : إذا قال : ان دفعت الى ألف درهم فأنت طالق - ونوباً صنفاً من الدراهم - صح الخلع ، وحمل على ما نوباً

والذي يقتضى المذهب أن ينتهيا إنما تؤثر في الخلع المنجز على ما مضى . وأما هذا فهو طلاق معلق على صفة . هكذا أفاده الماوردي والعمري وابن الصباغ وغيرهم من أصحابنا ، وأى صنف من الدراهم أعطته وقع به الطلاق ولا تأثير للنية (فرع) إذا كان له زوجتان صغيرة وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة رضاعا يحرم ، وخالف الزوج الكبيرة - فإن علم أن الخلع سبق الرضا - اع - صح الخلع ، وإن علم أن الرضا - اع سبق الخلع لم يصح الخلع لأن النكاح انفسخ قبل الخلع ، وإن أشكل السابق منهما صح الخلع ، لأن الأصل بقاء الزوجية (مسألة) إذا تخالم الزوجان الوثنيان والذميان صح الخلع لأنه معاوضة فصح منهما كالبيع ، ولأن من صح طلاقه بغير عوض صح بعوض كالمسلمين ، فإن عقد للخلع بعوض صحيح ثم ترافعا اليينا أمضاه الحاكم قبل التقابض وبعده لأنه يصح ، وإن تخالما بعوض فاسد كالخنزير والخنزير - فإن ترافعا اليينا قبل القبض لم يؤمن على إقباضه بل نوجب له مهر المثل ، وإن ترافعا اليينا بعد التقابض للجميع حكمنا ببرائة ذمتها ، فإن ترافعا بعد أن قبض البعض فإن الحكم يمتضى من ذلك ما تقابضاه ويحكم له بمهر المثل بقسط ما بقى كما قلنا في الصداق ، وإن تخالما المشركان على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما قبل التقابض فإن الحاكم يحكم بفساد العوض ويوجب مهر المثل اعتبارا بحال المسلم منهما

(فرع) وإن ارتد الزوجان المسلمان أو أحدهما ثم تخالما في حال الردة كان الخلع موفوفاً ، فإن اجتمعا على الإسلام قبل الردة تبيننا أن الخلع صحيح ، لأنه بان أن النكاح باق ، وإن اذعننا عدتها قبل أن يجتمعا على الإسلام لم يصح الخلع لأنه بان أن النكاح انفسخ بالردة والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اختلف الزوجان فقال الزوج طاعتك على مال وأنكرت المرأة بانته باقراره ولم يلزمها المال ، لأن الأصل عدمه . وإن قال طاعتك بعوض فقالت طاعتني بعوض بعد مضى الخيار بانته باقراره ، والقول في العوض قولها لأن الأصل براءة ذمتها ، وإن اختلفا في قدر العوض ، أو في عينه ، أو في

صفته . أو في تعجيله أو في تأجيله ، تحالفاً لأنه عوض في عقد معاوضة فتحالفاً فيه على ما ذكرناه كالبيع ، فإذا تحالفاً لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل ، كما لو اختلفا في ثمن السلعة بعدما تلفت في يد المشتري

وان خالعهما على ألف درهم واختلفا فيما نوبا ، قادعى أحدهما صنفاً وادعى الآخر صنفاً آخر تحالفاً . ومن أصحابنا من قال لا يصح للاختلاف في النية لأن ضمائر القلوب لا تعلم ، والأول هو المذهب ، لأنه لما جاز أن تكون النية كاللفظ في صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف ، ولأنه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها ما في القلوب ، ولهذا يصح الاختلاف في كتابات القذف والطلاق .

وان قال أحدهما خالعت على ألف درهم . وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفاً ، لأن أحدهما يدعى الدرهم والآخر يدعى مهر المثل ، وان بقيت له طائفة فقالت له طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها ، قلنا إنها ان عدت ما بقي استحق الألف وان لم تعلم لم يستحق الا ثلث الألف .

وان اختلفا فقالت المرأة لم أعلم ، وقال الزوج بل عدت تحالفاً ورجع الزوج الى مهر المثل لأنه اختلاف في عوض الطلقة ، وهي تقول بذلك ثلث الألف في مقابلتها ، وهو يقول بذلك الألف

(فصل) وان قال خالعتك على ألف . وقالت بل خالعت غيري بانته المرأة لا تنافهما على الخلع ، والقول في العوض قولها ؛ لأنه يدعى عليها - قاً والاصل عدمه . وان قال خالعتك على ألف . وقالت خالعتني على ألف - ضمنها عن زيد ، لزمها الألف - لأنها أقرت به ولا شيء على زيد الا أن يقر به ، وان قال خالعتك على ألف في ذمتك ؛ فقالت بل خالعتني على ألف لي في ذمة زيد ، تحالفاً ، لأن الزوج يدعى عوضاً في ذمتها وهي تدعى عوضاً في ذمة غيرها ، وصار كما لو ادعى أحدهما أن العوض عنده وادعى الآخر أنه عند الآخر

(الشرح) الأحكام : اذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها بألف وأنكر فان لم يكن معها بينة فالقول قوله مع يمينه . لأن الأصل عدم الطلاق . وان كان

مما يفنة شاهدان ذكران ، وانفقت شهادتهما حكم عليه بالطلاق وانقطاع الرجعة . قال الشيخ أبو حامد : ويستحق عليها الالف ، فان شاء أخذها وان شاء تركها ؛ وان شهد أحدهما أنه خالعهما بالالف وشهد الآخر أنه خالعهما بالالفين لم يحكم بالخلع لأنهما شهدا على عقدين . وان أقامت شاهداً واحداً وأرادت أن تحالف معه أو شاهداً وامرأتين لم يحكم بصحة الخلع ، لان الطلاق لا يثبت الا بشاهدين (مسألة) وان ادعى الزوج على زوجته أنه طاقها بالالف وأنكرت ، فإن كان ليس له بينة حلفت لأنه يدعى عليها ديناً في ذمتها ، والاصل برامة ذمتها ويحكم عليه بالبينونة لأنه أقر على نفسه بذلك ، وان كان معه بينة ، فاض أقام شاهدين ذكرين حكم له عليها بالمال ، وان أقام شاهداً وحالف معه أو شاهداً وامرأتين ثبت له المال لا دعواه بالمال . وذلك يثبت بالشاهد واليمين ، والشاهد والمرأتين . قال المسعودي : وان قالت طلقني بالالف الا أني كنت مكروهة على التزامه فالقول قولها مع يمينها لأن الاصل برامة ذمتها

(فرع) وان ادعى الزوج عليها أنها استدعت منه الطلاق بالالف فطلقها عليه فقالت قد كنت استدعيت منك الطلاق بالالف واليك لم تطلقني على الفور بل بعد مضي مدة الخيار ، وقال بل طلقتك على الفور بانته منه باقراره ، والقول قولها مع يمينها ، لأن الاصل برامة ذمتها ، وان قال الزوج طلقتك بعد مضي وقت الخيار فلي الرجعة . وقالت بل طلقني على الفور فلا رجعة لك ، والقول قول الزوج مع يمينه ، لان الاصل عدم الطلاق

(فرع) وان اختلفا في قدر العوض بأن قال خالعتك على ألفي درهم فقالت بل على ألف ، أو اختلفا في صفة العوض بأن قال خالعتك على ألف ريال سعودي فقالت بل على ألف ريال يمني ، أو اختلفا في عين العوض فقال خالعتك على السيارة التناكسي فقالت بل على هذه السيارة النقل ، أو في تعجيله وتأجيله بأن قال خالعتك على ألف درهم معجلة ؛ فقالت بل على ألف درهم مؤجلة أو في عدد الطلاق بأن قالت بذلت لك ألفاً لتطلقني ثلاثاً فقال بل بذلت لي ألفاً لا طلاقك واحدة ولم أطلق غيرها فانهما يتحالفان في جميع ذلك على النفي والإثبات ، كما قلنا في المتبايعين .

وقال أبو حنيفة القول قول المرأة . دليلنا أن الخلع معاوضة ، فإذا اختلفا في قدر عوضه أو صفته أو تعجيله أو معوضه تحالفا كالتبايين إذا ثبت هذا فانهما إذا تحالفا فإن التحالف يقتضى فسخ العقد ، إلا أنه لا يمكن ههنا أن يفسخ الخلع ، لأنه لا يلحقه الفسخ فيسقط العوض المسمى في العقد ويرجع عليها بمهر مثلها كالتبايين إذا اختلفا بمد هلاك السلعة . وعلى قول من قال من أصحابنا أن البائع يرجع بأقل الامرين من الثمن الذى يدعيه البائع أو قيمة السلعة يرجع الزوج ههنا بأقل الامرين من العوض الذى يدعيه الزوج أو مهر المثل . وإذا اختلفا في قدر الطلاق فلا يقع إلا ما أقر به الزوج

(فرع)

وإن خالعهما على دراهم في موضع لا نقد فيه ، فقال أحدهما نوبنا من دراهم كذا ؛ وقال الآخر : بل نوبنا من نقد بلد كذا ، أو خالعهما على ألف مطلق ، وقال أحدهما : نوبنا من الدراهم ، وقال الآخر : بل نوبنا من الدنانير ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يتحالفان ، بل يجب مهر المثل ، لأن ضمائر القلوب لا تعلم . (والثاني) وهو المذهب أنهما يتحالفان ، لأن النية لما كانت كاللفظ في صحة العقد كانت كاللفظ في الاختلاف ، ولأنه يجوز أن يعرف كل واحد منهما ما نواه الآخر في ذلك بإعلامه إياه أو بأمارات بينهما ، فإذا اختلفا في ذلك تحالفا .

• • •

وإن قال أحدهما : خالعت على ألف درهم من نقد بلد كذا . أو كانا في بلد فيه دراهم غالبية ، وقال الآخر : بل خالعت على ألف مطلق غير مقيدة بدراهم ولا دنانير تحالفا . لأن أحدهما يدعى أن العوض الدراهم المسماة ، والآخر يدعى أن العوض مهر المثل فتحالفا كما قلنا لو اختلفا في قدر العوض .

وإن بقيت له على امرأته طلاقه فقالت طلقني ثلاثا فطلقها واحدة - وقلنا بقول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي - أنها إذا علمت أنه لم يبق إلا طلاقه ، وقالت : ما كنت عالمة بذلك تحالفا ، لأنهما اختلفا في عدد الطلاق المبذول به الألف فهي تقول : ما بذلت الألف إلا في مقابلة الثلاث ، والزوج يقول : بذلت الألف في مقابلة الواحدة لعلمك بها ، فتحالفا كما لو كان يملك عليها ثلاث طلاقات ، واختلفا في عدد الطلاق ، وجب عليه مهر مثلها لما ذكرناه .

(مسألة) قوله : وإن قال : خالعتك لخرج ، وهذا كما قال ، فإنه إذا قال : خالعتك على ألف درهم فقالت : ما بذلت لك العوض على طلاق ، وإنما بذلت لك زيد العوض من ماله على طلاق ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل براءة ذمتها ، تبين منه لاتفاقهما على طلاقها بعوض .

وإن قال : خالعتك بألف في ذمتك ، فقالت : خالعتني في ذمتي إلا أن زيدا ضمنها عني ، لزومها الألف ، لأنها أقرت بوجودها عليها إلا أنها ادعت أن زيدا ضمنها ، وذلك لا يسقط من ذمتها . وإن قالت : خالعتني بألف بعد ما عني زيد لزمها الألف لأنها أقرت بوجودها عليها ، لأن زيدا لا بعد عنها إلا ما وجب عليها ، وإن قال : خالعتك على ألف درهم في ذمتك ، أو في يدك ، وقالت : بل خالعتني على ألف درهم في ذمة زيد لي ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أنها يتحالفاً لأنها اختلفا في عين العوض فتحالفا كما لو قال خالعتك على هذه الدراهم في هذا الكيس ، فقالت : بل على هذه التي في الكيس الآخر ؛ والثاني : أنها لا يتحالفاً ، لأن الخلع على ما في ذمة الغير لا يصح ، لأنه غير مقدور عليه ، فهو كما لو خالعهما على بهيمتها الضالة ، أو عيدها الأبق فعلى هذا يلزمها مهر مثلها ، والمذهب الأول ، لأن بيع الدين في الذمة من غير السلم والكتابة يصح في أحد الوجهين ، وإن قلنا : لا يصح ؟ فلم يتفقا على أنه خالعهما عليه وإنما هي تدعى ذلك ، والزوج ينكره فهو كما لو قالت : خالعتني على خمر أو خنزير فقال : بل على الدراهم أو الدنانير فإنهما يتحالفاً وهذا منله ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبتنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الطلاق

يصح الطلاق من كل زوج بالذم عاقل مختار ، فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه . وإن قال : إذا تزوجت امرأة فهي طالق لم يصح لما روى المسور بن مخرمة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك ، وأما الصبي فلا يصح طلاقه لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون عن يفيق ، فأما من لا يعقل فإنه إن لم يعقل بسبب يهذره كالنائم والمجنون والاربعون وهو نرب دواء ، أو فزال عقله أو أكره على شرب الخمر حتى سكر ، لم يقع طلاقه ، لأنه نص في الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين ، وإن لم يعقل بسبب لا يهذره فيه كن شرب الخمر لغير عذر فسكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله ، فالنصوص في السكران أنه يصح طلاقه .

وروى المزي أن قال في القديم : لا يصح ظهاره ، والطلاق والظهار واحد فن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) لا يصح وهو اختيار المزي وأبي ثور ، لأنه زائل العقل فأشبهه النائم ، أو مفقود الإرادة فأشبهه المسكر .

(والثاني) أنه يصح ، وهو الصحيح ، لما روى أبو وبرة الكلابي قال : أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر رضي الله عنه فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضي الله عنهم ، فقلت إن خالد يقول : إن الناس قد أممكروا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر : هم هؤلاء عندك فاسألهم ، فقال علي عليه السلام : تراه إذا سكر هذى ، وإذا هذى اقتري ؛ وعلي المقترى ثمانون جلدة ، فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال ، فجعلوه كالصاحي ، ومنهم من قال : يصح طلاقه قولاً واحداً ، ولعل ما رواه المزي حكاه الشافعي رحمه الله عن غيره ، وفي علته ثلاثة أوجه .

أحدهما - وهو قول أبي العباس - أن سكره لا يعلم إلا منه ، وهو منهم في دعوى السكر لنفسه ، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر . ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل .

(والثاني) أنه يقع طلاقه تغليظاً عليه لمعصيته ، فعلى هذا يصح ما فيه تغليظاً عليه كالطلاق والعتق والردة ، وما يوجب الحد ولا يصح ما فيه تخفيف كالسكاح والرجعة وقبول الهبات .

(والثالث) أنه لما كان سكره بمعصية أسقط حكمه لجعل كالمسحوق ، فعلى هذا يصح منه الجميع ، وهذا هو الصحيح ، لأن الشافعي رحمه الله نص على صحة رجوعه

(الشرح) حديث المسور بن مخرمة في الزوائد إسناده حسن لأن إسناده عند ابن ماجه حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا علي بن الحسين بن واقد ثنا هشام بن سعد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك ، ففيه علي بن الحسين بن واقد مختلف فيه فقد قال الذهبي : صدوق .

وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث ، وقال النسائي وغيره : ليس به بأس ، وذكره العقيلي وقال : مرجح . قال البخاري مات سنة إحدى عشرة ومائتين . وكذلك هشام بن سعد هكذا في متن ابن ماجه طبعة المطبعة العلمية وعليه شرح أبي الحسن بن عبد الهادي الحنفي يقول : وهشام بن سعيد ضعيف وكلا الاسمين يطلقان على رجلين في كل منهما قيل كلام هشام بن سعيد الطالقاني ابي ابن لهيعة وأبا شهاب الحنطاط . وعنه أحمد بن حنبل وأحمد بن أبي خزيمة وجماعه . وثقه أحمد وكان ابن معين لا يروى عنه .

قال الذهبي ما أدري لاي شيء . وقال النسائي ليس به بأس . وثقه ابن سعد وهشام بن سعد أبو عباد المدني . وولي بن مخرم يقول له بنميم زيد بن أسلم صحبه وأكثر عنه . وروى عن عمرو بن شعيب والمقبري ونافع . وعنه ابن وهب والقعنبي وجماعة كثيرة . قال أحمد لم يكن بالحافظ . وكان يحيى النبطي لا يحدث عنه . وقال أحمد أيضاً لم يكن من محكم الحديث . وقال ابن معين ليس بذلك الأقوى

وقال النسائي : ضعيف ، وقال مرة : ليس بالقوى . وقال ابن عسدي : مع
ضعفه يكتب حديثه إلى آخر ما قيل في أنه أثبت الناس في زيد بن أسلم وله
مناكير كثيرة .

وأنا أخلص من هذا بأن كلا الرجلين قيل فيه كلام فأى الرجلين هو المعنى
في الرواية هل متن السنن أم حاشية ابن عبد الهادي ؟

إذا نظرنا في زمن كل من الرجلين فنجد ابن سعيد وهو من شيوخ أحمد
والذين تكلموا في ضعفه قوة فهو يختلف فيه وزمنه يمكن أن يكون من طبقة
تروى عن الزهري ، فإذا عرفت أن الحفاظ قرروا أن هذا الحديث حسن عرفت
أن الاسناد كان لا يكون حسناً لو أنه هشام بن سعد لكثرة ما أخذ عليه الحفاظ
من مناكير فرجل مثله لا يكون حديثه حسناً من جهة إسناده ، ومن ثم تكون
حاشية ابن عبد الهادي أضبط من متن السنن وأنه هشام بن سعيد ، وقد أخرج
له مسلم في الشراهد ، والحديث أخرجه أحمد وأهل السنن والبخاري والبيهقي ، وقال
هو أصح شيء في هذا الباب وأشهر .

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« لا نذر لابن آدم فيها لا يملك ، ولا عتق له فيها لا يملك ، ولا طلاق له فيها
لا يملك » ، وقال الترمذي : حديث حسن وهو أحسن شيء روى في هذا الباب .

وفي أبي داود : وقال فيه « ولا وفاة نذر إلا فيها يملك ، ولا بن ماجه فيه
« لا طلاق فيها لا يملك » ، واختلف في حديث المسور على الزهري فروى عنه
عن عروة عن المسور ، وروى عنه عن عروة عن عائشة ، وروى بمعنى هذا
الحديث عن أبي بكر الصديق وأبي هريرة وأبي موسى الأشعري وأبي سعيد
الخدري ومهران بن الحصين وغيرهم ، وفي مستدرك الحاكم عن جابر مرفوعاً
باللفظ « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » ، قال الحاكم : صحيح ،
وأنا متمسك من الشيخين كيف أملاه ، وقد صحح على شرطهما من حديث ابن
عمر وعائشة وابن عباس ومعاذ بن جبل وجابر اه .

وأما حديث رفع القلم عن ثلاثة إلخ ، فقد رواه علي وعائشة رضي الله عنهما وأخرجه أبو داود والنسائي في كتاب الحدود من رواية علي بإسناد صحيح ، وروياه هما وابن ماجه في كتاب الطلاق من رواية عائشة : وقد كرره المصنف في مواضع كثيرة من المذهب وقال أن يذكر راويه ، وقد أورده في كتاب السير من رواية علي كرم الله وجهه .

أما أثر أبي وبرة الكلبي فقد أخرجه الطبري والطحاوي والبيهقي وفيه أن رجلاً من بني كلب يقال له : ابن وبرة أخيره أن خالد بن الوليد بعثه إلى عمر : وقال له : إن الناس قد أنهمكوا في الخمر واستخفوا العقوبة ، فقال عمر لمن حوله ما ترون فقال علي ، وذكر ما تقدم في الفصل ، وأخرج نحوه عبد الرزاق عن عكرمة وسبأني في كتاب الحدود مزيد من الاستقصاء لرواياته وطرقه والكلام على أحكامه هناك إن شاء الله .

أما اللغات : فإن طالق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق ، فإن كثر تطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلاق ، والامر الطلاق وطلقت هي من باب قتل وفي لغة من باب قرب فهي طالق بغير هاء . قال الأزهرى : وكلهم يقول بغير هاء . قال : وأما قول الأعشى :

أيا جارتنا بيني فإنك طالق

فقال اللبث أراد طالقة غداً ، وإنما اجترأ عليه لأنه يقال : طلقت لحمل النعت على الفعل . وقال ابن فارس أيضاً : امرأة طالق طلقها زوجها ، وطلالقة غداً ، فصرح بالفرق ، لأن الصفة غير واقعة ، وقال ابن الأنباري إذا كان النعت منفرداً به الأثني دون الذكر لم تدخله الهاء نحو طالق وطامث وحاضر ، لأنه لا يحتاج إلى فارق لاختصاص الأثني به .

وقال الجوهري يقال طالق وطالقه ، وأنشد بيت الأعشى ، وأجيب عنه بجوابين (أحدهما) ما تقدم (والثاني) أن الهاء لضرورة التصريح على أنه معارض بما رواه ابن الأنباري عن الأصمعي قال أنشدني أعرابي من شق اليمامة البيت فإنك طالق من غير تصريح ، فنسقط الحجة به .

قال البصريون : إنما حذفت العلامة لأنه أريد النسب . والمعنى امرأة ذات طلاق وذات حيض ، أى هى موصوفة بذلك حقيقة ولم يجره على الفعل . ويحكى عن سيبويه أن هذه نعوت مذكرة وصف بهن الإناث كما يوصف المذكر بالصفة المؤنثة نحو علامة ونسابة ، وهى سماعى . وقال الفارابى : نعجة طالق بزير ماء إذا كانت مخللة ترعى وحدها ، فالتركيب يدل على الحل والانحلال . يقال : أطلقت الاسير إذا حلت أساره وخلبت عنه فانطاق ، أى ذهب فى سبيله ، وأطلقت البيعة إذا شهدت من غير تقييد بتاريخ ، وأطلقت الناقة من عظامها ، وناقة طلق بضمين بلا قيد ، وناقة طالق أيضا مرسله ترعى حيث شاءت ، وقد طلقت طلوفا من باب فعد إذا انحل وثاقها وأطلقتها الى الماء . فطلقت ، والطاق بفتحين جرى الفرس ، لا تحتبس الى الغاية فيقال عدا الفرس طاقا أو طاقين ، كما يقال شوطاً أو شوطين ، وتطلق الظبي مر لا يلوى على شيء . وطاق الوجه بالضم طلاقة ، ورجل طلق وطلق الوجه أى فرح ظاهر البشر ، وهو طلق الوجه قال أبو زيد منهل بسام ، وهو طلق اليدين بمعنى سخى ، ولبنة طلاقة ، إذا لم يكن فيها قر ولا حر ، وكله وزان فلنس وشى . طلق ، وزان حمل أى حلال ، وافعل هذا طلقاً لك أى حلالاً

ويقال الطلق المطلق الذى يتمكن صاحبه فيه من جميع التصرفات فيكون فعل بمعنى مفعول مثل الذبح بمعنى المذبوح ، وأعطيته من طاق مالى أى من حله أو من مطلقه وطلقت المرأة بالبناء للمفعول طلقاً فهى مطلوقة إذا أخذها المخاض وهو وجم الولادة ، وطلق لسانه بالضم وطلوقة فهو طاق اللسان ، وطليقه أيضاً ، أى فصيح عذب المنطق ، واستطلقت من صاحب الدين كذا فأطلقه ، واستطاق بضته لازماً ، وأطلق الدواء ، وفرس مطلق اليدين إذا خلا من الذبحيل . أما قوله : أنهم كروا فى الحمر ، فإنه يقال أنهم كروا فى الأمر أى جد ورج . وكذلك تهمك فى الأمر . تحاقر والمعقوبة استهزأ بها . والحقير الصغير . ومحقرات الذنوب صفارها .

قوله : إذا سكر هذى ، يقال هذى فى منطقته يهذى ويهذو . وهذا هذيانا إذا كثر كلامه وقامت قائلته . وإذا هذى أفتى أى كذب والافتراء والفرية الكذب

وأصله الخلق ، من فريت المازادة إذا خلقتها وصنعتها ، كأنه اختلاق الكذب أى صنعه وابتدأه ، هكذا أفاده ابن بطال فى شرح غريب المهذب والفيومى فى غريب الشرح الكبير للرافعى المسمى بالمصباح المنير

أما الأحكام فإن الطلاق ملك للأزواج على زوجاتهم ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله : يا أيها النبى إذا طلقتم النساء . فطاقوهن بعدتمن ، وقوله تعالى : الطلاق مرتان ، الآية . وأما السنة فروى أن النبى (ص) طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها . وروى عن ابن عمر أنه قال : كان تحنى امرأة أحبها وكان أبى يكرهها فأمرنى أن أطلقها ، فأتيت النبى (ص) فأخبرته فأمرنى أن أطلقها . وأجمعت الأمة على جواز الطلاق ، إذا ثبت هذا فإن الطلاق لا يصح إلا بعد النكاح . فأما إذا قال كل امرأة أزوجها فهى طالق . أو إذا تزوجت امرأة من القبيلة الغلانية فهى طالق ، أو إذا تزوجت فلاة فهى طالق ، أو قال لا جنبية إذا دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق ، فلا يتعلق بذلك حكم ، وإذا تزوج لم يقع عليها الطلاق . وكذلك إذا عقد العتق قبل الملك فلا يصح . هذا مذهبنا وبه قال من الصحابة على بن أبى طالب وابن عباس وعائشة . ومن التابعين شريح وابن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء وطاوس والحسن وعروة ، ومن الفقهاء أحمد وإسحاق ، إلا أن أحمد له فى العتق روايتان .

وقال أبو حنيفة وأصحابه تنعقد الصفة فى عموم النساء وخصوصهن ، وكذلك إذا قال لامرأة أجنبية إذا دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق فتزوجها ودخلت الدار طلقت . وكذلك يقول فى عقد العتق قبل الملك مثله ، وحكى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال الزهرى .

وقال مالك : إن عين ذلك فى قبيلة بعينها أو امرأة بعينها انعقدت الصفة . وإن عم لم ينمقد . وبه قال النخعى وربيعة والأوزاعى وابن أبى ليلى دليلنا مارواه المسور بن مخرمة مرفوعا : لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك ، ولأن من لم ينمقد طلاقه بالمعاشرة لم ينمقد طلاقه بصفة كالمجنون والصغير .

(مسألة) ولا يصح طلاق الصبي والنائم والمجنون . وقال أحمد في إحدى الروايتين : إذا عقل الصبي الطلاق وقع . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ : وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، ولا يصح طلاق المعتوه ومن زال عقله بمرض أو بسبب مباح لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي ولأنه يلغى بالطلاق ومعه علم ظاهر يدل على قدر قصده بوجه هو معذور فيه فلم يقع طلاقه كالأطفال .

(فرع) وان شرب خمرأ أو نبيذاً فسكر فطلق في حال سكره فالمتصور أن طلاقه يقع . وحكى المزني أنه قال في القديم د في ظهار السكران قولان ، فمن أصحابنا من قال . اذا ثبت هذا كان في طلاقه أيضاً قولان . (أحدهما) لا يقع واليه ذهب ربيعة والليث وداود وأبو ثور والمزني ، لانه زال عقله فأشبهه المجنون .

(والثاني) يقع طلاقه لقوله تعالى د يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ، مخاطبهم في حال السكر فدل على أن السكران مكاف ، وروى أن عمر رضى الله عنه استشار الصحابة رضى الله عنهم وقال ان الناس قد تباغوا في شرب الخمر واستحقروا حد العقوبة فيه ، فأترون ؟ فقال على انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، فحدده حد المفترى ، فلولاً أن لكلامه حكماً لما زيد في حده لأجل هذيانه . وقال أكثر أصحابنا : يقع طلاقه قولاً واحداً لما ذكرناه من الآية والإجماع .

واختلف أصحابنا في نيته فمنهم من قال : لان سكره لا يعلم الا من جهته وهو متهم في دعوى السكر لفسقه ، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر وليس فيها بينه وبين الله تعالى .

ومنهم من قال يقع الطلاق تغليظاً عليه ، فعلى هذا يقع منه كل ما فيه تغليظاً عليه كالأطلاق والردة والعتق ، وما يوجب الحد ؛ ولا يقع ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبة ، ومنهم من قال لما كان سكره معصية سقط حكمه ، لجعل كالصاحي ، فصح منه الجميع .

قال العمراني من أصحابنا : وهذا هو الصحيح ، فان شرب دواء أو شرابا غير الخمر والتبديد فسكر — فان شربه لحاجة — فحكمة حكم المجنون ، وإن شربه ليغيب عقله ، فهو كالسكران بشرب الخمر ، لأنه زال عقله بمصيبة فهو كمن شرب الخمر والتبديد .

وقد استدلل بعدم صحة إقرار السكران بقصة ماعز حين قال للنبي صلى الله عليه وسلم : أشرب خمرا ، فقام رجل فاستنكمه فلم يجد منه ريح خمر الخ الحديث ، وقد قاس صاحب المنتقى إقرار السكران على طلاقه حين ساق حديث ماعز في كتاب الطلاق مع أن الحديث لا صلة له بالطلاق البتة ، وهو اجتهاد سليم وقد قال الشوكاني : وقد اختلف أهل العلم في ذلك فأخرج ابن أبي شيبة بأسانيد صحيحة عدم وقوع طلاق السكران عن أبي الشعماء وعطاء وطاوس وعكرمة والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز .

قال في الفتح : وبه قال ربيعة والليث وإسحاق والمزني ، واختاره الطحاوي ، واحتج بأنهم أجمعوا على أن طلاق المعتوه لا يقع ، قال والسكران معتوه بسكره وقال بوقوعه طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن وإبراهيم والزهرى والشعبي ، وبه قال الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة .

قال : وعن الشافعي قولان المصحح منهما وقوعه ، والخلاف عند الحنابلة ، وقد حكى القول بالوقوع في البحر عن علي وابن عباس وابن عمر ومجاهد والضحاك وسليمان بن يسار وزيد بن علي والهادي والمؤيد بالله ، وحكى القول بعدم الوقوع عن عثمان وجابر بن زيد ، ورواية عن ابن عباس والناصر وأبي طالب والبنى وداود بن علي اه .

وقد ذكرنا احتجاج القائلين بالوقوع بمفهوم التكليف في قوله تعالى (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) وقد أجيب بأن النهي في الآية إنما هو عن أصل السكر الذي يلزم منه قربان الصلاة كذلك ؛ وقيل إنه نهى للشمل الذي يعقل الخطاب وأيضا قوله في آخر الآية (حتى تعلموا ما تقولون) دليل على أن السكران يقول ما لا يعلم ، ومن كان كذلك فيكيف يكون مكلفا وهو غير قاهم ، والفهم شرط التكليف كما تقرر في الأصول .

واحتجوا ثانياً بأنه عاصر بفعله فلا يزول عنه الخطاب بالسكر ولا الإثم لأنه
يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل وقوعه في السكر ، وأجاب
الطحاوي بأنها لا تختلف أحكام فاقده للعقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من
جهته أو من جهة غيره . إذ لا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب من
الله أو من قبل نفسه ، كمن كسر رجل نفسه فإنه يسقط عنه فرض القيام . وتذهب
بأن القيام انتقل إلى بدل وهو القعود فافترقا

وأجاب ابن المنذر عن الاحتجاج بقضاء الصلوات بأن النائم يجب عليه قضاء
الصلاة ولا يقع طلاقه لأنه غير مكاف حال النوم بلا نزاع

واحتجوا ثالثاً بأن ربط الأحكام بأسبابها أصل من الأصول المأثورة في
الشريعة ، والتطابق سبب للطلاق فينبغي ترتيبه عليه وربطه به وعدم الاعتداد
بالسكر كما في الجنائيات . وأجيب بأن الاستفسار عن السبب للطلاق هل هو إيقاع
لفظه مطلقاً ؟ إن قلتم نعم لزمكم أن يقع من المجنون والنائم والسكران الذي لم
يعص بسكره إذا وقع من أحدهم لفظ الطلاق . وإن قلتم إنه إيقاع اللفظ من
العاقل الذي يفهم ما يقول فالسكران غير عاقل ولا فاهم ، فلا يكون إيقاع لفظ
الطلاق منه سبباً .

واحتجوا رابعاً بأن الصحابة رضوا الله عنهم جعلوا كراهوا ، ويجاب بأن
ذلك محل خلاف بين الصحابة كما بينا

واحتجوا خامساً بأن عدم وقوع الطلاق من السكران مخالف للمقاصد الشرعية
لأنه إذا فعل حراماً واحداً لزمه حكمه ، فإذا تضاعف جرمه بالسكر وفعل المحرم
الآخر سقط عنه الحكم ، مثلاً لو أنه ارتد بغير سكر لزمه حكم الردة فإذا جمع بين
السكر والردة لم يلزمه حكم الردة لأن سكره لا يوجب بالتمام إسقاط عنه حكم
المعصية الواقعة منه حال السكر لنفس فعله للمحرم الآخر وهو السكر ، فإن ذلك
مما لا يقول به عاقل ، وإنما أسقطنا عنه حكم الصاحي فلم يركز فعله المعصية الشرب
هو المستقط .

ومن الأدلة الدالة على عدم الوقوع ما في صحيح البخاري وغيره أن حمزة سكر
وقال للنبي صلى الله عليه وسلم لما دخل عليه هو وعلى ، وهل أنتم إلا عبيد لأبي ،

في قصة الشارفين المشهورة ، فتركه صلى الله عليه وسلم وخرج ولم يلزمه حكم تلك السكلة ، مع أنه لو قالها غير سكران لكان كفرأ .

وأجيب بأن الخمر كانت اذ ذلك مباحة ، والخلاف انما هو بعد تحريمها . وحكى الحافظ في فتح الباري عن ابن بطال أنه قال ، الاصل في السكران العقل ، والسكر شيء طرأ على عقله . فمهما وقع منه من كلام مفهوم فهو محمول على الاصل حتى يثبت فقدان عقله اه

وقال القائلون بعدم الوقوع ، لا يقال ان الفاظ الطلاق ليست من الاحكام التكليفية ، بل من الاحكام الوضعية ، واحكام الوضع لا يشترط فيها التكليف لا نأقول الاحكام الوضعية تقيد بالشروط كما تقيد الاحكام التكليفية . وأيضا السبب الوضعي هو طلاق العاقل لا مطلق الطلاق بالاتفاق . والا لزم وقوع طلاق المجنون . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المسكره فإنه ينظر فإن كان اكراهه بحق كالمولى اذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه . لأنه قول حمل عليه بحق فصح كالحربي اذا أكرهه على الإسلام . وان كان بغير حق لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم درفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم اذا أكرهه على كلمة الكفر . ولا يصير مكرها الا بثلاثة شروط

(أحدها) أن يكون المكره قاهراً له لا يقدر على دفعه

(والثاني) أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهة يقع به

(والثالث) أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يفض منه ذلك من ذوى الاقدار لانه يصير مكرها بذلك .

وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به والاستخفاف بمن لا يفض منه أو اخذ القليل من المال بمن لا يبين عليه . أو الحبس القليل . فليس باكراه .

وأما النفي فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو إكراه ، وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان (أحدهما) أنه إكراه لأنه جعل النفي عقوبة كالحد ، ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن (والثاني) ليس بإكراه لتساوي الولد في حقه . وإذا أكره على الطلاق فنوى الإيقاع ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالإكراه ، وبقيت النية من غير لفظ ، فلم يقع بها الطلاق .

(والثاني) أنه يقع لأنه صار بالنية مختاراً

(فصل) وان قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجه لم يقع الطلاق ، كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناه ولم يرد موجه : وان أراد موجه بالعربية ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول الماوردي البصري أنه يقع لأنه قصد موجه فلزمه حكمه (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفراييني رحمه الله أنه لا يصح كما لا يصير كافراً إذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجه بالعربية .

(الشرح) الحديث أخرجه ابن ماجه وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرک من حديث ابن عباس بهذا اللفظ الذى ساقه المصنف ورفع عن أمى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، وحسنه النووى : وقد أطال الحافظ ابن حجر فى باب شروط الصلاة من التلخيص الحبير

أما الأحكام فإن أكره على الطلاق فطلق - فإن كان مكرهاً بحكم قضائى وقع الطلاق ، كما نقول فى الحربى إذا أكره على كلمة التوحيد ، وان كان مكرهاً بتغير حق ولم ينو إيقاع الطلاق فالمنصوص أنه لا يقع طلاقه - وحكى المسعودى وابن الصباغ وجهاً آخر أنه لا يقع إذا ورنى بتغير الطلاق ، مثل أن يريد به طلاقها من وثاق أو يريد امرأة اسمها كاسم امرأته والمذهب الأول وبه قال عمر وعلى وابن الزبير وابن عمر وشريح والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء ومجاهد وطاوس ومالك والأوزاعى .

وقال أبو حنيفة والثوري والنخعي والشعبي : يقع طلاقه . دليلنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، وروى عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق ولا عناق في اغلاق ، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقي وصححه الحاكم ، والاغلاق بكسر الحزة وسكون اللين فسره علماء الغريب بالاكراه ، روى ذلك في التلخيص الحبير عن ابن قتيبة والخطابي وابن السيد وغيرهم : وقيل : الجنون ، واستبعده المطرزي . وقال أبو عبيدة : الاغلاق التضييق .

وقد استدل بهذا الحديث من قال بعدم صحة طلاق المكره ، وبه قال جماعة من أهل العلم ، وحكى ذلك عن ذكرناهم ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يصح قالوا أكرهه على الاقرار بالطلاق ، وقولنا : بغير حق احتراز من أكرهه الحاكم على الطلاق .

إذا ثبت هذا : فلا يكون مكرهاً حتى يكون المنكره له قاهراً له لا يقدر على الامتناع منه ، وإن غلب على ظنه أنه إذا لم يطلق فعل به ما أوعده به ، فإن أوعده بالقتل أو قطع طرف ، كان ذلك مكرهاً ، وإن أوعده بالضرب أو الحبس أو الشتم أو أخذ المال ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق : إن ذلك لا يقع به الاكراه . وقال عامة أصحابنا — وهو المذهب — إن أوعده بالضرب والحبس والشتم — فإن كان المكره من ذوى الأقدار والمروءة بمن يؤثر ذلك تأثيراً بالغاً في حاله كان اكراهاً له ، لأن ذلك بسببه .

وإن كان من العوام ، أو سخفاء الرعاع ، لم يكن ذلك اكراهاً في حقه ، لأنه لا يبالي به ، وإن أوعده بأخذ القليل من ماله بما لا يبين عليه ، لم يكن اكراهاً ، وإن أوعده بأخذ ماله أو أكثره كان مكرهاً ، وإن أوعده باتلاف الولد ، ففيه وجهان حكاهما المسمودي ، وإن أوعده بالنفي عن البلد ، فإن كان له أهل في البلد كان ذلك اكراهاً ، وإن لم يكن له أهل ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه اكره لأنه يستوحش بمفارقة الوطن (والثاني) ليس باكره لتساوي البلاد في حقه هذا مذهبنا . وقال أحمد في إحدى الروايتين ما أوعده به فليس باكره ، لأنه لم يصبه ما يستتضر به ، وهذا ليس بصحيح ، لأن الاكره لا يكون الا بالتعود ، فأما ما فعله به فلا يمكن ازالته .

(فرع) اذا أكره على الطلاق ونوى بقلبه من وثاق أو نوى غيرها من بشاركتها في الاسم وأخبر بذلك قبل منه لموضع الاكره من القضية ، فان نوى ايقاع الطلاق ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يقع لأنه صار مختاراً لا يقع (والثاني) لا يقع لأن حكم اللفظ سقط بالاكره وتبقى النية ، والنية لا يقع بها الطلاق .

(فرع) ويقع الطلاق في حال الرضى والغضب والجد والهزل ، لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث جدهن جد ؛ وهزلن جد الشكاح والطلاق والرجعة ، رواه أصحاب السنن . وقال الترمذي حسن غريب ورواه الحاكم وصححه . وفي استناد الدارقطني عبد الرحمن بن حبيب بن أزديك وهو مختلف فيه . قال الحافظ : فهو على هذا حسن . وقد أخرج الطبراني وعبد الرزاق أحاديث أخرى بمعناه ،

اذا ثبت هذا : فان الطلاق يقع من المسلم والكافر ، والحرة والعبد والمكاتب لاجماع الأمة على ذلك ، فان تزوج امرأة فنفسه أنه تزوجها فقال : أنت طالق ، وقع عليها الطلاق لأنه صادق ملكه .

(مسألة) قوله : فصل . وان قال الأجمعي لامرأته : أنت طالق الخ . وهو كما قال ، فان العجمي اذا قال لامرأته : أنت طالق ولم يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق . كما لو تكلم بالكفر ولا يعرف معناه . وان نوى موجبه بالعربية ففيه وجهان .

(أحدهما) يقع عليها الطلاق لأنه نوى موجبه (والثاني) لا يقع كما لو تكلم بالكفر ولا يعلم معناه ونوى موجبه . أفاده العمري في البيان اه
قلت : لا تنافي اذا جعلنا الحكم على النية وحدها كان الحكم باطلا واذا جعلناه على اللفظ وحده كان مثله ، واقترانها لا يفيد التلازم بينهما لفقدان الفهم ،

واقترانها لا يسوغ معه اعطاء حكمهما الا اذا اقترن اللفظ بالفهم . ومن ثم يتوجه الوجه الثاني عندي وانه تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويملك الحر ثلاث تطلقات . لما روى أبو رزين الأسدي قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أرأيت قول الله عز وجل : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فأين الثلاثة ؟ قال : تسريح بإحسان الثالثة ، ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعي رحمه الله : أن مكاتباً لأم سلمة طلق إمرأته وهي حرة تطلقتين ، وأراد أن يراجعها فأمره أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان رضي الله عنه فيسأله ، فذهب إليه فوجده أخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك : فابتدراه وقالوا : حرمت عليك .

(فصل) ويقع الطلاق على أربعة أوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فاما الواجب فهو في حالتين (أحدهما) إذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق ، وقد بيناه في النشور (والثاني) إذا آلى منها ولم ينفى اليها ونذكره في الأبله إن شاء الله تعالى .

وأما المستحب فهو في حالتين : إحداهما : إذا كان يقصر في حقها في العشرة أو في غيرها ، فالمستحب أن يطلقها لقوله عز وجل : فأمسكوهن بمعروف أو تارقوهن بمعروف ، ولائنه إذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضى إلى الشقاق أو إلى الفساد . والثاني أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها ، لما روى أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان امرأتى لا تريد لأمس فقال النبي صلى الله عليه وسلم طلقها ، ولائنه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسباً ليس منه .

(الشرح) حديث أبي رزين الأسدي . قال ابن أبي حاتم أخبرنا يونس بن عبد الأعلى قراءة أخبرنا ابن وهب ، أخبرني سفيان الثوري حدثني اسماعيل بن سميع قال : سمعت أبا رزين يقول : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال

بارسول الله أرأيت قول الله عز وجل : فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان
 أين الثالثة قال التسريح بإحسان . ورواه عبد بن حميد في تفسيره ولفظه : أخبرنا
 يزيد بن أبي حكيم عن سفيان عن اسماعيل بن سميع أن أبا رزين الاسدي يقول ،
 قال رجل يارسول الله أرأيت قول الله تعالى الطلاق مرتان ، فأين الثالثة ؟ قال
 التسريح بإحسان الثالثة ، ورواه الامام أحمد أيضاً ، وهكذا رواه سعيد بن منصور
 عن خالد بن عبد الله عن اسماعيل بن زكريا وأبي معاوية عن اسماعيل بن سميع
 عن أبي رزين به ، وكذا رواه ابن مردويه أيضاً من طريق قيس بن الربيع عن
 اسماعيل بن سميع عن أبي رزين به مرسل ، ورواه ابن مردويه أيضاً من طريق
 عبد الواحد بن زياد عن اسماعيل بن سميع عن أنس بن مالك عن النبي (ص)
 فذكره ، ثم قال حدثنا عبد الله بن أحمد بن عبد الرحيم حدثنا أحمد بن يحيى حدثنا
 عبد الله بن جرير بن جبلة حدثنا ابن عائشة حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن
 أنس قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ذكر الله
 الطلاق مرتين فأين الثالثة ؟ قال أمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ، قال في
 الدر المنثور وأخرجه البيهقي وابن المنذر والنحاس وأبو داود في ناسخه
 ومنسوخه وابن جرير ووكيع وعبد الرزاق

قلت وأبو رزين هذا هو مسعود بن مالك الاسدي الكوفي ثقة فاضل من
 الطبقة الثانية مات سنة خمس وثمانين وهو غير أبي رزين عبيد الذي قتله ابن زياد
 بالبصرة ووم من خلط بينهما ، وهو أيضاً غير أبي رزين الذي ترجم له ابن
 عبد البر في الاستيعاب بقوله والد عبد الله بن أبي رزين الذي لم يرو عنه غير ابنه
 حديثه في الصيد بتواري ، وهما مجهولان

أما حديث مكاتب أم سلمة فقد رواه الشافعي في الام ، أخبر مالك قال
 وحدثني ابن شهاب عن ابن المسيب أن نفيماً مكاتباً لام سلمة زوج النبي (ص)
 طلق امرأته حرة تطليقتين فاستفتى عثمان بن عفان فقال له عثمان حرمت عليك
 وأخرجه الشافعي أيضاً عن مالك ، حدثني عبد ربه بن سعيد عن محمد بن ابراهيم
 ابن الحرث أن نفيماً مكاتباً لام سلمة استفتى زيد بن ثابت فقال اني طلق امرأتي

حرمة تطليقتين ، فقال زيد حرمت عليك . وأخرجه أيضا عن مالك ، حدثني أبو الزناد عن سليمان بن يسار أن نفيماً مكاتباً لام سلة أو عبداً كان تحتها امرأة حرمة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها ، فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم . أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فذهب إليه فلقبه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألها فابتدراه جميعاً فقالا : حرمت عليك اهـ

قلت : ويعارضه ما روى عن عمر بن معتب ، أن أبا حسن بن نوفل أخبره أنه استفتى ابن عباس في ملك تحت أمة فطلقها تطليقتين ثم عتقا ، هل يصح له أن يخطبها . قال نعم . قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه النسائي وابن ماجه وأبو داود ، إلا أن عمر بن معتب قال فيه علي بن المديني أنه منكر الحديث وسئل عنه أيضا فقال أنه مجهول لم يرو عنه غير يحيى بن أبي كثير . وقال النسائي ليس بالقوى . وقال الامير أبو نصر : منكر الحديث . وقال الذهبي لا يعرف . ومعتب بضم الميم وفتح العين وتشديد المثناة ، وقد استدل بهذا الحديث من قال ان العبد يملك من الطلاق ما يملكه الحر من ثلاث تطليقات

وقال أبو حنيفة ، انه لا يملك في الأمة الا اثنتين أما في الحرمة فكالحرة ، واستدوا بحديث ابن مسعود الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ، عند الدارقطني والبيهقي وأجيب بأنه موقوف

قالوا . أخرج الدارقطني والبيهقي أيضا عن ابن عباس نحوه ، وأجيب بأنه موقوف أيضا . وكذلك روى نحوه أحمد من حديث علي ، وهو أيضا موقوف . وقد أخرج ابن ماجه والدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعا ، طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان ،

وأجيب بأن في إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفي وهما ضعيفان . وقال الدارقطني والبيهقي الصحيح أنه موقوف ، ولكن في السنن نحوه من حديث عائشة واعترض بأن في إسناده مظاهر بن أسلم .

قال الترمذي حديث عائشة هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث مظاهر بن أسلم ، ومظاهر لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث .

والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . وهو قول
سفيان والشافعي وإسحاق اه

وقال العمراني : عدد الطلاق معتبر بالرجال دون النساء فيملك الحر ثلاث
تطبيقات ، سواء كانت زوجته حرة أو أمة ، ولا يملك العبد إلا طلقتين سواء
كانت زوجته حرة أو أمة . وبه قال ابن عمر وابن عباس ، ومن الفقهاء مالك
وأحمد . وقال أبو حنيفة والثوري : عدد الطلاق معتبر بالنساء ، فإن كانت
الزوجة حرة ملك زوجها عليها ثلاث تطبيقات ، سواء كان حراً أو عبداً .
وإن كانت أمة لم يملك عليها إلا طلقتين ، سواء كان حراً أو عبداً ، وبه قال على
ابن أبي طالب . اه

دلينا ماروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كان الرجل يطلق امرأته
في صدر الإسلام ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة .
وإن طلقها مائة وأكثر حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبيني مني ولا
أوبك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال أطلقك فيكلمت عدتك أن تنقض
راجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها ، فسكنت عائشة حتى
جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فسكت النبي صلى الله عليه وسلم حتى نزل
القرآن : الطلاق مرتان ، فامسك بمرحوم أو تسريح باحسان . قالت عائشة
فاستأنف الناس الطلاق مستقبلاً من كان طاق ومن لم يكن طاق ، رواه الترمذي
ورواه أيضاً عن عروة مرسل ، وذكر أنه أصح ؛ والمرفوع من طريق قتبية عن
يعلى بن شبيب عن هشام بن عروة عن أبيه عنها ، والمرسل من طريق أبي كريب
عن عبد الله بن إدريس عن هشام بن عروة ولم يذكر عائشة . وحدث الرجل
الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم : أين الثالثة ؟ فقال تسريح باحسان . وقد
مضى كلامنا عليه

وهذه الآية إنما وردت في الحر لقوله تعالى : ولا يحل لكم أن تأخذوا مما
آتيتموهن شيئاً إلا أن يخاصا أن لا يقبها حدود الله ، فإن خفتم ألا يقبها حدود
الله فلا جناح عليهما فيها افتدت به ، فأحل الله تعالى الإخذ له ، والذي أحل له
الإخذ هو الحر دون المولى ، ولم يفرق بين أن تكون الزوجة حرة أو أمة

كان قيل : الأمة تفدى ، قلنا الأمة لا تفدى فان افدت باذن سيدها كان ذلك مما في يدها أو كسبها ، والا كان ذلك في ذمتها .

(فرع) إذا طلق الذمي الحر امرأته طلقه فنقض الأمان ولحق بدار الحرب فسبى واسترق ثم تزوج زوجته التي طلقها باذن سيدها

قال ابن الحداد : لم يملك عليها أكثر من طلقه واحدة ، لأن النكاح الثاني يبني على الأول في عدد الطلقات ، وان طلقها طلقته ونقض الأمان ولحق بدار الحرب فسبى واسترق ثم تزوجها باذن سيده كانت عنده على واحدة ، لأن الطلقتين الأولتين لم يحرماها عليه ، فلم يتعين الحكم بالرق عليه العاري بعده ، كذلك إذا طلق العبد امرأته طلقه فأعتق ثم تزوجها ملك عليها تمام الثلاث وهو طلقتان ، لأن الطلق الأول لم يحرماها عليه

ولو طلق العبد امرأته طلقته ثم أعتق العبد لم يجوز له أن يتزوجها قبل زوج آخر لأنهم أحرمت عليه بالطلقتين الأولتين فلا يتعين الحكم بالعتق الطاريء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المحرم فهو طلاق البدعه وهو اثنان

(أحدهما) طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل

(والثاني) طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن

يستبين الحمل .

والدليل عليه ما روى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته وهي حائض ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض عنده مرة أخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض عنده أخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر من حیضها ، فإذا أراد أن يطلقها فليطلقها - بين تطهر قبل أن يجامعها ، فتملك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء ، ولأنه إذا طلقها في الحيض أضر بها في تطويل العدة ، وإذا طلقها في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملا فيندم على مفارقتها مع الولد ،

ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل ، أو لم تعاق فتكون عدتها بالاقراء . وأما طلاق غير المدخول بها في الحيض فليس بطلاق بدعة ، لأنه لا يوجد تطويل العدة .

فأما طلاقها في الحيض وهي حامل على القول الذي يقول ان الحامل تحيض فليس ببذعة .

وقال أبو إسحاق هو بدعة لأنه طلاق في الحيض . والمذهب الأول ، لما روى سالم أن ابن عمر رضی الله عنه طلق امرأته وهي حائض ، فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : مره فليراجعها ثم ليطلقها وهي طاهر أو حامل ، ولأن الحامل تعتمد بالحمل فلا يؤثر الحيض في تطويل عدتها

وأما طلاق من لا تحمل في الطهر المجامع فيه وهي الصغيرة والابسة من الحيض فليس ببذعة لأن تحريم الطلاق للدم على الولد أو للريبة بما تعتمد به من الحمل . والاقراء . وهذا لا يوجد في حق الصغيرة والابسة

وأما طلاقها بعدما استقبلان حملها فليس ببذعة ، لأن المنع للدم على الولد وقد علم بالولد أو للارتباب بما تعتمد به وقد زال ذلك بالحمل

وإن طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق ، لأن ابن عمر رضی الله عنه طلق امرأته وهي حائض ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فدل على أن الطلاق وقع . والمستحب أن يراجعها لحديث ابن عمر رضی الله عنه ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذي لأجله حرم الطلاق ، وإن لم يراجعها جاز لأن الرجعة إما أن تكون كابتداء النكاح أو كلبقاءه على النكاح ، ولا يجب واحد منهما

• • •

(فصل) وأما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة ، والدليل عليه ما روى محارب بن دينار رضی الله عنه ، أن النبي (ص) قال : أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق ، وروى أبو هريرة رضی الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنما المرأة خلقت من ضلع ، إن تستقيم لك على طريقة ، فإن استتممت بها استتممت وبها عوج ، وإن ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها ،

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد في مسنده ومسلم وأصحاب السنن الأربعة
 بلفظ : أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم
 فقال : مرة فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً ، وفي رواية : أنه طلق امرأة
 له وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي (ص) فتغيظ فيه رسول الله (ص) ثم قال
 ليراجعها ثم بمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر ، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها
 قبل أن يمسه ، فتلك العدة كما أمر الله تعالى ، وفي لفظ : فتلك العدة التي أمر
 الله أن يطلق لها النساء ، رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي
 ومسلم والنسائي نحوه وفي آخره : قال ابن عمر : وقرأ النبي صلى الله عليه وسلم
 باليهما النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن ، وفي رواية لأحمد والشيخين
 : وكان عبد الله طلق تطليقه فحسبت من طلاقها ، وفي رواية عند أحمد ومسلم
 والنسائي : كان ابن عمر إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم : أما إن طلقت امرأتك
 مرة أو مرتين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني بهذا ، وإن كنت طلقت
 ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك ، وعصيت الله عز وجل فيما
 أمرك به من طلاق امرأتك .

وفي رواية عند الدارقطني وفيه تنبيه على تحريم الوطء والطلاق قبل الغسل
 : أنه طلق امرأته وهي حائض تطليقة ، فانطلق عمر فأخبر النبي (ص) فقال له
 النبي صلى الله عليه وسلم : مر عبد الله فليراجعها ، فإذا اغتسلت فليتركما حتى
 تحيض ، فإذا اغتسلت من حيضتها الأخرى فلا يمسهما حتى يطلقها ، وإن شاء أن
 يمسهما فليمسكها ، فانها العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء .

أما بعد - فان قوله (البسطة) فهي الحدث بعد الإكمال ، وابتدع الشيء
 أحده وابتدأه فهو مبتدع . وقوله : طلق امرأته ، اسمها آمنة بنت غفار هكذا
 حكاه النووي وابن باطش ، وفي مسند أحمد أن اسمها النوار . وقوله (فذكر
 ذلك عمر) قال ابن العربي : سؤال عمر محتمل لأن يكون ذلك لكونهم لم يروا
 قبلها مثلها فمأله ليعلم .

ويحتمل أن يكون لما رأى في القرآن (فطلقوهن لعدتهن) ويحتمل أن يكون سمع من النبي صلى الله عليه وسلم النهي لجماء ليسأل عن الحكيم بعد ذلك . وقوله : (مره فليراجعها) .

قال ابن دقيق العيد : يتعلق بذلك مسألة أصولية وهي أن الأمر بالأمر بالشئ هل هو أمر بذلك الشئ أو لا ؟ فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر : مره ، والمسئلة معروفة في كتب الأصول والخلاف فيها مشهور . وفي لفظ لأبي داود وأحمد والنسائي عن ابن عمر أيضاً ، أنه طلق إمرأته وهي حائض ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرهما شيئاً ، وقال : إذا ظهرت فليطلق أو ليملك .

وقد تضمن الحكم بموجب هذه الأخبار أن الطلاق على أربعة أوجه ، حلالان وحرامان ، فالحلالان أن يطلق إمرأته طاهراً من غير جماع أو يطلقها حائلاً مستبينةً حملها . والحرامان أن يطلقها وهي حائض أو يطلقها في طهر جامعها فيه هذا في طلاق المدخول بها ، أما من لم يدخل بها فيجوز طلاقها حائضاً وطاهراً كما قال تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة .

وقال ابن القيم في زاد المعاد تضمنت النصوص أن المطلقة نوحان ، مدخول بها وغير مدخول بها ، وكلاهما لا يجوز تطليقها ثلاثاً مجموعة ، ويجوز تطليق غير المدخول بها طاهراً وحائضاً ، وأما المدخول بها فإن كانت حائضاً أو نفساء حرم طلاقها ، وإن كانت طاهراً ، فإن كانت مستبينة الحمل جاز طلاقها بعد الوطء وقبله ، وإن كانت حائلاً لم يجوز طلاقها بعد الوطء في طهر الاصابة ، ويجوز قبله هذا الذي شرعه الله على لسان رسوله من الطلاق .

وأجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذي أذن الله فيه وأباحه إذا كان من مكلف مختار تام ببدلول اللفظ قاصده ، واختلفوا في وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان .

(الأولى) الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي واقعها فيه .
(المسألة الثانية) في جمع الثلاث ، ثم ذكر المسألتين تفصيلاً ورأى كل جماعة

من العلماء ودليل كل فريق منهم مما أئتمناه في مظانه ومواطنه من شرح المذهب ،
 فإذا ثبت هذا : فإن الطلاق يقع على كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة عاقلة كانت
 أو مجنونة ، مدخول بها كانت أو غير مدخول بها لعموم الآية والإجماع وينقسم
 الطلاق على أربعة أضرب ، واجب ومستحب ومكروه ومحرم ، فأما الواجب
 فهو طلاق المحكمين عند شقاق الزوجين - إذا قلنا : إنهما حكمان - وكذلك
 طلاق المؤلى إذا انقضت مدة الإيلاء وامتنع من النوى على ما سيأتى فى الإيلاء
 وأما المستحب فإن تقع الخصومة بين الزوجين وخافا أن لا يقيما حدود الله ،
 فيستحب له أن يطلقها ، لما روى أن رجلا قال : يا رسول الله إن امرأتى لا ترد
 يد لامس فقال : طلقها ، فقال : إني أحبها ، قال : أمسكها .

وأما المكروه فإن تكون الحال بينهما مستقيمة ولا يكره شيئا من خلقها
 ولا دينها ، فيكره أن يطلقها ، لقوله صلى الله عليه وسلم : أبغض الحلال إلى الله
 الطلاق . وأما المحرم فهو طلاق المرأة المدخول بها فى الحيض أو فى الطهر الذى
 جامعها فيه قبل أن يتبين حملها ، ويسمى طلاق البدعة ، لقوله تعالى : فاطلقوهن
 لعدتهن ، أى لوقت عدتهن ، ووقت العدة هو الطهر ، كما روينا أن ابن عمر طلق
 امرأته وهى حائض فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مره
 فليراجعها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإن أراد أن يطلقها فليطلقها
 حين تطهر قبل أن يجامعها ، فذلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء .

وفى رواية : مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً ، ولأنه إذا طلقها فى
 حال الحيض أضرب بها فى تطويل العدة ، وإذا طلقها فى حال الطهر الذى جامعها
 فيه قبل أن يتبين حملها ربما كانت حاملاً فيندم على مفارقتها - فإن كانت غير
 مدخول بها وطلقها فى الحيض - لم يكن طلاق بدعة لأنه لا عدة عليها ، وإن
 طلق الصغيرة أو الأيسة فى الطهر الذى جامعها فيه لم يكن طلاق بدعة : لأنها
 لا تحبل فيندم على مفارقتها ، وإن طلقها وهى حامل فى الطهر الذى جامعها فيه
 لم يكن طلاق بدعة لقوله صلى الله عليه وسلم فليطلقها طاهراً أو حاملاً . فإن رأت الدم
 على الحمل - فإن قلنا : إنه ليس بحيض - فليس بطلاق بدعه ، وإن قلنا : إنه

حيض ، فيه وجهان . قال أبو إسحاق : هو طلاق بدعة ، لأنه طلقها على الحيض والثاني - وهو المذهب - أنه ليس بطلاق بدعي لقوله صلى الله عليه وسلم : فليطلقها طاهراً أو حاملاً ، ولم يفرق .

إذا ثبت هذا : فإن خالف وطلقها في الحيض أو الطهر الذي جامعها فيه وقع عليها الطلاق ، وبه قال أهل العلم كافة . وذهب ابن علية وهشام بن الحسك وبعض أهل الظاهر والشيعة والقاضي أحمد شاكر من المشتغلين بمراجعة الكتب في عصرنا رحمه الله إلى أن الطلاق لا يقع ، ويرد عليهم برواية متفق عليها في الصحيحين في حديث طلاق ابن عمر ، فحسبت من طلاقها ، وفي رواية عند أحمد ومسلم والشافعي ، كان ابن عمر إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم إن طلقت إمرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني بهذا ، وإن كنت طلقت ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تتكح زوجاً غيرك ، وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق إمرأتك .

وفي رواية للبخاري ، فحسبت على بتطبيقه ، وأخرجه أبو نعيم كذلك ، وزاد - يعني حين طلق إمرأته - فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد ذهب الجمهور إلى وقوع الطلاق البدعي ، وأما القائلون بعدم الوقوع كالباقر والصادق وابن حزم وحكام الخطابي عن الروافض والخوارج ، وحكام ابن العربي وغيره عن ابن علية وهو من فقهاء المعتزلة .

قال ابن عبد البر : لا يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال ، قال : وروى مثله عن بعض التابعين وهو شدوذ . وقد أجاب ابن حزم عن قول ابن عمر بأنه لم يصرح بمن حسبها عليه ، ولا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم وتعقب بأنه مثل قول الصحابة أمرنا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا فإنه في حكم المرفوع إلى النبي (ص) .

قال الحافظ ابن حجر : وعندى أنه لا ينبغي أن يجيء فيه الخلاف الذي فيه قول الصحابي أمرنا بكذا ، فإن ذلك محله حيث يكون إطلاع النبي (ص) على ذلك ليس صريحاً ، وليس كذلك في قصة ابن عمر هذه فإن النبي صلى الله عليه وسلم

هو الأمر بالمراجعة ، وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل إذا أراد طلاقها بعد ذلك وإذا أخبر ابن عمر أن الذي وقع منه حسب عليه بتطبيقه كان احتمال أن يكون الذي حسبها عليه غير النبي صلى الله عليه وسلم بعيداً جداً مع احتفاف القران في هذه القصة بذلك ، وكيف يتخيل أن ابن عمر يفعل شيئاً في القصة برأيه - وهو ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم تغيظ من صنعه ، حيث لم يشاور فيما يفعل في القصة المذكورة .

واستدل الجمهور بما أخرجه الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال د هي واحدة ، قال في الفتح : وهذا نص في محل النزاع يجب المصير اليه وقد أورده بعض العلماء على ابن حزم فأجابه بأن قوله د هي واحدة ، لهه ليس من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ، فالزمه بأنه نقض أصله ، لأن الأصل لا يدفع بالاحتمال . وقد أجاب ابن القيم عن هذا الحديث بأنه لا يدري أقاله - يعني قوله هي واحدة - ابن وهب من عنده أم ابن أبي دئب أم نافع ، فلا يجوز أن يضاف إلى رسول الله (ص) ما لا يتيقن أنه من كلامه .

قال الشوكاني : ولا يخفى أن هذا التجويز لا يدفع الظاهر المتبادر من الرفع ، ولو فتحنا باب دفع الأدلة بمثل هذا ما سلم لنا حديث ، فالأولى في الجواب المماثلة ، ومن حجج الجمهور ما أخرجه الدارقطني أيضاً أن عمر قال يا رسول الله أفحتسب بتلك التطبيقه ؟ قال : نعم ، ورجاله إلى شعبة ثقات كما قال الحافظ ابن حجر وشعبة رواه عن أنس بن سيرين عن ابن عمر .

واحتج الجمهور أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم د مره فليراجعها ، فإن الرجعة لا تكون إلا بعد طلاق . وقد أجاب ابن القيم عن ذلك بأن الرجعة قد وقعت في كلام رسول الله (ص) على ثلاثة معان .

(أحدها) بمعنى النكاح ، قال الله تعالى د فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ، ولا خلاف بين أحد من أهل العلم أن المطلق ههنا هو الزوج الثاني ، وأن التراجع بينها وبين الزوج الأول ، وذلك كابتداء النكاح .
(وثانيها) الرد الحسن إلى الحالة الأولى التي كانت عليها أولاً ، كقوله

صلى الله عليه وسلم لأبي النعمان بن بشير لما أنحل ابنه غلاماً خصه به دون ولده
 وارجعه ، أى رده ، فهذا رد ما لم تصح فيه الهبة الجائزة

والثالث : الرجعة التي تكون بعد الطلاق ، ولا يخفى أن الاحتمال يوجب سقوط
 الاستدلال ، ولكنه يؤيد حمل الرجعة هنا على الرجعة بعد الطلاق ما أخرجه
 الدارقطني عن ابن عمر ، أن رجلاً قال : انى طلقت امرأتى البتة وهى حائض
 فقال عصيت ربك وفارقت امرأتك . قال فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر
 ابن عمر أن يراجع امرأته ؟ قال انه أمر ابن عمر ان يراجعها بطلاق بقى له .
 وأنت لم تبق ما ترتجع به امرأتك ،

قال ابن حجر : وفى هذا السياق رد على من حمل الرجعة فى قصة ابن عمر
 على المعنى اللغوى .

ومن جملة ما احتج به القائلون بعدم الوقوع أثر ابن عباس ، الطلاق على أربعة
 أوجه ، وجهان حلال ووجهان حرام . فأما اللذان هما حلال فإن يطلق الرجل
 امرأته طاهرأ من غير جماع ، أو يطلقها حاملاً مستبيناً حملها ، وأما اللذان هما
 حرام فإن يطلقها حائضاً أو يطلقها عند الجماع لا يدري اشتمل الرحم على ولد
 أم لا ، رواه الدارقطني

ولا دليل فيه على عدم الوقوع ، بل ان اقتران الوقوع بالحرمة ادعى للتخليط
 عليه ، ثم إنه قول غير مرفوع ، ومع عدم الرفع فنحن لا نرى فيه حجة لهم .
 ومن جملة ما احتج به القائلون بعدم وقوع الطلاق البدعى ما أخرجه أحمد
 وأبو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ : طلق عبد الله بن عمر امرأته وهى
 حائض . قال عبد الله : فردها على رسول الله (ص) ولم يرها شيئاً ، قال الحافظ
 ابن حجر : وإسناد هذه الزيادة على شرط الصحيح ، وهذا الحديث رواه أبو داود
 عن أحمد بن صالح عن عبد الرزاق عن ابن جريج قال : اخبرني أبو الزبير ، انه
 سمع عبد الرحمن بن ايمن مولى عزة يسأل ابن عمر كيف ترى فى رجل طلق
 امرأته حائضاً ؟ فقال ابن عمر ، طلق ابن عمر امرأته حائضاً على عهد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فقال ان عبد الله - الى أن قال - فردها على ولم يرها شيئاً ، وقد أخرجه أحمد

عن روح ابن عباد عن ابن جريج فلم يتفرد به عبد الرزاق عن ابن جريج ولكنه قد أعل هذا الحديث بمخالفة أبي الزبير لسائر الحفاظ .

وقال ابن عبد البر : قوله « ولم يرها شيئاً - منكر ، ولم يقله غير أبي الزبير ، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله ، فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه ، ولو صح فعناه عندي - والله أعلم - ولم يرها شيئاً مستقيماً ، لكونها لم تكن عن السنة ، وقال الخطابي : قال أهل الحديث لم يقل أبو الزبير حديثاً أنكر من هذا ، وقد يحتمل أن يكون معناه ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة ، أو لم يرها شيئاً جائزاً في السنة ما ضياً في الاختيار . وقد حكى البيهقي عن الشافعي نحو ذلك

ويمكن أن يجاب بأن أبا الزبير غير مدفوع في الحفظ والمدالة ، وإنما يخشى من تدليسه ، فإذا قال سمعت أو حدثني زال ذلك ، وقد صرح هنا بالسماع ، وليس في الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبي الزبير حتى يصار إلى الترجيح ويقال قد خالفه الأكثر ، بل غاية ما هناك الأمر بالمراجعة على فرض استلزامه لوقوع الطلاق .

قالوا ويؤيد رواية أبي الزبير ما أخرجه سعيد بن منصور من طريق عبد الله ابن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ، فقال رسول الله (ص) ليس ذلك بشيء .

وقد روى ابن حزم في المحلى بسنده المتصل إلى ابن عمر من طريق عبد الوهاب الثقفي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض : لا يعتد بذلك . وهذا إسناد صحيح . وروى ابن عبد البر عن الشعبي أنه قال : إذا طلق امرأته وهي حائض لم يعتد بها في قول ابن عمر . وقد روى زيادة أبي الزبير المحمدي في الجمع بين الصحيحين ، وقد التزم أن لا يذكر فيه إلا ما كان صحيحاً على شرطهما .

وقال ابن عبد البر في التمهيد : إنه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة : عبد الله ابن عمر ، ومحمد بن عبد العزيز بن أبي رواد ، ويحيى بن سالم ، وإبراهيم بن أبي حسنة ، ولا شك أن الصيرورة إلى الجمع ، وهو ممكن بما ذكره ابن عبد البر

من تأويله لمعنى « ولم يرها شيئاً » ، وكذلك الخطابي وغيره ممن ذكرنا أفضل وأحرى من الترجيح المنعذر . قال ابن حجر وهو متعين - بمعنى الجمع - وهو أول من تغليط بهض الثقات .

وذهب القائلون بعدم الوقوع إلى الاستدلال بقوله تعالى « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، والمطلق في حال الحيض أو الطهر الذي وطئ فيه لم يطلق بتلك العدة التي أمر الله بتطبيق النساء لها . كما صرح بذلك في الحديث المذكور . وقد تقرر في الأصول أن الأمر بالشئ نهى عن ضده ؛ والمنهى عنه نهياً لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضى الفساد ، والفساد لا يثبت حكمه . ومنها قوله تعالى « فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان » ، وليس أقبح من التسريح الذي حرمه الله . ومنها قوله تعالى « والطلاق مرتان » ، ولم يرد إلا المأذون فيه ، فدل على أن ما عداه ليس بطلاق لما في هذا التركيب من الحصر ، أعنى تعريف المسند إليه باللام الجنسية .

قلت . وهذه كلها أدلة احتمالية وليست قاطعة حاسمة في موطن النزاع ، وكما قلنا لجمع أحرى بأهل الاحتياط .

وحدّث محارب بن دثار يؤخذ على المصنف روايته هكذا بالإرسال ، لأن محارب بن دثار من الطبقة الرابعة من التابعين وهو من علماء الكوفة وشهد بيعة معاوية وكان معه ، وعمل المصنف عول على ترجيح أبي حاتم والدارقطني والبيهقي الإرسال . وقد روينا في سنن أبي داود وابن ماجه والحاكم وصححه عن ابن عمر ، وفي الرواية المتصلة يحيى بن سليم وفيه مقال ، والرواية المرسلة في إسنادها عبد الله بن الوابد الوصافي ، وهو ضعيف ، ولكنه قد تابعه معرف بن الواصل . ولفظ هذه الروايات كلها « أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق » ، ورواه الدارقطني عن معاذ بن خلف ، ما خلق الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق ، قال الحافظ بن حجر وإسناده ضعيف ومنقطع ، وأخرج ابن ماجه وابن حبان من حديث أبي موسى مرفوعاً « ما بال أحدكم يلعب بحدود الله يقول قد طلقت قد راجعت ، وحديث أبي هريرة متفق عليه عند البخاري وأحمد ومسلم والحديث الأول فيه دليل على أن ليس كل حلال محبوباً ، بل ينقسم إلى ما هو

محبوب وإلى ما هو ميفوض ، وقد مضى كلامنا على المكروه . وقوله من ضلع ، بكسر الضاد وفتح اللام وتسكن قليلا ، والأكثر الفتح وهو واحد الأضلاع ، والفائدة في تشبيه المرأة بالضلع النبيه إلى أنها موجهة فز حاول أن يجمها على الاعتدال كسرهما ، وإن تسامح معها على ما هي عليه انتفع بها . وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه ، المبالغة في الأعوجاج والتأكيد لمعنى الأعوجاج هو المراد من هذا اللفظ . والتأكيد لمعنى الكسر

وقيل يحتمل أن يكون ذلك مثلا لأعلى المرأة لأن أعلاها رأسها وفيه أسنانها وهو الذي ينشأ منه الأعوجاج ، قيل وأعوج هنا من باب الصفة لا من باب التفضيل ، لأن أفضل التفضيل لا يصاغ من الألوان والعيوب . وأجيب بأن الظاهر ههنا أنه للتفضيل ، وقد جاء ذلك على قوله مع عدم الالتباس بالصفة . والضمير في قوله : فإن ذهبت تقيمه كسرته يرجع إلى الضلع لا إلى أعلاه ، وهو يذكر ويؤنث . ولهذا جاء في رواية إن ذهبت تقيمها كسرتها ، وفي رواية فإن ذهبت تقيمه كسرته ،

وقوله : خلقت من ضلع ، أي من ضلع آدم الذي خلقت منه حواء . قال العقهاء : أنها خلقت من ضلع آدم ، ويدل على ذلك قوله : خلقتكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها ، وقد روى ذلك من حديث ابن عباس عند ابن اسحق وروى من حديث مجاهد مرسل عند ابن أبي حاتم . والحديث يرشد إلى ملاطفة النساء والصبر على ما لا يستقيم من أخلاقهن ، والتنبيه على أنهن خلقن على تلك الصفة لئلا يفيد معها التأديب ولا ينتج عندها النصح فلم يبق إلا الصبر والمخاشنة وترك التأنيب والمخاشنة .

وقال النووي : ضبط بعضهم قوله : استتمعت بها على عوج بفتح العين ، وضبطه بعضهم بكسرهما ، ولعل الفتح أكثر ؛ وضبطه ابن عساكر وآخرون بالكسر ؛ قال وهو الأرجح ، ثم ذكر كلام أهل اللغة في تفسير معنى المكسور والمفتوح ، وهو معروف ، وقد صرح صاحب المطالع بأن أهل اللغة يقولون في الشخص المرتجى عوج ، وفيها ليس بمرأى كالرأى والكلام عوج بالكسر . قال وانفرد أبو عمرو الشيباني فقال : كلاهما بالكسر وه صدرهما بالفتح ، وكسرهما

طلاقها . وهذه العبارة ليست في الروايتين المتفق عليهما . وقد حقق الزمخشري الكلام في تفسير قوله ، لا ترى فيها عوجا ولا أمتا ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا أراد الطلاق فالمنسحب أن يطلقها طليقة واحدة لأنه يمكنه تلافيا . وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طليقة ليخرج من الخلاف ، فإن عند أبي حنيفة لا يجوز جمعها ، ولأنه يسلم من الندم ، وإن جمعها في طهر واحد جاز لما روى أن عويمر المجلاني قال عند رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لا عن امرأته : كذبت عليهما أن أمسكنها فهي طالق ثلاثا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليهما ، ولو كان جمع الثلاث محرما لأنكر عليه ، فإن جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث ، لما روى الشافعي رحمه الله أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة ، ثم أتى رسول الله صلى الله عليه فقال : يا رسول الله إني طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت إلا واحدة ، فقال له النبي (ص) والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يقع الثلاث إذا أرادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى .

وروى أن رجلا قال لعثمان رضي الله عنه : إني طلقت امرأتى مائة ، فقال ثلاث يحرم منها وسبعة وتسعون عدوان ،
وسئل ابن عباس رضي الله عنه عن رجل طلق امرأته ألفا فقال : ثلاث مائة يحرم من عليهما ، وما بقي فعليه وزره ،

(الشرح) حديث عويمر المجلاني أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي عن سهل بن سعد ، أن عويمر المجلاني أتى رسول الله (ص) فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا رأى مع امرأته رجلا أبقته ؟ فتقولونه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نزل فيك وفي صاحبك ، فاذهب فات بها . قال سهل فتلاعنا - وأنا مع الناس عند رسول الله (ص)

فلما فرغ قال عويمر : كذبت عليهما يا رسول الله إن أمسكتهما ، فطلقتهما ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن شهاب فكانت سنة الملائعنين ، وهذا الحديث سيأتي في كتاب اللعان . والمقصود من إيراده هنا أن الثلاث إذا وقعت في موقف واحد وقعت كلها وبانت الزوجة

وأجاب القائلون بأنها لا تقع إلا واحدة فقط عن ذلك بأن النبي (ص) إنما سكت عن ذلك لأن الملائعة تبين بنفس اللعان ، فاطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له ، فكانه طلق أجنبيه ، ولا يجب إنكار مثل ذلك فلا يكون السكوت عنه تقريراً

وأما حديث ركانة بن عبد الله فقد أخرجه الشافعي وأبو داود والدارقطني ، وقال أبو داود : هذا حديث حسن صحيح . وكذلك أخرجه الترمذي وصححه أيضاً ابن حبان والحاكم .

وقال الترمذي : لا يعرف إلا من هذا الوجه ، وسألت محمداً عنه ، يعني البخاري فقال : فيه اضطراب . اهـ

قلت : وقد جاء أسناده ضعيفاً ولذلك لم يخرج به البخاري ولا مسلم لأن في أسناده الزبير بن سعيد الهاشمي . وقد ضعفه غير واحد . قال ابن كثير : ليكن قد رواه أبو داود من وجه آخر وله طرق آخر فهو حسن إن شاء الله . وقال ابن عبد البر في التمهيد : تكلموا في هذا الحديث اهـ

وقال الشوكاني : وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض . وأما الاضطراب (فكما تقدم) وقد أخرج أحمد أنه طلق ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثاً . قال قد علمت أجمعها ، ثم تلا ، إذا طلقتن النساء ، الآية . أخرجه أبو داود . وأما معارضته فبها روى ابن عباس أن طلاق الثلاث كان واحدة ، وسيأتي ، وهو أصح أسناداً وأوضح متناً

وروى النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطبيقات جميعاً ، فقام غضبان ثم قال : أياعب بكتاب الله وأنا بين أظهرهم ، حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أتله ؟ ، قال ابن كثير أسناده جيد . وقال الحافظ بن حجر في بلوغ المرام : رواه موثقون

وقد روى حديث ركانة عن ابن عباس بلفظه طلاق أبو ركانة أم ركانة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : راجع إمرأتك فقال : إني طلقها ثلاثاً قال : قد علمت راجعها ، أخرجها أبو داود ورواه أحمد والحاكم وهو معلول بابن إسحاق فإنه في سنده .

أما خبر عثمان فقد أخرج وكيع وتابعه برواية مثلهما عن علي ، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر أنه رفع اليه أن رجلاً طلق إمرأته ألفاً فقال له عمر : أطلقت إمرأتك ؟ قال : لا ، وإنما كنت ألعب ، فعلاه بالدرة وقال : إنما يكفيك من ذلك ثلاث .

وأخرج عبد الرزاق والبيهقي عن ابن مسعود أنه قيل له : إن رجلاً طلق إمرأته البارحة مائة ، قال : قتلها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : تريد أن تبين منك إمرأتك ؟ قال : نعم ، قال : هو كما قلت ، وأتاه آخر فقال : رجس طلق إمرأته عدد النجوم قال : قتلها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : هو كما قلت : والله لا تلبسون على أنفسكم وتتحملوه عنكم .

إذا ثبت هذا : فإن أصحابنا قرروا أنه يستحب لمن أراد أن يطلق إمرأته أن يطلقها واحدة ، لأنه إن ندم على طلاقها أمكنه تلافى ذلك بالرجعة ، وإن أراد أن يطلقها ثلاثاً فالمستحب أن يفرقها في كل طهر طلاقة .

وحكى أبو علي الشيباني عن بعض أصحابنا أنه قال : لا سنة في عدد الطلاق ولا بدعة ، وإنما السنة والبدعة في الوقت ، والمنصوص هو الأقل ، لأنه يسلم بذلك من الندم ويجوز أن يكون فعل الشيء سنة ولا يكون تركه بدعة كتحية المسجد والأضحية ، وما أشبهه ، وإن كانت صغيرة أو آيسة وأراد أن يطلقها فالمستحب أن يطلقها في كل شهر طلاقة ، لأن كل شهر بدل عن قره في حقها ، وإن كانت حاملاً - فقد قال بعض أصحابنا : يطلقها كل شهر طلاقة .

وقال أبو علي الشيباني : يطلقها على الحمل واحدة ؛ فإذا طهرت من النفاس طلقها ثانية ، فإذا طهرت من الحيض بعد النفاس طلقها الثالثة ، وأراد أبو علي إذا استرجعها قبل وضع الحمل ، فإن خالف وطلقها ثلاثاً في طهر واحد أو في كلمة واحدة رفع عليها الثلاث وكان مباحاً ولم يأتي محرماً ، وبه قال عبد الرحمن بن

عوف والحسن بن علي بن أبي طالب ومن التابعين ابن سيرين . ومن الفقهاء
أحمد بن حنبل .

وقال مالك وأبو حنيفة : جمع الثلاث في وقت واحد محرم ، إلا أنه يقع
كالطلاق في الحيض ، وبه قال عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود ، وذهب أهل
الظاهر وكذا ابن القيم وشيخه ابن تيمية إلى أن الثلاث إذا أوقعت في وقت واحد
لا يقع وهو مذهب المعتزلة ، وقال بعضهم : يقع .

قال العمري من أصحابنا : دليل الوقوع قوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن ،
وقوله صلى الله عليه وسلم : ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً ، ولم يفرق بين أن يطلقها
واحدة أو ثلاثاً ، فلو كان الحكم يختلف لبيته ، ورواية عويمر المجلاني عند
ما لآعن امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال : إن أمسكتها فقد كذبت عليها
هي طالق ثلاثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ، فوضع
الدليل أن المجلاني لم يعلم أنها قد بانث منه باللعان فطلقها ثلاثاً بحضرة النبي صلى
الله عليه وسلم ، فلو كان محرماً أو كان لا يقع لأنكره ، ومعنى قوله : لا سبيل لك
عليها ، أي لا سبيل لك عليها بالطلاق ، لأنها قد بانث باللعان ، وروى أن ركائفة
ابن عبد يزيد طلق امرأته البتة فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال :
ما أردت بقولك البتة ؟ قال : واحدة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : والله
ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها النبي صلى الله
عليه وسلم فدل على أنه لو أراد الثلاث وقعن : إذ لو لم يقعن لم يكن لاستحلافه
معنى . وروى أن ابن عمر قال للنبي (ص) : أرأيت لو طلقتها ثلاثاً فقال صلى
الله عليه وسلم : أبنت امرأتك وعميت ربك . قال في البيان : وهذا يبطل قول
أهل الظاهر والشيعة . اهـ

أما بعد : فإن أصحاب الفسك من المنادين بالإصلاح الاجتماعي واحكام بناء
الأسرة المسلمة ، وتوطيد العلاقات بين الأزواج بذهبون كل مذهب في سن
القوانين لتقييد حرية الأزواج في تطبيق نساءهم فن قائل بحظر الطلاق الا بين
يدى القاضى ، ومن قائل ببذل تعريض للزوجة غير المتأخر من الصداق ونفقة
العدة تشبه مكانة العامل عن مدة عمله في خدمته رب العمل الى غير ذلك من

صيحات يفهمهم اليها ما فشا من استهتار بميثاق الزوجية الغليظ وانتشار الأطفال
المشردين نتيجة الشقاق بين آباءهم وأمهاتهم ، ولو أنهم فطنوا إلى ما شرعه الله
تبارك وتعالى من قيود للطلاق وملايسات له لآلتم هؤلاء أفواههم - حجارة .
ولسكنوا إزاء ما أحاط الله به عقد النكاح من صيانة وحصاه وحفظ . فقد عرفنا
عما مضى أن الله تعالى حرم طلاق المرأة حال حيضها ، وفي زمن طهرها إذا جامعها
فلو عرف الناس ما يرتكبونه من الإثم حين يفعلون ذلك لحفت وطأة هذه
الظاهرة ، وما على الموثق (المأذون) إلا أن يعظ الزوج إذا جاءه بشرع الله
ويذكره بأحكام السنة ، ويبغضه في هذه البدعة ، وعلى خطباء الجمعة ووعاظ
الازهر أن ينشروا بين الناس حكم الله في تحريم الطلاق في هذه الاوقات المذكورة
حتى يقلع الناس عن هذه البدعة ، وليطلقوا - إذا عزموا الطلاق - وفقاً للسنة
المطهرة ، وهم إذا تربصوا بزواجهم حتى يحمل الطهر ولم يمسهن ، فإن الرغبة في
التسريح قد تنحول إلى رغبة في السكن والاستقرار ؛ وتكون النفوس حينئذ قد
هدأت والحواطر قد صفت . وكفى الله المؤمنين آثم الطلاق . والله سبحانه
وتعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يفوض الطلاق إلى امرأته لما روت عائشة رضي الله
عنها قالت : لما أمر الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بدأ بي
فقال : إني مخبرك خيراً وما أحب أن تصنعى شيئاً حتى تستأمرى أبويك ، ثم قال
إن الله قال : قل لا تزواجك (ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن
وأسرحكن سراحا جميلا) إلى قوله (منكن أجراً عظيماً) فقلت : أو في هذا
استأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج النبي
صلى الله عليه وسلم ما فعلته ،

وإذا فوض الطلاق إليها فالمنصوص أن لها أن تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس
أو يحدث ما يقطع ذلك . وهو قول أبي العباس بن القاسم .
وقال أبو اسحاق : لا تطلق إلا على الفور ، لأنك لا تفتقر إلى القبول

فكان القبول فيه على الفور كالبيع . وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد مجلس الخيار لا مجلس القعود ، وله أن يرجع فيه قبل ان تطلق وقال أبو علي ابن خيران : ليس له أن يرجع لأنه طلاق معلق بصفة فلم يجوز الرجوع فيه ، كما لو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا خطأ لأنه ليس بطلاق معلق بصفة ، وإنما هو تملك يفتقر الى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع .

وان قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت ، لأن من ملك ايقاع ثلاث طلاقات ملك ايقاع طائفة كالزوج وان قال لها طلق نفسك طائفة فطلقت ثلاثا وقعت الطائفة ، لأن من ملك ايقاع طائفة اذا وقع الثلاث وقعت الطائفة كالزوج اذا بقيت له طائفة فطاق ثلاثا .

وان قال لو كيله : طلق امرأتى جاز أن يطلق متى شاء ، لأنه توكليل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله في بيع .

وان قال له : طلق امرأتى ثلاثا فطلقها طائفة ، أو قال : طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالزوجة في المستثنين (والثاني) لا يقع لأنه فعل غير ما وكل فيه

(فصل) وتصح اضافة الطلاق الى جزء من المرأة كالثالث والرابع واليد والشعر لأنه لا يقبض وكان اضافته الى الجزء كالإضافة الى الجميع كالعفو عن القصاص ، وفي كيفية وقوعه وجهان

(أحدهما) يقع على الجميع باللفظ ، لأنه لما لم يقبض كان تسمية البعض كنسمة الجميع .

(والثاني) انه يقع على الجزء المسمى ثم يسرى ، لأن الذي سماه هو البعض ولا يجوز اضافته الى الربق والحمل لأنه ليس بجزء منها وإنما هو مجاور لها ، وان قال بياضك طالق أو سوادك طالق أو لونك طالق ففيه وجهان (أحدهما) يقع لأنه من جملة الذات التي لا يتفصل عنها فهو كالاعضاء (والثاني) لا يقع لأنها أعراض تحمل في الذات

(فصل) ويجوز اضافة الطلاق الى الزوج بأن يقول لها : أنا متك طالق .

أو يجعل الطلاق اليها فتقول : أنت طالق ، لأنه أحد الزوجين لجاز إضافة الطلاق اليه كالزوجة . واختلف أصحابنا في إضافة العتق الى المولى ، فمنهم من قال بصح . وهو قول أبي علي بن أبي هريرة . لأنه إزالة ملك يجوز بالصريح والكتابة . لجاز إضافته الى المالك كالطلاق

وقال أكثر أصحابنا : لا يصح : والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يحل النكاح ومما مشترك في النكاح ، والعتق يحل الرق ، والرق يختص به العبد . والله تعالى أعلم .

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها رواه أصحاب الكتب الستة وأحد في مسنده بلفظ : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعدها شيئاً ، وفي رواية عندهم الا أبا داود بلفظ : قالت : لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي ، فقال اني ذاك لك أمراً فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك ، قالت : وقد علم ان أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه . قالت : ثم قال : ان الله عز وجل قال لي : يا أيها النبي قل لا أزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا - الآية - وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة - الآية - قالت : فقلت : في هذا استأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة . قالت : ثم فعل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت ،

قوله : خيرنا ، في لفظ مسلم ، خير نسائه ، وقوله : فلم يعدها شيئاً ، بتشديد الدال من المعدد . وفي رواية : فلم يعدد ، بفك الإدغام . وفي أخرى : فلم يعدد بسكون العين وفتح المثناة وتشديد الدال من الاعتداد ، وفي رواية لمسلم : فلم يعدد طلاقاً ، وفي رواية للبخاري : أفكان طلاقاً ؟ ، على طريقة الاستفهام الإنكاري . وفي رواية لا أحد ، فهل كان طلاقاً ، وكذا للإنسان

وقد استدلل بهذا من قال : انه لا يقع بالتخيير شيء اذا اختارت الزوج . وبه قال جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار ، لكن اختلفوا فيما اذا اختارت نفسها هل يقع طلاقاً واحدة رجعية او بائنة ، او يقع ثلاثاً لحكي

الترمذى عن علي عليه السلام أنها إن اختارت نفسها فواحدة بائنة و عنهما رجعية وإن اختارت زوجها فلا شيء . ويؤيد قول الجمهور من حيث المعنى أن التخيير ترديد بين شيئين ، فلو كان اختيارها لزوجها طلاقاً لا تحداً ، فدل على أن اختيارها لنفسها بمعنى الفراق . واختيارها لزوجها بمعنى البقاء في العصمة .

وقد أخرج ابن أبي شيبة من طريق زاذان قال دكنا جلوساً عند علي عليه السلام فسئل عن الخيار فقال : سألتني عنه عمر فقالت : إن اختارت نفسها فواحدة رجعية . قال ليس كما قلت ، إن اختارت زوجها فلا شيء . قال فلم أجد بدأ من متابعتها ، فلما وليت رجعت إلى ما كنت أعرف . قال علي : وأرسل عمر إلى زيد بن ثابت قال ، قد ذكر مثل ما حكاه عنه الترمذى

وأخرج ابن أبي شيبة من طريق علي نظير ما حكاه عنه زاذان من اختياره . وأخذ مالك بقول زيد بن ثابت . واحتج بعض أتباعه لكونها إذا اختارت نفسها يقع ثلاثاً ، بأن معنى الخيار بت أحد الأمرين أما الأخذ أو الترك يكون طلاقاً رجعية لم يعمل بمقتضى اللفظ ، لأنها تكون بعد في أمر الزوج وتكون كمن خير بين شيئين فاختر غيرهما . وأخذ أبو حنيفة بقول عمر وابن مسعود فيما إذا اختارت نفسها فواحدة بائنة .

وقال الشافعي التخيير كناية ، فإذا خير الزوج امرأته وأراد بذلك تخييرها بين أن تطلق منه وبين أن تستمر في عصمته ، فاخترت نفسها وأرادت بذلك الطلاق طلقت ، ولو قالت لم أرد باختيار نفسي الطلاق صدقت

وقال الخطابي يؤخذ من قول عائشة فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقاً ، أنها لو اختارت نفسها لكان ذلك طلاقاً ، ووافق القرطبي في المفهوم فقال في الحديث أن المخيرة إذا اختارت نفسها أن نفس ذلك الاختيار يكون طلاقاً من غير احتياج إلى نطق باللفظ يدل على الطلاق . قال وهو مقتبس من مفهوم قول عائشة المذكور قال الحافظ بن حجر لكن الظاهر من الآية أن ذلك بمجرد لا يكون طلاقاً بل لا بد من إنشاء الزوج الطلاق لأن فيها (فتما بين أمتكز وأمر حكن) أي بعد الاختيار ، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم . قال واختلفوا في التخيير

هل هو بمعنى التملك أو بمعنى التوكيل . وللشافعي فيه قولان ، الصحيح عند أصحابه أنه تملك ، وهو قول المالكية بشرط المبادرة منها - ولو تراخت بمقدار ما ينقطع القبول عن الايجاب ثم طلقت لم يقع . وفي وجه لا يضر التأخير مادام المجلس ، وبه جزم ابن القاص من أصحابنا وهو الراجح من مذهب مالك ومذهب أبي حنيفة . وهو قول الثوري والليث والأوزاعي

وقال ابن المنذر الراجح أنه لا يشترط فيه الفور ، بل متى طلقت نفذ ، وهو قول الحسن والزهري ، وبه قال أبو عبيدة ومحمد بن نصر من أصحابنا والطحاوي من أصحاب أبي حنيفة .

واحتجوا بحديث عائشة وفيه : إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرى أبو بك ، وذلك يقتضى عدم اشتراط الفور في جواب التخيير ، قال الحافظ بن حجر ويمكن أن يقال يشترط الفور في جواب التخيير إلا أن يقع التصريح من الزوج بالفسخ لأمر يقتضى ذلك فيتراخى ، كما وقع في قصة عائشة ولا يلزم من ذلك أن يكون كل خيار كذلك

وقد قال الشافعي رضى الله عنه لا أعلم خلافاً أنها ان طلقت نفسها قبل أن يفترقا من المجلس ويحذف قطعاً أن الطلاق يقع عليها ، باختلاف أصحابنا فيه فقال ابن القاص إذا فوض إليها طلاق نفسها فلها أن تطاق نفسها مادام في المجلس ، ولم تخض في حديث آخر

فإن خاضت في حديث آخر وقامت من ذلك المجلس لم يكن لها أن تطلق نفسها وبه قال أبو حنيفة .

وقال أبو اسحاق لا يتقدر بالمجلس ، بل ان طلقت نفسها عقب قوله بحيث يكون جواباً للكلامه وقع الطلاق ، لأنه نوع تملك ، وان أخرته عن ذلك ثم طلقت لم يقع الطلاق لأنه نوع تملك فكان قبوله على الفور كسائر التملكات . وحمل النص على أنه أراد مجلس خيار للقبول لا مجلس العقود - هذا ترتيب الشيخ أبي حامد .

وقال المسعودى : فيه قولان بناء على أن تفويض الطلاق اليها تملك أو توكيل ، وفيه قولان ، إن قلنا : تملك اشترط القبول فيه على الفور ؛ وإن قلنا : توكيل بقدر المجلس ، هذا مذهبنا ، وقال الحسن البصرى وقتادة : لها الخيار أبداً ، واختاره ابن المقدر .

دليلنا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قالا : إذا خير الرجل امرأته وملكها أمرها فافترقا من ذلك المجلس ولم تحدث شيئاً فأمرها إلى زوجها ، وكذلك روى عن ابن مسعود وجابر ولا يعرف لهم مخالف ، وإن قال : طلق نفسك متى شئت كان لها ذلك لأنه قد صرح لها بذلك .

(فرع) إذا فوض اليها الطلاق أو خيرها ثم رجع قبل أن يطلق أو يختار بطل التفويض والتخير . وقال ابن خيران : لا يبطل ، وبه قال مالك وأبو حنيفة كما لو قال لها : إذا اخترت فأنت طالق ، ثم رجع قبل أن تختار ، والمذهب الأول لأن النص إنما هو تملك أو توكيل ، وله الرجوع فيهما قبل القبول ، وإن قال لها : طلق نفسك فإن طلق بالسكناية مع النية وقع الطلاق ، والثاني وهو قول ابن خيران وابن عبيد : أن من خير ونوى لم يقع ، والأصح الأول لأن السكناية مع النية كالصريح ، وإن قال لها : طلق نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة أو طلقتين وقع عليها ما أوقعت ، وقال أبو حنيفة : لا يقع عليها شيء .

دليلنا أن من ملك ايقاع الثلاث ملك ايقاع الواحدة والاثنين كالزوج ، وإن قال لها : طلق نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقع عليها واحدة ، وقال مالك لا يقع عليها شيء ، دليلنا أن الواحدة المأذون فيها داخله في الثلاث فوقعت دون غيرها .

وقال ابن القاص : ولو قال لها : طلق نفسك ان شئت واحدة فطلقت ثلاثاً أو قال : طلق نفسك ان شئت ثلاثاً فطلقت واحدة لم يقع الطلاق عليها لأنه فوض اليها الطلاق في الأولة بشرط ان شاء واحدة ، وفي الثانية بشرط ان شاء ثلاثاً ولم توجد الصفة فلم يقع .

قال الطبرى : فإن أخرج المشيئة بأن قال : طلق نفسك ثلاثاً ان شئت فطلقت

واحدة ، أو قال : طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثاً وقع عليها واحدة فيهما ، والفرق أنه اذا قدم المشيئة كان التملك معلقاً بشرط أن يشاء العدد المأذون فيه ، فإذا وقعت غيره فما شاءته فلم يقع عليها طلاق ، واذا أخرج المشيئة كانت المشيئة راجعة الى الطلاق لا الى العدد .

(فرع) وان وكل رجلا ليطلق له امرأته كان له أن يطلق متى شاء كما قلنا في الوكيل في البيع والشراء : بخلاف اذا فوض الطلاق اليها فإنه تملك لمنفعتها ، والتملك بقتضى القبول في الحال ، وان وكله أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة ، أو وكله بطلاقها واحدة فطلقها ثلاثاً ففيه وجهان .
(أحدهما) أنه كالزوجة فيها ذكرناه (والثاني) لا يقع عليها طلاق فيهما لانه فعل غير ما أذن له فيه فلم يصح .

(مسألة) قوله : ويصح اضافة الطلاق الخ ، وهذا صحيح فإنه اذا أضاف الطلاق الى جزء منها معلوم أو مجهول أو الى عضو من أعضائها بأن قال : نصفك أو بعضك أو يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك طالق ، فإنها تطلق ، وقال أبو حنيفة : اذا أضاف الطلاق الى جزء منها معلوم أو مجهول أو الى خمسة أعضاء وهي الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج وقع عليها الطلاق ، وان أضاف الطلاق الى سائر أعضائها وقع عليها الطلاق .

دلينا أن الطلاق لا يتبع بعض ، فكانت اضافته الى جزء منها أو الى عضو منها كإضافته الى جميعها كالغفر عن القصاص ، ولانه أشار بالطلاق الى ما يتصل بيديها اتصال خلقه ، فكان كالإشارة الى جملتها كالأشارة الى الأعضاء الخمسة ، وان أضاف الطلاق الى ذمتها ، فقد قال أصحابنا البغداديون : لا يقع عليها الطلاق لانه غير متصل بالبدن . وانما هو يجري في البدن .

وقال المسعودي : اذا أضافه الى دمها وقع عليها الطلاق لأنه كالجسم ، وان قال : ريةك أو بولك أو عرقك طالق ، فقال أصحابنا البغداديون : لا تطاق ، لانه ليس بجزء منها ، وانما هو من فضول بدنها .
وقال المسعودي : فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) يقع عليها الطلاق ،

وإن قال : مالك طالق - فقال البغداديون من أصحابنا : لا يقع عليها الطلاق ،
لأنه غير متصل بالبدن وإنما يدور في الرحم ،
وقال المسعودي : فيه وجهان ، وإن قطعت أذنها وانبتت منها ثم ألصقت
بالدم فألصقت أو أجريت لها خياطة طبية لإعادتها إلى مكانها فطلق أذنها قبل أن
تبرأ من جراحتها .

قال أصحابنا البغداديون : لا يقع عليها الطلاق ، وقال المسعودي فيه وجهان
وإن قال : منك ولبنك طالق ، قال المسعودي : فمن أصحابنا من قال فيه وجهان
كالدمع والعرق ، ومنهم من قال : يقع عليها الطلاق وجهاً واحداً كالدم ، وهذا
على أصله ، وإن قال : سوادك أو بياضك طالق ، فيه وجهان (أحدهما) يقع
عليها الطلاق لأنها أعراض تحمل بالذات .

إذا ثبت هذا : وأضف الطلاق إلى عضو منها أو إلى جزء منها فكيف يقع
عليها الطلاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) يقع على جملتها لأن الطلاق لا يتبعض
(والثاني) يقع الطلاق على الذي أوقعه منها ثم يسرى اعتباراً بما سمي .

(مسألة) قوله : ويجوز إضافة الطلاق إلى الزوج إلخ ؛ وهذا صحيح فإنه
إذا قال لامرأته : أنا منك طالق ، أو قال لها : طلق نفسك فقالت : أنت طالق ،
فهو كناية في الطلاق ، فإن نوى الطلاق في الأول والثانية وقع عليها
الطلاق ، وقال أبو حنيفة : لا يقع عليها ، فلو قال : على الطلاق ، فإنه لا يقع
عند أبي حنيفة وأصحابه ، لأن الطلاق عندهم إذا لم يصف إلى المرأة فليس
بواقع لأنه من صفات المرأة ، قالوا : لأن الطلاق إنما يقع من الرجل على المرأة
ولا يقع على الرجل .

دليلنا : أن كل لفظ صح أن يكون طلاقاً بإضافته إلى الزوجة صح أن يكون
طلاقاً بإضافته إلى الزوج كالبينونة ؛ فإن أبا حنيفة وافقنا عليها ، ولأنه أحد
الزوجين فصح إضافة الطلاق إليه كالزوجة ، وإن قال لعبدته أو أمته أنا منك حر
ففيه وجهان .

قال أبو علي بن أبي هريرة : هو كناية في العتق فيعتق به إذا نواه لأنه إذا
ملك بصح الصريح والكناية لجاز إضافته إلى المالك كإضافة الطلاق إلى الزوج

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع به العتق لان كل واحد من الزوجين يقال له : زوج
فهما مشتركان في الاسم ، فاذا جار اضافة الطلاق الى الزوجة جاز اضافته الى
الزوج ، وليس كذلك الحرية . لانها تقع بملك ، والذي ينفرد بملك هو السيد
فلم يجز اضافة الحرية اليه والله تعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع

لا يقع الطلاق الا بصريح أو كناية مع النية ، فان نوى الطلاق من غير صريح
ولا كناية لم يقع الطلاق ، لان التحريم في الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق
ليست بطلاق ، ولان ايقاع الطلاق بالنية لا يثبت الا بأصل أو بالقياس على
ما ثبت بأصل ، وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت .
(فصل) والصريح ثلاثة - ألفاظ الطلاق والفراق والسراح ، لان الطلاق
ثبت له عرف الشرع واللغة ، والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع ، فانه
ورد بهما القرآن ، فاذا قال لامرأته : أنت طالق ، أو طلقتك ، أو أنت مطلقه
أو سرحتك ، أو أنت مسرحة ، أو فارقتك ، أو أنت مفارقة ، وقع الطلاق من
غير نية ، فان خاطبها بأحد هذه الالفاظ ، ثم قال : أردت غير ما فسبق لساني اليها
لم يقبل ، لانه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى ؛ لانه يحتمل
ما يدعيه . وان قال : أنت طالق وقال أردت طلاقاً من وثاق ، أو قال سرحتك
وقال أردت تسريحاً من اليد ، أو قال فارقتك ، وقال أردت فراقاً بالجسم ،
لم يقبل في الحكم ، لانه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ في العرف ، ويدين فيها
بينه وبين الله تعالى ، لانه يحتمل ما يدعيه ، فان علمت المرأة صدقه فيما دين فيه
الزوج جاز لها أن تقيم معه ، وان رآهما الحاكم على الاجتماع فقيه وجهان .
(أحدهما) يفرق بينهما بحكم الظاهر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : أحكم بالظاهر
والله عز وجل يتولى السرائر .
(والثاني) لا يفرق بينهما لانهما على اجتماع يجوز اباحته في الشرع ، وان قال

أنت طالق من وثاق ؛ أو سرحتك من اليد ، أو قارفتك بجمعي لم تطلق ، لأنه انفصل بالكلام ما يصرف اللفظ عن حقيقته . ولهذا إذا قال لفلان علي عشرة إلا خمسة لم يلزمه عشرة . وإذا قال لا إله إلا الله لم يجعل كافراً بابتداء كلامه . وإن قال أنت طالق ثم قال قلته هازلاً وقع الطلاق ولم يدين ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة .

(فصل) قال في الاملاء ، لو قال له رجل طلقت امرأتك ؟ فقال نعم . طلقت عليه في الحال ، لأن الجواب يرجع الى السؤال ، فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جواباً عن دعوى لكان صريحاً في الاقرار . وإن قال أردت به في نكاح قبله — فإن كان لما قاله أصل — قبل منه ، لأن اللفظ يحتمله ، وإن لم يكن له أصل لم يقبل لأنه بسقط حكم اللفظ . وإن قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت أني كنت علقك طلاقاً بصفة ، قبل منه لأنه يحتمله اللفظ . وإن قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، لم تطلق ، لأن قوله أنت طالق لولا أبوك ، ليس بإيقاع طلاق ، وإنما هو يمين بالطلاق ، وأنه لولا أبوها لطلقتها ، فتصير كما لو قال والله لولا أبوك لطلقتك .

(الشرح) الحديث الأول جزء من حديث مضي في كتاب الصلح تخرجه وطرفه . والحديث الثاني عن أبي هريرة أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي ، وقال الترمذي حسن غريب . وأخرجه الحاكم وصححه وأخرجه الدارقطني وفي إسناده عبد الرحمن بن حبيب بن أزديك وقد روى الطبراني عن فضالة بن عبيد بلفظ ثلاث لا يجوز فيهن اللعب . الطلاق والنكاح والعتق ، وفي إسناده ابن لهيعة وعن عبادة بن الصامت عند الحرث بن أسامة في مسنده رفعه بلفظ ثلاث لا يجوز اللعب فيهن . الطلاق والنكاح والعتاق ، فن قاله فقد وجدته ، وإسناده منقطع . وعن أبي ذر عند عبد الرزاق رفعه من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ؛ ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز ، وفي

استناده انقطاع أيضا ، وعن علي موقوفًا عند عبد الرزاق أيضا . وعن
عمر عنده أيضا .

أما غريب الفصل فقوله « يدین فیما بینہ وبين الله تعالى ، قال في شرح غريب
الشرح الكبير للرافعي « ودان بالاسلام دينًا ، بالكسر تعبد به ، وتدين به كذلك
فهو دين مثل ساد فهو سيد ، ودينته بالثقليل وكأنه الى دينه وتركته وما يدين لم
أعرض عليه فيما براه سائغا في اعتقاده ؛ ودينه أدينه جازيته اه

وقوله « طلاقا من وثاق ، يقال أو ثقه بالوثاق إذا شدده ، ومنه قوله تعالى
(فشدوا الوثاق) والوثاق بالكسر لغة فيه ، وقوله « قلته هازلا ، أي مازحا غير
مجد ، والهزل ضد الجد ، قال السكيت

أرانا على حب الحياة وطولها مجد بنا في كل يوم ونهزل

هكذا أقاده ابن بطال

أما الأحكام فإن الرجل إذا نوى طلاق امرأته ولم ينطق به لم يقع عليهما
الطلاق ، وقال مالك في إحدى الروايتين يقع ، دليلنا ما روى أبو هريرة أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال تجاوز الله لأمتي ما حدثت به نفسها ما لم يكلم أو يعمد به ،
وأما الكلام الذي يقع به الطلاق فينقسم قسمين ، صريح وكفائية ، فالصريح
ما يقع به الطلاق ، فينقسم قسمين من غير نية ، وهو ثلاثة ألفاظ الطلاق
والفراق والسراح ،

وقال أبو حنيفة الصريح هو لفظ الطلاق لا غير ، وأما الفراق والسراح فهما
كناية في الطلاق ، وقال الطبري في العدة والمحملي وهذا قول الشافعي وشأنه في
القديم ، لأن العرف غير جار بها بين الطلقتين ، والمشهور من المذهب هو
الأول ، لأن الفراق ورد بهذه الألفاظ الثلاثة على وجه الأمر فقال تعالى
(فطلقوهن لعدتهن) وقال (فأمسكوهن بمعروف أو قاروهن بمعروف) وقال
في موضع آخر (أو سرحوهن)

إذا ثبت هذا فالصريح من لفظ الطلاق ثلاثة وهي قوله « طلقتك ، أو أنت
طالق ، أو أنت مطلقة ، وقال أبو حنيفة ، قوله « أنت مطلقة ، ليس بصريح ،
وانما هو كناية . دليلنا قوله « أنت طالق ، ليس بإيقاع الطلاق ، وانما هو

وصف لها بالطلاق كقوله : أنت نائم ، فإن كان صريحاً فكذلك قوله أنت مطلقة مثله ، وأما السراح والفرق فالصريح منهما لفظتان لا غير وهو قوله . فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة ، هذا ترتيب الشيخ أبي حامد والبغداديين من أصحابنا .

وقال المسعودي : في قوله : أنت مفارقة أو أنت مسرحة وجهان ؛ أحدهما : أنه صريح كقوله : أنت مطلقة ، والثاني : أنه كناية ، لأنه لم يرد به الصريح ولا الاستعمال ، والأول هو المشهور ، فان خاطبها بلفظة من الألفاظ الصريحة في الطلاق ، ثم قال : لم أقصد الطلاق ، وإنما سبق لساني إليها .

قال الصيمري : فقد قيل : إن كان هناك حال يدل على ما قل بأن كان في حال جرت العادة فيها بالدesh جاز أن يقبل منه ، وقيل : لا يلتفت إليه ، بل يقع عليها وهو المشهور ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

(فرع) وإن قال : أنت طالق ، وقال أردت طلاقها من وثاق ، أو قال : فارقتك ، وقال أردت به إلى المسجد ، أو قال سرحتك وأردت به إلى البيت أو إلى أهلك لم يقبل منه في الحكم ، لأنه يعدل بالكلام عن الظاهر ، ويدين فيما يدعيه بينه وبين الله تعالى .

وقال مالك إن قال هذا في حال الرضى لم يقبل منه في الحكم ، وقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن قاله في حال الغضب لم يقبل منه في الحكم ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم ، لا تحاسبوا العبد حساب الرب وأعملوا على الظاهر ودعوا الباطن ، ولأن اللفظ يصلح في الحالين لما ذكره فيقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وكل ما قلنا لا يقبل فيه قول الزوج من هذا وما أشبهه ، ويقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، فان الزوجة إذا صدقته على ما يقول جاز لها أن تقيم معه ، فان رأهما الحاكم على اجتماع ظاهر فمعه وجهان .

(أحدهما) أنه يفرق بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم ، أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، .

(والثاني) لا يفرق بينهما لأنهما على اجتماع يجوز لإباحته في الشرع ، وإن لم

تصدقه الزوجة على قوله واستفتت فينا نقول لها : امتنعي عنه ما قدرت عليه .
 وإذا استفتى قلنا له : إن قدرت على وصلها في الباطن حل لك فيما بينك وبين الله
 تعالى . وإن قال لها : أنت طالق من وثاق ، أو قارقتك مسافراً إلى المسجد أو
 سرحتك إلى أمك لم يحكم عليه بالطلاق لأنه وصله بكلام أخرجه عن كونه
 صريحاً ، فهو كما لو قال : لا إله إلا الله وسكت كان كافراً ، أو إذا قال : لا إله إلا الله
 كان توحيداً ، وكما لو قال : له عشرة إلا خمسة .

الخلاصة لما تقدم : يدل حديث أبي هريرة على أن من تلفظ هازلاً بلفظ
 نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق كما في الأحاديث التي سقناها وقع منه ذلك .
 أما في الطلاق فقد قال بذلك أصحابنا من الشافعية والحنفية وغيرهم ، وخالف في
 ذلك أحمد ومالك فقالا : إنه يفترق اللفظ الصريح إلى النية ، وبه قال جماعة من
 الأئمة منهم جعفر الصادق ومحمد الباقر . واستدلوا بقوله تعالى : وإن عزموا
 الطلاق ، فدل على اعتبار العزم . والهازل لا عزم منه

وأجاب صاحب البحر بالجمع بين الآية والحديث فقال : يعتبر العزم في غير
 الصريح لا في الصريح فلا يعتبر ، والاستدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح
 من أصله فلا يحتاج إلى الجمع ، فإنها نزلت في حق المولى
 (مسألة) قوله : لو قال رجل طلقت امرأتك ؟ فقال نعم إلى الخ وهو كما قال
 فإنه إذا قال له رجل : طلقت امرأتك ؟ أو امرأتك طالق ؟ أو قارقتها أو سرحتها
 فقال نعم ، فيه قولان - كما هما ابن الصباغ والطبري
 (إحداهما) أن هذا كناية فلا يقع به الطلاق إلا بالنية ، ولأن قوله نعم
 ليس بلفظ صريح .

(والثاني) أنه صريح في الطلاق ، وهو اختيار المزني ، ولم يذكر الشيخان
 غيره - أعني أبا إسحاق الأسفراييني وأبا حامد المروزي - وهو الأصح ، لأنه
 صريح في الجواب وتقديره نعم طلقت ، كما لو قيل : لفلان عليك كذا ؟ فقال
 نعم ، كان إقراراً .

قال الطبري ، قال أصحابنا : وهذا يخرج على ما لو قال : زوجتك ابنتي بكراً ؟
 فقال الولي نعم ، فهل يصح النكاح ؟ على قولين

إذا ثبت هذا - وقلنا يقع الطلاق - نظرت ، فإن كان صادقا فيما خبر به من الطلاق وقع عليها الطلاق في الظاهر والباطن ، وإن لم يكن طلاق قبل ذلك وإنما كذب بقوله نعم ، وقع الطلاق في الظاهر دون الباطن ، فإن قال أردت أني كنت علفت طلاقها بصفة ، قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه
 (فرع) إذا قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، فذكر المزني في فروعه أنها لا تطلق لأنه ليس بإيقاع للطلاق ، وإنما حلف بطلاقها إنما يمسكها لأجل أبيها وأنه لولا أبوها لطلقتها ، كما لو قال والله لولا أدبك لطلقتك . قال صاحب الفروع ويحتمل أن يقع عليها الطلاق لأن قوله لولا أبوك لطلقتك كلام مبتدأ منفصل عن الأداة ، ولهذا ينفرد بجواب ، والاول هو المشهور . فإن كان صادقا بأن امتنع من طلاقها لأجل أبيها لم يقع الطلاق لا ظاهراً ولا باطناً ، وإن كان كاذباً وقع الطلاق في الباطن دون الظاهر ، إلا أن يقر بكذبه فيقع في الظاهر أيضا ، فإن قال أنت طالق لولا أبوك أو لولا الله لم يقع عليها الطلاق . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الكناية فهي كثيرة ، وهي الالفاظ التي أشبهه الطلاق وتدل على الفراق ، وذلك مثل قوله أنت بائن ، وخلية وبرية وبنة وبنة وحررة وواحدة وبينى وابعدى واغرنى واذهبي واستفلمحي والحق بأهلك وحبائك على غاربك ، واستترى وتقنمى واعتدى وتزوجى وذوقى وتجرعى وما أشبه ذلك ، فإن خاطبها بشيء من ذلك ونوى به الطلاق وقع ، وإن لم ينو لم يقع ، لأنه يحتمل الطلاق وغيره ، فإذا نوى به الطلاق صار طلاقاً ، وإذا لم ينو به الطلاق لم يصر طلاقاً ، كالإمساك عن الطعام والشراب لما احتتمل الصوم وغيره ، إذا نوى به الصوم صوماً ، وإذا لم ينو به الصوم لم يصر صوماً

وإن قال أنا منك طالق ، أو جعل الطلاق اليها فقالت طلقك أو أنت طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية ، ولا يقع من غير نية ، لأن استعمال هذا اللفظ في الزوج غير متعارف ، وإنما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى ، فلم يقع به

من غير نية كسائر الكنايات ، وان قال له رجل : ألك زوجة ؟ فقال لا ، فإن لم ينو به الطلاق لم تطلق ، لأنه ليس بصريح ، وان نوى به الطلاق وقع لأنه يحتمل الطلاق

(فصل) واختلاف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه النية في الكنايات ، فمنهم من قال اذا قارنت النية ببعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن في الصلاة اذا قارنت النية جزءاً منها صححت الصلاة ، ومنهم من قال لا تصح حتى تقارن النية جميعها ، وهو أن ينوى ويطلق عقبيها ، وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه ، فأما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بأن ينوى الصلاة ويكبر عقبيها ؛ ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته .

(فصل) وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الالفاظ ، كقوله اقمدي واقربي واطعمي واسقيني ، وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فإنه لا يقع به الطلاق وان نوى ، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فهو أوقعنا الطلاق لأوقعناه بمجرد النية ، وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية

(فصل) واختلاف أصحابنا في قوله : أنت الطلاق . فمنهم من قال : هو كناية ، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق ، وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى : أرأيتم ان أصبح ماؤكم غوراً، أراد غائراً وان لم ينو لم يقع ، لأن قوله أنت الطلاق لا يقتضى وقوع الطلاق . ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نية ، لأن لفظ الطلاق يستعمل في معنى طالق ، والدليل عليه قول الشاعر :

وأفنيت عمري عاماً فعاماً
وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

أنوهت باسمي في العالمين
فأنت الطلاق وأنت الطلاق

وقال آخر :

وان تخرقني يا هند فالخرق ألم
ثلاثاً ومن يخرق أعق وأظلم
فلا امرئ بعد الثلاثه مقدم

فإن ترفق يا هند فالرفق أيمن
فأنت الطلاق والطلاق عزيمة
فبيني بها ان كنت غير رقيقة

(فصل) واختلفوا فيمن قال لامرأته كلى واشربي ونوى الطلاق ، فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبي إسحاق ، لأنه لا يدل على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما لو قال أطعميني واسقيني ، ومنهم من قال يقع وهو الصحيح ، لأنه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلى ألم الفراق واشربي كأس الفراق ، فوقع به الطلاق مع النية ، كقوله ذوق وتجرعى

* * *

(الشرح) الكناية صورة تذكر يراد بها ما تنكئ عنه وترمز إليه ، ومع هذا يجوز أن يراد بها معناها الأصلية ، وأنواعها ثلاثة : كناية عن صفة وكناية عن موصوف وكناية عن نسبة .

وقوله « بان الخ » أى مفارقة من البين وهو الفراق ، وخاية ، أى خالية عن الزوج فارغة منه ، وبرية أى بريئة مما يجب من حقوق وطاعى ، وبته القطع وبته مثلها ، ومنه التبتل أى الانقطاع عن النكاح ، وصميت البتول لانقطاعها عن الأزواج . وقوله تعالى (وتبتل إليه تبتيلاً) أى انقطع إليه انقطاعاً ، وأما تسمية طامة عليها السلام بالبتول فقد قال ثعلب لانقطاعها عن نساء زمانها ديناً وفضلاً وحسباً : وحررة أى لا سلطان لى على بضعك كما لا ملك فى رقبة الحررة ، وواحدة أى أنت فردة عن الزوج ، ويحتمل طلقة واحدة وبينى وهو من البعد والفراق واغربى مثله . واستفاحى من الفلاح والفوز ، أى فوزى بأمرك واستفدى برأبك ويحتمل أن يكون من الفلاح وهو القطع . أى اقضى حبل الزواج من غير نزاع وحبلك على غاربك ، أى امضى حيث شئت : والتعبير هنا عن الدابة يكون مقودها على غاربها ، وهو ما بين السنام والعنق ولا قائد لها فتذهب حيث شاءت بغير ممسك لها ، وتفتعى ، أى غطى رأسك

وقال ابن بطال : أظن معناه استترى منى ولا يحل لى نظرك . وتجرعى . يقال : جرعه غصص الغيظ اذا أذاقه الشدة مما يكره

أما الأحكام : فإن الكنايات كل كلمة تدل على الطلاق وغيره كهذه الألفاظ التي ساقها المصنف وما أشبهها من الكلام فإن نوى بذلك الطلاق وقع عليها الطلاق وإن لم ينو به الطلاق لم يقع عليها الطلاق سواء . قال ذلك في حالة الرضا أو في حالة الغضب ، وسواء سأله الطلاق أو لم تسأله .

وقال أبو حنيفة : إذا كان ذلك في حال مذاكرة الطلاق وقال لها : أنت بائن وبنة وبنتة وحرام وخلية وبرية والحق بأهلك واذهي ، فلا يحتاج إلى النية ، وإن قال لها : حبلك على غاربك ، واعتدى ، واستبرئى رحمك ، وتقنعى ، فإنه يحتاج إلى النية .

وقال مالك : الكنايات الظاهرة لا تحتاج إلى النية كقوله بائن وبنة وبنتة وحرام وخلية وبرية والفراق والسراح في الكنايات الظاهرة ، وأما الكنايات الباطنة ، ففتفتقر إلى النية ، وهي مثل قوله : اعتدى واستبرئى رحمك وتقنعى واذهي وحبلك على غاربك وما أشبه ذلك .

وقال أحمد : دلالة الحال في جميع الكنايات تقوم مقام النية . دليلنا أن هذه الألفاظ تحمل الطلاق وغيره ولا تتميز إلا بالنية كالإمساك عن الطعام والشراب يحتمل الصوم وغيره ولا يتميز إلا بالنية ، ولأن هذه كنايات في الطلاق ، فإذا لم تقترن بها النية لم يقع بها الطلاق كالألفاظ التي سقناها .

(فرع) قال ابن القاص : إذا قال لزوجته : أغناك الله ونوى به الطلاق كان طلاقا ، فن أصحابنا من قال : لا يقع عليها الطلاق لأن هذا دعاء لها ، فهو كقوله بارك الله فيك ، ومنهم من وافقه لأنه يحتمل أن يريد به الغنى الذي قال الله فيه : وإن يفرقا يغن الله كلا من سمته ، وإن قال لها : كلى واشربى ونوى به الطلاق ففيه وجهان .

قال أبو إسحاق لا يقع عليها الطلاق ؛ وبه قال أبو حنيفة ، كقوله أطعميني واسقيني والثاني : يقع به الطلاق ، وهو اختيار الشيخين أبي حامد وأبي إسحاق لأنه يحتمل كلى ألم الفراق واشربى كأسه ، وإن قال لإمراته : لست بإمرأتى ونوى به الطلاق كان طلاقا ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد .

وقال أبو يوسف : لا يقع ، دليلنا أنه محتمل للطلاق لأنه إذا طاقها لا تكون

امرأة ، فهو كقولها : أنت بائن . وان قال له رجل : ألك زوجة ؟ فقال : لا ؛
ونوى به الطلاق كان طلاقاً ،
قال في الفروع : ويحتمل أن لا يكون كتابه ولا صريحاً ، والاول هو المشهور
لانه يحتمل الطلاق .

(فرع) وان قال لامرأته : أنت حرة ونوى به الطلاق كان طلاقاً ، وان قال
لامرأته أنت طالق ونوى به العتق كان عتقاً ، لانه لفظاً يتضمن ازالة ملك الزوجيه
فيكون كتابه في العتق ، كقوله لا سبيل لي عليك ، وان قال لامرأته أنت الطلاق
أو أنت طلاق ففيه وجهان (أحدهما) كتابه فلا يقع به الطلاق الا مع النيه ،
لان الطلاق مصدر ، والاعيان لا توصف بالمصادر ، فيكون مجازاً (والثاني) أنه
صريح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، لأن الطلاق قد يستعمل في معنى طالق
كما في قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثا ثلاثا

(مسألة) قال صاحب الهدى : ثبت في صحيح البخاري أن ابنة الجون
لما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت : أعوذ بالله منك ،
فقال لها عدت بعظيم الحق بأهلك ، وثبت في الصحيحين أن كعب بن مالك رضى
الله عنه لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتزل امرأته قال لها الحق
بأهلك ، فاختلعت الناس في هذا ، فقالت طائفة ليس هذا بطلاق ولا يقع به
الطلاق نواه أو لم ينوه ، وهذا قول أهل الظاهر : قالوا والنبي صلى الله عليه وسلم
لم يكن عقد على ابنة الجون وإنما أرسل اليها ليخطبها ، ويدل على ذلك ما في صحيح
البخاري من حديث حمزة بن أبي أسيد عن أبيه أنه كان مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقد أتى بالجونية فأنزلت في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل في
نخل ومعهما دابتها فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها هي لي نفسك
فقال هل تهب الملكة نفسك للسوقة ، فأهوى ليضم يده عليها فقالت أعوذ بالله
منك فقال : قد عدت بماذا ، ثم خرج فقال : يا أسيد اكسما رازقين والحقها
بأهلها ، وفي صحيح مسلم عن سهل بن سعد : ذكرت لرسول الله (ص) امرأة

من العرب فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها فأرسل اليها فقدمت فزالت في أجم بنى
سعادة ، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم عابها فلما كلفها قالت : أعود بالله
منك قال قد أعذتك مني ، فقالوا لها : أتدريين من هذا؟ قالت لا ، قلوا هذا
رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء ليخطبك والظاهر أنها الجونية ، لأن سهلاً
قال في حديثه : فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها ، فالتقت واحدة دارت على عائشة
رضي الله عنها وأبي أسيد وسهل بن سعد وكل منهم رواها وألفاظهم فيها متقاربة
ويبقى التعارض بين قوله : جاء ليخطبك وبين قوله : فلما دخل عليها ودنا منها ،
فإما أن يكون أحد اللفظين وهماً ، أو الدخول ليس دخول الرجل على امرأته ،
بل الدخول العام . وهذا محتمل .

وحديث ابن عباس في قصة اسماعيل وإبراهيم صريح ، ولم يزل هذا اللفظ
من الألفاظ التي يطلق بها في الجاهلية والإسلام ، ولم يغيره النبي صلى الله عليه
وسلم بل أقرم عليه . وقد أوقع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق
وهم القدوة بأنت حرام وأمرك بيدك واختارى ووجهتك لأهلك وأنت خلية ،
وقد خلوت مني وأنت بريئة وقد أبرأتك وأنت مبرأة وحجلك على غاربك وأنت
الحروج ، فقال علي وابن عمر رضي الله عنهما . الخلية ثلاث . وقال عمر رضي
الله عنه : واحدة وهو أحق بها .

وفرق معاوية رضي الله عنه بين رجل وامرأته قل لها : ان خرجت فأنت
خلية ، وقال علي وابن عمر وزيد في البرية أنها ثلاث . وقال عمر هي واحدة وهو
أحق بها . وقال علي في الحروج هي ثلاث . وقال عمر واحدة .

قال : والله تعالى ذكر الطلاق ولم يمين له لفظاً ، فعلم أنه رد الناس إلى
ما يمارفونه طلاقاً ، فأى لفظ جرى عرفهم به وقع به الطلاق مع النية ،
والألفاظ التي لا تراد ليمينها بل للدلالة على مقاصد لألفاظها ، فإذا تكلم بلفظ دال
على معنى وقصد به ذلك المعنى ترتب عليه - كعه ، ولهذا يقع الطلاق من العجمي
والبركي والهندي بالسنتهم ، بل لو طلق أحدهم بصريح الطلاق بالعربية ولم يفهم
معناه لم يقع به شيء قطعاً . فإنه تكلم بما لا يفهم معناه ولا قصده ، وقد دل
حديث كعب بن مالك على أن الطلاق لا يقع بهذا اللفظ وأمثاله إلا بالنية .

والصواب أن ذلك جار في سائر الألفاظ صريحها وكتابتها ، ولا فرق بين ألفاظ العتق والطلاق ، فلو قال غلام غلام حر لا يأتي الفواحيش ، أو أمي حرة لا تبغى الفجور ولم يخطر بباله العتق ولا نواه لم يعتق بذلك قطعاً ، وكذلك لو كان معه امرأته في طريق فقيل له أين امرأتك ؟ فقال فارقتها أو سرحتها وقال سرحتها ولم يرد طلاقها لم تطلق . وكذا إذا ضربها الطاق وقال لغيره إخباراً عنها بذلك أنها طالق لم تطلق بذلك ، وكذلك إذا كنت المرأة في وثاق فأطلقت منه فقال لها : أنت طالق وأراد من الوثاق .

هذا كله مذهب مالك وأحمد في بعض هذه الصور وبعضها نظير ما نصر عليه ولا يقع به الطلاق حتى ينويه ويأتي بلفظ ذال عليه ، فلو تفرد أحد الأمرين عن الآخر لم يقع الطلاق ولا العتاق ، وتقسيم الألفاظ إلى صريح وكتابة ، وإن كان تقسيماً صحيحاً في أصل الوضع ، لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والامكنة فليس حكماً ثابتاً للفظ لذاته ، فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين أو صريح في زمان أو مكان كناية في غير ذلك الزمان والمكان ، والواقع شاهد بذلك ، فهذا لفظ السراح لا يكاد أحد يستعمله في الطلاق لا صريحاً ولا كناية فلا يسوغ أن يقال : إن من تكلم به لزمه طلاق امرأته نواه أو لم ينويه ويدعى أنه ثبت له عرف الشرع والاستعمال ، فإن هذه دعوة باطلة شرعاً واستعمالاً . أما الاستعمال فلا يكاد أحد يطلق به البتة . وأما الشرع فقد استعمله في غير الطلاق كقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمودن وسرحوهن سراحاً جميلاً) فهذا السراح غير الطلاق قطعاً .

وكذلك الفراق استعمله الشرع في غير الطلاق كقوله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن - إلى قوله - فإذا باقن أجامن فأمسكنوهن بمعروف أو قارقوهن بمعروف ، فالامساك هنا الرجعة والمفارقة ترك الرجعة لا إنشاء طلقه ثانيه . هذا مما لا خلاف فيه البتة : فلا يجوز أن يقال : إن من تكلم به طلق زوجته ، فهم معناه أو لم يفهم ، وكلاهما في البطلان سواء وقال في البيان : إن قال له رجل : أخليت امرأتك أو أبنتها ؟ وما أشبه ذلك

من الكنايات فقال الزوج نعم ، فإن اعترف الزوج أنه نوى الطلاق بذلك كان إقراراً منه بالطلاق ، وإن لم يعترف أنه نوى بذلك الطلاق لم يلزمه شيء . اهـ .
 (فرع) وإذا خاطبها بشيء من الكنايات التي يقع بها الطلاق بأن قال : أنت خلية ، فإن لم ينو الطلاق في اللفظ وإنما نواه قبله أو بعده لم يكن لهذه النية حكم لأنها لم تقارن اللفظ ولا بعبءه ، فهو كالمو نوى الطلاق من غير لفظ ، وإن نوى الطلاق في بعض اللفظ . بأن نوى الطلاق في قوله : أنت — وعربت نيته في قوله خلية ، أو نوى الطلاق في قوله خلية دون قوله أنت ، أو نوى في سائر حروف ذلك ، ففيه وجهان

(أحدهما) يقع الطلاق — قال الشيخ أبو حامد وهو المذهب ، لأن النية إذا قارنت بعض الشيء عمته أو استصحب حكمها إلى آخره وإن عريت في أثناءه صح كالعبادات من الطهارة والصلاة إذا قارنها النية في أولها ، ذكراً واستصحب حكمها في باقيها .

(والثاني) لا يطلق . قال الشيخ أبو إسحاق : وهو ظاهر النص ، لأن النية قارنت لفظاً لا يصلح للطلاق . وأما الالفاظ التي لا تدل على الفراق إذا خاطبها به ، كقوله بارك الله فيك وما أحسن وجهك وأطعميني واسقيني . قومي واقمدي وما أشبه ذلك فلا يقع به الطلاق وإن نواه ، لأنها لا تصلح للفراق ، ولو أوقفنا الطلاق بذلك لأوقفنا الطلاق بمجرد النية ، والطلاق لا يقع بالنية من غير لفظ . واختلاف أصحابنا هل للفارسية صريح في الطلاق؟ فذهب أكثرهم إلى أن له صريحاً في لغتهم كما نقول في لغة العرب . وقال أبو سعيد الاصطخري : لا صريح له في لغتهم .

ومثل هذا يقال في اللغة الإنجليزية كقوله : توبي دايفورسد ، فإنها تحتل الطلاق ، فإذا نواه من لا يتكلم إلا بالإنجليزية أو يتكلم بغيرها مخاطباً زوجته التي لا تفهم إلا الإنجليزية وقع الطلاق .

ومثل هذا يقال في اللغة الفرنسية إذا قال من لا يتكلم إلا بها ، رنفوييه ، أو يتكلم بغيرها إن لا تحسن التخاطب إلا بها فإنه يقع طلاقه إذا نواه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال لاسرأه اختارى أو أمرك بيدك ، فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى يفويا لأنه كناية لأنها تحتل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق . وإن قال اختارى ونوى اختيار الطلاق ، أو قال أمرك بيدك ونوى تملكك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق : لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اخترناه ، فلم تجعل ذلك طلاقا ، ولأن اختيار الزوج اختيار النكاح لا يحتل غيره فلم يقع به الطلاق ، فإن قالت اخترت نفسى لم يقع الطلاق حتى تنوى الطلاق لأنه يحتل أن يكون معناه اخترت نفسى للنكاح ويحتل اخترت نفسى للطلاق ، ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به الطلاق من غير نية . وإن قالت : اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يقع لأن الزوج من الأزواج .
(والثانى) يقع وهو الأنظر عندى لأنها لا تحل للأزواج إلا بمارفته ، كما لو قال لها الزوج تزوجى ونوى به الطلاق

وإن قالت اخترت أبوى ونوت الطلاق ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن اختيار الأبوين لا يقتضى فراق الزوج (والثانى) أنه يقع لأنه يتضمن العود اليهما بالطلاق ، فصار كقوله الحق بأهلك . وإن قال لها أمرك بيدك ونوى به إيقاع الطلاق ففيه وجهان

(أحدهما) لا يقع الطلاق لأنه صريح فى تملكك الطلاق وتعليقه على قبواها فلم يجوز صرفه الى الإيقاع (والثانى) أنه يقع لأن اللفظ يحتل الإيقاع فهو كقوله حبلك على غاربك .

(الشرح) حديث عائشة رواه الستة وأحمد . وقد مضى تخرجه وأنفاظه . أما الأحكام فإنه يجوز للزوج أن يخبر زوجته فيقول لها اختارى أو أمرك بيدك لقوله تعالى : يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنن وأمر حكن سراجا جميلا ، الآية . تخير النبي (ص) نساءه فاخترته

لذا ثبت هذا فقال لزوجته اختارى ، واختارت زوجها لم يقع عليها الطلاق .
 وبه قال ابن عمر وابن عباس وابن مسعود وطائفة . وبه قال أكثر الفقهاء .
 وروى عن علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت روايتان إحداهما كقولنا ، والثانية
 أنها إذا اختارت زوجها وقع عليها طلاق واحدة رجعية ، وبه قال الحسن البصرى
 وربيعه . دليلنا ما روى أن رجلا سأل عائشة عن رجل خير زوجته ، فاختارته
 أكان ذلك طلاقا ؟ فقالت « خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه فاختارته ،
 ولم يجعل ذلك طلاقا ، وهى أعلم الناس بهذه القصة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم
 بدأ بها . وإن اختارت نفسها فهو كناية فى الطلاق ، فإن نوى الطلاق وقع الطلاق
 وإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع الطلاق ، لأن الزوج إذا لم ينو لم يقع الطلاق
 لأنه لم يجعل اليها الطلاق . وإن نوى الزوج ولم تنو الزوجة لم يقع ، لأنها لم
 توقع الطلاق . هذا مذهبنا .

وقال مالك هو صريح ، فإذا اختارت الطلاق وقع سواء نوى أو لم ينو .
 وقال أبو حنيفة لا يفتقر إلى نية الزوجة . دليلنا أن قوله اختارى يحتمل الطلاق
 وغيره . وكذلك قولها اخترت نفسى يحتمل الطلاق وغيره . وما كان هذا سبيله
 فلا بد فيه من النية كسائر الكنايات ، وهل من شرط اختيارها لنفسها أن يكون
 على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه ؟ أو يجوز إذا وقع منها فى المجلس
 قبل أن تخوض المرأة فى حديث غيره ، على وجهين مضى ذكرهما
 وإن قالت المرأة اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان : أحدهما لا يقع
 الطلاق ، لأن زوجها من الأزواج . والثانى يقع عليها الطلاق . قال الشيخ
 أبو إسحق الشيرازى : وهو الأنظر عندى ، لأنها لا تحمل للأزواج إلا بعد
 مفارقتها لهذا .

وإن قالت اخترت أبوى ونوت الطلاق ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع
 الطلاق ، لأن ذلك لا يتضمن فراق الزوج (والثانى) يقع لأنه يتضمن العود
 اليهما بالطلاق . وإن قال لها أمرك بيدك ونوى به إيقاع الطلاق . قال أصحابنا فيه
 وجهان (أحدهما) يقع الطلاق قبل أن تختار ، لأنه يحتمل الطلاق فكان كقوله :
 جعلك على غاربك .

(والثاني) لا يقع عليها الطلاق لأنه صريح في تمامها الطلاق . ووقوعه لقبولها ، فلا يجوز صرفه إلى الإيقاع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال لامرأته : أنت علي حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق ، لأنه يحتمل التحريم بالطلاق ، وإن نوى به الظهار فهو ظهار ، لأنه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارا ولا طلاقا من غير نية لأنه ليس بصريح في واحد منهما . وإن نوى تحريم عينها لم تحرم : لما روى سعيد بن جبير قال : جاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنه فقال : إني جعلت امرأتي علي حراما . قال كذبت لبت عليك بحرام ، ثم تلا : يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم ، قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ، إلى آخر الآية . ويجب عليه بذلك كفارة يمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حرم ما ربه القبطية أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنزل الله عز وجل : يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم . قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم ، فوجبت الكفارة في الأمة بالآية . وقسنا الحرمة عليها لأنها في معناها في تحليل البضع وتحريمه .

وإن قال أنت علي حرام ولم ينو شيئا ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الكفارة ، فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحا في إيجاب الكفارة ، لأن كل كفارة وجبت بالكناية مع التثنية كان لوجوبها صريح ككفارة الظهار (والثاني) لا يجب ، فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحا في شيء ، لأن ما كان كناية في جنس لا يكون صريحا في ذلك الجنس ، ككنايات الطلاق . وإن قال لا مته : أنت علي حرام ، فإن نوى به العتق كان عتقا ، لأنه يحتمل أنه أراد تحريمها بالعتق ، وإن نوى الظهار لم يكن ظهارا لأن الظهار لا يصح من الأمة ، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه ، وإن لم يكن له نية ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولاً واحداً لعدم الآية . ومنهم من قال : فيه قولان كالقولين في الزوجة لما ذكرناه ،

وإن كان له نسوة أو إماء فقال: أئذن على حرام في الكفارة قولان (أحدهما) يجب لكل واحدة كفارة (والثاني) يجب كفارة واحدة كالفواين فيمن ظاهر من نسوة وإن قال لامرأته أنت على كالميتة والدم ، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق ، وإن نوى به الظهار فهو ظم - ار ، وإن نوى به تحريمها لم تحرم ، وعابيه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم . وإن لم ينو شيئا فإن قلنا إن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة لزمته الكفارة ، لأن ذلك كناية عنه . وإن قلنا إنه كناية لم يلزمه شيء ، لأن الكناية لا يكون لها كناية .

(الشرح) خبر سعيد بن جبير ثبت في صحيح البخاري أنه سمع ابن عباس يقول: إذا حرم امرأته فليس بشيء ، لكم في رسول الله أسوة حسنة . وقد روى هذا عن عمر رضي الله عنه قال عبد الرزاق عن معمر بن يحيى بن أبي كثير وأيوب السخيتاني كلاهما عن عكرمة عن عمر قال: هي يمين ، يعني التحريم . وروى اسماعيل بن اسحاق حدثنا المقدمي حدثنا حماد بن زيد عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر قال: الحرام يمين .

أما قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ، الآية ، فقد ثبت في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم شرب عسلا في بيت ميمونة ، فالتت عليه عائشة وحفصة حتى قال: لن أهودله - وفي لفظ - وقد حلفت ، وفي سنن النسائي عن أنس ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم كانت له أمة يطؤها فلم تزل به عائشة رضي الله عنها وحفصة حتى حرمها ، فأنزل الله تعالى: يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ،

وفي جامع الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت دآلى رسول الله (ص) من نسائه وحرم لجعل الحرام حلالا وجعل في اليمين كفارة . قال الترمذي: هكذا رواه مسلم بن علقمة عن داود عن الشعبي عن مسروق عن عائشة ، ورواه علي بن مسهر وغيره عن الشعبي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا وهو أصح . اهـ

وقولها جعل الحرام حلالا ، أى جعل الذى حرمه وهو العسل أو الجارية

حلالاً بعد تحريمه إياه . قال الواحدى : قال المفسرون : كان النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فزارت أباهما فلما رجعت أبهرت مارية في بيتها مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم تدخل حتى خرجت مارية ثم دخلت . فلما رأى النبي (ص) في وجه حفصة الغيرة والكآبة قال لها : لا تخبرى عائشة ولك على أن لا أقربها أبداً ، فأخبرت حفصة عائشة - وكانتا متصافيتين - فغضبت عائشة ، ولم تزل بالنبي صلى الله عليه وسلم حتى حلف أن لا يقرب مارية ، فأنزل الله هذه السورة (التحریم)

وقال القرطبي : أكثر المفسرين على أن الآية نزلت في حفصة (وذكر القصة) وقال العلامة صديق خان في نيل المرام : والجمع ممكن بوقوع القصة في قصة العسل وقصة مارية وأن القرآن نزل فيهما جميعاً

وقال الليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن عبد الله بن هبيرة عن قبيصة ابن ذؤيب قال : سألت زيد بن ثابت وابن عمر رضی الله عنهم عن قال لامرأة أنت على حرام فقالتا جميعاً كفارة يمين . وقال عبد الرزاق عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود رضی الله عنه قال في التحريم . هي يمين يكفرها . قال أبو محمد بن حزم : وروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعائشة أم المؤمنين رضی الله عنهما .

أما اللغات فقوله «مرضاة» اسم مصدر وهو الرضا . وقوله «تحلة» هي تحلة نكحة من الحلال فأدغمت أى يحل بهما ما كان حراماً .

أما الأحكام : فإذا قال لزوجته أنت حرام على - فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وإن نوى به الظهار - وهو أن ينوى أنها محرمة كحرمه ظهر أمه كان مظاهراً ، وإن نوى تحريم عينها أو تحريم وطئها أو فرجها بلا طلاق وجب كفارة يمين وإن لم يكن يميناً

وإن لم ينو شيئاً ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه كفارة يمين فيكون هذا صريحاً في إيجاب الكفارة (والثاني) لا يجب عليه شيء فيكون هذا كناية في إيجاب الكفارة ويأتى توجيهاً

وأما إذا قال لامته : أنت حرام علي - فإن نوى غتقها عتقت ، وإن نوى الظهار أو أراد به الطلاق أو كليهما فقد قال عامة أصحابنا : لا يلزمه نية ، لأن الطلاق والظهار لا يصحان من السيد في أمته .

وقال ابن الصباغ : عندى أنه إذا نوى الظهار لا يكون ظهارا أو يكون بمنزلة ما لو نوى تحريمها ؛ لأن معنى الظهار أن ينوى أنها عليه كظهار أمه في التحريم ، وهذه نية التحريم المتأكد ، وإن نوى تحريم عينها وجب عليه كفارة البين ، وإن بطلق ولم ينو شيئا فاختلاف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان كالزوجه ، ومنهم من قال يجب الكفارة قولاً واحداً ، لأن النذر ورد فيها والزوجه مقبسه عليها ، فهذا جملة المذهب

وقد اختلف الصحابة فيمن قال لزوجه : أنت علي حرام ، واختلف فقهاء الامصار في هذه المسألة حتى ذهبوا فيها عشرين مذهبا . فذهب أبو بكر الصديق رضى الله عنه وعائشه الى أن ذلك يمين تكفر . وبه قال الاوزاعي . وقال عمر ابن الخطاب طلقه رجعيه وبه قال الزهرى . وقال عثمان هو ظهار ، وبه قال أحمد وقال هو ظهار بإطلاقه نواه أو لم ينوه إن لم يصرفه بالنية الى الطلاق أو البين فينصرف الى ما نواه .

هذا ظاهر مذهب أحمد وعنه روايه ثانيه أنه بإطلاقه يمين الا أن يصرفه بالنية الى الظهار أو الطلاق فينصرف الى ما نواه . وعنه روايه ثالثه أنه ظهار بكل حال . ولو نوى غيره ، وفيه روايه رابعه حكاهما أبو الحسين في فروعه أنه طلاق بآئن ، ولو وصله بقوله أعنى به فعنه فيه روايتان : احدهما أنه طلاق فعلى هذا هل تلازمه الثلاث أو واحدة علي روايتين ، والثانيه أنه ظهار أيضا ، كما لو قال أنت علي كظهر أمي ، أعنى به الطلاق . هذا ملخص مذهبه كما أفاده ابن القيم في الهدى . وقال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وأبو هريرة : يقع به الطلاق الثلاث . ذكر هذا العمرانى في البيان ، ونعى ابن القيم على ابن حزم عزوه هذا القول الى علي وزيد بن ثابت وابن عمر فقال : الثابت ما رواه هو من طريق الميث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن ابى هبيرة عن قبيصه انه سأل زيد بن ثابت وابن عمر عن قال لامراته : أنت علي حرام ، فقالا جميعا كفارة بين ،

ولم يصح عنهما خلاف ذلك . وأما على كرم الله وجهه فقد روى أبو محمد من طريق يحيى القطان حدثنا اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال : يقول رجال في الحرام : هي حرام حتى تنكح زوجا غيره ولا والله ما قال ذلك على كرم الله وجهه وإنما قال على : ما أنا بمحلها ولا بمحرما عليك ، إن شئت فتقدم وإن شئت فأنخر . وأما الحسن رضى الله عنه فقد روى أبو محمد بن حزم من طريق قتادة عنه أنه قال : كل حلال على حرام فهو يمين ، ولعل أبا محمد غلط على علي وزيد وابن عمر من مسألة الخلية والبرية والبيعة : فإن أحمد حكى عنهم أنها ثلاث وقال هو عن علي وابن عمر صحيح ، فوهم أبو محمد وحكاه في أنت على حرام وهو وهم ظاهر ، فإنهم فرقوا بين التحريم فأفتوا فيه بأنه يمين ، وبين الخلية فأفتوا فيها بثلاث ، ولا أعلم أحدا قال : إنه ثلاث بكل حال اهـ

قلت : والحرام طلاق ثلاث هو المعروف من مذهب مالك وابن أبي ليلى في المدخول بها . أما غير المدخول بها فإنه يقع مانواه من واحدة واثنين وثلاث فإن أطلق فواحدة . وإن قال لم أرد طلاقا ، فإن كان تقدم كلام يجوز صرفه إليه قبل منه وإن كان ابتداء لم يقبل .

وعند ابن عباس في إحدى الروايتين هو كفارة يمين . وهو قولنا . واختلف الناس بعد الصحابة في هذه الكلمة ، فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن ومسروق : لا يجب فيها شيء .

وقال حماد بن أبي سليمان : هو طلقة بائنة . وقال أبو حنيفة : إن نوى الطلاق كان طلاقا ، وإن نوى الظهار كان ظهارا . وإن نوى طلقة كانت بائنة وإن نوى اثنتين كانت واحدة . وإن نوى الثلاث وقم الثلاث ، وإن لم ينو شيئا كان مؤابا فإن قام في المدة كفتير ، وإن لم يبق حتى انقضت المدة بانته منه .

وقال سفيان الثوري : إن نوى به واحدة فهي واحدة وإن نوى ثلاثا فهي

ثلاث وإن نوى يمينا فهي يمين ، وإن لم ينو شيئا فهي كذبة

دليلنا ما روى ابن عباس في صحيح مسلم : إذا حرم الرجل لمرأته فهي يمين يكفرها وتلا قوله ، لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ، ولأن اللفظ يحتمل

الإشياء والإخبار ، فإن أراد الإخبار فقد استعمله فيما هو صالح له فيقبل منه ،
وان أراد الإثناء سئل عن السبب الذي حرمها به .

فإن قال : أردت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً قبل منه اصلاحية اللفظ له
واقترانه بنية ، وان نوى الظهار كان كذلك لأنه صرح بموجب الظهار لأن قوله
أنت علي كظهر أمي موجب التحريم ، فإذا نوى ذلك بلفظ التحريم كان ظهاراً
واحتماله للإطلاق بالنية لا يزيد على احتماله للظهار بها ، وإن أراد تحريمها مطلقاً
فهو بمن مكفرة لأنه امتناع منها بالتحريم فهو كامتناعه منها بالبين .

وروي عن ابن عباس د أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى منزل حفصة فلم يجدها
وكانت عند أبيها ، فاستدعى جاريتته مارية القبطية ، فأنت حفصة فقالت :
يا رسول الله في بيتي وفي نومي وعلى فراشي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
أرضيك وأمر اليك سرأ فأكفميه ، هي علي حرام ، فأزل الله تعالى يا أيها النبي
لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبغى مرضاة أزواجك ؟ الآية ، فقال : لم تحرم ؟ ولم
يقبل : لم تحلف ؟ أو لم تطلق ، أو لم تظاهر ، ولم تولى ، فإذا ثبت هذا في الأمة
قسنا الزوجة عليها لأنها في معناها في تحليل البضع وتحريمه .

وروي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم على نفسه جاريتته
مارية ، فأزل الله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ، الآية ، فأمر النبي
صلى الله عليه وسلم من حرم على نفسه حلالاً أن يعتق رقبة أو يطعم عشرة
مساكين أو يكسوم .

فإذا قلنا : ان لفظة الحرام صريح في إيجاب الكفارة فوجه حديث ابن عباس
ولأن كل كفارة وجبت بالكتابة مع النية وجب أن يكون لوجوب تلك الكفارة
صريح كالظهار ، وبيان هذا أنه اذا قال لامرأته : أنت علي حرام ونوى به الظهار
وجب عليه كفارة الظهار وكان كناية عن الظهار ، ثم كان للظهار صريح وهو قوله
أنت علي كظهر أمي ، كذلك كفارة التحريم لما وجب بالكفارة مع النية ، وهو
قوله : أنت علي حرام كالميتة والدم ونوى به تحريم عينها وجب أن يكون لهذه
الكفارة صريح ، وهو قوله : أنت علي حرام كالميتة

وإذا قلنا إن التحريم كناية لا يجب به شيء من غير نية فوجهه أن كل ما كان

كناية في جنس لم يكن صريحاً في ذلك الجنس ، كقوله : أنت خلية
 (فرع) إذا قال لامرأته : أنت كالميتة والدم — فإن نوى به الطلاق —
 كان طلاقاً ، وإن نوى به الظهار كان ظهاراً لأنه يصلح لها ، وإن لم ينو شيئاً لم
 يكن عليه شيء لانهما كناية تعرت عن النية فلم تعمل في التحريم
 وإن قال نويت بها أنت على حرام — فإن قلنا إن قوله أنت على حرام صريح
 في إيجاب الكفارة وجب عليه الكفارة ، لأن الصريح له كناية ، وإن قلنا إن
 التحريم كناية في إيجاب الكفارة لم يجب عليه ههنا كفارة ، لأن الكناية لا تكون
 لها كناية . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد

وذكر الشيخ أبو إسحاق والمحاملي أنه إذا نوى بذلك تحريم عينها لزمته الكفارة
 (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وإن نوى إصابته قلنا له : أصبت وكفر
 وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته : إصابتك على حرام أو فرجك على حرام ، أو
 قال أنت على حرام ثم قال نويت به إصابتك فيجب عليه الكفارة لأن موضع
 الإصابة هو الفرج إلا أن ينوى به الطلاق أو الظهار فيقع ما نواه
 وقول الشافعي : أصبت وكفرت ، أراد أن يبين أن له أن يطاها قبل أن يكفر
 بخلاف المظاهرة .

وإن قال لها أنت على حرام ثم قال نويت أن أصبتهما فهي حرام ، لم يقبل قوله
 في الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى ، لأنه
 يحتمل ما بدعيه ،

(فرع) إذا قال الرجل : كل ما أملك على حرام — فإن كان له مال ولا
 زوجات له ولا إمام لم ينقذ بهذا اللفظ يمين ولا يجب عليه شيء . وقال أبو حنيفة
 يكون معناه والله لا انتفعت بمالي ، فإن انتفع به حنث ووجب عليه كفارة يمين
 دليلنا أن التحريم ليس بيمين فلم يجب به كفارة في الأموال كغيره من الألفاظ ،
 وبخلاف الأضاع ، فإن للتحريم تأثيراً في الأضاع بالرضاع والظهار والمنتق
 والطلاق فأثره التحريم

وأما إذا كان له زوجات وإمام ، فإن نوى طلاق نساءه وعنت إمامه أو

الظهار في النساء والعتق في الإمام حمل على مانوي ، وإن نوى تحريم أعيانهم
وجب عليه الكفارة وإن أطلق .

فإن قلنا إنه صريح في إيجاب الكفارة وجب عليه الكفارة ، وإن قلنا إنه
كناية في إيجاب الكفارة لم تجب عليه الكفارة
إذا ثبت هذا فإن كان له زوجة واحدة أو أمة واحدة ونوى تحريم غيرها ،
أو قلنا إنه صريح في إيجاب الكفارة وجب عليه كفارة واحدة ، وإن كان له
زوجات وإمام ونوى الظهار عن زوجاته ، فهل يجب عليه كفارة أو كفارتان ؟
فيه قولان يأتي توجيههما في الظهار . وإن نوى تحريم أعيانهم فن أصحابنا من قال
فيه قولان كالظهار . ومنهم من قال : يجب عليه كفارة واحدة قولاً واحداً ،
كالو قال لأربع نسوة . والله لا أصبتكن فأصابهن ، فإنه لا يجب عليه إلا كفارة
واحدة . هذا نقل البغداديين

وقال المسمودي : إذا قال الرجل : حلال الله عليّ حرام فقد قال المتقدمون
من أصحابنا : ذلك كناية . وقال المتأخرون منهم : إنه صريح لأنه أكثر استعمالهم
لذلك ، وكان القفال إذا استفتاه واحد عن هذا قال له : إن سمعت هذا من غيرك
قاله لاسرأته ماذا كنت تفهم منه ؟ فإن قال : فهمت منه الصريح ، قال هو
صريح لك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق ، لأن
الكتابة تحتل إيقاع الطلاق وتحتل امتحان الخط ، فلم يقع الطلاق بمجرد ما ،
وإن نوى بها الطلاق ففيه قولان ، قال في الاملاء : لا يقع به الطلاق لأنه فعل
من يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالإشارة

وقال في الأم هو طلاق وهو الصحيح ، لأنها حروف يفهم منها الطلاق مجاز
أن يقع بها الطلاق كالنطق . فإذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب
فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقع بها إلا في حق الغائب لأنه جعل في العرف لإفهام
الغائب كما جعلت الإشارة لإفهام الأخرس ، ثم لا يقع الطلاق بالإشارة إلا في

حق الاخرس ، وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة الا في حق الغائب (والثاني) أنه يقع بها من الجميع ، لانها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكتابات .

(فصل) فإن أشار الى الطلاق - فان كان لا يقدر على الكلام كالآخرس صح طلاقه بالاشارة ، وتكون اشارته صريحا لانه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشارة ، وحاجته الى الطلاق كحاجة غيره . فقامت الاشارة مقام العبارة ، وان كان قادرا على الكلام لم يصح طلاقه بالاشارة ، لان الاشارة الى الطلاق ليست بطلاق ، وإنما قامت مقام العبارة في حق الاخرس لموضع الضرورة . ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة

(الشرح) الاحكام : اذا كتب طلاق امرأته وتلفظ به وقع الطلاق ، لانه لو تلفظ به ولم يكتبه وقع الطلاق ، فكذلك اذا كتبه ولفظ به . وان كتب طلاقها ولم يلفظ به ولا نواه لم يقع الطلاق ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال أحمد : يقع به الطلاق ، وحكاه أبو علي الشيخي وجمها لبعض أصحابنا وليس بمشهور ، لان الكتابة قد يقصد بها الحكاية ، وقد يقصد بها تجويد الخط فلم يقع به الطلاق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو الصحيح ، فوجهه أن الانسان يعبر عما في نفسه بكتابه كما يعبر عنه بلسانه ، ولهذا قيل : القلم أحد اللسانين . وقد ثبت أنه لو عبر عن الطلاق باللسان لوقع فكذلك اذا عبر عنه بالكتابة

وإذا قلنا : لا يقع به الطلاق فوجهه أنه فعل من يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالأشارة ، وفيه احتراز من اشارة الاخرس

إذا ثبت هذا - فان قلنا لا يقع به الطلاق - فلا تفريع عليه ؛ وان قلنا يقع به الطلاق - فان كانت غائبة عنه وكتب بطلاقها - وقع ، وان كانت حاضرة معه فهل يقع طلاقها بكتابه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يقع لأن الكتابة انما جعلت كالعبرة في حق الغائب دون الحاضر ، كالأشارة في حق الاخرس دون الناطق (والثاني) يقع لانه كناية في الطلاق فصحت من الغائب والحاضر كسائر الكتابات

(فرع) اذا كتب امرأته طالق ونواه وقع عليها سواء وصلها أو لم يصلها

إياه ، وإن كتب : إذا وصلك كتابي هذا سليماً فأنت طالق . ونواه - فإن وصلها
سليماً لوجود الصفة ، وإن ضاع الكتاب ولم يصلها لم يقع الطلاق ، لأن الصفة لم
توجد ، وإن أتاها الكتاب - وقد تحرقت الحواشي - وقع عليها الطلاق لأن
الحرق لم يتناول الكتابة .

وإن وصلها الكتاب وقد انمحي جميع الكتاب حتى صار القرطاس أبيض أو
انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم يقع الطلاق ، لأن الكتاب هو المكتوب : وإن
انمحي موضع الطلاق لم تطلق لأن المقصود لم يأتها ، وإن انمحي جميعه إلا ووضع
الطلاق - اختلف أصحابنا - فقال أبو إسحاق المرزوي : يقع الطلاق لأن
المقصود من الكتاب موضع الطلاق . وقد أتاها . ومنهم من قال لا يقع لأن
قوله كتابي هذا . يقتضي جميعه ولم يوجد ذلك ، وإن قال إذا أتتك كتابي فأنت
طالق ، وأتاها الكتاب ، وقع عليها الطلاق لوجود الصفتين

(فرع) قال المسعودي : إذا قال : إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، فلا تطاق
مالم تقرأه بنفسها إن كانت تحسن القراءة أو يقرأ عليها إن كانت أمية . وحكى
الصيمري وجهاً آخر : إذا قرىء عليها لم تطلق ، لأن حقيقة الوصف لم توجد

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ، وإذا شهد عليه أنه خطه لم يلزمه حتى
يقر به ، وهذا كما قال ، فإنه إذا شهد رجلان على رجل بأن هذا الكتاب خطه بطلاق
امرأته فلا يجوز لها أن يشهدا إلا إذا رأياه يكتبه ولم يغيب الكتاب عن أعينهما
فأما إذا رأياه يكتبه ثم غاب الكتاب عن أعينهما لم يجز لها أن يشهدا به ، لأن
الحط قد يزور على الحط . وإذا ثبت أنه خطه بالشهادة أو بالإقرار لم يحكم عليه
الطلاق إلا إذا أقر أنه نوى الطلاق ، لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، وهذا
بمراد الشافعي بقوله : حتى يقر به

(مسألة) قوله : فإن أشار إلى الطلاق الخ ، وهذا كما قال ، فإن أشار المناطق
إلى الطلاق ونواه لم يقع الطلاق به ، لأن ذلك ليس بصريح ولا كتابة . هذا هو
المشهور . وقال أبو علي في الإفصاح : إذا قلنا إن الكتابة كتابة نفى الإشارة
وجهاً (أحدهما) أنه كتابة لأنه علم يعلم به المراد فهو كالكتابة (والثاني) أنه
ليس بكتابة لأنه ليس من الأعلام الجارية فيما بينهم في فهم المراد .

وان أشار الاخرس الى الطلاق وكانت اشارته مفهومة - حكم - عليه بالطلاق
 لأن اشارته كمباراة غيره ، وان كتب الاخرس بطلاق امرأته وأشار الى أنه
 نواه ، فإن قلنا لا يقع الطلاق بالكتابة في النطاق لم يقع به من الاخرس ، وان
 قلنا ان الطلاق يقع من النطاق بالكتابة وقع أيضا من الاخرس . والله سبحانه
 وتعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب عدد الطلاق والاستثناء فيه)

اذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله : أنت طالق أو بائن أو بنة
 أو ما أشبهها ، ونوى طلقتين أو ثلاثا ، وقع لما روى أن ركانة بن عبد يزيد قال
 يا رسول الله اني طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت الا واحدة ، فقال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله
 ما أردت الا واحدة ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ، فدل على أنه
 لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ، ولأن اللفظ يحتمل العدد بدليل أنه يجوز أن
 يفسره به ، وهو أن يقول أنت طالق طلقتين أو ثلاثا أو بائن بطلاقين وثلاث
 وما احتمله اللفظ. اذا نواه وقع به الطلاق ، كالكتابة

وان قال أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه وجهان

(أحدهما) يقع لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق واحدة مع واحدة

أو مع اثنتين .

(والثاني) لا يقع ما زاد على واحدة لأنه صريح في واحدة : ولا يحتمل

ما زاد ، فلو أوقعنا ما زاد لكان إيقاع طلاق بالنية من غير لفظ ، وذلك لا يجوز

وان قال لها اختارى وقات المرأة اخترت - فان اتفقا على عدد ونوباد - وقع

ما نويها . وان اختلفا فنوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع ما زاد على

طلقة ، لأن الطلاق يفتقر الى تملك الزوج وإيقاع المرأة . واذا نوى أحدهما

طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع لأنه لم يوجد الاذن والإيقاع الا في طلقه -

فلم يقع ما زاد .

(الشرح) حديث ركانة بن عبد الله رواه الشافعي وأبو داود والدارقطني وفيه «فردھا اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلقھا الثانية في زمان عمر بن الخطاب والثالثة في زمان عثمان ، وقد أخرجه أيضا بن حبان والحاكم والترمذي وقال : لا يعرف إلا من هذا الوجه . وسألت محمداً - يعني البخاري عنه - فقال فيه اضطراب . اهـ

وفي إسناد الزبير بن سعيد الهاشمي وقد ضعفه غير واحد . وقيل إنه متروك وذكر الترمذي عن البخاري أنه يضطرب فيه ، تارة يقال فيه ثلاثا ، وتارة قبل واحدة وأصحها أنها طلقة البتة ، وأن الثلاث ذكرت فيه على المعنى

قال ابن كثير : لكن قد رواه أبو داود من وجه آخر ، وله طرق آخر فهو حسن إن شاء الله . وقال ابن عبد البر تكلموا في هذا الحديث . وقال الشوكاني : وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض ، أما الاضطراب فكما تقدم . وقد أخرج أحمد أنه طلق ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثا فخرن عليها . وروى ابن اسحق عن ركانة أنه قال : يا رسول الله اني طلقته ثلاثا . قال قد علمت ارجعها . ثم تلا إذا طلقتم النساء ، الآية . أخرجه أبو داود

وأما معارضته فيما روى ابن عباس ، أن طلاق الثلاث كان واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ، فقال عمر : إن الناس قد استمجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم ، فأماه عليهم ، رواه أحمد ومسلم ، ورواه أبو داود بهذا المعنى ، وهو أصح إسناداً وأوضح متناً من حديث ركانة .

وروى النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ثم قال : أيلب بكتاب الله وأنا بين أظهركم - حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقنله ؟ ، قال ابن كثير إسناده جيد .

وقال الحافظ في بلوغ المرام : رواه موثقون . وفي الباب عن ابن عباس قال : طلق أبو ركانة أم ركانة ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : راجع

لمرأتك ، فقال : إنى طلقته ثلاثا ، قال قد علمت ، راجعها ، أخرجه أبو داود ورواه أحمد والحاكم وهو معلول بابن إسحاق فإنه في سنده

قلت : وقد أعل قوم حديث محمود بن لبيد بأن ابن وهب قد رواه عن مخزومة ابن بكير عن أبيه قال : سمعت محمود بن لبيد فذكره فقالوا إن مخزومة لم يسمع من أبيه بكير بن الأشج وإنما هو كتاب . ولما كان مخزومة ثقة باتفاق المحدثين : قال فيه أحمد بن حنبل ثقة ولم يسمع من أبيه وإنما هو كتاب مخزومة فنظر فيه كل شيء يقول : بلغني عن سليمان بن يسار فهو من كتاب مخزومة ، ولا ضير في هذا فإن كتاب أبيه كان محفوظا عنده مضمنا وطائلا فرق في قيام الحججة بالحديث بين ما حدثه به أو رآه في كتابه ، بل الأخذ عن المكتوب أحوط إذا تيقن الراوى أن هذه نسخة الشيخ بعينها ، وهذه طريقة الصحابة والسلف ، وقد كان رسول الله (ص) يبعث بكتبه إلى الملوك وتقوم عليهم بها الحججة . وكتب كتبه إلى عماله في بلاد الاسلام فعملوا بها واحتجوا بها ، وهو أمر مستفيض

أما الأحكام فإنه إذا قال لامرأته أنت طالق أو طالقك - فإن لم ينو عددا - انصرف ذلك إلى طلقه ، وإن نوى أكثر منها إلا أن يقول : أنت طالق أو طاتي نفسك ثلاثا ، إذا نوى بذلك ثلاثا وقهر ، لأن كل لفظ اقترن به لفظ الثلاث وقهر به ، فإذا اقترن به نية الثلاث وقهر كقوله : أنت الطلاق ، وإن خاطبها بشيء من الكنايات ونوى به الطلاق - فإن لم ينو به العدد انصرف ذلك إلى طلقه رجميه ، وإن نوى اثنتين أو ثلاثا انصرف ذلك إلى ما نواه ، سواء في ذلك الكنايات الظاهرة أو الباطنة

وقال مالك : الكنايات الظاهرة وهي قوله : أنت خلية وبريه وبنه وبتله وبائن وحرام ، وقارقتك وسرحتك يقع بها الثلاث إذا خاطب بها مدخولا بها ، سواء نوى بها الطلاق أو لم ينو ، وإن خاطب بها غير مدخول بها فإن لم ينو الطلاق وقع بها الثلاث . وإن نوى الطلاق وقع ما نواه .

وأما الكنايات الباطنة وهو قوله : اعتدى واستبرنى رحمك وتقضى واذهي وحبلك على غاربك وما أشبهها . فإن لم ينو بها العدد كانت طاقه رجميه وإن نوى بها أكثر وقع ما نواه كقولنا

وقال أبو حنيفة : الكنايات الظاهرة إذا نوى بها طلاقة وقعت طائفة بائنة ، وان نوى بها طلقين لم تقع الا واحدة . وان نوى بها ثلاثا وقعت الثلاث . وأما الكنايات الباطنة فلا يقع بها الا طلاقة واحدة رجعية ، وان نوى بها أكثر منها دليلنا حديث ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته البتة فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : ما أردت بالبتة ؟ قال : والله ما أردت الا واحدة فردها عليه . فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لو وقع ، وعلى أنه لو وقع به الثلاث لما سأله عنه ولما استخلفه ولا ردها عليه .

وان قال لها أنت طالق واحدة وأنت واحدة ونوى طلقين أو ثلاثا فقبه ثلاثة أوجه (أحدها) يقع عليهما ما نواه لأنه محتمل أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين (والثاني) لا يقع عليهما الا واحدة لأنه صريح فيها ، فلو أوقفنا ما زاد عليهما لكان إيقاع طلاق بالنية من غير لفظ (والثالث) وهو اختيار القفال : ان نوى ما زاد على واحدة عند قوله أنت وقع ما نواه . وان نوى ذلك بمجموع الكلام لم تقع الا واحدة

(مسألة) قال الشافعي : اذا قال المدخول بها أنت طالق واحدة بائنا وقعت عليه طلاقة رجعية . قال الصيمري : وهكذا اذا قال أنت طالق واحدة لا رجعة لي بها ، كان له الرجعة ، لأن الواحدة لا تبين بها المدخول بها ، وله الرجعة بها فلا يسقط ذلك بشرطه

(فرع) وان قال لامرأته : أنت طالق طلاقا ، أو أنت طالق الطلاق . فإنه لا يقع عليها الا طلاقة ، لأن المصدر لا يزيد به الكلام ، وانما يدخل لنا كيدكة وله ضربت زيدا ضرباً ، الا أن ينوى به ما زاد على واحدة فيقع ما نواه ، كما لو لم يأت بالمصدر .

(فرع) وان قال لامرأته أنت طالق فإنت ، ثم قال ثلاثا متصلا بقوله فقبه ثلاثة أوجه حكاهما الطبري في العدة ، وهو قول ابن سريج أنه يقع عليهما الثلاث لأنه قصده بقوله أنت طالق (والثاني) لا يقع عليهما الا واحدة . لأن الثلاث لا تعلم الا بقوله ؛ ولم يقل ذلك الا بعد موتها ، والميئة لا ياجعها الطلاق . (والثالث) أنه لا يقع عليها شيء لأن الجملة كلها إنما تقع بجميع اللفظ . ولا يتقدم

وقوع واحدة على الاثنتين . ألا ترى أنه لو قال لعين المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً لوقع الثلاث ، فلو وقع باللفظ أولاً واحدة لبانت بها ولم يقع ما بعدها ولم يتم الكلام إلا وهي ميتة ، والميتة لا يلحقها الطلاق وقال الطبري ، والصحيح أنه لا يقع إلا واحدة ، كما لو قال أنت طالق وجن ثم قال ثلاثاً .

(فرع) إذا قال لزوجته اختارى فقالت اخترت نفسي - فان نويها عدداً من الطلاق وانفقها في عدد ما نويها وقع ما نويها ، وإن اختلفا فنوى أحدهما أكثر مما نوى الآخر وقع العدد الأقل ويقع رجعيًا وقال أبو حنيفة لا يفتقر إلى نية الزوجة ، فان نوى الزوج وقعت بائنة . وإن نوى ما زاد عليهم لم تقع إلا واحدة بائنة وقال مالك إذا نوى الطلاق وقع الثلاث ان كانت مدخولا بها ، وإن لم تكن مدخولا بها قبل منها أنها أرادت واحدة أو اثنتين .

وروي أن مروان بن الحكم أجلس زيد بن ثابت فسأله ، وأجلس كاتباً يكتب ما قال ، فكان فيها سأله : إذا خير الرجل زوجته ، فقال زيد : ان اختارت نفسها فهي ثلاث ، وان اختارت زوجها فهي واحدة رجعية دليلنا أنه لم يقرب به لفظ الثلاث ولا بينها فلم يقع به الثلاث ، ولا يقع بقطع الرجعية ، كقوله أنت طالق

وان ذكر الزوج لفظ الاختيار ثلاثاً ونوى به واحدة كانت واحدة . وقال أبو حنيفة : إذا قبلت وقع الثلاث ،

دليلنا أنه محتمل أنه يريد به التأكيد ، فاذا قيد فيه قبل منه . كقوله أنت طالق الطلاق . وان قال لها اختارى من الثلاث طلاقات ما شئت فليس لها أن تختار الثلاث ولها أن تختار ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال أبو يوسف ومحمد لها ان تختار الثلاث .

دليلنا أن (من) للتبويض ، وقد جعل اليها بعض الثلاث فلا يكون لها ابقاع الثلاث

(فرع) إذا قال لها : يا مائة طالق أو أنت مائة طالق وقع عليها ثلاث طلاقات وإن قال : أنت طالق كرامة أو أنت طالق كآلف . قال ابن الصباغ : وقع عليها الثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن وأحمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم يكن له نية لم يقع عليها إلا واحدة ، دليلنا : أنه تشبيهه بالعدد خاصة فوقع العدد كقوله : أنت طالق كعدد مائة أو ألف . اهـ

وفي هذا الفرع بحث من السنن يقتضينا المقام اثباته فقد أخرج الدارقطني عن مجاهد عن ابن عباس أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة قال : عصيت ربك وفارقت امرأتك ، لم تنق الله فيجعل لك مخرجا .

وأخرج الدارقطني عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أيضاً أنه سئل عن رجل طلق امرأته عدد النجوم فقال : أخطأ السنن - وحرمت عليه امرأته ، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر أنه رفع اليه رجل طلق امرأته ألفاً فقال له عمر : أطلقت امرأتك ؟ قال لا ، إنما كنت ألعب ، فعلاه بالدرة وقال : إنما يكفيك من ثلاث . وروى وكيع عن علي كرم الله وجهه وعثمان رضي الله عنه نحو ذلك وأخرج عبد الرزاق والبيهقي عن ابن مسعود أنه قيل له : إن رجلاً طلق امرأته البارحة مائة ، قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : تريد أن تبين منك امرأتك ؟ قال : نعم ، قال : هو كما قلت ، وإنا آخر فقال : رجل طلق امرأته عدد النجوم قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال نعم ، قال : تريد أن تبين منك امرأتك قال : نعم ، قال هو كما قلت ، والله لا تلبسون على أنفسكم وتحمله .

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن يحيى بن العلاء عن عبد الله بن الوليد الوصافي عن إبراهيم بن عبد الله بن عباد بن الصامت قال : طلق جدى امرأة له ألف تظليقه فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : ما أتى الله جدك أما ثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم إن شاء الله عذبه وإن شاء غفر له .

وفي روايه - إن أباك لم يتق الله فيجعل له مخرجا ، بانته منه بثلاث على غير السنن ، وتسعمائة وسبع وتسعون أم في عنقه ، وهذا الخبر اعترض عليه علماء

الحديث بأن يحيى بن العلاء ضعيف ، وعبيد الله بن الوليد هالك ، وأبراهيم بن عبيد الله مجهول ، فأى حجه في روايته - ضعيف عن هالك عن مجهول ثم والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام فكيف بحده ؟ والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن قال : أنت - وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث - لم يقع شيء ، لأن قوله : أنت ليس من ألفاظ الطلاق ، فلو أوقعنا الطلاق كان بالنية من غير لفظ . وإن قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث ، لأن الإشارة بالأصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية في بيان العدد ، وإن قال : أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين قبل ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، وإن قال : أنت طالق ، وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا ، وقال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

(فصل) وإن قال أنت طالق واحدة في اثنتين نظرت - فإن نوى طلاقة واحدة مع اثنتين - وقعت ثلاث لأن فيهما تستعمل بمعنى مع ، والدليل عليه قوله عز وجل « فادخلني في عبادي وادخلي جنتي » والمراد مع عبادي فإن لم يكن له نية نظرت - فإن لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب - طلقت طلاقة واحدة بقوله أنت طالق ، ولا يقع بقوله في اثنتين شيء ، لأنه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه ، كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه ، وإن نوى مقتضاه في الحساب ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي بكر الصيرفي أنه يقع طلاقان : لأنه أراد موجه في الحساب ، وموجه في الحساب طلاقان .

(والثاني) وهو المذهب أنه لا يقع إلا طلاقة واحدة لأنه إذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه ، كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعلم ، وقال : أردت مقتضاه في العربية ، فإن كان عالما بالحساب نظرت - فإن نوى موجه في الحساب - طلقت طلاقين لأن موجه في الحساب طلاقان . وإن قال أردت واحدة في اثنتين باقيتين طلقت واحدة ، لأنه يحتمل ما يدعيه كقوله : له عندى ثوب في مندبل ،

وأراد في مندبل لي ، وان لم يكن له نية فالمنصوص أنها تطلق طلقة ، لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس ، ويحتمل طلقة في طلقتين واقعتين ، ويحتمل طلقة في طلقتين باقيتين ، فلا يجوز أن يوقع بالشك وقال أبو إسحاق يحتمل أن تطلق طلقتين لأنه عالم بالحساب ويعلم أن الواحدة في اثنتين طلقتان في الحساب

(فصل) وان قال أنت طالق طلقه بل طلقتان ، ففيه وجهان

(أحدهما) يقع طلقتان ، كما إذا قال له علي درهم بل درهمان ، لومه درهمان (والثاني) يقع الثلاث ، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار اخبار يحتمل التكرار ، لجاز أن يدخل الدرهم في الخبرين ، والطلاق ايقاع فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين ، فحمل على طلاق مستأنف ، ولهذا لو أقر بدرهم في يوم ثم أقر بدرهم في يوم آخر لم يلزمه الا درهم ، ولو طلقها في يوم ثم طلقها في يوم آخر كانتا طلقتين .

(فصل) وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث ، لأن

الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع ، كما لو قال ذلك للمدخول بها . وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الاولى دون الثانية والثالثة وحكى عن الشافعي رحمه الله في القديم أنه قال يقع الثلاث ، فن أصحابنا من جعل ذلك قولا واحدا ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن الكلام اذا لم ينقطع ارتباطه ببعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا .

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع أكثر من طلقة ، وما حكى عن القديم إنما هو حكاية عن مالك رحمه الله ليس بمذهب له ، لأنه تقدمت الاولى فبانت بها فلم يقع ما بعدها .

(الشرح) وان قال لامرأته أنت ، وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق لم يقع الطلاق ، لأن قوله أنت ليس بإيقاع ، وإن قال لها أنت طالق هكذا ، وأشار بأصبع وقعت عليها طلقة ، وان أشار بأصبعين وقع عليها طلقتان ، وان أشار بثلاث أصابع وقع عليها ثلاث طلقات ، لأنه شبه الطلاق بأصابعه . وهي عدد ،

وإن قال أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين فقد ذكر الشيخ أبو إسحاق هنا في المذهب والمحامل في المجموع^(١) وابن الصباغ في الشامل أنه يقبل في الحكم لأنه يحتمل الإشارة بهما .

وذكر الشيخ أبو حامد الأسفراييني في التعليق : أنه لا يقبل قوله في الحكم ، لأن الظاهر خلاف ما يدعيه ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى .

وإن قال أنت طالق ، وأشار بأصبعه ولم يقل هكذا ، ثم قال أردت واحدة أو لم أرد بعدد الأصابع قبل منه في الحكم ، لأنه قد يشير بالأصابع ولا يريد العدد (مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق واحد في اثنتين الخ نعم إذا قال لها أنت طالق واحدة في اثنتين - فإن كان غير عالم بالحساب - أعنى لا يحفظ جدول المضرب - قلنا له ما أردت ، فإن قال أردت واحدة مقرونة مع اثنتين وقع عليها الثلاث لأنه قد يعبر عن (مع) بـ (في) قال تعالى ، فادخل في عبادي ، أي مع عبادي وإن قال لم أنو شيئاً وقع عليها طلاقة واحدة بقوله أنت طالق واحدة ؛ ولا يلزمه حكم الحساب لأنه لا يعرفه ولا نواه ، فهو كالمو تكلم المعجمي بقوله : أنت طالق ولا يعرف معناه

وإن قال نويت موجبه في الحساب ففيه وجهان . قال أبو بكر الصيرفي يلزمه طلقتان لأن هذا موجبه عندهم . وقال أكثر أصحابنا لا يلزمه إلا طلاقة واحدة ، لأنه لا يعرف معناه فلا يلزمه بنية موجبه ، كالمو تكلم المعجمي بكلمة الكفر بالعربية وهو لا يعرف معناها ونوى موجبها في لسان العرب

وأما إذا كان ممن يعرف الحساب - فإن نوى واحدة مقرونة مع اثنتين وقع عليها الثلاث . وإن نوى موجباً في الحساب لزمه طلقتان ، لأن هذا موجبه في الحساب ، وإن لم ينو شيئاً فالمنصوص أنه لا يلزمه إلا طلاقة لأنه غير متعارف عند الناس .

وقال أبو إسحاق الأسفراييني : يلزمه طلقتان لأنه يعرف الحساب ويعلم أن

(١) المجموع للمحامل وهو غير مجرود عن هذا ، وللحامل غير المجموع الاوسط

والمقنع واللباب والتجريد

هذا موجه فيلزمه وان لم ينوه . وقال ابو حنيفة لا يازمه الا طلقة سواء نوى موجه في الحساب أو لم ينو .

دلينا أن هذا موضوع في الحساب لا يتبين ، فاذا نواه وهو ممن يعرفه لزمه كما لو قال أنت طالق اثنتين . وان قال أنت طالق اثنتين في اثنتين - وليس هو من أهل الحساب - فان نوى اثنتين مع اثنتين لزمه ثلاث . وان لم ينو ذلك ولا غيره لزمه اثنتان ؛ وان نوى موجه عند أهل الحساب لزمه على قول الصيرفي ثلاث ، وعلى قول سائر أصحابنا يلزمه طلقتان ، وان كان من أهل الحساب وأراد موجه في الحساب ونوى مع اثنتين لزمه ثلاث ، وان لم ينو شيئا فعلى المتخصص لا يلزمه الا طلقتان ، وعلى قول ابى اسحاق يلزمه ثلاث ، وعلى قول ابى حنيفة يلزمه طلقتان بكل حال ، وقد مضى دليل ذلك

(فرع) اذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين ففيه وجهان (احدهما) يقع عليها طلقتان ، كما اذا قال له على درهم بل درهما (والثاني) يازمه الثلاث لأن الطلاق ايقاع فحملت كل لفظه على ايقاع ، والاقرار اخبار لجاز ان يدخل الدرهم في الخبر مرتين .

وان قال أنت طالق ثلاثا وقع عليها الثلاث ، وبه قال جميع الفقهاء الا رواية عطاء فانه قال يقع عليها طلقة . دلينا ان قوله أنت طالق اسم لجنس من الفعل يصح للواحدة ولما زاد عليها . وقوله ثلاثا مفسر له فكان وقوع الثلاث عليها دفعة واحدة ، وان قال لها أنت طالق أنت طالق ، أو قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو بالاوله الثلاث وقع عليها بقوله الاول أنت طالق وبانت بها ولا يلحقها ما بعدها ، وبه قال الثوري وابو حنيفة

وقال مالك والليث بن سعد والاوزاعي يقع عليها الثلاث فقال ابو علي بن ابي هريرة لشافعي في القديم ما يدل على ذلك ، لجدلها على قولين . وقال ابو علي الطبري فيها وجهان (احدهما) يقع عليها الثلاث ، لأنه ربط الكلام بعبءه ببعض لخل محل الكلمة الواحدة (والثاني) انه يقع عليها طلقة واحدة تبين بها ولا يقع ما بعدها ، لأنه قد فرق وقوع بالاوله طلقة فبانت بها ولم يقع ما بعدها وقال أكثر أصحابنا هي على قول واحد ولا يقع عليها الا طلقة واحدة . وما ذكره

في القديم فإنما حكى مذهب مالك . ووجهه ما روى عن عمر وعلى وابن مسعود
 وزيد بن ثابت أنهم قالوا يقع عليها طلقة واحدة ولا يقع ما بعدها ، ولا يخالف
 لهم ، وقد استدلل القائلون بأنه لا يقع من المتعدد إلا واحدة بما وقع في حديث
 ابن عباس عن ركائة أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً
 شديداً ، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقتهما ؟ فقال ثلاثاً في مجلس واحد
 فقال له صلى الله عليه وسلم : إنما تلك واحدة فارتجعمها ، أخرجه أحمد وأبو يعلى
 ومحمد . وقد أجيب عن ذلك بأجوبة ، منها أن في إسناده محمد بن إسحاق . ورد
 بأنهم قد احتجوا في غير واحد من الأحكام بمثل هذا الإسناد . ومنها معارضته
 لغتوى ابن عباس ، ورد بأن المعتبر روايته لا رأيه . ومنها أن أبا داود رجح أن
 ركائة إنما طلق امرأته البتة . ويمكن أن يكون من روى ثلاثاً حمل البتة على معنى
 الثلاث ، وفيه مخالفة للظاهر

واستدلوا بحديث ابن عباس ، أن الطلاق كان على عهد رسول الله (ص)
 إلى آخر الحديث الذي سبق إيراد . وقد اختلف الناس في تأويله فذهب بعض
 التابعين إلى ظاهره في حق من لم يدخل بها كما دلت عليه رواية أبي داود ، وتأوله
 بعضهم على صورة تكرير لفظ الطلاق ، بأن يقول : أنت طالق أنت طالق أنت
 طالق ، فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد ، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع
 فكان الناس في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر على صدقهم وسلامتهم
 وقصدتهم في الغالب الفضيلة والاختيار ولم يظفر فيهم خب ولا خداع فكانوا
 يصدقون في إرادة التوكيد .

والقائلون بالفرق بين المدخولة وغيرها أعظم حجة لهم حديث ابن عباس
 الذي أمطه عند أبي داود ، أما عدت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن
 يدخل بها جعلوها واحدة ، الحديث . ووجهه ذلك بأن غير المدخول بها تبين
 إذا قال لها زوجها أنت طالق ، فإذا قال ثلاثاً لعل المدخول بها تبين .
 ويجاب بأن التقييد بقبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الأخرى الصحيحة على
 المطلقة بعد الدخول ، وغاية ما في هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض
 أفراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة في الباب ، وذلك لا يوجب الاختصاص

بالبعض الذي وقع التنصيص عليه ، وأجاب القرطبي عن ذلك التوجيه بأن قوله أنت طالق ثلاثا كلام متصل غير منفصل فكيف يصح جعله كلمتين ، وتعطى كل كلمة حكما . هذا حاصل ما في هذه المسئلة ، وهكذا أقاده الشوكاني في شرح المنتقى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، نظرت فإن كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلاقه ، لأن التكرار يحتمل التأكيد ، وإن أراد الاستئناف وقع بكل لفظه طلاقه لأنه يحتمل الاستئناف ، وإن أراد بالثاني التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان ، وإن لم يكن له نية ففيه قولان قال في الإملاء : يقع طلاقه ، لأنه يحتمل التكرار والاستئناف ، فلا يقع ما زاد على طلاقه بالشك .

وقال في الأم يقع الثلاث لأن اللفظ الثاني والثالث كاللفظ الأول ، فإذا وقع بالأول طلاق وجب أن يقع بالثاني والثالث مثله ، وأما إذا غاير بينهما في الحروف بأن قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظه طلاقه ، لأن المغايرة بينهما باللفظ تسقط حكم التأكيد ، فإن ادعى أنه أراد التأكيد لم يقبل في الحكم لأنه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقع بالأول طلاقه وبالثاني طلاقه لتغاير اللفظين وبرجع في الثالث إليه ، لأنه لم يغاير بينه وبين الثاني ، فهو كقولاه أنت طالق أنت طالق . وإن غاير بين الألفاظ ولم يغاير بالحروف بأن قال : أنت طالق أنت مسرحة أنت مفارقة ففيه وجهان :

(أحدهما) أن حكمه حكم المغايرة في الحروف ، لأنه إذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن يتغير بالمغايرة في لفظ الطلاق أولى

(والثاني) أن حكمه حكم اللفظ الواحد لأن الحروف هي العامة في اللفظ ، وبها يعرف الاستئناف ، ولم توجد المغايرة في الحروف

(فصل) وإن قال أنت طالق بعض طلاقه وقعت طلاقه ، لأن ما لا يتبعض من الإطلاق كان تسميه بعضه كتسمية جميعه ، قالوا قال بعضك طالق ، وإن قال

أنت طالق نصفى طلقة وقعت طلقة ، لأن نصفى طلقة هي طلقة ، وإن قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان
(أحدهما) أنه يقع طلقتان ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة و نصف فشكل
النصف فصار طلقتين

(والثاني) تطلق طلقة لأنه أضاف الأنصاف الثلاثة إلى طلقة وليس للطلقة إلا نصفان فالنصف الثالث . وإن قال أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان لأنه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسرى فيصير طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان

(أحدهما) تقع طلقة واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة (والثاني) أنه تقع طلقتان لأنه يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة لأنها أجزاء الطلقة . وإن قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات ، لأن بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى إلى الباقي . وإن قال أنت نصف طالق طلقت ، كما لو قال نصفك طالق . وإن قال أنت نصف طلقة ففيه وجهان (أحدهما) أنه كناية فلا يقع به طلاق من غير نية (والثاني) أنه صريح فتقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لامرأته : أنت الطلاق .

(الشرح) الأحكام : إذا قال للدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإن نوى بالأولة الثلاث لم يسأل عما بعدها ، وإن لم ينو الثلاث وقع عليها بها طلقة . وسئل عن المتكلمتين بعدها ، فإن قال أردت بهما تأكيد الأولة قبل منه ولم يلزمه الا طلقة لأن التأكيد يقع بالتكرار ، وإن قال أردت بهما الاستئناف لزمه ثلاث طلقات ، وإن قال أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة تأكيد الثانية لزمه طلقتان . وإن قال أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة التأكيد الأولة ففيه وجهان (أحدهما) يقبل كما لو قال : أردت بهما تأكيد الأولة (والثاني) لا يقبل لأنه قد يخلل بين الأولة والثالثة الثانية

وإن قال لم أنو شيئاً ففيه قولان : قال في الإملاء : لا يازمه الا طاعة لانه لما لم يدخل واو العطف كان الظاهر أنه أراد التأكيد كما لو قال له : على درهم درهم فلا يازمه الا درهم ، ولا أنه يحتمل أنه أراد التأكيد والاستئناف فلا يازمه الطلاق بالشك .

وقال في الام : يازمه ثلاث طلاقات - وهو الاصح - لأن الثاني والثالث كالاول في الصيغة فكان مثله في الإيفاع .

وان قال أنت طالق ثم سكت طويلاً وقال أنت طالق ، ثم قال أردت بالثاني تأكيداً الاول لم يقبل ، لأن الظاهر أنه أراد الإيفاع . وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو بالاوله مازاد على واحدة وقع بالاوله طلاقة وبالثانيه طاقه لأن الثاني عطف لا يحتمل التأكيد ورجع في الثالثة اليه ، فإن قال أردت تأكيد الثانيه قبل منه ، وان قال : أردت به الاستئناف لومه ثلاث طلاقات ، وان قال : أردت به تأكيد الاوله لم يقبل منه وجهاً واحداً ، كما لا يقبل اذا قال أردت بالثانية تأكيد الاوله

وان قال لم أنو شيئاً ففيه قولان كالاوله ، والصحيح أنه يقع بها طلاقة ثالثة : وهكذا الحكم فيه اذا قال : أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، او قال أنت طالق فطالق فطالق ، أو طالق بل طالق بل طالق ، وان قال طالق وطالق ثم طالق ، أو طالق فطالق بل طالق لومه بكل لفظه طلاقة ، فإن قال أردت التأكيد لم يقبل منه في الحكم ، لأن المغايرة بينهما بحروف العطف يقتضى الاستئناف ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى .

وان قال أنت مطاوعة أنت مفارقة وأنت مسرحة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم ما لو قال : أنت طالق طالق طالق ، لأنه لم يأت بحرف عطف ، والفراق والسراح كالطلاق (والثاني) حكمه حكم ما لو قال : أنت طالق وطالق ثم طالق ، لأن الحكم اذا تغير للمغايرة حروف العطف فلان يتغير للمغايرة اللفظ . أولى (فرع) قال الشافعي في الإملاء : اذا قال لامرأته أنت طالق وطالق لا بل طالق ، ثم قال : شككت في الثانية فقلت لا بل طالق استدرأكاً لإيقاعها قبل . :ه لان دبل ، للاستدرأك فاحتمل ما قاله

وإن قال أنت طالق يا مطلقه بالأولى طلقة ، وإن لم ينو بها ما زاد عليها أو
 سال عن قوله يا مطلقه - فإن قال أردت به الإيقاع لزمه ما نوى . وإن قال :
 أردت به يا مطلقه بالأولى قبل منه في الحكم . وإن قال : أنت طالق البتة ولم ينو
 ما زاد على واحدة وقع عليها طلقة ، كقوله أنت طالق وسئل عن البتة فإن قال :
 أردت به إيقاع طلاق آخر لزمه . وإن قال : لم أرد به شيئاً قبل منه في الحكم
 لحديث ركائة بن عبد يزيد

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق بغير طلقة وقعت طلقة الخ . وهذا
 صحيح وبه قال جميع الفقهاء إلا داود فإنه قال لا يقع عليها شيء . دليلنا قوله تعالى
 « فإن طلقها فلا تحل له من بعد ، الآية . ولم يفرق بين أن يطلقها طلقة أو بغير
 طلقة . ولأن التحليل والتحرير إذا اجتمعا غلب التحريم ، كما لو تزوج نصف
 امرأة أو أعتق نصف أمة ، ولأنه لو طلق بعض امرأته لكان كما لو طلق جميعها
 كذلك إذا طلق بعض طلقة كان كما لو طلقها طلقة

وإن قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت عليها طلقة ، لأن نصفى الطلقة طلقة
 وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع عليها إلا طلقة ،
 لأنه لم يوقع عليها إلا طلقة ، وإنما وصفها بأن لها ثلاثة أنصاف وليس لها إلا
 نصفان (والثاني) يقع عليها طلقتان ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فيسرى
 النصف ، فعلى قول الأول يتعلق الحكم بقوله طلقة وبأنى قوله ثلاثة أنصاف
 طلقة . وعلى قول الثاني بأنى قوله طلقة ويتعلق الحكم بقوله ثلاثة أنصاف طلقة
 قال صاحب الفروع ويحصل وقوع الثلاث ، ووجهه أنه إذا أنقضى قوله طلقة
 وتعلق الحكم بثلاثة أنصاف سرى كل نصف فوقع عليها ثلاث

وإن قال : أنت طالق نصفى طلقتين وقع عليها طلقتان ، لأن نصفى طلقتين
 طلقتان . وإن قال ثلاثة أنصاف طلقتين فعلى وجهين (أحدهما) يقع عليها طلقتان
 (والثاني) يقع عليها ثلاث

وإن قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه طاقه لأنها
 نصف طلقتين (والثاني) يلزمه طلقتان لأنه يلزمه نصف من كل طاق ،
 ثم يكمل النصفان .

(فرع) وان قال : أنت طالق نصف طلقه ثلث طلقه سدس طلقه لم يقع عليها الا طاقه أجزاء الطلاقه ، وان قال أنت طالق نصف طلقه وثلث طاقه وسدس طاقه وقعت ثلاثاً لأنه عطف جزءاً من طاقه على جزء من طاقه نظائره ينتهي طلاقات متغايرة .

قال ابن الصباغ في الشامل : وان قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقه طاقات طلقه ، لأن هذه أجزاء طلقه . وان قال أنت نصف وثلث وسدس طلقه ورجع اليه في النصف والثلث والسدس ، فإن نوى نصفاً من طاقه وثلثاً من طاقه وسدساً من طلقه وقع عليها الثلاث ، وان لم ينو شيئاً فلا شيء عليه . وان قال أنت نصف طلقه ففيه وجهان كما لو قال أنت طالق (أحدهما) انه صريح فيقع عليها طلقه (والثاني) انه كناية فلا يقع عليها شيء الا بالنية . وانه تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان له أربع نسوة فقال : أوقعت عليكم أو بينكن طلقه طاقات كل واحدة منهن طلقه ، لأنه يخص كل واحدة منهن ربع طلقه وتكمل بالسرايه . وان قال أوقعت عليكم أو بينكن طاقاتين أو ثلاثاً أو أربعاً وقع على كل واحدة طلقه ، لأنه اذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقها ، وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطاقاتين وقع على كل واحدة طلقان وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطاقات ، وقع على كل واحدة ثلاث طاقات ؛ لأنه مقرر على نفسه بما فيه تغليب ، واللفظ محتمل له . وان قال أوقعت عليكم خمسا وقع على كل واحدة طلقان ، لأنه يصيب كل واحدة طلقه وربع ، وكذلك ان قال أوقعت عليكم سناً أو سبعا أو ثمانياً . وان قال أوقعت عليكم تسعا طاقات كل واحدة ثلاثاً . وان قال أوقعت بينكن نصف طلقه وثلث طلقه وسدس طلقه ، طالقت كل واحدة ثلاثاً ، لأنه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ، ثم يكمل

(فصل) وان قال أنت طالق مرة الدنيا ، أو أنت طالق أطول الطلاق ،

أو أعرضه . وقعت طلقه لأن شيئاً من ذلك لا يقتضى العدد ، وقد تنصف الطلقة الواحدة بذلك كله .

(فصل) وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقه لأنه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه لمجملها أو لحبه لها أو لحبها له . فلم يقع ما زاد بالشك . وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره وقع الثلاث لأنه كل الطلاق وأكثره .

(فصل) وإن قال المدخول بها أنت طالق طلقه بعدما طلقه طلقتين لأن الجميع بصادف الزوجية ، وإن قال أردت بعدما طلقه أو قسمها لم يقبل في الحكم لأن الظاهر أنه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحصل ما يدعيه . وإن قال أنت طالق طلقه قبلها طلقه وقعت طلقتان ، وفي كيفية وقوع ما قبلها وجهان : قال أبو علي بن أبي هريرة : يقع مع التي أوقعها لأن إيقاعها قبلها إيقاع طلاق في زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال أنت طالق أمس .

وقال أبو إسحاق يقع قبلها اعتباراً بموجب لفظه ، كما لو قال أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات بعد شهر ، ويخالف قوله أنت طالق أمس لأننا لو أوقعناه في أمس تقدم الوقوع على الإيقاع وههنا يقع الطلاقان بعد الإيقاع . وإن قال أردت بقولي قبلها طلقة في نكاح قبله ، فإن كان لما قاله أصل قبل منه لأنه لا يمكن ما يدعيه وإن لم يكن له أصل لم يقبل منه لأنه لا يمكن ما يدعيه .

(فصل) وإن قال لها : أنت طالق طلقه قبلها طلقه وبعدها طلقه طلقت ثلاثاً على ما ذكرناه . وإن قال لها : أنت طالق طلقه وبعدها طلقه طلقت ثلاثاً لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقه ويقع قبلها نصف طلقه وبعدها نصف طلقه ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثاً .

(الشرح) الأحكام : إن قال لأربع نسوة له : أوقعت بينكن طلقه ، طلقت كل واحدة منهن طلقة ، لأنه يخص كل واحدة ربع طلقه ويكمل بالسرابة وإن قال لهن أوقعت بينكن طلقتين وقع على كل واحدة طلقه . لأن ما يخص كل واحدة لا يزيد على طلقه إلا أن يقول : أردت أن تقسم كل طلقه منهن عليهن

فيقع على كل واحدة طلقتان وإن قال أوقعت بينك ثلاث طلاقات أو أربع طلاقات وقع على كل واحدة طلاقة إلا أن يريد قسمة كل طلاقه منهن فيقع على كل واحدة منهن ثلاث - هذا هو المشهور الذي أفاده العمراني في البيان وابن الصباغ في الشامل والماردي في الحاوي وابن القاصر في التلخيص .

وقال صاحب الفروع : ويحتمل أن يقع على كل واحدة ثلاث ، لأن بهض كل طاقه يكمل في حق كل واحدة منهن

وإن قال أوقعت بينك خمس طلاقات ولم يرد قسمة كل واحدة منهن وقع على كل واحدة طلقتان ، لأنه يخص كل واحدة طاقه وربيع ، فيكمل الربيع . وكذلك إذا قال أوقعت بينك ستاً أو سبعاً أو ثمانياً . وإن قال : أوقعت بينك تسع طلاقات طلاق كل واحدة منهن ثلاثاً ، لأنه يخص كل واحدة طلقتان وربيع ويكمل الربيع .

وإن قال أوقعت بينك نصف طاقه وسدس طاقه وقع على كل واحدة ثلاث طلاقات . لأنه لما عطف قسم كل جزء بينهن وكل

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق ملء الدنيا إلخ فهو كما قال ، فإنه إذا قال أنت طالق ملء الدنيا أو ملء مكة والمدينة وقعت عليها طاقه ، لأن الطلاق حكم والاحكام لا تغفل الامكنه ، فعلم أنه أراد الدنيا أو مكة ذكراً وانتشاراً وشموعاً وتكون رجعيه . وقال أبو حنيفة يقع بانه

دليلاً أنه طلاق صادف ، ودخولها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيماً كقوله أنت طالق وإن قال : أنت طالق أشد الطلاق أو أكثر الطلاق بالثناء المعجمه بثلاث نقط وقعت عليها ثلاث طاقات ، لأن ذلك كل الطلاق وأكثره . وإن قال أنت طالق أكمل الطلاق أو أتم الطلاق أو أكبر الطلاق ، الباء المعجمه الموحدة التحتيه وقعت عليها طاقه سنديه ، لأن أكمل الطلاق وأتمه طلاق السنه .

وقال صاحب الفروع : ويحتمل أن يقع عليها ثلاث طلاقات في قوله : أكمل الطلاق وأتمه ، لأنه هو الأكمل والاتم ، والمشهور هو الاول وتكون رجعيه

وقال أبو حنيفة : تقع في قوله أكثر الطلاق واحدة بانه ، دليلنا عليه ما ذكرناه في قوله : ملء مكة .

(مسألة) قوله : وإن قال للدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقه الخ . وهذا قال . وكذلك إذا قال للدخول بها أنت طالق طلقة معها طلقه وقع عليها طلقتان في الحال . وإن قال أنت طالق طلقه بعدها طلقه وقع عليها طلقتان لأن الجميع صادف الزوجية . وإن قال أردت بقولي بعدها طلقه أوقعها فيها بعد لم يقبل في الحكم لأنه يريد تأخير طلاق واقع في الظاهر . وبدئين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه .

وإن قال أنت طالق طلقه قبلها طلقه . قال الشافعي وقع عليها طلقتان . واختلف أصحابنا في كيفية وقوعها ، حكى الشيخ أبو إسحاق هنا في المذهب والمحامل أن أبا إسحاق المروزي قال . يقع عليها طلقتان (إحداهما) بقوله أنت طالق والآخرى قبلها بالباشرة ، لأن الإنسان يملك أن يعلق بالصفة طلاقاً فيقع قبل الصفة . كقوله أنت طالق قبل موتي بشهر ثم يموت بعد شهر .

وحكى الشيخ أبو حامد في التعليل أن أبا إسحاق قال يقع عليها طلقة بالباشرة بقوله أنت طالق ؛ وطلقة بالاجبار أنه طلقةها . وقال أبو علي بن أبي هريرة : يقع عليها طلقتان معاً ، لأنه لا يتقدم الوقوع على الإيقاع . هكذا حكى الشيخ أبو إسحاق الشيرازي عنه وسائر أصحابنا حكوا عنه أنه قال : يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق طلقة بعدها . وقوله قبلها طلقة فعلى ما حكاه الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق المروزي بحكم عليه بوقوع الطلقة التي باشرها ظاهراً وباطناً .

وإن قال : أردت بقولي قبلها طلقه في نكاح كنت نكحتها قبل هذا النكاح وطلقتها فيه ، فإن كان لما قاله أصل قبل منه ، وإن لم يكن له أصل لم يقبل منه وبدئين فيها بينه وبين الله تعالى .

وإن قال أنت طالق طلقه قبلها وبعدها طلقه وقع عليها ثلاث طلقات ؛ لأن كل واحدة من النصفين يسرى ؛ وحكى المحاملي من أصحابنا أن قال : لا يقع عليها إلا طلقتان . ولبس بشيء .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لأنها بائن بالأولى فلم تقع الثانية . وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان (أحدهما) لا تطلق لأن وقوع طلقة قبلها ووقوع طلقة عليها يوجب وقوع ما قبلها يمنع وقوعها فتبانما بالدور وسقطا (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تطلق طلقة ليس قبلها شيء ، لأن وقوع ما قبلها يوجب إسقاطها وإسقاط ما قبلها فوجب إثباتها وإسقاط ما قبلها . وإن قال أنت طالق طلقة معها طلقة ، ففيه وجهان

(أحدهما) أنها تطلق واحدة ، وهو قول المزني لأنه أفردا الجاز ، كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة .

والوجه الثاني : أنها تطلق طلقتين لأنهما يجتمعان في الوقوع فلا تنفدم إحداهما على الأخرى ، فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين . وإن قال أنت طالق طلقتين ونصفا طلقت طلقتين ، لأنه جمع بين الطلقتين في الإيقاع فبان بهما ثم أوقع النصف بعدما بان فلم يقع

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك طلقت لأنه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه ، والطلاق إذا وقع لم يرتفع . وإن قال أنت طالق أولا لم تطلق لأنه ليس بإيقاع

(الشرح) الأحكام : إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة وقعت الأولى وبانت بها ولم تقع الثانية . وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق (أحدهما) لا يقع عليها الطلاق لأن وقوع طلقة قبلها يمنع وقوعها . وما أدى ثبوته لسقوطه سقط (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يقع عليها طلقة ليس قبلها شيء ، لأن وقوع ما قبلها يوجب إسقاطها . ووقوعها يوجب إسقاط ما قبلها فوجب إثباتها وإسقاط ما قبلها . وسببه أن يكون الأول إنما هو على ما حكاه المصنف عن أبي اسحاق المرزى في المدخول بها .

فأما على ما حكاه في التعليق عنه أنه لإخبار ، فإنه يقع عليها الطلقة التي أخبر
بوقوعها أولا لا غير .

وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة معها طلقة ففيه وجهان :
(أحدهما) يقع عليها طلقة لا غير ، لأنه أفردها فبانت بها ولم يقع ما بعدها
كما لو قال طلقة بعدها طلقة

(والثاني) يقع عليها طلقتان لأنهما يجتمعان في الوقوع ، وإن قال لها أنت
طالق طلقتين ونصفا وقع عليها طلقتان لا غير ، لأنه جمع بينهما فوقعتا وأنت
بهما فلم يقع ما بعدها .

(مسألة) قوله : وإذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك طلقت الخ
فهذا صحيح إذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك وقع عليها طلقة لأنه
رفع لجميع ما أوقعه وذلك لا يصح . وإن قال لها أنت طالق طلقة لا طلقتين عليك
إحداهما ، وقعت عليها واحدة لأن ذلك استثناء . وإن قال لها أنت طالق طلقة لا
قال أبو العباس بن سريج وقعت عليها طلقة ، لأن ذلك رفع لها فلم ترتفع . وإن
قال لها أنت طالق طلقتين لا طلقة : فعلى قياس الأولية لا يقع عليها إلا طلقة :
وإن قال لها أنت طالق أو لم يقع عليها طلاق ، لأن ذلك استهزام لا طلاق .
وإن قال لها أنت طالق واحدة أو لا شيء . — قال ابن الصباغ فالذى يقتضيه قياس
قوله أن لا يقع شيء . وبذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد . وقال محمد :
تقع واحدة ، والأول أصح ، لأن الواحدة صفة للفظه الموقعه فما اتصل بها
يرجع إليها ، فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وبصح الاستثناء في الطلاق لأنه لغة العرب ، ونزل به القرآن
وحروفه : الأ . وغير . وسوى . وخلا . وعدا . وحاشا . فإذا قال أنت طالق
ثلاثا إلا طلقة ، وقعت طلقتان . وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين وقعت
طلقة ، وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا طلقت ثلاثا ، لأن الاستثناء يرفع
المستثنى منه فيسقط ويبقى الثلاث

وان قال أنت طالق ثلاثاً الا طلقته فففيه وجهان (أحدهما يقع الثلاث لأنه استثنى ثلاثاً من ثلاث (والثاني) تقع طلقه لان الاستثناء الثاني هو الباطل فسقط وبقي الاستثناء الاول .

وان قال أنت طالق ثلاثاً الا نصف طلقه ، طوقت ثلاثاً لانه يبقى طاقتان ونصف ثم يسرى النصف الى الباقي فيصير ثلاثاً . وان قال أنت طالق ثلاثاً الا طلقه وطلقه وقعت طلقه . لأن المعطوف على الاستثناء مضموم الى الاستثناء ، ولهذا اذا قال : له على مائة الا خمسة وعشرين ضمن الخمسة الى العشرين في الاستثناء ولزمه ما بقي .

وان قال أنت طالق طلقه وطلقه الا طلقه ففيه وجهان (أحدهما تطاق طلقه لأن الواو في الإسمين المنفردين كالشبيه فيصير كما لو قال أنت طالق طلقته الا طلقه (والثاني) وهو المنصوص انها تطلق طلقتين لأن الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلقه ، واستثناء طلقه من طلقه باطل فسقط وبقي طلقتان ، وان قدم الاستثناء على المستثنى منه بأن قال أنت الا واحدة طالق ثلاثاً ، فقد قال بهض أصحابنا انه لا يصح الاستثناء فيقع الثلاث ، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ما تقدم من كلامه ، ويحتمل عندي انه يصح الاستثناء فيقع طلقتان . لأن التقديم والتأخير في ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام بن ابراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك :

وما مثله في الناس الا ملكا أبو أمه حتى أبوه يقاربه

تقديره وما مثله في الناس حتى يقاربه الا ملكا أبو أمه أبو الممدوح

(الشرح) بيت الفرزدق الذي ساقه المصنف من قصيدة من الطويل يمدح بها ابراهيم بن هشام بن اسماعيل المخزومي خال هشام بن عبد الملك بن مروان ، ويستعمل هذا البيت عند البلاغيين شاهداً في أساليب التقيد ، وهو أن لا يكون الكلام ظاهر الدلالة على المراد ، اما الخلل في نظم الكلام فلا يتوصل منه الى معناه ، أو لا تنتقل الذهن من المعنى الأول الى المعنى الثاني الذي هو لازمه ، والمراد به ظاهراً : والأول هو الشاهد في البيت . والمعنى فيه : وما مثله يعني

الممدوح في الناس حتى يقاربه أي أحد يشبهه في الفضائل إلا ملكا ، أي ملكا .
يعنى هشاما ، أبو أمه أي أبو أم هشام أبوه ، أي أبو الممدوح ، فالضمير في أمه
الملك وفي أبوه للممدوح ، ففصل بين أبو أمه وهو مبتدأ وأبوه وهو خبره بأجنبي
وهو حتى ، وكذا فصل بين حتى ويقاربه وهو نعتة ، بأجنبي وهو أبوه ، وقدم
المستثنى على المستثنى منه . فهو كما تراه في غاية التعميد ، وكان من حق الناظم
أن يقول وما مثله في الناس أحد يقاربه إلا ملك أبو أمه أبوه

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال أنت طالق ثلاثا الا
اثنتين فهي واحدة : وجملة ذلك أن الاستثناء جائز في الجملة لأن القرآن ورد به
قال الله تعالى : فليتب فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ، والاستثناء ضد المستثنى
منه : فان استثنى من اثبات كان المستثنى نفيا . وان استثنى من نفي كان المستثنى
اثباتا ، وسواء استثنى أقل العدد أو أكثر فإنه يصح

وقال بعض أهل اللغة : لا يصح استثناء أكثر العدد ، وبه قال أحمد . دليلنا
قوله تعالى حاكيا عن إبليس : لا أغوينهم أجمعين ، الا عبادك منهم المخلصين ،
ثم قال : ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين ، فاستثنى
العباد من الغاوين ، واستثنى الغاوين من العباد ، وأبهما كان أكثر فقد استثنى
من الآخر ، ولا يصح أن يستثنى جميع العدد ، لأنه غير مستعمل في الشرع ،
ولا في اللغة .

إذا ثبت هذا فقال لا مرأته أنت طالق ثلاثا الا اثنتين طلقت واحدة ، لأنه
أثبت ثلاثا ثم نفى منها اثنتين فبقيت واحدة . وان قال : أنت طالق ثلاثا الا
واحدة طلقت اثنتين

وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وواحدة ، أو أنت طالق ثلاثا الا واحدة
وواحدة وواحدة . ففيه وجهان

(احدهما) يقع عليها الثلاث . وبه قال أبو حنيفة لأنه استثناء من ثلاث
(والثاني) يقع عليها واحدة . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأنه لو لم يعطف
بالواحدة لصح فكان المعطف بها هو الباطل فسقط

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقت ثلاثاً ، ومن أصحابنا من قال : يقع عليها طلقتان لأنه لا يؤدي إلى استثناء صحيح ، وليس بشيء ، لأنه لا يبطل الاستثناء : وإنما بقي طلقتان ونصف فسرى النصف . وإن قال لها : أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا واحدة وقع عليها ثلاث طلقات ، واختلف أصحابنا فيه ، فقال ابن الحداد : لأن النصف يسرى واحدة ، واستثناء واحدة من واحدة لا يصح .

وقال القاضى أبو الطيب : لأنه استثناء واحدة من نصف ، لأن الاعتبار بالمنطوق به في العدد لا ينافي الشرع ، وإن قال : أنت طالق طلقتك وطلقة الا طلقة ففیه وجهان ، حكاهما المصنف .

(أحدهما) نطق طلقة ، لأن الواو في الاسمين المنفردين كالتثنية ، فصار كما لو قال : أنت طالق طلقتين الا طلقة .

(والثاني) وهو المنصوص في الام : أنها نطق طلقتين لان الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلقة : واستثناء طلقة من طلقة لا يصح . قال الشيخ أبو حامد وإن قال : أنت طالق ثم طالق بل طالق الا طلقة ، أو أنت طالق فطالق ثم طالق الا طلقة ، أو أنت طالق وطالق وطاق الا طلقة وقع عليها في هذه المسائل ثلاث طلقات ، لأنه اذا غاير بين الالفاظ وقع بكل لفظ طلقة واستثناء طلقة من طلقة لا يصح . وإن قال : أنت طالق خمساً الا ثلاثاً ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي علي الطبري : أنه يقع عليها ثلاث ، لان الاستثناء يرجع الى ما يملك من الطلقات ، والذي يملك هو الثلاث فلم يقع من الخمس الا ثلاث ، واستثناء ثلاث من ثلاث لا يصح .

وقال أكثر أصحابنا : انه يقع عليها طلقتان ، لان الاستثناء يرجع في العدد المنطوق به ، ويكون المستثنى منه مع الاستثناء مما بقي ، فإذا استثنى ثلاثاً من خمس بقي طلقتان . وقد نص الشافعى في البيهقى على أنه اذا قال : أنت طالق ستاً الا أربعاً وقع عليها طلقتان ، وهذا يرد قول أبي علي . وإن قال لها : أنت طالق خمسا الا اثنتين وقع عليها طلقة على قول أبي علي وعلى قول سائر أصحابنا

يقع عليها الثلاث ، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ما تقدم ، فلا يتقدم على
المستثنى منه . وقال الشيخ أبو إسحاق : تقع عليها طقتان ، لأن الاستثناء يجوز
أن يتقدم على المستثنى منه . قال الشاعر :

وما لي إلا آل أحمد شيعة وما لي إلا مشعب الحق مشعب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وبصح الاستثناء من الاستثناء لقوله عز وجل : إنا أرسلنا إلى
قوم مجرمين إلا آل لوط لمنجوم أجمعين إلا امرأته ، فاستثنى آل لوط من
المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته . وإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا طقتين إلا
طاقة طلقت طقتين لأن تقديره أنت طالق ثلاثاً إلا طقتين فلا يقمان إلا طاقة
فتقع . وإن قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً ففيه وجهان (أحدهما) أنها تطلق
ثلاثاً لأنه لا يقع من الخمس إلا ثلاث ؛ فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً
(والثاني) أنها تطلق طقتين ، لأنه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب .
وإن قال أنت طالق خمساً إلا اثنتين ، طقت على الوجه الأول طاقه ، وعلى الوجه
الثاني تطلق ثلاثاً .

وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين ، ففيه ثلاثة أوجه

(أحدهما) يقع الثلاث لأن الاستثناء الأول يرفع المستثنى منه فيبطل ؛
والاستثناء الثاني فرع عليه فسقط وبقي الثلاث (والثاني) تناقض طقتين لأنه لما
وصله بالاستثناء صار كأنه أثبت ثلاثاً ونفى ثلاثاً أثبت اثنتين (والثالث) تقع
طاقه لأن الاستثناء الأول لا يصح فسقط وبقي الاستثناء الثاني فصار كما لو قال
أنت طالق ثلاثاً إلا طقتين

(الشرح) هذا الفصل يمكن أن تشد يدك في مسأله بما ذكرناه في شرح
الفصل قبله ، وزيدك من مسأله أحكاماً فنقول وبالله التوفيق : بصح الاستثناء
من الاستثناء لقوله تعالى : إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين ، إلا آل لوط إنا لمنجوم
أجمعين . إلا امرأته ، فإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة طلقت

طلقتين لأنه أثبت ثلاثاً ثم نفى منها اثنتين فبقيت واحدة ، ثم أثبت من الطلقات الثلاث نفى واحدة فصار مثبتاً لاثنين فوقعتا

وإن قال أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً الا اثنتين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقع عليه ثلاث طلقات لأن الاستثناء الاول باطل فسقط والثاني عائد اليه وتابع له فسقطا (والثاني) من الأوجه الثلاثة يقع عليها طلقه ، لأن الاستثناء الاول باطل فسقط وبقي الثاني ، فكان عائداً الى الاثبات ، فكانه قال : ثلاثاً الا طلقين . (والثالث) يقع عليها طلقتان ، لأن استثناء الثلاث من الثلاث إنما لا يصح اذا اقتصر عليه ، فأما إذا أثبت استثناء آخر بنى عليه فكانه أثبت ثلاثاً ونفى ثلاثاً ، ثم أثبت اثنتين فوقعتا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال أنت طالق ثلاثاً الا أن يشاء أبوك واحدة . وقال أبوها شئت واحدة ، لم تطلق ، لأن الاستثناء من الاثبات نفى ، فيصير تقديره أنت طالق ثلاثاً الا أن يشاء أبوك واحدة ، فلا يقع طلاق (فصل) وإن قال امرأتى طالق أو عبدي حر : أو قه على كذا ، أو والله لأفعلن كذا إن شاء الله ، أو بمشيئة الله ، أو ما لم يشأ الله ، لم يصح شيء من ذلك لما روى ابن عمر رضي الله عنه ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين ثم قال إن شاء الله كان له ثنياً ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث ، ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى ، ومشيئته لا تعلم ، فلم يلزم بالشك شيء . وإن قال أنت طالق الا أن يشاء الله ففيه وجهان (أحدهما) لا تطلق لأنه مقيد بمشيئة الله تعالى ، فأشبهه اذا قال أنت طالق إن شاء الله (والثاني) وهو المذهب أنها تطلق لأنه يقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى ، ومشيئة الله لا تعلم فسقط حكم رفعه وبقي حكم ثبوته ، ويخالف اذا قال : أنت طالق إن شاء الله ، فإنه علق الوقوع على مشيئة الله تعالى

(فصل) ولا يصح الاستثناء في جميع ما ذكرناه الا أن يكون متصلا بالكلام ، فإن انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لأن العرف في الاستثناء أن يتصل بالكلام : فإن انفصل لصيق النفس صح الاستثناء لأنه كالتصل في العرف ولا يصح الا أن يقصد اليه ، فأما اذا كانت عاداته في كلامه أن يقول : ان شاء الله ، فقال ان شاء الله على عادته لم يكن استثناء ، لأنه لم يقصده . واختلف أصحابنا في وقت نية الاستثناء فمنهم من قال : لا يصح الا أن يكون ينوي ذلك من ابتداء الكلام ، ومنهم من قال اذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز .

(فصل) اذا قال : يا زانية أنت طالق ان شاء الله ، أو أنت طالق يا زانية ان شاء الله رجوع الاستثناء الى الطلاق ، ولا يرجع الى قوله يا زانية لأن الطلاق ايقاع لحاز تعليقه بالمشيئة ، وقوله يا زانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة ، ولهذا يصح أن يقول أنت طالق ان شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية ان شاء الله وان كانت له امرأتان حفصة وعمرة ، فقال حفصة وعمرة طالق ان شاء الله لم تطلق واحدة منهما ، وان قال حفصة طالق وعمرة طالق ان شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة ، لأن الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلاق عمرة ، ويحتمل عندي أن لا تطلق واحدة منهما ، لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة .

(فصل) وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت . فإن قال أنت طالق ونوى بقلبه ان شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل في الحكم ولا يدين فيه ، لأن اللفظ أقوى من النية لأن اللفظ يقع به الطلاق من غير نية ، والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ ، فلو عملنا النية لرفعنا القوى بالضعيف ، وذلك لا يجوز ، كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس .

وان قال نسائي طواق واستثنى بالنية بمضمون دين فيه لأنه لا يسقط اللفظ بل يستعمله في بعض ما يقتضيه بعمومه ، وذلك يحتمل فدين فيه : ولا يقبل في الحكم . وقال أبو حفص الباب بشامي : يقبل في الحكم لأن اللفظ يحتمل العموم والخصوص ، وهذا غير صحيح لأنه وان احتمل الخصوص الا أن الظاهر العموم فلا يقبل في الحكم دعوى الخصوص ، فإن قال امرأتى طالق ثلاثا واستثنى بقلبه

الا طلقه أو طلقته لم يقبل في الحكم لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ . وهل
يدين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يدين لأنه لا يسقط حكم اللفظ ، وإنما يخرج بعض
ما يقتضيه فدين فيه ، كما لو قال نسائي طالق واستثنى بالنيه بعضهم (والثاني) لا يدين
وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني رحمه الله ، لأنه يسقط ما يقتضيه اللفظ .
بصريحه بما دونه من النيه ، وإن قال لأربع نسوة : أربعمن طالق واستثنى بعضهم
بالنيه لم يقبل في الحكم ، وهل يدين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يدين (والثاني) لا يدين
ووجهها ما ذكرناه في المسئلة قبلها

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه من أصحاب السنن أبو داود والترمذي
والنسائي وابن ماجه والدارقطني . ورجاله عندهم رجال الصحيح ، ولفظه عند
أكثرهم : من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنت عليه ، ولفظه : كان له ثنياه
سباني في رواية أبي هريرة .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه وقال : فله ثنياه ،
والنسائي وقال : فقد استثنى ، وأخرجه أيضا ابن حبان وهو من حديث عبد الرزاق
عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن أبي هريرة . قال البخاري : أخطأ فيه
عبد الرزاق واختصره عن معمر من حديثه أن سليمان بن داود عليه السلام قال
لأطوفن الليله على سبعين امرأة الخ الحديث وفيه : فقال النبي صلى الله عليه وسلم
لو قال إن شاء الله لم يحنت ، رواه الترمذي عن البخاري . وللحديث طرق رواها
الشافعي وأحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من حديث ابن عمر . قال
الترمذي لأنه لم أحداً رفعه غير أيوب السخيتاني . وقال ابن عليه كان أيوب تارة
يرفعه وتارة لا يرفعه . قال ورواه مالك وعبيد الله بن عمر وغير واحد موقوفا .
قال الحافظ بن حجر : هو في الموطأ كما قال البيهقي . وقال لا يصح رفعه إلا عن
أيوب مع أنه شك فيه وتابعه على لفظه العمري عبد الله وهو موسى بن عقبه وكثير
ابن فرقد وأيوب بن موسى ، وقد صححه ابن حبان . وقد وردت معنى هذين
الحديثين عن عكرمة عن ابن عباس عند أبي داود من فده صلى الله عليه وسلم أنه
صلى الله عليه وسلم قال : والله لا غزون قريشا ، ثم قال إن شاء الله ، ثم قال والله
لا غزون قريشا ، ثم قال إن شاء الله ، ثم قال والله لا غزون قريشا ثم سكت ثم قال

ان شاء الله ، ثم لم يفرغ . قال أبو داود : وقد أسنده غير واحد عن عمك مرة عن ابن عباس ، وقد رواه البيهقي موصولا ومرسلا . قال ابن أبي حاتم في العلل : الأشبه الإرسال ، وقال ابن حبان في الضعفاء : رواه مسمر ، وشريك أرسله مرة ووصله أخرى .

أما الأحكام : فإنه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك واحدة فقال أبوها : شئت واحدة لم يقع عليها طلاق ، لأنه أوقع الطلاق بشرط أن يشاء أبوها واحدة ، فإذا شاء أبوها واحدة لم يوجد الشرط فلم يقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق إلا أن تدخلني الدار أو إن لم تدخلني الدار ، فدخلت الدار فإنها لا تطلق . قال العمراني : ولا أعلم نصاً في اعتبار وقت المشيئة ؛ والذي يقتضيه القياس أن المشيئة تعتبر أن تكون عقيب إيقاع الزوج ، كما لو علق إيقاع الطلاق على مشيئة الأب .

(مسأله) قوله : وان قال إمرأتى طالق الخ ، فهذا كما قال ، اذ لو قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله . أو قال لعبيده : أنت حر ان شاء الله أو على كذا وكذا أو والله لأفعلن كذا أو على لفلان كذا ان شاء الله ، لم يلزمه شيء من ذلك ، وبه قال طاوس والحكم وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك والليث : يدخل الاستثناء في الإيمان دون الطلاق والعنق والنذر والاقرار ، وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى : يدخل الاستثناء في الإيمان والطلاق دون غيره ، وقال أحمد : يدخل الاستثناء في الطلاق دون العنق . دليلنا حديث ابن عمر حيث لم يفرق بين أن يحلف بالله أو يحلف بالطلاق ، ولأنه علق الطلاق بمشيئته من له مشيئته فلم تقع قبيل العلم بمشيئته كما لو علق بمشيئته زيد ، وفي كتاب الإيمان مزيد ان شاء الله .

فإذا ثبت هذا : فقال لامرأته : أنت طالق ان شاء الله أو اذا شاء الله أو من شاء الله أو بمشيئته الله لم يقع الطلاق لأنه علق وقوع الطلاق بمشيئته الله ، ومشيئته بذلك لا تعلم ، فإن قال : أنت طالق ان لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله لم يقع الطلاق ، لأنه لا تعلم أنه لم يشأ ، كما لا يعلم أنه شاء .
وحكى صاحب الفروع رجهاً آخر أنه يقع عليها الطلاق ، وإنما علق دفعه

بمشيئة الله ونحن لا نعلمها ، والمشهور هو الأول وان قال : أنت طالق الا ان يشاء الله ففيه وجهان ،

(أحدهما) لا يقع عليها الطلاق ، لأنه علق الطلاق بمشيئة الله فلم يقع ، كما لو قال : ان شاء الله .

(والثاني) وهو المذهب : أنه يقع الطلاق ، لأنه أوقع الطلاق ، وانما عاق رفته بمشيئة الله ، ومشيئة الله لا تعلم فنبت الايقاع وبطل الرفع .

(فرع) ولا يصح الاستثناء الا ان كان متصلا بالكلام لأن هذا هو العرف في الاستثناء ، فان انفصل لضيق نفس كان كالتحمل لان انفصاله لعذر ، ولا يصح الا ان قصد بالنية ، والتقييد بمشيئة الله مانع من الوقوع ، وقد ذهب الى ذلك الجمهور ، وادعى عليه ابن العربي الاجماع قال : أجمع المسلمون على أن قوله : ان شاء الله يمنع انعقاد اليمين بشرط كونه متصلا ، قال : ولو جاز منفصلا كما روى بعض السلف لم يحث أحد قط في يمين ولم يحتج الى كفارة ، قال : واختلفوا في الاتصال ، فقال مالك والاوزاعي والشافعي والجمهور : هو أن يكون قوله : ان شاء الله متصلا باليمين من غير سكوت بينهما ولا يضر سكتة النفس .

وعن طاوس والحسن وجماعة من التابعين أن له الاستثناء ما لم يقع من مجامسه وقال قتادة : ما لم يقع أو يتكلم . وقال عطاء : قدر حليته ناقة . وقال سعيد بن جبير : يصح بعد أربعة أشهر ، وعن ابن عباس : له الاستثناء أبداً ، ولا فرق بين الحلف بالطلاق والحلف بالله أو الحلف بالعناق ، واستثنى أحمد رضي الله عنه العناق قال : لحديث ، اذا قال : أنت طالق ان شاء الله لم تطلق ، وان قال لعبد : أنت حر ان شاء الله فإنه حر ، وقد تفرد به حميد بن مالك وهو مجهول كما قال البيهقي ، وذهب الهادي به الى أن التقييد بالمشيئة يعتبر فيه مشيئة الله في تلك الحال باعتبار ما يظهر من الشريعة ، فإن كان ذلك الأمر الذي حلف على تركه وقيد الحلف بالمشيئة محبوباً لله فله لم يحث بالفعل ، وان كان محبوباً لله تركه لم يحث بالترك ، فإذا قال : والله ليتصدقن ان شاء الله حثت بترك الصدقة ، لأن الله يشاء التصديق في الحال ، وان حلف ليقطعن رحمة ان شاء الله لم يحث بترك القطع لأن الله تعالى يشاء ذلك الترك .

قوله : وإن طلق بلسانه واستثنى بقلبه الخ . وهذا يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه بقلبه ، وهو قول جماعة أهل العلم .

وقال المحرق من الخبايا : إذا طلقها بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء . وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء منه ما لا يصح نطقاً ولا نية ، مثل أن يرفع حكم اللفظ كله ، وهذا قد مضى بيانه . ومنها ما يقبل لفظاً ولا يقبل نية في الحكم ، وهل يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ؟ وجهان (أحدهما) لا يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعي . وهذا استثناء الأقل ، فإنه لا يصح إلا لفظاً لأنه من لسان العرب ، ولا يصح بالنية لأن العدد نصر فيما تناوله لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ ، فإن اللفظ أقوى من النية ، فلو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملاً للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ وانتهت نيته

وقال بعض أصحابنا : أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، كما لو قال : نسائي طواق واستثنى بقلبه إلا فلانة ، والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له ، وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيراً . فإذا أراد به البعض صح .

وقوله : ثلاثاً ، اسم عدد لثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ، ولا يحتمل سواها بوجه من الوجوه ، فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله . وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل إلى أحد احتمالاته . فأما ما لا يحتمل فلا ، فإننا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملاً بمجرد النية ، وبمجرد النية لا يعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع .

ولو قال : نسائي الأربعة طواق ، أو قال لمن : أربعمائة طواق ، واستثنى بعضهم بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولا يدين فيه ، لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمل .

ومنها ما يصح نطقاً إذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى : مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله : نسائي طواق ، يريد بعضهم

أو ينوى بقوله طالق ، أى من وثاق ، فهذا يقبل كما قررنا من قبل إذا كان لفظاً
وجهاً واحداً لأنه وصل كلامه بما بين مراده . وإن كان بنيته قبل فيها بينه وبين
الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الحصر . وهذا سائغ في
الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ، وكون اللفظ بنيته منصرفاً إلى ما أراد
دون ما لم يرده ، وهل يقبل ذلك في الحكم . مذهبنا أنه لا يقبل في الحكم لأنه
خلاف الظاهر . ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ . وهو أن يقول :
نسأى طواق ، يقصد بهذا اللفظ بعضهم ، فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ
فقال نسأى طواق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهم لم تنفعه النية ووقع الطلاق
بجميعهم ، وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أى من وثاق لزمه الطلاق
لأنه مقتضى اللفظ .

والقاعدة في ذلك كله (أولاً) إرادة الخاص بالعام شائع في اللغة ومستساغ
(ثانياً) إرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو كالاستثناء . واللفظ العام
الذى لم يرد به غير مقتضاه وجب العمل بعمومه ، والعمل بعموم اللفظ أولى من
خصوص السبب ، لأن دليل الحكم هو اللفظ ، فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه
في خصوصه وعمومه ، ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على
خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

باب الشرط في الطلاق

إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به ،
فإذا وجد الشرط وقع ؛ وإذا لم يوجد لم يقع . لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : المؤمنون عند شروطهم ، ولأن الطلاق كالعق لا يملك واحد منهما قوة
وسراية . ثم العتق إذا علق على شرط وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك
الطلاق . فإن علق الطلاق على شرط ثم قال : مجلت ما كنت عاقت على الشرط
لم تطلق في الحال لأنه تعلق بالشرط ولا يتغير . وإذا وجد الشرط طلقت .

وإن قال أنت طالق ثم قال: أردت إذا دخلت الدار، أو إذا جاء رأس الشهر لم يقبل في الحكم، لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ بظاهره. وبدن فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه يدعى صرف الكلام عن ظاهره إلى وجه يحتمله فدين فيه كالمو قال أنت طالق وادعى أنه أراد طلاقاً من وثاق فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار وقال أردت الطلاق في الحال. ولكن سبق إساقى إلى الشرط لزمه الطلاق في الحال، لأنه أقر على نفسه بما يوجب التعليل من غير نية.

(فصل) والألفاظ التي تستعمل في الشرط في الطلاق: من. وإن. وإذا ومتى. وأي وقت. وكلما. وليس في هذه الألفاظ ما يقتضى التكرار إلا قوله كلما فإنه يقتضى التكرار. فإذا قال من دخلت الدار فهي طالق، أو قال لامرأته إن دخلت الدار أو إذا دخلت الدار، أو متى دخلت الدار أو أي وقت دخلت الدار فأنت طالق، فوجد الدخول وقع الطلاق. وإن تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار.

وإن قال كلما دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت طلقت. وإن تكرر الدخول تكرر الطلاق لأن اللفظ يقتضى التكرار.

(الشرح) حديثه المؤمنون عند شروطهم، ماضى تخريجه في غير موضع من المجموع وتكملته

أما الأحكام فإنه إذا علق طلاق امرأته بشرط غير مستحيل لم يقع الطلاق قبل وجود الشرط. سواء كان الشرط يوجد لا محالة، كقوله إذا طلعت الشمس فأنت طالق، أو كان الشرط قد يوجد وقد لا يوجد. كقوله إذا قدم القطار من الإسكندرية فأنت طالق، هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة والثوري وأحمد وإسحاق وقال الزهري وابن المسيب والحسن البصري ومالك: إذا علق الطلاق بشرط يوجد لا محالة كجىء الليل والنهار والشمس والقمر وما أشبهها وقع عليها الطلاق في الحال قبل وجود الشرط.

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم: المؤمنون عند شروطهم، ولأنه علق على شرط غير مستحيل فلم يقع الطلاق قبل وقوع الشرط، كما لو علقه على قدوم

القطار . وقولنا د على شرط غير مستحيل ، احتراز عما اذا علقه على صعود السماء بدون طائرة أو أجهزة للصعود كالصواريخ والاقار الصناعية وما اليها من وسائل معروفة في عصرنا هذا ، وكذلك احتراز عما اذا علقه على شرب جميع البحر وإن علق طلاقها على شرط ثم قال قبل وجود الشرط : عجبت ما كنت عانت على الشرط ، لم تطلق في الحال ، لأنه تعلق بالشرط فلا يتعجل بلفظ التمجيل كالدين المؤجل .

وإن قال أنت طالق ثم قال : أردت اذا دخلت الدار لم يقبل في الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيها بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه . وإن قال أنت طالق ان دخلت الدار ، ثم قال : أردت به الطلاق في الحال وانما سبق لسان الى الشرط قبل قوله لان في ذلك تغليظا عليه

قوله د من وان واذا ومتى وأي وقت وكلماء ومن هذه تستعمل للشرط وللصلة وان للشرط وللنفي وتأتي زائدة ومخففة من ان د وان نظنك لمن الكاذبين ، ود اذا ، تأتي للشرط والمفاجأة ؛ ولربط الجواب بالشرط نحو د وان تصبهم سيئة بما قدمت أيديهم اذا هم يقنطون ، والاشهر أنها ظرف ود متى ، لازمان ، ومثلها ان أبان نحو أ لا فقهاً ود كلما ، تقتضي التكرار لجواب شرطها ولا ينبغي جواب الشرط كما يفعل أكثر أهل هذا الزمان من المتعالمين فإنه يكثر في استعمالهم تكرار كلما في الجملة ، فيقولون مثلاً : كلما استقمت ، كلما رضى الله عنك ، وهو خطأ فادح ، أو كلما أسأت الى كلما ازددت حلاً . فكلمة الثانية في الجملة مقحمة بغير مسوغ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كانت له امرأة لا سنة في طلاقها ولا بدعة ، وهي الصغيرة التي لم تحض أو الكبيرة التي ينسب من الحيض أو الحامل أو التي لم يدخل بها ، فقال لها أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة ، طلقت لوجود الصفة . وإن قال أنت طالق للسنة أو للبدعة ، أو أنت طالق للسنة والبدعة ، طلقت لأنه وصفها بصفة لا تنصف بها ، فلفت الصفة وبقي الطلاق فوق ، فإن قال للصغيرة أو الحامل

أو التي لم يدخل بها أنت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعة ، وقال أردت به إذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت في الحال ، ولم يقبل ما يدعيه في الحكم ، لأن اللفظ يقتضى طلاقاً ناجزاً ويدين فيها بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

وإن كانت له امرأة لها سنة وبدعة في الطلاق وهي المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقرام ، فقال لها أنت طالق للسنة — فإن كانت في طهر لم يجامعها فيه — طلقت في الحال لوجود الصفة . وإن كانت في حيض أو في طهر جامعها فيه لم تطلق في الحال لعدم الصفة ، وإذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة وإن قال أنت طالق للبدعة — فإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه — طلقت في الحال لوجود الصفة ؛ وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه لم تطلق في الحال لفقد الصفة ، فإذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة

وإن قال أنت طالق للسنة إن كنت في هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة — فإن كانت في طهر لم يجامعها فيه — طلقت لوجود الصفة ، وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه لم تطلق في الحال لعدم الصفة وإن صارت في طهر لم يجامعها فيه لم تطلق أيضاً لأنه شرط أن تكون للسنة وأن تكون في تلك الحال . وذلك لا يوجد بعد انقضاء الحال

وإن قال لها أنت طالق للسنة وللبدعة ، أو أنت طالق طائفة حسنة قبيحة ، طلقت في الحال طائفة ، لأنه لا يمكن إيقاع طائفة على هاتين الصفتين ، فسقطت الصفتان وبقي الطلاق فوقم

وإن قال أنت طالق طائفتين طائفة للسنة وطائفة للبدعة طلقت في الحال طائفة فإذا صارت في الحالة الثانية طلقت طائفة . وإن قال أنت طالق طائفتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان

(أحدهما) يقع طائفة في حال السنة وطلقه في حال البدعة ، لأنه يمكن إيقاعها على الصفتين فلم يجز إسقاطها

(والثاني) يقع في الحال طائفتان ، لأن الظاهر عود الصفتين إلى كل واحدة من الطائفتين وإيقاع كل واحدة منهما على الصفتين لا يمكن فانت الصفتان

ووقعت الطلقتان . وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة وقع الثلاث في طهر لم يجامها .
فيه ، لأن ذلك طلاق للسنة :

وإن قال أنت طالق ثلاثاً بمضمون السنة وبعضهن للبدعة وقع في الحال طلقتان
لأن إضافة الطلاق اليها يقتضى التسوية . فيقع في الحال طلقة ونصف ثم يكمل
فيصير طلقتين ، ويقع الباقي في الحالة الأخرى . وإن قال أردت بالبدعة طلقة
في هذه الحال وطلقتين في الحالة الأخرى ففية وجهان (أ-دهما) وهو قول
أبي علي بن أبي هريرة ، إنه لا يقبل قوله في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز
وجل ، لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق نصار كما لو قال أنت طالق وأدهو أنه
أراد إذا دخلت الدار

(والثاني) وهو المذهب أنه يقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل
لأن البعض يقع على القليل والكثير حقيقة ، وبخالف دعوى دخول الدار ، فإن
الظاهر إنجاز الطلاق فلم تقبل في الحكم دعوى التأخير .

(الشرح) النساء على ضربين : ضرب لا سنة في طلاقهن ولا بدعة وهن
أربع (١) التي لم يدخل بها (٢) والصغيرة (٣) والأيسة من الحيض (٤) والتي
استبان حملها . وضرب في طلاقهن سنة وبدعة وهي المدخول بها إذا كانت
من ذوات الأقران .

إذا ثبت هذا فقال لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسنة أو للبدعة
طلقت في الحال لأنه علق الطلاق بصفة لا تتصف بها المرأة ، فألغيت الصفة
وصار كما لو قال أنت طالق . وإن قال أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في
الحال لوجود الصفة .

وإن قال للصغيرة المدخول بها أو الحامل أنت طالق للسنة أو للبدعة ثم قال :
أردت بها إذا صارت من أهل سنة الطلاق وبدعته لم يقبل في الحكم ، لأنه يريد
تأخير الطلاق من أول وقت يقتضيه فلم يقبل ، كما لو قال أنت طالق ثم قال أردت
إذا دخلت الدار ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، فيقال أمسك امرأتك فيما
بينك وبين الله تعالى إلى أن تحيض الصغيرة وتلد الحامل إن علقه على البدعة ،

والى أن تطهر إن علقه على السنه ، ولا يجى . هذا فى الأيسه ، وهل يجى . هذا فى التى لم يدخل بها ؟ اختلف الشيوخان فيهما ، فذكر أبو حامد أنه لا يجى . فيها . وذكر أبو اسحاق المروزي أنه يجى . فيها هذا .

(فرع) وان قال لمن لا سنه فى طلاقها ولا بدعه : أنت طالق للسنه ان كنت فى هذا الحال ممن يقع عليها طلاق السنه ، أو أنت طالق للبدعه ان كنت الاذن ممن يقع عليها طلاق البدعه . قال الشافعى رضى الله عنه فى الام : وقع عليها الطلاق فى الحال . فحكى ابن الصباغ أن القاضى أبا الطيب قال : فيه نظر ، وأن الشيخ أبا حامد قال : لا يقع الطلاق لأن الشرط لم يوجد ، كقوله ان كنت علويه فأنت طالق وليست بعلويه ، ويخالف الصنف لأنهما تلتغى اذا لم تتصف بها . قال ابن الصباغ : وكما قال الشافعى عندى وجه آخر ، وهو أن قوله : أنت طالق للسنه ان كان عليك طلاق السنه ، يقتضى طلاقا مضاعفا الى السنه وهو يقع عليها . وقوله : وصفحها بصفه محال يريد اذا قال أنت طالق للسنه فإنه تلتغو الصفه هكذا أفاده العمرانى فى البيان

(مسألة) قوله وان كانت له امرأة لها سنه - وبدعه فى الطلاق الخ فمؤكدا قال ، اذا لو قال لها أنت طالق للسنه - فإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت لوجود السنه ، وان كانت فى طهر جامعها أو فى حيض لم تطلق لعدم الصفه ، فاذا طهرت من الحيض طلقت لوجود الصفه - وان كانت فى طهر جامعها فيه أو فى حيض لم تطلق لعدم الصفه ، فاذا طهرت من الحيض طلقت بأول جزء من الطهر وقال أبو حنيفة : ان طهرت لاكثر الحيض طلقت بأول جزء من الطهر : وان طهرت لدون أكثر الحيض لم تطلق حتى تغتسل .

دلينا أن كل طهر أو صادف غسلا وقع فيه الطلاق وجب أن يقع فيه الطلاق وان لم يصادف الغسل : كما لو طهرت لاكثر الحيض

وان جامعها فى آخر الحيض وانقطع الدم فى حال الجماع لم يقع عليها طلاق ، لانه طهر صادفه الجماع ، وان وطئها فى أثناء الحيض وطهرت بعده فإن القفال قال : لا يطلق بالطهر اذا علقه بالسنه لاحتمال أن تكون قد علقته منه ، ووجود بقية الحيض لا يدل على براءة رحمها ، كما لا يكون بعض الحيض استبراء فى الأمة

وإن قال أنت طالق للبدعة ، فإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفة . وهكذا إن كانت في طهر لم يجامعها فيه ، ولكنها استندخت ماء الزوج ، وقع عليها الطلاق لاحتمال أن تكون عاقت منه ، وإن وطئها في الدبر أو فيها دون الفرج ولم يتحقق وصول الماء إلى رحمها فليس بطلاق توقعه . وإن كانت العدة واجبة عليها لأن العدة يجب مرة لبراءة الرحم ومرة للتعبد ، وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق ، فإذا طعن في الحيض أو غيب الحشفة في الفرج بعد ذلك وقع عليها الطلاق لوجود الصفة (فرع) إذا تزوج امرأة حاملا من الزنا فهل يجوز له وطؤها قبل وضعها ؟ فيه وجهان المشهور أنه يجوز .

إذا ثبت هذا ودخل بها ثم قال لها : أنت طالق للسنة لم تطلق حتى تلد وتطهر من النفاس ، لأن هذا الحمل لا حكم له فكان وجوده كعدمه ونخلص إلى فرع آخر ذكره الشافعي في الام : إذا قال لمن لها سنة وبدعة في طلاق : أنت طالق للسنة إن كنت ممن يقع عليها طلاق السنة ، فإن كانت في طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفة وإن كانت في طهر جامعها فيه أو حائضا لم يقع عليها الطلاق لعدم الصفة ، فإن طاعت بعد ذلك في الطهر لم يقع عليها الطلاق لأنه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ممن يقع عليها طلاق السنة ولم توجد الصفة .

وإن قال لها : أنت طالق للبدعة إن كنت الآن ممن يقع عليها طلاق البدعة ، فإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه ، وقع عليها الطلاق لوجود الصفة ، وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق ، فإن جامعها أو حاضت لم يقع عليها الطلاق ، لأنه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ولم يوجد الشرط ، وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه فقال : أنت طالق للبدعة فقد قلنا : لا يقع عليها الطلاق في الحال ، فإن قال أنا أردت طلاق السنة ، وإنما سبق لساني في البدعة ، وقع عليها الطلاق ، لأن فيه تغليظا عليه

ونستطرد إلى فرع آخر في المسألة هذه : إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة وكانت في طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الثلاث ، لأن السنة والبدعة للوصف

عندنا دون العدد ، فإن قال أردت السنة على مذهب مالك وأبي حنيفة أنه يقع في كل هذه طلاقه لم يقبل في الحكم ، لأنه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت يقضيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، بدليل أنه لو صرح به في الطلاق حمل عليه ، فيقع عليها في الحال طلاقه ، فإن لم يراجها فإنها إذا حاضت ثم طهرت طلقت أخرى . ثم إذا حاضت وطهرت طلقت الثالثة وبانت وإن راجعها بعد الآونة ووطئها فإنها إذا حاضت وطهرت طلقت الثانية وبأول الطهر فإنها راجعها ثانياً ووطئها ثم حاضت وطهرت طلقت الثالثة وبانت واستأنفت العدة . وإن راجعها ولم يوطئها حتى حاضت ثم طهرت طلقت الثانية بأول الطهر الثاني ، فإن راجعها ثانياً ولم يوطئها حتى حاضت وطهرت وقعت الثالثة وبانت . وهل تبني على عدتها أو تستأنف ؟ على القولين اللذين يأتي ذكرهما . قال الشافعي رضي الله عنه : ويسعه أن يوطئها وعليها الهرب وله الطلب ، لأنه يعتقد أنها زوجته وهي تعتقد أنها غير زوجته .

وتم فرع آخر وهو : إن قال لمن لها سنة وبدعة في الطلاق : أنت طالق للسنة وأنت طالق للبدعة ، وقع عليها في الحال طلاقه وفي الحالة الثانية طلاقه أخرى . وإن قال أنت طالق طلقين للسنة والبدعة ففيه وجهان (أحدهما) يقع عليها في الحال طلقتان لأن الظاهر عود الصفتين إلى كل واحدة من الطلقين ، وإيقاع كل واحدة من الطلقين على الصفتين لا يمكن ، فسقطت الصفتان وبقيت الطلقتان فوقعتا .

(والثاني) يقع عليها في الحال طلاقه ، فإذا صارت في الحالة الثانية وقعت عليها الثانية : لأن الظاهر أنها تعود إلى غير الإنفاص وإن قال لها أنت طالق ثلاثاً للسنة وثلاثاً للبدعة وقع عليها في الحال ثلاث لأنها في إحدى الحالتين وبانت بها .

وإن قال لها أنت طالق ثلاثاً لبعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وأطلق ذلك ولم يقيده بلفظ ولا نية وقع عليها في الحال طلقتان . وإذا صارت إلى الحالة الأخرى وقع عليها الطلاق الثالث وقال المزني : يقع عليها في الحال الطلاقه وفي الحال الثانية طلقتان ، لأن

البعض يقع على الأقل والاكثر فأوقعنا الواحدة لانهما بيقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فالذهب الاول لانه اضاف الثلاث الى الحالتين وساوى بينهما في الإيضاحه فالظاهر أنه أراد التسويه بينهما في الثلاث ، كما لو قال بعرض هذه الدار لزيد وبعضها لعمره فإنها تكون بينهما نصفين ؛ وإذا كان كذلك كان للحالة الاولى طلاقه ونصف فسرى هذا النصف فوقع طلاقتان

فإن قيل هلا قلتم يقع في الحال ثلاث طلاقات لانه يقتضى أن تكون بعض كل طلاقه من الثلاث للسنه وبعضها للبدعه ، فيخصر كل طلاقه ثلاثه أبعاض من الثلاث طلاقات فتكمل الأبعاض

فالجواب أنا لا نقول هذا ، لأن كل عدد أمكن قسمته قسمه صحيحه من غير كسر لم يحز قسمته على الكسر . وفي مسائلنا يمكن قسم طالقين من الثلاث جبراً على الحالين فلم يتبعضا .

وإن قيد ذلك باللفظ . بأن قال أنت طالق ثلاثا نصفها للسنه ونصفها للبدعه وقع طلاقتان وفي الحال الثانيه طلاقه لما ذكرناه . وإن قال واحده للسنه واثنين للبدعه ، أو قال اثنين للسنه وواحدة للبدعه حمل على ما قيده بقوله وإن لم يقيده باللفظ . بل قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنه وبعضهن للبدعه ، ثم قال أنا أردت نصفهن للسنه ونصفهن للبدعه . أو أردت في الحالة الاولى طالقين وفي الثانيه طلاقه حمل على ذلك ، لانه لو لم يتو ذلك لحمل اطلاقه عليه فكذلك إذا نواه . وإن قال أردت في الحالة الاولى طلاقه وفي الحالة الثانيه طلاقين ، فاختلاف أصحابنا فيه : فقال أبو علي بن أبي هريرة : لا يقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الظاهر أنه أراد التسويه فلا يقبل قوله فيما يخالف الظاهر . ومنهم من قال يقبل في الحكم وهو الصحيح ، لأن البعض يقع على الأقل والاكثر . فإذا أخبر أنه نوى ذلك قبل منه كما لو قيده باللفظ . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال ان قدم فلان فأنت طالق ، فقدم وهى في طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنه ، وإن قدم وهى حائض أو في طهر جامعا فيه وقع طلاق بدعه

إلا أنه لا يائمه لأنه لم يقصد ، كما إذا رمى صيدا فأصاب آدميا فقتله ، فإن القتل صادف محرما لكنه لم يائمه لعدم القصد . وإن قال إن قدم فلان فأنت طالق للسنة فقدم وهي في حال السنة طلقت . وإن قدم وهي في حال البدعة لم تطلق حتى تصير إلى حال السنة ، لأنه علقه بعد القدوم بالسنة .

(فصل) وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله ، وما أشبهها من الصفات الحميدة ، طلقت للسنة لأنه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله ، وإن قال أردت به طلاق البدعة ، واعتقدت أن الأعدل والأكمل في حقها سوء عشرتها أن تطلق للبدعة نظرت ، فإن كان ما يدعيه من ذلك أغاظ عليه ، بأن تكون في الحال حائضا أو في طهر جامعها فيه ، وقع طلاق بدعة . لأن ما ادعاه أغاظ عليه واللفظ يحتمله فقبل منه . وإن كان أخف عليه بأن كانت في طهر لم يجامع فيه دين فيها بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل في الحكم ، لأنه مخالف للظاهر .

فإن قال أنت طالق أقيح الطلاق وأسمجه وما أشبههما من صفات القبح طلقت في حال البدعة لأنه أقيح الطلاق وأسمجه . وإن قال أردت طلاق السنة واعتقدت أن طلاقها أقيح الطلاق وأسمجه لحسن دينها وعشرتها ، فإن كان ذلك أغاظ عليه لما فيه من تعجيل الطلاق ؛ قبل منه لأنه أغاظ عليه واللفظ يحتمله ، وإن كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دين فيها بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ولا يقبل في الحكم لأنه مخالف للظاهر . وإن قال أنت طالق الحرج طلقت للبدعة ، لأن الحرج فيها مخالف السنة وأثم به .

(الشرح) إذا قال : إذا قدم فلان فأنت طالق ، فقدم وهي في حال السنة ، طلقت طلاق السنة ، وإن قدم وهي في حال البدعة طلقت طلاق البدعة إلا أنه لا يائمه لأنه لم يقصد إليه .
وإن قال أنت طالق إذا قدم فلان للسنة — فإن قدم وهي في حال السنة — طلقت لوجود الصفه وإن كانت في حال البدعة لم تطلق لعدم الصفه ، فإذا صارت

بعد ذلك إلى حال السنة وقع عليها الطلاق ، لأن الشرطين قد وجدوا .
قال صاحب الفروع : ويحتمل أن لا يقع عليها الطلاق حينئذ أيضاً ، لأن ظاهر
الشرطين أن يكونا معتبرين حالة القدوم ، والمنصوص هو الأول .

وإن قال أنت طالق رأس الشهر للسنة . قال في الأم : فإن كانت رأس الشهر
في طهر لم يجامعها فيه طلقت . وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه رأس
الشهر لم تطلق ، فإذا طهرت بعد ذلك من غير جامع وقع عليها الطلاق . وعلى
الوجه الذي خرج به صاحب الفروع في التي قبلها يحتمل أن لا يقع عليها الطلاق
ههنا بالطهر بعد رأس الشهر ، إلا أن المنصوص الأول .

(فرع) قال في الأم : إذا قال لامرأته وهي عن تحيض قبل الدخول : أنت
طالق إذا قدم فلان للسنة ، فدخل بها قبل أن يقدم فلان ثم قدم وهي طاهر غير
بجامعة وقع عليها الطلاق ، وإن قدم وهي حائض أو في طهر جامعها فيه — قال
أصحابنا : فالذي يجيء على قول الشافعي أنها لا تطلق حتى تصير إلى زمان السنة ،
لأنه يعتبر صفتها حين قدومه لا حين عقد الصفة ، فلو لم يدخل بها وقدم فلان
طلقت لأنه ليس في طلاقها سنة ولا بدعه — فإن دخل بها الزوج وقال ما أردت
بقولي طلاق سنة الزمان ، وإنما أردت سنة طلاقها قبل الدخول ، وقع عليها
الطلاق بقدوم فلان ، سواء كانت في زمان السنة أو في زمان البدعه

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق الخ ، وهذا صحيح . فإنه
إذا قال أنت طالق أعدل الطلاق أو أحسنه أو أكمله أو أفضله أو أتته . ولم يكن
له نية — طلقت للسنة لأنه أعدل الطلاق وأحسنه ، فإن كانت في طهر لم يجامعها
فيه وقع عليها الطلاق . وإن كانت له نية — فإن كانت نيته موافقة لظاهر قوله —
كانت تأكيداً ، وإن خالفت ظاهر قوله بأن قال : أردت به طلاق البدعه
واعتقدت أنه الأعدل والأحسن في طلاقها سوء عشرتها . وهذا مثل تأويله
لقوله تعالى : ادفع بالتي هي أحسن ، حين يقول : رأيت أن التي هي أحسن أن
أضرب أو أصفح من يرتكب المخالفة أو ما إلى ذلك ، لأنني لو طامت به بالين
لسهر في غوايته وأمعن في ضلالاته ؛ ففي الشدة الحسنى وفي اللين السوءى

في بعض الاحوال ، فان كانت حال العقد في حال البدعه وقع عليها الطلاق ، لان في ذلك تمايزا عليه فقبل ؛ وإن كانت في حال عقد الطلاق في حال السنه لم يقبل قوله في الحكم لأنه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت بقتضيه فلم يقبل ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، ولهذا لو صرح به حال عقد الطلاق قبل . وإن قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه ؛ والسماجه ضد الملاحه . ولين سمح لا طعم له . أو قال أخشه أو ما أشبه ذلك كان من صفات الذم . فان لم يكن له نية طلق البدعه ، فان كانت حائضا أو في طهر جامعا فيه طلقت لأن ذلك أقبح الطلاق وأخشه . وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه لم تطلق . فاذا طلقت في الحيض أو جامعا طلقت .

وإن كان له نية . فان وافقت نيته ظاهر قوله . وهو أن ينوي طلاق البدعه قبل منه وكانت نيته تأكيدا ، وإن خالف ظاهر قوله بأن قال : نويت طلاق السنه واعتقدت أن الإفح في حقها طلاق السنه لحسن عشرتها . فان كانت حال عقد الطلاق في طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لأن فيه تمايزا عليه . وإن كانت حائضا أو في طهر جامعا فيه لم يقبل في الحكم لأنه يدعى خلاف الطهر . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه

وإن قال أنت طالق أكل الطلاق اجتناباً . قال الصيغرى طلقت ثلاثاً لأنه أكل الطلاق اجتناباً . وإن قال أنت طالق طلقة حسنه قبيحه وقع عليها في الحال طلقة ، واختلاف أصحابنا في علمته ، فمنهم من قال لأنه وصفها بصفتهن لا يمكن وجودهما معاً وقد وجدت إحداهما فوقع بها الطلاق ، ومنهم من قال لأنه وصفها بصفتين متضادتين فسقطنا وبقي مجرد الطلاق فوقع قال ابن الصياغ : وهذا أقبس . لأن وقوع الطلقه بإحدى الصفتين ليس بأولى من الأخرى

(فرع) وإن قال لامرأته : أنت طالق طلاق الحرج وقع عليها طلقة رجعية وقال علي بن أبي طالب : يقع عليها الثلاث في الحال ، دليلنا أن الحرج الضيق والائتم ، ولا يائتم إلا بطلاق البدعه

وان قال : أنت طالق المخرج والسنة وقع عليها في الحال طلقه ، لأنه وصفها بصفة متضادتين فسقطتا وبقي الطلاق مجرداً فوقع والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال لها وهي حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت بانقطاع الدم لوجود الصفة ، وإن قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، لأن ، إذا ، اسم للزمان المستقبل فانتضى فعلا مستأنفاً ، ولهذا لو قال لرجل حاضر : إذا جئتي فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يذهب ثم يجيئه وإن قال لها وهي طاهر : إن حضت فأنت طالق ، طلقت برؤية الدم ، وإن قال لها ذلك وهي حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لما ذكرناه في الطهر . فإن قال لها وهي حائض : إن طهرت طهرا فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ، لأنه لا يوجد طهر كامل إلا أن تطهر في الحيض الثاني

وإن قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ، لأن الطهر الكامل لا يوجد إلا بما ذكرناه .

وإن قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، فإن كانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وإن كانت حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، لما ذكرناه في الطهر .

(فصل) وإن قال أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقه نظرت ، فإن كانت لها سنة وبدعة في طلاقها نظرت ؛ فإن كانت طاهراً طلقت طالقة لأن ما بقي من الطهر قرء ، وإن كانت حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم يقع في كل طهر طالقة ، وإن لم يكن لها سنة ولا بدعة - نظرت فإن كانت حاملاً - طلقت في الحال طالقة ، لأن الحمل قرء يعتد به ، وإن كانت تحيض على الحمل لم تطلق في أطهارها لأنها ليست بأقراء ، ولهذا لا يعتد بها ، فإن راجعها قبل الوضع وطهرت في النفاس وقعت طالقة أخرى ، فإذا حاضت وطهرت وقعت الثالثة ، وإن كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقه وبانت ، فإن كانت صغيرة مدخولاً بها طلقت في

الحال طلقه ، فان لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانث ، وان راجعها لم تطلق
في الطهر بعد الرجعه لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق .

(الشرح) إذا قال لامرأته وهي طاهر : اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم
في زمان امكانه وقع الطلاق عليها ويكون بدعيًا ، فإن استمر بها الدم يوماً وليقة
استقر الطلاق . وان انقطع لدون اليوم والليقة واتصل بعده طهر صحيح - حكمننا
بان الطلاق لم يقع .

وان قال لها وهي حائض : اذا حضت فأنت طالق - فاختلف أصحابنا فيه -
فقال الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني والقاضي أبو القاسم الصبمري : لا يقع الطلاق
حتى تطهر من هـذا الحيض ثم تطعن في الحيضة الثانية ، وبه قال أبو يوسف ،
لان قوله : اذا حضت أو ان حضت : يقتضى الاستقبال . وقال ابن الصباغ يقع
عليها الطلاق بما يتجدد من حيضها ، لأنه قد وجد منها الحيض فوقع الطلاق
لو جرد صفة كما لو قال للصبيحة : اذا صححت فأنت طالق ، فإنه يقع عليها الطلاق
في الحال . وان قال لامرأته كلما حضت فأنت طالق ، فإذا رأت الدم طلقت برؤيته
فإذا انقطع الدم وطهرت طهرا كاملاً ثم رأت الدم طلقت طلقه ثانية ، فإذا
طهرت ثم رأت الدم طلقت ثالثة ، لأن كلما ، تقتضى التكرار وتكون
الطلقات كلها بدعية .

(فرع) وان قال لها : اذا حضت حيضة فأنت طالق - فإن كان طاهرا - لم
تطلق حتى تحيض ثم تطهر لأنه قال حيضه . وذلك لا يوجد الا بطاها من
الحيض ، وان كانت حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ويكون الطلاق
سبباً لأنه يقع بأول الطهر

وان قال : كلما حضت حيضة فأنت طالق : فإذا حاضت كاملة بعد عقد
الصفه : وقع عليها طلقه بأول جزء من الطهر بعد الحيض ، ثم اذا حاضت الثانية
وطهرت منه طلقت ثانية بأول جزء من الطهر ، ثم اذا حاضت الثالثة وطهرت
منه طلقت الثالثة بأول جزء من الطهر ، لأن كلما ، تقتضى التكرار ، وتكون
الطلقات للسنة .

وإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت حيزتين فأنت طالق ، فإنها إذا حاضت حيضة وقع عليها طلقة بانقطاع الدم لوجود الحيضة ، فإذا حاضت حيضة ثانية وقع عليها حيضة ثانية بانقطاع دمها من الحيضة الثانية لأنها مع الأولى حيزتان .

وإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إذا حضت حيزتين فأنت طالق ، فإذا انقطع دمها من الحيضة الأولى وقع عليها طلقة لوجود الصفة ، وإن حاضت بعدها حيضة ثانية لم تطلق حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب والواو للجمع .

(فرع) وإن قال لامرأته وهي حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت بانقطاع الدم لوجود الشرط ويكون الطلاق سبباً ، لأنه يقع في الطهر ، وإن قال لها كذلك وهي طاهر ، قال الشيخ أبو إسحاق هنا : لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لأن ، إذا ، اسم لزمان مستقبل ، وعلى قياس قول ابن الصباغ في الحيض تطلق عقيب قوله . وإن قال لها : إذا طهرت طهراً فأنت طالق — فإن كانت حال عقد الصفة حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ، وإن كانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ، لأنه لا يوجد الطهر الكامل إلا بذلك ، ويكون الطلاق بدعيًا ، لأنه يقع بأول جزء من الحيض ويأثم به .

وإن قال لها : أنت طالق في كل طهر طلقة — فإن كانت طاهراً — طلقت طلقة وإن رأت الدم وانقطع طلقت الثانية ، وإذا رأت الدم ثانياً وانقطع طلقت الثالثة وإن كانت حال العقد حائضاً لم تطلق حتى ينقطع الدم فتطلق ، ثم بانقطاع الحيض الثاني تطلق ثانية ، ثم بانقطاع الحيض الثالث تطلق الثالثة ، وإن رأت الدم على الحمل — فإن قلنا : إنه حيض — طلقت بانقطاعه ، ويتكرر عليها الطلاق في الحمل بانقطاع كل دم على هذا القول .

قوله د في كل قرء ، قال ابن بطال : القرء الحيض والقرء أيضاً الطهر وهو من الاضداد . وفيه لغتان قرء بالفتح وقرء بالضم وجميعه قرء وأقرء . قال الشاعر :

مورثة مالا وفي الحى رفعة لما ضاع فيها من قرء نساءها

وهو الوجة فقيل للحيض والظهور قره ، لانهما يرجعان لوقت معلوم .
وأصله الجمع ، وكل شيء قرأته قد جمته اه .

وقال في المصباح في غريب الشرح الكبير للرافعي : والقره فيه لغتان الفتح
وجمه قزوه وأقروه مثل فلس وفلوس وأفلس والضم ويجمع على أقراء مثل قفل
وأقفال . قال أئمة اللغة : ويطلق على الظهر والحيض ، وحكاه ابن فارس أيضا
ثم قال : ويقال : انه للظهر ، وذلك أن المرأة الطاهر كأن الدم اجتمع في بدنها
وامتسك . ويقال : انه للحيض ، ويقال : أقراءت اذا حاضت ، وأقراءت اذا
طهرت فهي مقرىء ، وأما ثلاثة قزوه ، فقال الاصمعي : هذه الاضافة على غير
قياس ؛ والقباس ثلاثة أقراء ، لانه جمع قلة مثل ثلاثة أفلس ، وثلاثة رجلة ،
ولا يقال : ثلاثة فلوس ولا ثلاثة رجال .

وقال النحويون : هو على التأويل والتقدير ثلاثة من قزوه ، لأن العدد
يضاف الى ميمه وهو من ثلاثة الى عشرة قليل ، والمميز هو المميز ، فلا يميز
القليل بالكثير . قال : وبجمل عمدي أنه قد وضع أحد الجمعين في موضع الآخر
اتساعا لفهم المعنى ، هذا ما نقل عنه ، وذهب بعضهم الى أن يميز الثلاثة الى العشرة
يجوز أن يكون جمع كثرة من غير تأويل ، فيقال : خمسة كلاب وستة عبيد ،
ولا يجب عند هذا القائل أن يقال : خمسة أكلب ولا ستة أعبد ، وقرأت
أم الكتاب في كل قومة وبأم الكتاب يتمدى بنفسه وبالباء قراءة وقراءة
استعمل القرآن اسما مثل الشكران والكفران . واذا أطلق انصرف ثم عا الى المعنى
القائم بالنفس وانغم الى الحروف المقطعه لانها هي التي تقرأ نحو كتبت القرآن
ومسسته ، والفاعل قارىء ، وقراءة وقرء . وقارءون مثل كافر وكفرة وكفار
وكافرون . وقرأت على زيد السلام أقرؤه عليه قراءة

أما الاحكام : فإنه ان قال لها : أنت طالق ثلاثا في كل قره طلقه . فان كانت
حاملًا طاهرًا وقع عليها في الحال طلقه . وان كانت حاملًا حائضًا - فإن قلنا :
ان الدم على الحمل ليس بحيض - وقع عليها طلقه . وان قلنا : انه حيض
فاختار أصحابنا فيه . فقال الشيخان أبو اسحاق المروزي وأبو حامد الاسفراييني

يقع عليها الطلاق : لأن زمان الحمل كله قرء واحد بدليل أن العدة لا تنقضي إلا بالوضع ، وقال المسعودي والقاضي أبو الطيب : لا يقع عليها الطلاق حتى تظهر لأن الأقراء عندنا الأطوار ، وهذا حيض فلم يقع عليها الطلاق ، وبه قال المسعودي . وهل يتكرر الطلاق في كل طهر على الحمل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يتكرر ، لأن العدة لا تنقضي بثلاثة منها .

(والثاني) يتكرر وهو الأقيس ، لأنه طهر من حيض ، وإذا وقع على الحامل طليقة نظرت — فإن لم يراجعها حتى وضعت — انقضت عدتها وبانت منه ولا يلحقها بعد ذلك طلاق ، وإن استرجعها قبل أن تضع لم تطلق حتى تظهر من النفاس ، ثم إذا طهرت من الحيض بعد النفاس وقعت عليها الثالثة ، وإن كانت حاملا مدخولا بها نظرت — فإن كانت حائضاً — لم يقع عليها الطلاق في الحال ، لأن الحيض ليس بقرء ، فإذا انقطع دمها وقعت عليها طليقة ، فإذا حاضت وانقطع دمها وأول جزء من الطهر ، فإذا حاضت الثالثة وانقطع دمها بأول جزء من الطهر — ولا فرق في هذا بين أن يراجعها أو لا يراجعها — فإن كانت طاهراً حين عقد الطلاق وقع عليها طليقة ، لأن بقية الطهر قرء إن كان قد جامعها في هذا الطهر — وقعت الطليقة بدعية ، وإن لم يجامعها فيه وقعت سنية فإذا حاضت ثم طهرت طلقت الثانية بأول جزء من الطهر ثم إذا حاضت وطهرت طلقت الثانية بأول جزء من الطهر ، ولا فرق في هذا أيضاً بين أن يراجعها أو لا يراجعها ، وإن كانت غير مدخول بها ، فإن كانت طاهراً وقعت عليها طليقة ولا تقع عليها الثالثة والثانية بالطهر الثاني والثالث ، لأنها تبين بالأولى . فلا يلحقها ما بعدها ، وإن كانت حال العقد حائضاً ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

(أحدهما) تقع عليها طليقة وتبين بها لأنها ليست من أدل سنة الطلاق وبدعته (والثاني) وهو قول القاضي أبي الطيب : أنه لا يقع عليها طلاق حتى تطهر من حيضها ، لأن الأقراء هي الأطوار ، فإذا طهرت وقعت عليها طليقة بانتهائها ، وإن كانت صغيرة مدخولاً بها وقع عليها في الحال طليقة ، فإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يراجعها بانتهائها ولم تلحقها الثانية ولا الثالثة ، وإن راجعها قبل

انقضاء عدتها لم تطاق حتى ترى الحيض ثم تطهر فتقع عليها في الحال طلقة وبانت بها ولا تلحقها الثانية والثالثة ، هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسمودي : هل يقع على الصغيرة طلقة في الحال ؟ على وجهين بناء على أنها إذا حاضت فهل يحتسب على فيها ؟ على قولين ، وإن كانت آيسة غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت بها ولا تلحقها الثانية والثالثة ، وإن كانت مدخولا بها وقعت عليها طلقة ، فإن لم يراجعها حتى انقضت ثلاثة أشهر بانت ولم تلحقها الثانية والثالثة ، وإن راجعها قبل انقضاء الثلاثة لم تلحقها الثانية والثالثة إلا إن عاودها الدم ، هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسمودي : هل يلحقها في الحال طلقة ؟ على وجهين ، فإن عاودها الدم علمنا أنه وقع عليها طلقة حال عقد الطلاق وجها واحدا واقفا ته إلى أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال : إن حضت فأنت طالق فقالت : حضت فصدقتها طلقت وإن كذبها فالقول قولها مع يمينها لأنه لا يبرف الحيض إلا من جهتها ، وإن قال لها قد حضت فأبكرت طلقت باقراره ، وإن قال : إن حضت فضررتك طالق فقالت : حضت ، فإن صدقتها طلقت ضررتها ، وإن كذبها لم تطاق ، لأن قولها يقبل على الزوج في حقها ولا يقبل على غيرها إلا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله في رد الوديعة على المودع ، ولا يقبل في الرد على غيره .

وإن قال : إذا حضت فأنت وضررتك طالقان ، فقالت : حضت ، فإن صدقتها طلقتنا ، وإن كذبها وحلفت طلقت هي ولم تطلق ضررتها . وإن صدقتها الضررة على حيضها لم يؤثر تصديقها ، وليكن لها أن تحلف الزوج على تكذيبها . وإن قال إذا حضت فأنتها طالقان ، فإن قالتنا : حضنا فصدقتها طلقنا ، وإن كذبها لم تطاق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة منهما معاق على شرطين . حيضها وحيض صاحبتها ، ولا يقبل قول كل واحدة منهما إلا في حيضها في حقها نفسها دون صاحبتها . ولم يرد الشرطان . وإن صدق أحدهما وكذب الأخرى طلقت

المكذبة لأنها غير مقبولة القول على صاحبها ومقبولة القول في حق نفسها ، وقد صدق الزوج صاحبها فوجد الشرطان في طلاقها ، فطلقت ، والمصدقة مقبولة القول في حبيضا في حق نفسها ، وقد صدقها الزوج ، وقول صاحبها غير مقبول في حبيضا في طلاقها ولم يوجد الشرطان في حقها فلم تطاق

(الشرح) الاحكام : اذا قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق ، فقالت حضت فان صدقها الزوج وقع عليها الطلاق لأنه اعترف بوجود شرط الطلاق ، وان كذبها فالقول قولها مع يمينها ، لأن الحيض تستر به المرأة ولا يمكنها اقامه البينة عليه فكان القول قولها .

وان قال لها ان حضت فضررتك طالق ، فقالت حضت ، فان صدقها وقع على ضررتها الطلاق ، وان كذبها لم يقع الطلاق على ضررتها ، والفرق بينهما ان في الاولى الحق لها فحلفت على اثبات حق نفسها . وهما الحق لضررتها ، والافسان لا يحلف لاثبات الحق لغيره فتبقى الخصومة بين الزوج والضررة ، فان قالت الضررة قد حضت ، وقال الزوج لم تحض فالقول قول الزوج مع يمينه ، لانه يساوي الضررة في الجهل بحيض الاخرى وللزوج ميزته عليها ، لان الاصل بقاء الزوجية فكان القول قوله ، والذي يقتضيه المذهب أنه يحلف : ما يعلم أنها حضت ، لانه يحلف على نفي فعل غيره .

وان قال لها : ان حضت فأنت وضررتك طالقان ، فقالت حضت ، فان صدقها طلقنا ، وان كذبها حلفت ولم تطاق ضررتها لانها تحلف على اثبات حق نفسها ولا تحلف لاثبات حق ضررتها . وان ادعت عليه الضررة حلف لها على ما مضى ، وان قال لها : ان حضت فأنت طالقان ، فان قالتا حضنا فصدقهما طاقنا ، وان كذبهما لم تطاق واحدة منهما ، لان طلاق كل واحدة معاق بحيضا وحبيضا صاحبها ، وقول كل واحدة منهما لا تقبل في حق غيرها فحلف لهما .

وان صدق احدهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة اذا حلفت دون المصدقة لانه قد اعترف بحيض المصدقة ، والقول قول المكذبة مع يمينها في حبيضا في حق نفسها ، فوجد الشرط في طلاقها ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال لامرأتين إن حضنتا حيضة فأنتما طالقان ، ففيه وجهان (أحدهما) أن هذه الصفة لا تمنع لأن يستحيل اجتماعهما في حيضة فبطل (والثاني) أنهما إذا حاضتا وقع الطلاق ، لأن الذي يستحيل هو قوله حيضه فيلغى لاستحالتها ، ويبقى قوله إن حضنتا ، فيصير كما لو قال : إن حضنتا فأنتما طالقتان : وقد بينا حكمه

(فصل) وإن قال لأربع نسوة : إن حضنت فأنتن طوالق ، فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط ، وهي حيض الأربع . فإن قال حضنا وصدقن طالقن ، لأنه قد وجد حيض الأربع ، وإن كذبن لم تطلق واحدة منهن ، لأنه لم يثبت حيض الأربع . لأن قول كل واحدة منهن لا يقبل إلا في حقها ، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط ، وإن صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة . لأن قولها مقبول في حضنها في حق نفسها وقد صدق الزوج صواحبهما فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت . ولا تطاق المصدقات لأن قول كل واحدة منهن مقبول في حضنها في حقها ، غير مقبول في حق صواحبهما وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطاق لأجلها .

(فصل) وإن قال لهن : كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة اطلاق البواقي ، فإن قلن حضنا فصدقن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطاق بحيض كل صاحبة طلاقة ، فطلقت كل واحدة منهن ثلاثاً . وإن كذبن لم تطاق واحدة منهن ، لأن كل واحدة منهن - وإن قبل قولها في حقها - إلا أنه لا يقبل في حق غيرها . وإن صدق واحدة منهن وقع على كل واحدة منهن طلاقه ، لأن لكل واحدة منهن صاحبه ثبت حضنها ، ولا يقع على المصدقة طلاق لانه ليس لها صاحبه ثبت حضنها .

وإن صدق اثنتين وقع على كل واحدة منهما طلاقه ، لأن لكل واحدة منهما صاحبه ثبت حضنها ، ويقع على كل واحدة من المكذبتين طلقان ، لأن لكل

واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما ، فإن صدق ثلاثا وقع على كل واحدة منهن طلقان ، لان لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ووقع على المكذبة ثلاث تطبيقات لان لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن .

(الشرح) إن قال لامرأتين : إن حضنتا حيضه فأنتها طالقتان ففيه وجهان (أحدهما) لا ينعقد هذه الصفة ، لانه يستحيل اشتراكهما في حيضه (والثاني) ينعقد وهو الاصح ؛ وإذا حضنتا طلقنا ، لان الذي يستحيل هو قوله حيضه فسقط وصار كما لو قال : ان حضنتها فأنتها طالقتان . هكذا ذكر أصحابنا وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني في التعليق أنه يقع عليهما الطلاق في الحال لانه علق الطلاق بشرط استحليل وجوده ، فألغى وقوع الطلاق في الحال كما لو قال لمن لا سنه في طلاقها ولا بدعه : أنت طالق لسنه أو لبدعه ، فإنها تطلق في الحال .

(فرع) وإن كان له أربع زوجات فقال لمن : ان حضنت فأنتن طوالق ، فقلن حضنا وصدقن طلقن لوجود الصفة في حقهن . وإن كذبن لم تطلق واحدة منهن لانه علق طلاق كل واحدة بحيضهن ، ولم توجد الصفة . وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن ؛ وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة اذا حلفت دون المصدقات لانه قد وجد حيض الاربعه في حقها ، لانه قد صدق الثلاث ، وقولها مقبول مع يمينها في حيضها في حق نفسها ، ولا يطلق لان حيض المكذبه لم يوجد في حقهن بل يحلف الزوج لمن .

(فرع) وان كان له أربع زوجات فقال لمن : أيتكن حاضت فصواحبها طوالق ، فقد علق طلاق كل واحدة بحيض صاحبتها ؛ فإن قلن حضنا ، فإن كذبن حلف لمن ولم تطلق واحدة منهن ، لان كل واحدة منهن لا تحلف لإثبات حق صاحبتها ، وإن صدقن وقع على كل واحدة من المصدقات طاقه لانه ما ثبت لكل واحدة منهما الا صاحبة حاضت ، ووقع على كل واحدة من المكذبات طلقان ، لان لها صاحبتين ثبت حيضهما . وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبه لان لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن وطلق كل واحدة من المصدقات كل واحدة

طلقتين ، لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ، وإن كان له ثلاث نسوة
 فقال : أرى حاضت فصاحبتاها طالقتان ، فإن قلنا حاضنا فصاحبتاها طالقت كل
 واحدة طالقتين ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن . وإن صدق واحدة وكذب
 اثنتين لم تطلق المصدقة وطلقت المكذبتان طلقه طلقه ، وإن صدق اثنتين وكذب
 واحدة طلقت المكذبة طالقتين وطلقت المصدقات طلقه طلقه لما ذكرنا في الآونة
 (فرع) قال أبو القاسم الصيمري : إذا قال لها إذا حضت يوم الجمعة فأنت
 طالق فابتدأها الحيض قبل الفجر ، ثم أصبحت يوم الجمعة حائضاً لم يقع عليها - ا
 الطلاق . ولو بدأها الحيض بعد الفجر أو عند طلوع الشمس طلقت . ولو قالت
 لا أعلم أبداً قبل الفجر أم بعده وقع الطلاق في الظاهر لأننا على يقين من حصوله
 فإن قال لها : إذا حضت في نهار يوم الجمعة فأنت طالق ، فخاضت بعد طلوع
 الشمس يوم الجمعة وقع عليها الطلاق ، وإن حاضت بعد الفجر وقبل طلوع
 الشمس ففيه وجهان حكاهما الصيمري

وإن قال : إذا رأيت دمأ فأنت طالق فخاضت أو استحيضت أو نفست وقع
 الطلاق . فإن قال : أنا أردت دمأ غير هذا الذي رأيت لم يقبل منه في الحكم لأنه
 يدعى خلاف الظاهر ودين فيما بينه وبين الله تعالى . لأنه يحتمل ما يدعيه ، ولو
 رعت أو حكمت جرحاً فخرج منه دم : قال الصيمري : الظاهر أن لا يقع عليها
 الطلاق ، لأن إطلاق الدم لا ينصرف إلا إلى الحيض أو الاستحاضة والنفاس .
 قال وفيه احتمال .

وإن قال لصغيرة : إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض . وإن قال لها
 إن طهرت فأنت طالق لم تطلق حتى ترى النقاء بعد الحيض . لأن حقيقة الطهر
 في الإطلاق ، وهذا وإن قال للابسة إذا حضت فأنت طالق لم تطلق لأن الصفة
 لا توجد . وإن قال لها : إن طهرت فأنت طالق . قال الصيمري لم تطلق ، لأن
 حقيقة ذلك أن تدخل في طهر بعد حيض ، وهذا لا يوجد في حقها

(مسألة) كل ما قررنا في الفروع من هذه متفق عليها بين الفقهاء إلا ما كان
 من تعليق طلاقه على حيضها ، إذ لو بان أن الدم ليس بحيض لانقطاعه لدون
 أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع ، وبهذا قال الثوري وأحمد وأصحاب الرأي

قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكاً فإن ابن القاسم روى عنه أنه بحث حين تكلم به : وكذلك ما كان من قوله للحائض : إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر ، أعنى بانقطاع دم الحيض قبل الغسل ، ونصر على ذلك أحمد في رواية إبراهيم الحربي ، إلا أن أبا بكر من أصحاب أحمد في كتابه التنبيه قال : إنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضي بانقطاع الدم حتى تغتسل . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال لاسرته : ان لم تكوني حاملاً فأنت طالق ، لم يجز وطؤها قبل الاستبراء ، لان الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، فإن لم يكن بها حمل طلقت . وان وضعت حملاً لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لانا تيقنا أنها كانت حاملاً عند العقد . وان وضعت لاكثر من أربع سنين طلقت طلقة لانا تيقنا أنها لم تكن حاملاً عند العقد

وان وضعت لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فإن لم يأتها الزوج في هذه المدة لم يقع الطلاق لانا حكمنا بأنها كانت حاملاً عند العقد . وان كان وطئها نظرت . فإن وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولاكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لانا حكمنا بأنها كانت حاملاً وقت العقد وان وضعت لاكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعاً . ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنها تطلق لانه يجوز أن يكون قبل الوطء . ويجوز أن يكون حدث من الوطء . والظاهر أنه حدث من الوطء . لان الاصل فيها قبل الوطء عدم .

(والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها لم تطلق لانه يحتمل أن يكون موجوداً عند العقد ، ويحتمل أن يكون حادثاً من الوطء بعده والاصل بقاء النكاح . وإن قال لها ان كنت حاملاً فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء فيه وجهان (أحدهما) لا يحرم لان الاصل عدم الحمل وثبوت الإباحة (والثاني) يحرم لانه يجوز أن تكون حاملاً فيحرم وطؤها ، ويجوز أن

لا تكون حاملا فيحمل وطؤها فغلب التحريم ، فإن استبرأها ولم يظهر الحمل فهي على الزوجية ، وإن ظهر الحمل نظر ، فإن وضعت لا قبل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق ، لأننا ثبتنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وإن وضعته لا أكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق ، لأننا علمنا أنها لم تكن حاملا ، وإن وضعته لا أكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فإن كان الزوج لم يطأها طلقت لأننا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وإن وطئها نظرت فإن وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق . لأننا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وإن وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئها لم يقع الطلاق وجهها واحداً لأنه يجوز أن يكون موجوداً وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك

واختلاف أصحابنا في صفة الاستبراء ووقته وقدره ، فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني رحمه الله في الاستبراء في المستلثين ثلاثة أوجه : أحدها ثلاثة أقراء وهي أطهار ، لأنه استبراء حرة فكان بثلاثة أطهار . والثاني بطهر لأن القصد براءة الرحم فلا يزداد على قرء . واستبراء الحرة لا يجوز إلا بالطهر ، فوجب أن يكون طهراً . والثالث أنه بحيضه لأن القصد من هذا الاستبراء معرفته براءة الرحم . والذي يعرف به براءة الرحم الحيض . وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يعتد لأن الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه

(والثاني) يعتد به لأن القصد معرفته براءة الرحم . وذلك يحصل وإن تقدم ومن أصحابنا من قال في المسئلة الثانية الاستبراء على ما ذكرناه . لأن الاستبراء لاستباحة الوطء . فأما في المسئلة الأولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة أطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لأنه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة أطهار . ولا بما تقدم على الطلاق كالأستبراء في سائر المطلقات

(الشرح) إذا قال لامرأته : إن لم تكوني حاملا فأنت طالق . وإن كنت حاملا فأنت طالق حرم عليه وطؤها قبل أن يستبرأها . لأن الأصل عدم الحمل

وبهذا قال أحد وأصحابه . وبماذا يجب استبرأؤها ؟ فيه وجهان : أحدهما بثلاثة أقرأه ، لأن الحرمة تمتد بثلاثة أقرأه كذا هذه . والثاني بقرء واحد لأن براءة الرحم تعلم بذلك ، فإذا قلنا يستبرأ بثلاثة أقرأه كانت أطهاراً . وإذا قلنا تستبرأ بقرء ففيه وجهان (أحدهما) أنه الطهر لأن القرء عندنا الطهر (والثاني) أنه الحيض لأن معرفة براءة الرحم لا تحصل إلا بالحيض ، فإذا قلنا إنه الطهر . فإن كانت حائضاً وطهرت وطعنتم في الحيض الثاني حصل براءة الرحم . وإن كانت طاهراً لم يكن بقية الطهر قرءاً حتى يكمل الحيض بعده ، لأن بعض الطهر لا تحصل به معرفة البراءة فكمل بالحيضة بعده .

وإذا قلنا إنه الحيض ، فإن كانت حائضاً لم يعتد ببقية الحيض ، فإذا طهرت وأكملت الحيضة بعده حصل براءة رحمها . وإن كانت طاهراً فتنى تكمل الحيضة ؟ بعده ؟ وهل يكفي استبرأؤها قبل أن يطلقها ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي لأن الاستبراء لا يعتد به قبل وجود سببه كالمشتركة (والثاني) يعتد به لأن الغرض معرفة براءة رحمها . ولهذا لو كانت صغيرة وقع عليها الطلاق من غير استبراء . وذلك يحصل باستبرأها قبل الطلاق

وإذا استبرأت بثلاثة أقرأه أو بقرء - فإن لم تظهر بها أمارات الحمل - حكم بوقوع الطلاق حين حلف : فإن كانت استبرأت بثلاثة أقرأه بعد البين فقد انقضت عدتها . وإن استبرأت بقرء فقد بقي عليها من العدة قرءان ، وإن ظهر بها الحمل نظرت ، فإن وضعت لدون ستة أشهر من حين حلف لم يقع الطلاق ، فإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين حلف حكمنا بأنها كانت حائلاً وأن الطلاق وقع عليها ، وإن وضعته لستة أشهر فما زاد إلى تمام أربع سنين بأن لم يطأها الزوج بعد الطلاق حكمنا بأن الحمل كان موجوداً حين البين وإن الطلاق لم يقع ، وإن كان الزوج قد راجعها بعد الطلاق ووطئها نظرت ، فإن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوطء علمنا أن الحمل كان موجوداً حين حلف وأن الطلاق لم يقع . وإن وضعته لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء ، ففيه وجهان : قال أبو إسحق : يقع عليها الطلاق ، لأن الأصل عدم الحمل وقت البين . وقال أبو علي ابن أبي هريرة : لا يقع عليها الطلاق لأنه يحتمل أنه كان موجوداً وقت البين .

ويحتمل أنه حدث من الوطء ؛ والأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق فلا تبطل
دلالة اليقين بالشك ، وقد رد العمراني قول أبي هريرة بأن هذا ليس بصحيح
لأنه ظهر لنا عدمه قبل الوطء بدلالة

وقد نص الإمام أحمد أنه ان قال : إن لم تكوني حاملا فأنت طالق ولم تكن
حاملا طالقت ، وإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين البين أو لأقل من
أربع سنين ولم يكن بطؤها لم تطلق ، لأنها تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد . وإن
قال : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فهي عكس المسألة قبلها في الموضع الذي يقع
الطلاق هناك لا يقع ههنا ، وفي الموضع الذي لا يقع هناك يقع ههنا ، إلا أنها
إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد البين ولأقل من
أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق وأن النكاح باق ، والظاهر حدوث الولد
بعد الوطء لأن الأصل عدمه قبله ، ولا يحل له الوطء حتى يستبرأ . هكذا نص
أحمد كما أقاده ابن قدامة في مغنيه

(فرع) فأما إذا قال لها : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فعليه أن يستبرأ
لأنه لا يعلم الحمل وعدمه إلا بالاستبراء ، وفي كيفية الاستبراء ووقته ما ذكرناه
في الأولة . وهل يحرم عليه وطؤها قبل أن يعلم براءة رحمها بالاستبراء ؟ فيه
وجهان (أحدهما) لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الاباحة (والثاني) يحرم
لأنه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها . ويجوز أن تكون حاملا فيحل
وطؤها فغلب التحريم — فإن استبرأت ولم يظهر بها الحمل — علمنا أنها كانت
حاملا وقت الحلف ولم يقع عليها الطلاق . وإن ظهر بها الحمل فظرت . فإن وضعت
لأقل من ستة أشهر من حين حلف الطلاق — علمنا أنها كانت حاملا وقت البين
وأن الطلاق وقع عليها .

وإن وضعت لأكثر من أربع سنين من وقت البين علمنا أنها كانت حاملا حين
البين وأن الطلاق لم يقع عليها ، وإن وضعت ستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين
أو ما دونها من حين البين ؛ فإن لم يطاها الزوج بعد البين ، فإن وضعته بدون
ستة أشهر من وقت الوطء حكمنا بوقوع الطلاق لأنها تعلم أنه كان موجودا حين

اليمين ، وان وضعته لسنة أشهر فما زاد من وقت الوطء لم يقع الطلاق وجهاً واحداً ، لأنه يجوز أن يكون موجوداً حال اليمين ، ويجوز أن يكون حدث من الوطء فلا يقع الطلاق بالشك . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ إذا قال لامرأته : ان ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً طلقت حياً كان أو ميتاً ، لأن اسم الولد يقع على الجميع ، فان ولدت آخر لم تطلق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار .

وان قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين من حمل ، واحداً بعد واحد ، طلقت بالاول ولم تطلق بالثاني . وان ولدت ثلاثة أولاد واحداً بعد واحد طلقت بالاول طلقة وبالثاني طلقة ولا يقع بالثالث شيء .

وحكى أبو علي بن خير ان عن الإمامة قولاً آخر أنه يقع بالثالث طلقة أخرى ، والصحيح هو الاول ، لأن العدة انقضت بالولد الاخير فوجدت الصفة وهي بان يقع بها طلاق ، كما لو قال : اذا مت فأنت طالق ، وان ولدت ثلاثة دفعه واحدة طلقت ثلاثاً : لأن صفة الثلاث قد وجدت وهو زوجة فوقع ، كما لو قال : ان كلمت زيدا فأنت طالق ، وان كلمت عمرا فأنت طالق ، وان كلمت بكراً فأنت طالق ؛ فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثاً

وان قال : ان وادت ذكراً فأنت طالق طلقة واحدة ، وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين ، فوضعت ذكراً وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثاً . وان وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء ايؤنتم بانقضاء العدة وهذا ظاهر . وان لم تعلم كيف وضعتها طلقت طلقة لا نهائية ، والورع أن يلتزم الثلاث .

وان قال : يا حفصة ان كان أول ما تلدين ذكراً فعمره طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق ، فولدت ذكراً وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منها لأنه ليس فيهما أول . وان قال : ان كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقة ، وان كان في بطنك أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكراً وأنثى طلقت ثلاثاً لاجتماع العامين

وإن قال : إن كان حملك أو ما في بطنك ذكراً فأنت طالق ، فوضعت ذكراً
وأنتى لم تطلق ، لأن الصفة أن يكون جميع ما في البطن ذكراً ولم يوجد ذلك .

(الشرح) الأحكام . قوله : إذا قال لامرأته : إن ولدت ولدا فأنت طالق الخ
بجملة ذلك أنه إذا قال لها ذلك فولدت ولدا حياً كان أو ميتاً وقع عليها الطلاق
لوقوع اسم الولد عليه . فإن قالت ولدت فصدقتها الزوج أو كذبها فأقامت عليه
بينة حكم عليه بوقوع الطلاق . والذي يقتضى المذهب أنها إذا أقامت أربع نسوة
على الولادة وقع عليها الطلاق ويثبت النسب بذلك . وإن ولدت آخر لم تطلق به
لأن قوله لا يقتضى التكرار

وإن قال : كلما ولدت ولدا فأنت طالق ، فولدت ثلاثة أولاد واحداً بعد
واحد ، بين كل وادين دون ستة أشهر ، طلقت بالاول طليقة ؛ وطلقت بالثاني
طليقة لأنهما رجعية عند وضع الثاني ، والرجعية يلحقها الطلاق ، وكل ما يقتضى
التكرار ، فإذا ولدت الثالث لم يقع به طلاق

وحكى أبو علي بن خيران أن الشافعى قال فى بعض أماليه القديمه : إنما تطلق
به طليقة ثالثة ، وأنكر أصحابنا هذا وقالوا : لا نعرف هذا للشافعى فى قديم ولا
جديد ، لأن عدتها تنقض بوضع الثالث ، فتوجد الصفة وهى ليست بزوجه .
فلم يقع عليها طلاق ، كما لو قال لها : إذا مت فأنت طالق فماتت فإمها لا تطلق ،
وتأولوا هذه الحكاية على أنه راجعها بعد ولادة الثاني فولدت الثالث وهى زوجه
وإن ولدت أربعة واحداً بعد واحد من حمل طلقت بالاول طليقة ، وبالثنائى طليقة
وبالثالث طليقة ، وبانت وانقضت عدتها بوضع الرابع

وإن وضعت الثلاثة دفعة واحدة طلقت الثلاث ، لأن الصفات وجدت
وهى زوجه ، وإن وضعت الثاني لسته أشهر فما زاد من وضع الاول طلقت
بالاول طليقة ولم تطلق بالثاني ولا بالثالث ، لأنهما من حمل آخر ، وإن ولدت
وادين واحداً بعد الآخر من حمل واحد طلقت بالاول طليقة وانقضت عدتها
بوضع الثاني ، ولم تطلق به إلا على الحكاية التى حكاه ابن خيران ، وإن وضعت
دفعة واحدة طلقت بوصفها طليقتين

(فرع) وان قال لها : ان ولدت ذكرا فانت طالق ، وان ولدت أنثى فانت طالق طلقين ، فإن ولدت ذكرا طلقت واحدة واعتدت بالاقرار ، وان ولدت أنثى طلقت طلقين واعتدت بالاقرار ، وان ولدت ذكرا وأنثى دفعه واحدة طلقت ثلاثا لوجود الصفتين واعتدت بالاقرار ، وان ولدت الذكر أولا ثم ولدت الانثى بعده وبينهما أقل من ستة أشهر طلقت لولادة الذكر طلاقة وانقضت عدتها بوضع الانثى ولم تطلق بولادتها إلا على الحكاية التي حكها ابن خيران ، وان ولدت الانثى أولا ثم ولدت الذكر بعده من حمل واحد طلقت بولادة الانثى طلقين وانقضت عدتها بولادة الذكر ولا تطلق به الا على احكامه ابن خيران . وان ولدتها واحدا بعد واحد ولم يعلم السابق منهما طلقه واحدا لانه هو اليقين وما زاد مشكوك فيه . والورع يقضيه أن يلتزم اثنتين : وان لم يعلم هل وضعتهما معاً أو واحدا بعد واحد؟ لم تطلق الا واحدة لانه يقين ، والورع أن يلتزم الثلاث لجواز أن تكون ولدتها معاً

وان ولدت ذكر أو اثنتين من حمل واحد فطرت فإن ولدت الذكر أولا ثم أنثى ثم أنثى طلقت بولادة الذكر طلاقة وبالانثى الاولى طلقين وبانت وانقضت عدتها بوضع الثانية وان ولدت أولا أنثى ثم الذكر ثم الانثى ، طلقت بالانثى الاولى طلقين وبالذكر طلقه وبانت وانقضت عدتها بوضع الثالثة

وان ولدت الانثيين أولا واحدة بعد واحدة ثم الذكر بعدهما طلقت بالاوله طلقين ولم تطلق بالانثى الثانية لتلا يقضى التكرار ، وانقضت عدتها بوضع الذكر ، ولا تطلق به على المذهب الا على ما حكاه ابن خيران

وان ولدت الذكر أولا ثم ولدت الانثيين بعده دفعة واحدة طلقت بالذكر طلاقة وانقضت عدتها بوضع الانثيين ولا تطلق بهما على المذهب ، وان ولدت الذكر وأنثى بعده دفعة واحدة ثم ولدت الانثى بعدهما طلقت بوضع الانثى والذكر ثلاثا وانقضت عدتها بوضع الثانية ، بهذا كله قال أحمد وأصحابه وأبو ثور وأصحاب الرأي .

(فرع) وإن قال لامرأته : ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فانت طالق ، وان كان أنثى فانت طالق طلقين ، فإن ولدت ذكرا وأنثى نظرت فإن ولدت الذكر

أولا طلقت طلقه . فإذا ولدت الانثى بعده انقضت عدتها بولادتها ولا تطاق بولادتها ، وإن ولدت الانثى أولا طلقت بها طلقتين وانقضت عدتها بولادة الذكر ولا تطلق به ، وإن أشكل الاول منهما طلقت واحدة لأنها يقين وما زاد مشكوك فيه . وإن ولدتهما معاً لم تطلق لأنه ليس فيهما أول

وإن قال : إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت طالق طلقه ، وإن كان آخر ولد تلدينه جارية فأنت طالق ثلاثاً فولدت غلاماً وجارية من حمل واحد . واحداً بعد الآخر - فإن ولدت الغلام أولاً - طلقت طلقه ، لأن الاسم الاول يقع عليه وانقضت عدتها بولادة الجارية ، ولا يقع عليها طلاق بولادتها وإن ولدت الجارية أولاً ثم الغلام بعدها لم تطلق ، لأنه لا يقال لها آخر الا اذا كان قبلها أول . وإذا ولدت الغلام بعدها لم تطلق لأنه ليس بأول .

وان ولدت ولداً واحداً لا يمين . قال ابن الحداد : فإن كان غلاماً وقع عليها طلقه ، لأن اسم الاول واقع عليه ، وإن كان جارية لم يقع عليها شيء . لأن اسم الآخر لا يقع عليها ، لأن الآخر يقتضى أن يكون قبله أول . ولا يقتضى الاول أن يكون بعده آخر .

قال القاضي أبو الطيب : ينبغي أن يقال في الغلام مثله : لأنه لما لم يقع اسم الآخر إلا لما قبله أولاً ، فكذلك لا يقع اسم الاول إلا لما بعده آخر . (فرع) وإن قال لها : إن ولدت ولداً فأنت طالق ، وإن ولدت غلاماً فأنت طالق ؛ فإن ولدت أنثى طلقت طلقه لأنه يقع عليها اسم الوالد . وإن ولدت غلاماً طلقت طلقتين لأنه توجد فيه الصفتان وهما ولد والغلام ، كما لو قال لها : إن كلمت رجلاً فأنت طالق ، وإن كلمت شيوعباً فأنت طالق ، فكلمت رجلاً شيوعباً طلقت طلقتين .

(فرع) وإن قال لها : إن كان في جوفك ذكر فأنت طالق طلقه ، وإن كان في جوفك أنثى فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت ذكراً طلقت طلقه من حين حلف وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وإن ولدت أنثى طلقت طلقتين حين حلف وانقضت عدتها بالولادة ، وإن ولدت ذكراً وأنثى من حمل واحد طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين ، سواء ولدتهما واحداً بعد واحد أو ولدتهما معاً لأن الصفة أن

ما في جوفها وينبغي أن يقال انها تطاق اذا ولدت لدون سنة أشهر من حين عقد الصفة ، سواء وطئها أو لم يطأها . وان وادت لسته أشهر فإزاد الى أربع سنين من حين اليمين نظرت - فإن لم يطأها بعد اليمين - طلقت ، وان وطئها بعد اليمين - فان ولدت لسته أشهر فما زاد من وقت الوطء - لم تطاق لجواز أن يكون الولد حدث من الوطء بعد اليمين ، فلم يكن في جوفها وقت اليمين . وان ولدت لدون ستة أشهر من وقت الوطء طلقت لأنها تبقا أنه لم يحدث من الوطء بعد اليمين .

وان قال لها : ان كان ما في جوفك أو حملك ذكرا فأنت طالق طلقة ، وان كان أنثى فأنت طالق طلقتين فوادت لأقل من ستة أشهر من وقت اليمين أو لسته أشهر فإزاد ولم يطئها أو وطئها بعد اليمين ووادته لأقل من ستة أشهر من حين الوطء نظرت فإن ولدت ذكرا طلقت طلقه حين العقد وانقضت عدتها بولادته وان وادت أنثى من حمل واحد لم تطلق سواء وادت أحدهما بعد الآخر أو ولدتهما معاً ، لأنه شرط أن يكون ما في جوفها أو جميع حملها ذكرا أو جميع حملها أنثى ولم يوجد ذلك فلم تطلق

(فرع) وان قال لها : ان كنت حاملا بسلام فأنت طالق طلقه ، وان ولدت جاريه فأنت طالق طلقتين ، فإن وادت غلاما طلقه حين عقد الصفة وانقضت عدتها بوضع الغلام . وان ولدت جاريه لاغير طلقت طلقته بولادتها واعتدت بثلاثة أقراء ، وان وادت غلاما وجاريه من حمل واحد نظرت ، فإن وادت الغلام أولاً ثم الجاريه بعده ، تبيننا أنه وقع عليها طلقه حين عقد الصفة . وانقضت عدتها بولادة الجاريه ولا يقع عليها طلاق بولادة الجاريه لأن الصفة وجدت وهي غير زوجه ، الأعلى حكاية ابن خيران

وان وادت الجاريه ثم الغلام بعدها تبيننا أنه وقع عليها طلقه حين عقد الصفة لكونها حاملا بسلام ووقع عليها طلقته بولادة الجاريه وانقضت عدتها بولادة الغلام . وهكذا الحكم اذا ولدتهما معاً .

وان ولدت أحدهما بعد الآخر ونسي الأول منهما طلقه لأنها يفتين .

وما زاد مشكوك فيه فلم يقع

(فرع) قال ابن الحداد : إذا قال لها : كذا ولدت فأنت طالق للسنة فولدت ولداً وبقي في بطنها آخر طلقت بالأول طليقة لأنها حامل بعد ولادة الأول ولا سنة في طلاقها ولا بدعة ، لأن عدتها تنقضي بوضع الولد الثاني ، فإن لم يراجعها قبل وضع الولد الثاني لم تطلق بولادة الثاني ، لأن عدتها تنقضي بولادته ، فإن راجعها قبل ولادة الثاني لم تطلق حتى تطهر من نفاسها .

وإن قال لها : إن ولدت فأنت طالق يخرج بعض الولد ومات أحد الزوجين قبل استكمال خروج الولد لم تطلق ، لأنه بخروج بعض الولد لا يقال ولدت ، بخلاف ما لو علق الطلاق على الحيض ، فإنها تطلق برؤية الدم ، لأنه يقال لها : حاضت .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا قال المدخول بها : إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طليقتان ، إحداهما بقوله أنت طالق والآخرى بوجود الصفة ، وإن قال لم أرد بقولي إذا طلقتك فأنت طالق عقد الطلاق بالصفة ، وإنما أردت أني إذا طلقتك تطلقين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله في الحكم لأن الظاهر أنه عقد طلاقاً على صفة ويدين فيها بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتتمل ما يدعيه وإن قال : إن طلقتك فأنت طالق : ثم قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار وقعت طليقتان إحداهما بدخول الدار والآخرى بوجود الصفة ، لأن الصفة أن يطلقها ، وإن علق طلاقها بدخول الدار فدخلت الدار فطلقها . وإن قال لها مبتدئاً : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال إذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طليقتان إحداهما بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا طلقتك فأنت طالق لأن هذا يقتضي ابتداء إيقاع عقد الصفة ، وما وقع بدخول الدار ليس بابتداء إيقاع عقد الصفة ، وإنما هو وقوع بالصفة السابقة لعقد الطلاق ، فإن قال إن طلقتك فأنت طالق ، ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطليقة التي أوقعها الوكيل ولا يقع ما عقده على الصفة ، لأن الصفة أن يطلقها بنفسه . وإن قال إذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق

فدخلت فقد قال بعض أصحابنا إنها تطلق طلقه بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا أوقعت عليك ، لأن قوله إذا أوقعت عليك يقتضى طلاقاً مباشراً بإيقاعه ، وما يقع بدخول الدار يقع حكماً

قال الشيخ الإمام: وعندى أنه يقع طلقتان . أحدهما بدخول الدار والآخرى بالصفة . كما قلنا فيمن قال : إذا طلقك فأنت طالق ، ثم قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار .

وان قال كلما طلقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق طلقت طلقتين . أحدهما بقوله أنت طالق والآخرى بوجود الصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأن الصفة إيقاع الطلاق والصفة لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق

(فصل) وان قال : إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان ، طلقه بقوله أنت طالق وطلقه بوجود الصفة . وان قال لها بعد هذا العقد أو قبله : ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقه بدخول الدار وطلقه بوجود الصفة ؛ وان وكل وكبلا بعد هذا العقد في طلاقها فطلقها ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفة كما قلنا فيمن قال إذا طلقك فأنت طالق ثم وكل من يطلق

(والثاني) أنه يقع طلقتان ، طلقه بإيقاع الوكيل وطلقه بالصفة ، لأن الصفة وقوع طلاق الزوج ، وما وقع بإيقاع الوكيل هو طلاق الزوج . وان قال إذا طلقك فأنت طالق وإذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقه بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين ، وان قال كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقه بالمباشرة أو نصفه عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثاً واحدة بعد واحدة ، لأن بالطلاق الأولى توجد صفة الطلاق الثانية والثالثة توجد صفة الطلاق الثالثة

(الشرح) الأحكام : إذا قال لها : إذا وقع عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال : أنت طالق وقع عليها طلقتان ، طلقه بالمباشرة وطلقه بالصفة . وهكذا

لو قال لها بعد عقد الصفة أو قبلها : إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخات وقع عليها طلقتان بخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لها بعد ذلك إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، فإنها لا تطلق إلا طلاقة ، لأن الصفة ههنا وقوع طلاقه ، وقد وجد ، وفي تلك الصفة إحداه الطلاق ولم يوجد .

وإن قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم دخلت الدار وقع عليها طلاقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله : اذا طلقتك فأنت طالق ، لأن من قوله : طلقتك أى اذا أحدثت طلاقك ، وعقد الطلاق بدخول الدار كان سابقا لهذا . وان قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من بطلاقها وقع عليها ما أوقعه الوكيل لا غير ، ولا تطلق بالصفة لأنه لم يطلقها ، وان قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول لم تطلق ؛ لأن تعليق الطلاق ليس بشرط .

وان قال لها : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، ثم وكل من يطلقها ، ففيه وجهان (أحدهما) يقع عليها ما أوقعه الوكيل لا غير ، كما قلنا في قوله : اذا طلقتك فأنت طالق (والثاني) يقع عليها طلقتان ، طلاقة بإيقاع الوكيل ، وطاقه بالصفة ، لأن الصفة وقوع طلاق الزوج ، وما أوقعه الوكيل هو طلاق الزوج . وان قال لها : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، واذا طلقتك فأنت طالق ، فإنه لا يقع هذا طلاق لأنهما تعليقان للطلاق ، فان أوقع عليها بعد ذلك طلاقة بالمباشرة أو بالصفة وقع عليها ثلاث طلاقات : طلاقة بإيقاعه وطاقتان بالصفين

وان قال لها : كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم أوقع عليها طلاقة بالمباشرة أو بصفة عقدها بعد هذا القول أو قبله وقع عليها ثلاث طلاقات لأن كلما تقتضى التكرار فاذا أوقع عليها طلاقة اقتضى وقوعها وقوع طلاقه ثانيه واقتضى وقوع الثانيه وقوع الثالثه . وان قال لها كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلاقة بالمباشرة وطاقه بالصفة ولا تقع عليها الثالثه بوقوع الثانيه . لأن الصفة إيقاع الطلاق ، والصفة لم تكرر فلم يتكرر الطلاق .

قال ابن الصباغ : وهكذا اذا قال : كلما أوقعت عليك طلاقى فأنت طالق

ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلقان ولا تقع الثالثة لما ذكرناه. وإن قال :
كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها : أنت طالق وقع عليها طلقان
طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأنه لم يوقع الثانية ،
وإنما وقعت حكما .

وإن قال : إذا أوقعت عليك أو كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ،
ثم قال لها بعد ذلك : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقع عليها طلقه
بدخول الدار ، وهل تقع عليها طلقة بالصفة الأولى ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال
الشيخ أبو حامد والمحاملي : لا يقع عليها لأن الصفة إن وقع عليها الطلاق ولم
يوقع هذه الطلقة وإنما وقعت بالصفة فلم يوجد شرط الثانية .

وقال الشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ : تقع الثانية لأن الصفة توقع الطلاق
عليها ، وإذا علق الطلاق بصفة فوجدت الصفة فهو الموضع للطلاق كما قلنا
فيه : إذا قال لها إذا طلقك فأنت طالق ثم قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق
(فرع) إن كان له زوجتان حفصة وزينب ، فقال لزينب كلما طلقت حفصة
فأنت طالق وقال لحفصة كلما طلقت زينب فأنت طالق فقد جعل طلاق كل
واحدة منهما صفة للأخرى وعقد صفة طلاق زينب أولا فينظر فيه ، فإن بدأ
وقال لزينب أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة ويقع على حفصة بهذه الطلقة
طلقه بالصفة وبوقوع هذه الطلقة على حفصة تقع طلقه ثانية على زينب بالصفة
لأن حفصة بهذه الطلقة طلقت بصفة تأخرت عن عقد صفة طلاق زينب فهو
محدث لطلاقها فصار كما قلنا فيه : إذا قال لها كلما طلقك فأنت طالق ، ثم قال
لها بعد ذلك : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار وقع عليها طلقه
بدخول الدار وأخرى بوجود الصفة : لأنه قد أحدث طلاقها بعد أن عقدت لها
الصفة . وإن كان أحدثه بصفة لا بمباشرة

وإن بدأ فقال لحفصة : أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة ، وبوقوع هذه
الطلقة على حفصة تقع طلقه على زينب بالصفة ولا يعود الطلاق إلى حفصة لأنه
ما أحدث طلاق زينب بعد عقد صفة طلاق حفصة . وإنما هذ الصفة سابقة
لصفة طلاق حفصة فهو كما قلنا فيه : إذا قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ،

ثم قال بعد ذلك : كذا طلقتك فأنت طالق ، ثم دخلت الدار لم تطلق الا واحدة بدخول الدار .

وإن قال لزينب : إذا طلقتك حفصه طالق ، ثم قال لحفصه : إذا طلقتك فزينب طالق ، فإن بدأ وقال لزينب أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة وبوقوع هذه الطلقة على زينب تطلق حفصه طلقه بالصفه ، وبوقوع هذه الطلقة على حفصه لا يعود الطلاق على زينب ، لأنه ما وجد شرط وقوعها ، لأن قوله لحفصه : إذا طلقتك فزينب طالق ، منناه إذا أحدثت طلاقك ولم يحدث طلاقها بعد هذا العقد ، وإنما طلقتك بالصفه السابقة ، فهو كما قلنا فيه : إذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : إذا طلقت فأنت طالق ثم دخلت الدار فانها تطلق طلقه بدخول الدار لا غير .

وان بدأ فقال لحفصه : إذا طلقت زينب أنت طالق طلقت حفصه بالمباشرة وبوقوع هذه الطلقة يقع على زينب طلقه بالصفه ، وبوقوع هذه الطلقة على زينب تقع على حفصه طلقه بانه بالصفه ، لأنه قال لزينب إذا طلقتك لحفصه طالق ، قيل ان قال لحفصه : إذا طلقتك فزينب طالق فهو كما قلنا فيه : إذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم دخلت الدار وقع عليها طلقتان ، طلقه بدخول الدار وطلقه بوجود الصفه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال لغير المدخول بها اذا طلقتك فأنت طالق أو اذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ، أو كذا وقع عليك طلاق فأنت طالق فوعدت عليها طلقه بالمباشرة أو بالصفه لم يقع غيرها لأنها تبين بها فلم ياحتجها ما بعده

(فصل) وان قال متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فهو على الفور ، فإذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق . وان قال : ان لم أطلقك فأنت طالق فالمتنصوص أنه على التراخي ولا يقع به الطلاق الا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما

وان قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق فالمتنصوص أنه على الفور ، فإذا مضى

زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى لجمعاها على قولين ، ومنهم من حملها على ظاهرهما لجمال قوله إن لم أطلقك على التراخي ، وجمال قوله إذا لم أطلقك على الفور ، وهو الصحيح ، لأن قوله إذا اسم لزمان مستقبل ، ومعناه أى وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى ألقاك ؟ فتقول إذا شئت كما تقول أى وقت شئت فكان على الفور ، كما لو قال أى وقت لم أطلقك فأنت طالق وليس كذلك (إن) فإنه لا يستعمل فى الزمان ، ولهذا لا يجوز أن يقال متى ألقاك ، فتقول إن شئت وإنما يستعمل فى الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل ألقاك فتقول إن شئت فيصير معناه إن قاتنى أن أطلقك فأنت طالق ، والفوات يكون فى آخر العمر .

وإن قال لها كلما لم أطلقك فأنت طالق فضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة ، لأن معناه كلما سكنت عن طلاقك فأنت طالق ، وقد سكنت ثلاث سكنات

(الشرح) الأحكام : إذا كان له امرأة غير مدخول بها فقال لها : إذا طلقك فأنت طالق ، أو كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، أو كلما أوقعت عليك الطلاق أو كلما طلقك فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك أنت طالق لم يقع عليها إلا الطلقة التى أوقعها لأنها بائنة بها ، والباين لا ياجقها طلاق .

وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطلقت ، فدخلت الدار فغيب وجهان حكاهما العمرانى عن القاضى أبى الطيب (أحددهما) يقع طلقتان لأنها بقعدان بالدخول من غير ترتيب (والثانى) لا يقع الا واحدة ، كما إذا قال لها أنت طالق وطلقت . قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يكون هذا الوجه على قول من قال من أصحابنا ان الواو للترتيب ؛ والاول أصح

(مسألة) قوله : وإن قال متى لم أطلقك الخ ، فقد قال الشافعى رضى الله عنه ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو متى لم أطلقك فسكت مدة يمكنه فيها الطلاق طلقت . قال فى البيان : وجملة ذلك أن الحروف التى تستعمل فى الطلاق المداق

بالصفات سبعة : ان ، واذا ، ومتى ، ومتى ما ، وأى وقت ، وأى حين ، وأى زمان . واذا استعملت في الطلاق فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يستعمل في الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم (والثاني) أن تستعمل فيه مع العوض (الثالث) أن يستعمل فيه كلمة لم ، فإن استعملت في الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم مثل ان قال : ان دخلت الدار فأنت طالق ، أو اذا دخلت الدار أو متى أو متى ما دخلت أو أى وقت دخلت أو أى حين دخلت أو أى زمان دخلت لجميع هذا لا يقتضى الفور ، بل أى وقت دخلت الدار طالقت ، لأن ذلك يقتضى دخولها الدار ، فأى وقت دخلت الدار فقد وجد الشرط اه .

وان استعملت في الطلاق مع العوض بأن قال : ان أعطيتنى أو ان ضمنت لى أماً فأنت طالق ، فإن خمسة أحرف منها لا تقتضى الفور ، بل هى على التراخى بلا خلاف على المذهب ، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان ويمكن أن يدخل فيها أياً وحرف منها يقتضى الفور على المذهب بلا خلاف وهو ان : وحرف منها اختلف أصحابنا فيه وهو ادنا ، فعند أكثر أصحابنا هو على الفور . وعند الشيخ أبى اسحاق لا يقتضى الفور ، وقد أوفينا ذلك فى الحلم

وان استعملت فى الطلاق مع كلمة لم فلا خلاف على المذهب أن خمسة أحرف منها على الفور ، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان . فإذا قال متى لم تعطنى أماً فأنت طالق . أو متى لم أطلقك أو متى لم تدخل الدار فأنت طالق . وما أشبهه من الصفات .

فان أعطته أماً على الفور بحيث يصلح أن يكون جواباً للكلامه أو دخلت الدار فقد بر فى يمينه ولا تطلق . وهكذا ادنا قال : متى لم أطلقك فطلقها على الفور فقد بر فى يمينه ولا يقع عليها الا ما أوقعه

وان تأخرت العطية أو دخول الدار أو الطلاق عن ذلك وقع عليها الطلاق لأن تقديره أى زمان عقدت فيه العطية أو الدخول أو الطلاق فأنت طالق . فاذ مضى زمان يمكن ايجاد هذه الصفة ولم توجد فقد وجد شرط وقوع الطلاق المعلق بذلك فوقع .

وأما حروف إن وإذا فقد نص الشافعي أن إذا على الفور كالحروف الخمسة وأن حرف إن لا يقتضي الفور ، بل هو على التراخي ، فن أصحابنا من عسر عليه الفرق بينهما ، فقال : لا فرق بينهما ، ولهذا إذا كان معهما العوض كانا على الفور فنقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما : وجعل إذا على الفور ، وإن على التراخي ، وفرق بينهما بأن حرف إذا يستعمل فيما يتحقق وجوده ، وحرف إن يستعمل فيما يشك بوجوده ، بدليل أنه يقال : إذا طلعت الشمس ، ولهذا قال تعالى وإذا السماء انشقت ، ولا يقال : إن طلعت الشمس ، ويقال : إن قدم زيد ، مجاز أن يكون إذا على الفور ، وإن على التراخي ، فإذا قلنا بهذا وقال لها : إذا لم أطلقك فأنت طالق ، أو إذا لم تدخلي الدار فأنت طالق ، فإذا مضى بعد قوله زمان يمكنه أن يقول فيه : أنت طالق ؛ ولم يطلق أو مضى زمان يمكنه فيه دخول الدار ولم تدخل الدار ، وقع عليها الطلاق .

وإن قال لها : إن لم أطلقك أو لم تدخلي الدار فأنت طالق ، فإما لا تطلق إلا إذا فات الطلاق أو الدخول ، وذلك بآخر جزء من أجزاء حياة المبيت الأول منهما ، وإن قال لها : كلما لا أطلقك فأنت طالق فمضى بعد هذا ثلاثة أوقات يمكنه أن يطلق فيها فلم يطلق طالق ثلاثاً ، لأن كلما تقتضي التكرار ، لأن تقديره كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق ، وقد سكت ثلاثة أوقات فطالقت ثلاثاً .

(فرع) وإن كان له أربع زوجات فقال لهن : أبتكن لم أطاها اليوم فصواحبها طواقت ، فإن ذهب اليوم ولم يطأ واحدة منهن طلق ثلاثاً ثلاثاً ، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب لم يطأهن ، وتطلق كل واحدة من الثلاث اللاتي لم يطأهن طائفة ، لأن لها صاحبتين لم يطأها ، وإن وطئ اثنتين في اليوم طلقت كل واحدة من الموطوءتين طالقتين لأن لهما صاحبتين لم يطأها ، وتطلق كل واحدة من التي لم يطأها طالقة لأنه ليس لها إلا صاحبة لم يطأها ، وإن وطئ ثلاثاً منهن في اليوم طالقت كل واحدة من الثلاث اللاتي وطئن طالقة ، لأنه ليس لهن إلا صاحبة لم يطأها ولا تطلق الرابعة لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة .

وان وطئهن كهن في اليوم انحلت الصفة ولم تطلق واحدة منهن . وان قال لمن
أيتكن لم أطاها فصراحيها طوالق ، ولم يقل اليوم كان ذلك للتراخي ، فان مات
قبل أن يطأ واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وان مات واحدة منهن قبل أن
يطأها طلقن الباقيات طلقة طلقة ، ولم تطلق هي ، واقه تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان قال : ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها ان خرجت
أو ان لم تخرجي أو ان لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق طلقت لأنه حلف
بطلاقها ، وان قال ان طلعت الشمس أو ان جاء الحاج فأنت طالق لم يقع الطلاق
حتى تطلع الشمس أو يجيء الحاج لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث
على فعل أو التصديق على فعل وليس في طلوع الشمس وجيء الحاج منع ولا حث
ولا تصديق ، وانما هو صفة للطلاق ، فإذا وجدت وقع الطلاق بوجود الصفة

وان قال لها : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة
لأنه حلف بطلاقها ، فان أعاد ثالثاً وقعت طلقة ثانية ، وان أعاد رابعاً وقعت
طلقة ثالثة ، لأن كل مرة توجد صفة طلاق وتنعقد صفة أخرى ، وان أعادها
خامساً لم يقع طلاق ، لأنه لم يبق له طلاق ، ولا ينعقد به يمين في
طلاق غيرها ، لأن اليمين بطلاق من لا يملكها لا ينعقد ، وان كانت له امرأتان
أحدهما مدخول بها والاخرى غير مدخول بها فقال : ان حلفت بطلاقك فأنت
طالقان ، ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجميه ، وتطلق غير
المدخول بها طلقة باقية ، فان أعاد لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها
بان ، والمدخول بها لا يوجد شرط طلاقها ، لأن شرط طلاقها أن يحلف
بطلاقها ولم يحلف بطلاقها ، لان غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها .

(الشرح) قوله : وان قال : ان حلفت بطلاقك فأنت طالق الخ الجملة
ذلك أنه اذا قال لإمرأته : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها : ان
دخلت الدار أو ان لم تدخل الدار أو أخبرها بشيء أو أخبرته بشيء فقال لها :

ان لم يكن الأمر كما أخبرتك أو كما أخبرتني فأنت طالق ، طلقت لأنه قد حلف بطلاقها . وان قال لها : اذا طلعت الشمس أو اذا قدم الحاج فأنت طالق ، فإن لم يحلف بطلاقها فلا تطلق قبل طلوع الشمس وقبل قدوم الحاج . وقال أبو حنيفة وأحمد : كل ذلك حلف فتطلق به ، الا قوله : أنت طالق ان طهرت أو حضرت أو شئت .

دليلنا أن اليمين هو ما يقصد به المنع من شيء . كقوله ان دخلت الدار أو انزمت فعل شيء ، كقوله ان لم أدخل أو ان لم تدخل . أو التصديق كقوله : ان لم يكن هذا الأمر كما أخبرتك أو كما أخبرتني . وقوله : اذا طلعت الشمس أو اذا قدم الحاج ليس فيه يمين ، وإنما هو تعليق طلاق على صفة . فهو كقوله ان طهرت أو حضرت أو شئت .

وان قال لها : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا الكلام ثانياً طلقت طلقة . لأنه حلف بطلاقها ، لأنه باليمين الاولى منع نفسه من الحلف وقد حلف . فإن أعاد ذلك ثلاثاً طلقت الثانية . فان عاد ذلك رابعاً طلقت الثالثة وبانت .

(فرع) قال ابن الصباغ في الشامل ١١ : اذا قال لامرأته اذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرر ذلك ثلاث مرات . فان فرق وسكت بعد كل يمين سكتة يمكنه أن يحلف فلم يحلف وقع عليها ثلاث طلقات . لأن اذا في النفي يقتضى الفور ، وان لم يفرق يمين لم يحث في الاولى والثانية . لأنه حلف عقبيهما ويحث في الثالثة فتطلق . لأنه لم يحلف عقبيهما .

وأما اذا قال : كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ففى ثلاثة أوقات يمكنه أن يحلف فيها ولم يحلف طلقت ثلاثاً لأن كلما تقتضى التكرار . وان قال لها كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق . ثم قال : اذا جاء المطر وام أكن بذيت هذا الحائط ، أو يخاط الثوب قبل مجيء المطر اه

(١) نسخه خطية بمكتبة المعهد الديني بشفرة دمياط موقوفه من بعض الصالحين نقل الينا بعض الثقات من أصحابنا ما انتفعنا به في شروحنا أنابهم الله وإيانا

(فرع) وإن كان له امرأتان فقال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق قال ابن الصباغ : فتى سكت عقب هذا القول قدراً يمكنه أن يحلف بطلاقها فلم يحلف طلقاً لأنه جعل ترك اليمين بطلاق كل واحدة منهما شرطاً لطلاق صاحبتها فلو كرر هذا القول مراراً متصلاً بعضها ببعض لم تطلق واحدة منهما مادام مكرراً ، إلا أن هذا القول منه يمين بطلاقها ، فتبين الأولى بالثانية ، وتبين الثانية بالثالثة ، فإذا سكت طلقاً باليمين الأخرى ، فلو كرر هذا القول ثلاثاً وسكت عقب كل يمين طلق كل واحدة ثلاثاً

وقال أبو علي الشيخي : وعندى أن هذا خطأ ، لأن لقوله : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق ليس في لفظه متى يحلف بطلاقها ، فيكون على التراخي . ومعناه : إن فاتني الحلف بطلاقها فغيرها طالق ، ولا يعلم الفوات إلا بموت أحدهما ، إلا أن يقول : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها الساعة فغيرها طالق فالجواب صحيح حينئذ .

ولو قال : متى لم أحلف أو أى وقت لم أحلف أو أى زمان ، أو كلما لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق كان الجواب كما ذكرناه

(فرع) وإن كان له امرأتان زينب وعمرة فقال لهما : ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، فهذا تعليق طلاق عمرة بالحلف بطلاقهما جميعاً ، فإن أعاد هذه الكلمة مراراً لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما ، وإنما كرر تعليق طلاق عمرة . ولو قال بعد ذلك : ان دخلتما الدار فأنتما طالقان ، طلق عمرة لأنه حلف بطلاقها .

وإن قال : ان حلفت بطلاقكما فأحداكما طالق ، وكرر هذا القول لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما وإنما حلف بطلاق واحدة منهما . ولو قال بعد ذلك : إذا حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ، طلق إحداهما لا بينهما إلا أنه حلف بطلاقهما . ولو قال : إذا حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان ، ثم أعاد هذا مرة طلق كل واحدة منهما طلقاً ، لأنه عاق طلاقهما بالحلف بطلاق إحداهما إلا بحالة ولو قال : إذا حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان ، ثم قال : إذا حلفت بطلاقكما

فإحدا كما طالق طلقنا جميعا ، لأنه قد حلف بطلاق إحداهما فيحنت في اليمين الأولى . وان قال : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، وان حلفت بطلاقكما فزينب طالق . قال ابن القاص : فإن أعاد ما قاله في زينب مرة لم تطلق ، وان أعاد ما قال في عمرة أخرى طلقت لأنه علق طلاق عمرة بصفتين ، إحداهما اليمين بطلاقهما والاخرى اليمين بطلاق زينب ، فما لم يحلف بعد القول الاول بطلاقهما معا أو مجتمعاً أو متفرقا لم يحنت في طلاق عمرة . وكذا إذا قال في المرة الثانية في طلاق زينب . فإذا كرر ما قال في زينب — وهو قوله الثاني ان حلفت بطلاقكما فزينب طالق — فلا تطلق واحدة منهما لا زينب ولا عمرة ، لأنه وجد إحدى الصفتين دون الاخرى ، فإذا أعاد في عمرة طلقت عمرة لأنه علق ابتداء الطلاق بالحلف بطلاقهما ، وقد حلف ذلك بطلاق زينب وحدهما ، فإن حلف بطلاق عمرة بعد ذلك فقد اجتمع الصفتان في طلاق عمرة بعد تعاليقه بهما فوقع بهما ، فإذا أعاد في زينب مرة أخرى ما قال فيها بعد ما أعاد في عمرة طلقت زينب أيضا لأنه قد حلف بعد ذلك بطلاقهما جميعا ، فاذا حلف بعد ذلك بطلاقهما إما مجتمعاً أو متفرقا فانه يقع .

(فرع) وان كانت له امرأتان مدخول بها وغير مدخول بها ، فقال لهما : اذا حلفت بطلاقكما فانتما طالقان ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية وطلقت غير المدخول بها طلقة ثانية . فان أعاد هذا القول ثالثا لم تطلق واحدة منهما ، لأن الصفة لم توجد ، إذ البائن لا يصح الحلف بطلاقها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال : كلما طلقت امرأة من نسائي فعبد من عبيدي حر ، وكلما طلقت امرأتين فعبدان - زان ، وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعيد أحرار ، وكلما طلقت أربعا فأربعة - أعيد أحرار ، ثم طلقتهم فالذهب أنه يعتق خمسة عشر عبدا لأن بطلاق الاولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانية يعتق ثلاثة - أعيد ، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين ، وبطلاق الثالثة يعتق أربعة - أعيد ، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة

وطلاق الثلاث ، وطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد ، لأنه اجتمع ثلاث صفات
طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع

ومن أصحابنا من قال : يعتق سبعة عشر عبداً ، لأن في طلاق الثالثة ثلاث
صفات ، طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث . ومنهم من
قال : يعتق عشرون عبداً ، لجعل في الثلاث ثلاث صفات ، وجعل في الأربع
أربع صفات ، طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق
أربع ، والجميع خطأ لأهم عدوا الثانية مع ما قبلها من الاثنتين ، وعدوا الثالثة
مع ما قبلها من الثلاث ، ثم عدوهما مع ما بعدهما من الإثنتين والثلاث . وهذا
لا يجوز ، لأن ما عد مرة في عدد لا يعد في ذلك العدد مرة أخرى . والدليل
عليه أنه لو قال : كذا أكلت نصف رمانة فعبد من عبدي حر . ثم أكل رمانة
عتق عبداً ؛ لأن الرمانة نصفان ، ثم لا يقال إنه يعتق ثلاثة لأنه إذا أكل
نصف رمانة عتق عبداً ، فإذا أكل الربع الثالث عتق عبداً ، لأنه مع الربع الثاني
نصف . وإذا أكل الربع الرابع عتق عبداً لأنه مع الربع الثالث نصف . فكذلك
ههنا . وقال أبو الحسن بن القطان : يعتق عشرة لأن الواحدة والاثنتين والثلاث
والأربع عشر . وهذا خطأ أيضاً لأن قوله : كلما طمقت يقتضى التكرار ،
وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات ، وطلاق المرأتين مرتين ، وطلاق الثلاث
مرة ، وطلاق الأربع مرة ، فأسقط ابن القطان اعتبار ما يقتضيه اللفظ من
التكرار في المرأة والمرأتين وهذا لا يجوز

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فقال : أبتكن وقع عليهما طلاق فصواحبهما
طوائق ، ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، لأن طلاق الواحدة يقع على
كل واحدة منهن طلقة واحدة ، ووقع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يقع
الطلاق على صواحبهما ، ومن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثاً

(الشرح) وان قال لامراته : إذا أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، وإذا
أكلت رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت طلقتين لأنه وجدت الصفتان فإنها
أكلت نصفها وأكلت جميعها .

وان قال : كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت رمانة فأنت طالق : فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لأن كلما تقتضى التكرار وقد أكلت نصفين فوقع بها طلقتان وأكلت رمانة فوقع بها طلقة . وهذا كما لو قال : ان كملت رجلاً فأنت طالق ، وان كملت طويلاً فأنت طالق ، وان كملت شيعياً فأنت طالق ، فكملت رجلاً طويلاً شيعياً لوجود الصفات الثلاث

* * *

(فرع) إذا قال لامرأته : أنت طالق مريضة (بالنصب أو بالرفع) لم يتم الطلاق الا اذا مرضت ، لان معنى قوله مريضة بالنصب أى فى حال مرضك . ومعنى قوله مريضة بالرفع (أى وأنت مريضة) هذا هو المشهور كما حكاه العمراوى وحكى ابن الصباغ فى أهل البيد قال : اذا قال مريضة بالرفع وهو من أهل الإعراب وقع عليها الطلاق فى الحال لانه صفة لها وليس بحال . وهذا خطأ لانه نكرة فلا توصف به المعرفة ، وقد عرفها بالإشارة اليها فلا تكون صفة لها ، وانما تكون حالا ، وإنما لحن فى اعرابه : أو على اضممار مبعداً فيكون شرطاً قوله : اذا كان له أربع نسوة الخ ، لجملة ذلك أنه اذا كان له أربع زوجات فقال لمن : كلما طلقت واحدة منكن فأنتن طوالق فطلق واحدة منهن وقع عليها طلقتان ، طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ، ويقع على الثلاث الباقيات طلقة طلقة وان قال : كلما وقع على واحدة منكن طلاقى فأنتن طوالق أو أيتكن وقع عليها طلاقى فصرح بها طوالق : فطلاق واحدة منهن طلقتن ثلاثاً ثلاثاً ، لانه إذا طلق واحدة منهن طلقة وقع على كل واحدة من الباقيات طلقة ، ووقع هذه الطلقة على كل واحدة من الباقيات يوقع الثانية على صوابها : ووقع الثانية يوقع الثالثة .

(فرع) وان قال لامرأته أنت طالق وطالق إن دخلت الدار طالقاً ، فقد عاق ووقع طلقتين بدخول الدار وهى طالق . فإن دخلت الدار وهى مطلقه طلاقاً جمعياً وقع عليها طلقتان بالصفة . وان دخلت الدار وهى زوجه غير مطلقه أو بائن لم تطلق لان الصفة لم توجد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان له امرأتان فقال لإحداهما أنت طالق طلقه ، بل هذه ثلاثاً وقع على الأولى طلقه وعلى الثانية ثلاث ، لأنه إذا أوقع على الأولى طلقه ثم أراد رفعها فلم يرتفع ، وأوقع على الثانية ثلاثاً فوقعت وإن قال للمدخول بها أنت طالق وأحدة لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو بكر بن الحداد المصري : تطلق واحدة في الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث ، لأنه نجز واحدة فوقعت ، وعلق ثلاثاً على الشرط فوقع ما بقي منها عند وجود الشرط . ومن أصحابنا من قال : يرجع الشرط إلى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار ، لأن الشرط يعقب الإيقاعين فرجع إليهما

(الشرح) قوله «نجز واحدة» التضمين زيادة تجعل اللازم متعدياً كالزيد بالهمز ، فيتكون قوله «نجز» كقوله «أنجز» . وهو بمعنى عجل .
أما الأحكام فإنه إن كان له امرأتان فقال لإحداهما : أنت طالق واحدة لا بل هذه ثلاثاً ، وقع على الأولى طلقه ، وعلى الثانية ثلاثاً ، لأنه أوقع على الأولى طلقه فوقعت ثم رجع عنها ، وأوقع على الثانية ثلاثاً فلم يصح رجوعه عما أوتته على الأولى . وصح ما أوقعه على الثانية

وإن قال لامرأته المدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار فاختلاف أصحابنا فيه ، فقال ابن الحداد : يقع عليها طلقه في الحال ، ويقع باقي الثلاث بدخول الدار . لأنه أوقع واحدة فوقعت ثم رجع وأوقع الثلاث بدخول الدار فلم يصح رجوعه عن الأولى ، ويعلق بدخول الدار باقي الثلاث . ومنهم من قال يرجع الشرط إلى الجميع فلا يطلق حتى تدخل الدار ، لأن الشرط يعقب الإيقاعين فرجع إليهما . وإن كانت غير مدخول بها فالذي يقتضيه القياس أن على قول ابن الحداد في مولداته يقع عليها الطلق المنجز وتبين بها ، ولا يقع ما بعدها بدخول الدار ، وعلى القول الآخر لبعض أصحابنا لا يقع عليها طلاق حتى تدخل الدار ، فإذا دخلت وقع عليها الثلاث .
(فرع) وإن قال لأحدى امرأته أنت طالق إن دخلت الدار لا بل هذه .

قال ابن الحرداذ فإن دخلت الاولة طلقنا جميعا وان دخلت الثانية لم تطلق واحدة
منهما لانه علق طلاق الاولة بدخولها الدار ، ثم رجع عن ذلك وعلق بدخولها
طلاق الثانية فعلق به ، ولم يصح رجوعه عن طلاق الاولة .

ومن أصحابنا من قال : اذا دخلت الاولة الدار طلقت وحدها ، واذا دخلت
الثانية طلقت وحدها ، لانه علق على طلاق الاولة بدخولها الدار ثم رجع عن
هذه الصفة جملة ، وعلق طلاق الثانية بدخولها الدار ، فلم يصح رجوعه ،
وتعلق الثانية بدخولها .

(فرع) قال في البويطى : اذا قال أنت طالق في مكة أو بمكة أو في الدار أو
بالدار فهي طالق ساعة تكلم به ، الا أن ينوى : اذا كنت بمكة . فإذا قال نويت
ذلك قبل منه لأن لفظه يحتمله .

قال المسعودى : ولو قال ان قذفت فلانا في المسجد فأنت طالق ، فبشرط
أن يكون القاذف في المسجد . وان قال : ان قتلت فلانا في الحظيرة فأنت طالق
بشرط أن يكون المقتول في الحظيرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد
الشهر ، لأن الى تستعمل في انتهاء الفعل : كقوله تعالى (ثم آمنوا بالصيام الى
الليل) وتستعمل أيضا في ابتداء الفعل : كقوامهم فلان خارج الى شهر فلا يقع
الطلاق في الحال مع الاحتمال ، كما لا يقع بالكنايات ، غير نية

(فصل) وان قال أنت طالق في شهر رمضان ، طلقت برؤية الهلال في
أول الشهر . وقال أبو ثور : لا تطلق الا في آخر الشهر لاستوعب الصفة التي
علق الطلاق عليها ؛ وهذا خطأ لأن الطلاق اذا علق على شيء وقع بأول جزء
منه ، كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فإنها تطلق بالدخول الى أول جزء
من الدار . فإن قال أردت في آخر الشهر دين فيه ، لانه يحتمل ما بعده ولا
يقبل في الحكم لانه يؤخر الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه

وان قال أنت طالق في أول الشهر وقع الطلاق في أول ليلة يرى فيها الهلال

وإن قال أنت طالق في غرة الشهر طلقت في أوله . فإن قال أردت اليوم الثاني أو الثالث دين ، لأن الثلاث من أول الشهر تسمى غرراً ، ولا يقبل في الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه

وإن قال أنت طالق في آخر الشهر طلقت في آخر يوم منه تماماً كان الشهر أو ناقصاً . وإن قال أنت طالق في أول آخر رمضان ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس أنها تطلق في أول ليلة السادس عشر لأن آخر الشهر هو النصف الثاني وأوله أول ليلة السادس عشر ، والثاني أنها تطلق في أول اليوم الأخير من آخر الشهر لأن آخر الشهر هو اليوم الأخير فوجب أن تطلق في أوله

وإن قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت على الوجه الأول في آخر اليوم الخامس عشر ، وعلى الوجه الثاني تطلق في آخر اليوم الأول . وإن قال أنت طالق في آخر أول آخر رمضان ، طلقت على الوجه الأول عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر ، لأن أول آخر الشهر ليلة السادس عشر ، وأخرها عند طلوع الفجر من يومها . وعلى الوجه الثاني تطلق بغروب الشمس من آخر يوم منه ، لأن أول آخره إذا طلع الفجر من آخر يوم منه ، فكان آخره عند غروب الشمس . وإن قال أنت طالق في أول آخر أول الشهر ، طلقت على الوجه الأول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر ، لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، فكان أوله طلوع فجره . وعلى الوجه الآخر تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر ؛ لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول يوم منه ، فكان أوله طلوع الفجر

(الشرح) إذا قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا ، فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ، فلا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة يقع في الحال ، لأن قوله أنت طالق إيقاع في الحال . وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية ، وهو لا يقبل التأقيت فيبطل التأقيت ووقع الطلاق . دليلنا أن ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعي وأبي هاشم والثوري وأحمد بن حنبل وإسحاق بن زاهر وبه وأبي عبيد وبعض أصحاب الرأي قالوا : إذا أوقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تأتي الصفة والزمن .

وقال ابن عباس في الرجل يقول لامرأته أنت طالق الى رأس السنة ، قال بطأفيا
بينه وبين رأس السنة ، وقد احتج الحمد بقول أبي ذر ، إن لي إبلا يرعاها عبد لي
وهو عتيق إلى الحول ، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتا لا بقاعه ، كقول الرجل
أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة . ومن ثم نخلص الى قول المصنف ، ان قال لها أنت
طالق الى شهر ولم يكن له نية الخ ، لجملة ذلك أنه إذا لم يكن له نية لم يقع عليها
الطلاق الا بعد مضي الشهر من حين عقد الصفة ، خلافا لأبي حنيفة ومالك ،
ولأن إلى تستعمل في انتهاء الفعل ، كقوله تعالى (ثم أتوا الصيام الى الليل)
ويستعمل في ابتداء الفعل ، فاذا احتمل الامرين فلا يقع به الطلاق في الحال
بالشك . وان قال أردت أن الطلاق يقع محاكاة ويرتفع بعد شهر وقع عليها في
الحال ، لأنه قيس قوله بما يحتمله ، وفيه تغليب عليه فقبل ؛ ولا يرتفع الطلاق
بعد شهر ، لان الطلاق اذا وقع لم يرتفع

(مسألة) قوله : وان قال أنت طالق في شهر رمضان طلقت بروية الهلال في
أول الشهر ، وهذا صحيح ، إذ أنه يقع الطلاق في أول جزء من الليلة الاولة
من شهر رمضان .

وقال أبو ثور : لا تطلق الا في آخر جزء من شهر رمضان ، وهذا خطأ لان
الطلاق اذا علق على شيء وقع بأول جزء منه ؛ كما إذا قال لها : اذا دخلت الدار
فأنت طالق فدخلت الدار في أول جزء منها طلقت . فإن قال أردت به الطلاق
في النصف أو في اخره لم يقبل في الحكم ، لان ذلك يخالف الظاهر ويدين فيما بينه
وبين الله تعالى لان قوله يحتمل ذلك

وإن قال أنت طالق في غرة شهر رمضان أو في غرة هلال رمضان أو في غرة
رمضان أو في رأس رمضان ان أو في أول رمضان طلقت في أول جزء من الليلة
الاولة من رمضان ، فإن قال أردت به نصف الشهر أو اخره لم يقبل في الحكم
ولا فيها بينه وبين الله تعالى لان لفظه لا يحتمل ذلك

وان قال : أردت بالغرة بعض الاولة من الشهر لم يقبل في الحكم لانه يؤخر
الطلاق عن أول وقت يقضيه ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى ، لانه يسمى غررا

وإن قال أنت طالق في نهار رمضان لم تطلق إلا بأول جزء من اليوم الأول من الشهر لأنه علقه بالنهار

(فرع) وإن قال : أنت طالق في آخر رمضان أو سلخ رمضان أو في انقصامه أو في حروجه طلقت لغيوبة الشمس في آخر يوم منه ، وإن قال أنت طالق في أول آخر رمضان ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج : تطلق في أول جزء من ليلة السادس عشر ، لأن أول الشهر هو النصف الأول وآخره النصف الثاني ، فكان أول آخره أول ليلة السادس عشر ، والثاني - وهو قول أكثر أصحابنا - وهو الأصح أنها تطلق بطلوع الفجر من اليوم الأخير من الشهر لأن آخر الشهر هو آخر يوم فيه ، فأوله طلوع فجره

وإن قال أنت طالق في آخر أول رمضان ، فعلى قول أبي العباس - تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، لأن أول الشهر عنده النصف الأول وآخر أوله غروب الشمس من اليوم الخامس عشر . وعلى قول أكثر أصحابنا يقع الطلاق في آخر الليلة الأولى من الشهر لأنها أول الشهر . هكذا ذكر ابن الصباغ . وأما الشيخان أبو حامد الأسفراييني وأبو إسحاق المرزى فقالا . تطلق على هذا آخر اليوم من الشهر ، وقول ابن الصباغ أقبس .

وإن قال أنت طالق في آخر أول آخر رمضان . قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي فعلى قول أبي العباس تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر ، لأن أول آخر الشهر ليلة السادس عشر وأخرها عند طلوع الفجر من آخر يوم منه فكان آخره عند غروب الشمس .

وإن قال أنت طالق في أول آخر أول رمضان - قال المصنف : طلقت على قول أبي العباس بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر ، لأن آخر أوله غروب الشمس من هذا اليوم فكان أوله طلوع الفجر منه

وعلى الوجه الثاني : تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر ، لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول يومه ، فكان أوله أول يوم من طلوع الفجر قال العمراني رحمه الله : وعندى أنها تطلق على هذا في أول جزء من الليلة الأولى من الشهر . لأن أول الشهر هو أول جزء من الليلة الأولى منه ، وآخر أوله آخر

جزء من هذه الليلة ، فكان أول آخر أوله هو أول جزء من تلك الليلة .
 (فرج) وإن قال أنت طالق في شهر قبل ما بعد قبله رمضان فاختلاف أصحابنا متى تطلق ؟ فمنهم من قال تطلق في أول رجب ، ومنهم من قال تطلق في أول شعبان — ولم يذكر في الفروع غيره — لأن الشهر الذي بعد قبله رمضان هو رمضان نفسه ، فالشهر الذي قبله شعبان . ومنهم من قال : تطلق في أول شوال وهو اختيار القاضي أبو الطيب وابن الصباغ . لأنه أول وقت الطلاق في شهر وصفه ، لأن قبل ما بعد قبله رمضان ، ذلك لأنه يقتضى أن قبله رمضان ، لأن ما بعد قبل الشهر هو الشهر نفسه ، وقبله رمضان

وقال ابن قدامة من الحنابلة في المغنى على متن الخرقي : وإذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لأنه أوله . وإن قال في أول آخره طلقت في آخر يوم منه لأنه آخره . وقال أبو بكر في الأولى : تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه . وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادسة عشرة منه ، لأن الشهر نصفان أول وآخر ، فآخر أوله بلى أول آخره ، وهذا قول أبي العباس بن مريج — يعنى من الشافعية — وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح . فإن ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ، ويصح نفيه عنه ، وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ، ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه فوجب أن لا يصرّف كلام الحالف اليه ولا يحمل كلامه عليه اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال أنت طالق اليوم طلقت في الحال لأنه من اليوم . وإن قال أنت طالق في غد طلقت بطولوع فجره . وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم تطلق ، لأنه لا يجوز أن تطلق اليوم لأنه لم يوجد شرطه ، وهو مجيء الغد ، ولا يجوز أن تطلق إذا جاء غد لأنه إيقاع طلاق في يوم قبله . وإن قال أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غدا طلقة أخرى ، لأن طلاق اليوم تعين . وقوله غدا يحتمل أن تكون طائفة بطلاقها اليوم . فلا توقع طلاقا بالشك ، وإن قال أردت طلقة في اليوم وطلقة في غد طلقت طلقتين ، لأن اللفظ

يحتمل ما يدعيه وهو غير متهم فيه ، لما فيه عليه من التخليط ، وان قال أردت نصف طلقه اليوم ونصف طلقه غداً طلقت طلقين ، طلقه بالابقاع وطلاقه بالسراية ، وان قال أردت نصف طلقه اليوم والنصف الباقي في غد فقيه وجهان (أحدهما) تطلق اليوم طاقه ولا تطلق غداً ، لان النصف الباقي قد وقع في اليوم فلم يبق ما يقع غداً .

(والثاني) أنه يقع في اليوم الثاني طاقه أخرى ، لان الذي وقع في اليوم بالسراية وبقي النصف الثاني فوقع في الغد فسرى .

وان قال أنت طالق اليوم أو غدا فقيه وجهان (أحدهما) تطلق غدا لانه يقين (والثاني) أنها تطلق اليوم لانه جعل كل واحد منهما محلاً للطلاق فتعاق بأولهما .

(الشرح) الاحكام : إذا قال لامرأته أنت طالق اليوم طلقت في الحال لانه من اليوم . وان قال لها اذا مضى يوم فأنت طالق ، فإن قال ذلك بالليل لم تطلق حتى تغيب الشمس من يوم تلك الليلة . وان قال ذلك بالنهار لم تطلق حتى يمضي باقي يومه ثم تنقضي الليلة التي يستقبلها ويبلغ من اليوم الثاني الى الوقت الذي عقد فيه الطلاق . وان قال أنت طالق إذا مضى اليوم ، فالذي يقتضيه المذهب أنه اذا قال ذلك في النهار طلقت بغروب الشمس من ذلك اليوم ، لان اليوم للتقريب (فرع) وان قال لها أنت طالق في غد طلقت بطولوع الفجر من الغد ، سواء قال ذلك ليلاً أو نهاراً ، أو ان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد ، قال أبو العباس ابن سريج لم تطلق ، لانه لا يجوز أن تطلق غداً ، لانه إيقاع طلاق في يوم قبله ، وان قال : أنت طالق اليوم غداً ، رجع اليه ما أراد بذلك ؟ فإن قال أردت أنها تطلق اليوم طلقه وتكون طالقاً غداً بتلك الطلقة لم يقع عابها الا طلقه ، لان قوله يحصل ذلك .

وان قال أردت انها تطلق اليوم طلقه وغدا طلقه طلقت طلقين : لان قوله يحتمل ذلك ، وقد أقر على نفسه بما فيه تغليظ عليه ، وإن قال أردت اليوم نصف طلقه وغدا نصف طلقه أخرى طلقت طلقين ، لان كل نصف يسرى

طلقة . وإن قال : أردت نصف طلقه اليوم ونصفها الباقي في غد ، وقع عليها في اليوم طلقه لأنه لا يمكن إيقاع نصف طلاق نسرى إلى طلقه ، وهل يقع عليها طلاق أخرى إذا جاء غد ؟ فيه وجهان
(أحدهما) لا يقع عليها لأن النصف الذي أوقعه قد سرى في اليوم الأول فلم يبق ما يقع في غد .

(والثاني) تطلق في غد طلاقه بائنة لأنه لم يقع عليها في اليوم الأول بإيقاعه إلا نصف طلقه ، وإنما الشرع أوجب سرايتها ، وقد أوقع عليها في الغد نصف طلقه فيجب أن تقع وتسرى ، وإن قال لا نية لي وقع عليها في اليوم طلقه لأنها يقين ولا يقع عليها في الغد طلاقه أخرى لأنه مشكوك فيها .

وإن قال أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان حكاهما المصنف هنا . أحدهما لا تطلق إلا غداً لأنه يقين ، والثاني أنها تطلق اليوم لأنه جعل كل واحد منهما محلاً للطلاق فتعلق بأولهما

(فرع) وإن قال لها : إذا جاء غد فأنت طالق ، أو عبدي حر بعد غد لم تطلق امرأته إذا جاء غد لأنه أوقع الطلاق غداً أو العتق بعد غد ، فإذا جاء بعد غد كان بالخيار بين أن يعين الطلاق في امرأته أو العتق في عبده ، كما لو قال لامرأته هذه طالق أو هذه .

(فرع) إذا قال لامرأته في يوم أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقه ، وقع عليها في الحال طلقه ، ووقعت عليها الثانية بطلوع الفجر من اليوم الثاني ، ووقعت الثالثة بطلوع الفجر من اليوم الثالث ، لأن ذلك أول وقت يقتضى وقوع الطلاق وإن قال لها أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام فإنها تطلق إذا مضت ثلاثة أيام وقع عليها الطلاق إذا طلع الفجر من اليوم الثالث لأن ذلك أول وقت يقتضى وقوع الطلاق . وإن قال أنت طالق في مضي ثلاثة أيام فإنها تطلق إذا مضت ثلاثة أيام قال ابن الصباغ : فإن قال ذلك بالليل طأقت إذا غربت الشمس من اليوم الثالث فإن قال ذلك بالنهار طأقت إذا جاء إلى مثل ذلك الوقت من اليوم الرابع . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال : إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت لأن رؤية الهلال في عرف الشرع رؤية الناس ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته . ويجب الصوم والفطر برؤية غيره ، وإن قال أردت رؤيتي لم يقبل في الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيه . لأنه يحتمل ما يدعيه ، فإن رآه بالنهار لم تطلق ، لأن رؤية هلال الشهر ما يراه في الشهر ، وهو بعد الغروب ، ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر إلا بما تراه بعد الغروب ، وإن غم عليهم الهلال فعدوا شعبان ثلاثين يوماً طلقت ، لأنه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة . وإن أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صار قرأ لم تطلق ، لأنه ليس بهلال حقيقة ، واختلف الناس فيما يصير به قرأ فقال بعضهم : يصير قرأ إذا استدار . وقال بعضهم : إذا بر ضوءه

(الشرح) الحديث أخرجه النسائي بإسناد صحيح عن ابن عباس . ورواه مسلم عنه بلفظ : إن الله قد أمده لرؤيته فإن أغمى عليكم فأكلوا العدة ، ورواه الترمذي وانظره لا تصوموا قبل رمضان ، صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن حالت دونه غيابة فأكلوا ثلاثين يوماً ، قال الترمذي : حديث حسن صحيح وللحديث طرق عند الشيخين بألفاظ أخرى مكانها كتاب الصوم وقد مضى . أما اللغات فقوله ، واختلف الناس فيما يصير به قرأ ، ففي القاموس : والقمر يكون في الليلة الثالثة ، والقمراء ضوءه .

وقال في غريب الشرح الكبير الموسوم بالمصباح المنير : قر السماء سمي بذلك لبياضه . وقال الأزهري : ويسمى القمر لثلاثين من أول الشهر هلالاً ، وفي ليلة ست وعشرين وسبع وعشرين هلالاً ، وما بين ذلك يسمى قرأ . وقال الفارابي وتبعه في الصحاح : الهلال ثلاث ليال من أول الشهر ثم هو قر بعد ذلك ، وقيل الهلال هو الشهر بعينه ، وسيأتي مزيد

أما الأحكام ، فإن قال لامرأته : إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق ، فإذا رآه آخر يوم من شعبان قبل الزوال أو بعده لم تطلق حتى تغيب الشمس من ذلك

اليوم ، لأن هلال الشهر ما كان في أوله لا قبله ، وإن لم يره بنفسه ، وإنما رآه غيره طلقت امرأته .

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة قال : لا تطلق إلا أن يراه بنفسه . وكذا حكى ابن قدامة ذلك عن أبي حنيفة أنه قال : لا تطلق إلا أن يراه بنفسه لأنه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبهه ما لو علقه على رؤية زيد

دلينا أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به برؤية نفسه أو برؤية غيره بدليل قوله صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فانكروا والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لهظ الخائف الى عرف الشرع . لحمل المطلق على ذلك العرف الشرعي ؛ قال لو قال : إذا صليت فأنت طالق ، فإنه ينصرف الى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء ، وفارق رؤية زيد ، فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة . وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمامه د طلقت ، لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد .

وإن قال : أردت إذا رأيته بعيني لم يقبل في الحكم عندنا لأن دعواه تخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه . هذا نزل أصحاب البغداديين . وقال المسمودي : هل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان . وقال أصحاب أحمد يقبل في الحكم لأنها رؤية حقيقية . فإذا غم عليهم الهلال فقد قال أبو إسحاق المرزى : إذا عدوا شعبان ثلاثين يوماً طلقت بمغيب الشمس من آخر يوم منه لأنه بالضرورة يعلم أن بعد ذلك هلال رمضان ، لأن الشهر لا يكون واحداً وثلاثين يوماً .

قال الشيخ أبو حامد وإن صح عند الحاكم رؤية الهلال ولم يعلم المطلق ، فإن كان شهر شعبان ناقصاً لم يلزمه حكم الطلاق حتى يعلم بالرؤية ، وإن كان شعبان تاماً لزمه الطلاق بغروب الشمس من آخر يوم من شعبان ، لأن الشهر لا يكون واحداً وثلاثين ، ولعل الشيخ أباحامد كما يقول العمري أراد به لا يلزمه حكم إذا كان شعبان ناقصاً قبل علمه ، أى إذا وطئها قبل علمه لأنه لم يأتم . وأما الطلاق فيحكم به عليه بأول جزء من الليلة التي رأى فيها الهلال ، ويلزمه المهر إن وطئ .

بعد ذلك ، سواء علم أو لم يعلم ، كما لو علقه بقدوم زيد ولم يعلم بقدومه .
 (فرع) وان قال اذا رأيت الهلال بنفسى فأنت طالق ، أو أطلق ذلك وقال
 أردت رؤيته بنفسى فلم يره حتى صار قرأ لم تطلق عليه إذا قيد ذلك ظاهراً وباطناً
 ولا يدين فيما بينه وبين الله تعالى إذا رآه لأنه ليس بهلال
 واختلف الناس فيما يصير به قرأ ، فتنهم من قال يصير قرأ إذا استدار . وقال
 بعضهم إذا جهر ضوؤه ، وقال بعضهم بعد ثلاثة . وقال ابن السكيت في متن كتاب
 الألفاظ : أول ما يرى القمر فهو الهلال ليلة يهل ليله وليلتين وثلاث ليال .
 ويقال كأنه هلال ليلتين أو قر بين صحابتين ؛ وقد أهللنا الهلال أى رأيناه ، وأهللنا
 الشهر واستهللناه أى رأينا هلاله ، الى أن قال : ويقال هلال ليلة وهلال ليلتين
 وهلال ثلاث ليال . ثم يقال قر بعد ثلاث ليال وذلك حين يقمر ، وليلة مقمرة
 ثم هو قر حتى يهل مرة أخرى ، وهو الشهر ليلة ينظر الناس اليه فيشهرونه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا قال : اذا مضت سنة فأنت طالق اعتبر مضى السنة بالأهلة
 لأنها هي السنة المهرودة في الشرع ، فإن كان العقد في أول الشهر فمضى اثنا عشر شهراً
 بالأهلة طلقت ، فإن كان في أثناء الشهر حسب ما بقي من الشهر الهلالى ، فان بقي
 خمسة أيام عد بعدها أحد عشر شهراً بالأهلة ثم عد خمسة وعشرين يوماً من
 الشهر الثانى عشر ، لأنه تعذر اعتبار الهلال في شهر فعد شهراً بالعدد ، كما نقول
 في الشهر الذى غم عليهم الهلال في الصوم

فإن قال أردت سنة بالعدد ، وهي ثلثمائة وستون يوماً ، أو سنة شمسية وهي
 ثلثمائة وخمسة وستون يوماً لم يقبل في الحكم ، لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق
 عن الوقت الذى يقتضيه ، لأن السنة الهلالية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوماً
 وخمس يوم ، وستة عشر يوم ، ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يشمل
 ما يدعى . وان قال : اذا مضت السنة فأنت طالق ، طلقت اذا مضت بقبه سنة
 التاريخ وهو انسلاخ ذى الحجة . قلت البقية أو كثرت ، لأن التعريف بالالف
 واللام يقتضى ذلك .

فان قال أردت سنة كاملة دين لأنه يحتفل ما يدعيه ولا يقبل في الحكم لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه ، فان قال أنت طالق في كل سنة طاقه حسبت السنة من حين العقد ، كما اذا حلف لا يكلم فلاناسنه جعل ابتداء السنه من حين اليمين ، وكما اذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الاجل من حين العقد فإذا مضى من السنه بعد العقد أدنى جزء طاقته ، لأنه جعل السنه محلاً للطلاق وقد دخل فيها فوقع ، كما لو قال أنت طالق في شهر رمضان فدخل الشهر

(الشرح) قوله التاريخ هو لفظ معرب وقيل عربى ، وهو بيان انتهاء وقته ، وسبب وضع التاريخ أول الاسلام أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتى برك مكتوب الى شعبان فقال : أهو شعبان الماضى أو شعبان القابل ، ثم أمر بوضع التاريخ ، وانفقت الصحابه على ابتداء التاريخ من هجرة النبي صلى الله عليه وسلم الى المدينة ، وجعلوا أول السنه المحرم ، ويعتبر التاريخ بالليالى ، لان الليل عند العرب سابق على النهار لأنهم كانوا أميين لا يحسنون الكتابة ، ولم يعرفوا حساب غيرهم من الامم فتمسكوا بظهور الهلال ، وإنما يظهر بالليل فجعلوه ابتداء التاريخ ، ثم صدق الله العظيم : يستلونك عن الآلهة قل هي مواقيت للناس والحج ،

أما الاحكام فإذا قال لامرأته : إذا مضت سنة فأنت طالق ، اعتبر ذلك من حين حلف ، فان كان في أول الشهر اعتبر جميع السنه بالاهله ، فإذا مضى اثنا عشر شهرا تامه أو ناقصه طلقت ، لان الاعتبار بالسنه الهلايه لقوله تعالى : يستلونك عن الآلهة ، الآية

وان كانت اليمين — وقد مضى بعض الشهر بأن مضى منه خمسة أيام — اعتد بما بقى من أيام هذا الشهر ، وعد بعده أحد عشر شهرا بالاهله : فان كان الشهر الذى حلف فيه تاماً لم تطلق حتى يمضى بعد الأحد عشر شهرا خمسة أيام لان الطلاق اذا كان في الشهر لم يمكن اعتباره بالهلال ، فاعتبر جميعه بالعدد بخلاف غيره من الشهور .

وان قال : أنا أردت سنة بالعدد وهى ثلاثمائة وستون يوماً وسنه شمسيه

وعى ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً لم يقبل في الحكم لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقضيه ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه . وإن قال : إذا مضت السنة فأنت طالق ، طلقت إذا انقضت سنة التاريخ ، وهو أن يسلمخ شهر ذى الحجة لأن التعريف يقضى ذلك . وإن قال أنا أردت سنة كاملة لم يقبل في الحكم لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقضيه ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

(فرع) وإن قال لها أنت طالق ثلاثاً في كل سنة طلقت ، وقع عليه - اطلقه عقب إيقاعه ، لأنه جعل السنة ظرفاً لوقوع الطلاق ، فإذا وجد أول جزء منها وقع الطلاق ، كما لو جعل الشهر أو اليوم ظرفاً للطلاق . فإن الطلاق يقع في أوله ، وهل تطلق في أول السنة الثانية والثالثة ؟ ينظر فيه ، فإن كانت في عدة من هذا الطلاق بأن طالت عدتها طلقت في أول كل سنة منها طلقت ، لأن الرجعية تلحقها الطلاق ، وإن كانت زوجته له في هذا النكاح بأن راجعها بعد الأولة قبل انقضاء عدتها فضى عليه سنة من حين البين الأولة طلقت طلقت ثانية وكذلك إذا راجعها بعد الطلقة الثانية ، فجاء أول الثانية وهي زوجته له من هذا النكاح وقعت عليها طلقة ثالثة . وإن جاء أول الثانية أو الثالثة وقد بان منه ولم يتزوجها لم يقع عليها الطلاق ، لأن البائن لا يلحقها الطلاق ، وإن تزوجها بعد أن بان منه فجاء أول الثانية أو الثالثة وهي زوجته له من نكاح جديد فهل يعود عليها حكم الصفه الأولة ؟ فيه قولان يأتي بيانهما إن شاء الله .

فإن قال أردت بقولي : في أول كل سنة ، أي أول سنة التاريخ وهو دخول المحرم لم يقبل في الحكم ، لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقضيه ويدين فيها بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه .

وجله ما مضى أنه إذا قال : أنت طالق في كل سنة طلقت فهذه صفة صحبته لأنه يملك إيقاعه في كل سنة . فإذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المادة عقيب يمينه . لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيب . كقوله : والله لا كلمك سنة فيقع في الحال طلقت . لأنه جعل السنة ظرفاً للطلاق فتقع في أول

جزء منها وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة إن دخلنا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجاعها في عدة الطلقة الأولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بان ، فإن انقضت عدتها فبان منه ودخلت السنة الثانية وهي بان لم تطلق لكونها غير زوجة ، فإن تزوجها في أثناءها انقضت قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لأنها جزء من السنة الثانية التي جعلها ظارفاً للطلاق ومحل له ، وكان سبيله أن تقع في أولها . هذا مذهبنا ومذهب الفقهاء كافة إلا ما رواه ابن قدامة عن بعض الخنابلة حيث قال : وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة . وعلى قول التيمي ومن وافقه تحمل الصفة بوجودها في حال البيوتة فلا تعود بحال .

وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طاعت الثالثة بدخول السنة الرابعة . وعلى قول القاضي لا تطلق إلا بدخول الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التيمي قد انحلت الصفة . وقال : واختلف في مبدأ السنة الثانية ، فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه . وكذلك قال أصحاب الشافعي . وقال أبو الخطاب - من أصحاب أحمد - ابتداء السنة الثانية من أول المحرم لأنها السنة المعروفة : فإذا علق ما يتكرر على تكرار السنين انصرف إلى السنين المعروفة : كقول الله تعالى ، أو لا يرون أنهم يفتنون في كل عام . الآية ، وإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لأنها سنة حقيقته . وإن قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولا يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصيل) وإن قال أنت طالق في الشهر الماضي فالمنصوص أنها تطلق في الحال ، وقال الربيع فيه قول آخر أنها لا تطلق . وقال فيمن قال لامرأته : إن طرت أو صعدت السماء فانت طالق أنها لا تطلق ، واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو علي بن خيران جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما

على قولين (أحدهما) تطاق لأنه علق الطلاق على صفة مستحيلة والغيب الصفة ووقع الطلاق، كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة في طلاقها: أنت طالق لسنة أو للبدعة (والثاني) لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع، وقال أكثر أصحابنا: إذا قال أنت طالق في الشهر الماضي طلقت. وإن قال: إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولاً واحداً، وما قاله الربيع من تخريجه، والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لا يستحيل في قدرة الله عز وجل، وقد جعل لجمع بن أبي طالب رضي الله عنه جناحان يطير بهما، وقد أمرى برسول الله صلى الله عليه وسلم، وإيقاع الطلاق في زمان ماضٍ مستحيل.

(الشرح) إن قال أنت طالق في الشهر الماضي فإنه يُسأل عن ذلك فإن قال أردت أني أوقع الطلاق الآن في الشهر الماضي، فالمنصوص أنها تطاق في الحال قال الربيع وفيها قول آخر أنها لا تطلق. واختلف أصحابنا فيه فقال أبو علي بن خيران: قد نص الشافعي على أنه إذا قال لها: إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق فإنها لا تطلق. وهذا تعليق طلاق بصفة محال، كإيقاع الطلاق الآن في زمان ماضٍ، لجعل الأولة على قولين، وهذه على وجهين (أحدهما) لا تطاق لأنه علق الطلاق على شرط فلا يقع قبل وجوده، كما لو علقه على دخولها الدار (والثاني) تطاق في الحال لأنه علقه على شرط مستحيل فالنهي الشرطي ووقع الطلاق. كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق لسنة أو للبدعة.

وقال أكثر أصحابنا: إذا قال أنت طالق للشهر الماضي، وقال أردت به إيقاع الطلاق الآن في الشهر الماضي، تطلق قولاً واحداً لما ذكرناه، وما حكاه الربيع فإنه من تخريجه.

وأما أحمد بن حنبل فظاهر كلامه فيمن قال أنت طالق أمس ولا نية له أن الطلاق لا يقع إذا كان قد تزوجها اليوم. وقال بعض أصحابه يقع الطلاق.

أما إذا قال لها أنت طالق إن طرت أو صعدت إلى السماء فعلى وجهين: (أحدهما) تطلق لأن الصعود إلى السماء أو الطيران ليس من الأمور المستحيلة عقلاً ولا شرعاً في الماضي. أما الحاضر فقد انتفت الاستحالة المرئية والمادية

بالطائرات والاقمار الصناعية والمحطات الفضائية . والوجه الثاني وهو المنصوص في الام أنها لا تطلق حتى توجد الصفة ، والفرق بينهما أن إيقاع الطلاق الآن في زمان ماضٍ مستحيل وجوده في العقل ، لأن الله تعالى ما أجرى العادة بمثل ذلك ، وإن كان غير مستحيل في قدرة الله تعالى .

قال العمراني في البيان : والطيران والصعود إلى السماء غير مستحيل وجوده في العقل ، لأن الله تعالى قد أجرى العادة بذلك إذ جعل ذلك الملائكة ، وقد أسرى بالنبي صلى الله عليه وسلم ، وقد يجعل الله لها إلى ذلك سبيلا اه
قلت : وقد جعل الله إلى ذلك لكل الناس سبيلا لا سبيلا ، والناس في عصرنا هذا يؤدون فريضة الحج ، فتقفز بهم الطائرات من القاهرة لتهبط في جعدة في ساعات قليلة ، فقد يصلى الظهر في القاهرة ثم يدرك العصر في جدة . ومن عجب أن المسلمين الذين يبحث فقهم في الممكنات والمستحيلات تنحط همهم ونخور عزائمهم عن أن يكونوا هم أصحاب القدح المعلى في ارتياد الفضاء وجوب الآفاق وقد استفهم كتاب الله ليبحثوا وينظروا ، واستنفرهم للغوص في مظاهر الكون واستنناه خفاياه ، فنقاعسوا عن أمره ، وتخلفوا عن توجيهه وهديه ، فمكنا ما كان ، وما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون

هذا ولأن إيقاع الطلاق في الزمن الماضي يتضمن وقوعه الآن لحكم عليه بالطلاق الآن . وإن قال : أردت بقولي أنت طالق في الشهر الماضي ، أى كنت طلقتهما في الشهر الماضي في نكاح آخر . أو طلقها زوج غيري في الشهر الماضي ، وأردت الإخبار عنه ، فإن صدقته الزوجه على أنه طلقها في الشهر الماضي أو طلقها زوج غيره في الشهر الماضي ، وأنه أراد بقوله هذا الإخبار عن ذلك ، فلا يمين على الزوج ولا طلاق .

وإن صدقته على طلاقه وطلاق زوجها الأول في الشهر الماضي وكذبت أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه أنه أراد ذلك ، لأن دعواه لا تخالف الظاهر ، وإن كذبت أنه يكون طلقها هو أو غيره في الشهر الماضي لم يقبل حتى يقيم البينة على ذلك لأنه يمكنه إقامة البينة على ذلك ، فإذا أقام البينة عاينه حاف أنه أرادها وإن لم يقيم البينة لم يقبل في الحكم لأن دعواه تخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين

الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه . وان قال : كنت طلقتهما في هذا النكاح في الشهر الماضي ، فإن صدقته الزوجة على ذلك حكمتنا بوقوع الطلاق من ذلك الوقت ، وكانت عدتها من ذلك الوقت . وان كذبت به فالقول قوله مع يمينه والفرق بينهما أن في التي قبلها يريد أن يوقع الطلاق من هذا النكاح فلم يقبل ، وهما لا يريد أن يرفعه وإنما يريد نقله الى ما قبل هذا فقبل ويجب عليهم العدة من الآن لأنها تقر أن هذا ابتداء عدتها وليس للزوج أن يسترجعها بعد انقضاء عدتها من الشهر الماضي ، لأنه يقر أن ابتداء عدتها من الشهر الماضي

وان قال : لم يكن لي نية حكم عليه بوقوع الطلاق في الحال ، لان الظاهر انه أراد تعليق ايقاعه الان في الشهر الماضي . وان مات أو جن أو أخرس فلم يعقل اشارته قبل البيان ، قال الشافعي في الام : حكم عليه بوقوع الطلاق في الحال ، وهذا يدل على ان الطلاق ينصرف الى ذلك .

(فرع) وان قال لها أنت طالق ان شربك ماء دجله أو النبيذ أو حملت جبل المقطم على رأسك ففيه قولان (أحدهما) لا يقع عليها الطلاق لأنه عاق الطلاق على صفة فلم يقع قبلها (والثاني) يقع في الحال لأنه عاقه على صفة مستحياة في العادة فالغيب الصفة وبقي الطلاق مجردا . وهذا اختيار الشيخ ابن حامد الاسفراييني والاول اختيار ابن الصباغ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال ان قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر ، فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدمه بشهر ، لأنه ايقاع طلاق بعد عقده . وان قدم قبل شهر ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالمستله قبلها ، وهو اذا قال أنت طالق في الشهر الماضي لأنه ايقاع طلاق قبل عقده (والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يقع الطلاق ههنا قولا واحدا ، لأنه عاق الطلاق على صفة ، وقد كان وجودها ممكنا فوجب اعتباره ، وايقاع الطلاق في زمان ماض غير ممكن فسدق اعتباره

(فصل) وان قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات قبل مضي شهر لم تطاق لتقدم الشرط على العقد ، وان مضي شهر ثم مات عقبه لم تطاق ، لأن وقوع

الطلاق مع اللفظ ، وإن مضى شهر وجزء ثم مات طالقت في ذلك الجزء . وإن قال أنت طالق ثلاثاً قبل قدوم زيد بشهر ، ثم خالعهما بعد يومين أو ثلاثة وتدم زيد بعد هذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لأنها بانء بالطلاق فلم يصح الخلع بعده ، وإن قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صح الخلع ، لأنه صادف الملك فلم يقع الطلاق بالصفة

(الشرح) الأحكام : إذا قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم زيد بعد هذا بشهر وزيادة تبيننا أن الطلاق وقع في لحظة قبل شهر من قدومه ، وبه قال زفر وأحمد بن حنبل وأصحابه

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقع الطلاق بقدوم زيد . دليلنا أنه أوقع الطلاق في زمان على صفة ، فإذا حصلت الصفة وقع فيه ، كما لو قال : أنت طالق قبل رمضان بشهر ، فإن أبا حنيفة وافقنا على ذلك ، وإن قدم زيد قبل شهر من وقت اليمين ففيه وجهان حكاهما المصنف

(أحدهما) أنها كما لو قال أنت طالق في الشهر الماضي ، فيكون على قولين عند ابن خيران أنها لا تطلق وعند سائر أصحابنا تطلق في الحال قولاً واحداً لأنه إيقاع طلاق قبل عقده .

(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا وهو المشهور أنها لا تطلق مهناً قولاً واحداً لأنه عاق الطلاق بصفة قد كان وجودها ممكناً ، فوجب اعتبارها وإيقاع الطلاق في زمن ماض غير ممكن فسقط اعتباره ، فعلى هذا إذا قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعهما الزوج ثم قدم زيد نظرت — فإن قدم زيد لأكثر من شهر من حين عقد الطلاق — فإن كان بين ابتداء الخلع والقدوم شهر فما دونه تبيننا أن الخلع لم يصح ، لأنه إذا كان بينهما أقل من شهر بان أن الطلاق بالصفة كان سابقاً للخلع . وإذا كان بينهما شهر لا غير بان أنها طالقت ثلاثاً قبل تمام الخلع فلم يصح . وإن كان بين ابتداء الخلع والقدوم أكثر من شهر تبيننا أن الخلع صحیح لأنه بان أن الخلع وقع قبل الطلاق بالصفة

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق قبل موتي بشهر الخ ، لجملة ذلك أنه إذا

قال لامرأته أنت طالق قبل موتى طلقت في الحال . لأن ذلك قبل موته وهو
 أول وقت يقتضيه الطلاق ، فوقع فيه الطلاق
 وإن قال أنت طالق قبيل موتى . قال ابن الحداد لا يقع في الحال ، وإنما يقع
 قبل موته بجزء يسير ، لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير ، وكذلك إذا قال
 أنت طالق قبيل رمضان طلقت إذا بقي من شعبان جزء يسير . وإن قال لها : أنت
 طالق مع موتى لم تطلق ، لأن تلك حال البينونة فلا يقع فيها طلاق . كما لو قال
 لها أنت طالق مع انقضاء عدتك . وكانت رجعية ، وكما لو قال لها أنت طالق بعد
 موتى . وإن قال لعبيده : أنت حر مع موتى عتق من الثلث ، كما يصح أن يقول :
 أنت حر بعد موتى .

وإن قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر ، فإن مات لأقل من شهر لم
 تطلق لتقدم الشرط على العقد . وإن مضى شهر بعد هذا ومات مع رأس الشهر لم
 تطلق ، لأن الطلاق إنما يقع بعد إيقاع لا مع الإيقاع . فلو حكمتنا بالطلاق
 ههنا لوقع معه .

• • •

وجه ما في الفصاين أن المسألة إذا كانت بحالها فإت أحدهما بعد عقد الصفة
 بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعه من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر ،
 لأننا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه . إلا أن
 يكون الطلاق رجعياً فإنه لا يقطع التوارث مادامت في العدة ، فإن قدم بعد المات
 بشهر وساعه تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع الدلاق ، فإن قال أنت طالق
 قبل موتى بشهر فإت أحدهما قبل مضى شهر لم يقع طلاق ، لأن الطلاق لا يقع
 في الماضي . وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعه تبينا وقوع الطلاق في تلك
 الساعه ؛ ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعياً ويموت في عدتها
 وإن قال أنت طالق قبل ولم يزد شيئاً طلقت في الحال ، لأن ما قبل موته من
 حين انعقدت الصفة محل للطلاق فوقع في أوله . وإن قال قبل موتك أو موت زيد
 فكذاك . وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار فقال بعض
 الفقهاء تطلق في الحال ؛ سواء قدم زيد أو لم يقدم ، بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين

أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقاً لما معكم من قبل أن نطمس وجوهاً فنردها
على أديبارها ، ولم يوجد الطمس في المأمورين
ولو قال لغلامه : اسقني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد بمثابة وان لم
يضربه ، ولو قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال ، وإنما
يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت ، لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذي
يبقى . وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر . قالوا تتعلق الصفة بأولها
موتاً لأن اعتباره بالثاني يفضى إلى وقوعه بعد موت الأول ، واعتباره بالأول
لا يفضى إلى ذلك فكان أولى . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ؛ فقدم ليلاً لم
تطلق لأنه لم يوجد الشرط . وإن قال أردت باليوم الوقت قبل منه لأنه قد
يستعمل اليوم في الوقت كما قال الله عز وجل : ومن يؤلم يومئذ دبره ، وهو غير
متهم فيه فقبل منه .

وان ماتت المرأة في أول اليوم الذي قدم زيد في آخره فقد اختلف أصحابنا
فيه ، فقال أبو بكر بن الحداد المصري : يقع الطلاق لأنه إذا قال أنت طالق في يوم
السبت طنقت بطلوع الفجر ، فإذا قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ،
فقدم وجب أن يقع بعد طلوع الفجر في اليوم الذي يقدم فيه زيد ، وقد قدم
وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب أن يقع الطلاق .

ومن أصحابنا من قال لا يقع لأنه جعل الشرط في وقوع الطلاق قدوم زيد
وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز أن يقع الطلاق ، ويخالف قوله أنت
طالق يوم السبت فإنه عاق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم ، وهمنا عاق على
شرطين اليوم وقدوم زيد ؛ وقدوم زيد وجد وقد ماتت المرأة فلا ياحقها الطلاق

(الشرح) إذا قال لامرأته أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد - قال
المصنف ههنا - فإن قدم زيد ليلاً لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط . وإن قال أردت
باليوم الوقت طلقت ؛ لأن اليوم قد يستعمل في الوقت . قال الله تعالى : ومن

يولهم يومئذ دبره ، وان ماتت المرأة في يوم ثم قدم زيد بعد موتها في ذلك اليوم فقيه وجهان . قال ابن الحداد : ماتت مطلقة فلا يرثها إن كان الطلاق بائناً . وقد مضى إيضاحنا لذلك في الفصل قبله . وكذلك إذا علق عتق عبده بذلك ثم باعه بعد ذلك بيوم و قدم زيد بعد البيع في ذلك اليوم تبيننا أن العتق وقع قبل البيع وأن البيع باطل ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب . لأن أول اليوم طلوع الفجر وإنما عرفه بقدم زيد فإذا قدم تبيننا أن الصفة وجدت بطلوع الفجر ، كما إذا قال أنت طالق يوم الخميس .

ومن أصحابنا من قال لا يقع عليها الطلاق ولا يصح العتق . وبه قال ابن سريج لأن معنى قوله يوم قدوم زيد ، أى في وقت قدوم زيد فلا تطلق قبله ، كما لو علقه على القدوم من غير ذكر اليوم .

(مسألة) إذا قال لاسرأتي : ان لم أتزوج عليك فأنت طالق ، فإن قيد ذلك بمدة — فإن لم يتزوج حتى بقي من المدة قدر لا يتسع لعقد النكاح طلقت . وإن أطلق اقتضى التأييد ، فإن مات أحدهما قبل أن يتزوج طلقت إذا بقي من حياة الميت أو ما لا يتسع لعقد النكاح — فإن كان الطلاق رجعيًا ورث الباقي منهما ، وإن كان بائناً — فإن مات الزوجه — لم يرثها الزوج ، وإن مات الزوج فهل ترثه ؟ فيه قولان . وإن قال : إذا لم أتزوج عليك فأنت طالق : فمضى بعد يمينه زمان يمكه أن يعقد فيه النكاح فلم يعقد طلقت عند من قال من أصحابنا أن إذا ، على الفور وإن تزوج عليها بر في يمينه .

وقال مالك وأحمد : لا يبر حتى يتزوج عليها من يشبهها في الجمال ويدخل بها دليلنا أن اليمين معقودة على التزويج بها وقد وجد ذلك بالعقد ، وإن كانت مما لا يشبهها . هذا نقل البغداديين

وقال المسعودى : إذا قال لاسرأتي ان لم أتزوج فأنت طالق لم تطلق ما لو لم يأس من تزويجه ، فلو مات قبل أن يتزوج — فإن قال : ان لم أتزوج عليك — طلقت قبل موته ، وإن أطلق لم تطلق ، فإن ماتت في الأولة وكان الطلاق بائناً لم يرثها ، وإن مات فهل ترثه ؟ فيه قولان

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(موصول) وإن قال : إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم ، فمضى اليوم ولم يطلقها ، ففيه وجهان (أحدهما) لا تطاق ، لأن مضي اليوم شرط في وقوع الطلاق في اليوم ، ولا يوجد شرط الطلاق إلا بعد مضي عمل الطلاق فلم يقع . والثاني يقع وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفري أبي رحمه الله ، لأن قوله : إن لم أطلقك اليوم معناه إن قاتني طلاقك اليوم فإذا بقي من اليوم ما لا يمكنه أن يقول فيه أنت طالق فقد قاتته فوقع الطلاق في بقيته . وإن قال لعبدته : إن لم أبعك اليوم فأمرأتى طالق ، فأعتقه طلقت المرأة ، لأن معناه : إن قاتني ببيعك ، وقد قاتته بيعة بالعتق .

(فصل) إذا تزوج بجارية أبيه ثم قال : إذا مات أبي فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج أنها لا تطلق لأنه إذا مات الأب ملكها فأنسخ النكاح ، ويكون الفسخ في زمان الطلاق فوقع الفسخ وأنسخ الطلاق ، قالوا قال رجل لزوجته : إن مت فأنت طالق ثم مات ، والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفري أبي رحمه الله أنها تطاق ولا يقع الفسخ . لأن صفة الطلاق توجد عقب الموت وهو زمان الملك ، والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ . وإن قال الأب لجاريته أنت حرة بعد موتي ، وقال الابن أنت طالق بعد موت أبي ، فمات الأب وقع العتق والطلاق ، لأن العتق يمنع من الدخول في ملك الابن ، فوقع العتق والطلاق معاً .

(الشرح) وإن قال لامرأته إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فخرج اليوم ولم يطلقها ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس أنها لا تطاق ، لأن الصفة توجد بخروج اليوم ، فإذا خرج اليوم لم يقع الطلاق لأنه قد فات . (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد أنها تطاق في آخر جزء من اليوم لأن معناه إن قاتني طلاقك اليوم فأنت طالق ، فإذا بقي من اليوم ما لا يمكنه أن يقول فيه فقد قاتته الطلاق فوقع الطلاق في ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا كتب : إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ونوى الطلاق فضع الكتاب لم يقع الطلاق لأنه لم يأتها الكتاب . وإن وصل وقد ذهبت الحواشي وبقي موضع الكتابة وقع الطلاق ، لأن الكتاب هو المكتوب . وإن أتتها وقد أحى الكتاب لم تطلق أيضا . لأنه لم يأتها الكتاب . وإن انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، فهو كالموجاهة كتاب فيه صورة . وإن جاء وقد أحى بعضه . فإن كان الذي أحى موضع الطلاق — لم يقع ، لأن المقصود لم يأتها ، وإن بقي موضع الطلاق وذهب الباقي فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق يقع لأن المقصود من الكتاب قد أتتها . ومن أصحابنا من قال : لا يقع لأنه قال : إذا جاءك كتابي هذا . وذلك يقتضى جميعه .

وإذا قال : إذا أتاك كتابي فأنت طالق ، فأتتها الكتاب وقد أحى الجميع إلا موضع الطلاق وقع الطلاق ، لأنه أتتها كتابه ، وإن قال : إن أتاك طلاق فأنت طالق . وكتب إذا أتاك كتابي فأنت طالق ونوى الطلاق وأتتها الكتاب طلقت طائفتين ، طائفة بجميع الكتاب ، وطائفة بجميع الطلاق .

(الشرح) إذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمر فكاتب : إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء ، وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال . وإن لم ينو شيئاً وقتلنا أن المطلق يقع به الطلاق نظرنا — فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط ، لأنه لو قال : أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء بسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى . وإن استمد اغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق ، كما لو سكت بعد قوله : أنت طالق اغير حاجة ثم ذكر شرطاً وإن قال : إنى كتبته مريداً للشرط فقياس قولنا وقول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقوله في الحكم على

وجوهين . وان كتب الى امرأته : أما بعد فأنت طالق ، طلقت في الحال ، سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه .

وان قال : كنت أمتحن القلم أو أجود الخط قبل في الحكم ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وان كتب اليها إذا وصلت كتابي هذا فأنت طالق فأثامها الكتاب طلقت عند وصوله اليها ، وان ضاع ولم يصلها لم تطاق ، لأن الشرط وصوله ، وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الصحيفة لم تطاق لأن الشرط وصوله . وان انطمس ما فيه لعرق أو غيره فكما قلنا في ذهاب كتابته : وان ذهبت حواشيه أو تحرق منه شيء لا يخرج منه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت : لأن الاسم باق ، فينصرف الاسم اليه ، وان تحرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب

فإن قال لها إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ، ثم كتب اليها : إذا أتاك كتابي فأنت طالق . فأثامها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين في مجيء الكتاب . فإن قال أردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقته دين . وهل يقبل في الحكم ؟ وجهان ويخرج على روايتين عند أصحاب أحد ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كفايه . ولا تصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ، ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة ، وبهذا قال بعض أصحاب أحد ، والأظهر عندم أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك ، ولا يكفي أن يشهد شاهدان بالخبرة أن هذا خطه . لأن الخط يشبه ويؤثر .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال ان قدم فلان فأنت طالق فقدم به ميتاً أو حمل مكرها لم تطاق لأنه ما قدم وإنما قدم به ؛ وان أكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالأولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم ، وان قدم مختاراً وهو غير عالم بالدين ، فإن كان ممن لا يقصد الزوج منه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت لأنه طلاق معاق

على صفة وقد وجدت الصفة وان كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه
فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً

(فصل) وإن قال: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فخرجت بالإذن
انحلت اليمين، فإن خرجت بعد ذلك بغير الاذن لم تطلق، لأن قوله إن خرجت
لا يقتضى التكرار، والدليل عليه انه لو قال لها: إن خرجت فأنت طالق فخرجت
مرة طلقت، ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال: ان خرجت مرة
إلا بإذني فأنت طالق وان قال: كلما خرجت إلا بإذني فأنت طالق ثم خرجت بغير
الاذن طلقت طلقة. وان خرجت مرة ثانية بغير الاذن وقعت طلقة أخرى.
وان خرجت مرة ثالثة وقعت طلقة أخرى لأن اللفظ يقتضى التكرار. وان
قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام ثم عدت
إلى غير الحمام لم يحنث لأن الخروج كان إلى الحمام. وان خرجت إلى غير الحمام ثم
عدت إلى الحمام حنث بخروجها إلى غير الحمام بغير الاذن. وان خرجت إلى الحمام
وإلى غيره وجمعت بينهما في القصد عند الخروج ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث لأن الحنث علقه على الخروج إلى غير الحمام، وهذا
الخروج مشترك بين الحمام وغيره

(والثاني) يحنث لأنه وجد الخروج إلى غير الحمام بغير الاذن وانضم إليه غيره
فوجب أن يحنث. كما لو قال: ان كلمت زيدا فأنت طالق ثم كلمت زيدا وعمراً.
وان قال ان خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فأذن لها ولم تعلم بالاذن ثم خرجت
لم تطلق لأنه عاق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الاذن وقد
وجد الاذن. والدليل عليه انه يجوز لمن عرفه أن يخبر به المرأة فلم يعتبر عليها فيه
كما لو قال: ان خرجت قبل أن أقوم فأنت طالق ثم قام ولم تعلم به

(فصل) وان قال لها: إن خالفت أمرى فأنت طالق، ثم قال لها لا تكلمى
أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره، وإنما خالفت نهيه. وان قال ان بدأتك
بالكلام فأنت طالق، وقالت المرأة: وان بدأتك بالكلام فعبيدى حر، فكلمها
لم تطلق المرأة ولم يعتق العبيد، لأن يمينه انحلت بيمينها بالاعتق ويمينها انحلت
بكلامه. وان قال أنت طالق ان كلمتك وأنت طالق ان دخلت الدار طلقت لأنه

كلمها باليمين الثانية . وان قال أنت طالق ان كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لأنه كلمها بالاعادة . وان قال ان كلمتك فأنت طالق فاعلى ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله : فاعلى ذلك . ومن أصحابنا من قال : ان وصل الكلام باليمين ام تطلق : لأنه من صلة الاول

(فصل) اذا قال لامرأته : ان كلمت رجلا فأنت طالق ، وان كلمت فقيها ، فأنت طالق ، وان كلمت طويلًا فأنت طالق ، فكلمت رجلا طويلًا فقيها طلقت ثلاثا ، لأنه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة

(فصل) وان قال ان رأيت فلانا فأنت طالق فراه ميتا أو نائما طلقت لأنه رآه ، وان رآه في مرآة أو رأى نطه في الماء لم تطلق لأنه ماراه وانما رأى مثاله وان رآه من وراء زجاج شفاف طلقت لأنه رآه حقيقة

(الشرح) ان قال لها : اذا قدم فلان فأنت طالق ، فمات قبل أن يقدم ثم قدم به لم تطلق لأنه لم يقدم وانما قدم به . وهكذا اذا أكره فقدم به محمولا لم تطلق لأنه لا يقال له قدم ، وان أكره حتى قدم بنفسه فهل تطلق ، فيه قولان كما لو أكل في الصوم مكرها على الاكل . وان قدم غير مكره والمخوف عليه خير عالم باليمين حنث الخالف ، وان كان غير عالم باليمين أو كان عالما ثم نسيها عند القدوم نظرت ، فإن كان القادم ممن لا يقصد الخالف منعه من القدوم كالسلطان والحجيج ، أو أجنبي لا يمتنع من القدوم لاجل بين الخالف طلقت : لأن ذلك ليس بيمين ، وانما هو تعليق طلاق بصفة وقد جاءت فوقع الطلاق ، كقوله : ان دخل الحمار الدار وطلعت الشمس فأنت طالق ؛ وان كان القادم ممن يقصد الخالف منعه من القدوم كقراءة الرجل أو قرابة المرأة أو بعض من يسوءه طلاقها ففيه قولان كالكواوين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا

وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : ينبغي أن يقال اذا كان المخوف على قدومه ممن يمنعه الخالف من القدوم باليمين أن يرجع الى قصد الخالف ، فإن قصد منعه من القدوم فهو كما مضى ، وان أراد أن يجعل ذلك صفة كان ذلك صفة قال الطبرى : فلو قدم المخوف عليه وهو مجنون ، فإن كان يوم عقد اليمين عاقلا

ثم جن بعد ذلك لم يقع الطلاق لأنه لا حكم لفعله في ذلك ، وإن كان في ذلك اليوم مجنوناً وقع الطلاق لأنه يجري مجرى الصفات .
 (فرع) وإن قال لها : إذا ضربت فلانا فأنت طالق ، فضربه بعد موته فقال أكثر أصحابنا : لم تطلق لأن القصد بالضرب أن يتألم به المضروب وهذا لا يوجد في ضرب الميت . هذا هو المشهور .

وقال ابن الصباغ : وهذا يخالف أصلنا لأننا لا نراعي إلا ظاهراً من اللفظ في اليمين دون ما يقصد به في العادة . ألا ترى أنه لو حلف : لا ابتعت هذا قاتلنا له وكيهه لم يحث . وإن كان القصد من الإتيان هو التملك له . وحقبة الضرب موجود في ضرب الميت وإن لم يألم به . ألا ترى أنه لو ضربه وهو نائم أو سكران لم يألم به . وإن ضربه ضرباً لا يؤلمه بر في يمينه اهـ

(مسألة) قوله : وإن قال : إن خرجت الخ ، لجملة ذلك أنه إذا قال لها : إن خرجت بغير إذن فأنت طالق ، فإن خرجت بغير إذنه طالقت ، فإن أذن لها فخرجت انحلت اليمين ، فإن خرجت بعد ذلك لم تطلق . وكذلك إذا قال : إن خرجت إلا بإذني ، أو قال إن خرجت إلا أن أذن لك ، أو حتى أذن لك أو إلى أن أذن لك فالحكم واحد .

وقال أبو حنيفة : إذا قال إلا بإذني ، أو قال إن خرجت بغير إذن فإذا خرجت بإذنه لم تنحل اليمين . ومتى خرجت بعد ذلك بغير إذنه حثت ، ووافقنا في اللفظ الثلاثة ، وخالف أحمد في كلها ، دليلنا أن اليمين تقدمت بخروج واحد لأن هذه الحروف لا تقتضي التكرار فلم يحث بها بعد الأول وإن قال كلها خرجت إلا بإذني فأنت طالق فخرجت بغير إذنه طالقت . وإن خرجت بغير إذنه ثانياً طالقت الثانية ، وإن خرجت بغير إذنه ثالثاً طالقت ثلاثاً ، لأن كلها يقتضي التكرار .

وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذن فأنت طالق ، فخرجت إلى غير الحمام بغير إذنه طالقت . وإن خرجت قاصدة إلى الحمام ثم عدت إلى غير الحمام بغير الإذن وانضم إليه غيره فطلقت . كما لو قال : إن كذبت زيداً فأنت طالق فكلمت زيداً وعمراً معاً . وإن أذن لها بالخروج فخرجت ولم تعلم بالإذن لم تطلق

لأن الصفة لم توجد لأنه شرط اذا خرجت بغير اذنه وقد وجد الإذن منه .
وان لم تعلم به . هذا هو المشهور

وحكى الطبري اذا خرجت على ظن أنها تطلق فهل تطلق ؟ فيه وجهان
الظاهر أنها لا تطلق بناء على القولين في الوكيل اذا تصرف بعد العزل
وقبل العلم بالعزل .

(مسألة) اذا قال لها : ان خالفت أمرى فأنت طالق ، ثم قال لا تتكلمى
أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره وانما خالفت نهييه ، وان قال لها : متى
نهيئني عن منفعة أمى فأنت طالق ، فقالت له : لا تعط أمك مالى ، لم تطلق لأنه
لا يجوز له أن يعطى أمه مال زوجته ، ولا يجوز للأم أن تنتفع به

(فرع) وان قال لها : ان كلمت زيدا فأنت طالق ، فكلمته بحيث يسمع كلامها
طلقت ، سواء سمعها أو لم يسمعها لوجود الصفة ، ولهذا يقال : كلمته فلم يسمع
وان كلمته وهو منها على مسافة بعيدة لا يسمع كلامها في العادة لم تطلق ؛ لأنه
لا يقال كلمته ، وان كان أصم فكلمته بحيث يسمع ولو كان سميماً ففيه وجهان .
(أحدهما) تطلق لأنها قد كلمته ، وانما لم يسمع لعارض ، فهو كما لو لم يسمع
لشغل (والثاني) لا تطلق لأن الاعتبار بما يكون كلاماً له . وذلك ليس بكلام له
كما يختلف الكلام في القرب والبعد . وان كلمته وهو ميت لم تطلق ، لأن الميت
لا يكلم . فإن قيل فقد كلم النبي صلى الله عليه وسلم فتلى بدر وهم في القلب حدث
قال صلى الله عليه وسلم يا عتبة يا شيبة يا فلان هل وجدت ما وعد ربكم حقاً ؟
فقيل يا رسول الله أتكلم الموتى وقد أرموا ؟ فقال ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ؛
ولكن لم يؤذن لهم في الجواب ،

قلنا تلك معجزة للنبي صلى الله عليه وسلم ، لأن الله رد إليهم أرواحهم حتى
يسمعوا كلام النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الاصل أن الميت لا يسمع . قال
الله تعالى وما أنت بمسمع من في القبور ، أنزل الكفار منزلة من في القبور ،
وان كلمته وهو نائم أو مغشى عليه لم تطلق كلمته ، وان كلمته وهي مجنونة ،
قال ابن الصباغ لم يحدث وان كانت سكرانة حدث ، لأن السكران بمنزلة الصاحي
في الحكم ، وان كلمته وهو سكران ، فإن كان بحيث يسمع حدث ، وان كان بحيث

لا يسمع لم بحث ، وإن قال لها : إن بدأتك بالكلام فأنت طالق ، ثم قالت له : إن بدأت بالكلام فعبدي حر فكلمها لم تطلق ولم يعتق العبد ، لأن يمينه انحلت بيمينها ويمينها انحلت بكلامه .

وإن قال لها : إن كلمتك فأنت طالق ، وإن دخلت الدار فأنت طالق ، طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية ، وإن أعاد اليمين الأولى طلقت لأنه كلمها . وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك طلقت لأنه كلمها بتدوله : فاعلمي ذلك . ومن أصحابنا من قال : إن وصله باليمين لم تطلق ، لأنه من صلة الأول والأول أصح . (فرع) وإن قال لها : أنت طالق إن كلمت زيدا وعمرا وبكر مع خالد — برفع بكر — فكلمت زيدا وعمرا طلقت ، لأن اليمين على كلامهما وقد وجد وقوله : وبكر مع خالد لا يتعاق باليمين . لأنه ليس بمعطوف على الأولين ، قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن ذلك يقتضي أن يكون لزيد وعمرو في حال كون بكر مع خالد مثل قوله تعالى : ثم أنزل علينا من بعد الغم أمنا نعاساً يغشى طائفة منكم ، وطائفة قد أهمتهم أنفسهم ، فكانت هذه الجملة حالا من الأولى . كذلك هي هنا . فإن كلمت زيدا أو عمرا لم تطلق لأن صفة الطلاق كلامهما ، وإن قال لها : أنت طالق إن كلمت زيدا وعمرا وخالدا فكلمت بعضهم لم تطلق . وإن قال أنت طالق إن كلمت زيدا ولا عمرا ولا خالدا ، فكلمت واحدا منهم طلقت وإن قال لها : إن كلمت زيدا إلى أن يقدم عمرو أو حتى يقدم عمرو فأنت طالق فإن كلمت زيدا قبل قدوم عمرو طلقت ، وإن كلمته بعد قدوم عمرو لم تطلق لأن حتى وإلى للغاية ، والغاية ترجع إلى الكلام لا إلى الطلاق فتصير كقوله أنت طالق إن كلمت زيدا إلى أن يشاء عمرو وحتى يشاء عمرو ، (فرع) وإن قال : إن رأيت فلانا فأنت طالق فرأته حيا أو ميتا طلقت ، لأن رؤيته حاصلة وإن كان ميتا .

قال ابن الصباغ : وإن رأته مكرهة فهل تطلق ؟ فيه قولان على ما ذكرناه في القدوم ، وإن رأته في سראה أو رأته في الماء لم تطلق لأنها ما رأته ، وإنما رأته خياله . وإن رأته من وراء زجاج شفاف طلقت لأنها رأته حقيقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وإن كانت في ماء جار فقال لها ان خرجت منه فأنت طالق ، وإن وقفت فيه فأنت طالق لم تطاق خرجت أو وقفت لان الذي كانت فيه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه ، وإن كان في فيها ثمرة فقال : ان أكلتها فأنت طالق ، وإن رميتها فأنت طالق ، وإن أمسكتها فأنت طالق ، فأكلت نصفها لم تطلق ، لأنها ما أكلتها ولا رميتها ولا أمسكتها .

وإن كانت معه ثمرة فقال : ان أكلتها فأنت طالق ، فرماها الى تمر كثير فأكل جميعه وبقى ثمرة لا يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها ، لم تطلق لجواز أن تكون هي المحلوف عليها فلم تطاق بالشك . وإن أكل تمرا كثيرا فقال لها : ان لم تخبرني بعدد ما أكلت فأنت طالق ، فعدت من واحد الى عدد يعلم أن الماء كحل دخل فيه لم تطاق لأنها أخبرته بعدد ما أكل ، وإن أكلت تمرا واختلط النوى فقال : ان لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق ، فأفردت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت .

وإن اتهمها بسرقة شيء فقال أنت طالق ان لم تصدقيني أنك سرقت أم لا ؟ فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق ، لأنها صدقته في أحد الخبرين ، وإن قال : ان سرقت مني شيئا فأنت طالق وسلم اليها كيسا فأخذت منه شيئا لم تطلق لان ذلك ليس بسرقة وإنما هو خيانة

{ فصل } وإن قال : من اشترتني بقدم زيد فهي طالق ؛ فأخبرته امرأته بقدم زيد وهي صادقة ، طلقت لانها بشرته . وإن كانت كاذبة لم تطاق ، لأن البشارة ما بشر به الانسان ولا سرور في الكذب . وإن أخبرته بقدمه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الاولى دون الثانية ، لان البشارة هي الاولى وإن أخبرته مائة مائة لا اشترا كهما في البشارة

وإن قال : من أخبرني بقدم زيد فهي طالق ، فأخبرته امرأته بقدم زيد طلقت ، صادقة كانت أو كاذبة ، لان الخبر يوجد مع الصدق والكذب ، فإن أخبرته احداها بعد الاخرى أو أخبرته مائة مائة لا اشترا لان الخبر وجد منهما

(الشرح) إذا كانت في ماء جار فقال لها : إن أقت في هذا الماء فأنت طالق وان خرجت منه فأنت طالق ، فأكثر أصحابنا قالوا لا تطلق ، سواء أقامت فيه أو خرجت منه ، لأن الإشارة وقعت إلى الماء الذي هو فيه ، فإذا ذهب وجاء غيره فلم تقم في الماء الذي تناولته البين ولم تخرج منه .

وقال القفال : عندي أنها على قولين كما لو قال لها : ان لم تشربي من هذا الكوب اليوم فأنت طالق ، فانصب ذلك أو كسر الكوب فهل تطلق ؟ على قولين فقال أبو علي الشيخي : وهذا يشبه هذا ، إلا أن الشرب قد فات من كل جهة . والمقام في ذلك الماء لم يفت بالجريان ، لأنها لو جرت في ذلك الماء بجريان الماء لكان يحنث بمكثها حتىجاوزها ذلك الماء . ألا ترى أنه لو حول ذلك الماء في الكوب إلى دار بحيث يمكنها الذهاب إليه للشرب في هذا اليوم فلم يفعل تعلقت به البين ، لأن الماء قائم بمكثها شرهه

ولو قال لها : إن لم تخرجي من هذا النهر الآن فأنت طالق فلم تخرج طلقت . لأن النهر اسم المكان الذي فيه الماء والخروج منه ممكن ، وان كانت في راسه فقال لها إن قتت في هذا الماء فأنت طالق وان خرجت منه فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تحمل منه مكرهة عقيب يمينه ، وان كانت على سلم فقال لها إن صعدته فأنت طالق ، وان نزلت منه فأنت طالق ، وان أقت عليه فأنت طالق . فالخلاص منه أن تتحول إلى سلم آخر أو تنزل منه مكرهة

(فرع) وان كان في فيها ثمرة وقال لها ان أكلتها فأنت طالق ، وان رميتها فأنت طالق ، وان أمسكتها فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تأكل بعضها . لأنها اذا فعلت ذلك فأأكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها .

وان قال لها : ان أكلتها فأنت طالق ، وان لم تأكلها فأنت طالق - فليكن ابن الصباغ أن الشيخ أباحامد قال : اذا أكلت بعضها لم تطلق : قال ابن الصباغ وهذا ليس بصحيح ، لأنها اذا أكلت بعضها فأأكلتها فيجب أن يحنث . والذي

قاله ابن الصباغ إنما يتصور الحنث في عدم أكلها وان ماتت المرأة أو تلفت باقي الثمرة قبل موتها ، فأما قبل ذلك فلا يتصور الحنث في عدم أكلها

قال العمراني : والذي رأيت في التعليق عن الشيخ أبي حامد : اذا قال اذا
أكلتها فأنت طالق وان أخرجتها فأنت طالق ، اذا أكلت بعضها لم يمضت ، لأنها
لم تأكلها ولم تخرجها .

وان قال : ان أكلت هذه التمرة فأنت طالق فرماها في تمر كبير واختلفت ولم
تتميز وأكل الجميع الا تمرة واحدة ، ولم يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها لم تطالق .
لجواز أن يكون هي المحلوف عليها ، والاصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق .
(فرع) وان أكلت تمرا كثيرا وقال : ان لم تخبرني بعدد ما أكلت فأنت
طالق ، أو قال ان لم تخبرني بعدد هذه الرمانة قيل كسر ما فأنت طالق ، فالخلاص
من الحنث أن تقول في الاولة أكلت واحدة أكلت اثنتين أكلت ثلاثا ، فلا
تزال تعدد واحدة بعد واحدة حتى يتيقن أن عدد الذي أكلته قد دخل فيما
أخبرت به . وكذلك تقول عدد حب هذه الرمانة واحدة اثنتين فتعد واحدة
واحدة حتى يعلم ان عدد حبهما قد دخل فيما أخبرت به

وان أكلت تمرا واختلفت النوى فقال : ان لم تميزي نوى ما أكلت أو ما أكل
كل واحد منا فأنت طالق ، فبقرت كل نواة لم تطاق لأنها ميتة — وان اتهمها
بسرقة شيء فقال لها أنت طالق ان لم تصدقيني أنك سرقت ، فقالت سرقت وما
سرقت لم تطاق لأنها صدقته في أحد الخبرين

وان قال لها : ان سرقت مني شيئا فأنت طالق ، فسلم اليها دراهم أو غيرها
فأخذت من ذلك شيئا لم تطاق ، لان ذلك ليس بسرقة بديل أن ليس في مثل ذلك
قطع على ما سنوضحه في الجنايات ان شاء الله

(مسألة) قوله : وان قال من بشرتني بقدم زيد الخ ، لجملة ذلك أنه اذا كان
له زوجات فقال لمن : من بشرتني بقدم زيد فهي طالق ، فقالت له واحدة قد
قدم وكانت صادقة ، طلقت لوجود الصفة ، فإن أخبرته الثانية بقدمه لم تطاق
لان البشارة ما دخل بها المرور — وقد حصل ذلك بقول الاولة — وان كانت
الاوله كاذبة لم تطاق لأنه لا بشارة في الكذب

وان قال لمن : من أخبرتني بقدم زيد فهي طالق ، فقالت له واحدة ممن
قد قدم ، طلقت ، صادقة كانت أم كاذبة ، لأن الخبر دخله الصدق أو الكذب .

فإن أخبرته بقدمه بمدها ثانية وثالثة ورابعة طلق ، لأنه عاق الطلاق بإخباره من إياه بقدم زيد ، والخبر قد يتكرر ممنون فوق الطلاق به . هذا نقل البغداديين والشيخ أبي حامد

وقال المسعودي : إذا قال أبتكن أخبرني بأن زيدا قد قدم فهي طالق ، فأخبرته واحدة ممنون ولم يكن قادما لم تطلق . وإن قال أبتكن أخبرني بقدم زيد فهي طالق ، فأخبرته واحدة ممنون بقدمه طلقت وإن لم يك قادما ، لأنه عاق الطلاق بالإخبار وقد وجد . وإن قال أبتكن بشرني بقدم زيد فهي طالق ، ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالإخبار على ما ذكره المسعودي (والثاني) أنه كما ذكره البغداديون .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال أنت طالق إن شئت ، فقالت في الحال شئت طلقت . وإن قالت شئت إن شئت ، فقال شئت لم تطلق ، لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق ، وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق ، كما لو قالت شئت إذا طلعت الشمس .

وإن قال أنت طالق إن شاء زيد فقال زيد شئت طلقت ، وإن لم يشأ زيد لم تطلق ، وإن شاء وهو مجنون لم تطلق لأنه لا مشيئة له ، وإن شاء وهو سكران فعلى ما ذكرناه من طلاقه ، وإن شاء وهو صبي ، ففيه وجهان (أحدهما) تطلق لأن له مشيئة ، ولهذا يرجع إلى مشيئته في اختيار أحد الأبوين في الحضائنه . (والثاني) لا تطلق معه لأنه لا حكم لمشيئته في التصرفات ، وإن كان أخرس فأشار إلى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه إذا أشار إلى الطلاق ، وإن كان ناطقا فخرس فأشار ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقع ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الأسفراييني رحمه الله ، لأن مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق

(والثاني) أنه يقع وهو الصحيح لأنه في حال بيان المشيئة من أهل الإشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقدم . ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صار

ناطقاً كانت مشيئته بالنطق . وان قال أنت طالق إن شاء المحار فهو كما لو قال أنت طالق ان طرت أو صعدت الى السماء وقد بيناه .

وإن قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان طلقت في الحال ، لأن معناه أنت طالق ليرضى فلان ، كما يقول لعبدته: أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله . وان قال أنت طالق لرضى فلان ، ثم قال أردت ان رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه لا يقبل ، لأن ظاهر اللفظ يقتضى انجاز الطلاق فلم يقبل قوله في (أحدهما) لا يقبل ، لأن ظاهر اللفظ يقتضى انجاز الطلاق فلم يقبل قوله في تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد ان دخلت الدار (والثاني) أنه يقبل لأن اللفظ يصلح للتعليل والشرط ، فقبل قوله في الجميع

(الشرح) وان قال لها أنت طالق إن شئت — فإن قالت في الحال شئت وكانت صادقة وقع الطلاق ظاهراً وباطناً لوجود الصفة ، وان كانت كاذبه وقع الطلاق في الظاهر ، وهل يقع في الباطن؟ فيه وجهان ، أحدهما لا يقع لأن قولها شئت إخبار عن مشيئتها بقلبها واختيارها للطلاق ، فإذا لم تشأ ذلك بقلبها لم يقع في الباطن .

(والثاني) يقع في الباطن لأن الصفة قولها شئت وقد وجدت فوقع الطلاق ظاهراً وباطناً كما لو علق الطلاق على دخولها الدار فدخلت

وإن قالت شئت ان شئت لم يقع الطلاق سواء شاء الزوج أو لم يشأ لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها المشيئة ، وإنما وجد منها تعليق المشيئة بمشيئته ، فهو كما لو قالت شئت اذا طلعت الشمس

(فرع) وان قال أنت طالق ان شاء زيد ، فإن قال زيد على الفور شئت وقع الطلاق ، وان لم يشأ على الفور لم يقع الطلاق . وان قال : أنت طالق ان شئت وزيد ، فإن قال في الحال شئت وقع الطلاق . وان شاء أحدهما دون الآخر لم تطلق لأنه علق الطلاق بمشيئتهما . وذلك لا يوجد بمشيئة أحدهما . وان قالت شئت ان شاء زيد ، فقال زيد شئت لم تطلق لأنها لم يوجد منها المشيئة ؛ وإنما وجد منها تعليق المشيئة .

(فرع) وان علق الطلاق على مشيئتها فشامت وهي مجنونة لم تطلق لأن المجنونة لا مشيئة لها ، وان شامت وهي سكرى فهي كالمو طاق السكران ، وان شامت وهي صغيرة ففيه وجهان . قال ابن الحداد لا تطلق ، لأن ذلك خبر عن مشيئتها واختيارها للطلاق والصغيرة لا يقبل خبرها (والثاني) تطلق ؛ لأن الصفة قولها شئت وقد وجد ذلك منها ، فهو كالمو طاق الطلاق على دخولها الدار فدخلت ولأن لها مشيئة ، ولهذا يرجع الى اختيارها لأحد الأبوين وان كانت خرساء فأشارت الى المشيئة وقع الطلاق ، كما اذا أشار الأخرس الى الطلاق . وان كانت ناطقة فخرست فأشارت ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن مشيئتها كانت بالنطق (والثاني) يقع اعتباراً بحالها وقت المشيئة . وان قال أنت طالق ان شاء الحمار فهو كالمو طاق أنت طالق ان طرت أو صعدت وقد مضى تخريجنا لقولي الإمام الشافعي والربيع

* * *

(فرع) وان قال أنت طالق ان كنت تحبيني ، أو ان كنت تبغضيني ، أو ان كنت معتقدة لكذا أو محبة لكذا ، رجح في ذلك اليها لأنه لا يعلم الا من جهتها قال الصيمري : وان قال لغريمه امرأتى طالق ان لم أجرك على الشوك ، ولا نية له فقد قيل : اذا ما طله مطالاً بعد مطال بر في يمينه وان قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان ولا نية له طالقت في الحال ، لأن معناه لا أجل فلان ، وليكن يرضى فلان ، فصارك قوله له بده : أنت حرته ، أو لرضى الله ، هكذا أفاده العمري وان قال أردت أن يرضى فلان شرط في وقوع الطلاق ، فهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنه يعدل بالكلام عن ظاهره فلم يقبل ، كالمو طاق أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار ، فعلى هذا يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه . (والثاني) يقبل في الحكم ، لأن قوله أو لرضى فلان يحتمل التعليل والشرط فإذا أخبر انه أراد أحدهما قبل منه ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال : ان كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق ، طلقت بكل واحدة من الصفتين ، وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطاق الا بوجودها ، سواء قدم الكلام أو الدخول ؛ لأن الواو تقتضي الجمع دون الترتيب . وان قال : ان كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق ، لم تطاق الا بوجود الكلام والدخول . والتقديم للكلام على الدخول ، لأن الفاء في العطف للترتيب فيصير كما لو قال : ان كلمتك ثم دخلت دارك فأنت طالق : وان قال : ان كلمتك وان دخلت دارك فأنت طالق طلقت بوجود كل واحدة منهما طلقة ، لأنه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منها جزاء

وان قال لزوجتين ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان ، فدخلت احدهما احدى الدارين ودخلت الثانية الدار الاخرى ففيه وجهان (أحدهما) تطلقان لأن دخول الدارين وجد منهما (والثاني) لا تطلقان وهو الصحيح : لأنه عاق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول احدى الدارين . كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد . وان قال : ان أكلنا هذين الرغيفين فأنتما طالقان ، فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً فهو لي الوجيه

(فصل) وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب ، ويسميه أهل النحو اعتراض الشرط على الشرط ، فإن لبست ثم ركبت طلقت ، وان ركبت ثم لبست لم تطلق لأنه جعل اللبس شرطاً في الركوب فوجب تقديمه .

وان قال أنت طالق اذا قلت اذا قدمت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود ، ويتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطاً في القيام . وان قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطية لأنه شرط في العطية الوعد ، وشرط في الوعد السؤال ، وكان معناه ان سألتني شيئاً فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق . وان قال ان سألتني ان أعطيتك ان وعدتك

فأنت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعدها ثم يعطيا ، لأن ، وما إن سألني
فأعطيتك إن وعدتك فأنت طالق

(فصل) وإن قال أنت طالق أن دخلت الدار ، بفتح الالف أو أنت طالق
أن شاء الله بفتح الالف ، وهو عن يعرف النحو طاعت في الحال ، لأن معناه
أنت طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عز وجل طلائك . وإن قال أنت طالق
أذ دخلت الدار ، وهو عن يعرف النحو طاعت في الحال لأن إذا ما مضى

(الشرح) إن قال لها : إن كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق ، فإن كلمها أو
دخل دارها طلقت ، وإن قال إن كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطاق إلا
بالدخول والكلام ، سواء تقدم الدخول أو الكلام ، لأن الواو تقتضي الجمع
دون الترتيب .

وإن قال : إن كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق لم تطاق حتى يكلمها ويدخل
دارها ، ويكون دخوله الدار عقيب كلامها . لأن حكم الفاء في العطف الترتيب
والتعقيب . وإن قال لها أنت طالق إن كلمتك ثم دخلت دارك لم تطاق حتى يكلمها
ويدخل دارها بعد كلامها بمدة ، سواء طال المدة أو لم تطال ، لأن ثم تقتضي
الترتيب والمهلة . وإن قال : إن كلمتك وإن دخلت دارك فأنت طالق طلقت بكل
واحد منهما طلاقة ، لأنه ككرر حرف الشرط فكان لكل واحد منهما جزاؤه

(فرع) وإن قال لاسرأتين له إن دخلتها هاتين الدارين فأنتما طالقان . فإن
دخلت كل واحدة منهما الدار طلقتا ، وإن دخلت أحدهما إحدى الدارين
والأخرى الدار الأخرى ففيه وجهان (أحدهما) يطلقان لأنها دخلتا الدارين
(والثاني) لا تطلق واحدة منهما لأنه يقتضي دخول كل واحدة منهما
الدارين . وإن قال لهما : أنتما طالقان إن ركبتا هاتين السيارتين فركبت كل
واحدة منهما سيارة ، فعلى الوجهين في الاولة .

وإن قال : إن أكلتاهن الرغيفين فأنتما طالقان ، فأكلت كل واحدة منهما
رغيفا . قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان كالدارين قال ابن الصباغ : وينبغي
أن يقع الطلاق ههنا وجهها واحدا ، لأن العين لا تنقد على أن تأكل كل واحدة

منها الرغيفين بخلاف دخول الدارين . وان قال لها أنت طالق ان أكلت هذا الرغيف وأنت طالق ان أكلت نصفه ، وأنت طالق ان أكلت ربهه . فإن أكلت جميع الرغيف طلقت ثلاثاً .

قال الصيمري وان أكلت نصفه طلقت ثلاثاً ، ولم يذكر وجهه ، فيجتمل أنه أراد لأنه وجد بأكل نصفه ثلاث صفات : أكل نصفه وأكل ربهه وأكل ثلثه . الا أن حرف دان ، لا يقتضى التكرار : الا ترى أنه لو قال : أنت طالق ان أكلت ربهه فأكلت نصفه لم تطلق الا واحدة ، فينبغي أن لا تطلق الا طائفتين لأنه وجد صفتان ، وهو أكل ربهه وأكل نصفه

(فرع) قال ابن الصباغ : اذا قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الاخرى فأنت طالق لم تطلق الا بدخولها ، لأنه علق الطلاق بدخولها . وان قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت الاخرى طلقت بدخول كل واحدة منهما ويفارق الاولى . لأنه جعل جواباً لدخولها .

(مسألة) قوله : وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب الخ ، فثاله اذا قال : أنت طالق ان كلمت زيدا ان كلمت عمرا ان ضربت بكرا ، لم تطلق حتى تضرب بكرا أولاً . ثم تكلم عمرا ثم تكلم زيدا ؛ لأن الشرط دخل على الشرط فتعلق الاول بالثاني ، كقوله تعالى : ولا ينفعكم نصحي ان أردت أن أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم ، وتقديره ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي ان أردت أن أنصح لكم .

وان قال : ان أكلت ان دخلت الدار فأنت طالق ، أو أنت طالق ان أكلت متى دخلت الدار أو متى أكلت متى دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار أولاً ثم تأكل لما ذكرناه ، فكذلك اذا قال لها أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تركب .

وان قال أنت طالق اذا قلت اذا قدمت لم تطلق حتى تقعد أولاً ثم تقوم . وان قال : أنت طالق ان أعطيتك ان وعدت ان سألتني لم تطلق حتى تسأله ثم يعطيه ثم يعطيه ، وبسميه النجوى اعترض الشرط على الشرط فبأنه في تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله .

(مسألة) قوله : وان قال أنت طالق أن دخلت الدار الخ جملة ذلك أن الذي ذكره الشيخ أبو حامد أنه إن لم يكن الحالف من أهل الإعراب كان ذلك بمنزلة قوله : إن بكسر الهمزة ، وان كان من أهل الإعراب وقع الطلاق في الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط ، وإنما هي للتعديل ، كما قال : أنت طالق لأنك دخلت الدار أو لأنك كلمتني إذا قال أنت طالق أن كلمتني . وقد جاءت أن للتعديل في القرآن في مواضع كثيرة منها على سبيل المثال قوله تعالى : يمينون عليكم أن أسلموا ، وتخرج الجبال هداً أن دعوا للرحمن ولداً ، وتخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم ،

وقال القاضي أبو الطيب : يقع الطلاق في الحال إلا إن كان الحالف من غير أهل الإعراب وقال : أردت به الشرط فيقبل ، لأن الظاهر أنه إذا لم يكن من أهل الإعراب أنه لا يفرق بين المفتوحة والمكسورة . قال ابن الصباغ : وهذا أولى ، لأنه قبل أن يتبين لنا مراده يجب حمل اللفظة على مقتضاه في اللغة ، فلا يكون عدم معرفته بالكلام بصارفاً عما يقتضيه بغير قصده . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط ثبت بقوله : إن دخلت الدار ، ولهذا لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ثبت الشرط : وان لم يأت بالفاء .

وان قال : ان دخلت الدار فأنت طالق . وقال أردت إيقاع الطلاق في الحال قبل من غير يمين لأنه اقرار على نفسه . وان قال أردت أن أجعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق آخر ثم سكت عن الجزاء قبل قوله مع اليمين ، لأنه يحتمل ما بعده .

وان قال أردت الشرط والجزاء وأقت الواو مقام الفاء قبل قوله مع اليمين لأنه يحتمل ما بعده . وان قال : وان دخلت الدار فأنت طالق . وقال أردت به الطلاق في الحال قبل قوله من غير يمين لأنه اقرار بالطلاق . وان قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه ، لأنه يحتمل ما بعده .

(فصل) اذا قال لزوجته وأجنبية احدا كما طالق : ثم قال أردت به الاجنبية فقبل قوله مع اليمين ، وان كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها رينب ، فقال زينب طالق ، وقال أردت بها الجارة لم يقبل ، والفرق بينهما أن قوله احدا كما طالق صريح فيهما ، وانما يحمل على زوجته بدليل ، وهو أنه لا يطلق غير زوجته فإذا صرفه الى الاجنبية فقد صرفه الى ما لا يقتضيه تصريحه فقبل منه ، وليس كذلك قوله زينب طالق ، لانه ليس بصريح في واحدة منهما ، وانما يتناولها من جهة الدليل وهو الاشتراك في الاسم ، ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته ، فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه .

(فصل) وان كانت له زوجتان اسم احدهما حفصة وامم الاخرى عمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة ، فقال لها أنت طالق ، ثم قال أردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بأنه أراد طلاقها . وان قال ظننتها حفصة فقلت أنت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها ، وان رأى امرأة اسمها حفصة فقال : حفصة طالق ولم يشر الى التي رآها وقع الطلاق على زوجته حفصة ولم يقبل قوله لم أرد لها ، لأن الظاهر أنه أراد طلاق زوجته ، ولم يعارض هذا الظاهر غيره .

(الشرح) قال أبو العباس بن مريج : وان قال ان دخلت الدار أنت طالق (بحذف الغاء) لم تطلق حتى تدخل الدار . وقال محمد بن الحسن يقع الطلاق في الحال . دليلنا أن الشرط يثبت بقوله ان دخلت الدار . ولهذا قال : أنت طالق ان دخلت الدار ثبت الشرط وان لم يأت بالفاء . . .

وان قال . ان دخلت الدار وأنت طالق ، مثل فإن قال : أردت الطلاق في الحال قبل قوله من غير يمين لأنه أقرب بما هو أغاظ عليه . وان قال : أردت دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق غيرها . وهو أني أردت ان أقول ان دخلت الدار وانت طالق فامرأتى الاخرى طالق او عبدي حر ، ثم سكنت عن طلاق الاخرى وعن عتق العبد قبل قوله مع يمينه ، لانه يحتمل ما يدعيه . وان قال : أردت ان أقول : ان دخلت الدار فأنت طالق وأقت الوار ، قام

القاف قبل قوله مع يمينه ، لأنه يحتمل ما بدعيه ،
(مسألة) ان قال لامرأته وأجنبيه إحداكما طالق سئل عن ذلك ، فإن قال
أردت به الزوجة قبل . وان قال : أردت به الاجنبيه وقالت الزوجة بل أردتني
فالقول قوله مع يمينه أنه ما أراها . وإنما أراد الاجنبية لأن الطلاق إنما يقع على
امرأته بأن يشير اليها أو يصفها .

وقوله : إحداكما ، ليس بإشارة اليها ولا بصفة لها فلم يقع عليها الطلاق ، وان
كانت له زوجته اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق ، وقال أردت
الجاره . وقالت زوجته بل أردتني ، فهل يقبل قوله في الحكم مع يمينه ؟ اختلف
أصحابنا فيه ، فقال القاضي أبو الطيب : يقبل قوله مع يمينه ، كما لو قال لزوجته
وأجنبيه إحداكما طالق .

وقال أكثر أصحابنا : لا يقبل لأن هذا الاسم يتناول زوجته وجارته تناولا
واحداً ، فإذا وقع الطلاق على من هذا اسمها كان منصرفاً في الظاهر الى زوجته
وغيره ، قوله إحداكما لأنه لا يتناول زوجته والاجنبية تناولا واحداً ، وإنما
يتناول إحداها دون الأخرى ، فإذا أخبر أنه أراد به الاجنبية دون زوجته قبل
منه لأن دعواه لا تخالف الظاهر .

(مسألة) وان كان له زوجتان زينب وعمرة ، فقال يا زينب فأجابته عمرة
فقال أنت طالق سئل عن ذلك فإن قال : علمت أن التي أجابتنى عمرة ، ولكني
لم أرد طلاقها وإنما أردت طلاق زينب ، طلقت زينب ظاهراً وباطناً ، لأنه
اعترف أنه طلقها . وطلقت عمرة في الظاهر لأنه خاطبها بالطلاق ، فالظاهر أنه
أراد علقها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لان ما قاله يحتمل ذلك . وان قال :
ان التي أجابتنى عمرة بل ظننتها زينب وأنا طلقت ، قال الشيخ أبو حامد فالحكم
فيها كالاول . وهو أن زينب تطلق ظاهراً وباطناً لاعترافه بذلك ، وتطلق عمرة
في الظاهر دون الباطن لأنه واجهها بالحطاب بالطلاق

وان قال : طلقت التي أجابتنى ولكن ظننتها زينب طلقت عمرة ولم تعاق
زينب لأنه أشار الى عمرة ، وان ظننها زينب فهو كما لو قال لاجنبية أنت طالق
وقال ظننتها زوجتي لم تطلق زوجته لان الطلاق انصرف بالإشارة الى التي أشار

اليها دون التي ظنها . وإن قال أردت عمرة وإنما ناديت زينب لامرأها بحاجة طلقت عمرة لأنه خاطبها ولا تطلق زينب لأن النداء لا يدل على الطلاق . وإن قال بإزنب أنت طالق وأشار إلى عمرة سئل عن ذلك : فإن قال قد علمت أن التي أشرت اليها عمرة ، ولكني لم أرد بها بالطلاق وإنما أردت طلاق زينب طلقت زينب ظاهراً وباطناً لا اعترافه بذلك . وطلقت عمرة في الظاهر لإشارته بالطلاق اليها ، وبين فيها بينه وبين الله تعالى ، لأن الحال يحتمل ما يدعيه . وإن قال لم أعلم أن هذه التي أشرت اليها عمرة بل ظننتها زينب ، ولم أرد بالطلاق إلا هذه التي أشرت اليها طلقت عمرة ولا تطلق زينب لأنه قد أشار بالطلاق اليها ولم يرد به غيرها ؛ واعتقاده أن هذه المشار اليها زينب لا يضر ، كما لو قال لأجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتي ، فإن زوجته لا تطلق

(فرع) وإن كان له زوجتان زينب وعمرة ، فقال كلما ولدت إحداكما ولداً فأنتها طالقان ، فولدت زينب يوم الخميس ولداً ثم ولدت عمرة يوم الجمعة وقع على كل واحدة منهما طلقة ثانية ، فلما ولدت زينب يوم السبت وقع على عمرة طلقة ثالثة ، ولم يقع على زينب بذلك طلاق لأن عدتها انقضت بوضعها إلا على الحكاية التي حكاه ابن خيران ، فلما ولدت عمرة يوم الأحد انقضت عدتها به .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قال لامرأته : إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم قال لها أنت طالق ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شيء ، كما إذا قل لها : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شيء ومنهم من قال يقع بقوله : أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبي عبد الله الحنفي لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع ما بقي بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق ، وهو قول أبي العباس بن مريج وأبي بكر بن الحداد المصري والشيخ أبي حامد الأسفرايني والقاضي أبو الطيب الطبري . وهو الصحيح عندي

والدليل عليه أن إيقاع الطلاق يؤدي إلى إسقاطه ، لانا إذا وقعنا عليها طلقة
لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثاً بحكم الشرط . وإذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقة
وما أدى ثبوته الى نفيه سقط . ولهذا قال الشافعي رحمه الله فيمن زوج عبده
بحرة بالثمن وضمن صداقها ؛ ثم باع العبد منها بثلث الألف قبل الدخول أن
البيع لا يصح لأن صحته تؤدي إلى إبطاله ، فإنه إذا صح البيع انفسخ النكاح بملك
الزوج ، وإذا انفسخ النكاح سقط المهر ، لأن الفسخ من جهتها ، وإذا سقط المهر
سقط الثمن ، لأن الثمن هو المهر ، وإذا سقط الثمن بطل البيع ، فأبطل البيع حين
أدى تصحيحه إلى إبطاله فكذلك ههنا . ويخالف الفسخ بالردة فإن الفسخ لا يقع
بإيقاعه وإنما تقع الردة والفسخ من وجباتها . والطلاق الثلاث لا ينافي الردة ،
فصححت الردة وثبتت موجبها وهو الفسخ ، والطلاق يقع بإيقاعه ، والثلاث قبله
تنافيه فمنع صحته . فعلى هذا إن حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيئاً
وأراد أن يفعله ولا يحنت فقال : إذا وقع على امرأتى طلاقى فهي طالق قبله ثلاثاً
ففيه وجهان (أحدهما) يحنت إذا فعل المحلوف عليه لأن عقد البين صح فلا يملك
رفعه (والثاني) لا يحنت ، لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه
بصفة أخرى ، والدليل عليه أنه إذا قال : إذا دخل رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً
صححت هذه الصفة ثم يملك إسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم
(الشرح) إذا قال لامرأته : متى وقع عليك طلاقى أو إذا وقع عليك طلاقى
فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم قال لها : أنت طالق ، فقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم
من قال : يقع عليها الطلاق الذي باشر إيقاعه ، وحكاه القاسم أبو الطيب عن
أبي العباس بن سريج ، وحكاه العمراني عن ابن القاصر (١) وقال : هو اختيار
(١) غلط ابن قدامة في المغنى من أمهات كتب الحنابلة في ذكره خلافاً بين
ابن القاسم وابن سريج من أصحابنا حيث قال الأول بوقوع الطلقة المباشرة وعدم
وقوع الطلاق المعلق في زمن قبله . وقال الثاني لا يقع طلاق مطلقاً ، لأن وقوع
الواحدة تقتضى وقوع الثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتنا يؤدي الى نفيها فلا
تثبت . اه الجزء السابع ص ٢٦٨ مطبعة الامام ، والصواب ما ذكرناه محصاه عن
أصحابنا هنا والله تعالى اعلم .

ابن الصباغ ، لأنه زوج مكاف أوقع الطلاق مختاراً فوجب أن يقع ، ولا يقع
الثلاث قبله ، لأن وقوعها يوجب ارتفاع الطلاق المباشر ، ولا يصح رفع طلاق
واقع ، ولأنه لو قال لها : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتد أو
أحدهما أو اشتراها لوقع الفسخ ولم تطلق الثلاث قبله كذلك هذا منه . وقال
أبو عبد الله الحنن الاسماعيلي : يقع الطلقة التي باشر إيقاعها ، ويقع تمام الثلاث
من الثلاث المعققة بالصفة ، وبه قال أصحاب أبي حنيفة

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع عليها الطلاق المباشر ولا الطلاق بالصفة ، بل
هذا حيلة لمن أراد أن لا يقع على امرأته بعد ذلك الطلاق ، وبه قال المازني
والشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقفال وابن الحداد ، وانقاض أبو الطيب
والحمالي والصيدلاني وهو ما صححه وأخذ به المصنف وتابعه العمرازي في البيان
قالوا لأنه لو وقع الطلاق الذي باشر إيقاعه لوقع قبله الثلاث بالصفة ، ولو وقع
الثلاث قبله لم يقع الطلاق المباشر . وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط قياساً على
ما قال الشافعي رضي الله عنه فبمصر زوج عبده بحرة بألف في الذمة وضمنها السيد
عنه ، ثم باع السيد منها زوجها بالألف قبل الدخول أن البيع لا يصح : لأن
إثبات البيع يؤدي إلى إسقاطه فسقط إثباته ، لأنها إذا ملكت بفسخ النكاح وادا
انفسخ النكاح سقط المهر ، لأن الفسخ من جهتها . وإذا سقط المهر سقط الثمن .
وإذا سقط الثمن بطل البيع .

وأما الجواب عما ذكره الأول فمتنقض بالثلاث المعققة بالصفة : فإنه قد
أوقعها وهو زوج مكاف مختار

وأما الفسخ فإنما وقع لأن إثباته لا يؤدي إلى إسقاطه بخلاف الطلاق .
إذا ثبت هذا فقد ذكر أصحابنا في طلاق التنافي مسائل إحداها المسألة التي مضت
والثانية ذكرها المازني في المنشور ، إذا قال لها : إذا طلقك طلاقاً أمالك به عليك
الرجعة فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فإن طلق المدخول بها طلقه أو طلقته بغير عوض
لم يقع عليها طلاق ، لأنه لو وقع عليها ذلك لملك عليها الرجعة ، ولو ملك عليها
الرجعة لوقع الثلاث قبله ، ولو وقع الثلاث قبله لم يقع ما بعده . وإن أوقع عليها
الثلاث أو ما دون الثلاث بعرض ، أو كانت غير مدخول بها وقع عليها الطلاق

المباشر لأنه لا يملك به الرجعة عليها فلا توجد صفة الثلاث قبله الثالثة : إذا قال لها : إذا طلقتك ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فإن طلقها ثلاثاً ان طلقتك غداً ، فإن طلقها غدا لم يقع عليها طلاق ، وإن طلقها بعد غد وقع عليها ما أوقعه الرابعة : إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة قبلها طلقة فهل يقع عليها طلقة فيه وجهان لما ذكرناه . الخامسة : رجل قال لامرأته : ان لم أحج في هذه السنة فأنت طالق ثلاثاً . ثم قال لها قبل أن يحج : إن حجت في هذه اليمين فأنت طالق ثلاثاً قبل حنثي .

قال القاضي أبو الطيب : وهذه تعرف بالعمانية ثم أثيرت في بغداد ، واختلف فيها القائلون بأن طلاق التنافي لا يقع ، فمنهم من قال : لا تنحل اليمين الأولى . فإن لم يحج في سنته طلقت ، لأن عقد اليمين قد صح فلم يرتفع . ومنهم من قال تنحل اليمين الأولى

قال القاضي أبو الطيب : وأجبت بذلك وبه حمل ، لأنه بعد هذا القول كقوله قبله ، فلو وقع الطلاق بالحنث لوقع الثلاث قبلها ، ولو وقع الثلاث قبلها لم يقع الطلاق بالحنث ، والقول الأول أن عقد اليمين لم يرتفع لا يصح لأنه يجوز أن يعلق الطلاق بصفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى بأن يقول : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً ، ثم يقول أنت طالق طلقة .

السادسة : إذا قال لزوجته متى دخلت جاريتي الدار وأنت زوجتي فهي حرة ومتى عتقت فأنت طالق ثلاثاً قبل عتقها بثلاثة أيام . ثم دخلت الأمة الدار لم تعتق الأمة ولم تطلق المرأة ، لأننا لو أعتقناها لوجدت الصفة بالطلاق الثلاث لأنها عتقت ، وقد قال لها : إذا عتقت فأنت طالق قبله بثلاثة أيام ؛ وإذا وقع الطلاق الثلاث قبله لم تكن له زوجة في حال دخولها الدار ، وإذا لم توجد صفة الحرية لم تعتق ، وإن لم تعتق لم يقع الطلاق .

السابعة : قال ابن الحداد : إذا كان عبد بين شريكين فقال أحدهما الآخر : متى أعتقت نصيبك منه فنصيبى منه حر قبل عتقك إياه بثلاثة أيام وهما وسران فأهل المقول له ثلاثاً فأكثر ثم أعتق نصيبه لم يعمل عتقه ، لأنه لو عمل لدل

على وقوع عتق صاحبه قبله . ولو وقع عتق صاحبه قبل عتقه لها ووقع عتقه .
وإذا لم يقع عتقه لم توجد الصفة في وقوع عتق الذي خاطبه .

قال القاضي أبو الطيب : لا يحتاج الى قوله بثلاث ، بل يكفي قوله قبل عتقك
ولا يحتاج الى يسار المقول له ، وإنما يحتاج الى يسار القائل وحده . فإذا أعتق
المقول له نصيبه لم يعتق لأنه لو عتق نصيبه لعتق نصيب القائل قبله ، ولو عتق
نصيب القائل لسرى الى نصيب المقول له ، لأنه موسر ، وإذا سرى الى نصيبه لم
يصح اعتاقه لنصيبه فكان إثبات عتق نصيبه يؤدي إلى إسقاطه فسقط حكم إثباته
واقفه تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانث منه
ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) لا يعود حكم الصفة في النكاح الثاني ، وهو اختيار المازني لأنها
صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق ، كما لو قال لا جنبيه : إن
دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها ودخلت الدار

(والثاني) أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح ، لأن العقد والصفة
وجدا في عقد النكاح فأشبهه إذا لم يتخللها بينهما .

(والثالث) أنها إن بانث بما دون الثلاث عاد حكم الصفة ، وإن بانث بالثلاث
لم تعد ، لأن بالثلاث انقطعت علائق الملك ، وبما دون الثلاث لم تنقطع علائق الملك
ولهذا بنى أحد العقدين على الآخر في عدد الطلاق فيها دون الثلاث ولا يبنى بعد
الثلاث . وإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفة ففيه
وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم الزوجه إذا بانث بما دون الثلاث ، لأنه يمكنه أن
يشتره بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث (والثاني) أنه كالبائن
بالثلاث ، لأن علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت في البائن بالثلاث

(فصل) وإن علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة في حال
البيئونه انحلت الصفة ، فإن تزوجها لم يعد حكم الصفة ، وكذلك إذا علق عتق

عنده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتره انحللت الصفة ، فإن اشتراه لم يعد حكم الصفة .

وقال أبو سعيد الاصطخري رحمه الله : لا تنحل الصفة لأن قوله إن دخلت الدار فأنت طالق مقدر بالزوجه . وقوله إن دخلت الدار فأنت حر مقدر بالملك لأن الطلاق لا يصح في غير الزوجية والعنق لا يصح في غير ملك فيصير قالو قال : إن دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق ، وإن دخلت الدار وأنت مملوكة فأنت حر ، والمذهب الاول . لأن البين إذا علققت على عين تعلقت بها ، ولا نقدر فيها الملك ، والدليل عليه أنه لو قال : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، والدار في ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق ، ولا يجعل كما لو قال : إن دخلت هذه الدار وهي في ملكي فأنت طالق ، فكذلك هنا . والله أعلم

(الشرح) قوله : إذا علق طلاق امرأته على صفة الخ ، لجملة ذلك أنه إذا علق طلاقها على صفة فبانت منه قبل وجود الصفة ثم تزوجها ثم وجدت الصفة في النكاح الثاني فهل يعود حكم الصفة وتطلق ؟ فيه قولان : قال في القديم : إن أبانها بدون الثلاث عاد حكم الصفة قولاً واحداً . وإن أبانها بالثلاث فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان

وقال في الجديد : إن أبانها بالثلاث ثم تزوجها فإن حكم الصفة لا يعود قولاً واحداً ، وإن أبانها بدون الثلاث فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان ، فالقديم أقرب الى عود الصفة ، فحصل في المسألتين ثلاثة أقوال (أحدها) لا يعود حكم الصفة سواء بانث بالثلاث أو بما دونها ، وهو اختيار المازني وأبي إسحاق المروزي لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل نكاح ، فلو قاننا يعود حكم الصفة لكان هذا طلاقاً قبل نكاح ، لأنه عقد قبل هذا النكاح فلم يحكم بوقوعه ، كما لو قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ثم دخلت الدار

(والثاني) يعود حكم الصفة سواء بانث بالثلاث أو بما دونها ، وبه قال أحد قال الشيخ أبو إسحاق هنا والمحملي : وهو الصحيح ، لأن عقد الطلاق والصفة وجدوا في ملك فهو كما لو لم يتحللها بشوته

(والثالث) ان بانء بما دون اللئلاء ثم تزوجهما عاد حكم الصفة . وإن بانء بالئلاء لم يعد حكم الصفة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، لأنها اذا بانء بما دون اللئلاء ، فإن أءء النكاحين بانءنا على الآخر فى عدد الطلاق ، فئكذلك فى حكم الصفة ، واذا بانء بالئلاء فإن أءءهما لا يبين على الآخر فى عدد الطلاق فئكذلك فى حكم الصفة ، واذا بانء بالئلاء فإن أءءهما لا يبين على الآخر فى عدد الطلاق فئكذلك فى حكم الصفة .

(فرع) وان قال لعبده : ان دخلء الءار فأنت حر فباعه ثم اشءراه ثم دخل الءار ففيه وجهان ، من أءءابنا من قال : حكمه حكم الزوجة اذا بانء بما دون اللئلاء ، لأنه يمكنه أن يسءرءه بعد أن باعه كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون اللئلاء قبل زوج ، فعلى حكم الصفة على قولين . ومنهم من قال حكمه حكم الزوجه اذا بانء بالئلاء ، لان علاءق المملك قد زالت بالببيع كما زالت بالبئونة بالءلاء فعلى هذا لا يعود حكم الصفة على القول الجءىء قولاً واحداً ، وعلى القول القءىم على قولين .

(فرع) وان علق طلاق امرأءه على صفة بحرء لا يقضىء الشكرار ، مثل ان قال : ان كالمء زبءا فأنت طالق ئلائنا فأبانءا قبل كلامها لو بء فئكلمء زبءا فى حال البئونة ثم تزوجهما ، فإن حكم الصفة لا يعود ، فإن كذءه بعد النكاح لم تطلق ، وهذه حيلة فى اءطال تعليق الطلاق اللئلاء بصفة بان يخالءهما بما دون اللئلاء - أو باءظ المءام - اذا قلنا انه فسخ - ثم تؤخذ الصفة فى حال البئونة فإن خالف ووطئها تعلق به حكم الوطء المحرم وانءلمت الصفة ، وكئكلك اذا قال لعبده : ان دخلء الءار فأنت حر فباعه ثم دخل الءار ثم اشءراه فإن حكم الصفة لا يعود . وقال أبو سعءىء الاصءطخرى يعود حكم الصفة ، وبه قال أءء ومالك لأن عقد الصفة مقءر بالمملك فصار كما لو قال : ان دخلء الءار وأنت زوجءى فأنت طالق أو قال لعبده : ان دخلء الءار وأنت عبءى فأنت حر . قال فى البئان : وهذا غلط ، لأن الئمين اذا علقء بصفة فإنها تءءاق بالصفة الءى علق بها اللفظ ، لا ءءبءر صفة أخرى لم يءلفظ بها . كما لو قال لها : ان دخلء هذه

الدار فأنت طالق ، فباع الدار ودخلتها ، وإن كان بحرف يقتضي التكرار بأن قال لها : كلما دخلت الدار فأنت طالق فأبانتها ودخلت الدار في حال البيئونة ثم تزوجها ودخلت الدار في النكاح الثاني لم تطلق بدخولها الدار في حال البيئونة ، وهل تطلق بدخولها الدار بعد النكاح الثاني ؟ على الأقوال الثلاثة في التي قبلها ، والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبتنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله :

باب الشك في الطلاق واختلاف الزوجين فيه

إذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق ؟ لأن الشكاح يقين واليقين لا يزال بالشك . والدليل عليه ما روى عبد الله بن زيد رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً . والورع أن يلتزم الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم : دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ، فإن كان بعد الدخول راجعاً وإن كان قبل الدخول جدد نكاحها ، وإن لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين ، وإن شك في عدده بنى الأمر على الأقل ، لما روى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أو واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة ، وإن لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثاً فليبن على اثنتين ، وإن لم يدر ثلاثاً صلى أم أربعاً فليبن على ثلاث ، وبسجد سجدتين قبل أن يسلم ، فرد إلى الأقل . ولأن الأقل يقين والزيادة شكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك ، والورع أن يلتزم الأكثر : فإن كان الشك الثلاث وما دونها طلقها ثلاثاً حتى تحل لغيره بيقين .

(فصل) وإن كانت له امرأتان فطلق أحدهما بعينها ثم نسيها أو خفيته عليه عينها ، بأن طلقها في ظلمة أو من وراء حجاب . رجوع اليه في تعيينها لأنه هو المطلق ، ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين ويؤخذ بنفقة: هما إلى أن يعين لأيهما محبوبتان عليه ، فإن عين الطلاق في إحدهما فيكذبناه خلف للأخرى ،

لأن المعينة لو رجع في طلاقها لم يقبل . وإن قال طلقت هذه لا بل هذه طالقاً في الحكم ، لأنه أقر بطلاق الأولى ثم رجع إلى الثانية ، فقبلنا إقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه في الأولى ؛ وإن كن ثلاثاً فقال : طلقت هذه لا بل هذه لا بل هذه طلقت جميعاً .

وإن قال طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الأولين وأخذ بتعيينها لأنه أقر أنه طلق إحدى الأولين ، ثم رجع إلى أن الماطقة هي الثالثة فلزمه ما رجع إليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به . وإن قال طلقت هذه لا بل هذه أو هذه طلقت الأولى وواحدة من الآخرين . وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ ببيان الطلاق في الأولى والآخرين ، فإن عين في الأولى بقيت الآخران على النكاح .

وإن قال لم أطلق الأولى طلقت الآخران ، لأن الشك في الأولى والآخرين فهو كما لو قال : طلقت هذه أو هاتين ، ولا يجوز له أن يمين بالوطء ، فإن وطئ أحداهما لم يكن ذلك تعييناً للطلاق في الأخرى ، فيطالب بالتعيين بالقول ، فإن عين الطلاق في الموطوءة لزمه مهر المثل ، وإذا عين وجبت العدة من حين الطلاق (فصل) وإن طلق إحدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقة: هما إلى أن يمين ، وله أن يمين الطلاق فيعين شيئاً منها . فإن قال هذه لا بل هذه طلقت الأولى ولم تطلق الأخرى لأن تعيين الطلاق إلى اختياره وليس له أن يختار إلا واحدة ، فإذا اختار إحداها لم يبق له اختيار ، وهل له أن يمين الطلاق بالوطء فيه وجهان (أحدهما) لا يمين بالوطء ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن إحداها محرمة بالطلاق فلم يمين بالوطء . كما لو طلق إحداها بيمينها ثم أشكك فعلي هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول ؛ فإن عين الطلاق في الموطوءة لزمه المهر (والثاني) يمين ، وهو قول أبي إسحاق واختيار المازني وهو الصحيح لأنه اختيار شهوة ، والوطء قد دل على الشهوة . وفي وقت العدة وجهان (أحدهما) من حين يلفظ بالطلاق ، لأنه وقت وقوع الطلاق (والثاني) من حين التمين ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة رحمه الله تعالى ، لأنه وقت تعيين الطلاق .

(فصل) وإن ماتت الزوجتان قبل التعمين وبقي الزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج ، فإن كان قد طلق إحداها بعين الطلاق في إحداها أخذ من تركه الأخرى ما يخصه ، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وإن كان قد طلق إحداها بغير عينها فمدين الطلاق في إحداها دفع اليه من مال الأخرى ما يخصه ، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين ، لأن هذا اختيار شهوة . وقد اختار ما اشتمى .

وإن مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لها من ماله نصيب زوجة إلى أن يصطلحا لأنه قد ثبت إرث إحداها بيمين ، وليست إحداها بأولى من الأخرى فوجب أن يوقف إلى أن يصطلحا ؛ لأنه قد ثبت إرث إحداها بيمين ، فإن قال وارث الزوج أنا أعرف الزوجة منها ففيه قولان

(أحدهما) يرجع إليه لأنه لما قام مقامه في استلحاق النسب قام مقامه في تعيين الزوجة (والثاني) لا يرجع إليه ، لأن كل واحدة منهما زوجة في الظاهر ، وفي الرجوع إلى بيانه إسقاط وارث مشارك ، والوارث لا يملك إسقاط من يشاركه في الميراث . واختلف أصحابنا في موضع القواين فقال أبو إسحاق : القولان فيمن عين طلاقهما أشكلت ، وفيمن طلق إحداها من غير تعيين . ومنهم من قال : القولان فيمن عين طلاقهما أشكلت لأنه أخبار بخلاف أن يخبر الوارث عن الموروث . وأما إذا طلق إحداها من غير تعيين فإنه لا يرجع إلى الوارث قولاً واحداً لأنه اختيار شهوة ، فلم يرقم الوارث فيه . مقام الموروث قالوا أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعاً منهم .

(الشرح) حديث عبد الله بن زيد ، وهو عبد الله بن زيد بن عاصم أبو محمد الأنصاري النجاري المازني عم عباد بن تميم وحديثه هذا أخرجه البخاري في الطهارة عن علي بن عبد الله وعن أبي الوليد وفي البيوع عن أبي نعيم ، وأخرجه مسلم في الطهارة عن زهير بن حرب وعمر بن الخطاب وأبو داود فيه عن قتيبة ومحمد بن أحمد بن أبي خلف ، وعند النسائي فيه عن قتيبة وعند ابن ماجه فيه عن محمد بن الصباح . وأما حديث دح ما يريك إلى مال يريك ، فقد أخرجه أحمد في مسنده عن أنس ؛ والنسائي عن الحسن بن علي والظاهراني عن وابصة بن معبد

والخطيب البغدادي عن ابن عمر وأخرج بن قانع في معجمه عن الحسن بن علي مرفوعاً : «دع ما يربيك إلى ما لا يربيك فإن الصدق يتجى» ،

وأخرج أحمد في مسنده والترمذي وابن حبان عن الحسن بن علي مرفوعاً : «دع ما يربيك إلى ما لا يربيك فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة» ، وقال في النهاية : «يربك» ، بروى بالفتح وضمها قال المناوي : «وفتحها أكثر» .

وأما حديث عبد الرحمن بن عوف فقد رواه الترمذي وقال : «حديث حسن صحيح» ، وقد أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري ، ورواه البخاري عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود بنحوه ، أما الشك فإنه التجويز المرجوح والظن هو التجويز الراجح ، والوهم هو تردد الخاطر بين الظن والشك : «وأما اليقين فهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع فهذه هي مراتب العلم وما يتورها من حديث النفس أما الأحكام : فإذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم يلزمه الطلاق وهو إجماع ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق . قال الشافعي رضي الله عنه : «والورع والاحتياط أن يحدث نفسه : فإن كان يعرف من عادته أنه إذا طلق امرأته طلق واحدة أو اثنتين راجعاً» . وإن كان يعرف من عادته أنه يطلق الثلاث طاقها ثلاثاً لنحل لغيره بيقين ، وإن تيقن أنه طلق امرأته وشك هل طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ؟ لم يلزمه إلا الأقل ، والورع أن يلتزم الأكثر وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل . وقال مالك وأبو يوسف : «يلزمه الأكثر» . دليلنا : أن ما زاد على القدر الذي يتيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه ، كما لو شك في أصل الطلاق ،

(مسألة) إذا كان تحت زوجته فطلق إحداها وجهها نظرت ، فإن طلق إحداها بعينها ثم نسيها ، أو رأى شخصها في كاة (١) أو سمع كلامها فقال لها : أنت طالق ولم يدر أيتهما هي فإنه يتوقف عن وطئها حتى يتبين عين المطلقة منهما لأنه قد تحقق التحريم في إحداها فلم يحل له وطئ واحدة منهما قبل البيان كما لو احتلقت امرأته بأجنبية فلم يعرفها ، ويرجع في البيان إليه لأنه هو المطلق ،

(١) الكاة هي ما يسمى بالناموسية ، وهي غلالة رقيقة تضرب فوق السرير كالأقبة ولا تحجب ما وراءه لشفافيتها .

فكان أعرف بعين من طلقها ، وليس البيان إلى شهوته وهو أن يعين الطلاق
 فيبش بشهوى منها ، وإنما يرجع إلى نفسه ويتذكر من التي طلقها منهما ، ويستدل
 على ذلك من نفسه ، فيخبر عنها ، ويؤخذ بتفقتهما لأنهما محبوستان عابه . قال
 قال : طلقت هذه حكم عليها بالطلاق من حين طلق ، ويكون ابتداء عدتها من
 ذلك الوقت ، لا من حين عيّن ، لأنه أخبر عن عين المطلقة منهما وقت طلاقه
 فان كذبه المعينة لم يفد تكذيبها له ، وإن كذبه الأخرى وادعت أنها هي المطلقة
 حلف لها ، لأن الأصل عدم طلاقها ، وان أقر أن التي طلقها هي الثانية بمد
 الإولة حكم بطلاقها بإقراره ، فإن قال : طلقت هذه ، لا : بل هذه طلقنا جميعاً
 في الحكم لأنه أقر بطلاق الأوله فقبل ثم رجع عن ذلك وأخبر بطلاق الثانية
 فلزمه حكم إقراره الثاني ولم يقبل رجوعه عن طلاق الأوله .

وان قال : لم أطلق هذه - قال الشيخ أبو حامد : - حكم عليه بطلاق الأخرى
 لانا قد تيقنا أنه طلق احدهما : فاذا قال : لم أطلق هذه ، كان اعترافاً منه بأن التي
 طلقها هي الأخرى .

(فرع) وان كن ثلاث زوجات فطلق واحدة بعينها وأشككت فقال : طلقت
 هذه ، لا : بل هذه ، أو طلقت هذه : بل هذه هذه ، طلقن جميعاً . لأنه أقر
 بطلاق الأوله ثم رجع عن طلاقها وأقر بطلاق الثانية ثم رجع عن طلاقها وأقر
 بطلاق الثالثة فلزمه حكم إقراره ، ولم يقبل رجوعه كما لو قال : عليّ درهم بل
 دينار بل ثوب .

وان قال : طلقت هذه بل هذه أو هذه ، طلقت الأوله وواحدة من الأخرين
 ولزمه أن يعين الطلاق في إحدى الأخرين ، وان قال : طلقت هذه أو هذه لا
 بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الأولتين ، ويلزمه التعيين في إحدى الأولتين .
 وان قال طلقت هذه وهذه أو هذه طلقت الأولتان أو الثالثة ، ولزمه البيان . وان
 قال : هذه أو هذه وهذه ، طلقت الأوله أو الأخرى ان ويلزمه البيان .

وقال أبو العباس بن سريج : تطلق الثالثة وإحدى الأولتين لأنه عدل عن
 لفظ الشك الي واو العطف ، فيدبغى أن لا تشاركها في الشك فتكون معطوفة -

على الجملة ، وإن كن أربعة فقال طلقت هذه أو هذه بل هذه أو هذه طلقت إحدى الأوتين وإحدى الأخرتين وأخذ ببيانها .

وان قال : هذه ثم قال بعد ذلك : لا أدري أن التي عينتها هي المطلقة أو غيرها لزومه الطلاق في التي عينها ووقف عن وطء الباقيات الى أن يبين أن التي طلقها هي التي عين أو غيرها . وان قال : التي عينتها ليست المطلقة لم يقبل رجوعه عن طلاقه ولزومه أن يعين واحدة من الباقيات للطلاق ، لأن هذا يضمن الإقرار بأن واحدة من الباقيات مطلقة فلزومه بيانها ، وان وطئ احداهن لم يكن ذلك تحييناً للطلاق في عين الموطوءة ، لأن الطلاق لا يقع بالفعل فكذلك لا يقع بالفعل ويؤخذ بالبيان . فان عين الطلاق في عين الموطوءة علمنا أنه انما وطئ زوجته ، وان عين الطلاق في الموطوءة ، وجب عليه لها مهر المثل للوطء بعد الطلاق لأنه وطء شبهة ، وأما اذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها بأز قال : احدا كن طائفي ولم يمين بقلبه واحدة بعينها ممن وقع الطلاق على واحدة ممن لا بعينها ، لان الطلاق يقع مع الجماله .

وقال مالك : يقع على جميعهن : دليلنا أنه أضاف الطلاق الى واحدة فلم يقع على الجماعة كما لو عينها .

إذا ثبت هذا : فإنه يوقف عن وطئهن حتى يعين المطلقة ممن لا لنا نتحقق التحريم في واحدة ممن لا بعينها ، فوقف عن وطئهن كما لو طلق واحدة بعينها وأسبغها ووجدت بعين المطلقة ممن لتتميز المطلقة من غير المطلقة وله أن يبرأ بالطلاق فيمن اشتبه ممن لانه أوقع الطلاق على واحدة لا بعينها فكان له التعيين فيمن اختار بخلاف الأول - ، فإنه أوقع الطلاق على واحدة بعينها ، وانما أشككت فكذلك قلنا : لا بعينها فيمن اشتبه ممن .

إذا ثبت هذا : فإن قال : طلقت هذه تعين فيها الطلاق ، وان قال : هذه التي لم أطلقها وكانت اثنتين طلقت الأول - ، فإن ذلك اخبار منه عن طلاقها بعينها ، فإذا أخبر بطلاق واحدة ثم رجع عنها الى الثانية لزومه حكم إقراره في الثانية ، ولم يقبل رجوعه عن الأول - ، وان وطئ احداهما : فهل يكون وطؤه لها بياناً لأمساكها واختيار الطلاق في الأخرى إذا كانتا اثنتين ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يكون تعييناً لأنه وطء فلم تتعين به المطلقة ، كما لو طلق واحدة بعينها وجهلها أو أنسيها .

(والثاني) يكون تعييناً وهو الأصح ، لأن هذا اختيار شهوة فوقع بالوطء كما لو وطئ الباتع الجارية المبيعة في حال الخيار . وقال أحمد بن حنبل : لا تتعين المطلقة بالقول ولا بالوطء ، وإنما تتعين بالقرعة . دليلنا أن القرعة لا تدخل لها في الزوجات في أصل الشرع .

إذا ثبت هذا : وعين الطلاق في واحدة فتى وقع عليها الطلاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يقع عليها من حين ايقاعه لأن الطلاق لا يجوز أن يكون في الذمة وإنما لم يتعين ، فإذا عينها تعييناً أن الطلاق وقع من حين الإيقاع ، فعلى هذا يكون ابتداء عدتها من ذلك الوقت (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه وقع عليها من حين التعمين ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، لأن الطلاق لم يوقعه على واحدة منهم ، بدليل أن له أن يختار التعمين . فعلى هذا يكون ابتداء عدتها من وقع التعمين .

وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال : وقع الطلاق من حين الإيقاع ، إلا أن العدة من وقت التعمين ، كما نقول فيمن نكح امرأة نكاحاً قاسداً ووطئها (فرع) إذا كان له زوجات فقال : زوجتي طالق ولم يعين واحدة بقلبه وقع الطلاق على واحدة منهم لا بعينها وبه قال عامة العلماء . وقال أحمد : يقع الطلاق على جميعهم ، وحكى ذلك عن ابن عباس . دليلنا أنه أوقع الطلاق على واحدة فلا يقع على جميعهم ، كما لو قال : أحدى نسائي طالق .

إذا ثبت هذا : فإنه يرجع في البيان إليه على ما سبق أن قررنا أما معرفة وارت الزوج لإحدى الزوجتين ، واختيار الوارت عن الموروث فسنتناول ذلك في الفصل بعده إن شاء الله خشية التكرار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان طلق إحدى زوجتيه ثم ماتت أحدهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركه الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هي الزوجه ؛

ويبطل من تركه الزوج ميراث زوجته لجواز أن تكون الباقية زوجة ، فإن قال وارت الزوج : الميتة قبله مطلقه فلا ميراث لي منها والباقيه زوجته فاما الميراث معي ، قبل لأنه اقرار على نفسه بما يضره .

فإن قال : الميتة هي الزوجه في الميراث من تركتها ، والباقيه هي المطلقة فلا ميراث لها معي - فان صدق على ذلك - حمل الامر على ما قال ، فان كذب بأن قال وارت الميتة انها هي المطلقة فلا ميراث لك منها ، وقالت الباقية : أنا الزوجه في ميراث الميراث ، ففيه قولان

(أحدهما) يرجع الى بيان الوارت فيحلف لورثته الميتة أنه لا يعلم أنه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج ، ويحلف للباقيه أنه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج (والثاني) لا يرجع الى بيان الوارت ، فيجعل ما عدل من ميراث الميتة موقوفا حتى يصطلح عليه وارت الزوج وارت الزوجه ، وما عدل من ميراث الزوج موقوفا حتى تصطلح عليه الباقية وارت الزوج .

(فصل) وان كانت له زوجتان حفصه وعمرة فقال : يا حفصه ان كان أول ولد تلديته ذكراً فعمرة طالق ، وان كان أنثى فأنثى طالق ، فولدت ذكراً وأنثى واحداً بعد واحد وأشكل المتقدم منها ، طلقت احدهما بعينها ، وحكماً حكماً من طلق احدي المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه ، وقد بيناه

(الشرح) الاحكام : اذا طلق احدي امرأتيه ثلاثاً وجعلها أو نسيها أو طلق احدها لا بعينها وماتت احدها قبل التعيين لم يتمين الطلاق في الاخرى ، بل له أن يعين الطلاق في احدها بعد الموت .

وقال أبو حنيفة يتمين الطلاق في الباقية . دليلنا أنه يملك تعيين الطلاق قبل موتها فملك بعده كما لو كانتا باقيتين .

اذا ثبت هذا فإنه يوقف له من مال الميتة - منها ميراث ، وهو النصف مع عدم الولد وولد الولد . أو الربع مع وجود الولد أو ولد الولد ، لأننا نعلم أن احداهما زوجته يرث منها ، والاخرى اجنبيه لا يرث منها فلم يجوز أن يدفع الى ورثته كل واحدة منها الا ما يتيقن أنهم يستحقونه ، ونحن لانعلم أنهم يستحقون

قدر ميراث الزوج منها فوقف ، فيقال له . بين المطلقه منها ، فإن كان قد طلق واحدة منها بعينها ثم جعلها أو نسيها ثم قال : التي كنت طلقته فلانة وهي الميتة دفع ما عزل من تركه الميتة إلى باقي ورثتها .

وإن قال التي طلقته هي الثانية دفع إليه ما عزل له من تركه الميتة ، وإن ماتنا قبل التعيين عزل من تركه كل واحدة منهما ميراث زوج . ثم يقال له : عين المطلقة منها . فإن قال : التي طلقته فلانة دفع ما عزل له من تركتها إلى باقي ورثتها لأنه أقر أنه لا يرثها ودفع إليه ما عزل إليه من تركه الأخرى ، لأنه أخبر أنها زوجته فإن كذبه ورثتها وقالوا بل هي التي كنت طلقته فلقول قوله مع بينه لأن الأصل بقاء نكاحها وعدم طلاقه لها إلى الموت . فإن حلف فلا كلام ، وإن نكل عن البين حلف ورثتها أنها هي التي طلقها سقط ميراثه عن الأوله بإقراره ، وعن الثانية بنكوله وأيمان ورثتها .

وإن كان قد طاق إحداها لا بعينها فعين الطلاق في إحداها دفع ما عزل له من تركه المعينة للطلاق إلى باقي ورثتها ودفع ما عزل له من تركه الأخرى إلى الزوج ، فإن كذبه ورثتها فلا يمين على الزوج ، لأن هذا اختيار شهوة هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسمودي : إذا طلق إحداها لا بعينها فهل له أن يعينها بعد الموت ؟ فيه وجهان ، بناء على أن الطلاق يقع من وقت التعيين أو من وقت الإيقاع . فإن قلنا وقت الإيقاع كان له ، وإن قلنا يقع وقت التعيين لم يكن له . فإن مات الزوج وهما باقيتان قبل أن يعين الطلاق في إحداها - فإن قال وارت الزوج : لا أعلم المطلقة منها - وقف من مال الزوج ميراث زوجته وهو الربع مع عدم الولد وولد الولد ، والثمن مع وجود أحدهما لا يتيقن أن إحداها وارثته بيقين ، فلا يدفع إلى باقي ورثته إلا ما يتيقن استحقاقهم له ، ويوقف ذلك بين الزوجين إلى أن يصطاحا عليه .

وإن قال وارت الزوج : أنا أعرف المطلقة منها ، فهل يرجع إلى بيانه ؟ فيه قولان . قال ابن الصباغ : ومن أصحابنا من قال : هما وجهان (أحدهما) يرجع إلى بيان الوارت لأنه يقوم مقام الزوج في الملك والرد بالعيب . وفي استحقاق

النسب بالإقرار ، فقام مقامه في تعيين المطلقة . فعلى هذا إذا قال : المطلقة فلانة دفع ما عزل من تركه الزوج الى الآخر ، وان كذبت المطلقة حانف لها .

(والثاني) لا يقوم مقامه . لان في ذلك إسقاط حق وارث معه في الظاهر بقوله . واختلف أصحابنا في موضع القولين ، فقال أبو اسحاق : القولان فيمن طلق إحداها بعينها وفيمن طلق إحداها لا بعينها . ومنهم من قال القولان فيمن طلق إحداها بعينها ثم جهلها أو نسيها .

فأما اذا طلق أحدهما لا بعينها لا يقوم مقام المورث قولاً واحداً ، لانه يمكنه التوصل الى العلم بالمطلقة منهما إذا وقع الطلاق بواحدة بعينها بإسماها من الزوج ، فإذا طلق واحدة منهما لا بعينها ، فتعيين المطلقة الى شهوة الزوج فلا يقوم وارثه مقامه كما لو أسلم وتحتته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه ، فأت قبل أن يختار - فان كانت بحالها وماتت واحدة منهما ثم مات الزوج قبل البيان وبقيت الأخرى عزل من تركه الزوج ميراث زوجته لجواز أن تكون الباقية زوجته ، وعزل من تركه الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون الميتة هي زوجته فان قال وارث الزوج الميتة قبل الزوج هي المطلقة ، قبل قوله ، لان في ذلك إضراراً عليه من جهة أنه لا يرت من الميتة وترت معه الباقية

وان قال بل الميتة قبل الزوج هي الزوجه والباقيه هي المطلقة ، فان صدقته الباقية وورثت الأولة ورت ميراث الزوج من الأولة ولم ترت معه الباقية ، وان كذبت فهل يقبل قول الوارث ؟ فيه قولان وقد مضى توجيههما ، والذي يقتضيه المذهب أن يكون في موضع وجهان

فإذا قلنا لا يقبل قول وارث الزوج كان ما عزل من تركه الميت قبل الزوج موقوفاً حتى يصطاح عليه وارث الزوج والزوجه الباقية . فإذا قلنا يقوم مقام الزوج . فان كان الزوج قد أوقع الطلاق في إحداها بعينها ثم نسيها أو جهلها ، فان وارث الزوج يحمل لورثته الميتة ما يعلم أنه طلقها لأنه يحلف على نفي فعل غيره على القطع .

وان كان الزوج طلق إحداها لا بعينها ، وقلنا يقبل قول وارث الزوج فيهما ،

فلا يمين على وارث الزوج ، كما لا يمين على الزوج في ذلك

وجملة ما تقدم أنه قد نص أحمد بن حنبل أنه إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهم كما لو لأنهم تساوين في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهم .

وقال الشافعي : يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن ، وكذلك نص أحمد على أنه إذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة . وقال ابن قدامة : ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها ما خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمد . وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة إلى أن الباقي بين الأربع . وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي : يوقف الباقي بينهم حتى يصطلحن ووجه الأقوال ما تقدم .

وقال أحمد في رواية بن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهم ، قال أبو إمامة يخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثاً ، قالباقيتان رجعتان يرثهن في العدة ويرثهن من انقضت عدتها منهن لم يرثه ولم يرثها ، ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة .

• • •

(مسألة) ان كانت له زوجتان فقال : يا حفصة ان كان أول ولد تلدينه ذكراً فعمرة طالق ، وان كان أنثى فانت طالق ، فان ولدت ذكراً وأنثى أحدهما بعد الآخر وأشكل المقدم منهما علمنا أن إحدهما قد طلقت بعينها وهي مجهولة ، فيرجع الى بيانه ، قالوا أشرفت إحدهما من موضع فقال : هذه طالق ولم يعرفها فإنه يرجع الى بيانه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال : إن كان هذا الطائر غراباً فنسأني طوالق ، وإن لم يكن غراباً فإمامي حرائر ، ثم قال : كان هذا الطائر غراباً طلق النساء ، فإن كذبه الامام حلف لمن ، فإن حلف ثبت رقمن ، وإن نكل ردت اليمين عليهن ، فإن حلفن ثبت طلاق النساء بإقراره وعتق الامام بنكوله ويمينهن ، فإن صدقته ولم يطلبن إحلافه ففيه وجهان

(أحدهما) يحلف لما في العتق من حق الله عز وجل (والثاني) لا يحلف لأنه لما أسقط العتق بتصديقهم سقط اليمين بترك مطالبتهن .

وإن قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الامام ، فإن كذبه النساء حلف لمن وإن نكل عن اليمين ردت عليهن ، فإن حلفن ثبت عتق الامام بإقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله .

(فصل) وإن رأى طائراً فقال : إن كان هذا الطائر غراباً فنسأني طوالق وإن كان حماماً فإمامي حرائر ولم يعرف لم تطلق النساء ولم تعتق الامام ، لجواز أن يكون الطائر غيرهما ، والأصل بقاء المالك والزوجية فلا يزال بالشك وإن قال : إن كان هذا غراباً فنسأني طوالق : وإن كان غير غراب فإمامي حرائر : ولم يعرف من التصرف في الامام والنساء ، لأنه تحقق زوال المالك في أحدهما ، فصار كما لو طلق إحدى المرأتين ثم أشككته وبوحد بنفقة الجميع إلى أن يعين ، لأن الجميع في حبسه ويرجع في البيان إليه لأنه يرجع إليه في أصل الطلاق والعتق فكذلك في تعيينه ، فإن امتنع من التعمين مع العلم به حبس حتى يعين وإن لم يعلم لم يحبس ، وقف الامر إلى أن يتبين ، وإن مات قبل البيان فهل يرجع إلى الورثة فيه وجهان (أحدهما) يرجع إليهم لأنهم قائمون مقامه (والثاني) لا يرجع لأنهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع إليهم في البيان ، ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والامام ، فإن خرجت القرعة على الامام عتقن وبقي النساء على الزوجية ، وإن خرجت القرعة على النساء رق الامام ولم تطلق النساء .

وقال أبو ثور : تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الامام . وهذا خطأ لأن القرعة

لها مدخل في العتق دون الطلاق ، ولهذا لو طلق إحدى نسائه لم تطلق بالقرعة .
ولو أعتق أحد عبده عتق بالقرعة ، فدخلت القرعة في العتق دون الطلاق كما
يدخل الشاهد والمرأتان في السرقة لإثبات المال دون القطع ، ويثبت للنساء
الميراث لأنه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الإرث .

(فصل) وإن طار طائر فقال رجل : إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر
وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فعبدي حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من
العبدین ، لأننا نشك في عتق كل واحد منهما ، ولا يزال يقين الملك بالشك ، وإن
اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه ، لأن إمساكه لعمد إقرار بحريته عبد
الآخر ، فإذا ملكه عتق عليه ، كما لو شهد بعتق عبد ثم اشتراه .

(الشرح) إن رأى رجلاً طائراً فقال : إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي
طوالق ، وإن كان غير غراب فإمائي حرائر ، فطار الطائر ولم يعرف هل هو
غراب أو غير غراب ، فقد علم أنه حنت في الطلاق أو العتق ، لأنه لا يخلو إما
أن يكون غراباً أو غير غراب ، فيوقف عن وطء الجميع وعن التصرف في الإمام
لأننا نتحقق التحريم إما في الزوجات وإما في الاماء .

وإن جهلنا عين المحرم منها فوقف عن الجميع تغليباً للتحريم ، ويؤخذ بالبيان
لأنه هو الخائف ، ويجوز أن يكون عنده علم ، فإن أقر أن عنده علماً وامتنع عن
البيان حبس وعزر إلى أن يتبين ، وعليه نفقة الجميع إلى أن يتبين لأنهم في حبسه
فإن قال كان الطائر غراباً طلقت النساء ، سواء صدقته أو كذبه ، فإن صدقته
الإمام على أنه كان غراباً فلا يمين عليه ، وإن قلن ما كان غراباً فالقول قوله مع
يمينه : لأن الأصل بقاء الملك عليهن ، فإن طلبن يمينه لخلف لمن لم يعتمن ، وإن
كذبه ولم يطلبن إحلافه ففيه وجهان

(أحدهما) يحلفه الحاكم كما في العتق لأنه حق الله تعالى
(والثاني) لا يحلفه لأن العتق سقط بتصديقهم أن الطائر كان غراباً فسقطت
يمينه بتركة مطالبتهن ، وإن نكل لخلفن عتقن بإيمانهن ونكوله وطلقت النساء

بإقراره السابق . وان قال ابتداء كان الطائر غير غراب ، عنقت الاماء صدقته
 أو كذبتة ، فان صدقته النساء أنه لم يكن غرابا فلا كلام . وان قالت النساء كان
 غرابا فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل بقاء النكاح ، فان حلف بقين على
 الزوجية . وان نكل فحلفن طلقتن بنكوله وأيمانن . وعنقت الاماء بإقراره .
 وان قال لا أعلم هل كان غرابا أو غير غراب ، فان صدقته النساء والاماء أنه
 لا يعلم بقين على الوقف . وان كذبتة وقلن بل هو يعلم حلف لمن أنه لا يعلم
 وبقين على الوقف . وان نكل عن اليمين حلف من ادعى ممنه أنه يعلم أنه حنث
 في يمينه فيه ، وكان كما لو أقر

فإن مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ
 المصنف وابن الصباغ في الشامل ، ونبه أن يكونا مأخوذين من القولين في التي قبلها
 (أحدهما) يرجع اليهم في البيان ، لان الورثة يقومون مقامه في الملك والرد
 بالعيب ، فكذلك في بيان المطلقات والمعتقات

(والثاني) لا يرجع اليهم في البيان لان ذلك يؤدي الى اسقاط بعض الورثة
 لقول البعض . وعندى أن الوجهين انما هما اذا قال الورثة كان الطائر غرابا يطلق
 النساء ولا يعتق الاماء .

فأما اذا كان الطائر غير غراب فانه يقبل قوله وجها واحدا ، لانه أقر بما فيه
 تغليظ عليه من جهتين (أحدهما) أن الاماء تعتق عليه (والثانية) أن الزوجات
 يرثن معه .

اذا ثبت هذا فان قال الوارث : لا أعلم هل كان غرابا أو غير غراب : أو قال
 الوارث : كان الطائر غرابا ولم تصدقه النساء والاماء ، وقلنا لا يقبل قوله فانه
 يقرع بين النساء والاماء لتمييز العتق لا لتمييز الطلاق ، فيجمل الزوجات جزءاً
 والاماء جزءاً ويضرب عليهن بسهم حنث وسهم بر . فان خرج سهم الحنث على
 الاماء عتقن ولم تطلق النساء ، وان خرج سهم الحنث على النساء لم يطلقن
 ولا تعتق الاماء .

وقال أبو ثور : تطلق النساء كما تعتق الاماء . وهذا خطأ عندنا ، كما هو
 منصوص في الام . وعلى ذلك الاصحاب كافة ، لان الاصل عندنا أن القرعة

لا مدخل لها في الطلاق ، ولهذا لو طلق إحدى امرأته ولم يقبل أن يعين المطلقة
منهما لم يقرع بينهما . ولو أعتق عبدي في مرض موته ولم يمتثلها الثلث أقرع
بينهما ، فإن خرجت قرعة الحنث على الاماء حكم بعتقهن من رأس المال إن كان
قال ذلك في الصحة . ومن الثلث إن قاله في المرض الذي مات فيه ، ولا يحكم
بطلاق النساء ، بل تكون عدتهن بعدة الوفاة . وتكون للزوجات الميراث إلا
أن يكن قد ادعين الطلاق ، وكان الطلاق عمالاً يرثن معه ، ولو ثبت لا يرثن ،
لأنهم أقررن أنهم لسن بواريثات

وإن خرجت القرعة حتماً على الزوجات فقد ذكرنا أنهن لا يطلقن .
قال الشافعي رضي الله عنه في الأم في باب الشك واليقين في الطلاق : وإن مات
قبل أن يحلف أقرع بينهم ، فإن وقعت القرعة على الرقيق عتقوا من رأس المال
وإن وقعت على النساء لم تطلقن بالقرعة ولم تعتق الرقيق وورثه النساء ، لأن
الأصل أنهن أزواج حتى يستيقن بأنه طلقهن ، ولم يستيقن ، والورع أن يدعن
ميراثه ؛ وإن كان ذلك وهو مريض

وقال في موضع آخر : والورع لهن أن يدعن الميراث . لأن الظاهر بخروج
الحنث عليهن أنه طلقهن إلا أن القرعة ليس لها مدخل في الطلاق على ما مضى
وهل تزول الشبهة في ملك الاماء ؟ ويكون الملك ثابتاً عليهن ظاهراً وباطناً ؛
فخروج قرعة الحنث على النساء فيه وجهان

(أحدهما) لا تزول الشبهة لأن القرعة إنما تؤثر في حنث النساء ، لأنه
لا مدخل لها فيهن في أصل الشرع ، ولها مدخل في أصل الشرع في العتق ؛ فعلى
هذا يكون ملك الورثة ثابتاً على الاماء بلا شبهة وعلى الوجهين بصدده تصرف
الورثة فيهن بالبيع والاستمتاع وغيره ، إلا أن في الأول يصح تصرفه مع الشك
وعلى الثاني من غير شك .

(فرع) وإن قال : إن كان هذا الطائر غراباً فنسأله طوائق ، وإن كان حماماً
فإماؤه حرائر فطار ولم يعلم لم يحكم عليه بطلاق ولا عتق لجواز أن لا يكون غراباً ولا
حماماً . وإن ادعى النساء أنه كان غراباً وادعى الاماء أنه كان حماماً ولا بينة حلف
أنه ليس بغراب يميناً وأنه ليس بحمام يميناً ، لأن الأصل بقاء النكاح والملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا اختلف الزوجان قاعدت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل بقاء النكاح وعدم الطلاق ، وإن اختلفا في عدده قاعدت المرأة أنه طلقها ثلاثا . وقال الزوج طلقها طلقه ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الاصل عدم ما زاد على طلقه

(فصل) وإن خيرها ثم اختلفا فقالت المرأة اخترت ؛ وقال الزوج ما اخترت ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الاصل عدم الاختيار وبقاء النكاح ، وإن اختلفا في النية ، فقال الزوج ما نويت وقالت المرأة نويت ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله : إن القول قول الزوج ، لأن الاصل عدم النية وبقاء النكاح ، فصارت كما لو اختلفا في الاختيار . (والثاني) وهو الصحيح أن القول قول المرأة ، والفرق بينه وبين الاختلاف في الاختيار أن الاختيار يمكن إقامة البيهنة عليه ، فكان القول فيه قوله . كما لو علق طلاقها بدخول الدار قاعدت أنها دخلت وأنكر الزوج ، والنية لا يمكن إقامة البيهنة عليها ، فكان القول قولها ، كما لو علق الطلاق على حبسها قاعدت أنها حاضت وأنكر .

(فصل) وإن قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق . وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة أنه أراد الاستئناف ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعرف بنية . وإن قال الزوج أردت الاستئناف ، وقالت المرأة أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه ، لأن البين تعرض ليخاف فيرجع ، ولو رجع لم يقبل رجوعه ، فلم يكن لعرض البين معنى

(فصل) وإن قال أنت طالق في الشهر الماضي ، وادعى أنه أراد من زوج غيره في نكاح قبله ، وأنكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق ، لم يقبل قول الزوج في الحكم حتى يقيم البيهنة على النكاح والطلاق ، فإن صدقت المرأة على ذلك لمكنها أنكرت أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه ، فإن قال : أردت أنها طالق في الشهر الماضي بطلاق كنت طلقتهما في هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله

مع يمينه ، والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن هناك يريد أن يرفع الطلاق ، وهمنا لا يرفع الطلاق ، وإنما ينقله من حال إلى حال .

(الشرح) وإن ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها فأنكر . أو ادعت أنه طلقها ثلاثاً فقال بل طلقتها واحدة أو اثنتين ولا بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ولأن الأصل عدم الطلاق وعدم ما زاد على ما أقر به الزوج ، وبه قال أحمد وأصحابه قال في المغنى : وإن اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فإذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندهما بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها ، وعليها أن تفر منه ما استطاعت ، وتمنع منه إذا أرادها ، وتفقدى منه إن قدرت .

قال أحمد . لا يسعها أن تقيم معه وتفقدى منه بكل ما يمكن . وقال جابر بن زيد وحماد بن ابى سليمان وابن سيرين بهذا ، وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف وأبو عبيد : تفر منه . وقال مالك لا تنزبن له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا زينتها ولا يصيبها إلا وهى مكرهة . وقال الحسن والزهرى والنخعى : يستحاف ثم يكون الإثم عليه .

(فرع) وإن خيرها الزوج فقالت قد اخترت . وقال ما اخترت . فالقول قول الزوج ، لأن الأصل عدم الاختيار ، والذي يقتضى المذهب أنه يحاف ما يعلم أنها اختارت ، لأنه يحلف على نفي فعل غيره ، وإن ادعت أنها نوت الطلاق ، وقال الزوج ما نوت فقيه وجهاً

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم النية (والثاني) القول قولها مع يمينها لأنها اختلفا في نيتها ولا يعلم ذلك إلا من جهتها . فقبل قولها مع يمينها : قالو علق الطلاق على حيضها

وإن قال : أنت طالق ، أنت طالق ، وأدعى أنه أراد التأكيد ، وادعت أنه أراد الاستئناف . فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بإرادته . وإن قال أردت الاستئناف وقالت بل أردت التأكيد لزمه حكم الاستئناف ، لأنه أقر بالطلاق فلزمه ولا يمين عليه ، لأنه لو رجع لم يقبل رجوعه فلا يعرض اليمين

باب الرجعة

إذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين ، أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة ، فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة ، لقوله عز وجل : وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، والمراد به إذا قربن أجلهن . وروى ابن عباس رضي الله عنه عن عمر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وراجعها ، وروى أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : من ابنك فأراجعها فإن انقضت العدة لم يملك رجعتها ، لقوله عز وجل : وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ، فلو ملك رجعتها لما نهى الأولياء عن عضاهن عن النكاح ، فإن طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عز وجل : وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، فعادت الرجعة على الأجل ، فدل على أنها لا تجوز من غير أجل ، والمطابقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمتوهن فالإمك عليهن من عدة تمتدونها ،

(فصل) ويجوز أن يطلق الرجعية وبلاعنها ويؤلى منها ويظاهر منها .

لأن الزوجية باقية ، وهل له أن يخالها ؟ فيه قولان :

قال في الأم : يجوز لبقاء النكاح . وقال في الاملاء : لا يجوز لأن الخلع للتحريم وهي محرمة ، فإن مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية إلى الموت ، ولا يجوز أن يستمتع بها لأنها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختامة ، فإن وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها أزمه المهر ، لأنه وطئ في ملك قد أشعت فصار كوطئ الشبهة . وإن راجعها بعد الوطئ فقد قال في الرجعة : عليه المهر . وقال في المرقد إذا وطئ امرأته في العدة ثم أسلم أنه لا مهر عليه . واختاف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الاصطخري الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجماعها

على قولين (أحدهما) يجب المهر لأنه وطء في نكاح قد تشمت (والثاني) لا يجب لأن بالرجعة والاسلام قد زال التشمت ، فصار كالو لم تطاق ولم يرتد . وحمل ابو العباس وابو اسحاق المسألتين على ظاهرهما فقالا في الرجعة : يجب المهر ، وفي المرتد لا يجب ، لأن بالإسلام صار كأن لم يرتد ، وبالرجعة لا يصح كأن لم تطلق لأن ما وقع من الطلاق لم يرتفع ، ولأن أمر المرتد مراعى ، فإذا رجع الى الاسلام تبينا أن النكاح بحاله ، ولهذا لو طلق وقف طلاقه ، فإن أسلم حكم بوقوعه ، وإن لم يسلم لم يحكم بوقوعه ، فاختلف أمرها في المهر بين أن يرجع الى الاسلام وبين أن لا يرجع ، وأمر الرجعية غير مراعى ، ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعة ، فلم يختلف أمرها في المهر بين أن يرجع وبين أن لا يرجع فإذا وطئها وجب عليها العدة لأنه كوطء الشبهة . ويدخل فيه بقية العدة الاولى لأنهما من واحد .

(الشرح) أخرج ابو داود والنسائي عن ابن عباس في قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ، الآية . وذلك ان الرجل كان اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتهما ، وان طلقها ثلاثاً فنسخ ذلك : الطلاق مرتان وفي إسناده علي بن الحسين بن واقد وفيه مقال وقال الشافعي رضي الله عنه في قوله تعالى « إن أرادوا اصلاحاً ، فقال : إصلاح الطلاق الرجعي والله أعلم ، فن أراد الرجعة فهو له لان الله تبارك وتعالى جعلها له قال الشافعي : فأبما زوج حر طلق امرأته بعدما بصيبها واحدة أو اثنتين فهو أحق برجعتهما ما لم تنقض عدتها بدلالة كتاب الله عز وجل ثم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ فإن ركابة طلق امرأته البتة ولم يرد الا واحدة ، فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذلك عندنا في العدة ام

وقوله « قد تشمت ، مأخوذ من شعث الشعر وبابه تعب أى تغير وتلبد لقلة تعمره بالدهن . والشعث أيضا الوسخ . وهو أشعث أغبر ، أى من غير استحداد ولا تنظف . والشعث أيضا الانتشار والتفرق ، وفي الاطباء « لم الله شعركم ، أى جمع أمركم .

إذا ثبت هذا فإذا طلق الرجل المدخول بها ولم يستوف ما يملكه عليها من
عدد الطلاق ، وكان الطلاق بغير عوض ، فله أن يراجعها قبل انقضاء عدتها .
والاصل فيه قوله تعالى : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء . الى قوله :
وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا . فقوله : بردهن ، يعنى
برجعتهن . وقوله : إن أرادوا إصلاحا أى اصلاح ما تشعب من النكاح بالرجعة
وقوله تعالى : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فأخبر أن
من طلق طليقتين فله الإمساك وهو الرجعة وله التسريح وهى الثالثة .

وقوله تعالى : فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف
الى - لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ، والإمساك هو الرجعة

وقوله : لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ، يعنى الرجعة ، وقد طلق النبي
صلى الله عليه حفصة ثم راجعها ، وطلق ابن عمر امرأته وهى حائض فأمره النبي
صلى الله عليه وسلم أن يراجعها . وروينا أن ركابة بن عبد يزيد قال : يا رسول الله
إنى طلقت امرأتى سهيمة البثة . والله ما أردت الا واحدة ، فقال النبي (ص)
والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركابه ما أردت الا واحدة ، فردها النبي (ص)
عليه . والرد هو الرجعة . وقد أجمعت الامه على جواز الرجعة فى المدة ،

إذا ثبت هذا فقد قال الله تعالى فى آية : فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن ،
وقال فى آية اخرى : فإذا بلغن أجلهن فلا تمضوهن ان ينكحن ازواجهن ،
وحقيقته البلوغ هو الوصول الى الشىء ، إلا ان سياق الكلام يدل على اختلاف
البلوغين فى الافتتاح ، فالمراد بالبلوغ بقوله تعالى : فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن
بمعروف ، أى اذا قارب البلوغ ، فسمى المقاربه بلوغاً مجازاً : لأنه يقال :
إذا قارب الرجل بلوغ بلد بلمح فلان بلد كذا مجازاً او بلغها اذا وصلها حقيقته
والمراد بالآية الاخرى : اذا بلغن أجلهن فلا تمضوهن ان ينكحن ازواجهن ،
اذا انقضت أجلهن .

وان انقضت عدتها لم تصح الرجعة لقوله تعالى : وبعولتهن أحق بردهن فى
ذلك ان أرادوا إصلاحا . أى فى وقت عدتهن ، وهذا ليس بوقت عدتهن .
وقوله تعالى : فإذا بلغن أجلهن فلا تمضوهن ان ينكحن ازواجهن ، فهى

الأولياء عن عضلهم عن النكاح ، فلو صحت رجعتهم لما نهى الأولياء عن عضلهم عن النكاح . وإن طلق امرأته قبل الدخول لم يملك الرجعة عليها لقوله تعالى : وبعلوثهن أحق بردهن في ذلك ، فخص الرجعة بوقت العدة . ومن لم يدخل بها فلا عدة عليها فلم يملك عليها الرجعة .

(مسألة) وللزوج أن يطلق الرجعية في عدتها ويولى منها ويظاهر . هذا نقل البغداديين .

وقال المسعودي : هل يصح إبلاؤه من الرجعية ؟ فيه وجهان . وهل له أن يخالها ؟ فيه قولان (أحدهما) يصح لبقاء أحكام الزوجية بينهما (والثاني) لا يصح لأن الخلع للتحریم وهي محرمة عليه . وإن مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لبقاء أحكام الزوجية بينهما وهذا من أحكامها ، ويحرم عايه وطؤها والاستمتاع بها والنظر اليها بشهوة وغير شهوة . وبه قال عطاء ومالك وأكثر الفقهاء . وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز له وطؤها . وعن أحمد روايتان أحدهما كقولنا والآخرى كقول أبي حنيفة .

دلينا ما رواه مسلم وغيره أن ابن عمر طلق امرأته وكان طريقه إلى المسجد على مسكنها ، فكان يسلك طريقاً آخر حتى راجعها ، ولأنه سبب وقعت به الفرة فوقع به التحريم كالفسخ والخلع والطلاق قبل الدخول . فإن خالف ووطئها لم يجب عليها الحد ، سواء علما بتحريمه أو لم يعلم ، لأنه وطئ مختلف في إباحته فلم يجب به الحد ، كما لو تزوج امرأة غير ولي ولا شهود ووطئها . وأما التعزير - فإن كانا عالمين بتحريمه بأن كانا شافعيين يعتقدان تحريمه عذرا لأنهما أتيا محرماً مع العلم بتحريمه . وإن كانا غير عالمين بتحريمه بأن كانا حنفيين أو كانا جاهلين لا يعتقدان تحريمه أو لا يريان تحريمه لم يعزرا . وإن كان أحدهما عالماً بتحريمه والآخر جاهلاً بتحريمه عزر العالم بتحريمه دون الجاهل به . وإن أتت منه بولد لحقه نسبه بكل حال للشبهة .

وأما مهر المثل فهل يلزمه ؟ ينظر فيه فإن لم يراجعها حتى انقضت عدتها فلمأ عليه مهر المثل بكل حال . وكذلك إذا أسلم أحد الحربيين بعد الدخول فوطئها الزوج في عدتها فانقضت عدتها قبل اجتماعهما على الإسلام فلمأ عليه مهر مثما

لهذا الوطء ، لأن العدة لما انقضت قبل اجتماعهما على النكاح تبينا أنه وطء
أجنبية منه ، فهو كالوطء الأجنبية بشبهة ، وإن راجعها قبل انقضاء العدة أو
اجتماعها على الإسلام قبل انقضاء العدة فقد قال الشافعي : إن للرجعية مهر منامها
وقال في الزوجية : إذا أسلم أحدهما ووطئها قبل انقضاء عدتها وقبل الإسلام ثم
أسلم الآخر قبل انقضاء العدة أنه لا مهر لها ، وكذا قال في المرتد : إذا وطء
امراته في العدة ثم أسلم قبل انقضاء العدة لا مهر عليه . واختلاف أصحابنا فيه .
فمنهم من قال في الجميع قولان

(أحدهما) يجب عليه مهر مثلها لأنه وطء في نكاح قد شمت ، فهو كالوطء
براجعها ولم يجتمع على الإسلام .

(والثاني) لا يجب عليه ، لأن الشمت زال بالرجعه والإسلام ، ومنهم من
حملها على ظاهرها ، فإن راجعها في الردة من أحدهما فالصحيح من مذهبنا أنه
لا يصح ، وبه قال أحمد وأصحابه ، لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة
كالنكاح ، ولأن الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ،
وقال المازني ما حاصله : إن قلنا تتمجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بان
بها ، وإن قلنا لا تتمجل الفرقة فالرجعة موقوفة إن أسلم المرتد منهما في العدة
صحت الرجعة ؛ لأننا تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعه . وهذا قول أصحاب أحمد
واختيار أبي حامد الأسفراييني من أصحابنا . وهكذا ينبغي أن يكون فيها إذا راجعها
بعد إسلام أحدهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل : وبمولتهن أحق
بردهن في ذلك ، ولا تصح الرجعة إلا بالقول ، فإن وطئها لم يسكن ذلك رجعه
لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول ، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول
كالنكاح وإن قال : راجعتك أو ارتجعتك صح ، لأنه وردت به السنة ، وهو
قوله صلى الله عليه وسلم : مر ابنك فليراجعها ، فإن قال رددتك صح . لأنه ورد به
القرآن وهو قوله عز وجل : وبمولتهن أحق بردهن في ذلك ،

وإن قال أمسكتك ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبو سعيد الأصمعي أنه يصح لأنه ورد به القرآن ، وهو قوله عز وجل : فأمسكوهن بمعروف ، (والثاني) أنه لا يصح ، لأن الرجعة ردة ، والأمسك يستعمل في البقاء والاستدامة دون الرد .

وإن قال تزوجتك أو نكحتك ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأنه إذا صح به النكاح وهو ابتداء الاباحة فلأن تصح به الرجعة وهو إصلاح ما تشعبت منه أولى (والثاني) لا يصح لأنه صريح في النكاح ، ولا يجوز أن يكون صريحا في حكم آخر من النكاح ؛ كالطلاق لما كان صريحا في الطلاق لم يجوز أن يكون صريحا في الظهار . وإن قال راجعتك لدخبه وقال أردت به راجعتك لمحبي لك صح . وإن قال راجعتك لهوانك وقال أردت به أني راجعتك لأنه عليك بالرجعة صح ، لأنه أني بلغظ الرجعة وبين سبب الرجعة وإن قال لم أرد الرجعة وإنما أردت أو كنت أريدك قبل النكاح ، أو كنت أهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة إلى الهبة ، أو كنت قبل النكاح ، أو الإلهام التي كانت قبل النكاح ، قبل قوله لأنه يحتمل ما بعده .

(الشرح) تصح الرجعة من غير ولي وبغير رضاها وبغير عوض لقوله تعالى : وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ، لجعل الزوج أحق بردها ، ولو افتقر إلى رضاها لكان الحق لهما ، ولا تصح الرجعة إلا بالقول من القادر عليه . أو بالإشارة من الآخرس . فاما إذا وطئها أو لمسها فلا يكون ذلك رجعة ، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو .

وبه قال أبو قلابه وأبو ثور ، وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري وابن سيرين والأوزاعي وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وبهض أصحاب أحمد : تصح الرجعة بالوطء ، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو .

وقال أبو حنيفة : إذا قبلها بشهوة أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة وقعت به الرجعة ، وقال مالك وإسحاق : إذا وطئها ونوى به الرجعة كان رجعة . وإن لم ينو به الرجعة لم يكن رجعة ، دليلنا أنها جارية إلى بينونه فلم يصح ادساكم بالوطء قالوا أسلم أحد الحريين وجرت إلى بينونه فلم يصح ادساكم بالوطء ، ولأن

استباحة يضع مقصود يصح بالقول فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح
فقولنا يضع مقصود ، احتراز عن باع جارية ووطنها في مدة الخيار . وقولنا يصح
بالقول احتراز من السبي ، فإنه لا يصح بالقول وإنما يصح بالفعل وقولنا من
يقدر عليه احتراز عن يكون أخرس

إذا ثبت هذا وقال رددتك صح ، لقوله صلى الله عليه وسلم لعمره مر ابنتك
فليراجعها ، وهل من شرطه أن يقول الى النكاح ؟ فيه وجهان - حكاهما المسعودي
المشهور أن ذلك ليس بشرط ، وإنما هو تأكيد

وإن قال أمكتك - قال الشيخ أبو حامد : - فهل ذلك صريح في الرجعة
أو كناية ؟ فيه وجهان ، وحكاهما القاضي أبو الطيب قولين (أحدهما) أنه صريح
في الرجعة ، لأن القرآن ورد به ، وهو قوله تعالى : فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن
بمعروف ، وأراد به الرجعة (والثاني) أنه ليس بصريح إنما هو كناية لأنه استباحة
بضم مقصود في عبته فلم يصح الا بلفظتين كالنكاح .

وأما المصنف فقد جعل صحة الرجعة به على وجهين ولم يذكر الصريح ولا الكناية
وإن قال تزوجتك أو نكحتك أو عقد عليها النكاح فهل يصح ؟ فيه وجهان :
(أحدهما) لا يصح لأن عقد الرجعة لا يصح بالكناية والنكاح كناية . ولأن
النكاح لا يمرى عن عوض والرجعة لا تتضمن عوضاً فلم ينعقد أحدهما بلفظ
الأخر كالحبة لا تنعقد بلفظ البيع .

(والثاني) يصح ، لأن لفظ النكاح والتزويج أكد من الرجعة لأنه استباح
به الأجنبية ، فإذا استباح بضمها بلفظ الرجعة في لفظ النكاح والتزويج أولى .
بيد أنني رأيت أن الرجعة اسم اشتهر بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه ،
فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ، ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح
وحده والله أعلم

(فرع) فإن قال راجعتك أمس كان إقراراً برجعتهما وهو يملك الرجعة قبل
إقراره فيها . وإن قال راجعتك المحبة أو للاهانة سئل عن ذلك . فإن قال أردت
بقولي المحبة لأنني كنت أحبها في النكاح فراجعتها الى النكاح لاردها الى تلك
المحبة ، أو كنت أحبها في النكاح فراجعتها الى النكاح والى تلك الاهانة أو الحقة

بالطلاق إهانة فراجعتها الى النكاح لأرفع عنها تلك الإهانة . صحت الرجعة لأنه قد راجعها وبين العلة التي راجعها لأجلها .

وإن قال لم أرد الرجعة الى النكاح وإنما أردت أني كنت أحبها قبل النكاح فلما نسكحتها بغضتها فرددتها بالطلاق الى تلك المحبة قبل النكاح ، أو كنت أحبها قبل النكاح فلما نسكحتها زالت تلك الإهانة ، فرددتها بالطلاق الى تلك الإهانة ، لم تصح الرجعة ، لأنه أخبر أنه لم يردها الى النكاح ، وإنما بين المعنى الذي لأجله طلقها ، وإن ماتت قبل ان يبين حكم بصحة الرجعة لأنه يحتمل الأمرين ، والظاهر أنه أراد الرجعة الى النكاح لأجل المحبة أو لأجل الإهانة ، وهذا هو مذهب أحمد بن حنبل رضي الله عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وهل يجب الاشهاد عليهما ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب أقوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم ، ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير اشهاد كالنكاح (والثاني أنه مستحب لأنه لا يفتقر الى الولي فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع

(فصل) ولا يجوز تعليقها على شرط ، فإن قال راجعتك ان شئت فقالت شئت لم يصح ، لأنه استباحة بضع فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح : ولا يصح في حال الردة .

وقال المزني : انه موقوف فإن أسبلت صح ، كما يقف الطلاق والنكاح على الاسلام . وهذا خطأ لأنه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح ، ويخالف الطلاق ، فإنه يجوز تعليقه على الشرط ؛ والرجعة لا يصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فإنه يقف فسخه على الاسلام . وأما عقده فلا يقف والرجعة كالعقد فيجب أن لا تقف على الاسلام

(فصل) وان اختلف الزوجان فقال الزوج : راجعتك وأنكرت المرأة فان كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج ، لأنه يملك الرجعة فقبل اقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها حين يملك الطلاق ، وان كان بعد انقضاء العدة

فالقول قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة ، وإن اختلفا في الاصابة
فقال الزوج أصبتك في الرجعة وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الأصل عدم
الاصابة ووقوع الفرقة .

(الشرح) قوله : وهل تصح الرجعة من غير شهادة الخ ، لجملة ذلك أنه فيه
قولان (أحدهما) لا تصح الرجعة إلا بحضور شاهدين لقوله تعالى فأمسكوهن
بمعروف أو قارقهون بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم ، وأمر بالاشهاد على
الرجعة والأمر يقتضى الوجوب ، ولأنه استباحة بضع مفصود فكانت الشهادة
شرطاً فيه كالنكاح ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد

(والقول الثانى) تصح من غير شهادة : وهو اختيار أبى بكر من الخطاب
وإحدى الروايتين عن أحمد ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، لأنها لا تفتقر الى
قبول فلم تفتقر الى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم
أمر عمر أن يأمر ابنه بمراجعته ولم يأمره بالاشهاد ، فهو كان شرطاً لأمر به ،
ولأنه لا يفتقر الى الولى فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع والهبة وهكس النكاح .
والآية محمولة على الاستحباب

قال ابن قدامة من الخطاب : ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الاشهاد .
فإن قلنا هى شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة ، فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح
لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الاقرار بها ، إلا أن يقصد بذلك الاقرار
الارتجاع فيصح .

(مسألة) قوله : ولا يجوز تعليقها على شرط الخ ، فقد قال الشافعى رضى
الله عنه فى الأم : وإن قال : راجعتك إن شئت فقالت فى الحال شئت ، لم تصح
الرجعة ، لأنه عقد يستبىح به البضع فلم يصح تعليقه على صفة كالنكاح . وقال
أيضاً : وإن قال لها كلما طلقتك فقد راجعتك لم تصح الرجعة ، لأنه علق الرجعة
على صفة فلم تصح : كما لو قال راجعتك إذا قدم زيد ، ولأنه راجعها قبل أن يملك
الرجعة عليها فلم يصح ، كما لو قال لأجنبية طلقتك إذا نسختك .
وإن طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً فارتدت المرأة ثم راجعها الزوج فى

حال ردتها لم تصح الرجعة ، فإن انقضت عدتها قبل أن ترجع الى الاسلام بان باختلاف الدين . وإن رجعت الى الاسلام قبل انقضاء عدتها افترق الى استئناف الرجعة .

وقال المزي: تكون الرجعة موقوفة كما لو طلقها في الردة . وهذا خطأ لأنه عند استباحة بضع مقصود فلم يصح في حال الردة كالنكاح . ويخالف الطلاق فإنه يصح تعليقه على الحظر والغرر ، وكما أنه لا تصح الرجعة في ردتها فكذلك لا تصح في رده كالنكاح ، لأن الرجعة تقرير للنكاح ، والردة تنافي ذلك ، فلم يصح اجتماعهما .

(مسألة) إذا قال الزوج راجعتك وأنكرت المرأة ، فإن كان قبل انقضاء عدتها قال قول الزوج ، لأنه يملك الرجعة فملك الاقرار بها كالزوج إذا أقر بطلاق زوجته . وإن انقضت عدتها فقال الزوج : كنت راجعتك قبل انقضاء عدتك . وقالت الزوجة بل انقضت عدتي قبل ان يراجعني - ولا يفتى للزوج - فقد نص الشافعي على أن القول قول الزوجة مع يمينها . وكذا قال في الزوج إذا ارتد بعد الدخول ثم رجع الى الاسلام ، وقال رجعت الى الاسلام قبل انقضاء عدتك ، وقالت : بل انقضت عدتي قبل أن يرجع الى الاسلام ، قال قول الزوج . وقال في نكاح المشركات : إذا أسلمت الزوجة بعد الدخول وتخلف الزوج ثم أسلم ، فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك ، وقالت الزوجة : بل أسلمت بعد انقضاء عدتي قال قول الزوج

واختلف أصحابنا في هذه المسائل على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : في الجميع قولان . وهو اختيار الفاضلين أبي حامد وأبي الطيب ، أحدهما القول قول الزوج لأن الزوجة تدعى أمراً برفع النكاح ، والزوج ينكره فكان القول قوله ، لأن الاصل بقاء النكاح .

والثاني أن القول قول الزوج ، لأن الظاهر حصول البينونة وعدم الرجعة والاسلام . والطريق الثاني : ان أظهر الزوج أولاً الرجعة أو الاسلام ثم قالت الزوجة بعد ذلك : قد كانت عدتي انقضت قبل ذلك ، قال قول الزوج . لأنها ما دامت لم تظهر انقضاء العدة فالظاهر أن عدتها لم تنقض .

وإن أظهرت الزوجة انقضاء العدة أولا ثم قال الزوج كنت راجعتك وأسلمت
قبل انقضاء العدة فالقول قولها ، لأنها إذا أظهرت انقضاء عدتها في وقت يمكن
انقضائها فيه فالظاهر أنها بانة ، فإذا ادعى الزوج الرجعة والاسلام قبله كان
القول قولها لأن الأصل عدم ذلك . وإن أظهر الزوج الرجعة أو الاسلام في
الوقت الذي أظهرت فيه انقضاء العدة ولم يستو أحدهما مع الآخر ففيه وجهان
من أصحابنا من قال يقرع بينهما لاستوائهما في الدعوى . ومنهم من قال لا يقرع
بينهما بل لا يصح الرجعة ولا يجمع بينهما في النكاح ، لأنه يمكن تصديق كل
واحد منهما بأن يكون قد راجعها أو أسلم في الوقت الذي انقضت فيه عدتها ،
فلم يصح اجتهاءها على النكاح ، كما لو قال لامرأته : إن مت فأنت طالق
فإنها لا تطلق بموته .

والطريق الثالث وهو اختيار أبي علي الطبري أن قول كل واحد منهما مقبول
فيما اتفقا عليه . فان اتفقا أنه راجع أو أسلم في رمضان فقالت الزوجة لا لأن عدتي
انقضت في شعبان وأنكرها الزوج فالقول قول الزوج ، لأن الأصل بقاء العدة
وإن اتفقا أن عدتها انقضت في رمضان إلا أن الزوج ادعى أنه كان راجعها أو
أسلم في شعبان وأنكرت الزوجة ذلك فالقول قولها ، لأن الأصل عدم الرجعة
والاسلام ، وإذا ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها في أقل من
اثنين وثلاثين يوما ولحظتين . ولا يقبل في أقل من ذلك بحال ، لأنه لا يتصور
عندنا أقل من ذلك .

وعند أحمد وأصحابه لا يقبل قولها في أقل من شهر إلا ببينة . لأن شريحا
قال : إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر واحد وجاءت ببينة من النساء
المدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عابها الصلاة
من الطمط وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة .
وقال له علي بن أبي طالب ، قالون ، ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت ، فأخذ
أحمد بشهر علي في الشهر

فإن ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديثه ، إن المرأة أوتئمت على
فرجها ، ولأن حيضها في الشهر ثلاث حيض يتدرجاً فرجح ببينة ، ولا يتدر

فيما زاد على الشهر كقدرته فيه فقبل قولها من غير بيعة ، وقال أبو حنيفة : لا تصدق في أقل من ستين يوماً ، وقال صاحباه : لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً ، لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام ، فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوماً ، والخلاف في هذا ينبنى على الخلاف في أقل الحيض وأقل الطهر .

وان ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يحلو إما أن تدعى وضع الحمل التام أو أنها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوماً من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح ، لأن أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً ، لأنه يكون نظمة أربعين يوماً ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا قول أحمد بن حنبل وأصحابه

(فرج) إذا طلق امرأة طليقة أو طليقتين فقال : طلقتك بعد أن أصبتك فعليك العدة ولى عليك الرجعة ولك السكنى والنفقة وجميع المهر . وقالت الزوجة بل طلقني قبل الإصابة ، فالقول قول الزوج مع يمينها ، لأن الظاهر وقوع الفرقة بالطلاق والاصل عدم الإصابة .

إذا ثبت هذا فإنها إذا حلفت فلا عدة عليها ولا رجعة ، ولا يجب لها نفقة ولا سكنى ، لأنها لا تدعى ذلك ، وإن كان مقرراً لها به . وأما المهر فإن كان في بد الزوج لم تأخذ الزوجة منه إلا النصف لأنها لا تدعى أكثر منه ، وإن كان الزوج مقرراً بالجميع . وإن كان الصداق في بد الزوجة لم يرجع الزوج عليها بشيء . لأنه لا بدعيه وإن نكحت عن اليمين لخلف ثبت له الرجعة عليها .

فأما النفقة والسكنى فالذي يقتضيه المذهب أنها لا تستحقه لأنها لا تدعيه . وإن قال الزوج طلقتك قبل الإصابة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة ولا سكنى لك ولك نصف المهر . وقالت المرأة بل طلقني بعد الإصابة فك الرجعة ولى عليك النفقة والسكنى وجميع المهر ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الاصل عدم الإصابة . إذا ثبت هذا فإنه لا رجعة له عليها ، سواء حلف أو لم يحلف ، لأنه

أقر بأنه لا يستحق ذلك ، ويجب عليها العدة لأنها مفترضة بوجودها عابها ، وأما النفقة والسكنى — فان حلف أنه طلقها قبل الاصابة — لم تستحق عليه النفقة والسكنى ، وإن نكل عن اليمين لحلفت استحقت ذلك عليه ، وأما المهر فإن حلف لم يستحق عليه إلا نصفه سواء كان بيده أو بيدها ، وإن نكل عن اليمين وحلفت استحقت جميع المهر ، وهذا إذا لم يثبت بالبينة أو بإقرار الزوج انه قد خلا بها . وأما إذا ثبتت بالبينة أو بإقرار انه قد كان خلا بها فعلى القول الجديد لا تأثير للخلوة .

وقال في القديم : للخلوة تأثير ، فن أصحابنا من قال : أراد انه يرجع بها قول من ادعى الاصابة منها . ومنهم من قال : بل الخلوة كالاصابة ، وقد مضى بيان ذلك .

(فرع) قال في الامم : إذا قال قد أخبرتني بانقضاء عدتها ثم قالت بعد هذا ما كانت عدتي منقضية فالرجعة صحيحة لأنه لم يقر بانقضاء العدة ، وإنما أخبر عنها ، فإذا أنكرت ذلك فقد كذبت نفسها وكانت الرجعة صحيحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن طلقها طلاق رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة ، فله أن يخاصم الزوج الثاني وله أن يخاصم الزوجة ، فإن بدأ بالزوج نظرت فإن صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة اليه ، لأن إقراره يقبل على نفسه دونها ، وإن كذبه فاقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم الرجعة ، فان حلف سقط دعوى الاول ، وإن نكل ردت اليمين عليه ، فان حلف وقلنا إن يمينه مع نكول المدعى عليه كالبينة — كما بنا بأنه لم يكن بينهما نكاح ، فان كان قبل الدخول لم يلزمه شيء ، وإن كان بعد الدخول لزمه مهر المثل وإن قلنا انه كالأقرار لم يقبل إقراره في اسقاط حقه ، فان دخل بها لزمه المسمى ، وإن لم يدخل بها لزمه نصف المسمى . ولا تسلم المرأة الى الزوج الاول على القولين ، لأننا جعلناه كالبينة أو كالأقرار في حقه دون حقه . وإن بدأ بخصومة الزوجة فصدقه لم تسلم اليه ، لأنه لا يقبل

إقرارها على الثاني كما لا يقبل لإقراره عليها، ويلزمها المهر لأنها أقرت أنها
حالت بينه وبين بضعها، فإن زال حق الثاني بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت إلى
إلى الأول لأن المنع لحق الثاني وقد زال. وإن كذبت بالقول قولها. وهل تخلف
على ذلك؟ فيه قولان:

(أحدهما) لا تخلف لأن اليمين تمرض عليها لتخاف فتقر. ولو أقرت لم
يقبل لإقرارها فلم يكن في تحليفها فائدة
(والثاني) تخلف لأن في تحليفها فائدة، وهو أنها ربما أقرت فيلزم المهر
وإن حلفت سقطت دعواه، وإن نكحت ردت اليمين عليه، فإذا حلف
حكم له بالمهر.

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحبلت من الزوج ووضعت
وشرعت في إتمام العدة من الأول وراجعها صححت الرجعة لأنها راجعها في عدته
فإن راجعها قبل الوضع ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنها في عدته من غيره فلم
يملك رجعتها، والثاني يصح بما بقي عليها من عدته لأن حكم الزوجية باق وانما
حرمت لعارض فصارت كالو أحرمت

(الشرح) تصح الرجعة من غير علم الزوج، لأن ما لا يفتقر إلى رضاها
لم يفتقر صحته إلى علمها كالطلاق.

إذا ثبت هذا فإن انقضت عدتها فتزوجت بآخر وادعى الزوج الأول أنه كان
راجعها قبل انقضاء العدة منه، وقال الزوج الثاني بل انقضت عدتها قبل أن يراجعها
نظرت فإن أقام الزوج الأول بينة أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه حكم بتزويجها
للأول وبطلان نكاح الثاني، سواء دخل بها أو لم يدخل. وبه قال علي بن أبي طالب
وأكثر الفقهاء.

وقال مالك: إن دخل بها الثاني فهو أحق بها، وإن لم يدخل بها الثاني ففيه
روايتان، أحدهما أنه أحق بها، والثاني أن الأول أحق بها. وروى ذلك عن
عمر رضي الله عنه. دليلنا قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم - إلى قوله تعالى -
والمحصنات من النساء، والمحصنة من لها زوج، وهذه لها زوج وهو الأول،

فلم يصح نكاح الثاني . إذا ثبت هذا - فإن كان الثاني لم يدخل بها - فرق بينهما ولا شيء عليه ، وإن دخل بها فرق بينهما وعليه مهر مثلها وعليها العدة ، لأنه وطء شبهة ، ولا تحمل للأول حتى تنقضي عدتها من الثاني ، وإن لم يكن مع الأول بيعة فله أن يخاصم الزوج الثاني ، وله أن يخاصم الزوجة الأولى أو يبتدئ دعوى بخصوصية الثاني لأنه أقرب ، فإن بدأ بخصوصية الثاني نظرت في الثاني فإذا أنكر وقال لم يراجعها إلا بعد انقضاء عدتها قال قول قول الثاني مع بيعة ، لأن الأصل عدم رجعة الأول ، وكيف يخلف ؟

قال الشيخ أبو حامد في التعليل : يخلف أنه لم يراجعها في عدتها . وقال ابن الصباغ في الشامل : يخلف أنه لم يعلم أنه راجعها في عدتها ، لأنه يخلف على نفي فعل غيره ، وهذا أقبس ، فإن حلف الثاني سقطت دعوى الأول عنه ، وإن نكل الثاني عن اليمين ردت اليمين على الأول ، فإن حلف أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه سقط حق الثاني من نكاحها ، لأن يمين الأول كبيعة أقامها في أحد القولين . أو كإقرار الثاني بصحة رجعة الأول ، وذلك يتضمن إسقاط حق الثاني منها فإن صدقت الزوجة الأول على صحة رجعته سلمت إليه ، فإن كان الثاني لم يدخل بها فلا شيء عليه وتسلم الزوجة في الحال . وإن كان الثاني دخل بها استحققت عليه مهر مثلها ولا تسلم إلى الأول إلا بعد انقضاء عدتها من الثاني .

وإن أنكرت الزوجة صحة الرجعة من الأول - فإن قلنا إن يمين الأول كبيعة أقامها الأول - كان كأن لم يكن بين الثاني وبينها نكاح ، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها عليه ، وإن كان بعد الدخول فأما عليه مهر مثلها

وإن قلنا إن يمين الأول يكذبه إقرار الثاني فلا يقبل إقراره في إسقاط حقها بل إن كان قبل الدخول لزمه نصف مهرها المسمى ، وإن كان بعد الدخول لزمه جميع المسمى ، ولا تسلم المرأة إلى الأول على القولين ، لأن يمين الأول كبيعة أقامها أو كإقرار الثاني في حق الثاني لا في حقها .

وإن صدق الثاني الأول أنه راجعها قبل انقضاء عدته - فإن صدقته المرأة أيضا كان كالو أقام الأول البيعة ، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها على الثاني ، وتسلم الزوجة إلى الأول في الحال ، وإن كان بعد الدخول فلها على الثاني مهر مثلها

وله عليها العدة ولا تسلم إلى الاول إلا بعد انقضاء عدتها من الثاني ؛ وإن أنكرت
 الزوجه صحته رجعه الاول بعد أن صدقه الثاني قال قول قولها مع يمينها ، لأن
 الاصل عدم الرجعه ، وبحكم بانفساخ نكاح الثاني ، لأنه أقر بتجريمها ، فإن كان
 قبل الدخول لزمه نصف المسمى ، وإن كان بعد الدخول لزمه جميع المسمى ،
 وإن بدأ الزوج الاول بالخصومه مع الزوجه نظرت فإن صدقته لم يقبل إقرارها
 لتعلق حق الثاني بها - وهل يلزمها المهر الأول ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ
 (أحدهما) لا يلزمها له شيء ، لأن إقرارها لم يقبل بحق الثاني ، فلم يلزمها غرم
 قالوا ردت أو قتلت نفسها

(والثاني) ولم يذكر المحاملي والشيخ أبو إسحاق هنا غيره أنه يلزمها الأول
 المهر لأنها فوتت بعضها عليه بالنكاح الثاني ؛ فهو قالو شهد عليه شاهدان أنه
 طلقها ثم رجعا عن شهادتهما فإنه يجب عليهما ؛ فكذلك هذا مثله ؛ وإن أنكرت
 قال قول قولها لأن الاصل عدم الرجعه ، وهل يلزمها أن تحلف ؟ قال الشيخان
 أبو حامد وأبو إسحاق : فيه قولان

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف ، لأن اليمين إنما تعرض لتخلف فتقر ، ولو
 أقرت لم يقبل إقرارها الأول بحق الثاني فلا فائدة في ذلك
 (والثاني) يلزمها أن تحلف ، لأنه ربما خافت من اليمين فأقرت بصحة رجعه
 الاول فلزمها له المهر . قال ابن الصباغ : يبنى على اليمينين ، إذا أقرت الأول ،
 فإن قلنا هناك يلزمها له المهر ازمها أن تحلف له لجواز أن تحلف فتقر فيلزمها
 المهر . وإن قلنا لا يلزمها المهر لم يلزمها أن تحلف لأنه لا فائدة في ذلك ، فإن
 قلنا لا يمين عليها فلا كلام . وإن قلنا عليها اليمين ، فإن حلفت سقطت دعوى
 الزوج عنها ؛ وإن نكحت ردت اليمين على الاول ، فإذا حلفت احتمل أن يبنى
 على القولين في يمين المدعى مع نكول المدعى عليه .

فإن قلنا انها كالبيته ازمها المهر الأول ، وإن قلنا انها كالاقرار فهل يلزمها
 المهر الأول ؟ على الوجهين اللذين حكاهما ابن الصباغ ، ولا تسلم الزوجه إلى
 الاول مع انكار الثاني على القولين ، لأنها كالبيته أو كالاقرار في حق المدعيين
 وهما الزوج الاول والزوجه لا في حق الثاني وكل موضع قلنا لا تسلم المرأة إلى

الأول إذا أقرت له بحق الثاني فزالت زوجية الثاني بموته أو طلاقه ، وسلمت إلى الأول بعد انقضاء عدة الثاني منها ، لأن المنع من تسليمها إلى الأول لحق الثاني وقد زال .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا طلق الحر امرأته ثلاثاً أو طلق العبد امرأته طائفة حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها . والدليل عليه قوله عز وجل (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وروى عائشة رضي الله عنها أن رقاعة القرظي طلق امرأته بت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير لحجاءات النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني كنت عند رقاعة وطلقتي ثلاث طلاقات فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله مامعها يا رسول الله إلا مثل هذه الهدية ، فبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لعالمك تريدن أن ترجعي إلى رقاعة ، لا والله حتى تذوق عسليته ويزوق عسيلتك : ولا تحل إلا بالوطء في الفرج ، فإن وطئها فيما دون الفرج ، أو وطئها في الموضع المكروه لم تحل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق على فوق العسيلة ، وذلك لا يحصل إلا بالوطء في الفرج ، وأدنى الوطء أن يعقب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فإن أوج الحشفة في الفرج من غير انتشار لم تحل لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الحكيم بزوج العسيلة ، وذلك لا يحصل من غير انتشار .

وإن كان بعض الذكر مقطوعاً فعلى ما ذكرناه في الرد بالعيب في النكاح . وإن كان مسلولاً أحل بوطنه : لأنه في الوطء كالفحل وأقوى منه ولم يفقد إلا الإزال ، وذلك غير معتبر في الإحلال . وإن كان مراهماً أحل لأنه كالبالغ في الوطء ، وإن وطئت وهي نائمة أو مجنونة ، أو استدخلت هي ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون ، أو وجدها على فراشه فظنهما غيرها فوطئها حلت لأنه وطء صادق النكاح .

(فصل) فإن رآها رجل أجنبي فظنهما زوجته فوطئها أو كانت أمة فوطئها مولاهما لم تحل لقوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره ، وإن وطئها الزوج في نكاح فاسد كالنكاح بلا ولي ولا شهود أو في نكاح شرط فيه أنه إذا أحلها للزوج الأول فلا نكاح بينهما ففيه قولان

(أحدهما) أنه لا يحلها لأنه وطئ في نكاح غير صحيح فلم تحل كوطئ العبدية (والثاني) أنه يحلها لما روى عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لعن الله المحمل والمحمل له . فسماه محملا ، ولأنه وطئ في نكاح فأشبهه الوطئ في النكاح الصحيح .

(فصل) وإن كانت المطلقة أمة فملكها الزوج قبل أن ينكحها زوجا غيره فالذهب أنها لا تحل لقوله عز وجل : فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً عليه من وجه مباح من وجه . ومن أصحابنا من قال يحل وطؤها لأن الطلاق يخصص بالزوجية فآثر التحريم في الزوجية (فصل) وإن طلق امرأته ثلاثاً وتفرقت ادعت المرأة أنها تزوجت بزواج أحلها جاز له أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه من الاباحة ، فإن وقع في نفسه أنها كاذبة فالأولى أن لا يتزوجها احتياطاً

(الشرح) حديث عائشة أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد في مسنده باللفظ وجاءت امرأة رقاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رقاعة فطلقني فبیت طلاق فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، وإنما معه مثل هدية الثوب ، فقال أنريدن أن ترجعي إلى رقاعة ؟ لا ، حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك ، وعند أبي داود من غير تسمية الزوجين واللفظ بمعناه وقد أخرج نحوه أيضاً أبو زعيم في الحلية . قال الهيثمي في مجمع الزوائد : فيه أبو عبد الملك لم أعرفه وبقيته رجاله رجال الصحيح ؛ ولهذا الحديث متابعات ، منها ما رواه أحمد والنسائي عن ابن عمر قال : سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً ويتزوجها آخر ، فيعاقب الباب ويرخي السر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ، هل تحل الأول ؟ قال لا حتى يذوق العسيلة ، وهذا

الحديث من روايته سيفيان الثوري عن علقمه بن مرثد عن رزين بن سليمان
الاحمري عن ابن عمر ،

وروى أيضا من طريق شعيبه عن علقمه بن مرثد عن سالم بن رزين عن سالم
ابن عبد الله عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر . قال النسائي : والطريق الاول
أولى بالصواب . قال الحافظ بن حجر : وإنما قال ذلك لأن الثوري أتقن
وأحفظ من شعيبه ، وروايته أولى بالصواب من وجهين

(أحدهما) أن شيخ علقمه هو رزين بن سليمان كما قال الثوري لا سالم بن
رزين كما قال شعيبه ، فقد رواه جماعة عن شعيبه كذلك منهم غيلان بن جامع أحد
الثقات (ثانيهما) أن الحديث لو كان عند سعيد بن المسيب عن ابن عمر مرفوعا
لم يخالفه سعيد ويقول بغيره اهـ

وعن عائشة عند أبي داود بنحو حديث ابن عمر ، وعند النسائي عن ابن عباس
بنحوه أيضا ، وعن أبي هريرة عند الطبراني وابن أبي شيبة بنحوه . وكذلك
أخرجه الطبراني عن أنس والبيهقي عنه . وأخرج الطبراني حديثاً آخر عن عائشة
بإسناد رجاله ثقات ، أن عمرو بن حزم طلق العميصاء فتكبحها رجل فطلقها قبل
أن يمسه ، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : لا ، حتى يدوق الآخر عسلتهما
وتدوق عسلته .

أما امرأة ربيعة فقد قيل في اسمها : تميمية . وقيل سهيمية . وقيل أميمة .
والفرطلي يضم القاف وفتح الراء نسبة إلى بني قريظة . وعبد الرحمن بن الزبير
بفتح الزاي وليس بالتصغير كما في الزبير بن العوام ، بل هو كأمير وهو ابن باطا .
وقوله : هدبة الثوب ، بفتح الهاء وسكون المهملة بعدها باء موحدة مفتوحة هي
طرف الثوب الذي لم ينسج ، مأخوذة من هدب العين وهو شعر الجفن ، هكذا
أقاده ابن حجر .

وفي المصباح هدب العين ما نبت من الشعر على أشعارها والجمع أهداب مثل
قفل وأقفال : ورجل أهدب طويل الأهداب . وهدبة الثوب طرته ، مثال غرفة
وضم الدال للاتباع لغة والجمع هُدب مثل غرفة وغرف . وفي القاموس المطاب
بالضم وبضمين شعر أشعار العين ونخل الثوب واحدهما بهاء . وكذا في مجمع

البحار نقلا عن النووي أنها بضم ها، وسكون دال، ومرادها أن ذكره يشبه الهدية في الاسترخاء وعدم الانتشار وقوله حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك، العسيلة مصفرة في الموضوعين واختلف في توجيهه فقيل هو تصغير العسل، لأن العسل مؤنث، جزم بذلك القران، قال وأحسب التذكير لغة وقال الأزهرى يذكر ويؤنث وقبل لأن العرب إذا حقرت الشيء أدخلت فيه هاء التأنيث، وقبل المراد قطعة من العسل والتصغير للتقليل إشارة إلى أن القدر القليل كاف في تحصيل ذلك بأن يقع تغييب الحشفة في الفرج

وقيل: معنى العسيلة النطفة، وهذا يوافق قول الحسن البصرى، وقال جمهور العلماء: ذوق العسيلة كناية عن الجماع، وهو تغييب حشفة الرجل في فرج المرأة.

أما حديث لعن الله المحلل والمحلل له، ففي الترمذى ومسنده أحمد من حديث عبد الله بن مسعود، قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، وفي المسند من حديث أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعا وإسناده حسن، وفيه من على عابه السلام عن النبي صلى الله عليه وسلم، وفي سنن ابن ماجه من حديث عقيه ابن طامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألا أخبركم بالنبي المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له، ثم هؤلاء الأربعة من سادات الصحابة رضى الله عنهم وقد شهدوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم بلعنه أصحاب التحليل وهم المحلل والمحلل له.

قال ابن القيم: وهذا إما خبر عن الله فهو خير صدق وإما دعاء فهو مستجاب قطعاً، وهذا يفيد أنه من الكبائر الملعون فاعلموا

أما أحكام هذين الفصلين، فإنه إذا طلق الحر امرأته ثلاثاً، أو طلق العبد امرأته طلاقين بآنت منه وحرم عليه استمتاعها والمقد عابها حتى تنقضي عدتها منه بتزوج غيره وبصبيها ويطلقها، أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه، وبما قال الفقهاء كافة إلا سعيد بن المسيب فإنه قال: إذا تزوجها وقارنها حانت الأول وإن لم يصحبها الثاني فقد قال ابن المنذر: اجتمع العلماء على اشتراط الجماع لتحل الأول إلا

سعيد بن المسيب . ثم ساق بسنده الصحيح عنه ما يدل على ذلك . قال ولا نعلم
أحداً وافقه عليه إلا طائفة من الخوارج . ولعله لم يبلغه الحديث فأخذ بظاهر
القرآن . وقد نقل أبو جعفر النحاس في معاني القرآن وعبد الوهاب المالكى في
شرح الرسالة عن سعيد بن جبير مثل قول سعيد بن المسيب

وحكى ابن الجوزى عن داود أنه وافق في ذلك سعيداً . قال القرطبي :
ويستفاد من الحديث على قول الجمهور أن الحكم يتعلق بأقل ما ينطاق عايه الاسم
خلافاً لمن قال لا بد من حصول جميعه . واستدل بإطلاق الذوق لهما على اشتراط
علم الزوجين به حتى لو وطئها نائمة أو مضى عليها لم يكف ذلك ولو أزل هو .
ونقل ذلك ابن المنذر عن جميع الفقهاء

ويستدل من حديث عائشة وابن عمر وغيرهما على جواز رجوعها إلى زوجها
الأول إذا حصل الجماع من الثاني وبعقبه الطلاق منه ، لكن شرط المالكية ونقل
عن عثمان وزيد بن ثابت أن لا يكون في ذلك مخادعة من الزوج الثاني ، ولا
إرادة تحليلها للأول . وقال الأكثر من الفقهاء : ان شرط ذلك في العقد
فسد وإلا فلا .

قال في البيان في حديث عائشة : وإنما أراد صلى الله عليه وسلم بذلك - يعنى
بالمسيبة - لذة الجماع ، وسماه المسيبة . فنبت نكاح الثاني بالآية ، فإن طاقها فلا
تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، وثبتت الإصابة بالسنة ، وهو إجماع
الصحابة ، لأنه روى عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة ، ولا
يعرف لهم مخالف اه

إذا ثبت هذا فإن أقل الوطء الذى يتعلق به الإحلال الأول أن تغيب الحشفة
في الفرج ، لأن أحكام الوطء من الغسل والحدود وغيرهما تتعلق بذلك . ولا
يتعلق بما دونه ، فإن أوجب الحشفة في الفرج وواقفها وتجاوزت معه بالاذة وأنزل
فقد حصل الإحلال وزيادة ، وإن غيب الحشفة في الفرج من غير انتشار أو غيبه
في الموضع المذكور أو وطئها فيما دون الفرج لم يتعلق به الإحلال ، لأن النبي
صلى الله عليه وسلم علقه على ذوق المسيبة ، وذلك لا يحصل بما ذكرناه .

(فرع) وإن تزوجها صبى لهما معها - فإن كان صبياً غير مرافق كابن سبع

سنين فما دون - لا يحكم بجماعته ولم يحللها للأول ، لأن هذا الجماع لا ينفذ به فهو كما لو أدخل أصبعه في فرجها ، وإن كان مرافقاً يفتنر عليها أحلامها الأول ، وقال مالك لا يحللها

دليلنا أنه جماع من يجامع مثله فأحلها للأول كالبالغ ، وإن كان مشكول الأنثيين فغيب الحشفة في الفرج أحلامها للأول ، لأنه جماع ينفذ به فهو كغيره وإن كان مقطوع الذكر من أصله لم تحل للأول بجماع لأنه لا يوجد منه الجماع ، وإن قطع بعضه - فإن بقي من ذكره قدر الحشفة وأولج به - أحلامها الأول ، وإن كان الذي بقي منه أو الذي أولج فيها دون الحشفة لم يحلها للأول لأنه لا ينفذ به . وينسحب هذا الحكم على العبد والأمة لأن الحديث لم يفرق بين الحر والعبد ولا بين الحرمة والأمة .

(فرع) وإن أصابها الزوج الثاني وهي محرمة لحج أو حمرة أو صائمة أو حائض أحلامها الأول . وقال مالك : لا يحلها . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق العسيلة ، ولم يفرق ، ولأنها إصابة يستقر بها المهر المسمى ، فوعدت بها الإباحة للأول كما إذا وطئها محبة مفطرة طاهرة واشترط أصحاب أحمد أن يكون الوطء حلالاً ، فإن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما ، أو أحدهما صائم فربحاً لم تحل ، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة ، وقد خالفهم ابن قدامة منهم فقال : وظاهر النص حلها ؛ وهو قوله تعالى : حتى تنكح زوجاً غيره ، وهذه قد نكحت زوجاً غيره .

وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم : حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك ، وهذا قد وجد . ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل النكاح فأحلها كالوطء الحلال . وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها وهي مريضة بضرها الوطء . وهذا أصح إن شاء الله . وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، سواء وطئها في حال ردها أو ردتها ، أو وطئها المرتدة المسلمة ، لأنه لم يعد المرتد منها إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير

نكاح . وإن عاد الى الاسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام ، لان سبب البيوتنة حاصل فيه . وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذلك .

(فرع) وان طلق مسلم ذمياً ثلاثاً فتزوجت بذي وأصابها ثم فارقتها حيا لمسلم . وقال مالك : لا تحل . دليلنا أنه اصابة من زوج في نكاح صحيح خلعت للاول كما لو تزوجها مسلم .

وان تزوجها الثاني لجن فأصابها في حال جنونه ، أو جنبت فأصابها في حال جنونها أو وجدها الزوج على فراشها فظنهما أجنبية فوطئها فبان أنها زوجته حملت للاول بعد مفارقة الثاني ، لانه ابلج تام صادف زوجية ولم يفقد الا القصد ، وذلك غير معتبر في الاصابة كما قلنا في استقرار المسمى

(مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه : وان كانت الاصابة بعد ردة أحدهما ثم رجع المرتد منهما لم تحلها الاصابة لانها محرمة في تلك الحال . ووجه ذلك أن المصلحة ثلاثاً اذا تزوجت بآخر ثم ارتد أحدهما أو ارتدا ووطئها في حال الردة لم يحلها للاول ، لان الوطء انما ينتج اذا حصل في نكاح صحيح تام ، والزوجية ههنا متضمنة بالردة .

وقال المزي : هذه المسألة محال لانها ان ارتدا أو ارتد أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح بنفس الردة ، وإن ارتد أو ارتد أحدهما بعد الدخول فقد حصل الاحلال بالوطء قبل الردة فلا تؤثر الردة .

قال أصحابنا : ليست بمحال ، بل تصور على قوله القديم الذي بقول : إن الخلو كالاصابة ، فإذا خلا بها ثم ارتدا أو أحدهما فعليه العدة ، فادانت في العدة فالزوجية قائمة وتصور على قوله الجديد بأن يطأها فيها دون الفرج فسبق الماء الى الفرج أو تدخل مائه ثم يرتد أحدهما فيجب عليها العدة أو طأها في الموضع المكروه فيرتدان أو أحدهما فيجب عليها العدة ، فيتصور ههنا في هذه المواضع الثلاثة .

(مسألة) إذا طلقها ثلاثاً فانقضت عدتها منه فوجدها رجل على فراشه فظنهما

زوجته أو أمته فوطئها، أو كانت أمة الآخر فوطئها سيدها لم تحل للأول لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره، وهذا ليس بزواج. وإن اشترى زوجها قبل أن تنكح زوجا غيره فهل يحل له وطؤها بالملك؟ فيه وجهان: أحدهما يحل له وطؤها لأن الطلاق من خصائص الزوجية فأثر في تحريم الوطء بالزوجية دون ملك اليمين. والثاني لا تحل له وهو المذهب لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره، ولم يفرق، ولأن كل امرأة يحرم عليه نكاحها لم يحز له وطؤها بملك اليمين كالملاعة وإن نكحها رجل نكاحا قاسدا ووطئها فهل تحل للأول؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحلها لأنه وطء في نكاح قاسد فهو كوطء الشبهة

(والثاني) يحلها لقوله صلى الله عليه وسلم: لمن أتته المحل والمحل له، فسماه محلا، ولأنه وطء في نكاح فأشبهه النكاح الصحيح. قال في الإملاء: وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعياً فانقضت عدتها فجاءها رجل فقال: توفقي فلعل زوجك قد راجعك لم يلزمها التوقف لأن انقضاء المدة قد وجد في الظاهر، والرجعة أمر محتمل فلا يترك الظاهر المحتمل. والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وان تزوجت المطلقة ثلاثا بزواج وادعت عليه أنه أصابها وأنكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثاني في الإصابة ويقبل قولها في الإباحة للزوج الأول لأنها تدعى على الزوج الثاني حقا وهو استقرار المهر ولا تدعى على الأول شيئا وإنما تخبره عن أمر هي فيه مؤتمنه فقبل، وإن كذبها الزوج الأول فيما تدعيه على الثاني من الإصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن ينزوجهما لأنه قد لا يعلم أنه أصابها ثم يعلم بعد ذلك.

وان ادعت على الثاني أنه طلقها وأنكر الثاني لم يحز الأول نكاحها لأنه إذا لم يثبت الطلاق فهي باقية على نكاح الثاني فلا يحل للأول نكاحها، ويخالف إذا اختلفا في الإصابة بعد الطلاق لأنه ليس لاحد حق في بضعها فقبل قولها (فصل) إذا طادت المطلقة ثلاثا إلى الأول بشروط الإباحة ملك عليها

ثلاث تطليقات ، لأنه قد استوفى ما كان يملك من الطلاق الثلاث ، فوجب أن يستأنف الثلاث ، فإن طلقها طليقة أو طليقتين فتروجت بزواج آخر فوطئها ثم أبانها رجعت إلى الأول بما بقي من عدد الطلاق . لأنها عادت قبل استيفاء العدد فرجعت بما بقي ، كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجا غيره .

(الشرح) إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً فجاءت إلى الذي طلقها وادعت أن عدتها منه قد انقضت وأنها قد تزوجت بآخر وأصابها وطئها الثاني وانقضت عدتها ، وكان قد مضى من يوم الطلاق زمان يمكن صدقها فيه ، جاز للأول أن يتزوجها لأنها مؤتمنه فيما تدعيه من ذلك ، فإن وقع في نفس الزوج كذبها فالورع له أن لا يتزوجها ، فإن نكحها جاز لأن ذلك مما لا يتوصل إلى معرفته إلا من جمعها ، وإن كانت عنده صادقة لم يكره له تزويجها ، ويستحب له أن يبحث عن ذلك ليعرف به صدقها ، فإن لم يبحث عن ذلك جاز ، فإن رجعت المرأة مما أخبرت به نظرت — فإن كان قبل أن يعقد عليها الأول — لم يجز له العقد عليها وإن كان بعدما عقد عليها لم يقبل رجوعها ، لأن في ذلك إبطالا للعقد الذي لزمها في الظاهر .

(فرع) وإن طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها وطئها الثاني فادعت الزوجة على الثاني أنه طلقها بعد أن أصابها وأنكر الثاني الإصابة ، فالقول قوله مع يمينته أنه ما أصابها ، لأن الأصل عدم الإصابة ولا البرء إلا نصف المسمى ويلزمها العقد للثاني لأنها مقرة بوجودها ، فإن صدقها الأول أن الثاني قد أصابها في النكاح ، هل له أن يتزوجها؟ لأن قولها مقبول في إباحتها الأول ، وإن لم يقبل على الثاني .

فإن قال الأول : أنا أعلم أن الثاني لم يصيبها لم يجز له أن يتزوجها ، فإن عاد وقال عدت أن الثاني أصابها ، حل له أن يتزوجها لأنه قد يظن أنه لم يصيبها ثم يعلم أنه أصابها فحل له .

(مسألة) الفرقة التي يقع بها التحريم بين الزوجين على أربعة أضرب : (الأول) فرقة يقع بها التحريم ، ويرتفع ذلك التحريم بالرجعة وهو الطلاق

الرجوع على ما مضى وهذا أخفها (والضرب الثاني) فرقة يرتفع بها التحريم بمقد
نكاح مستأنف قبل زوج ، وهو أن يطلق غير المدخول بها طليقة أو طليقتين أو
تطلق المدخول بها طليقة أو طليقتين بغير عوض ولا يسترجعها حتى تنقضي عدتها
أو يطلقها طليقة أو طليقتين بعوض أو يجد أحدهما بالآخر عيبا فيفسخ النكاح ،
أو بعسر الزوج بالمهر والنفقة فتفسخ الزوجه النكاح فلا رجعة للزوج في هذا
كله وإنما يرتفع التحريم بمقد نكاح مستأنف ولا يشترط أن يكون ذلك بعد زوج
وإصابة ؛ وهذا الضرب أغلظ من الأول .

(الضرب الثالث) فرقة يقع بها التحريم ولا يرتفع ذلك التحريم الا بمقد
مستأنف بعد زوج وإصابه . وهو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا ، سواء كانت
مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فيحرم عليه العقد عليها الا بعد زوج وإصابه
على ما سبق . وهذا أغلظ من الأولين

(والضرب الرابع) فرقة يقع بها التحريم على التأييد لا يرتفع بحال ، فهي
الفرقة باللعان على ما يأتي في اللعان . وهذا أغلظ الفرق

إذا ثبت هذا فإن الرجل إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا في عدتها ، فإنها تكون
عنده على ما بقي له من عدد الطلاق ، وإن طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج
فإنه يملك عليها ثلاث طلاقات . وهذا إجماع لا خلاف فيه ، وإن أبان امرأته
بدون الثلاث حتى انقضت عدتها ثم تزوجها قبل أن تزوج زوجا غير فانها
تكون عنده ما بقي من عدد الثلاث . وهذا أيضا لا خلاف فيه . وإن تزوجها بعد
أن تزوجت غيره فإنها تعود إليه عندنا على ما بقي من عدد الثلاث لا غير . وبه
قال في الصحابه عمر وعلي وأبو هريرة . ومن الفقهاء مالك والأوزاعي والثوري
وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وزفر .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تعود إليه بالثلاث . وقال ابن عباس بمثل
ذلك . دليلنا أن إصابته الزوج ليست شرطا في الإباحة الأول فلم تؤثر في الطلاق
كإصابته الشبهه . والله تعالى أعلم وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الإيلاء

يصح الإيلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء ، لقوله عز وجل
 "الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، وأما العبي والمجنون فلا يصح
 الإيلاء منها لقوله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاثة : عن العبي حتى يبلغ
 وعن الغائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفق ، ولأنه قول يختص بالزوجية
 فلم يصح من العبي والمجنون كالإطلاق .

وأما من لا يقدر على الوطء ، فإن كان بسبب يزول كالمرض والمحبوس صح
 الإيلاءه . وإن كان بسبب لا يزول كالمحبوب والاشل ففيه قولان
 (أحدهما) يصح الإيلاءه لأن من صح الإيلاءه إذا كان قادراً على الوطء صح
 الإيلاءه إذا لم يقدر كالمرض والمحبوس

(والثاني) قاله في الام لا يصح الإيلاءه لأنه يمين على ترك ما لا يقدر عليه
 بحال فلم يصح ، كما لو حلف لا يصعد السماء . ولأن القصد بالإيلاء أن يمنع نفسه
 من الجماع باليمين ، وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه ، لأنه ممنوع من غير يمين ،
 ويخالف المريض والمحبوس لأنهما يقدران عليه إذا زال المرض والمحبوس . فصح
 منها المنع باليمين ، والمحبوب والاشل لا يقدران بحال .

(الشرح) قوله تعالى "الذين يؤلون من نسائهم ، الآية . معناه يحلفون ،
 والمصدر إيلاء . والية وألوة وألوة وبالوة . وقرأ أبو وابن عباس : للذين يقسمون
 ومعلوم أن يقسمون تفسير يؤلون ، وقرئ . وللذين آلوا ، يقال : آلى يؤلى إيلاء
 وتآلى تآلياً وامتلى امتلاء أى حلف . ومنه "ولا يأتل أولو الفضل منكم ، كذا أقاده
 القرطبي وقال طرفة ابن العبد :

فآليت لا ينفك كشمعي بطانة لعضب رقبتي الشفرتين مهند
 وقال في الجمع : قليل الآل يا حافظ ليمينه وإن سبقت منه الآلية برئت

وقال آخر :

فأيت لا أنفك أحدو قصيدة تكون واياها بها مثلا بعدى
وفى الحديث ومن يتألى على الله يكذبه ، وقال ابن عباس : كان إبلاء الجاهلية
السنة والسنتين وأكثر من ذلك يقصدون بذلك إيذاء المرأة عند المساء ، فوقت
لهم أربعة أشهر . وقد آلى النبي صلى الله عليه وسلم عندما سأله نساؤه النفاق بما
ليس عنده . كذا فى الصحيحين

وفى سنن الترمذى وابن ماجه : أن زينب ردت عليه هديته فغضب صلى الله
عليه وسلم فألى منهن ،

ويلزم الإيلاء كل من يلزمه الطلاق ، فالحر والعبد والسكران يلزمه الإيلاء
وكذلك السفية والمولى عليه اذا كان بالغاً قلاً . وكذلك الخصى اذا لم يكن مجبواً
والشيخ اذا كان فيه بقيه رفق ونشاط

وجملة ذلك أنه يصح الإيلاء من كل زوج مكاف قادر على الوطء . وأما الصبي
والمجنون فلا يصح إيلاؤهما ، لأن القلم مرفوع عنهما ، ولأنه قول يجب بمخالفته
كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر

وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح
إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه ، وإن كان غير مرجو الزوال
كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد ، قالوا حلف
أن لا يقلب الحجارة ذهباً ، ولأن الإيلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمينه
يمينه فإنه مقدر منه ولا تضر المرأة يمينه .

واختلف قول الشافعى فى المجهوب فقال : ولا يلزم الإيلاء الا زوجاً صحيح
النكاح . فأما فاسد النكاح فلا يلزمه إيلاء . وقال : واذا آلى الخصى غير المجهوب
من امرأته فهو كغير الخصى . وهكذا لو كان مجبواً قد بقى له ما يبلغ به من المرأة
ما يبلغ الرجل حتى تغيب حشفته كان كغير الخصى فى جميع أحكامه . وأما اذا
آلى الخصى المجهوب من امرأته قيل له : فى بلسانك لا شيء عليه غيره لأنه ممن
لا يجامع مثله ، وإنما النية الجماع ، وهو ممن لا جماع عليه . قال : ولو تزوج رجل

امرأة ثم آلى منها ثم خصى ولم يجب كان كالفحل ، ولو يجب كان له الخيار
مكاتها في المقام معه أو فراقه ، فإن اختارت المقام معه قيل له : إذا طلبت الوقف
ففيه بلسانك لأنه ممن لا يجمع اه .

قال الربيع : إن اختارت فراقه فالذي أعرف للشافعي أنه يفرق بينهما ، وإن
اختارت المقام معه فالذي أعرف للشافعي أن امرأة العنين إذا اختارت المقام
معه بعد الأجل أنه لا يكون لها خيار ثانية . والمحبوب عندي مثله اه

قال القرطبي من المالكية وهو صاحب الجامع لأحكام القرآن : والأصح
والأقرب إلى الكتاب والسنة القول بأنه لا يصح ايلأوه ، فإن النية هو الذي
يسقط العين ؛ والنية بالقول لا يسقطها

والى عدم ايلأوه ذهب المالكية والحنابلة إلا أبا الخطاب فإنه قال : يحتمل
أن يصح ايلأوه منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس . وقال ابن قدامة : فأما
الخصى الذي سالت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح
ايلأوه . وكذلك المحبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به
وقالت الحنفية : إن عجز عن وطئها الجبسة صح ايلأوه ، وفيؤه أن يقول :
فنتت اليها .

قال المصنف رحمه تعالى :

(فصل) ولا يصح ايلأوه الا بالله عز وجل ، وهل يصح بالطلاق والعناق
والصوم والصلاة وصدقة المال ، فيه قولان : قال في القديم : لا يصح لأنه يمين
بغير الله عز وجل ، فلم يصح به ايلأوه كاليمين بالنبي صلى الله عليه وسلم والكتابة
وقال في الجديد يصح وهو الصحيح لأنه يمين يلزمه بالحنث فيما حق ، فصح به
ايلأوه كاليمين بالله عز وجل ، فإذا قلنا بهذا فقال : ان وطئتك فعبدي حر فهو
مول . وان قال : ان وطئتك فله على أن أعنتق رقبة فهو مول ، وان قال : ان
وطئتك فأنت طالق . أو امرأتى الاخرى طالق فهو مول . وان قال ان وطئتك
فعلني أن أطلقك أو أطلق امرأتى الاخرى لم يكن مولى ، لأنه لا يلزمه بالوطء
شيء . وان قال : ان وطئتك فأنت زانية لم يكن مولى لأنه لا يلزمه بالوطء حق

لأنه لا يصير بوطئها قاذفا ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، لأنه لا يجوز أن
تصير زانية بوطء الزوج كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وإذا لم يصير قاذفا لم
يلزمه بالوطء حق فلم يجوز أن يكون موليا .

وان قال ان وطئتك فله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا ، لأن المولى هو
الذى يلزمه بالوطء بعد أربعة أشهر حق أو يلحقه ضرر ، وهذا بقدر على وطئها
بعد أربعة أشهر من غير ضرر يلحقه ولا حق يلزمه ، لأن صوم شهر محصى
لا يلزمه ، كما لو قال : ان وطئتك فعلى صوم أمس .

وان قال : ان وطئتك فسالم حر عن ظهاري وهو مظاهر فهو مول . وقال
المزني لا يصير موليا لأن ما وجب عليه لا يتعين بالذم ، كما لو قال ان وطئتك
فعلى أن أصوم اليوم الذى على من قضاء رمضان في يوم الاثنين ، وهذا خطأ
لأنه يلزمه بالوطء حق وهو اعتاق هذا العبد .

وأما الصوم فقد حكى أبو علي بن أبي هريرة فيه وجه آخر أنه يتعين بالذم
كالعتق . والذى عليه أكثر اصحابنا وهو المنصوص في الامم أنه لا يتعين . والفرق
بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الايام ، والرقاب تتفاضل أيامها .
وان قال ان وطئتك فعبدى حر عن ظهاري ان ظاهرت ، لم يكن موليا في الحال
لأنه يمكنه أن يطأها في الحال ولا يلزمه شيء ، لأنه يقف العتق بعد الوطء على
شرط آخر ، فهو كما لو قال : ان وطئتك ودخلت الدار فعبدى حر ، وان ظاهرت
منها قبل الوطء صار موليا ، لأنه لا يمكنه أن يطأها في مدة الايلاء الا بحق يلزمه
فصار كما لو قال : ان وطئتك فعبدى حر .

• • •

(الشرح) من شروط الايلاء التي لا يصح الا بها أن يحلف باقته نعم الى أو
بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك ايلاء ، لقوله
صلى الله عليه وسلم من كان حالما فليحلف باقته أو ليصمت ،
فأما ان حلف على ترك الرطه بغير هذا ، مثل ان حلف بطلاق أو عتاق

أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ، فعلى قوله في القديم (١) لا يكون موليا
للحديث ، وفي إحدى الروايتين عن أحمد كذلك .

وقال ابن عباس : كل يمين منعت جماعا فهي إيلاء . وهو قول الشافعي في
الجديد والرواية الأخرى عن أحمد ، وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل
الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر
والفاضل أبو بكر بن العربي ، لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالخلف بالله
ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها خلف بدليل أنه لو قل : متى خلفت
بطلائك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق ، طلقت في الحال . وقال
أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الخلف بها موليا .
وأما الطلاق والعتاق فليس الخلف به إيلاء لأنه يتعاق به حق آدمي وما أوجب
كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هي المشهورة ، لأن إيلاء المطلق
إنما هو القسم ، ولهذا قرأ أبو ابن عباس « يقسمون » مكان يولون . وروى
عن ابن عباس في تفسير يولون قال « يحلفون بالله » ،

قال ابن قدامة : والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف
القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء ،
وإنما يسمى خلفا تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور وهو الحث على الفعل
أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته ، وبدل على هذا
قول الله تعالى « فإن قاموا فان الله غفور رحيم » ، وإنما يدخل الغفران
في اليمين بالله .

قلت : فإذا قلنا بقوله في الجديد أو بالرواية الأخرى لا أحمد بن حنبل أو بما
ثبت عن مالك قولاً واحداً فإنه لا يكون موليا إلا أن يخلف بما يازه بالخلف

(١) أخطأ القرطبي في تفسيره الجامع لا أحكام القرآن إذا اختلط عليه قولاً
الشافعي لجعل قوله في الجديد مكان قوله في القديم والعكس فاجرر ذلك في
الجزء الثالث بالصفحة ١٠٣ مطبوعة دار الكتب . المطبعي ،

فيه حق . كقولهم : إن وطنك فانت طالق أو فانت على كظهر أمي أو فانت على حرام أو فقه على صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون ابلاء ، لأنه يلزمه بوطنها حق بمنعها من وطنها خوفاً من وجوبه .

وان قال : إن وطنك فانت زانية لم يكن مولياً لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، ولا بصير قاذفاً بالوطء ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، ولا يجوز بالشرط أن تصير زانية بوطئها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس . وان قال : ان وطنك فقه على صوم هذا الشهر لم يكن مولياً لأنه لو وطنها بعد مضيئه لم يلزمه حق ، فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيئه فلا يلزم بالذکر كما لو قال : ان وطنك فقه على صوم أمس . وان قال : ان وطنك فقه على أن أصلي عشرين ركعة كان مولياً .

وقال أبو حنيفة : لا يكون مولياً لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها مولياً ، كما لو قال : ان وطنك فقه على أن أمشي في السوق . قال الشافعي رضي الله عنه في الام : واذا قال لامرأته مالي في سبيل الله تعالى أو على مشى الى بيت الله أو على صوم كذا أو نحر كذا من الإبل ان قربتك فهو مول لأن هذا اما ازمه واما ازمته به كفارة يمين .

ثم قال : وان قال والكمبه أو عرفة أو المشاعر أو وزمدم أو الحرم أو المواقف أو الخنس أو الفجر أو الليل أو النهار أو وثى ، مما يشبه هذا لا أقربك ، لم يكن مولياً ، لأن كل هذا خارج من اليمين ، ولا يتبرر ولا حق لآدمي يلزم حتى يلزمه القائل له نفسه .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وان قال : ان قربتك فانت زانية فليس بمول اذا قربها ، واذا قربها فليس بقاذف فيحدث بها قذفاً صريحاً يحد به أو بلاعن ، وهكذا ان قال : ان قربتك ففلانة - لامرأة له أخرى - زانية وقال رضي الله عنه : وان قال لامرأته : ان قربتك فعبيدي فلان حر عن ظهاري - فان كان متظهاً - فهو مول ما لم يميت العبد أو يبيعه أو يخرج من ملكه وان كان غير متظهاً فهو مول في الحكم ، لأن ذلك اقرار منه بأنه متظهاً .

وإن وصل الكلام فقال : إن قربتك فعبدي فلان حر عن ظهاري إن تظورت لم يكن مولياً (١) حتى يتظاهر ، فإذا تظهر والعبيد في ما كان مولياً لأنه حلف حينئذ بعتقه . اهـ

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو كان عليه صوم يوم فقال : لله علي أن أصوم يوم الخميس عن اليوم الذي علي لم يكن عليه صومه ، لأنه لم ينذر فيه بشيء يلزمه ، وأن صوم يوم لازم له فأى يوم صامه أجزأ عنه ، ولو صامه بهيئة أجزأ عنه من الصوم الواجب لا من النذر .

هذا هو قول الشافعي الذي أشار إليه المصنف وعليه أكثر أصحابنا خلافاً لما حكاه أبو علي بن أبي هريرة وجهاً آخر أنه يتعين بالنذر كالمثاق . وإن قل : إن وطئت فأنك علي كظهر أمي فإنه لا يقربها حتى يكفر . وهكذا نصر أحمد بن حنبل في تحريمها قبل الكفر . وعليه أن يترصد مدة الإيلاء ، لأنه لا يمكنه أن يطأها قبل مضي المدة ولو أدى كفارة الظهار

وقال أحمد إذا وطأ في الإيلاء زال حكم الإيلاء وثبت الظهار وقد نوزع في هذا إذ كيف يكون مظاهر من وطأ قبل الكفارة وأجيب بأنه إذا وطئها صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الإيلاء ، ويحتمل أنه أراد إذا وطئها مرة فقد ثبت الظهار فلا يطؤها مرة أخرى حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً ، إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها ، ولا يجوز تقديم الحكم على سببه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الإيلاء إلا على ترك الوطء في الفرج ، فإن قال واقع لا وطئت في الدبر لم يكن مولياً ، لأن الإيلاء هو اليمين التي يمنع بها نفسه من الجماع ، والوطء في الدبر ممنوع منه من غير يمين ، ولأن الإيلاء هو اليمين التي يقصد بها الاضرار بترك الوطء ، والوطء الذي يلحق الضرر بتركه هو الوطء في الفرج .

(٦) وكذلك لا يكون مولياً إن حلف بالنبي أو الملائكة أو الكعبة إلا طأها أو قال هو يهودي أو زان إن وطئها .
(المطيعي)

وإن قال : والله لا وطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا ، لأنه لا ضرر في ترك الوطء فيما دون الفرج ،

(فصل) وإن قال والله لا أتيتك في الفرج ، أو والله لا أغيب ذكرى في فرجك ، أو والله لا أفتضك بذكرى ، وهى بكر ، فهو مول في الظاهر والباطن لأنه صريح في الوطء في الفرج . وإن قال : والله لا جامعتك أو لا وطئتك فهو مول في الحكم لأن إطلاقه في العرف يقتضى الوطء في الفرج . وإن قال أردت بالوطء وطء القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لأنه يحتمل ما يدعيه . وإن قال والله لا أفتضك ولم يقل بذكرى ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه صريح كالقسم الأول (والثاني) أنه صريح في الحكم كالقسم الثاني ، لأنه يحتمل الافتراض بغير ذكره

وإن قال والله لا دخلت عليك ، أو لا تجتمع رأسى ورأسك ، أو لا جمعى وإياك بيت فهو كناية ؛ فإن نوى به الوطء في الفرج فهو مول ، وإن لم تكن له نية فليس بمول ، لأنه يحتمل الجماع وغيره ، فلم يحتمل على الجماع من غير نية كالكنائيات في الطلاق .

وإن قال والله لا باشرتك ولا مسستك أو لا أفضى إليك ففيه قولان ، قال في القديم هو مول لأنه ورد به القرآن بهذه الألفاظ والمراد بها الوطء ، فإن نوى به غير الوطء دين لأنه يحتمل ما يدعيه . وقال في الجديد : لا يكون موليا إلا بالنية لأنه مشترك بين الوطء وغيره فلم يحتمل على الوطء من غير نية ؛ كقوله لا اجتمع رأسى ورأسك .

واختلف أصحابنا في قوله لا أصيبك أو لا لمستك أو لا غشيتك أو لا باضعتك فهم من قال هو كقوله لا باشرتك أو لا مسستك فيكون على قولين . ومنهم من قال : هو كقوله : لا اجتمع رأسى ورأسك ، فإن نوى به الوطء في الفرج فهو مول ، وإن لم يكن له نية فليس بمول .

وإن قال : والله لا غيبت الحشفة في الفرج فهو مول ، لأن تغيب ما دون الحشفة ليس بجماع ولا يتعلق به أحكام الجماع ، فصار كما لو قال والله لا وطئتك وإن قال : والله لا جامعتك إلا جماع سوء ، فإن أراد به لا جامعتك إلا في الدبر

أو فيها دون الفرج فهو مول ، لأنه منع نفسه من الجماع في الفرج في مدة الإيلاء . وإن أراد به لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن مولياً ، لأن الجماع الضعيف كالقوى في الحكم فكذلك في الإيلاء .

(الشرح) قوله : لا أفتضك بالقاف هو جماع البكر والقضنة بالكسر جماع الجارية ، أفاده ابن بطال .

وقال في المصباح شرح غريب الجامع الكبير للرافعي : فضضت الخشبة فضاً من باب قتل ثقبها . ومنه القضة بالكسر وهي البكارة . يقال اقضضتها إذا أزلت قضتها . ويكون الاقضاض قبل البلوغ وبعده . وأما ابتكرها واخضرها وابتسرهما بمعنى الاقضاض ، فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ ، وكما هو معروف من اللغة من حيث تقارب المعنى حين تتقارب مخارج الحروف وتتجاوز في نطقها رأينا أن الاقضاض بالفاء كالاقتضاض بالقاف من فضضت الختم فضاً من باب قتل كسرتة ، وفضضت البكارة أزلتها على التشبيه بالختم . قال الفرزدق :

فبين بحاني مصرعات وبت أفض أخلاق الختام

ماخوذ من فضضت الأوثاة إذا خرقتها ، وفض الله فاه نثر أسنانه ، وفضضت الشيء فضاً فرقته فانفض ، وفي التنزيل : لا تفضوا من حولك ،

وقوله : لا باضعتك ، قال ابن الصباغ : قال أبو حنيفة : هو مشتق من البضع وهو الفرج فيكون صريحاً ، ويحتمل أن يكون من النقاء البضعة من البضون بالبضعة منه ، والبضعة القطعة من اللحم . ومنه الحديث : قاطمة بضعة مني ، وقيل البضع هو الاسم من باضع إذا جامع

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يلزمه الإيلاء حتى يصرح بأحد أسماء الجماع التي هي صريحة . وذلك : واق لا أطوك ، أو واق لا أغيب ذكرى في فرجك ، أو لا أدخله في فرجك ، أو لا أجامعك . أو يقول إن كانت عذراء : واقه لا أفتضك (بالقاف) أو لا فتضك (بالفاء) أو ما في هذا المعنى . فإن قال هذا فهو مول في الحكم ، وإن قال لم أرد به الجماع نفسه كان مديناً بإيائه وبين الله تعالى ولم يدين في الحكم .

قال الشافعي رضي الله عنه : وان قال والله لا أباشرك أو والله لا أباضحك أو والله لا ألامسك أو لا أرسفك أو ما أشبه هذا ، فإن أراد الجماع نفسه فهو مول ، وان لم يردده فهو مدين في الحكم والقول فيه قوله ، ومتى قلت : القول قوله فطلبت يمينه أحلفته لها فيه اه

قلت : مقتضى هذا أنه اذا قال : والله لا وطئتك في الدبر لم يكن موليا لانه لم يترك الوطء الواجب عليه ، ولا تتضرر المرأة بتركه ، وانما هو وطء محرم ، وقد أكد منع نفسه منه بيمينه . وان قال : والله لا وطئتك دون الفرج لم يكن موليا لانه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفية ولا ضرر على المرأة في تركه . وان قال والله لا جامعتك الا جماع سوء ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه ولو قال والله لا أجامعك الا جماع سوء ، فإن قال عنيت لا أجامعك الا في دبرك فهو مول والجماع نفسه في الفرج لا في الدبر . ولو قال عنيت لا أجامعك الا بان لا أغيب فيك الحشفة فهو مول ، لان الجماع الذي له الحكم انما يكون بتغيب الحشفة . وان قال عنيت لا أجامعك الا جماعا قليلا أو ضعيفا أو متقطعا أو ما أشبه هذا فليس بمول اه

إذا ثبت هذا فإنه اذا قال : والله لا جامعتك الا جماع سوء سئل عما أراد ، فان قال أردت الجماع في الدبر فهو مول ، لانه حلف على ترك الوطء في الفرج ، وكذلك اذا قال أردت أن لا أطأها الا دون الفرج . وان قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا ، لانه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفية بغير حنت .

وان قال : أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول ، لانه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفية بغير حنت ، وان لم تكن له نية فابسر بمول ، لانه محتمل فلا يمين ما يكون به موليا . وان قال والله لا جامعتك جماع سوء فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وان قال والله لا أجامعك في دبرك فهو محسن غير مول لان الجماع في الدبر لا يجوز ، وكذلك ان قال والله لا أجامعك في كذا من جسدك غير

الفرج لا يكون مولياً إلا بالخلف على الفرج ، أو الخلف مبهما فيكون ظاهره
الجماع على الفرج اهـ

وجملة ذلك انه إذا قال : والله لا جامعك جماع سوء لم يكن مولياً بحال لأنه
لم يحلف على ترك الوطء وإنما حلف على ترك صفته المنكروهة ،

إذا ثبت هذا فإن الالفاظ التي يكون بها مولياً تنقسم إلى ثلاثة أقسام :
الأول ما هو صريح في الحكم والباطن جميعاً ، وهو الالفاظ ثلاث وهي : والله
لا أنيك ، ولا أدخل أو لا أغيب أو لا أوج ذكرى في فرجك ، ولا اقتضتلك
للبيكر خاصة ، فهذه صريحة ، ولا يدين فيها لأنها لا تحتل غير الإيلاء .

أما إذا قال للثيب : والله لا اقتضتك بالقاف ولم يقل بذكرى ففيه وجهان :
(أحدهما) أنه صريح كالقسم الأول هذا ، والثاني أنه صريح في الحكم كالقسم
الثاني ، وسيأتي .

القسم الثاني : صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهو عشرة
الفاظ : لا وطئتك ، ولا جامعتك ، ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك
ولا قربتك ، ولا أتيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتك ، ولا اغتسلت منك ،
فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء ، وقد ورد القرآن
ببعضها فقال تعالى : ولا تقربوهن حتى يطهرهن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث
أمركم الله ، وقال : ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ، وقال : من قبل
أن تمسوهن ،

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال ، فلو قال أردت بالوطء
الوطء بالقدم ، وبالجماع اجتماع الأجسام ؛ وبالإصابة الإصابة باليد ، دين فيما
بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم ، لأنه خلاف الظاهر والعرف ، وقد
اختلف قول الشافعي فيها عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ ، فقال في الجديد
ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع وقال في قوله : لا باضعتك
ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين ؛ البضعة من البدن بالبضعة
منه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فاطمة بضعة مني ،

وقال في القديم : هو مول لأنها الفاظ وردت في القرآن مراداً بها الجماع

قال أصحاب أحمد : انه مستعمل في الوطء عرفاً ، وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع . وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظ الوطء والجماع ، وكذلك قوله باضعنك فإنه مشتق من البضع في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الألفاظ لأنها تستعمل في غيره ، وبهذا قال أبو حنيفة .

القسم الثالث : ما لا يكون إيلاء الا بالنية وهو ما عدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله : والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء ، لا ساقف رأسي رأسك ، لا أسوءنك ، لا غيظنك ، ليطولن غيبي عنك ، لا مس جلدى جلدك ، لا قربت فراشك ؛ لا أويت معك ، لا نمت عندك ، فمذه ان أراد بها الجماع واهترف بذلك كان مؤلها وإلا فلا ، لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه ، إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفترق فيه إلى نية الجماع والمدة معا . وهي قوله لا سوأنك أو لا غيظنك أو ليطولن غيبي عنك فلا يكون مؤلها حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر ، لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك ، وفي سائر هذه الألفاظ يكون مؤلها بنية الجماع فقط .

وإن قال : والله ليطولن تركي لجماعك أو لوطئك أو لاصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء على ما سيأتى .

وإن قال : والله لا أدخلت جميع ذكرى في فرجك لم يكن مؤلها ، لأن الوطء الذي يحصل به النية يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قل والله لا أوجلت حشفتى في فرجك كان مؤلها ، لأن الفهشة لا تحصل بدون ذلك .

قال الشافعي رضي الله عنه : أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عطاء قال : الإيلاء أن يحلف بالله على الجماع نفسه ، وذلك أن يحلف لا يمساها فأما أن يقول : لا أمسك ولا يحلف ، أو يقول قولا غايضا ثم يجردها فليس ذلك إيلاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الإيلاء إلا في مدة تزيد على أربعة أشهر حراً كان الزوج أو عبداً ، حرة كانت الزوجة أو أمة ، فإن آلى على ما دون أربعة أشهر لم يكن مولياً لقوله عز وجل : للذين يؤولون من نسائهم تراص أربعة أشهر ، فدل على أنه لا يصير بمآدونه مولياً ، ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر ، والدليل عليه ما روى أن عمر رضي الله عنه كان يطوف آية في المدينة فسمع امرأة تقول :

الأطال هذا الليل وأزور جانيه وليس إلى جنبي حليل الأعبه
فو الله لولا الله لا شيء غيره لززع من هذا السرير جوانبه
حفاة ربي والحيااء يكفى وأكرم بعلى إن تعال مراكيه

فسأل عمر رضي الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقالن شهرين وفي الثالث بقل الصبر وفي الرابع يفقد الصبر ، فكتب عمر إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر . وإن آلى على أربعة أشهر لم يكن مولياً ، لأن المطالبة بالفيتنة أو الطلاق بعد أربعة أشهر ، فإذا آلى على أربعة أشهر لم يبق بعدها إيلاء فلا تصح المطالبة من غير إيلاء .

(فصل) وإن قال : والله لا وطئتكم فهو مول ، لأنه يقتضى التأييد . وإن قال والله لا وطئتكم مدة ، أو والله ليطولن عهدك بجماعى ، فإن أراد مدة تزيد على أربعة أشهر فهو مول ، وإن لم يكن له نية لم يكن مولياً ، لأنه يقع على القليل والكثير فلا يجعل مولياً من غير نية .

وإن قال : والله لا وطئتكم خمسة أشهر فإذا مضت فو الله لا وطئتكم سنة ؛ فهما إيلاءان في زمانين لا يدخل أحدهما في الآخر فيكون مولياً في كل واحد منهما لا يتعلق أحدهما بالآخر في حكم من أحكام الإيلاء ، وإذا تضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر . لأنه أفرد كل واحد منهما في زمان قائم لكل واحد منهما عن الآخر .
الحكم . وإن قال : والله لا وطئتكم خمسة أشهر ، ثم قال والله لا وطئتكم سنة دخلت المدة الأولى في الثانية ، كما إذا قال : له على مائة ثم قال : له على ألف دخلت

المائة في الالف فيكون ايلاء واحداً الى سنة بيمين ، فيضرب لهما مدة واحدة ، ويوقت لهما وقتاً واحداً ، فإن وطىء بعد الخمسة الأشهر حنث في يمين واحدة فيجب عليه كفارة واحدة ، وإن وطىء في الخمسة الأشهر حنث في يمينين فيجب عليه في أحد القولين كفارة ، وفي الثاني كفارتان

وإن قال : والله لا وطنك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطنك أربعة أشهر . فقيه وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه ليس بمول ، لأن كل واحد من الزمانين أقل من مدة الايلاء (والثاني) أنه مول لأنه منع نفسه من وطنها ثمانية أشهر فصار كما لو جمعها في يمين واحدة

(الشرح) قوله تعالى : تربص أربعة أشهر ، التربص الثاني والتأخر مقلوب التصبر . قال الشاعر :

تربص بها ريب المنون لعلمها
تطلّق يوماً أو يموت حليماً

قال القرطبي : وأما قاعدة توقيت الأربعة الأشهر فيما ذكر ابن عباس عن أهل الجاهلية (وقد تقدم قوله في أول هذه الفصول) فمنع الله من ذلك وجعل للزوج مدة أربعة أشهر في تأديب المرأة بالمهر : لقوله تعالى : واخرجوهن في المضاجع ، وقد آلى النبي صلى الله عليه وسلم من أزواجه شهراً تأديباً لهن ، وقد قيل الأربعة الأشهر هي التي لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثر منها ، وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد - ثم ساق القصة التي أوردها المصنف .

ولا أرى لهذه القصة سنداً قوياً ، ولأن هذا من الأمور التي تعم بها البلوى وتوقيت مدة الغزو بأربعة أشهر قد يقتضى عودة جيش برمته من جبهة العدو ، وقد يكون الجيش متقدماً أو في حالة التحام واشتباك ، الأمر الذي لا يمكن معه نفاذ هذا العمل واجراؤه ، ثم أنه لو أجرى عمر هذا صار من سنن الجهاد وآدابه لأن إقرار الصحابة له إجماع متبع ، ولم يثبت عن أحد من الصحابة أو التابعين من العمال والولاة والخلفاء من صنع هذا ، إلا أن هذا الاثر قد اشتهر عند الفقهاء فقد أورده ابن قدامة من الحنابلة ، وأورده القرطبي من المالكية في تفسيره ،

كما أورده المصنف هنا ، إلا أنه لم يورده أصحاب الصحاح ولا السنن ، ويبدو أن مصدره أصحاب المغازي وليسوا بثقات

أما الأحكام فإنها - إذا شرط من شروط الإيلاء وهو أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبهر ومالك والاوزاعي وأحمد بن حنبل وأبي ثور وأبي عبيد

وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مؤلماً . وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد ، لأنه يمنع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان مؤلماً ، كما لو حلف على ما زاد . وقال النخعي وقادة وحاد وابن أبي ليلى وإسحاق : من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مؤل ، لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، وهذا مؤل ، فإن الإيلاء الحلف وهذا حالف

دليلنا أنه لم يمنع نفسه الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن مؤلماً ، كما لو حلف على ترك قبلتها والاية حجة عليهم لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك ومع انقضائه وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه في مدة تناوّلها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فإذا انقضت المدة بأربعة ما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفينة إنما تكون في مدة الأربعة أشهر ، وظاهر الآية خلافه ، لقوله تعالى « تربص أربعة أشهر فإن قاموا ، فعقب النبي عقيب التربص بفاء التميمي فيدل على تأخرها عنه .

إذا ثبت هذا فقد حكى عن ابن عباس أن المؤل من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقاً ، لأنه إذا حلف على ما دون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث فلم يكن مؤلماً ، كما لو حلف لا وطئها في مدينته - بعينها ،

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبهه المطاوعة ، بخلاف اليمين على مدينته بعينها فإنه يمكن التخلص بغير حنث

قال الشافعي رضي الله عنه : وكذلك لو قال لها : واقه لا أقربك خمسة أشهر

ثم قال في يمين اخرى : لا اقربك ستة اشهر وقف وقفا واحدا وحنث اذا بجميع
الايام . وإن قال والله لا اقربك اربعة اشهر او اقل ثم قال : والله لا اقربك
خمس اشهر كان موليا يمينه لا يقربها خمسة اشهر وغير مول بالبحير التي
دون اربعة اشهر ، واربعة اشهر

وقال الشافعي : ولو كانت يمينه على اكثر من اربعة اشهر واربعة اشهر
وتركت وقفه عند الاولى والثانية ، كان لها وقفه ما بقى عليه من الايلاء نوى .
لانه ممنوع من الجماع بعد اربعة اشهر يمين . قال : ولو قال لها : والله لا اقربك
خمس اشهر ثم قال : غلامى حر إن قربتك اذا مضت الخمسة الاشهر ، فتركته
حتى مضت خمس اشهر او اصابها فيها ، خرج من حكم الايلاء فيها ، فإن طابت
الوقف لم يوقف لها حتى تمضى الخمسة الاشهر من الايلاء الذى اوقع آخره ثم
اربعة اشهر بعده ثم يوقف . اهـ

(مسألة) فإن قال : والله لا وطئتكم فهو ايلاء ، لانه قول يقتضى التأييد .
وان قال : والله لا وطئتكم مدة او ابطوان ترى لجماعك — ونوى مدة تزيد على
اكثر من اربعة اشهر فهو ايلاء ، لان اللفظ يحتمله فاحرف اليه بذينة ، وان
نوى مدة قصيرة لم يكن ايلاء لذلك ، وإن لم ينو شيئا لم يكن ايلاء لانه يقع على
القليل والكثير فلا يقع للكثير .

فإن قال : والله لا وطئتكم اربعة اشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتكم اربعة
اشهر ، او فإذا مضت فوالله لا وطئتكم شهرين او لا وطئتكم شهرين فإذا مضت
فوالله لا وطئتكم اربعة اشهر ففيه وجهان (أحدهما) ليس بمول لانه حالف
بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا ، كما لو لم ينو إلا مدتها
ولانه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبهه
مالواقتصر عليها قال المصنف : وهذا الوجه هو الصحيح

(والثاني) يصير موليا لانه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من اربعة
اشهر متواليه فكان موليا ، كما لو منعها بيمين واحدة ، ولانه لا يمكنه الوطء
بعد المدة الا بحنث في يمينه فأشبهه مالوا حلف على ذلك بيمين واحدة ، ولم يكن

هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين ، فلا يكون موالياً ، وهذا الحكم في كل مدتين متوليتين يزيد في مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعميليين ، وبكل ما قلنا قال أحد أصحابنا .

(فرع) فإن قال : والله لا وطنتك عاماً ثم قال : والله لا وطنتك عاماً ، فهو إيلاء واحد حلف عليه يمينين ، إلا أن ينوي عاماً آخر سواء وإن قال : والله لا وطنتك عاماً ثم قال : والله لا وطنتك نصف عام ، أو قال : والله لا وطنتك نصف عام ثم قال : والله لا وطنتك عاماً دخلت المدة القصيرة في الطويلة لأنها بعضها ، ولم يجعل إحداهما بعد الأخرى ، فأشبهه ما لو أقر بدينار ثم أقر بنصف دينار ، أو أقر بنصف دينار ثم أقر بدينار فيكون إيلاء واحد أهما وقت واحد وكفارة واحدة .

وإن نوى بإحدى المدينتين غير الأخرى في هذه أو في التي قبلها ، أو قال والله لا وطنتك عاماً ثم قال : والله لا وطنتك عاماً آخر أو نصف عام آخر ، فهما إيلاءان في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر ، أحدهما منجر والآخر متأخر ، فإذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لأنه أفر دكل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه ، فيكون له حكم يتفرد به

(فرع) فإن قال في المحرم : لا وطنتك هذا العام ، ثم قال : والله لا وطنتك عاماً من رجب إلى تمام اثني عشر شهراً أو قال في المحرم : والله لا وطنتك عاماً ، ثم قال في رجب : والله لا وطنتك عاماً فهما إيلاءان في مدينتين بعض أحدهما داخل في الأخرى ، فإن جاء في رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث في اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الإيلاءين وإن جاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث في إحدى اليمينين دون الأخرى ، وإن جاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال إن وطنتك فوالله لا وطنتك ، ففيه قولان : قال في القديم : يكون موالياً في الحال ، لأن المولى هو الذي يمتنع من الوطء خوف

الضرر ، وهذا يمنع من الوطء خوفاً من أن يطاها فيصير مولياً ، فعلى هذا اذا وطئها صار مولياً وذلك ضرر .

وقال في الجديد : لا يكون مولياً في الحال ، لأنه يمكنه أن يطاها من غير ضرر بلحقه في الحال فلم يكن مولياً ، فعلى هذا إذا وطئها صار مولياً لأنه يبقى يمين بمنع الوطء على التأبيد . وإن قل والله لا وطئتك في السنة إلا مرة صار مولياً في قوله القديم ، ولا يكون مولياً في الحال في قوله الجديد ، فإن وطئها نظرت — فإن لم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر — لم يكن مولياً ، وإن بقي أكثر من أربعة أشهر صار مولياً .

(الشرح) فإن قال : والله لا وطئتك ، لم يكن مولياً في الحال على قوله في الجديد لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، لكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى يميناً تمنع الوطء على التأبيد ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، لأن يمينه معلقة بشرط ففيها قبله ليس بحال فلا يكون مولياً ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئاً وكونه يصير مولياً لا يلزمه به شيء ، وإنما يلزمه بالحنث ولو قال : والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصير مولياً في الحال ، لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعاً من الوطء بحكم يمينه ، فإذا وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً . وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ، وظاهر مذهبه في القديم يكون مولياً في الابتداء ، وكذلك في التي قبلها يكون مولياً من الأول ، لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً فيلحقه بالوطء ضرر . وكذلك على هذا القول ان قال : إن وطئتك فوالله لا دخلت الدار كان مولياً من الأول ، فإن وطئها انحل الإبلاء ، لأنه لم يبق ممنوعاً من وطئها يمين ولا غيرها ، وإنما بقي ممنوعاً باليمين من دخول الدار ، وقد سبق أن أجبنا على ذلك بقوله في الجديد .

وإن قال : والله لا وطئتك سنة إلا يوماً فهو مثله ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن اليوم منكسر فلم يخص يوماً دون يوم . ولذلك لو قال : صمت رهضاً إلا يوماً ، لم يخص اليوم الآخر .

ولو قال لا أكلك في السنة الا يوماً لم يختص يوماً منها ، وعلى القول الاخر عندنا — وهو وجه عند الحنابلة — أنه يصير مولياً في الحال ، وهو قول زفر ، لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله : لا وطئتك في السنة إلا مرة ، فان المرة لا تختص وقتاً بعينه ، ومن نصر القول الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث ان التأجيل ومدة الخيار يجب الموالاة فيهما ، ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار ، لأنه لو جازت له المطالبة في أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكفاية ، ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد الى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه ، فان جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من المدة ، فصار ذلك كقوله : لا وطئتك في السنة إلا مرة ، وقد حدد الشافعي في قوله الجديد المدة الباقية إذا وطئها ولم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر لم يكن مولياً والا صار مولياً

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان علق الايلاء على شرط يستحيل وجوده — بأن يقول : والله لا وطئتك حتى تصمدى الى السماء أو تصالحى الثريا — فهو مول ، لأن معتاده لا وطئتك أبداً . وان علق على ما لا يتيقن أنه لا يوجد إلا بعد أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطئتك الى يوم القيامة ، أو الى أن أخرج من بغداد الى الصين وأعود ، فهو مول ، لأن القيامة لا تقوم الا في مدة تزيد على أربعة أشهر ، لأن لها شرائط تتقدمها ، ونتيقن أنه لا يقدر أن يخرج من بغداد الى الصين ويعود الا في مدة تزيد على أربعة أشهر

وان علق على شرط الغالب على الظن أنه لا يوجد الا في الزيادة على أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطئتك حتى يخرج الدجال ، أو حتى يجيء زيد من خراسان . ومن عادة زيد ان لا يجيء الا مع الحاج ، وقد بقي على وقت طاقته زيادة عن أربعة أشهر ، فهو مول لان الظاهر أنه لا يوجد شيء من ذلك الا في مدة تزيد على أربعة أشهر .

وإن علق على أمر يتيقن وجوده قبل أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطنتك حتى يذبل هذا البقل أو يجف هذا الثوب ، فليس بمول ، لانا نتيقن أن ذلك يوجد قبل أربعة أشهر ، وأن علقه على الأمر الغالب على الظن أنه يوجد قبل أربعة أشهر ، مثل أن يقول والله لا وطنتك حتى يجرى زيد من القرية ، وعادته أنه يجرى في كل جمعة لصلاة الجمعة ، أو لحمل الحطب لم يكن موليا لأن الظاهر أنه يوجد قبل مدة الإيلاء . وإن جاز أن يتأخر لعارض . وإن قال والله لا وطنتك حتى أموت أو تموت فهو مول ، لأن الظاهر بقاؤهما ، وإن قال والله لا وطنتك حتى يموت فلان فهو مول ، ومن أصحابنا من قال ليس بمول والصحيح هو الأول لأن الظاهر بقاؤه ، ولأنه لو قال : إن وطنتك فعبدي حر كان موليا على قوله الجديد ، وإن جاز أن يموت العبد قبل أربعة أشهر .

(فصل) وإن قال والله لا وطنتك في هذا البيت لم يكن موليا لأنه يمكنه أن يطأها من غير حنث ، ولأنه لا ضرر عليهما في ترك الوطء في بيت بعينه ، وإن قال والله لا وطنتك إلا برضاك لم يكن موليا لما ذكرناه من التعليلين ، وإن قال والله لا وطنتك إن شئت فقالت في الحال شئت ، كان موليا ، وإن أخرج الجواب لم يكن موليا على ما ذكرناه في الإطلاق .

(الشرح) إذا علق الإيلاء بشرط . يستحيل وقوعه - وضرب المصنف امثلة لما يستحيل من ذلك - كقوله حتى تصمدى السماء ، والصعود إلى السماء اليوم ليس مستحيلا بوسائل الطيران الذي بلغت سرعة ارتفاعه إلى اعلا مئات الالوف من الأقدام ، وسرعة مسيرته أسبق من الصوت ، فانك ترى الطائرة كالبرق الخاطف ثم تسمع صوتها بعد أن تختفي عن نظرك ، ومن ثم لا يكون الإيلاء بالصعود إلى السماء داخل في ضروب المستحيلات

وأما مجموعة كواكب الثريا فصالحتهما إذا كان على حقيقة اللفظ وظاهره فهو من المستحيل ، لأنها كواكب سماوية وأجرام في الإهلاك لا تصافح بالنفاه الألف ولا بتعاقب التحية والتسليم

وقوله أو إلى أن أخرج من بغداد إلى الصين وأعود ، فإن ذلك يخرج أيضا

من نطاق المستحيل لما قدمنا في شأن الصعود إلى السماء قبله ، وقد جاء في القرآن الكريم صور من المستحيالات ، كقوله تعالى في الكفار ، لا تفتح لهم أبواب السماء ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط ، ومعناه ان يدخلوها أبداً ومثل المستحيل قوله : والله لا وطنتك حتى يشيب الغراب ، لأن معنى ذلك ترك وطنها ، فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيالات . قال الشاعر :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال والله لا وطنتك حتى تحبلي ، فهو غير مول ، إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر أو آيسة . فأما إن كانت من ذوات الاقراء فلا يكون مولياً لأنه يمكن حملها .

وقال القاضي من الحنابلة : وإذا كانت الصغيرة بنت تسم سنين لم يكن مولياً لأن حملها يمكن ، وقال أصحاب أحمد كافة خلا القاضي وأبو الخطاب فأقاده ابن قدامة : ان قال والله لا وطنتك حتى تحبلي فهو مول لأن حملها بغير وطء مستحيل عادة ، وهذا ما اختاره ابن قدامة واستدل عليه بقوله تعالى عن مريم ، أنتى يكون لى غلام ولم يمسسنى بشر ولم أك بغياً ، وقولهم ، يا أخت هرون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغياً ، ولولا استحالة ذلك لما نسبوها الى البغاء لوجود الولد . وقول عمر رضى الله عنه ، الرجم حق على من زنا وقد أحصن ، اذا قامت به البينة أو كان الجبل أو الاعتراف ، الا أنه يرد على كلامهم هذا إذا امكان حدوث الحمل باستدخال الهن ، ومن ثم لا يكون مولياً .

وان علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب

(أحدها) ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر .

(الثاني) ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر ، كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة . أو يقول حتى أموت أو تموتى أو يموت ولدك ، أو حتى يقدم زيد من مكة ، ويكون زيد من عاداته أن يقضى العمرة في شهر رجب ثم ينتظر حتى يشهد وفاة عرفات ثم يتم الحج نافلة أو فرضة بالنيابة عن غيره

فلا يقدم في أربعة أشهر فيكون مواليا، وكذلك لو عاق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه

(الثالث) أن يعلقه على أمر يحتمل وجوده في أربعة أشهر، ويحتمل أن لا يوجد احتيالا متساويا، كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء، لأنه لا يعلم خلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك (الرابع) أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل (الفجل) وجفاف ثوب ومجى المطر في أوائله و قدوم الحاج في زمان قدومه؛ وابتداء الدراسة في المدارس، وابتداء دورة المحاسن، وموعد الميزانية، إذا كان قد بقي على حدوث ذلك أقل من أربعة أشهر فلا يكون مواليا ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر، فأشبهه ما لو قال: والله لا وطئتك شهرا

(الخامس) أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها، وذلك ينقسم إلى: (أ) أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه، كقوله: والله لا أطوك حتى تدخل الدار، أو تلبس هذا الثوب، أو حتى أتفعل به يوم يوم، أو حتى أكسرك، فهذا ليس بإيلاء لأنه يمكن الوجود بغير ضرر عليها فيه، فأشبهه الذي قبله (ب) أن يعلقه على فعل محرم، كقوله: والله لا أطوك حتى تشرب الخمر أو تزني أو تسقطي ولدك أو تترك صلاة الفرض، أو حتى أقتل فلانا أو أزني بفلانة أو نحو ذلك، فهذا كله إيلاء لأنه علقا بمنتهى شرطا فأشبهه الممتنع حسا (ج) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضر، مثل أن يقول: والله لا أطوك حتى تسقطي صدقك عني أو دينك، أو حتى تسكفي ولدي أو تهيني دارك، أو حتى يدينني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا إيلاء، لأن أخذه لها أو مال غيرها عن غير رضى صاحبه محرم لجرى مجرى شرب الخمر، فهو حلف عليها أن لا يطأها حتى تخرج من بيتها (بالمعنى جيب أو المسكرو جيب) وهي ثياب قصيرة، الأولى فرق الركبة بخمسة عشر سنتيمترا، والثاني فوق آخر الفخذ، قريبا من اليتم أو قال لها: والله لا أطوك حتى تخرجي على الشاطئ (بالبيني) وهو قطعتان صغيرتان في قدر منديل اليد، إحداهما تكون كالمشريط على الزرج، والأخرى

على مقدمة الشديدين ، كل ذلك يعد مولى ، لأنه محرم عليهم الظهور بكل ما ذكر
لأنها ثياب أفتح في الرجعية من ثياب الجاهلية ، وانتكاسة بالمجتمع الإنساني
إلى مستوى بهيمي ، ليس له في العفة أو الشرف حظ أو نصيب
فإن قال واقه لا أطوك حتى أعطيك مالا أو أصنع معك صنيعا حسنا أو أقدم
لك جيبا ، لم يكن إيلاء ، لأن فعله لذلك ليس محرم ولا ممنوع لمجرى مجرى
قوله : حتى أصوم يوما .

(مسألة) وإن قال : واقه لا وطنتك في هذا البيت أو في هذه البلدة أو نحو
ذلك من الامكنة المعينة لم يكن مولى . وهذا قول الشافعي وأحمد والثوري
والأوزاعي والنعمان وصاحبيه وقال ابن أبي ليلى وإسحاق : هو مولى ، لأنه
حالف على ترك وطنها .

وإن قال : واقه لا وطنتك إلا برضاك لم يكن مولى لأنه يمكنه وطؤها بغير
حنت ، ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها . وعلى قياس ذلك كل
حال يمكنه الوطء فيها بغير حنت ، كقوله : واقه لا وطنتك مكرهة أو محرمة
ونحو ذلك ، فإنه لا يكون مولى .

وإن قال : واقه لا وطؤتك مريضاً لم يكن مولى لذلك إلا أن يكون بها
مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر ، فينبغي أن يكون مولى لأنه
حالف على ترك وطنها أربعة أشهر ، فإن قال الكفاوي صحبة فرضت مرضاً
يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يهر مولى . وإن لم يرج برؤه فيها صار مولى ،
وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر صار مولى ، لأن ذلك بمنزلة
ما لا يرجى زواله .

وإن قال : واقه لا وطنتك حائضاً ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا
لم يكن مولى ، لأن ذلك ممنوع شرعاً ، فقد أكد منع نفسه منه بيمينته . وإن قال
واقه لا وطنتك طامراً أو لا وطنتك وطناً مباحاً صار مولى ، لأنه حالف على
ترك الوطء الذي يطالب به في الفيتة فكان مولى . قالوا قال : واقه لا وطنتك
في قبلك ، وإن قال واقه لا وطنتك ليلاً ، أو واقه لا وطنتك نهاراً لم يكن مولى
لأن الوطء يمكن بدون الحنت .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال لا ربع نسوة والله لا وطئتكن لم يصر موليا حتى يطا
ثلاثا ممنه ، لانه يمكنه ان يطا ثلاثا ممنه من غير حنث فلم يكن موليا ، وان
وطيء ثلاثا ممنه صار موليا من الرابعة ، لانه لا يمكنه وطؤها الا بحنث ،
ويكون ابتداء المدة من الوقت الذي تعين فيه الايلاء ، وان طلق ثلاثا ممنه كان
الايلاء موقوفا في الرابعة لا يتعين فيها ، لانه بقدر على وطئها من غير حنث
ولا يسقط منها لانه قد يطا الثلاث المطلقات بنكاح أو سفاح ، فيتعين الايلاء
في الرابعة ، لانه يحنث بوطنها والوطء المحذور كالمباح في الحنث ، ولهذا قال
في الام : ولو قال والله لا وطئتكن وفلانة الاجنبية لم يكن موليا من امراته حتى
يطا الاجنبية ، وان ماتت من الاربع واحدة سقط الايلاء في الباقيات لانه قد
قات الحنث في الباقيات لان الوطء في الميتة قد فات ، ولان الايلاء على الوطء
واطلاق الوطء لا يدخل فيه وطء الميتة ، ويدخل فيه الوطء المحرم

وان قال لا ربع نسوة : والله لا وطئت واحدة منكن وهو يريد كامن صار
موليا في الحال ، لانه يحنث بوطء كل واحدة ممنه ، ويكون ابتداء المدة من
حين البين ، فأبتن طالبت وقف لها ، فإن طلقها وجاءت الثانية وقف لها ، فإن
طلقها وجاءت الثالثة وقف لها ؛ فإن طلقها وجاءت الرابعة وقف لها ، فإن
طلبت الاولى فوطئها حنث وسقط الايلاء فيمن بقي ، لانه لا يحنث بوطنه
بعد حنثه بوطء الاولى

وان طلق الاولى ووطيء الثانية سقط الايلاء في الثالثة والرابعة ؛ وان طاق
الاولى والثانية ووطيء الثالثة سقط الايلاء في الرابعة وحدها

وان قال والله لا وطئت واحدة منكن وأراد واحدة بعينها تعين الايلاء فيها
دون من سواها ، ويرجع في التعيين الى بيانه لانه لا يعرف الا من جهته ، فإن
عين واحدة وصدفته الباقيات تدير فيها ، وان كذبه الباقيات حلف امن ، فإن
نكل حلفن وثبت فيهن حكم الايلاء بنكوله وأيمانهن

وإن قال والله لا وطئت واحدة منكن ، وهو يريد واحدة لا بعينها ، فله أن يعين فيمن شاء ويؤخذ بالتميين إذا طابن ذلك . فإذا عين في واحدة منهن لم يكن للباقيات مطالبة ، وفي ابتداء المدة وجهان

(أحدهما) من وقت اليمين والآخر من وقت التميعين كما قلنا في العدة في الطلاق إذا أرقعه في إحداهن لا بعينها ثم عينه في واحدة منهن . وإن قال والله لا أصبت كل واحدة منكن فهو مول من كل واحدة منهن وابتداء المدة من حين اليمين ، فإن وطئ واحدة منهن حنت ولم يسقط الإبلاء في الباقيات لأنه يحنت بوطء كل واحدة منهن .

(فصل) وإن كانت له امرأتان فقال لإحدهما : والله لا أصبتك ثم قال للأخرى أشركتك معها ، لم يكن مولياً من الثانية ، لأن اليمين باقية عز وجل لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة ؛ والتشريك بينهما كناية فلا يصح بها اليمين باقية عز وجل . وإن قال لإحدهما : إن أصبتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى صار مولياً لأن الطلاق يصح بالكناية

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا قتل الرجل لأربع نسوة له : والله لا أقرب فهو مول منهن كاهن ، يوقف لكل واحدة منهن ، فإذا أصاب واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً خرج من حكم الإبلاء فيهن ، وعليه للباقيات أن يوقف حتى ينفى أو يطلق ولا حنت عليه حتى يصيب الأربع اللاتي حلف عليهن كاهن فإذا فعل فعله كفارة يمين وبطأ منهن ثلاثاً ولا يحنت ولا إبلاء عليه فيهن ، ويكون حينئذ في الرابعة مولياً لأنه يحنت بوطئها ، ولو ماتت إحدهن سقط عنه الإبلاء لأنه بجامع البواقي ولا يحنت .

ولو طلق واحدة منهن أو اثنتين أو ثلاثاً كان مولياً بحاله في البواقي لأنه لو جامعهن والتي طلق حنت .

ثم قال : ولو قال لأربع نسوة له : والله لا أقرب واحدة منكن وهو يريد من كاهن فأصاب واحدة حنت ، وسقط عنه حكم الإبلاء في البواقي ، ولو لم يقرب واحدة منهن كان مولياً منهن يوقف لمن ، فأى واحدة أصاب منهن خرج من

حكم الإيلاء في البواقي لأنه قد حنث بإصابة واحدة ، فإذا حنث مرة لم يعد الحنث عليه . ولو قال والله لا أقرب واحدة منكم - يعني واحدة دون غيرها - فهو مول من التي حلف لا يقربها وغيره . ول من غيرها أم

وجه ذلك أنه إذا قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن ابنتي ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أو لا ؟ فقد اختلف أصحابنا في ذلك ، فإن قلنا بقول من قال يحنث فهو مول منهن كاهن في الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن من غير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال ، فإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الإيلاء من البواقي . وإن طاق بعضهم أو مات لم ينحل الإيلاء في البواقي .

وإن قلنا بقول من قال لا يحنث بفعل البعض لم يكن مولياً منهن في الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث ، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن مولياً منها ، فإن وطئ ثلاثاً صار مولياً من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه . وإن مات بعضهم أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطئهن ، وإنما يحنث بوطء الأربع ، فإن راجع الماطلة أو تزوجها بعد بينوتها هاد حكم يمينه . وهذا القول لاز وجهاً عند أصحاب أحمد ابن حنبل رضي الله عنهم ، واختار ابن قدامة منهم أنها يمين حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ، ولأنه إذا وطئ واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء . فلم يبق ممتنعاً من وطئهن بحكم يمينه فانحل الإيلاء كالو كثرها . أما أصحابنا فقد ذهب أكثرهم إلى أنه لا يكون مولياً منهن حتى يوطئ ثلاثاً فيصير مولياً من الرابعة .

وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون مولياً منهن كاهن بوقف امك واحدة منهن ، فإذا أصاب بعضهم خرجت من حكم الإيلاء ، وبوقف ابن أو حتى ابنة أو بطلق ، ولا يحنث حتى يوطئ الأربع .

وقال أصحاب الرأي : يكون مولياً منهن كاهن ، فإن تركهن أربعة أشهر بن

منه جميعاً بالايلاء ، وإن وطئ به بعضهن سقطت الايلاء في حقها ولا يحنت إلا بوطنهن جميعاً .

(فرع) فإن قال : والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها أعتقت يمينه بها وحدها وصار مولياً منها دون غيرها ، وإن نوى واحدة مبهمه منزه لم يهر مولياً منهن في الحال ، فإذا وطئ ثلاثاً كان مولياً من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالإطلاق إذا أوقعه في مبهمه من نسائه ، وإن أطلق صار مولياً منهن كاهن في الحال ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث ، فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان مولياً من البواقي ، وإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات لأنها بين واحدة ، فإذا حنث فيها مرة لم يحنت مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها ، بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنت ثم يبقى حكم يمينه فيمن بقي منهن ، وهذا مذهب أحمد .

وذكر بعض أصحاب أحمد أنه إذا أطلق كان الايلاء في واحدة غير معينة ، وهو اختيار بعض أصحابنا ، لأن لفظه تناول واحدة منكراً فلا يقتضى العموم . ولنا أن النكحة في سياق النفي تفيد العموم ، كقوله تعالى ولم يتخذ صاحبة ، وقوله ولم يكن له كفواً أحد ، وقوله ومن لم يجعل الله له نورا فإنه من نور ، ولو قال إنسان : والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى إداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم .

وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمه قبل منه ، لأن اللفظ يحتمل احتمالاً غير بعيد في رأى الخنابلة ، وعندنا أنه إذا أبهم المحلوف عليها أنه أن يمينها بقوله ، كما ورد ذلك في الطلاق .

(فرع) فإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار مولياً منهن كاهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمه ، لأن لفظه كل ، أزلت احتمال الخصوص ، ومتى حنث في البعض انحلت الايلاء في الجميع كالتى قبلها . وقال بعض أصحابنا : لا تنحل في الباقيات . وقال أصحاب أحمد : أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كالمحلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث

فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين
فلم يبق الايلاء كسائر الايمان التي حنث فيها

قلت : وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه مواليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة
منهن عند مطايتها . فاذا وقف الأول وطلقها وقف للثانية ، فان طلقها وقف
للاثالثة ، فان طلقها وقف للرابعة ، وكذلك من مات مثنى لم يمنع من وقفه
للأخرى ؛ لان يمينه لم تنحل ، وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيمن . وان وطء
احدا من حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات
على ما قلناه .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو آلى رجل من امرأته ثم طلقها ثم
جامعها بعد الطلاق حنث . وكذلك لو آلى من أجنبية ثم جامعها حنث باليمين
مع المائيم بالزنا ، وان نكحها بعد خروج من حكم الايلاء اهـ

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو آلى من امرأته ثم طلق إحدى
نساءه في الأربعة الأشهر ، ولم يدر أيهن طلق ، فضت أربعة أشهر فطلبت أن
يوقف فقال : هي التي طلقت حلف للبواقي ؛ وكانت التي طلق ، ومضى راجعا
فضت أربعة أشهر وقفته أبدا حتى يمضي طلاق الملك كما وصفت . ولو مضت
الأربعة الأشهر ثم طلبت أن يوقف فقال : لا أدري أمي التي طلقت أم غيرها
قيل له : ان قلت هي التي طلقت فهي طالق ، وان قلت ليست هي حلفت لها ان
ادعت الطلاق ثم فئت أو طلقت

وان قلت لا أدري فأنت أدخلت منع الجماع على نفسك ، فان طلقتها فهي
طالق ، وان لم تطلقها وحلفت أنها ليست التي طلقت أو صدقتك هي ، ففيه أو
طلق ، وان أبيت ذلك كله طلق عليك بالايلاء لأنها زوجه . وولي منها ، عليك
أن تنفي اليها أو تطلقها

فان قلت لا أدري اعلمها حرمت عليك ، فلم تحرم بذلك تحريها بيمينها عليك
وأنت مانع الفيتة والطلاق فتطلق عليك ، فان قامت بينه أمها التي طلقت عليك
قبل طلاق الايلاء سقط طلاق الايلاء ، وان لم تقم بينه لزمك طلاق الايلاء
وطلاق الاقرار معا ثم هكذا البواقي

(فرع) فإن قال كذا وطئت واحدة منسكن فضرأثرها طواق ، فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام ، وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعاً ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرأثرها فيوقف لمن ، فإن قام إلى واحدة طاق ضرأثرها ، فإن كان الطلاق بائناً انحل الإيلاء لأنه لم يبق منوطاً وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعياً فراجع من بقي حكم الإيلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرأثرها ، وكذلك إن راجع بعضهم لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة .

ولو كان الطلاق بائناً فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الإيلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهن في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة .

وان قال : نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها ، فإذا وطئها طاق ضرأثرها ، وان وطئ غيرها لم يطلق منهن أحداً ويكون دولها من المبيعة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

(فرع) وان قال لاحدى زوجتيه : واقه لا وطئتك ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها لم يصر مولياً من الثانية ، لأن البيمين باق لا يصح إلا بإفظاح صريح من اسم أو صفة ، والتشريك بينهما كناية فلم تصح به البيمين وإن قال : ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونرى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضاً ؛ لأن الطلاق يصح بالكناية . فإن قلنا إن ذلك إيلاء في الأولى صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معانداً والا فليس بإيلاء في واحدة منهما ، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته : أنت مثل فلانة لم يكن مولياً . وقال أصحاب الرأي : هو مول . وقال أحمد : أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون مولياً به قالوا لم يشبهها بها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا صح الإيلاء لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر : أقوله عز وجل والذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر ، وابتداء المدة من حين

اليمين لأنها ثبتت بالنصر والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كعدة العدة ، فإن آلى منها وهناك عذر يمنع من الوطء نظرت ، فإن كان المعنى في الزوجة بأن كانت صغيرة أو مريضة أو ناشزة أو مجنونة أو محرمة أو صائمة عن فرض أو معتكفة عن فرض لم تحسب المدة . وإن طرأ شيء من هذه الأعذار في أثناء المدة انقطعت المدة لأن المدة إنما نظرت لامتناع الزوج من الوطء ، وإيسر في هذه الأحوال من جهة امتناع ؛ فإن زالت هذه الأعذار استؤنفت المدة لأن من شأن هذه المدة أن تكون متواليمة ، فإذا انقطعت استؤنفت كصوم الشهرين المتتابعين ، فإن كانت حائضاً حسبت المدة ، فإن طرأ الحيض في أثناءها لم تنقطع لأن الحيض عذر معتاد لا يفك منه .

فلو قلنا إنه يمنع الاحتساب انصل الضرر وسقط حكم الإبلاء ، ولما إذا لا يقطع للتتابع في صوم الشهرين المتتابعين .

وإن كانت نفساء فقيه وجهان (أحدهما) أنه يحسب المدة لأنه كالحيض في الأحكام فكذلك في الإبلاء (والثاني) لا يحسب . وإذا طرأ قطع لأنه عذر نادر فهو كسائر الأعذار . وإن كان العذر المعنى في الزوج بأن كان مريضاً أو مجنوناً أو غائباً أو مجبوراً أو محرماً أو صائماً عن فرض ، أو معتكفاً عن فرض ، حسبت المدة ، فإن طرأ شيء من هذه الأعذار في أثناء المدة لم تنقطع ، لأن الامتناع من جهته ، والزوجية باقية لحسبت المدة عليه ، وإن آلى في حال الردة أو في عدة الرجعية لم تحسب المدة ، وإن طرأت الردة أو الطلاق الرجعي في أثناء المدة انقطعت ، لأن النكاح قد تشعب بالطلاق والردة ، فلم يكن للامتناع حكم ، وإن أسلم بعد الردة أو راجع بعد الطلاق وبقيت مدة التربص استؤنفت المدة لمسا ذكرناه .

(الشرح) قوله : لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر الخ . هذا هو قول جمهور الفقهاء أن الزوج لا يطالب بالنفي قبل أربعة أشهر . وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة : إنه يطالب بالنفي فيما لقراءة ابن مسعود (فإن قاموا فيمن) قالوا : وإذا جاز النفي جاز الطلب ، إذ هو تابع ،

ويجاء بمنع الملازمة ويقول تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) فان الله تعالى شرع التربص هذه المدة فلا يجوز مطالبة الزوج قبلها ، واختياره للقاء قبلها ابطال لحقه من جهة نفسه ، فلا يبطل بإبطال غيره

قال القاضي ابن العربي : وتحقق الامر أن تقدير الآية عندنا : للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فان قاموا بعد انقضائها فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم . وتقديرها عندم : فان قاموا فيها فان الله غفور رحيم ؛ وان عزموا الطلاق بترك الفريضة فيها ، وهذا احتمال منساو ولا أجل تساربه توقفت فيه .

قال الشافعي رضى الله عنه : وهكذا لو ارتدت عن الاسلام لم يكن عليه طلاق حتى ترجع الى الاسلام في العدة ، فاذا رجعت قبل له : فيء أو طاق ، وان لم ترجع حتى تنقضى العدة بانته منه بالردة ومضى العدة . قال : واذا كان منع الجماع من قبلها بعد مضي الاربعة - الا شهر قبل الوذف أو معه ام يكن لها على الزوج سبيل حتى يذهب منع الجماع من قبلها ثم يوقف مكانه ، لان الاربعة - الا شهر قد مضت واذا كان منع الجماع من قبلها في الاربعة - الا شهر بشئ . تحدته غير الحيض الذي خلقه الله عز وجل فيها ثم أبيع الجماع من قبلها أجل من يوم أبيع أربعة - أشهر . كما جعل الله تبارك وتعالى له اربعة - أشهر متتابعه ، فاذا لم تسكن له حتى يمضي حكمها استؤنفت له متتابعه كما جماعت له أولا .

ولو كان آلى منها ثم ارتد عن الاسلام في الاربعة - الا شهر أو ارتدت أو طلقها أو خالعا ثم راجعها أو رجع المرتد منها الى الاسلام في العدة استأنف في هذه الحالات كلها اربعة - أشهر من يوم حل له الفرج بالمراجعة أو النكاح أو رجوع المرتد منها الى الاسلام ، ولا يشبه هذا الباب الاول ، لانها في هذا الباب صارت محرمة - الشعر والنظر والحبس والجماع ، وفي تلك الاحوال ام تسكن محرمة بشئ غير الجماع وحده ، فأما الشعر والنظر والحبس فلم يحرم منها ، وهكذا لو ارتدا . اه

قلت : وجملة ذلك أنه اذا آلى منها وثم عذر بمنع الوطء من جهة الزوج كرضه أو حبسه أو احرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين ابلائه ،

لأن المانع من جهته ، وقد وجد التمكن الذي عليها ، ولذلك لو أمكنته من نفسها - وكان متمماً لعذر - وجبت لها النفقة ، وإن طرأ شيء من هذه الأعذار بعد الإيلاء أو جن لم تقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه ، وإن كان المانع من جهتها نظرنا - فإن كان حياً - لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لما أمكن تحميق ضرب المدة ، لأن الحيض لا يخلو منه شهر غالباً فيؤدى ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء ، وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرناه . والنفاس كالحيض لأنه منزه في أحكامه وقال أصحاب أحمد فيه وجهان : أحدهما كالحيض والثاني كسائر الأعذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبهه سائر الأعذار .

وأما سائر الأعذار التي من جهتها : كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيامها المفروضين واعتكافها المنذور ، ونحوها وغيبها ، فتي وجد منها شيء حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول ، لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها . وإن وجد شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ماضى ، لأن قوله تعالى « تربص أربعة أشهر » يقتضى متوالية : فإذا قطعتها وجب استئنافها كعدة الشهرين في صوم الكفارة . وإن حنت وهربت من يده انقطعت المدة : وإن بقيت في يده وأمكنته وطؤها احتسب عليه بها .

فإن قيل فهذه الأسباب مما لا صنع لها فيه ، فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض قلنا إذا كان المنع فيها فلا فرق بين كونه بفعالها أو بغير فعالها ، كما أن البائت إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بهوضه ، سواء كان لعذر أو غير عذر . وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منها إلى الإسلام . وإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشمت وحرم الوطء . فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة ، سواء كانت الردة منها أو من أحدهما . وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالهما ثم تزوجها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا طلقها في مدة التربص انقطعت المدة ولم يسقط الإيلاء ، فإن راجعها وقد بقيت مدة التربص استؤنفت المدة ، فإن وجئها - بنت في اليمين

وسقط الابلاء ، لأنه أزال الضرر ، وإن وطئها وهي نائمة أو مجنونة حثت في يمينه وسقط الابلاء ، وإن استدخات ذكره وهو نائم لم يحث في يمينه لارتفاع القلم عنه ، وهل يسقط حقها؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسقط لأنها وصلت إلى حقها (والثاني) لا يسقط لأن حقها في فعله لا في فعلها ؛ وإن وطئها وهو مجنون لم يحث لارتفاع القلم عنه ، وهل يسقط حقها؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط وهو الظاهر من المذهب لأنها قد وصلت منه إلى حقها ، وإن لم يقصد فسقط حقها ، كما لو وطئها وهو يظن أنها امرأة أخرى (والثاني) وهو قول المازني أنه لا يسقط حقها ، لأنه لا يحث به فلم يسقط به الابلاء .

(فصل) وإن وطئها وهناك مانع من إحرام أو صوم أو حيض سقط به حقها من الابلاء لأنها وصلت منه إلى حقها ، وإن كان محرماً .

(الشرح) جملة هذا الفصل أنه إذا وطئها بعد المدة ، قبل المطالبة أو بعدها ، خرج من الابلاء ، وسواء وطئها وهي طاهرة أو مجنونة أو يقظانه أو نائمة ، لأنه فعل ما حلف عليه ، فإن وطئها وهو مجنون لم يحث . وهذا هو قول أحمد والشعبي . وقال أبو بكر من الحنابلة : يحث وعليه الكفارة . لأنه فعل ما حلف عليه . وهذا غير صحيح ، لأنه غير مكلف ، والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الابلاء لأنه قد قاما حقها ، وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل ، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم ، وهو أحد الوجهين عند أصحابنا . وهو الظاهر من المذهب ، والآخر أنه يبقى مولياً ، فإنه إذا وطئ بعد إفاقته يجب عليه الكفارة ، لأن وطئه الأول ما حثت به ، وإذا بقيت يمينه بقى الابلاء ، كما لو لم يطأ . وهذا هو قول المزني .

وينبغي أن يستأنف له مدة الابلاء من حين وطئه لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ، ولا تطلق عليه لانتقامها وهي موجودة ؛ ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمنع

من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالأول قال قد وقها حقها فلم يبق الايلاء ، كما لو حنت ، ولا يمتنع انتفاء الايلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها .
(فرع) إذا وطئ العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنت ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنت انحل إيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا لا يحنت فهل يدخل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المحنون . وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنهما الأخرى فوطئها ، لأنه جاهل بها ، والجاهل كالناسي في الحنث . وكذلك إن ظنهما أجنبية فبان زوجته

(فرع) إن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنت لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الايلاء ؟ فيه وجهان أحدهما : يخرج لأن المرأة وصلت إلى حقها فأشبهه ما لو وطئ . والثاني : لا يخرج من حكم الايلاء لأنه ما وقها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان مولياً كما لو لم يفعل به ذلك ؛ والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك لأنه لا يحنت به (مسألة) قوله : وإن وطئها وهناك مانع من إحرام الخ ، لجملة ذلك أنه إذا وطئها وطئاً محرماً مثل أن وطئها حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حدث وخرج من الايلاء ، وعند أحد وأصحابه قولان : أحدهما هذا ، والثاني وهو قول القاضو أو بكر أن قياس المذهب أن لا يخرج من الايلاء لأنه وطئ لا يؤمر به في الفبيشة فلم يخرج به من الايلاء كالوطء في الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق امتناعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء ، كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة ، وقد نص أحد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى مولياً لعدم حكم اليمين مع أنه ما وقها حقها فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة نظرت - فإن لم يكن عذر يمنع الوطء - ثبت لها المطالبة بالفبيشة أو الطلاق ، لقوله عز وجل

• للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن قاموا فان الله غفور رحيم ،
وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ،

وإن كانت الزوجة أمة لم يحز للمولى المطالبة ، وإن كانت مجنونة لم يكن لوليها
المطالبة ، لأن المطالبة بالطلاق أو الفينة طريقها الشهوة ، فلا يقوم الولي فيه
مقامها ، والمستحب أن يقول له في المجنونة : اتق الله في حقها قانما أن تفي اليها أو
تطلقها . وإن ثبت لها المطالبة فعقت عنها الزوجة جاز لها أن ترجع وتطالب ،
لأنها إنما ثبت لها المطالبة لدفع الضرر بترك الوطء ، وذلك يتجدد مع الأحوال
لجاز لها الرجوع ، قالوا عسر بالنفقة فعقت عن المطالبة بالفسخ . وإن طواب
بالفينة فقال أمهلوني ففيه قولان :

(أحدهما) يمهل ثلاثة أيام لأنه قريب . والدليل عليه قوله عز وجل
• ولا تمسوها بسوء فيأخذنكم عذاب قريب ، فعقروها فقال تمتعوا في داركم ثلاثة
أيام ذلك وعد غير مكذوب ، ولهذا قدر به الخيار في البيع

(والثاني) يمهل قدر ما يحتاج إليه للتأهب للوطء ، قان كان ناعساً أمهل الى
أن يتام . وإن كان جائعاً أمهل الى أن يأكل ، وإن كان شبعاناً أمهل الى يخف .
وإن كان صائماً أمهل الى أن يفطر ، لأنه حق حمل عليه وهو قادر على أدائه فلم
يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال

(الشرح) إذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفينة إن لم يكن عذر ، قان طالبته
فطلب الإمهال قان لم يكن له عذر لم يمهل ، لأنه حق توجه عليه لا عذر له
فيه فلم يمهل به كالدين الحال ؛ ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز
الزيادة عليها بغير عذر ، وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة ، قانه
لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بإمهال

قان قال : أمهلوني حتى آكل قان جائع ، أو ينهضم الطعام قان كظيف . أو
أصلي الفريض ، أو أفطر من صوم ففيه وجهان :
(أحدهما) أمهل ثلاثة أيام ، لقوله تعالى • تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ،

ولهذا قدر به الخيار في البيع (والثاني) أمهل بقدر ذلك ، فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع في مثلها في العادة ، وكذلك يمهّل حتى يرجع إلى بيته ، لأن العادة فعل ذلك في بيته . وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها ، فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ، ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ، ولم يجب عليه شيء ، ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر ، إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالخبز ، أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

فإن عفت عن المطالبة بعد وجودها فإنه لا يسقط حقها في المطالبة متى شئت وعند أحد وأصحابه وجهان : أحدهما يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضي : هذا قياس المذهب لأنما رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها كإراءة العينين إذا رضيت بعنته . والثاني لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شئت .

دليلنا أن المطالبة إنما ثبتت لرفع الضرر بترك ما يتجدد من الأحوال فكان لها الرجوع ، كما لو أعسر في النفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالت ، وطارق الفسخ للعنة ، فإنه فسخ لعيبه ، فتنى رضيت بالعيب سقط حقها ، كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع . وإن سددت عن المطالبة ثم طالت بعد فسخ ذلك ، لأن حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة

(فرع) الأمة كالحرّة في استحقاق المطالبة ، سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف ، لأن هذا حقها من الاستمتاع ، فإن تركت المطالبة لم يكن لولاها المطالب لأنه لاحق له .

فإن كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لهما المطالبة لأن قولهما غير معتبر وليس لوليها المطالبة لهما ، لأن هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامه فيه فإن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتمس عليه بالمدة . لأن المانع من جمعهما ، وإن كان وطؤهما ممكناً - فإن أفاقت المجنونة أو بانقت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فإنها المطالبة بوجهها ،

لأن الحق لها ثابت . وإنما تأخر امدام امكان المطالبة . وقال الشافعي : لا تضرب
 المدة في لصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن
 فإن لم يمكن فاه بلسانه ، والا بانث بانقضاء المدة ، وكذلك الحكيم عنده في الناشر
 والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة ، لأن هذا ايلاء صحيح فوجب أن تتبعه
 المدة كالي يمكنه جماعها .

دليلنا أن حقا من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة
 المضروبه له كما يسقط أجل الدين بسقوطه . وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له
 المدة في حقا لأنه ايلاء صحيح من يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغ ،
 ومتى قصد الاضرار بها بترك الوطء أتم ، ويستحب أن يقال له : اتق الله .
 فيما أن تقي واما أن تطلق ، فإن الله تعالى قال : وطأشروهن بالمعروف ، وقال
 تعالى : فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ، وليس الاضرار من
 المعاشرة بالمعروف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وطئها في الفرج فقد أرقها حقا ويسقط الإيلاء ، وأدناه
 أن نغيب الحشفه في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ، وإن وطئها في الموضع
 المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به ؛ لأن الضرر لا يزول الا بالوطء
 في الفرج ، فإن وطئها في الفرج : فإن كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه
 الكفارة ؟ فيه قولان :

قال في القديم . لا تلزمه لقوله عز وجل : فإن جاءوا الله غفور رحيم ،
 فعلق المغفرة بالقيته ، فدل على أنه قد استغنى عن الكفارة .

وقال في الجديد تلزمه الكفارة . وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم :
 « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن
 يمينه ، ولأنه حلف بالله تعالى وحنث فلزمه الكفارة ، كما لو حلف على ترك
 صلاة فضلاها .

واختلف أصحابنا في موضع القولين ؛ فهم من قال : القولان فيجز جامع

وقت المطالبة ، فأما إذا وطئ في مدة التبرص فإنه يجب عليه الكفارة قولاً واحداً لأن بعد المطالبة الفيتة واجبة ، فلا يجب بها كفارة كالحاق عند التحلل ، ومنهم من قال القولان في الحالين ، ويخالف كفارة الحج قائماً يجب بالمحذور ، والحاق المحذور هو الحاق في حال الاحرام . وأما الحلق عند التحلل فهو نسك ، وليس كذلك كفارة اليمين قائماً يجب بالحنت ، والحنت الواجب كالحنت بالمحذور في إيجاب الكفارة . وإن كان الإيلاء على عتق وقع بنفس الوطء لأنه عتق معلق على شرط فوقع بوجوده وإن كان على نذر عتق أو نذر صوم أو صلاة أو تصدق بمال فهو بالخيار بين أن يفي بما نذر وبين أن يكفر كفارة يمين ، لأنه نذر نذراً على وجه اللجاج والغضب ، فيخير فيه بين الكفارة وبين الوفاء بما نذر ، وإن كان الإيلاء على الطلاق الثلاث طالقت ثلاثاً لأنه طلاق معلق على شرط فوقع بوجوده . وهل يمنع من الوطء أم لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن خيران : أنه يمنع من وطئها لأنها تطلق قبل أن ينزع فنع منه ، كما يمنع في شهر رمضان أن يجامع وهو يخشى أن يطلع الفجر قبل أن ينزع .

(والثاني) وهو المذهب أنه لا يمنع لأن الإبلاج صادف النكاح ، والذي يصادف غير النكاح هو النزع ، وذلك ترك الوطء ، وما تعاقب التحريم بفعله لا يتعاقب بتركه . وإما الوقال لرجل : ادخل داري ولا تقم فيها جاز أن يدخل ثم يخرج ، وإن كان الخروج في حال الحظر .

وأما مسألة الصوم فقد ذكر بعض أصحابنا أنها على وجهين :

(أحدهما) أنه لا يمنع فلا فرق بينها وبين مسألتنا ، فولى هذا لا يزيد على تقييد الحشفة في الفرج ثم ينزع ، فإن زاد على ذلك أو استدام لم يجب عليه الحد لأنه وطئ اجتمع فيه التحليل والتحرر . لم يجب به الحد ، وهل يجب به المهر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب كما يجب الكفارة على الصائم إذا أوج قبل الفجر واستدام بعد طلوعه

(والثاني) لا يجب لأن ابتداء الوطء يتعلق به المهر الواجب بالنكاح ، لأن المهر في مقابلة كل وطء يوجد في النكاح ، وقد تكون مفوضة فيجب عليه المهر

بتنبيه الحشفة ، فلو أوجبنا بالاستدانة مبرراً أدى إلى إيجاب مهرين بالإلاج واحد ، وليس كذلك الكفارة ، فانها لا تنماق بائتمام الجراح فلا يؤدي إيجابها في الاستدانة إلى إيجاب كفارتين بالإلاج واحد ، وإن نزع ثم أوجظ نظرت ، فان كانا جاهلين بالتحريم ، بأن اعتقدا أن الفلاق لا يقع إلا باستكمال الوطء ، لم يجب عليهما الحد للشبهة ، فعلى هذا يجب المهر ، وإن كانا طاهرين بالتحريم ففي الحد وجهان :

(أحدهما) أنه يجب لانه إلاج مستأنف محرم من غير شبهة فوجب به الحد كالإلاج في الاجنبية ، فعلى هذا لا يجب المهر ، لانها زانية (والثاني) لا يجب الحد ، لان الإبلاجات وطء واحد ، فاذا لم يجب في أوله لم يجب في إتمامه ، فعلى هذا يجب لها المهر . وان علم الزوج بالتحريم وجهات الروجة ، أو عدت ولم تقدر على دفعه ، لم يجب عليهما الحد ، ويجب لها المهر . وفي وجوب الحد على الزوج وجهان ، وان كان الزوج جاهلاً بالتحريم وهي طامة ففي وجوب الحد عليهما وجهان (أحدهما) يجب ، فعلى هذا لا يجب لها المهر ، (والثاني) لا يجب فعلى هذا يجب لها المهر .

(الشرح) قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ . عنه من أهل العلم على أن النية الجراح لمن لا عذر له ، فان كان له عذر مرض أو سجن أو شبه ذلك فان ارتجاعه صحيح وهي امرأته .

أما الحديث فقد رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه عن عدى بن حاتم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ، وسيأتي في الإيمان جميع طرفه وألفاظه ومذاهب العلماء فيه . أما المطلوب هنا فهو أن الفبئة الجراح ايسر في هذا اختلاف . كذلك قال ابن عباس وعلى وابن مسعود . وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبهر والثوري والاوزاعي والشافعي وأحمد وأبو عبيدة وأصحاب الرأي ومالك في المدونة والمبسوط . وعبد الملك بن الماجشون كل ذلك اذا لم يكن عذر . وأصل النية الرجوع ، ولذلك يسمى الظل إبعاد الزوال

فيتأ لأنه رجع من المغرب إلى المشرق ، فسمى الجماع من المولى فيئته ، لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئته أن تغيب الحشفة في الفرج فان أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطئ دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئته لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله .

(فرع) إذا قام لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وأحمد وأصحابهم حيث أوجبوا الكفارة على المولى إذا قام بجماع امرأته . وقال الشافعي في القديم والحسن البصرى : لا كفارة عليه لقوله تعالى : فإن قاموا فإن الله غفور رحيم .

قال النخعي : كانوا يقولون إذا قام لا كفارة عليه . وقال اصحاق : قال بعض أهل التأويل في قوله تعالى : فإن قاموا ، يعني لليمين التي حثوا فيها ، وهو مذهب في الإيمان لبعض التابعين فيمن حلف على بر أو تقوى أو باب من الخير ألا يفعله ، فإنه يفعله ولا كفارة عليه ، والحجة له : فإن قاموا فإن الله غفور رحيم ، ولم يذكر كفارة . وأيضاً فإن هذا يتركب على أن لغو اليمين ما حلف على معصية وترك وطء الزوجة معصية .

وقال قتادة : هذا خالف الناس - يعني الحسن البصرى -

وقد يستدل لهذا القول بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا في معصية ولا في قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليتركها فإن تركها كفارتها ، رواه النسائي وأبو داود ، وقد ذكر البيهقي في شعب الإيمان أنه لم يثبت . وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبي صلى الله عليه وسلم وليكفر عن يمينه إلا ما لا يعبأ به ، وقد اختلف أصحابنا في موضع القولين : فمنهم من قال وجه الخلاف فيمن جامع وقت المطالبة . أما في وقت التربص فإن الكفارة واجبة عليه قولاً واحداً ، لأن الفيئته واجبة بعد المطالبة فلا يجب بها كفارة كالحاق عند النجاس من الإحرام ، ومنهم من جعل القولين في الحالين بخلاف كفارة الحج ، فأنما يجب بالمحذور - يعني الحلق في حال الإحرام - لأن الحلق عند النجاس ناسك ، وليس

كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث ، والحنث الواجب كالحنث المحظور في إيجاب الكفارة .

دليلنا في ظاهر المذهب قوله تعالى ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارة إطعام عشرة مساكين - الآية الى قوله - ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم ، وقال تعالى ، قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ، والحديث المتفق عليه عن عبد الرحمن ابن سمرة ، اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتت الذي هو خير وكفرت عن يمينك ، ولأنه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضه ثم فعلها ، والمفخرة لا تنافي الكفارة : فان الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وقد كان يقول ، انى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذى هو خير ونحللتها ، متفق عليه من حديث ابن موسى الأشعري رضى الله عنه

(فرع) اذا كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطاء لانه متعلق بصفة وقد وجدت ، وان كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء وبين كفارة يمين لانه نذر بلجاج وغضب فهذا حكمه .

اذا ثبت هذا فقد اختلف العلماء في الإيلاء في حال الغضب ، فقال ابن عباس لا إيلاء الا بغضب . وروى ذلك عن علي في المشهور عنه . وقاله الليث والشعبي والحسن وعطاء ، كلهم يقولون : الإيلاء لا يكون الا على وجه مفاضية ومشاركة وحرجة ومناكدة الا بجمامها في فرجها اضراراً بها : وسواء كان في ضمن ذلك اصلاح ولد أم لا ، فان لم يكن عن غضب فليس بإيلاء .

وقال ابن سيرين : سواء كانت اليمين في غضب أو غير غضب هو إيلاء ، وقاله ابن مسعود والثوري ومالك وأهل العراق والشافعي وأحمد وأصحابهما ، الا أن مالكاً قال : ما لم يرد اصلاح ولد

قال ابن المنذر : وهذا أصح ، لانهم لما أجمعوا أن الظهار والطلاق وسائر الأيمان سواء في حال الغضب والرضا كان الإيلاء كذلك . ويدل على كلام

ابن المنذر صوم القرآن ، وتخصيص حالة الغضب يحتاج إلى دليل ولا يؤخذ من وجهه يلزم . أفاده القرطبي

وإن علق الطلاق الثلاث بوطنها لم يؤمر بالفيتة وأمر بالطلاق في قول بعض أصحابنا ، لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإبلاج الحشفة ، فيصير مستمتعا بأجنبية . وأكثر أصحابنا قالوا تجوز الفيتة ، لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء .

وقال بعض أصحاب أحمد : إن كلام أحمد يقتضي روايتين (كمذين الوجهين) وقال ابن قدامة ، واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه : أحدها أن آخر الوطء حصل في أجنبية ، فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإبلاج ، وقد شبه أصحابنا ذلك بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطئاً ، والمحرّم ههنا الاستمتاع ، والنزع استمتاع فكان محرماً ولأن لمسها على وجه اللذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم فإن قيل فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم خنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ، ولو اشتمت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل ؛ وهذا وجه اختاره أبو علي بن خيران . وهو الصحيح من مذهب أحمد ، والصحيح عندنا قال المصنف وهو المذهب : تجوز الفيتة لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء ، فإن وطئ فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ، ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمعم الإبلاج فلا حد عليه إنمكن الشبهة منه لكونه وطئاً بهضه في زوجته ، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه ، لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أوجع بعد النزع .

(والثاني) لا يجب ، لأنه تابع الإبلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في المهر الأول ، وفي إيجابه بالاستدامة يؤدي إلى إيجاب مهرين بإبلاج واحد .
وان نزع ثم أوجع - وكانا جاهلين بالتحريم - فلا حد عليهما وعابيه المهر لها ويلحقه النسب . وإن كانا عالمين بالتحريم ففيه وجهان (أحدهما) عابيهما الحد

لأنه إبلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبهه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها ،
لأنها مطاوعة على الرضا .

(والثاني) لا يجب الحد عليهما ، لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس لأن
الوطء الواحد يشتمل على إبلجات فالمرء يجب في أوله لم يجب في إتمامه ، ومن
ثم وجب لها المهر ، والصحيح الأول لأن الكلام في العالمين وليس هو في مظنة
الحقارة ، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محترمة للمرأة ، ويحتمل
أن لا يقيم الحد عليهما إذا تناول ذلك باعتبار أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد كان
طلقة واحدة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وخلافة الصديق وصدره . من خلافة
عمر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : ادروا الحدود بالشبهات ،

وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً نظرت - فإن كان هو العالم - فعليه
الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وإن كانت هي العالمة دونه
فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطؤ شبهة ،
هذا هو أظهر الوجهين اللذين ساقهما المصنف ، وبه قال أحمد وأصحابه
قولا واحداً .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن طلق فقد سقط حكم الإيلاء وبقيت اليمين ، فإن امتنع ولم
يف ولم يطلق ففيه قولان . قال في القديم لا يطاق عليه الحاكم ، لقوله صلى الله
عليه وسلم : الطلاق لمن أخذ بالساق ، ولأن ما خبر فيه الزوج بين أمرين لم يقيم
الحاكم فيه مقامه في الاختيار ، كما لو أسلم وتحتة أختان ، فعلى هذا يجبس حتى
يطلق أو يفى ، كما يجبس إذا امتنع من اختيار إحدى الاختين
وقال في الجديد : يطاق الحاكم عليه ، لأن ما دخلت النيابة فيه وتميز مستحقة
وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين ، فعلى هذا يطاق عليه
طلقة وتكون رجعية

وقال أبو ثور : تقع طلقة بائنه ، لأنها فرقة - لدفع الضرر لفقد الوطء
فكانت بائنه كفرقة - العنين ، وهذا خطأ لأنه طلاق صادف مدخولاً بهما من غير

عوض ولا استيفاء - عدد فكان رجعيًا كالطلاق من غير إيلاء ، ويخالف فرقة
العنين فإن تلك الفرقة فسخ وهذا طلاق ، فإذا وقع الطلاق ولم يراجع حتى بانث
ثم تزوجها والمدة باقية فهل يعود الإيلاء ؟ على ما ذكرنا في عود البهير في النكاح
الثاني ، فإن قلنا يعود فإن كانت المدة باقية استؤنفت مدة الإيلاء ثم طولب بعد
انقضائها بالفيتة أو الطلاق ، فإن راجعها والمدة باقية استؤنفت المدة وطواب
بالفيتة أو الطلاق . وعلى هذا إلى أن يستوفى الثلاث ، فإن عادت إليه بعد استيفاء
الثلاث والمدة باقية ، فهل يعود الإيلاء ؟ على قولين

(فصل) وإن انقضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء نظرت فإن كان لمعنى
فيها كالمرض والجنون الذي لا يخاف منه أو الإغماء الذي لا تمييز معه أو الحبس
في موضع لا يصل إليه ، أو الأحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم
يطالب لأن المطالبة تسكون مع الاستحقاق ؛ وهو لا تستحق الوطء في هذه
الأحوال فلم تجز المطالبة به .

وإن كان العذر من جهته نظرت - فإن كان مغلوباً على عقله - لم يطالب لأنه
لا يصلح للخطاب ولا يصلح منه جواب ، فإن كان مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو
حبس بغير حق حبساً يمنع الوصول إليه طواب أن يفيء فيئة المعضور بأسنانه .
وهو أن يقول لست أقدر على الوطء . ولو قدرت لفعلت ، فإذا قدرت فعلمت
وقال أبو ثور : لا يلزمه الفيتة باللسان ، لأن الضرر بتترك الوطء لا يزول
بالفيتة باللسان ، وهذا خطأ ، لأن القصد بالفيتة ترك ما قصد إليه من الأضرار ،
وقد ترك القصد إلى الأضرار بما أتى به من الاعتذار ، ولأن القول مع العذر
يقوم مقام الفعل عند القدرة ، ولهذا نقول : إن اشهاد الشفيع على طالب الشفعة
في حال الغيبة يقوم مقام الطلب في حال الحضور في اثبات الشفعة ، وإذا قام
باللسان ثم قدر طولب بالوطء ، لأنه تأخر بعذر ، فإذا زال العذر طواب به .

(الشرح) الحديث أخرجه ابن ماجه والدارقطنى والطبرانى وابن عدى ،
وفي اسناد ابن ماجه ابن لهيعة ، وكلام المحدثين فيه معروف ، وفي اسناد الطبرانى
يحيى الحماني ضعيف ، وفي اسناد ابن عدى والدارقطنى عصمة بن مالك ،

وفي التقريب أنه صحابي ، وطرقه يقوى بعضها بعضا قال ابن القيم : ان حديث ابن عباس وان كان في اسناده ما فيه قالقرآن يعضده وعمل الصحابة ، وأراد بالقرآن قوله تعالى ، اذا نكحت المؤمنات ثم طلقتموهن ، وقوله تعالى ، اذا طلقتم النساء ، الآية

أما الاحكام ، فانه اذا امتنع من الفتيه بعد التربص أو امتنع المذور من الفتيه بلسانه ، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أو بالطلاق ، فان طاق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم اجباره على أكثر من طلقه لأنه يحصل الرقاه بحقها بها فانه يفضى الى البيئونه والناخير من ضرره وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه في أحد القواين . وبهذا قال مالك . وعن أحمد رواية : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أساء وتحتته أكثر من أربع نسوة أو أختان ، فعلى هذا يحبس ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق ، وهذا قول آخر عندنا

دليل القول الاول أن ما دخلته النياية وبمين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين ، وفارق الاختيار فانه ما تعين مستحقه . وهذا أصبح في المذهب عند أحمد ، وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق وبطاق الا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه حق لها ، وانما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون الا عند طلبها .

(فرع) اذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء - فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة ، كما لا تسمع دعواها عليه . ويؤخذ بالفتيه أو بالطلاق كغيره ، وان لم يكن وطئها - ولم تسكن حاله معروفه - فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله ، لأن التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره ، هذا هو ظاهر المذهب وبه قال أحمد وأصحابه ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب لها مدة العنة بعد أن يفيء فتيه - أهل الاعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقا توجه عليه الطلب به والاصل سلامته

وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بصرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته ، والقول قوله في عدم الإصابة (فرع) الطلاق الواجب على المولى رجعتي ، سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وعند أحمد روايتان . قال الأثرم : قالت لآبي عبد الله - يعني أحمد ابن حنبل - في المولى فإن طلقها ؟ قال تكون واحدة وهو أحق بها ، وذكر أبو بكر رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً .

وقال ابن قدامة : قال القاضي : المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائناً ، فإن في رواية الأثرم وقد سنل : إذا طلق عليه السلطان أن تكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها ، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة .

وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائناً كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجى ما فيبقى الضرر . وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء المدة بائناً ، ووجه الأول أنه طلاق صادق مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق في غير الأيلاء ، ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب . وهذه طلقة . ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر ، فإنه إذا ارتجى ما ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد ينس من وطنه فلا فائدة في رجعته ، وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإفلاسه عن الأضرار بها فافترقا .

ثم إن المولى إذا امتنع من الفينة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فإنه لا يملك من الطلاق إلا واحدة ، لأن إيفاء الحق يحصل بها فله يملك زيادة عليها كما يملك الإيابة على وفاة الدين في حق الممتنع

وقال أحمد وأصحابه : إن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه فإذا رأى طلقها واحدة وإذا رأى طلقها ثلاثاً

(مسألة) وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن ادائه طواب بالفينة

لأنه قادر على أداء ما عليه نحوها ، فإن لم يفعل أخذ بالطلاق ، وإن كان الطريق مخوفاً أو له عذر يمنعه فإيه الممدور

فإن كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغباء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب : وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال المذنب ثم يطالب حينئذ . وإن كان مجبوراً وقلنا يصح إبلاؤه فإيه الممدور ، فيقول : لو قدرت جامعتها . فتي قدر فلم يفعل أمر بالطلاق ، لأنه إذا وقف وطواب بالقبضة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ، وهذا قول من يقول : يوقف المولى ، لأن الله تعالى قال : يا مساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فإذا امتنع من أداء الواجب طاعاً عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف ، فيؤمر بالتسريح بالأحسان ، وإن كان ممدوراً ففأه بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به ، فإن فعل والا أمر بالطلاق وبهذا قال أحمد بن حنبل رضي الله عنه .

وقال القاضي أبو بكر من أصحابه : إذا فاه بلسانه لم يطالب بالقبضة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ، وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لأنه فاه مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه قبضة ثانية ، كما لو فاه بالوطء

وقال أبو حنيفة : تستأنف له مدة الإيلاء : لأنه وفاهها حقماً بما أمكنه من القبضة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها . دليلنا أنه أخر حقماً لمعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيهما إياها كالدين على الممسر إذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقماً ولا يزول للضرر عنهما به وإنما وعداها بالوفاء وازدما الصبر عليه ، وانكاره كالغريم الممسر

(فرع) وليس على من فاه بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه ، وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال : متى قدرت وفيته .

إذا ثبت هذا فإنه إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول : متى قدرت جامعتها ونحو هذا . وعن قال يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهرى والثوري والاوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وقال سعيد بن جبير : لا يكون النية إلا بالجماع في حال العذر وغيره . وقال أبو ثور : إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصبح أو يصل ان كان غائباً ولا تازمه الفية بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض أصحابنا يحتاج أن يقول : قد ندمت على ما فعلت وأن قدرت وطئت

ولنا أن القصد بالفية ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار ، والاعتذار بالقول يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن اشهاد الشفيع على الطالب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها ، ولا يحتاج أن يقول ندمت ، لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه

وقال ابن قدامة وأبو الخطاب والقاضي أبو بكر من الحنابلة : ان فية المعذور أن يقول ندمت عليك ، وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لا يازمه الفية باللسان لأن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً ولا يفيد في شيء أن يعدها بالفعل عند القدرة ، وهذا خطأ لأن الابانة عن القصد بترك الاضرار مع ما فيه من نوع اعتذار والاخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ، كل ذلك يقوم مقام الفعل عند القادر عليه ، كما قلنا في إشهاد الشفيع على الطالب بالشفعة عند العجز عن طلبها .

ونخلص من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يميل ويؤمر بالطلاق ، لأن الامتناع بسبب منه ، فلا يسقط حكماً واجباً عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن انقضت المدة وهو غائب ، فإن كان الطريق أمناً فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو بحملها إليه أو بالطلاق ، وإن كان الطريق غير آمن فاه فية معذور الى أن يقدر ، فإن لم يفعل أخذ بالطلاق

(فصل) وإن انقضت المدة وهو محرم قيل له : ان وطئت فسد إحرامك وإن لم تطأ أخذت بالطلاق ، فإن طلقها سقط حكم الايلاء ، وإن وطئها فقد أوقاها حقها وفسد نسكها ، وإن لم يطأ ولم يطلق نفيه وجهان : أحدهما : يقتنع

منه بفيته معذور إلى أن يتحلل ، لأنه غير قادر على الوطء ، فأشبهه المريض
والمجبوس (والثاني) لا يقتنع منه ، وهو ظاهر النص لأنه امتنع من الوطء
بسبب من جهته .

(فصل) وان انقضت المدة وهو مظاهر قبيل له : ان وطئت قبل التكهف
أتمت للظهار : وان لم تطأ أخذت بالطلاق . فإن قال أمهلوني حتى أشتري رقبة
أكفر بها أمهل ثلاثة أيام . وان قال أمهلوني حتى أكفر بالصيام لم يبرأ ، لأن
مدة الصيام تطول ، وان أراد أن يطأها قبل أن يكفر وقالت المرأة : لا أمكنك
من الوطء لأنى محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى رحمه الله :
انه ليس لها أن تمتنع ، فإن امتنعت سقط حقها من المصاهرة ، فيقول فيمن له
دين على رجل فأحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال : لا أخذه لأنه
مغضوب أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من الدين ؛ وعندى أن لها أن تمتنع لأنه
وطء محرم لجاز لها أن تمتنع منه كوطء الرجعية ، ويخالف صاحب الدين فإنه
يدعى أنه مغضوب والذي عليه الدين يدعى أنه ماله ، والظاهر معه ، فان البد
تدل على الملك ، وليس كذلك وطء المظاهر منها ، فإنها متفقان على تحريمه ،
فنظيره من المال أن ينفق على أنه مغضوب فلا يجبر صاحب الدين على أخذه

(فصل) وإن انقضت المدة فادعى أنه عاجز ولم يكن قد عرف حاله أنه
عزيب أو قادر ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو ظاهر النص أنه يقبل قوله لأن التعيين من المجهوب التي
لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين ، فان حلف طوالب بفيته معذور
أو بطلق ، والوجه الثاني أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق .

(فصل) وإن آلى المجهوب وقبلنا أنه يصح ابلاؤه أو آلى وهو صحيح الذكر
وانقضت المدة وهو مجبوس فإيه معذور ، وهو أن يقول : لو قدرت فعلت
فإن لم ينفق أخذ بالطلاق

(فصل) وان اختلف الزوجان في انقضاء المدة فادعت المرأة انقضاءها
وأبكر الزوج فالقول قول الزوج ، لأن الأصل أنهم لم تنقض ، ولأن هذا

اختلاف في وقت الإبلاء فكان القول فيه قوله ، وإن اختلفا في الإصابة قاعدى الزوج أنه أصابها وأنكرت المرأة فعلى ما ذكرناه في العنين

(الشرح) إذا انقضت المدة وهو محرم أو محبوس في حق عليه نظرت فإن كان الطريق آمناً والحق الذى عليه يمكنه أدائه ، فإن انقضت المدة وهو غائب فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو يحملها هى إليه أو يأمره بأداء ما عليه ، فإن لم يفعل أمر بالطلاق ، فإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المездور ، وإن كان الطريق مخوفاً أو له عذر يمنعه فاه فيئة المездور . وقد مضى مزيد إيضاح في الفصول قبله .

(فرع) سبق أن قلنا إن الامتناع بسبب منه لا يسقط حكا واجبا عليه ، وجملة ذلك أن الاحرام والاعتكاف المندور وكفارة الظهار كل أولئك لا يؤمر بالوطء فيه لأنه محرم عليه ، ولكن يؤمر بالطلاق . ووجهه - هذا أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبهه المربض ، فإن لم يطأها حين انقضاء المدة - تخوفه من فساد نسكه - لأنه إذا وطئها فقد أوقاها حقها وارتكب إثم إفساد نسكه ، أخذ بطلاقها ، فإن لم يطلقها ولم يطأها ففيه وجهان

(أحدهما) يكتفى منه بفيئة المездور الى أن يتحالم فيكون كالمربرض

(والثانى) لا يكتفى منه ، وهو ظاهر قوله في الام حيث يقول : وإذا آلى الرجل من امراته ثم أحرم قيل له إذا مضت أربعة أشهر فإن تمت فسد لإحرامك وخرجت من حكم الإبلاء ، وإن لم توفى طلق عليك لأنك أحدت منع الجماع على نفسك ، فإن تمت فأنت عاص بالإصابة وأنت متظاهر ، وإبسر لك أن تطأ قبل الكفارة ، وإن لم توفى فطلق أو يطلق عليك ، وهكذا لو تظاهر ثم آلى لأن ذلك كله جاء منه لا منها ولم تحرم عليه بالظهار حرمة الاجنبية

(فرع) المظاهر إذا انقضت مدته يقال له : إما أن تكفر وتوفى وأما أن تطلق فإن قال أمهلونى حتى أطلب رقبة أو أطعم ، فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنما يقصد المماطلة والمدافعة والتأخير لم يمهل ، لأن الحق حال عليه ،

ولإنما يميل للحاجة ولا حاجة ، وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ؛
ولا يزداد على ذلك ، وإن كان فرضه الصيام فطلب الامهال ليصوم شهرين
متتابعين لم يميل لأنه كثير ، فإن أراد أن يجامعها كان لها أن لا تمكنه من نفسها
لأن هذا الوطء محرم عليهما ، وهذا هو اختيار الشيخ أبي اسحاق الشيرازي هنا
واختيار ابن قدامة من الحنابلة .

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني وبعض أصحاب الامام أحمد أنه يلزمها
التمكين ، وإن امتنعت سقط حقها ، لأن حقها في الوطء وقد بذله ؛ ومتى وطئها
فقد وفاها حقها والتحرير عليه دونها كمن له على آخر دين فأحضره له فأبى أخذه
لأنه مضمون ، فهو بين أمرين إما أن يأخذه وفاء لدينه وإما أن يقيه من الدين
ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس . وهذا
بخلاف الدين ، فإن المال ملك من في حوزته ومن يده عليه ، فيكأن الحكم الظاهر
أن المال ماله ، وفارق الظاهر فإنهما مشتركان في الاثم ، ولا نسلم كون التحريم
عليه دونها ، فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحداً
ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لا خصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض
والنفاس ، واحرامها وصيامها ، لا اختصاصها بسببها

ويتخرج على ذلك أنه يمكنه أن ينيء بلسانه فيثة المعذور ويمهل حتى يصوم ،
كقولنا في المحرم على أحد الوجهين . وهذا ما اخترته على أصل المذهب ، وهذا
أولى من ايقاع الطلاق عليه فقد تكون الثالثة فتبين منه ، وإن كان المنصوص
أنها تطلق عليه ان لم يطلقها .

(فرع) مضى في الفصل قبله قولنا اذا انتهضت المدة فادعى عجزه عن الوطء
وقلنا لا تسمع دعواه كما لا تسمع دعواها ، ونقول هنا انه اذا لم تكن حاله
معروفة لنا من عنة أو قدرة فقيه وجهان :

(أحدهما) تسمع دعواه ويقبل قوله ، لأن التعنين من العيوب التي لا يقف
عليها غيره ، وهذا هو ظاهر قوله في الام ، وقد نص الشافعي أن لها أن تسأل
الحاكم فيضرب له مدة العنة وقدرها سنة ، الا أن يطلقها بعد الاشهر الاربعة .

والوجه الثاني : لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه فيؤخذ بالطلاق (فرع) إن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاهترافها بعدم عنته ، والقول قوله في عدم الإصابة

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا آلى الخصى غير المحبوب من امرأته فهو كغير الخصى ، وهكذا لو كان مجبوراً قد بقي له ما يباح به من المرأة ما يبلىم الرجل حتى تغيب حشفته كان كغير الخصى في جميع أحكامه . وإذا آلى الخصى المحبوب من امرأته قيل له : في بلسانك لا شيء عليه غيره لأنه ممن لا يجامع مثله ، وإنما اتى الجماع وهو ممن لا جماع عليه .

قال : ولو تزوج رجل امرأة ثم آلى منها ثم خصى ولم يجب كان كالفحل ، ولو جب كان لها الخيار مكانها في المقام معه أو فراقه ، فإن اختارت للمقام معه قيل له : إذا طلبت الوقف ففي بلسانك لأنه ممن لا يجامع

قال الربيع : إن اختارت فراقه فالذي أعرف للشافعي أنه يفرق بينهما ، وإن اختارت المقام معه فالذي أعرف للشافعي أن امرأة العنين إذا اختارت المقام معه بعد الأجل أنه لا يكون لها خيار ثانية والمحجوب عدى مثله

(مسألة) إذا اختلف الزوجان في انقضاء المدة فالقول قوله مع يمينه ، وإنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضي المدة يتبنى على الخلاف في وقت يمينه ؛ فانهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت ، فدل هل انقضت المدة أم لا ؟ وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلف في غرة رمضان ، وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لأنه صدر من جهته ، وهو أعلم به فكان القول قوله فيه ، قالوا اختلفا في أصل الأيلاء ، ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل مع يمينه ، وبهذا قال الحرق من الحنابلة ، وقال القاضي أبو بكر منهم : لا يمين عليه . دليلنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يمين على المدعى ، ولأنه حق لا أدعى يجوز بذله فيستحلف فيه كالدينون

ولو وقفناه بعد الأربعة الأشهر فقال قد أصبها ، فإن كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يارمه به ونحوه ، وهو يدعى ما يوافق الأصل ويبقيه ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى الوطء في العنة ، ولأن هذا أمر خفي ولا يعلم إلا من جهةه فنقبل قوله فيه كقول المرأة في حبسها وتلزمه اليمين ، لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونصر أحمد في رواية الأثرم أنه لا يارمه يمين لانه لا يقضى فيه بالنكول ، وهذا اختيار أبي بكر من أصحاب أحمد

أما إن كانت بكرأ واختلغا في الإصابة أريت النساء الثقات ، فإن شهدن بشيوعتهما فالقول قوله ، وإن شهدن بكارتها فالقول قولها ، لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، فإن قلنا إن النساء الثقات بمثابة البيعة فلا يمين ، لأن من شهدت له البيعة فلا يمين عليه

فلو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فدعى أنه أصابها وكذبته ثم طاقها وأراد رجعتها كان القول قولها ، فنقبل قوله في الإصابة في الإيلاء ولا نقبله في اثبات الرجعة له ، كما مضى في الرجعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الظهار

الظهار محرم لقوله عز وجل : الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، ويصح ذلك من كل زوج مكاف لقوله عز وجل : والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية ، ولأنه قول يخص به النكاح فصح من كل زوج مكاف كالطلاق ، ولا يصح من السيد في أمته لقوله عز وجل : والذين يظاهرون من نسائهم ، يخص به الأزواج ، لأن الظهار كان طلاقا في النساء في الجاهلية ففسخ حكمه وبقي محله .

(الشرح) الظهار مشتق من الظاهر ، وكل مركوب يقال له ظهر . قال ابن قتيبة : وإنما خصوا الظاهر بالتحريم دون سائر الأعضاء لأنه موضع الركوب والمرأة مركوبة إذا غشيت ، فكأنه أراد بفواه : أنت علي كظهار أمي ، ركوبك للنكاح علي حرام كركوب أمي للنكاح ، وهو استعارة وكناية عن الجماع . وقرأ ابن عامر وحمزة والمكسائي وخلف بـ (بظواهر) ، بفتح الياء وتشديد الظاء ، وألف وقرأ نافع وابن كثير وأبو عمرو وبمقرب بـ (بظهور) ، بحذف الألف وتشديد الهاء والظاء وفتح الياء ، وقرأ أبو العالية وطاهر وزيد بن حبيش بـ (بظاهرون) ، بضم الياء وتخفيف الظاء وألف وهاه مكسورة . وفي قراءة أبي بـ (بظاهرون) ، وهي معنى قراءة ابن عامر وحمزة

قال القرطبي : وذكر الظاهر كناية عن معنى الركوب : والآدمية إنما يركب بطنها ، وليكن كنى عنه بالظهر عن الركوب اهـ

قلت : وقد علم الله من أمر الناس وأجناسهم وألوانهم وعاداتهم وتقاليدهم ما هو أعم في مفهومه ، وأشمل في مضمونه ، فلا يخلو أن تكون عادة بعض القبائل العربية أو كانت العرب كلها في زمن سابق يأتون النساء بهذه الطريقة . يدل على ذلك قوله تعالى : نسأؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شتمتم ، فهذا الحوار

حول هذه الطريقة يدل على شيوعها وانتشارها ، وفي عصرنا هذا عرفنا أن أمم الأرض في أوروبا وأمريكا وأكثر شعوب آسيا وأفريقيا يركبون ظهور النساء عند إتيانهن . ومعنى أنت محرمة لا يحل لي ركوبك ، وحقبة الظهار تشبيهه ظهر بظهر ، والموجب للحكم منه هو تشبيهه ظهور محال بظهر محرم

قال الشافعي رضي الله عنه : سمعت من أرضي من أهل العلم بالقرآن يذكر أن أهل الجاهلية كانوا يطلقون بثلاثة : الظهار والايلاء والطلاق ، فأمر الله تعالى الطلاق طلاقا ، وحكم في الايلاء بأن أمهل المولى أربعة أشهر ثم جعل عليه أن ينفق أو يطلق ، وحكم في الظهار بالكفارة ، فإذا تظاهر الرجل من أمره أنه قبل أن يدخل بها أو يبعها ما دخل بها فهو متظاهر ، وإذا طلقها فكان لا يملك رجعتها في العدة ثم تظاهر منها لم يلزمه الظهار .

ثم قال : وإذا تظاهر من أمته أم ولد كانت أو غير أم ولد لم يلزمه الظهار ، لأن الله عز وجل يقول « والذين يظاهرون من نسائهم ، وليست من نسائهم ، فلو آلى من أمته لم يلزمه الايلاء . وكذلك قال « والذين يرمون أزواجهم ، وليست من الأزواج فلو رماها لم يلتمن ، لانا عقلنا عن الله عز وجل أنها ليست من نسائنا ، وإنما نساؤنا أزواجنا ، ولو جاز أن يازم واحدا من هذه الأحكام لزمها كلها لأن ذكر الله عز وجل لها واحد . اهـ

فكل زوج يجوز طلاقه يجوز ظهاره . ومنه الذي خلافاً لابي حنيفة ومالك وهوذا عني على أصل عندهم أن أنكحة الكفار قاسدة الاصل فلا يتعلق بها حكم طلاق ولا ظهار ، وقد استدلوا بقوله تعالى « منكم » يعني من المسلمين ، وهذا يقتضي خروج النكح من الخطاب ، وقد اعترضنا عليهم بأن هذا استدلال ببديل الخطاب ، وليس حجة في إخراج الذي

قال أبو حنيفة ومالك : لا تصح منه الكفارة التي هي رافعة للحرمة فلا يصح منه التحريم . ودليل أين الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر الى التوبة فلا تصح منه كسائر العبادات . وهذا غير صحيح ، لأن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم وبهذا قال أحمد وأصحابه كافة . فأما ما ذكره للالكية والحنفية فيبطل بتفارة الصيد إذا قتله في الحرم ، وكذلك الحد يقام عليه ، ولا نسلم أن التكفير لا يصح

منه ، فإنه يصح منه العتق والاطعام ، وإنما لا يصح منه الصوم ، فلا تمتنع صحة
الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد ؛ والنية معتبرة في تعيين الفعل
للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الذمي ، كالنية في كتابات الطلاق
والظهار يلزم في كل زوجة مدخول بها أو غير مدخول بها من زوج يجوز
طلاقه ، وعند مالك : ومن يجوز له وطؤها من إمامه إذا ظاهر ممن لزمه الظهار
فيه . وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : لا يلزمه
قال القاضي أبو بكر بن العربي : وهي مسألة عسيرة جداً علينا ، لأن مالك يقول
إذا قال لامته : أنت علي حرام لا يلزم ، فكيف يبطل فيها صريح التحريم وتصح
كتابته . ثم قال : ولا يمكن تدخل الأمة في عموم قوله : من نساءهم . وقال عطاء :
عليه نصف كفارة حرة ، لأن الأمة على النصف من الحرة ، وليس عليه دليل ،
والصحيح أنه ليس بظهار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال أنت علي كظهر أمي فهو ظهار ، وإن قال أنت علي
كظهر جدتي فهو ظهار ، لأن الجدة من الأمهات ، ولأنها كالأم في التحريم ،
وان قال أنت علي كظهر أبي لم يكن ظهاراً ، لأنه ليس بمحل الاستمتاع فلم يصح
بالتشبيه به مظاهراً كالبيهمة .

وان قال أنت علي كظهر أختي أو عمتي ففيه قولان :

قال في القديم ليس بظهار ، لأن الله تعالى نصر على الأمهات وهن الأصل
في التحريم وغيرهن فرع لمن ودونهن ، فلم يلحقن بهن في الظهار
وقال في الجديد : هو ظهار ، وهو الصحيح ، لأنها محرمة بالقرابة على التأبيد
فأشبهت الأم ، وان شبهها بمحرمة من غير ذوات المحارم نظرت ، فإن كانت امرأة
حلت له ثم حرمت عليه كالملاعنة والأم من الرضاع وحماية الأب بعد ولادته ،
أو محرمة تحل له في الثاني ، كأخت زوجته وخالتها وعمتها . لم يكن ظهاراً لأنهن
دون الأم في التحريم ، وان لم تحل له قط ، ولا تحل له في الثاني كحليلة الأب
قبل ولادته ، فعلى القولين في ذوات المحارم

(الشرح) في هذا الفصل أمور (أحدهما) أنه إذا قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي فهو ظهار، لأنه شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأييد، وهذا التشبيه بظهر أمه يعد ظهاراً بالاجماع.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن تصریح الظهار أن يقول: أنت علي كظهر أمي (ثانيها) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوى رحمه، فإن شبهها بجدته فهو ظهار صريح عند الشافعي قولاً واحداً، وبه قال أحمد ومالك وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن شبهها بظهر أخته أو عمته أو خالته كان ظهاراً في قوله الجديد، وفي قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر وزيد والشعبي والنخعي والزهرى والثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأحمد، وقال الشافعي في القديم لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة لأنها أم أيضاً لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالأم، فإذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه.

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم، وحصول الزور والمنكر واقع وموجود في مسائلنا لمجرى مجراه، وتعلق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها إذا كانت مثلها.

(ثالثها) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأييد سوى الأقارب، كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأموات النساء، فقد قال الربيع بن سليمان في الأم: فإن قال أنت علي كظهر أجنبية لم يكن مظاهراً من قبل أن الأجنبية - وإن كانت في هذا الوقت محرمة - فهي تحمل له لو تزوجها والأم لم تسكن حلالاً له قط ولا تكون حلالاً أبداً.

فإن قال أنت علي كظهر أختي من الرضاعة - فإن كانت قد ولدت قبل أن ترضعه أمها فقد كانت قبل أن يكون الرضاع حلالاً له ولا يكون مظاهراً لها، وليست مثل الأخت من النسب التي لم تسكن حلالاً قط له، وهذه قد كانت حلالاً له قبل أن ترضعه أمها، فإن كانت أمها قد أرضعته قبل أن تلدها فهذه لم تسكن قط حلالاً له في حين، لأنها ولدتها بعد أن صار ابنها من الرضاعة، وكذلك امرأة أبيه، فإذا قال الرجل لامرأته: أنت علي كظهر امرأة أبي - فإن كان أبوه قد

قد تزوجها قبل ان يولد فهو مظاهر من قبيل انها لم تكن له حلالاً قط ، ولم يولد
إلا وهي حرام عليه ، وان كان قد ولد قبل ان يتزوجها ابوه فقد كانت في حين
حلالاً له فلا يكون بهذا متظاهراً

قال الشافعي رحمه الله : وإن قال انت علي كظهر امرأة ابي او امرأة ابني
او امرأة رجل سماه او امرأة لاعنها او امرأة طلقها ثلاثاً لم يكن ظهاراً من قبل
ان هؤلاء قد كن وهن يحللن له اه

وقال احمد واصحابه في الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وحلائل
الآباء والابناء وامهات النساء انه ظهار في كل اولئك ولم يفرق ، اما اذا شبهها
بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها او الاجنبية فإنه ليس
بظهار ، قولاً واحداً ، وعند احمد روايتان — إحداهما انه ظهار — وهو اختيار
الخرقي وقول اصحاب مالك ، ووجه كونه ليس ظهاراً إنها غير محرمة على التأيد
فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه كونه ظهاراً
عند القائلين به انه شبهها بمحرمة فأشبهه ما لو شبهها بالام ، ولان مجرد قوله انت
علي حرام ظهار إذا نوى به الظهار ، والتشبيه بالمحرمة تحريم فصار ظهاراً

(فرع) وإن شبهها بظهر ابيه او بظهر غيره من الرجال او قال : انت علي
كظهر البهيمة ، او انت علي كالميتة ، فليس بظهار قولاً واحداً ، وفي ذلك كله عند
احمد بن حنبل روايتان ، إحداهما ظهار

قال الميموني : قلت لاحد : ان ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال فظهر الرجل
حرام يكون ظهاراً ، وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال : انت علي
كظهر ابي وروى ذلك عن جابر بن زيد ، والثانية ليس بظهار ، وهو قول اكثر
العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل الاستمتاع ، اشبه ما لو قال : انت علي كمال زيد
وهل فيه كفارة ؟ ليس فيه كفارة عندنا وجهاً واحداً ، لان الكفارة لا تكون إلا
من ظهار وهو لم يظاهر ، وعلى روايتين عند احمد ، إحداهما فيه كفارة لانه نوع
تحريم ، فأشبه ما حرّم ماله ، والثانية ليس فيه شيء

نقل ابن القاسم عن احمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم
أره يلزمه فيه شيء وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع اشبه ٢٣ هـ

أشبه التشبيه بمال غيره ، وقد مر في كتاب الطلاق حكم من قال لامرأته أنت على كالميتة والدم إن نوى به الطلاق أو نوى به الظهر ، وفيه وجهان ، أحدهما ظهار وهو إحدى الروايتين عن أحمد . والثاني هو يمين ، وهو الرواية الأخرى لأحمد قال ابن قدامة : ولم يتحقق عندي معنى الظهر واليمين

قال القرطبي من المالكية : إن شبه امرأته بأجنبية فإن ذكر الظهر كان ظهاراً حملاً على الأول ، وإن لم يذكر الظهر — فاختلف فيه علماءنا — فمنهم من قال يكون ظهاراً ، ومنهم من قال يكون طلاقاً . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون شيئاً . انتهى .

ثم نقل قول ابن العربي في أنه تشبيه محلل بمحرم فكان مقيداً بحكمه بالظهر ، لأن الاسماء بمعانيها عندهم ، وعند الشافعية والحنفية بألفاظها ، على أن الخلاف في الظهر بالأجنبية قوى عند المالكية ، فمنهم من لا يرى الظهر إلا بذوات المحارم خاصة ولا يرى الظهر بغيرهن ، ومنهم من لا يجعله شيئاً ، ومنهم من يجعله في الأجنبية طلاقاً ، وهو عند مالك إذا قال كظهر ابني أو غلامي أو كظهر زيد أو كظهر أجنبية ظهار ، ولا يحل له وطؤها في حين يمينه ، وقد روى عنه أيضاً أن الظهار بغير ذوات المحارم ليس بشيء كما قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال الأوزاعي لو قال أنت على كظهر فلان فهو يمين يكفرها

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن قال أنت عندي أو أنت مني أو أنت معي كظهر أمي فهو ظهار لأنه يفيد ما يفيد قوله أنت على كظهر أمي ، وإن شبهها بعضو من أعضاء الأم غير الظهر بأن قال أنت على كفرج أمي أو كيدها أو كراسها فالمنصوص أنه ظهار ومن أصحابنا من جعلها على قولين قياساً على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الأم ، والصحيح أنه ظهار قولاً واحداً لأن غير الظاهر كالظفر في التحريم وغير الام دون الام في التحريم

وان قال أنت على كبدن أمي فهو ظهار لأنه يدخل الظهر فيه ، وان قال أنت على كروح أمي ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ظهار لأنه يعبر به عن الجملة

(والثاني) أنه كناية لأنه يحتمل أنها كالروح في الكرامة فلم يكن ظهاراً من غير نية (والثالث) وهو قول علي بن أبي هريرة أنه ليس بصريح ولا كناية، لأن الروح ليس من الاعيان التي يقع بها التشبيه.

وإن شبه عضواً من زوجته بظهر أمه بأن قال رأسك أو يدك على كظهر أمي فهو ظهار، لأنه قول يوجب تحريم الزوجة، فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق، وعلى قول ذلك القائل يجب أن يكون ههنا قول آخر أنه ليس بظهار. (فصل) وإن قال أنت علي كأمي أو مثل أمي لم يكن ظهاراً إلا بالنية، لأنه يحتمل أنها كالأم في التحريم أو في الكرامة فلم يجعل ظهاراً من غير نية كالكنيات في الطلاق.

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه والظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، فإذا قال لها: أنت مني كظهر أمي أو أنت معي أو ما أشبه هذا كظهر أمي فهو ظهار، وكذلك لو قال لها فرجك أو رأسك أو بدنك أو ظهرك أو جلدك أو يدك أو رجلك على كظهر أمي كان ظهاراً، وكذلك لو قال أنت أو بدنك على كظهر أمي أو كبدن أمي أو كرأس أمي أو كيدنها أو كرجلها كان هذا ظهاراً، لأن التلذذ بكل أمه محرم عليه كتلذذ بظهرها اهـ وجملة ذلك أنه إذا قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي، لأن هذه الالفاظ في معناه.

وإن قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك على كظهر أمي لأنه أشار إليها، وكقوله أنت. وإن قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لأنه أتى بماية تضي تحريمها عليه فانصرف الحكم إليه، كما لو قال أنت طالق وذهب بعض أصحابنا إلى جعلها على قولين، أحدهما هذا، والثاني ليس بظهار لأنه فيه ما يدل على أن ذلك في حقه قياساً على من شبه ابذات رحم محرم منه غير الام، وليس بصحيح

وإن قال أنت علي كروح أمي ففيه ثلاثة أوجه ذكرها المصنف، ويمكن أن تلحق بالروح قوله أنت علي كأمي أو مثل أمي، فإنه إذا نوى به الظهار فهو ظهار

في قول عامة العلماء منهم ابو حنيفة وصاحباہ والشافعي وإسحاق وأحمد بن حنبل
وإن نوى به الكرامة والمعزة والتوقير ، أو انها مثلها في الكبر أو الصفة فليس
بظهار والقول قوله في نيته

وقال ابو بكر من الخنابلة إن أطلق فهو صريح في الظهار ، وهذا أحد الوجوه
الثلاثة في الروح عندنا ، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن . وقال ابن ابي موسى
فيه روايتان عن احمد اظهرهما انه ليس بظهار حتى ينويه ، وهذا قول ابي حنيفة
والشافعي ، لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة فلم ينصرف اليه بغير نية
ككنايات الطلاق .

ووجه الاول انه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فثبت الظهار
كما او شبهها به منفرداً . والذي يصح عندي انه إن وجدت قرينة تدل على الظهار
مثل ان يخرج مخرج الخلف ، كقوله إن فعلت كذا فأنت على كروح أمي ، أو قال
ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار ، لأنه إذا خرج مخرج الخلف فالخلف
يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه ، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ؛ ولأن
كونها مثل أمه في صلتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على انه إنما أراد
الظهار ، ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على انه أراد به ما يتعلق
بأذاها ويوجب اجتنابها وهو الظهار . وإن عدم هذا فليس بظهار لأنه محتمل
لغير الظهار احتمالاً كثيراً . فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل

وأما قوله : أنت على كأمي فلترجع إلى نيته ، فإن قال نويت ظهاراً كان ظهاراً
وإن قال نويت شيئاً آخر فالقول قوله ، وقال ابو ثور : لو قال انت على كأمي
أو قال انت امي او امرأتى امي مع الدليل الصارف له إلى الظهار كان ظهاراً ، إما
بنية او ما يقوم مقامها

وإن قال امي امرأتى او مثل امرأتى لم يكن ظهاراً لأنه تشبيه لأمه ووصف
لها وليس بوصف لامرأته ، قال الشافعي وإذا قال الرجل لامرأته انت على او
عندي كأمي او انت مثل امي او انت عدل امي واراد في الكرامة فلا ظهار ،
وإن اراد ظهاراً فهو ظهار

قال المصنف رحمه الله تعالى

وإن قال انت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهاراً ، وإن قال انت على كظهر امي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً ، لأن كل واحد منهما صريح في موجهه في الزوجية فلا ينصرف عن موجهه بالنية ، وإن قال أنت طالق كظهر امي ولم ينو شيئاً وقع الطلاق بقوله انت طالق ويلغى قوله كظهر امي ، لأنه ليس معه ما يصير به ظهاراً وهو قوله انت على او من او معي او عندى ، فيصير كما لو قال ابتداء كظهر امي . وإن قال اردت انت طالق طلاقاً يحرم كما يحرم الظهار وقع الطلاق وكان قوله كظهر امي تأكيداً

وإن قال اردت انت طالق وانت على كظهر امي ، فإن كان الطلاق رجعياً صار مطلقاً ومظهاراً ، وإن كانت بائناً وقع الطلاق ولم يصح الظهار ، لأن الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البائن

وإن قال انت على حرام كظهر امي ولم ينو شيئاً فهو ظهار ، لأنه أتى بصريحه وأكده بلفظ التحريم ، وإن نوى به الطلاق فقد روى الربيع انه طلاق ، وروى في بعض نسخ المزني انه ظهار ، وبه قال بعض اصحابنا ، لأن ذكر الظهار قرينة ظاهرة ونية الطلاق قرينة خفية ، فقدمت القرينة الظاهرة على القرينة الخفية والصحيح أنه طلاق

وأما الظهار فهو غلط وقع في بعض النسخ ، لأن التحريم كناية في الطلاق ، والكناية مع النية كالصريح ، فصار كما لو قال انت طالق كظهر امي ، وإن قال اردت الطلاق والظهار — فإن كان الطلاق رجعياً — صار مطلقاً ومظهاراً ، وإن كان الطلاق بائناً صح الطلاق ولم يصح الظهار لما ذكرناه فيما تقدم ، وعلى مذهب ذلك القائل هو مظاهر ، لأن القرينة الظاهرة مقدمة ، وإن قال اردت تحريم عينها وجبت كفارة يمين وعلى قول ذلك القائل هو مظاهر

(الشرح) الأحكام : إذا طلق يريد ظهاراً كان طلاقاً ، وإن ظاهر يريد طلاقاً كان ظهاراً لأن كل لفظ منهما صريح في موجهه ، أما إذا خلط في عبارته بينهما فقال انت طالق كظهر امي ، ولم ينو شيئاً منهما وقع الطلاق وسقط الظهار

لأنه أتى بصريح الطلاق أولاً وجعل قوله كظهر أمي صفة له ، ولأنه لم يصف
الظهار إلى نفسه بحرف من حروف الظهار ، كقوله علي أو مني أو معي أو عندي
لأنه أو قال ابتداء كظهر أمي فإنه ليس ظهاراً لافتقاره إلى ضميره المجرور المتعلق
به صريح الظهار لكونه أطلق اللفظ بغير متعلقه ، فإن نوى بقوله كظهر أمي
تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما أو أطلق ، وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً
فهو كالظهار من الاجنبية لأنه أتى به بعد بينوتها بالطلاق ، وإن كان رجعيّاً كان
ظهاراً صحيحاً ، لأن الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البينونة ، هذا مذهبنا وبه
قال أحمد وأصحابه . قال ابن قدامة لأنه أتى بلفظ الظهار فيمن هي زوجة اه
وإن قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معاً ، سواء كان
الطلاق بائناً أو رجعيّاً لأن الظهار سبق الطلاق

قال الشافعي في الام : وإذا قال أنت علي كظهر أمي يريد طلاقاً واحداً أو
ثلاثاً أو طلاقاً بلا نية عدد لم يكن طلاقاً لما وصفت من حكم الله عز وجل في
الظهار وإن بينا في حكم الله تعالى ان ليس الظهار اسم الطلاق ولا ما يشبه الطلاق
بما ليس لله تبارك وتعالى فيه نص ولا لرسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان
خارجاً من هذا ما يشبه الطلاق فإنما يكون قياساً على الطلاق

وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق كظهر أمي يريد الظهار فهي طالق ولا
ظهار عليه لأنه صرح بالطلاق ولم يكن لكظهر أمي معنى إلا انك حرام بالطلاق
وكظهر أمي محال لا معنى له فلزمه الطلاق وسقط الظهار اه

(فرع) وإن قال : أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً ، فإن كان
الطلاق رجعيّاً كان طلاقاً وظهاراً ، وإن كان بائناً وقع الطلاق وسقط الظهار ؛
وقال أصحاب أحمد : إن قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً
ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا
اللفظ فينصرف إليه

ولأصحابنا وجهان أولهما يقال له : اختر أيهما شئت ، والثاني ان قال أردت
الطلاق والظهار كان طلاقاً لأنه بدأ به . وإن قال أردت الظهار والطلاق كان
ظهاراً لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به

ولنا أن الحرام كناية في الطلاق ، فإذا لم ينو الطلاق وأراد تحريم عينها كان عليه كفارة يمين ، وقد مضى حكم ذلك في كنيات الطلاق .
وقال الحنابلة : إذا أتى بلفظ الحرام ينوى الظهار كان ظهاراً وليس بطلاق لأنه زاحمت نية نية الظهار وتعذر الجمع ، والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى
أما الطلاق فهو من الإطلاق وهو حل قيد النكاح ، وإنما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه ، فإن الرجعية مطلقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصح لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلاً والمحل قابلاً ، وهذا القول يوافق ما رواه المزني في بعض نسخه من المختصر
وقال الشافعي رضي الله عنه : وإن قال لامرأته أنت علي حرام كظهر أمي يريد الطلاق فهو طلاق ، وإن لم يرد الطلاق فهو متظاهر . وهذه هي رواية الربيع وقد روى المزني في بعض النسخ « فهو ظهار »
والقول الفصل في هذا انه إذا قال أنت علي حرام كظهر أمي ولم ينو شيئاً فهو ظهار ، لأنه أتى بصريحه ، وكان لفظ التحريم تأكيداً له ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً في أصح القولين ، ووجه القائلين بأنه ظهار أن النية هنا قرينة خفية وأن لفظ الظهار قرينة جلية ، ومن ثم تقدم القرينة الجلية على الخفية ، وقد غلط أصحابنا بعض نسخ المزني المذكور فيها الظهار ، لأن الاصل عندنا أن التحريم كناية في الطلاق خلافاً للحنابلة فإنهم يجعلونه كناية في الظهار كما قدمنا ، والكناية مع النية تجرى مجرى الصريح بلا مرأه ، فصار كما لو قال : أنت طالق كظهر أمي سواء بسواء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح الظهار مؤقتاً ، وهو أن يقول أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً ، نص عليه في الام . وقال في اختلاف العراقيين لا يصير مظاهراً لأنه لو شبهها بمن تحرم إلى وقت لم يصير مظاهراً ، فكذلك إذا شبهها بأمه إلى وقت ، والصحيح هو الاول لما روى سلمة بن صخر قال « كتبت امرأة أصيب من النساء

ما لا يصيب ذيرى . فلما دخل شهر رمضان خفت ان أصيب من امرأتى شيئاً
يتتابع بي حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان ، فبينما هي تحدثني ذات
ليلة وتكشف لي منها شيء فلم ألبث ان نزوت عليها فانطلقت إلى رسول الله (ص)
فأخبرته ، فقال « حرر رقبة » ، ولأن الحكم إنما تعلق بالظهار لقوله المنكر والزور
وذلك موجود في المؤقت .

(فصل) ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد لأنه قول
يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه بالشرط كالطلاق ، وإن قال إن تظاهرت من
فلانة فأنت علي كظهر أمي ، فتزوج فلانة وتظاهر منها صار مظاهراً من الزوجة
لأنه قد وجد شرط ظهارها

وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت علي كظهر أمي ، ثم تزوج
فلانة وظاهر منها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصير مظاهراً من الزوجة لأنه
شرط ان يظاهر من الاجنبية . والشرط لم يوجد فصار كالمثل قال إن تظاهرت
من فلانة وهي أجنبية فأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها وظاهر منها (والثاني) يصير
مظاهراً منها لأنه علق ظهارها بعينها ووصفها بصفة ، والحكم إذا تعلق بعين
صفة كانت الصفة تعريفاً لا شرطاً . كالمثل قال والله لا دخلت دار زيد هذه
فباعها زيد ثم دخلها فإنه يحنك وإن لم تكن ملك زيد

(فصل) وإن قالت الزوجة لزوجها أنت علي كظهر أبي أو أنا عليك كظهر
أمك لم يلزمها شيء لأنه قول يوجب تحريماً في الزوجية يملك الزوج رفعه فاخص
به الرجل كالطلاق .

(الشرح) حديث سلمة بن صخر أورده المصنف مختصراً ، وقد أخرجه أحمد
وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن وأخرجه الحاكم وصححه ابن خزيمة وابن
الجارود ، وقد أعله عبد الحق بالانقطاع . وأن سليمان بن يسار لم يدرك سلمة
وقد حكى ذلك الترمذي عن البخاري .

ثم إن في إسناده أيضاً محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف . ولفظ الحديث

عن سلمة بن صخر رضي الله عنه قال : كنت امرأة قد أوتيت من جماع النساء ما لم
يؤت غيرها ، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان فرقا
من أن أصيب في ليلتي شيئا فأتابع في ذلك الى أن يدركني النهار وأنا لا أقدر أن
أنزع ، فبينما هي تحسدني من الليل إذ تكشف لي منها شيء فوثبت عايبها فلما
أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري وقلت لهم انطلقوا معي الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بأمرى ، فقالوا والله لا نفعل نتخوف أن ينزل فينا
قرآن . أو يقول فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالة يبق عارها علينا . ولكن
اذهب أنت واصنع ما بدالك . فخرجت حتى أتيت النبي صلى الله عليه وسلم
فأخبرته خبري فقال لي أنت بذلك . فقلت أنا بذلك ؟ فقال أنت بذلك ؟ قلت أنا
بذلك . فقال أنت بذلك ؟ قلت نعم ها أنذا فأمض في حكم الله عز وجل فانا
صابر له . قال اعتق رقبة . فضربت صفحة رقبتي بيدي وقلت لا والذي بعنك
بالحق ما أصبحت أملك غيرها . فقال صم شهرين متتابعين . قال قلت يا رسول
الله وهل أصابني ما أصابني الا في الصوم . قال فتصدق . قال قلت والذي بعنك
بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشاً ما لنا عشاء . قال اذهب الى صاحب صدقة نبي زريق
فقل له فليدعها اليك فأطعم عنك منها وسقاً من تمر ستين مسكيناً ثم استعن بسأره
عليك وعلى عيالك . قال فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء
الرأى . ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة والبركة وقد أمر لي
بصدقتم فادفعوها الي فدفعوها الي ،

على أن الحديث اذا كان قد رجح النسائي إرساله فإنه لا يضر ارسال ورود
الحديث من طرق بعضها متصل وبعضها مرسل لا يكون هذا ضعفاً ، وإنما يزيد
الحديث قوة .

وقد رواه البزار من وجه آخر عن ابن عباس وزاد فيه « كفتّر ولا تعد ،
أورده الخافظ في بلوغ المرام . وسلمة بن صخر هو البياض بفتح الموحدة وتخفيف
المنناة التحتية وضاد معجمة . أنصاري خزرجي . كان أحد البكائين . روى عنه
سليمان بن يسار وابن المسيب . وقد أوردنا كلام المحدثين فيه . وللحديث مناجلات
من طرق خير سلمة . ففي رواية ابن عباس أن الرجل قال للنبي صلى الله عليه وسلم

« رأيت خالخالها في ضوء القمر، وقوله شيئاً يتتابع بي. يدفعني الى اللجاج والتهافت في الشر. وقوله « نزوت عليها » أي قفزت وطفرت
 أما الأحكام فإنه يصح الظهار مؤقتاً مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى ينسلخ رمضان. فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة. ولا يكون عائداً بالوطء في المدة في أحد القولين للشافعي رضي الله عنه. وهو قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق وأبي ثور وأحمد بن حنبل. وقال الشافعي في اختلاف العراقيين وهما أبو حنيفة وابن أبي ليلى لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والليث. لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً. وهذا لم يطلق فأشبهه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون آخر
 وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وان بر. وقال مالك في المدونة. يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقاً. لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فإذا وقته لم يتوقف كالطلاق

دليلنا حديث سلمة بن صخر وقوله « تظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ شهر رمضان. وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة. ولم يعتبر عليه تقييده. لأنه منع نفسه يمين لها كفارة فصح مؤقتاً كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهو يقع تحريماً يرفع التكفير لجاز تأقيته. ولا يصح قول من أوجب الكفارة وان بر. لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قاوا. ومن بر وترك العود في الرقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة. وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأيد لأن تحريمها غير كامل. وهذه حرمتها في هذه المدة تحريماً مشبهاً بتحريم ظهر أمه. على أننا نمنع الحكم فيها.

إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة. وهذا هو المنصوص عن الشافعي. وقال بعض أصحابه ان لم يطءها عقب الظهار فهو عائده الكفارة وقال أبو عبيد « إذا أجمع على غشيانها في الرقت لزمته الكفارة والا فلا. لأن العود العزم على الوطء ولكن حديث سلمة بن صخر دليل على أنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء. ولأنها يمين لم يحث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى

ولأن المظاهر في وقت عازم على امسك زوجته في ذلك الوقت . فمن أوجب الكفارة عليه بذلك كان قوله كقول طاوس . فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتا لعدم تأثير الوقت .

(مسألة) قوله ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد . وهذا صحيح فقد قال الشافعي في الأم . فإذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فدخلت الدار كان متظاهرا حين دخلت . وكذلك ان قال ان قدم فلان أو نكحت فلانة . اهـ

وجملة ذلك أنه يصح تعليق الظهار بالشروط . نحو أن يقول ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي . وان شاء زيد فأنت علي كظهر أمي . فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار متظاهرا والا فلا . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأحمد ابن حنبل لأنه يمين مجاز تعليقه على شرط كالإيلاء . ولأن الظهار أصله كان طلاقا والطلاق يصح تعليقه بالشروط فكذلك الظهار

(فرع) قال في الأم « ولو قال لامرأة لم ينكحها اذا نكحتك فأنت علي كظهر أمي فنكحها لم يكن متظاهرا . لأنه لو قال في تلك الحال أنت علي كظهر أمي لم يكن متظاهرا لأنه انما يقع التحريم من النساء على من حل ثم حرم . فأما من لم يحل فلا يقع عليه تحريم ولا حكم تحريم لأنه محرم فلا معنى للتحريم في التحريم . لأنه في الحالين قبل التحريم وبعد محرم بتحريم . اهـ

وجملة ذلك أنه اذا قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي جاز له أن يطأها ولا كفارة عليه . وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة . ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والأجنبية ليست من نسائه . ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيدا بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية كالإيلاء . فإن الله تعالى يقول « والذين يظاهرون من نسائهم » كما يقول للذين يؤلون من نسائهم ، ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته . ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء . كما لو قال أنت حرام . ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق وقال أحمد وأصحابه اذا قال لامرأة أجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها ان

تزوجها حتى يأتي بالكفارة

قال ابن قدامة يضح الظهار من الأجنبية . سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمي . وسواء أوقه مطلقاً أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي . ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر . ويروى نحو هذا عن عمر . وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق وأبو حنيفة اهـ

وحجة هذا الفريق ما رواه أحمد في مسنده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي على كظهر أمي فتزوجها . قال عليه كفارة الظهار . ولأنها يمين مقفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى . (فرع) اذا قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتى الأخرى فأنت على كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً . وان قال ان تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمي . ثم قال للأجنبية أنت على كظهر أمي فقد قال الشافعي اذا قال لامرأته اذا تظاهرت من فلانة — امرأة له أخرى — فأنت على كظهر أمي . فتظاهر منها كان من امرأته التي قال لها ذلك متظاهراً . ولو قال لامرأته اذا تظاهرت من فلانة — امرأة أجنبية — فأنت على كظهر أمي فتظاهر من الأجنبية لم يكن عليه ظهار . لأن ذلك ليس بظهار . وكذلك لو قال لها اذا طلقتما فأنت طالق فطلقها لم تكن امرأته طالقاً لأنه طلق غير زوجته اهـ

(مسألة) ليس على النساء تظاهر . وإنما قال تعالى « والذين يظاهرون منكم من نسائهم ، ولم يقل اللاتي يظهرن منكن من أزواجهن . إنما الظهار على الرجال . قال ابن العربي . هكذا روى عن ابن القاسم وسالم ويحيى بن سعيد وربيعه وأبي الزناد وقد أفاده مالك في المدونة وهو صحيح المعنى لأن الحل والعقد والتحليل والتحریم في النكاح بيد الرجال . ليس بيد المرأة منه شيء . وهذا اجماع .

قال أبو عمر بن عبد البر ليس على النساء ظهار في قول جمهور العلماء . وقال الحسن بن زياد هي مظاهر . وقال الثوري وأبو حنيفة ومحمد ليس بظهار المرأة من الرجل بشيء قبل النكاح كان أو بعده . وقال الشافعي لا ظهار للمرأة من الرجل . وقال الاوزاعي اذا قالت المرأة

لزوجها أنت عليّ كظهر أمي فلانة فهي يمين تكفرها ، وكذلك قال إسحاق . قال لا تكون امرأة متظاهرة من رجل ولكن عليها يمين تكفرها . وقال الزهري أرى أن تكفر كفارة الظهار ، ولا يحول قولها هذا بينها وبين زوجها أن يصيبها رواه معمر عنه وابن جريج عن عطاء قال حرمت ما أحل الله . عليها كفارة يمين وهو قول أبي يوسف . وقال محمد بن الحسن لا شيء عليها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ، والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زماناً يمكنه أن يطلقها فلم يفعل . وإن ماتت المرأة عقيب الظهار أو طلقها عقيب الظهار لم تجب الكفارة . والدليل على أن العود ما ذكرناه هو أن تشبيهها بالأم يقتضى أن لا يمسكها . فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال ، فإذا ماتت أو طلقها عقيب الظهار لم يوجد العود فيما قال

(فصل) وان تظاهر من رجعية لم يصر عائداً قبل الرجعة ، لأنه لا يوجد الإمساك وهي تجرى إلى البينونة ، فإن راجعها فهل تكون الرجعة عوداً أم لا ؟ فيه قولان : قال في الإملاء لا تكون عوداً حتى يمسكها بعد الرجعة ، لأن العود استدامة الإمساك ، والرجعة ابتداء استباحة فلم تكن عوداً .

وقال في الأم : هو عود لأن العود هو الإمساك ، وقد سمي الله عز وجل الرجعة إمساكاً فقال « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ولأنه إذا حصل العود باستدامة الإمساك فلأن يحصل بابتداء الاستباحة أولى ، وان بانث منه ثم تزوجها فهل يعود الظهار أم لا؟ على الأقوال التي مضت في الطلاق . فإذا قلنا إنه يعود فهل يكون النكاح عوداً؟ فيه وجهان ، الصحيح لا ، بناء على القولين في الرجعة . وان ظاهر الكافر من امرأته وأسلمت المرأة عقيب الظهار — فإن كان قبل الدخول — لم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود ، وان كان بعد الدخول لم يصر عائداً مادامت في العدة لأنها تجرى الى البينونة . وان أسلم الزوج قبل انقضاء العدة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصير عائداً لأن العود هو الإمساك على النكاح ، وذلك لا يوجد إلا بعد الإسلام .

(والثاني) يصير عائداً لأن قطع البينونة بالإسلام أبلغ من الإمساك فكان العود به أولى .

(فصل) وإن كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج عقيب الظهار ففيه وجهان (أحدهما) إن الملك عود لأن العود أن يمسكها على الاستباحة وذلك قد وجد (والثاني) وهو قول أبي إسحاق أن ذلك ليس بعود لأن العود هو الإمساك على الزوجية والشروع في الشراء تسبب لفسخ النكاح فلم يحز أن يكون عوداً ، وإن قذفها وأتى من اللعان بلفظ الشهادة وبقي لفظ اللعن فظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعن عقيب الظهار لم يكن ذلك عوداً لأنه يقع به الفرقة فلم يكن عوداً كما لو طلقها . وإن قذفها ثم ظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعان ففيه وجهان

(أحدهما) أنه صار عائداً لأنه أمسكها زماناً أمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق . (والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يكون عائداً لأنه اشتغل به ، لا يوجب الفرقة فصار كما لو ظاهر منها ثم طلق وأطال لفظ الطلاق

(فصل) وأن كان الظهار مؤقتاً ففي عوده وجهان (أحدهما) وهو قول المزني أن العود فيه أن يمسكها بعد الظهار زماناً أمكنه أن يطلقها فيه كما قلنا في الظهار المطلق (والثاني) وهو المنصوص أنه لا يحصل العود فيه إلا بالوطء لأن إمساكه يجوز أن يكون لوقت الظهار . ويجوز أن يكون لما بعد مدة الظهار ، فلا يتحقق العود إلا بالوطء ، فإن لم يطأها حتى مضت المدة سقط الظهار ولم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود

(الشرح) قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، في هذه الآية » والذين يظاهرون ، أن هذا ابتداء والخبر « فتحريم رقبة » حذف عليهم ، لدلالة الكلام عليه ، أي فعليهم تحريم رقبة ، والمجمع عليه عند العلماء أن قوله أنت علي كظهر أمي منكر من القول وزور ، فمن قال هذا القول حرم عليه وطء امرأته فمن عاد لما قال لزمته كفارة الظهار لقوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا ،

فمن عاد لزومه الكفارة . قال القرطبي وهذا يدل على أن الكفارة لا تلزم بالقول خاصة حتى ينضم إليه العود ، وهذا حرف مشكل اختلف فيه الناس على سبعة أقوال (الاول) انه العزم على الوطء . وهو مشهور قول أبي حنيفة وأصحابه . وروى عن مالك فإن عزم على وطئها كان عودا ، وان لم يعزم لم يكن عودا . (الثاني) العزم على الإمساك بعد التظاهر منها . قاله مالك

(الثالث) العزم عليهما - وهو قول مالك في موطنه ، قال بعد ذكر الآية سمعت أن تفسير ذلك أن يظهر الرجل من امرأته ثم يجمع على إصابتها وإمساكها فإن أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة ، وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على إمساكها وإصابتها فلا كفارة عليه . قال مالك وان تزوجها بعد ذلك لم يمسه حتى يكفر كفارة التظاهر .

(الرابع) أنه أوطء نفسه ، فإن لم يطأ لم يكن عودا ، قاله الحسن ومالك أيضا . (الخامس) وهو قول الامام الشافعي رضي الله عنه هو أن يمسهك زوجة بعد الظهار مع القدرة على الطلاق ، لأنه لما ظاهر قصد التحريم ، فإن وصل به الطلاق فقد جرى على خلاف ما ابتدأه من ايقاع التحريم ولا كفارة عليه . وان أمسك عن الطلاق فقد عاد الى ما كان عليه فيجب عليه الكفارة

(السادس) أن الظهار يوجب تحريما لا يرفعه الا الكفارة ، ومعنى العود عند القائلين بهذا انه لا يستبيح وطؤها الا بكفارة يقدمها . قاله أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد .

(السابع) هو تكرير الظهار بلفظه ، وهذا قول اهل الظاهر النافين للقياس قارا اذا كرر اللفظ بالظهار فهو العود ، وان لم يكرر فليس بعود ، ويسند ذلك الى بكير الاشج وأبي العالية وأبي حنيفة أيضا . وهو قول الفقهاء

وقال ابو العالية وظاهر الآية يشهد له لأنه قال ثم يعودون لما قارا ، أى الى قول ما قارا . وروى علي بن ابي طلحة عن ابن عباس في قوله تعالى « والذين يظاهرون . الخ » هو ان يقول لها انت على كظهر امي . فإذا قال لها ذلك فليست تحمل له حتى يكفر كفارة الظهار

قال ابن العربي فأما القول بأنه العود الى لفظ الظهار فهو باطل قطعاً لا يمسح

عن بكير . وإنما يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه . وقد رويت قصص المتظاهرين وليس في ذكر الكفارة عليهم ذكر لعود القول منهم . وأيضا فإن المعنى ينقضه ، لأن الله تعالى وصفه بأنه منكر من القول وزور فكيف يقال له إذا أعدت القول المحرم والسبب المحذور وجبت عليك الكفارة . وهذا لا يعقل ألا ترى أن كل سبب يوجب الكفارة لا تشترط فيه الإعادة من قتل ووطء في صوم أو غيره . وقد رد القرطبي على ابن العربي فقال : قوله يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه . حمل منه عليه . وقد قال بقول داود من ذكرناه عنهم . وقال بعض أهل التأويل الآية فيها تقديم وتأخير ، ثم يعودون لما كانوا عليه من الجماع فتحرير رقبة لما قالوا ، أى فعلهم تحرير رقبة من أجل ما قالوا ، فلجماع والمجور متعلق بالمحذوف الذى هو خبر الابتداء وهو عليهم . قاله الاخفش . وقال الزجاج المعنى ثم يعودون الى إرادة الجماع من أجل ما قالوا . وقيل المعنى الذين كانوا يظهرون من نسائهم فى الجاهلية ثم يعودون لما كانوا قالوه فى الجاهلية فى الإسلام فكفارة من عاد أن يجزر رقبة

وقال الفراء اللام بمعنى عن . والمعنى ثم يعودون عما قالوا ويريدون الوطء ، وقال الاخفش لما قالوا والى ما قالوا واحد ، واللام والى يتعاقبان قال الحمد لله الذى هدانا لهذا ، وقال دفاهدوم الى صراط الجحيم ، وقال د بأن ربك أوحى لها ، وقال د وأوحى لى نوح ،

قال ابن قدامة فى المعنى : أوجب الله تعالى الكفارة بأمرين ظاهرا وعود فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة فى الظاهر كفارة يمين فلا يحنت بغير الحنث كسائر الأيمان ، والحنث فيها هو العود . وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع ، وترك طلاقها ليس بحنث فيها ، ولا فعل لما حلف على تركه ، فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجب الكفارة على المظاهر المؤقت وإن بر . وقد نص الشافعى على أنها لا تجب عليه

قلت : وليس فى كلام القرطبي ولا ابن قدامة فى الرد على الشافعى ما يدفع قوة حكمه إذ يقول متى أمسكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة ، لأن ذلك هو العود

وقال الشافعي رضي الله عنه الذي عقلمت بما سمعت في د يعودون لما قاروا ، أن المتظاهر حرم من امرأته بالظهار ، فإذا أتت عليه مدة بعد القول بالظهار لم يحرمها بالطلاق الذي يحرم به ولا شيء يكون له مخرج من أن تحرم عليه به ، فقد وجب عليه كفارة الظهار ، كأنهم يذهبون الى انه إذا أمسك ما حرم على نفسه انه حلال فقد عاد لما قال مخالفه فأحل ما حرم . ولا أعلم له معنى أولى به من هذا ولم أعلم مخالفاً في أن عليه كفارة الظهار ، وإن لم يعد بتظاهر آخر فلم يجز أن يقال لما لم أعلم مخالفاً في أنه ليس بمعنى الآية . وإذا حبس المتظاهر امرأته بعد الظهار قدر ما يمكنه ان يطلقها ولم يطلقها فكفارة للظهار له لازمة . ولو طلقها بعد ذلك أو لاعنها فحرمت عليه على الابد لزمته كفارة الظهار . وكذلك لو ماتت أو ارتدت فقتلت على لردة . ومعنى قول الله تعالى « من قبل ان يتلمسا » وقت لأن يؤدي ما أوجب عليه من الكفارة فيها قبل المماسة ، فإذا كانت المماسة قبل الكفارة فذهب الرقت لم تبطل للكفارة ولم يزد عليه فيها ، كما يقال له أد الصلاة في وقت كذا وقبل وقت كذا فيذهب الرقت فيؤديها لأنها فرض عليه ، فإذا لم يؤديها في الرقت أداها قضاء بعده ، ولا يقال له زد فيها لذهاب الوقت قبل أن تؤديها .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه « ولو تظاهر منها فأتبع المتظاهر طلاقاً تحمل له بعده قبل زوج له عليها فيه الرجعة أو لا رجعة له لم يكن عليه بعد الطلاق كفارة ، لأنه أتبعها الطلاق مكانه ، فإن راجعها في العدة فعليه الكفارة في التي يملك رجعتها . ولو طلقها ساعة نكحها لأن مراجعتها بعد الطلاق أكثر من حبسها بعد الظهار وهو يمكنه أن يطلقها

ولو تظاهر منها ثم أتبعها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ثم نكحها لم تكن عليه كفارة ، لأن هذا ملك غير الملك الأول الذي كان فيه الظهار . ألا ترى انه لو تظاهر منها بعد طلاق لا يملك فيه الرجعة لم يكن فيه متظاهراً . ولو طلقها ثلاثاً أو طلاقاً لا تحمل له حتى تنكح زوجها غيره سقط عنه الظهار اه

قلت انه إذا طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يكن عليه كفارة إلا اذا راجعها

في العدة . وقال أحمد وأصحابه لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه ، وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله . نص عليه أحمد ، وهو قول عطاء والحسن والزهرى والنخعي ومالك وابي عبيد

وقال قتادة اذا بان سقط الظهار ، فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه . وللشافعي قولان كالمذهبين . وقول ثالث ان كانت البيونة بالثلاث لم يعد الظهار ، وإلا عاد وبناء على الاقوييل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني وقد مضى

(فرع) إذا تظاهر المسلم من امرأته ثم ارتد او ارتدت مع الظهار — فإن عاد المرتد منهما الى الاسلام في العدة فحسبها قدر ما يمكنه الطلاق — لزمه الظهار وان طلقها مع عودة المرتد منهما الى الاسلام او لم يعد المرتد منهما الى الاسلام فلا ظهار عليه الا ان يتناكحها قبل ان تبين منه بثلاث فيعود عليه الظهار

(مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه ، وإذا تظاهر الرجل من امرأته وهي أمة ثم عتقت فاختارت فراقه فالظهار لازم له لانه حسبها بعد الظهار مدة يمكنه فيها الطلاق . ولو تظاهر منها وهي أمة فلم يكفر حتى اشتراها لم يكن له ان يقربها حتى يكفر ، لان كفارة الظهار لزمته وهي أمة زوجة — الى ان قال — واذا قال الرجل لامرأته انت على كظهر امي والله لا اقربك ، او قال والله لا اقربك وانت على كظهر امي فهو مول متظاهر يؤمر بأن يكفر للظهار من ساعته ، ويقال له ان قدمت الفيئة قبل الاربعة الاشهر فهو خير لك . وان فتت كنت خارجا بها من حكم الایلاء ، وعاصيا ان قدمتها قبل كفارة الظهار ، فإن اخرتها الى اربعة اشهر فسألت امرأتك ان توقف للإيلاء وقفت ، وإن فتت خرجت من الایلاء ، وان لم تقف قيل طبق والاطلاق عليك اه

هذا وما في الفصول من اللعاب سيأتي في باب خشيعة الاطالة

(مسألة) للعود في الظهار المؤقت وجهان (أحدهما) ان العود هو الامسك بعد الظهار بقدر ما يمكنه من طلاقها كالمخصوص في الظهار المطلق . وهذا هو اختيار المزني (والثاني) وهو المنصوص في المؤقت ان العود لا يتحقق الا بالوطء فإذا مضت المدة بغير وطء سقط الظهار وسقط وجوب الكفارة لان العود لم يوجد وهو الذي يتعلق به الكفارة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات وأمسكن ، لزمه لكل واحدة كفارة ، وإن تظاهر منهن بكلمة واحدة بأن قال : أتين على كظهر أمي وأمسكن فقيه قولان ، قال في القديم : تلزمه كفارة واحدة لما روى ابن عباس وسعيد بن المسيب رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه سئل عن رجل تظاهر من أربع نسوة فقال يجزيه كفارة واحدة . وقال في الجديد : يلزمه أربع كفارات لأنه وجد الظهار والعود في حق كل واحدة منهن ، فلزمه أربع كفارات ، كما لو أفردهن بكلمات .

وإن تظاهر من امرأة ثم ظاهر منها قبل أن يكفر عن الاول نظرت — فإن قصد التأكيد — لزمه كفارة واحدة ، وإن قصد الاستئناف فقيه قولان ، قال في القديم تلزمه كفارة واحدة ، لان الثاني لم يؤثر في التحريم ، وقال في الجديد يلزمه كفارتان لأنه قول يؤثر في تحريم الزوجة كرهه على وجه الاستئناف ، فتعلق بكل مرة حكم الطلاق ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً فقد قال بعض أصحابنا حكمه حكم ما لو قصد التأكيد . ومنهم من قال : حكمه حكم ما لو قصد الاستئناف ؛ كما قلنا فيمن كرر الطلاق .

وإن كانت له امرأتان وقال لإحدهما : إن تظاهرت منك فالأخرى على كظهر أمي ، ثم تظاهر من الاولى وأمسكها لزمه كفارتان قولاً واحداً لأنه أفرده كل واحدة منهما بظهار .

(الشرح) إذا تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات فقال : لكل واحدة أنت على كظهر أمي ، فإن لكل يمين كفارة . وهذا قول عروة وعطاء وأحمد بن حنبل في رواية أبي عبد الله بن حامد . وقال في رواية أبي بكر : يجزئه كفارة واحدة . ولائها أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة ، كما لو كفر ثم ظاهر ؛ ولائها أيمان لا يحنك في إحداها بالحنك في الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل ؛ ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة ، فتعدد الكفارة بتعدد في المحال المختلفة كالقتل ؛ ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات ؛

فأما ان ظاهر من امرأته مرارا ولم يكفر فإن قصد توكيده فعليه كفارة واحدة ؛ وإن قصد الاستئناف ففيه قولان . القديم تلزمه كفارة واحدة لعدم تأثير الثاني في التحريم . والجديد يلزمه لكل يمين كفارة ، لتعلق الطلاق بكل مرة ينطق به على سبيل الاستئناف ، فإذا لم ينو شيئاً فقد ذهب بعض أصحابنا إلى إلحاقه بالتوكيد وذهب الآخر إلى إلحاقه بالاستئناف

وقال أحمد وأصحابه ليس عليه إلا كفارة واحدة ولم يفرق لأن الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة

أما إذا تظاهر من نسائه الأربع بكلمة واحدة فقد قال في القديم تلزمه كفارة واحدة ؛ وهو قول علي وعمر وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي وإسحاق وأبي ثور وأحمد بن حنبل . وقال الشافعي في الجديد وإذا تظاهر الرجل من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلام متفرق فسواء وعليه في كل واحدة منهن كفارة ، لأن التظاهر بتحريم لكل واحدة منهن لا تحل له بعد حتى يكفر كما يطلقهن معاً في كلمة واحدة أو كلام متفرق ، فتكون كل واحدة منهن طالقاً . قال وإذا تظاهر الرجل من امرأته مرتين أو ثلاثاً أو أكثر يريد بكل واحدة منهن ظهاراً غير صاحبه فهل يكفر؟ فعليه في كل تظاهر كفارة كما يكون عليه في كل تطلق تطلقاً لأن التظاهر طلاق جعل المخرج منه كفارة ، ولو قالها متتابعة فقال أردت ظهاراً واحداً كان واحداً ، كما يكون لو أراد طلاقاً واحداً وإبانة بكلمة واحدة . انتهى من الأئم .

وجملة ذلك أنه إذا تظاهر من أربع من نسائه بكلمة واحدة كان عليه لكل واحدة كفارة . وهو قول الحسن والنخعي والزهري ويحيى الأنصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي ؛ ومفهوم كلام الخرق من الحنابلة أنه إذا تظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة ، وهذا قول عروة وعطاء . قال أبو عبد الله بن حامد من أصحاب أحمد المذهب رواية واحدة في هذا ، وتابعه القاضي وخالفه أبو بكر فقال فيه رواية أخرى أنه يجزئته كفارة واحدة . قال ابن قدامة واختار هذا الذي قلناه اتباعاً لعمر بن الخطاب والحسن

وعطاء و ابراهيم و ربيعة و قبيصة و اسحاق ، لان كفارة الظهار حق لله تعالى فلم
تتكرر بتكرار سببها كالحد و عليه يخرج الطلاق
(مسألة) اذا ظاهر من امرأة ثم قال لا اخرى أشركتك معها أو أنت شريكها
أو كهى و نوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه ، و به
قال مالك و أحمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) و اذا وجبت الكفارة حرم و طؤها الى أن يكفر لقوله عز و جل
« و الذين يظاهرون من نساءهم ثم يهتدون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا
فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين
مسكينا ، فشرط فى العتق و الصوم أن يكونا قبل المسيس ، و قسنا عليهما الاطعام
و روى عكرمة أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر فأتى النبي (ص)
فأخبره فقال « ما حملك على ما صنعت ؟ قال رأيت بياض ساقها فى القمر ، قال
فاعزها حتى تكفر عن يمينك »

و اختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج ، فقال فى القديم تحرم لانه قول
يؤثر فى تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق . و قال فى الجديد
لا تحرم لانه و طء لا يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم كوطء الحائض .
و الله تعالى أعلم .

(الشرح) حديث عكرمة هكذا ساقه المصنف مرسل ، و هى رواية النسائي
ولفظه « فلا تقربها حتى تقضى ما عليك » و قد أخرجه موصولا عن ابن عباس
أبو داود و الترمذى و ابن ماجه و الدارقطنى و الحاكم و صححه ، قال الحافظ بن حجر
و رجاله ثقات لكن أعله أبو حاتم و النسائي بالارسال

و قال ابن حزم رجاله ثقات و لا يضره ارسال من أرسله . و أخرج البزار
شاهدا له من طريق خصيف عن عطاء عن ابن عباس « ان رجلا قال يا رسول الله
انى ظاهرت من امرأتى فرأيت ساقها فى القمر فواقعها قبل أن أكفر ، فقال
كفر و لا تعد » و قد بالغ أبو بكر بن العربى فقال ليس فى الظهار حديث صحيح

أما الأحكام فإنه يحرم على المظاهر وطء امرأته قبل أن يكفر وليس في ذلك اختلاف إذا كانت الكفارة عتقا أو صوما لقوله تعالى « فتحير رقبة من قبل أن يتأسا ، وقوله تعالى « فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالأطعام مثلهما قياسا عليهما ، وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير منهم عطاء والزهرى وأصحاب الرأى ومالك . وذهب أبو ثور الى إباحة الجماع قبل التكفير بالأطعام ، وعن أحمد ما يقتضى ذلك ، لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما فى العتق والصوم

دليلنا حديث عكرمة ، ولأنه مظاهر لم يكفر فخرم عليه جماعها ، كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام .

(فرع) التلذذ بما دون الفرج من القبلة واللمس والمباشرة ، فقد ذهب فى القديم الى تحريمه ، لأن الظهار قول يحرم به الوطء فخرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق وهو احدى الروايتين عن أحمد واختيار أبى بكر من أصحابه ، وهو قول الزهرى ومالك والاوزاعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن النخعى لأن ما يحرم به الوطء يحرم به دواعيه كالطلاق والاحرام

وقال فى الجديد : لا يحرم عليه سوى الجماع ، والرواية الثانية عن أحمد حيث يقول : أرجو أن لا يكون به بأس . وهو قول الثورى واسحاق وأبى حنيفة . وحكى عن مالك ، وذلك لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزته التحريم كوطء الحائض . والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

باب كفارة الظهار

وكفارته عتق رقبة لمن وجد وصيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة وإطعام ستين مسكينا لمن لا يجد الرقبة ولا يطيق الصوم، والدليل عليه قوله عز وجل «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ،

وروت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت «ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت لحث رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول : اتن الله فإنه ابن عمك ، فابرحت حتى نزل القرآن « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله . الآية » فقال يعتق رقبة ، فقلت لا يجد ، قال فليصم شهرين متتابعين ، قلت يا رسول الله شيخ كبير ما به صيام ، قال فليطعم ستين مسكينا ، قلت يا رسول الله ما عنده شيء يتصدق به ، قال فأتى بعرق من تمر ، قلت يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر ، قال قد أحسنت فاذهي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك ، فإن كان له مال يشتري به رقبة فافلا عما يحتاج اليه لقوته ولكسوته ومسكنه وبضاعة لا بد له منها وجب عليه العتق .

وان كان له رقبة لا يستغنى عن خدمتها ، بأن كان كبيرا أو مريضا أو ممن لا يخدم نفسه لم يلزمه صرفها في الكفارة ، لأن ما يستغرقه حاجته كالمعدوم في جواز الانتقال الى البدل ، كما نقول فيمن معه ماء يحتاج اليه للعطش ، وان كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه العتق لأنه مستغن عنه

(والثاني) لا يلزمه لأنه ما من أحد الا ويحتاج الى الترفه والخدمة ، وان وجبت عليه كفارة وله مال غائب — فإن كان لا ضرر عليه في تأخير الكفارة ، ككفارة القتل وكفارة الوطء في رمضان — لم يجز أن ينتقل الى الصوم لأنه

قادر على العتق من غير ضرر ، فلا يكفر بالصوم كما لو حضر المال ، وإن كان عليه ضرر في تأخير الكفارة ككفارة الظهار ففيه وجهان (أحدهما) لا يكفر بالصوم لأن له مالا فاضلا عن كفايته يمكنه أن يشتري به رقبة فلا يكفر بالصوم ، كما نقول في كفارة القتل (والثاني) له أن يكفر بالصوم لأن عليه ضرراً في تحريم الوطء إلى أن يحضر المال فجاز له أن يكفر بالصوم

(فصل) وإن اختلف حاله من حين وجبت الكفارة إلى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أن يعتبر حال الأداء لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الأداء كالوضوء (والثاني) يعتبر حال الوجوب لأنه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيه حال الوجوب كالحل (والثالث) يعتبر أغلظ الاحوال من حين الوجوب إلى حين الأداء ، فأى وقت قدر على العتق لزمه لأنه حق يجب في الذمة بوجود المال فاعتبر فيه أغلظ الاحوال كالحلج

(فصل) ولا يجزىء في شيء من الكفارات إلا رقبة مؤمنة لقوله عز وجل « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، فنص في كفارة القتل على رقبة مؤمنة وقسنا عليها سائر الكفارات .

(فصل) ولا يجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب التي تضر بالعمل ضرراً بيناً لأن المقصود تملك العبد منفعتة وتمكينه من التصرف ، وذلك لا يحصل مع العيب الذي يضر بالعمل ضرراً بيناً ، فإن أعتق أعمى لم يجز لان العمى يضر بالعمل الضرر البين ، وإن أعتق أعور أجزاءه لان العور لا يضر بالعمل ضرراً بيناً لانه يدرك ما يدرك البصير بالعينين ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل لأن ذلك يضر بالعمل ضرراً بيناً ، ولا يجزىء مقطوع الإبهام أو السبابة أو الوسطى لان منفعة اليد تبطل بقطع كل واحد منهما ، ويجزىء مقطوع الخنصر أو البنصر لانه لا تبطل منفعة اليد بقطع إحداها ، فإن قطعنا جميعاً — فإن كانتا من كف واحدة — لم تجزه لأنه تبطل منفعة اليد بقطعهما ، وإن كانتا من كفتين أجزاءه لانه لا تبطل منفعة كل واحد من الكفتين ، وإن قطع منه أمتلتان — فإن كانتا من الخنصر أو البنصر — أجزاءه ، لان ذهاب كل واحدة منهما لا يمنع الإجزاء فلأن لا يمنع ذهاب أمتلتين أولى ، وإن كانتا من الوسط أو السبابة لم يجزه لأنه

تبطل به منفعة الأصبع ، وإن قطعت منه أنملة - فإن كانت من غير الإبهام -
أجزأه لأنه لا تبطل به منفعة الأصبع ، وإن كانت من الإبهام لم يجزه لأنه تبطل
به منفعة الإبهام .

(فصل) وإن كان أعرج نظرت - فإن كان عرجاً قليلاً - أجزاءه لأنه
لا يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وإن كان كثيراً لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضرراً بيناً
ويجزىء الأصم لأن الصمم لا يضر بالعمل بل يزيد في العمل لأنه لا يسمع ما يشغله
وأما الآخرس فقد قال في موضع يجزئه ، وقال في موضع لا يجزئه . فمن أصحابنا
من قال : إن كان مع الخرس صمم لم يجزه ، لأنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وإن
لم يكن معه صمم أجزاءه لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وحمل القولين على هذين
الحالين ، ومنهم من قال : إن كان يعقل الإشارة أجزاءه لأنه يبلغ بالإشارة ما يبلغ
بالنطق ، وإن كان لا يعقل لم يجزه ، لأنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وحمل القولين
على هذين الحالين .

وإن كان مجنوناً جنوناً مطبقاً يمنع العمل لم يجزه ، لأنه لا يصلح للعمل ،
وإن كان يجن ويفيق نظرت - فإن كان زمان الجنون أكثر - لم يجزه لأنه
يضر به ضرراً بيناً ، وإن كان زمان الافاقة أكثر أجزاءه لأنه لا يضر به ضرراً
بيناً ، ويجزىء الاحمق ، وهو الذي يفعل الشيء في غير موضعه مع العلم بقبحه .

(فصل) ويجزىء الاجامع لأنه كثيره في العمل ، ويجزىء مقطوع الاذن
لأن قطع الاذن لا يؤثر في العمل ، وغيره أولى منه ليخرج من الخلاف ، فإن
عند مالك لا يجزئه ؛ ويجزىء ولد الزنا لأنه كثيره في العمل ، وغيره أولى منه
لأن الزهري والاوزاعي لا يجيزان ذلك ، ويجزىء المحبوب والخصى لأن الجب
والخصي لا يضران بالعمل ضرراً بيناً ، ويجزىء الصغير لأنه يرجى من منافعه
وتصرفه أكثر مما يرجى من الكبير ؛ ولا يجزىء عتق الجمل لأنه لم يثبت له حكم
الاحياء ، ولهذا لا يجب عنه زكاة للفطر ، ويجزىء المريض الذي يرجى برؤه ،
ولا يجزىء من لا يرجى برؤه ، لأنه لا عمل فيه ، ويجزىء نضو الخلق إذا لم

يعجز عن العمل ، ولا يجزىء اذا عجز عن العمل ؛ وان أعتق مرهونا أو جانيا
وجوزنا عتقه أجزاءه لأنه كغيره في العمل

(فصل) ولا يجزىء عبد منسوب لأنه ممنوع من التصرف في نفسه فهو
كالزمن ، وإن أعتق غائبا لا يعرف خبره فظاهر ما قاله ههنا أنه لا يجزئته . وقال
في زكاة الفطر إن عليه فطرته ؛ فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى
الأخرى وجعلهما على قولين ؛ أحدهما يجزئته عن الكفارة وتجب زكاة الفطر عنه
لأنه على يقين من حياته وعلى شك من موته ، واليقين لا يزال بالشك ؛ والثاني
لا يجزئته في الكفارة ولا تجب زكاة فطرته ، لأن الأصل في الكفارة وجوبها
فلا تسقط بالشك ، والأصل في زكاة الفطر براءة ذمته منها ، فلا تجب بالشك ،
ومنهم من قال لا يجزئته في الكفارة وتجب زكاة الفطر ، لأن الأصل ارتهان
ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق ، وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط
الكفارة بالحياة المشكوك فيها ، ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه

(فصل) ولا يجزىء عتق أم الولد ولا المكاتب ، لأنهما يستحقان العتق
بغير الكفارة ؛ بدليل أنه لا يجوز إبطاله بالبيع فلا يسقط بعقدهما فرض الكفارة
كما لو باع من فقير طعاماً ثم دفعه إليه عن الكفارة ؛ ويجزىء المدبر والمعتق بصفة
لأن عتقهما غير مستحق بدليل أنه يجوز إبطاله بالبيع

(فصل) وإن اشترى من يعتق عليه من الأقارب ونوى عتقه عن الكفارة
لم يجزه لأن عتقه مستحق بالقرابة فلا يجوز أن يصرفه إلى الكفارة ، كما لو
استحق عليه الطعام في النفقة في القرابة فدفعه إليه عن الكفارة . وإن اشترى
عبداً بشرط أن يعتقه فأعتقه عن الكفارة لم يجزه لأنه مستحق العتق بغير الكفارة
فلا يجوز صرفه إلى الكفارة

وإن كان مظاهراً وله عبد فقال لامرأته : إن وطئتك فعلى أن أعتق عبدى
عن كفارة الظهار فوطئها ثم أعتق العبد عن الظهار ففيه وجهان ، أحدهما : وهو
قول أبي علي الطبري أنه لا يجزئته لأن عتقه مستحق بالحنث في الإيلاء
والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يجزئته ؛ وهو المذهب لأنه لا يتعين عليه
عتقه لأنه مخير بين أن يعتقه وبين أن يكفر كفارة يمين

(فصل) وإن كان بينه وبين آخر عبد وهو موسر فأعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة أجزاءه ، لأنه عتق العبد بالمباشرة والسراية ، وحكم السراية حكم المباشرة ، ولهذا إذا جرحه وسرى إلى نفسه جعل كما لو باشر قتله ، وإن كان معسراً عتق نصيبه ، وإن ملك نصيب الآخر وأعتقه عن الكفارة أجزاءه ، لأنه أعتق جميعه عن الكفارة . وإن كان في وقتين فأجزأه كما أو أطعم المساكين في وقتين ، وإن أعتق نصف عبيدين عن كفارة فقيه ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يجوزته لأن المأمور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة
(والثاني) يجوزته لأن أبعاض الجملة كالجملة في زكاة الفطر ، وزكاة المال ، فكذلك في الكفارة .

(والثالث) أنه إن كان باقيهما حراً أجزاءه ، لأنه يحصل تكميل الأحكام والتمكين من التصرف في منفعه على التمام ، وإن كان مملوكاً لم يجزه ، لأنه لا يحصل له تكميل الأحكام والتمكين التام .

(فصل) إذا قال لغيره أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه دخل العبد في ملكه وعتق عليه ، سواء كان بعوض أو بغير عوض ، واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتق عليه ، فقال أبو إسحاق يقع الملك والعتق في حالة واجدة ؛ ومن أصحابنا من قال: يدخل في ملكه ثم يعتق عليه ، وهو الصحيح ، لأن العتق لا يقع عنه في ملك غيره فوجب أن يتقدم الملك ثم يقع العتق . وإن قال أعتق عبدك عن كفارتي ، فأعتقه عن كفارته أجزاءه لأنه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتراه ثم أعتقه

(الشرح) حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة رواه أبو داود وابن إسحاق وأحمد بمعناه وفي إسناده محمد بن إسحاق ، وأخرج بن ماجه والحاكم نحوه من حديث عائشة قالت : تبارك الذي وسع سمعه كل شيء ، انى لا أسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى على بعضه وهى تشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ فذكرت الحديث وأصله في البخارى من هذا الوجه إلا أنه لم يسمها

وأخرج أبو داود والحاكم أيضاً من حديث عائشة من وجه آخر قالت : كانت جميلة امرأة أوس بن الصامت (أخى عبادة بن الصامت) وكان امرأ به لم .

فإذا اشتد لممه ظاهر من امرأته ، وقد أعله أبو داود بالإرسال . أما خولة بنت مالك فقد وقع في تفسير أبي حاتم خولة بنت الصامت . قال الحافظ بن حجر وهو وهم ، والصواب زوج ابن الصامت . ورجح غير واحد أنها خولة بنت الصامت ابن ثعلبة ، وروى الطبراني في الكبير والبيهقي من حديث ابن عباس أن المرأة خولة بنت خويلد ، وفي إسناده أبو حمزة الهاماني ، وهو ضعيف . وقال يوسف بن عبد الله بن سلام : أنها خويلة ، وروى أنها بنت دليح ، كذا في الكاشف ؛ وفي رواية لعائشة « والعرق ستون صاعاً تفرد بها معمر عن عبد الله بن حنظلة ، قال الذهبي : لا يعرف ، ووثقه ابن جبان ، وفيها أيضاً محمد بن إسحاق وقد عنعن . والمشهور عرفاً أن العرق خمسة عشر صاعاً ؛ كما روى ذلك الترمذي بإسناد صحيح من حديث سلمة ، وأحكام هذه الفصول على وجهها على أن تراجع مقدمتنا على كتاب العتق في الجزء الخامس عشر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن لم يجد رقبة وقدر على الصوم لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله عز وجل « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن دخل فيه في أول الشهر صام شهرين بالآهلة ؛ لأن الأشهر في الشرع بالآهلة والدليل عليه قوله عز وجل « يسألونك عن الآهلة قل هي مواقيت للناس والحج ،

فإن دخل فيه وقد مضى من الشهر خمسة أيام صام ما بقي وصام الشهر الذي بعده ، ثم يصوم من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر اعتبار الهلال في شهر فاعتبر بالعدد كما يعتبر العدد في الشهر الذي غم عليهم الهلال في صوم رمضان وإن أفطر في يوم منه من غير عذر لزمه أن يستأنف ، وإن جامع بالليل قبل أن يكفر أثم لأنه جامع قبل التكفير ، ولا يبطل التتابع لأن جماعه لم يؤثر في الصوم فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل .

وإن كان الفطار لعذر نظرت فإن كانت امرأة فحاضت في صوم كفارة القتل أو الوطء في كفارة رمضان لم ينقطع التتابع لأنه لا يمنع لها في الفطر ؛ ولأنه لا يمكن حفظ الشهرين من الحيض إلا بالتأخير إلى أن تياس من الحيض ؛

وفي ذلك تغريب بالكثرة لانهما ماتت قبل الإياس فنفتوت . وإن كان الفطر بمرض ففيه قولان :

أحدهما يبطل التتابع لانه أفطر باختياره فبطل التتابع ، كما لو أجده الصوم فأفطر . والثاني لا يبطل لأن الفطر بسبب من غير جهته فلم يقطع التتابع كالفطر بالحيض . وإن كان بالسفر ففيه طريقان : من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر بالمرض ، لأن السفر كالمريض في إباحة الفطر ، فكان كالمريض في قطع التتابع . والثاني : أنه يقطع التتابع قولاً واحداً لأن سببه من جهته . وإن انقطع الصوم بالإغناء فهو كما لو أفطر بالمرض .

وإن أفطرت الحامل أو المرضع في كفارة القتل أو الجماع في رمضان خوفاً هلي ولديهما ففيه طريقان ؛ أحدهما أنه على قولين ؛ لانه فطر لعذر فهو كالفطر بالمرض ؛ والثاني أنه ينقطع التتابع قولاً واحداً لأن فطرهما لعذر في غيرهما فلم يلحقا بالمريض ؛ ولهذا يجب عليهما الفدية مع القضاء في صوم رمضان ، ولا يجب على المريض . وإن دخل في الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر لزمه أن يستأنف ، لانه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه

(الشرح) إن لم يجد المظاهر رقبة تفضل عن كفايته ، أو كان العرف القائم يمنع الاسترقاق كهو في عصرنا ، وكان قادراً على الصيام لزمه ان يصوم شهرين متتابعين لقوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم . الآية » ، ولما ذكرناه من حديثي أوس بن الصامت وسليمة بن صخر

إذا ثبت هذا فإن إجماع أهل العلم على أن المظاهر فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا » فإن صام من الكفارة أول ليلة من الشهر كان عليه ان يتابع الصوم شهرين هلالين متتابعين سواء كانا تامين أو ناقصين ، لأن الله أو جب عليه صوم شهرين ؛ واطلاق الشهر ينصرف الى الشهر الهلالى لقوله تعالى « يستلونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس والحج ،

وروت عائشة رضی الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشهر هكذا وهكذا ، وأوماً بأصابع يديه وحبس إبهام يده في الثالثة كأنه يعد خمسين ، وروى أنه قال « قد يكون الشهر هكذا وهكذا وحبس إبهامه في الثالثة » وإن ابدأ بالصوم وقد مضى من الشهر يوم أو أكثر صام ما بقي من هذا الشهر بالعدد وصام الشهر الذي بعده بالهلال تماماً أو ناقصاً وتم عدد الأول من الثالث ثلاثين يوماً تماماً كان الأول أو ناقصاً ؛ لأنه لما فاتته شيء من الشهر الأول لم يصمه لم يمكن اعتباره بالهلال فاعتبر بالعدد ، واعتبر الثاني بالهلال لأنه أمكنه ذلك

(فرع) وإن أفطر في يوم أثناء الشهرين — فإن كان أفطر لغير عذر — انقطع تتابعه ولزمه أن يستأنف صوم شهرين متتابعين لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، ومعنى التابع أن يوالى بالصوم أيامها ولا ينظر فيها لغير عذر ولم يفعل ذلك فصار كما لو لم يصم

وإن جامع في ليلة في أثناء الشهرين عامداً علماً بالتحريم أتم بذلك ولا ينقطع تتابعه ، وإن وطئها بالنهار ناسياً لم يفسد صومه ولم ينقطع تتابعه ، وبه قال أبو يوسف ، وهو لإحدى الروايتين عن أحمد

وقال مالك وأبو حنيفة : ينقطع تتابعه بذلك ، إلا أن مالكا يقول : إذا وطئها بالنهار ناسياً فسد صومه ، وأبو حنيفة يقول : لا يفسد إلا أن ينقطع التابع . دليلنا على أنه لا ينقطع التابع أنه وطئ لم يفسد به الصوم ، فلم ينقطع التابع كما لو وطئ امرأة أخرى ، وإن كان النظر بعذر نظرت ، فإن كان العذر حياً ، ولا يتصور ذلك في كفارة الظهار ، وإنما يتصور ذلك في كفارة القتل والجماع في رمضان ، إذا قلنا تجب عليه الكفارة ، فإن التابع لا ينقطع ، لأن زمن الحيض مستحق للفطر فهو كليلي الصوم ، ولأن الحيض حصل بغير اختيارها ولا يمكنها الاحتراز منه .

فلو قلنا إنه ينقطع التابع لا أدى إلى أن المرأة لا يمكنها أن تكفر بالصوم إلا بعد الإياس من الحيض ، وفي ذلك تأخيرها عن وقت وجوبها ، وربما بانث قبل الإياس ؛ فلذلك قلنا لا يقطع التابع . وإن أفطرت للنفسار احتمال أن يكون فيه وجهان كما قلنا في الإيلاء .

وإن كان الفطر للرض فيه قولان . قال في القديم لا ينقطع التتابع وبه قال مالك وأحمد ، لأن سبب الفطر حدث بغير اختياره فهو كالحيض ؛ ولأننا لو قلنا انه ينقطع بالفطر في المرض لأدى ذلك الى أن يتسلسل ، لأنه لا يأمن وقوع المرض إذا استأنف بعد البرء .

وقال في الجديد ينقطع تتابعه ، وبه قال ابو حنيفة ، لأنه أفطر باختياره ، فهو كما لو أفطر بغير المرض .

وان أفطر بالسفر - فإن قلنا ان المرض اذا أفطر قطع التتابع فالسفر أولى ؛ وان قلنا ان أفطر بالمرض لا ينقطع ففي السفر قولان . أحدهما لا ينقطع التتابع لأن السفر عذر يبيح الفطر فهو كالمرض ، والثاني أنه ينقطع التتابع لأنه حدث بسبب الفطر وهو السفر .

وإن نوى الصوم من الليل ثم أغمى عليه في أثناء النهار فهل يبطل صومه ؟ فيه طريقتان مضي ذكرهما في الصوم وأبانهما الإمام النووي رضى الله عنه ، فإن قلنا لا يبطل لم ينقطع التتابع بذلك ؛ وان قلنا يبطل صومه قال الشيخ ابواسحاق والحاملي : هو كالفطر بالمرض على قولين ، قال العمراني وفيه نظر ، لأنه لم يفطر باختياره بخلاف الفطر بالمرض فإنه أفطر باختياره اهـ

وان أفطرت المرضع والحامل في أثناء الشهرين ، فإن كان خوفا على انفسهما فهو كالفطر للرض ، وان كان خوفا على ولديهما فهل ينقطع التتابع ؟ فيه طريقتان من اصحابنا من قال فيه قولان كالفطر للرض . ومنهم من قال يقطع التتابع قولاً واحداً لأنهما أفطرتا لحق غيرهما بخلاف المرض

(فرع) وان صام في أثناء الشهرين تطوعاً أو عن نذر أو قضاء انقطع تتابعه بذلك . لأن ذلك لا يقع عن الشهرين فانقطع تتابعه به كما لو أفطر . فإن صام بعض الشهرين ثم تخللها زمان لا يجرى صومه عن كفارته مثل رمضان أو عيد الاضحى انقطع تتابعه ، لأن رمضان مستحق لصومه ، وعيد الاضحى مستحق للفطر ، وقد يمكنه أن يبتدىء صوماً لا يقطعه ذلك ، فإن لم يفعل ذلك فقد فرط كما لو أفطر في أثناء الشهرين بغير عذر ، ولا يجيء أن يقال تخللها عيد الفطر ولا أيام التشريق ، لأن عيد الفطر يتقدمه رمضان ، وأيام التشريق يتقدمها عيد

الأضحى . فأما إذا ابتداء الصوم عن الشهرين في رمضان لم يصح صومه عن رمضان لأنه لم ينو الصيام عنه ولا عن الشهرين ، لأن الزمان مستحق لصوم رمضان فلا يقع عن غيره .

وإن ابتداء صوم الشهرين يوم عيد الفطر لم يصح لأنه مستحق للفطر ويصح صومه باقى الشهرين ، وإن ابتداء الصوم أيام التشريق ، فإن قلنا بقوله الجديد وأن صومها لا يصح عن صوم التمتع ، أو قلنا بقوله القديم أنه يصح صومها عن صوم التمتع ، وقلنا بأحد الوجهين على القديم لا يصح صومها عن التمتع لم يصح صومه عن الشهرين ، وإن قلنا يصح صومها عن التطوع صح صومها عن الشهرين

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن دخل في الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل صومه ، وقال المزني يبطل كما قال في المتيمم إذا رأى الماء في الصلاة ، وقد دللنا عليه في الطهارة ، والمستحب أن يخرج من الصوم ويعتق ، لأن العتق أفضل من الصوم لما فيه من نفع الآدمي ، ولأنه يخرج من الخلاف .

(فصل) وإن لم يقدر على الصوم لكبر لا يطبق معه الصوم أو لمرض لا يرجى برؤه منه لزمه أن يطعم ستين مسكينا للآية ، والواجب أن يدفع إلى كل مسكين مداً من الطعام ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه في حديث الجماع في شهر رمضان « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : أطعم ستين مسكينا . قال لا أجد ، قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعاً فقال خذه وتصدق به ، وإذا ثبت هذا بالجماع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه (الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه أصله في الصحيحين بلفظين عن أبي هريرة ، ورواه أبو داود وفي إسناده رجل فيه مقال ، ورواه البيهقي وغيره مختصراً مرسلًا ومتصلاً ، وقد مضى الكلام عليه في الصوم

أما الأحكام فإنه مما يتسق مع ما قلناه في مقدمة كتاب العتق أن الشرع الحكيم جعل العتق هو الكفارة الأصلية ، وأن الصوم بدل من الكفارة إذا لم يجد الرقبة حتى لقد جعل الصوم يبطل في قول المزني وأبي حنيفة إذا وجد الرقبة التي يعتقها

كفارة . وجملة ما في النصل أنه إذا دخل في الشهرين بالصوم ثم أيجر وقدر على الرقبة لم يجب عليه الانتقال الى الرقبة ، وبه قال مالك وأحمد وقال أبو حنيفة والمزني يلزمنه الانتقال ، ودليل المذهب أنه وجد المبدل بعد شروعه في البدل فلم يلزمه الانتقال اليه ، كما لو وجد الهدى بعد شروعه في صوم الصبح ، وقال الإمام الشافعي رضى الله عنه : ولو أعتق كان أفضل لأنه الاصل وليخرج بذلك من الخلاف

(قلت) ولأن في ذلك نفعاً للأدعي بفك اساره من الرق كما أفاده المصنف . (فرع) ولا يجزيه الصوم عن الكفارة حتى ينوي الصوم كل ليلة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ، فهذا عام في كل صوم ، وقد وافقنا أبو حنيفة على ذلك . وهل يلزمه نية التتابع ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه نية التتابع كل ليلة ، لأن التتابع واجب كالصوم ، فلما وجب عليه نية الصوم كل ليلة فكذا نية التتابع

(والثاني) يلزمه التتابع أول ليلة من الشهر لأن الفرض تبين هذا الصوم عن غيره بالتتابع ، وذلك يحصل بالنية أول ليلة منه

(والثالث) لا يجب عليه نية التتابع وهو الاصح ، لأن التتابع شرط في العبادة وعلى الإنسان أن ينوي فعل العبادة دون نية شروطها ، كما قال العمراني في الصلاة أن ينوي فعل الصلاة دون نية شرطها .

(مسألة) قوله : وان لم يقدر على الصوم لكبر الخ ، فجملة ذلك أنه اذا عجز لعدة تلحقه من الجوع والظما وكان قادراً على الإطعام لزمه الانتقال الى الإطعام لقوله تعالى « فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً » ولما ذكرناه من حديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر .

إذا ثبت هذا فمليه أن يطعم ستين مسكيناً ، كل مسكين مداً من طعام ، ولا يجرز أن ينقص من عدد المساكين ولا من ستين مداً ، وبه قال أحمد ؛ وقال أبو حنيفة : ان أعطى الطعام كله مسكيناً واحداً في ستين يوماً جاز . دليلنا قوله تعالى « فإطعام ستين مسكيناً » وقوله « اطعام » مصدر يتعدى بأن والفعل ، وهذا

وهذا لا يجوز الاقتصار على دون الستين ، ولا ثلثه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة ، فإذا دفع اليه غيره منها لم يحزه ، كما لو دفع اليه في يوم واحد (فرع) ويجب أن يدفع الى كل مسكين مداً في جميع الكفارات إلا كفارة الاذى فإنه يدفع اليه مدين سواء كفر بالتمر أو الزبيب أو البر أو الشعير أو الذرة وبه قال ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وأبو هريرة والاوزاعي . وقال أبو حنيفة : إن كفر بالتمر أو الشعير لزمه لكل مسكين صاع ، والصاع أربعة أمداد والمد عنده رطلان . وإن كفر بالبر لزمه لكل مسكين نصف صاع ، وفي الزبيب عنه روايتان (لإحدهما) أنه كالتمر والشعير (والثاني) أنه كالبر

وقال مالك في كفارة اليمين والجماع في رمضان كقولنا في كفارة الظهار يطعم كل مسكين مداً بمد هشام ، وهو مد وثلاث بمد النبي صلى الله عليه وسلم . وقيل بل هو مدان . وقال أحمد من البر مد ومن التمر والشعير مدان

دليلنا ما روى أبو هريرة أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم يضرب خده وينتف شعره ، فقال يا رسول الله هلكت ، قال وما أهلكك ؟ قال وقعت على امرأتى في نهار رمضان . قال اعتق رقبة ، قال لا أجد ، قال صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع ، قال أطعم ستين مسكيناً ، قال لا أستطيع ، ثم جلس فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر قدر خمسة عشر صاعاً فقال : تصدق بهذا ، فقال أعلى أفقر منا ؟ فما بين لابتئها أهل بيت أحوج اليه منا ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال : اذهب أطعمه أهلك ،

فإذا ثبت هذا في الجامع في رمضان قسنا سائر الكفارات عليها . فأما خبر سلمة بن صخر حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم بوسق من تمر من صدقة بنى زريق فحمول على الجواز ، وأن ما زاد على خمسة عشر صاعاً تطوع بدليل هذا الخبر .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب ذلك من الحبوب والثمار التي تجب فيها الزكاة لأن الإبدان بها تقوم ، ويجب من غالب قوت بلده . قال القاضي أبو عبيد بن حربويه : يجب

من غالب قوته ، لأن في الزكاة الاعتبار بماله فكذلك ههنا ، والمذهب الأول لقوله تعالى « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، والأوسط العدل ، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ، ويخالف الزكاة فإنها تجب من المال والكفارة تجب في الذمة ، فإن عدل إلى قوت بلد آخر ، فإن كان أجود من غالب قوت بلده الذي هو فيه جاز لأنه زاد خيراً ، فإن لم يكن أجود ، فإن كان مما يجب فيه زكاة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوزته لأنه قوت تجب فيه الزكاة فأشبهه قوت البلد (والثاني) لا يجوزته وهو الصحيح لأنه دون قوت البلد ، فإن كان في موضع قوتهم الاقط ففيه قولان (أحدهما) تجزته لأنه مكمل مقتات فأشبهه قوت البلد (والثاني) لا يجوزته لأنه يجب فيه الزكاة فلم يجزته كاللحم ، وإن كان لحمياً أو سمكاً أو جراداً ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالأقط . ومنهم من قال لا يجوزته قولاً واحداً ، ويخالف الاقط لأنه يدخله الصاع ، وإن كان في موضع لا قوت فيه وجب من غالب قوت أقرب البلاد إليه

(فصل) ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز ، ومن أصحابنا من قال يجوزته لأنه مهيأ للاقتيات مستغنى عن مؤنته ، وهذا فاسد ، لأنه إن كان قد هياها لمنفعة فقد فوت فيه وجوهاً من المنافع ، ولا يجوز إخراج القيمة لأنه أخذ ما يكفر به فلم يجز فيه القيمة كالعق

(فصل) ولا يجوز أن يدفع أو اوجب إلى أقل من ستين مسكينا للآية والخبر فإن جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لما عليه من الطعام لم يجزه ، لأن ماوجب للفقراء بالشرع وجب فيه التملك كالزكاة ؛ ولأنهم يختلفون في الأكل ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه

وإن قال لهم ملكتكم هذا بينكم بالسوية ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوزته . وهو قول أبي سعيد الاصطخري لأنه يلزمهم مؤنة في قسمته فلم يجزه ، كما لو سلم اليهم الطعام في السنابل (والثاني) أنه يجوزته وهو الاظهر لأنه سلم إلى كل واحد منهم قدر حقه والمؤنة في قسمته قليلة ، فلا يمنع الإجزاء

(الشرح) الأحكام : اختلف أصحابنا في هل يلزمه أن يخرج من غالب قوته أو من غالب قوت البلد ؟ على وجهين . قال أبو عبيد بن حريويه يلزمه من غالب قوته وهو اختيار الشيخ أبي حامد ، لأن الزكاة زكأتان ، زكاة المال وزكاة النفس ، فلما كانت زكاة النفس يجب إخراجها من غالب قوت البلد لقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم ، والأوسط الأعدل ، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ، فإن عدل عن قوته وقوت بلده إلى قوت بلد آخر ، فإن كان أعلى منها وجب عليه إخراجها ، بأن عدل عن الذرة والشعير إلى البر ، أو كان في مصر وأخرج زيباً أجزأه لأنه أعلى مما وجب عليه ؛ وإن كان دون ذلك بأن عدل عن البر إلى الذرة والشعير فهل يجزيه ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد ، وحكاهما المصنف في المهذب هنا وجهين .

(أحدهما) يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة

(والثاني) لا تجزئه وهو الأصح لأنه دون ما وجب عليه ، وإن أخرج من قوت لا تجب فيه الزكاة - فإن كان غير الأقط - لم يجزه ، وإن كان من الأقط ففيه وجهان كما قلنا في زكاة الفطر ، وإن كان في بلد لا قوت لهم تجب فيه الزكاة وجب من قوت أقرب بلد إليه ، وهل يجزئه إخراج الخبز والدقيق والسويق ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجزئه لأنه مهياً للاقتيات (والثاني) لا يجزئه وهو الأصح لأنه قد فوت فيه وجوهاً من المنفعة . وإن أخرج القيمة لم يجزه كما قلنا في الزكاة وأكثر أهل المدن يقلدون من يجزئ إخراج القيمة بيد أن الأولى عندنا والأقرب إلى المذهب أن يشتري دقيقاً يخرج منه ، وهو وجه صحيح عندنا ، وإن كان الأصح غيره كما تقدم .

(مسألة) قوله « ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكيناً الخ » فجملة ذلك أنه إذا دفع إلى مائة وعشرين مسكيناً ستين مداً لكل مسكين نصف مد لم يجزه ذلك . وقيل له اختر له منهم ستين مسكيناً وأدفع إلى كل واحد منهم نصف مد ، لأنه لا يجوز أن يدفع إلى كل واحد منهم أقل من مد ، فإن دفع إلى ستين مسكيناً ستين مداً إلى كل واحد منهم مداً دفعة واحدة أو في أوقات متفرقة أجزأه لقوله تعالى « فإطعام ستين مسكيناً » فعم ولم يخص .

وان دفع الى ثلاثين مسكينا ستين مداً الى كل واحد مدين لم يجزه الا ثلاثون
لانه لم يطعم ستين مسكينا ، وعليه أن يطعم ثلاثين مسكينا ثلاثين مداً أخرى
لكل واحد مد ؛ وهل له أن يرجع على كل واحد من الثلاثين بما زاد على المد ؟
ينظر فيه فإن بين أن ذلك عن كفارة واحدة كان له أن يرجع به ، لأن ما زاد
على المدعى الكفارة لا يجزىء دفعه الى واحد ، وان أطلق لم يرجع لأن الظاهر
أن ذلك تطوع وقد لزم بالقبض .

وان وجب عليه كفارتان من جنس أو جنسين ، فدفع الى كل مسكين مدين
أجزأه لانه لم يدفع اليه عن كل كفارة أكثر من مد ، ويجوز الدفع الى الكبير
من المساكين والى الصغار منهم لقوله تعالى « فإطعام ستين مسكينا » ولم يفرق
ولكن يدفع مال الصغير الى وليه ، فإن دفع الى الصغير لم يجزه لانه ليس من أهل
القبض ، ولهذا لو كان له عليه دين فأقبضه اياه لم يبرأ بذلك
(فرع) والدفع المبرىء له هو أن يدفع الى كل مسكين مداً ويقول خذه أو
كلمه أو الحقه لك

وان قدم ستين مداً الى ستين مسكينا وقال خذوا أو كلوا أو أبحته لكم لم
يجزه ذلك ، لان عليه أن يوصل الى كل واحد منهم مداً ، وهذا لم يفعل ذلك .
وان قال ملكتكم هذا بينكم بالسوية أو قبضتكم اياه فقبضوه فميه وجهان ، قال
أبو سعيد الاصطخرى لا يجزيه لان عليهم مشقة في القسمة فلم يجزه ، كما لو دفع
اليهم الطعام في سبيله .

وقال أبو اسحاق يجزيه . وهو الاصح . لانه قد ملكهم اياه ، ولا يلحقهم
في قسمته كبير مشقة ، ويمكن كل واحد منهم بيع نصيبه مشاعا ، فإن جمع ستين
مسكينا وغداهم وعشاهم لم يجزه لاختلاف كل منهم عن الآخر في القدر الذي
تناوله من الطعام وتعاطاه . وقال أبو حنيفة يجزيه . دليلنا أن الواجب عليه دفع
الحب وهذا لم يدفع الحب ، ولانه لا يتحقق أن كل واحد منهم أكل قدر حقه
وهو يشك في أسقاط الفرض عن ذمته والاصل بقاؤه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز أن يدفع الى مكاتب لانها تجب لاهل الحاجة والمكاتب

مستغن بكسبه إن كان له كسب ، أو بأن يفسخ الكتابة ويرجع إلى مولاه إن لم يكن له كسب ، ولا يجوز أن يدفع إلى كافر لأنها كفارة فلا يجوز صرفها إلى كافر كالعق ، ولا يجوز دفعها إلى من تلزمه نفقته من زوجة أو والد أو ولد ، لأنه مستغن بالنفقة ، فإن دفع بعض ما عليه من الطعام ثم قدر على الصيام لم يلزمه الانتقال إلى الصوم ، كما يلزمه الانتقال إلى العتق إذا وجد الرقبة في أثناء الصوم والأفضل أن ينتقل إليه لأنه أصل

(فصل) ولا يجوز أن يكفر عن الظهار قبل أن يظاهر ، لأنه حق يتعلق بسببين فلا يجوز تقديمه عليهما كالزكاة قبل أن يملك النصاب ، ويجوز أن يكفر بالمال بعد الظهار وقبل العود لأنه حق مال يتعلق بسببين ، فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول ، وكفارة اليمين قبل الحنث

(فصل) ولا يجوز شيء من الكفارات إلا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم : إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى ، ولأنه حق يجب على سبيل الطهارة فافتقر إلى النية كالزكاة ، ولا يلزمه في النية تعيين سبب الكفارة ، كما لا يلزمه في الزكاة تعيين المال الذي يزكيه . فإن كفر بالصوم لزمه أن ينوى كل ليلة أنه صائم غداً عن الكفارة . وهل يلزمه نية التتابع ؟ فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) يلزمه أن ينوى كل ليلة ، لأن التتابع واجب فلزمه نيته كالصوم .

(والثاني) يلزمه أن ينوى ذلك في أوله لأنه يتميز بذلك عن غيره

(والثالث) وهو الصحيح أنه لا تلزمه نية التتابع ، لأن العبادة هي الصوم ، والتتابع شرط في العبادة فلم تجب نيته في أداء العبادة ، كالطهارة وستر العورة لا يلزمه نيتهما في الصلاة .

(فصل) وإن كان المظاهر كافراً كفر بالعتق أو الطعام لأنه يصح منه العتق والإطعام في غير الكفارة فصح منه في الكفارة ، ولا يكفر بالصوم لأنه لا يصح منه الصوم في غير الكفارة فلا يصح منه في الكفارة ، فإن كان المظاهر عبداً فقد ذكرناه في باب المأذون فأغنى عن الإعادة ، وبالله التوفيق

(الشرح) حديث إنما الأعمال بالنيات قال فيه الحافظ بن حجر حديث عزيز وقال فيه الشافعي أنه نص في الدين . قلت : ولهذا زعم بعض المشتغلين بالفتيا

والدعوة والإرشاد من الأزهريين انه متواتر وصحنا لهم هذا الفهم بما كتبناه في مجلة الأزهر في حينه . لأن الحديث آحادي من طرفه الأول ، اذ لم يروه من الصحابة الا عمر ، ومع أن عمر خطب به على المنبر فإنه لم يروه عنه سوى علقمة ابن وقاص الليثي ، ولم يروه عن علقمة سوى محمد بن ابراهيم التيمي ، ولم يروه عن التيمي سوى يحيى بن سعيد الأنصاري . وفي هذا الإسناد نكتة قلما تتوفر لغيره من الاحاديث ، وهي أن كلا من علقمة الليثي والتيمي والانصاري تابعيون متعاصرون أقران ، ولم يشترك اثنان منهما في سماع الحديث من الثالث أو من عمر أما الاحكام فإنه لا يجوز دفع الكفارة الى عبد ولا كافر ولا الى من يلزمه نفقته لما ذكره النووي في كتاب الزكاة ، ولا يجوز دفعها الى مكاتب . وان جاز دفع الزكاة اليه ، لأن القصد بالكفارة المواساة المحضة ، والمكاتب مستغن عن ذلك ، لأنه ان كان له كسب فنفقته في كسبه . وان لم يكن له كسب فيمكنه أن يعجز نفسه وتكون نفقته على السيد

(فرع) وان أطعم بعض المساكين ثم قدر على الصيام لم يلزمه الصيام كما قلنا فيمن قدر على العتق بعد الشروع في الصيام . وان وطئها في خلال الإطعام أثم بذلك ولا يلزمه الاستتاف

وقال مالك يلزمه . دليلنا أن الوطء لا يبطل ما فعله من الإطعام فلم يلزمه الاستتاف كما لو وطئ غيرهما

(فرع) ولا يجزيه الإطعام الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم : إنما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى ، متفق عليه . وهل يجب أن تكون النية مقارنة للدفع ؟ أم يجوز تقديمها على الدفع ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في الزكاة وأما التتابع فقد مضى كلامنا في نيته في هذا الباب قبل هذه الفصول بقليل

(فوائد) لو أن المظاهر أدى الكفارة بإطعام المساكين فأحضرهم وأطعم كل واحد مسداً لم يجزئه ذلك الا أن يملكه اياه . هذا هو مذهبنا وبه قال أحد في احدى روايتيه . والاخرى أنه يجزئه اذا أطعمهم القدر الواجب لهم . وهو قول النخعي وأبي حنيفة . وأطعم أنس في فدية الصيام . قال أحمد أطعم شيئاً كثيراً وصنع الجفان . وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس . وذلك لقول

الله تعالى ، فأطعم ستين مسكيناً ، وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ، ولأنه
 أطعم المساكين فأجزأه كالأول ملبسهم
 ولنا أن المنقول عن الصحابة إعطائهم ، ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً
 فوجب تملكهم إياهم كالزكاة

قلنا : إنه لا يجب التتابع في الإطعام وبه قال أحمد ، فلو أطعم واحد اليوم
 والثاني بعد يومين والثالث بعد كذا حتى يستكمل الستين صح . وذلك لأن الله
 تعالى لم يشترط التتابع فيه كما قاله في الصوم . ولو وطئ في أثناء الإطعام لم تلزمه
 إعادة ما مضى منه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد . وقال مالك : يستأنف
 لأنه وطئ في أثناء كفارة الظهر فوجب الاستئناف كالصيام . دليلنا أنه وطئ
 في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطئ غير المظاهر منها
 أو كالوطئ في كفارة اليمين ، وبهذا فارق الظهر

إذا أعطى مسكيناً مدين من كفارتين في يوم واحد أجزاءه وهو إحدى
 الروايتين عن أحمد والآخرى لا يجزئه ، وهو قول أبي حنيفة لأنه استوفى قوت
 يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع إليه ثانياً في يومه كما لو دفعها إليه من كفارة واحبة
 والقيمة في الكفارة لا تجزئ عندنا ولا عند أحمد ونظراً لأن الشارع الحكيم شرع
 الدين للسواد من الناس وأكثر الناس أهل قرى وبادية وأقلمهم يسكنون المدائن
 لذلك كان الحب هو المشروع ، ويجوز لإخراج الدقيق على قول صحيح والأصح
 الحب ، وإذا كان أهل المدائن أنفع لهم أن يعطوا الدقيق كان الدقيق أولى لأنه
 بالنسبة لهم هو حال الكمال وتيسير المنفعة . أما أهل القرى فحال الكمال وتيسير
 المنفعة لهم هو الحب فلا يعطوا الدقيق . والله أعلم

كتاب اللعان

إذا علم الزوج أن امرأته زنت — فإن رآها بعينه وهي تزني ولم يكن نسب يلحقه — فله أن يقذفها ، وله أن يسكت لما روى علقمة عن عبد الله « أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن رجلا وجد مع امرأته رجلا أن تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت علي غيظ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم افتح ، وجعل يدعو فنزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم . الآية ، فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم كلامه ولا سكوته .

وان أقرت عنده بالزنا فوقع في نفسه صدقها أو أخبره بذلك ثقة أو استفاض أن رجلا يزني بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها في أوقات الريب فله أن يقذفها وله أن يسكت ، لأن الظاهر أنها زنت فجاز له القذف والسكوت .

وأما إذا رأى رجلا يخرج من عندها ولم يستفص أنه يزني بها لم يجز أن يقذفها ، لأنه يجوز أن يكون قد دخل إليها هاربا أو سارقا ، أو دخل ليراودها عن نفسها ولم تمكنه ، فلا يجوز قذفها بالشك . وان استفاض أن رجلا يزني بها ولم يجده عندها فقيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز قذفها لأنه يحتمل أن يكون عدو قد أشاع ذلك عليهما

(والثاني) يجوز . لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة . ولأن الاستفاضة

ثبتت القسامة في القتل فثبت بها جواز القذف

(الشرح) قصة الملائع التي ساقها المصنف هنا رويت من طرق وبأسانيد مختلفة . منها ما رواه الشيخان وأحمد في مسنده عن سعيد بن جبير أنه قال لعبد الله ابن عمر « يا أبا عبد الرحمن المتلاعنان أيفرق بينهما ؟ قال سبحان الله . نعم . ان أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان . قال يا رسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته علي فاحشة كيف يصنع ؟ ان تكلم تكلم بامر عظيم وان سكت سكت

على مثل ذلك . قال فسكت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجبه ، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال : إن الذى سألتك عنه ابتليت به ، فأنزله الله عز وجل هؤلاء الآيات فى سورة النور ، والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد ، فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . فقال لا الذى بعثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقالت : لا والذى بعثك بالحق انه لكاذب فبدأ الرجل فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما ،

وعند الشيخين وأحمد وأصحاب السنن إلا الترمذى عن سهل بن سعد « أن عويمر العجلاني أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فيقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نزل فيك وفى صاحبك فأذهب فائت بها ، قال سهل : فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ،

وفى رواية عند الشيخين وأحمد « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين ، وفى لفظ لأحمد ومسلم « وكان فراقه إياها سنة فى المتلاعنين ،

أما اللغات فاللعان مصدر لاعن يلاعن لعاناً وملاعنة ، كقاتل يقاتل قتالا ومقاتلة ، أى لعن كل واحد الآخر ، ولاعن الرجل زوجته قذفها بالفجور . وقال ابن دريد كلمة إسلامية فى لغة فصيحة . وقال فى الفتح : اللعان مأخوذ من اللعن ، لأن الملاعن يقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . واختير لفظ اللعن دون الغضب فى التسمية لأنه قول الرجل ، وهو الذى بدى به فى الآية ، وهو أيضاً يبدأ به

وقيل سمى لعاناً لأن اللعن الطرد والإبعاد وهو مشترك بينهما ، وإنما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة إليها

قوله « واستفاض ، أى شاع . قوله « فى أوقات الريب ، أى الشك فى سبب دخوله لماذا دخل إليها .

وقد اختلف العلماء فىمن وجد مع امرأته رجلاً وتحقق وجود الفاحشة منهما فقتله ، هل يقتل به أم لا ؟ فنح الجهور الإقدام ، وقالوا يقتص منه إلا أن يأتى ببينة الزنا ، أو يعترف المقتول بذلك بشرط أن يكون محصناً . وقيل بل يقتل به لأنه ليس له أن يقيم الحد بغير إذن الامام .

وقال بعض السلف : لا يقتل أصلاً ، ويُعذَرُ فيما فعله اذا ظهرت أمارات صدقه . وشرط أحمد واسحاق ومن تبعهما أن يأتى بشاهدين أنه قتله بسبب ذلك ووافقهم ابن القاسم وابن حبيب من المالكية ، لكن زاد أن يكون المقتول قد أحسن . وعند الامام الهادى من العترة أنه يجوز للرجل أن يقتل من وجده مع زوجته وأمنه وولده حال الفعل ، وأما بعده فيقاد به ان كان بكراً . ولنعهد الى ما فى الفصل .

قال فى البيان . اللعان مشتق من اللعن وهو الطرد والابعاد فسمى المتلاعنان بذلك لأن فى الخامسة للعة . ولما يتعقب من المأثم والطرد ، لأنه لا بد أن يكون أحدهما كاذباً فيكون ملعوناً اه

إذا ثبت هذا فإن رأى الرجل امرأته تزنى أو أقرت عنده بالزنا أو أخبره بذلك ثقة واستفاض فى الناس أن رجلاً زنا بها ثم وجده عندها ولم يكن هناك نسب يلحقه من هذا الزنا فله أن يقذفها بالزنا ، لأنه إذا رآها فقد تحقق زناها . وإذا أقرت عنده أو أخبره ثقة أو استفاض فى الناس ووجد الرجل عندها غلب على ظنه زناها فجاز له قذفها . ولا يجب عليه قذفها لما روى أن رجلاً قال « يارسول الله إن امرأتى لا ترد يد لامس » تعريضاً منه بزناها . فقال النبي (ص) طلقها . فقال لى أحبها . فقال أمسكها .

وللأحاديث التى سقناها فى صدر هذا البحث إذ أذن النبي صلى الله عليه وسلم لللاعن أن يتكلم أو يسكت حيث لم ينكر عليه أيهما . فأما إذا لم يظهر على المرأة الزنا ببينة ولا سبب حرم عليه قذفها لقوله تعالى « إن الذين جاءوا بالآفك نصبة منكم — إلى قوله تعالى — سبحانه هذا بهتان عظيم » ولقوله صلى الله عليه وسلم

« من قذف محصنة أحبط الله عمله ثمانين عاماً ، وإن أخبره بزناها من لا يثق بقوله حرم عليه قذفها ؛ لأنه لا يغلب على الظن إلا قول الثقة ، وإن وجد عندها رجلاً ولم يستفص في الناس أنه زنا بها حرم عليه قذفها لجواز أن يكون دخل إليها هارياً أو لحاجة أو لطلب الزنا ولم تجبه ، فلا يجوز قذفها بأمر محتمل وإن استفاض في الناس أن فلاناً زنى بها ولم يجده عندها فهل يجوز له أن يقذفها ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) يجوز له قذفها لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ؛ والقسامة تثبت بالاستفاضة فيثبت بها جواز القذف . (والثاني) لا يجوز له قذفها ، ولم يذكر في التعليق والشامل غيره لجواز أن يكون أشاع ذلك عدوها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد أو تعزير القذف ، فطوب بالحد أو بالتعزير فله أن يسقط ذلك بالبينة ، لقوله عز وجل « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، فدل على أنه إذا أتى بأربعة شهداء لم يجلد . ويجوز أن يسقط باللعان ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحاء فقال النبي صلى الله عليه وسلم : البينة أو الحد في ظهرك ، فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلمس البينة ؟ فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول : البينة وإلا حد في ظهرك . فقال هلال : والذي بعثك بالحق إنى لصادق ، ولينزلن الله عز وجل في أمرى ما يرى . ظهري من الحد ، فنزلت : والذين يرمون أزواجهم ، ولأن الزوج ينتل بقذف امرأته لثني العار والنسب الفاسد ، ويتعذر عليه إقامة البينة فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي صلى الله عليه وسلم « أبشر يا هلال ، فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً . قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل ،

فإن قهر على البينة ولا عن جاز لانها بينتان في اثبات حق ، لجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الاخرى ، كالرجلين ، والرجل والمؤمنين في المال .

وان كان هناك نسب يحتاج الى نفيه لم ينتف بالبينة ، ولا يتنق الا باللعان ، لان الشهود لا سبيل لهم الى العلم بنفى النسب . وان اراد أن يثبت الزنا بالبينة ثم يلاع لنفى النسب جاز ، وان اراد أن يلاع وينت الزنا وينفى النسب باللعان جاز .

(الشرح) حديث ابن عباس أخرجه احمد والبخارى وابو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ولفظه « أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي (ص) بشريك بن سحماه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة أو حد في ظهرك . فقال يا رسول الله اذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ؟ فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حد في ظهرك ، فقال هلال والذي بعثك بالحق انى لصادق ، ولينزلن الله ما يرى من ظهري من الحد ، فنزل جبريل وأنزل الله عليه (والذين يرمون أزواجهم) فقرأ حتى بلغ (ان كان من الصادقين) فأنصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل اليهما فجاء هلال فشهدوا النبي (ص) يقول ان الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب؟ ثم قامت فشهدت ، فلما كان عند الخامسة وقفوها فقاوا انها موجبة فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم انظروها فإن جاءت به أكحل العينين سابع الاليتين خدج الساقين فهو لشريك بن سحماه فجاءت به كذلك ؛ فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن ،

قوله « البينة أو حد في ظهرك » فيه دليل على أن الزوج اذا قذف امرأته بالزنا وعجز عن اقامة البينة وجب عليه حد القاذف . واذا وقع اللعان سقط وهو قول الجمهور . وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أن اللازم بقذف الزوج انما هو اللعان فقط ، ولا يلزمه الحد ، والحديث وما فى معناه حجة عليه

قوله فنزلت « والذين يرمون أزواجهم » فيه التصريح بأن الآية نزلت فى شأن هلال . وقد تقدم الخلاف فى ذلك . وفى الحديث مشروعية تقديم الوعظ للزوجين قبل اللعان

وقد أخرج هذا الحديث احمد ومسلم والنسائى عن أنس بلفظ « ان هلال بن

أمية قذف امرأته بشريك بن سحماه وكان أخاً لبراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن في الإسلام . قال فتلاعنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضى العنين فهو للال بن أمية ، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سحماه . قال فأثبتت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين ،

وفي رواية أن أول لعان كان في الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن السحماه بامرأته ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال النبي (ص) أربعة شهداء وإلا حد في ظهرك ، يردد ذلك عليه مراراً ، فقال له هلال : والله يا رسول الله إن الله ليعلم أني لصادق ولينزلن الله عليك ما يرى من الحد فينبئهم كذلك إذ نزلت عليه آية اللعان (والذين يرمون أزواجهم) إلى آخر الآية وذكر الحديث . رواه النسائي ورجاله رجال الصحيح

وقوله « قضى العنين » بفتح فكسر بعدها همزة على وزن حذر ، وهو فاسد العينين ، والجعد خلاف السبط ويسميه عوام المصريين (أكرت)

قوله « حمش الساقين » أى دقيق الساقين . ورواه أحمد وأبو داود مطولاً وفي إسناد عباد بن منصور وقد تكلم فيه غير واحد . وقيل فيه إنه كان قدرياً داعية أما الأحكام فإنه إذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة أجنبية منه محصنة وجب عليه حد القذف وحكم بفسقه وردت شهادته .

فإن أقام القاذف بينة على زنا المقدوف سقط عنه الحد وزال التفسيق وقبلت شهادته ووجب على المقدوف حد الزنا لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، الآية

وإن قذف الرجل امرأته وجب عليه حد القذف إن كانت محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة وحكم بفسقه ، فإن طوب بالحد أو التعزير فله أن يسقط ذلك عن نفسه بإقامة البينة على الزنا؛ وله أن يسقط ذلك باللعان ، فإن لاعن والا أقيم عليه الحد أو التعزير . هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : إذا قذف الرجل امرأته لم يجب عليه الحد بقذفها وإنما يجب عليه اللعان فإن لاعن وإلا حبس حتى يلاعن .

دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية . وهذا عام في الأزواج وغير الأزواج ، فأخبر الأزواج بأن لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة غيرهم بقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم » الآية .

وحديث ابن عباس الذي ساقه المصنف في الفصل في قصة هلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن السحاء ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، البينة أو حد في ظهرك ، فقال والذي بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله في امرى ما يرى ظهري من الحد ؛ فأنزل الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ؛ فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال « أبشر يا هلال قد جعل الله لك فرجا ومخرجا ، فقال قد كنت أرجو ذلك من ربى

وحديث هويمر العجلاني الذي مضى في اول هذا البحث وفيه : قد انزل الله فيك وفي صاحبك اذهب فات بها ، فأتى بها فتلاعنا . فيكون المعنى قد انزل الله فيك وفي صاحبك ، اى ما انزل في هلال بن أمية وامرأته لانها عامة ، ويجوز ان تكون الآية نزلت في الجميع ؛ والمشهور هو الأول ، وإنما خص الأزواج باللعان بقذف الزوجات ، لأن الاجنبى لا حاجة به الى القذف فغلظ عليه ولم يقبل منه في اسقاط الحد عنه الا بالبينة . واذا زنت الزوجة فقد أفسدت على الزوج فراشه وخائنه فيما اتمنئها عليه ، وألحقته من الغيظ مالا يلحق الاجنبى ، وربما ألحقت به نسباً ليس منه ، فاحتاج الى قذفها لتفى ذلك النسب عنه ، تخفف عنه بأن جعل لعانه يقوم مقام شهادة أربعة . وان قدر الزوج على البينة واللعان فله أن يسقط الحد عن نفسه بأيهما شاء . وقال بعض الناس ليس له ان يلاعن . دليلنا انهما يثبتان في اثبات حق فجاز له اقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الاخرى ، كالرجلين في الشهادة في المال والرجل والمرأتين

(فرع) وسواء قال الزوج رأيتها تزنى أو قذفها بزنى ولم يصف ذلك الى رؤيته فله ان يلاعن لإسقاط الحد عنه . وبه قال ابو حنيفة . وقال مالك ليس له أن يلاعن الا اذا قال رأيتها تزنى ، لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان

قال رأيت بعيني وسمعت بأذني . دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم » الآية . ولم يفرق بين أن يقول رأيت بعيني أو أطلق ولأنه معنى يخرج به من القذف المضاف إلى المشاهدة ، فصح الخروج به من القذف المطلق كالبينة

(فرع) وإن كان هناك ولد يريد نفيه لم ينتف بالبينة وإنما ينتفي باللعان ، لأن الشهود لا سبيل لهم إلى ذلك . وإن أراد أن يثبت الزنا بالبينة ويلاعن لنفي النسب أو يلاعن لهما جاز له ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن عفت الزوجة عن الحد أو التعزير — ولم يكن نسب — لم يلاعن ، ومن أصحابنا من قال له أن يلاعن لقطع النراش ، والمذهب الأول ، لأن المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفي النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحد منهما ، وليس ههنا واحد منهما ، وأما قطع النراش فإنه غير مقصود ويحصل له ذلك بالطلاق فلا يلاعن لأجله

وإن لم تعف الزوجة عن الحد أو التعزير ولم تطالب به فقد روى المزني أنه ليس عليه أن يلاعن حتى تطلب المقدوفة حدها .

وروى فيمن قذف امرأته ثم جنت أنه إذا تعن سقط الحد ، فمن أصحابنا من قل لا يلاعن لأنه لا حاجة به إلى اللعان قبل الطلب . وقال أبو إسحاق : له أن يلاعن لأن الحد قد وجب عليه فجاز أن يسقطه من غير طلب ، كما يجوز أن يقضى الدين المؤجل قبل الطلب . وقوله : ليس عليه أن يلتعن ، لا يمنع الجواز وإنما يمنع الرجوع

(فصل) وإن كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة يوطأ مثلها فقتلها عزر وله أن يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير قذف ؛ وإن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فقتلها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير ، لأنه ليس بتعزير قذف ؛ وإنما هو تعزير على الكذب لحق الله تعالى .

وإن قذف زوجته ولم يلاعن فحد في قذفها ثم قذفها بالزنا الذي رماها به عزر

ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير لدفع الاذى ، لا لنا قد حددناه للقذف ، فإن ثبت بالبينة أو بالإقرار أنها زانية ثم قذفها فقد روى المزني أنه لا يلاعن لدرء التعزير . وروى الربيع أنه يلاعن لدرء التعزير .

واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال أبو اسحاق : المذهب ما رواه المزني وما رواه الربيع من تخريجه لأن اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالإقرار أو البيينة ، ولأن القصد باللعان إسقاط ما يجب بالقذف ، والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف ، لأنه بالقذف لم يلحقها معرة . وقال أبو الحسن بن القطان وأبو القاسم الداركي : هي على قولين (أحدهما) لا يلاعن لما ذكرناه (والثاني) يلاعن لأنه إذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها ، فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها أولى .

(الشرح) درء العقوبة دنعها وإزالتها ، وبابه نفع ، ودارأته دافعته ، وفي الحديث « ادروا الحدود بالشبهات » وفي الكتاب « ويدرون بالحسنة السيئة » وقال تعالى (فادارأتم فيها) أي تماريتم وتدافعتم ، والمدارأة بالهمز المدافعة . قال الشاعر بلسان فاقته :

تقول وقد درأت لها وضيئي أهذا دينه أبدأ ودبني ؟
أكل الدهر حل وارتحال ؟ فما تبق عليّ ولا تقيني

والمدارأة بغير همز الاخذ بالرفق أو المخاتلة . يقال داريته إذا لاينته ، ودريته إذا ختلته . ومنه :

فإن كنت لا أدري الظباء فانتى أدس لها تحت التراب الدواهيا

أما الأحكام فإن حد القذف حق للمقذوف ، فإن عفا عنه سقط وان مات قبل أن يستوفيه ورث عنه ، وقال أبو حنيفة : هو حق لله لا حق للمقذوف فيه ، فإن عفا عنه لم يسقط ، وان مات لم يورث عنه . ووافقنا أنه لا يستوفى الا بطالبته . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام ، فأضاف العرض السينا كإضافة الدم والمال ، فوجب أن يكون ماني مقابله

المقذوف كالدم والمال ، ولائنه حق على البدن إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع فكان للآدمي كالفصاص ، ففي قولنا إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، احتراز من حد الزنا والخمر والقطع في السرقة .

إذا ثبت هذا فمذف زوجته ثم عفت عما وجب لها من الحد أو التعزير ولم يكن هناك ولد لم يكن له أن يلاعن ، لأنه يلاعن لإسقاط الحد عنه ، وقد سقط بالعمو . ومن أصحابنا من قال : له أن يلاعن لأنه يستفيد به قطع الفراش والفرقة المؤبدة . والمذهب الاول لأن الفرقة يمكنه إحداثها بالطلاق الثلاث . وإن كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفسه ، وإن لم تطالبه بالحد ولم تعف عنه ، فإن كان هناك نسب فله يلاعن لنفسه عنه ، وإن لم يكن هناك نسب فليس له أن يلاعن . ومن أصحابنا من قال : له أن يلاعن لقطع الفراش ، والمذهب الاول ، لأنه إنما يلاعن لنفي النسب أو لإسقاط الحد عنه ، وليس هناك أحدهما ، وقطع الفراش يمكنه بالطلاق الثلاث .

وجملة ما تقدم انه لا يتعرض له بإقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك ، فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها ، وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو مجروراً عليها ، ولا لولي الصغيرة وسيد الامة المطالبة بالتعزير من أجلهما ، لأن هذا حق ثبت للشئقي فلا يقوم غير المستحق فيه ، من المستحق كالفصاص فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد ، مثل أن أقام البيعة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك يُنتفى فإنه لا يشرع اللعان ؛ وهذا قول أكثر اهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفا الا بعض أصحابنا الذين قاروا : له الملاعنة لازالة الفراش ، ولكن الصحيح عندنا مثل قول سائر النقهاء لأن ازالة الفراش يمكنه بالطلاق ، والتحریم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان لأجله ، وإنما حصل ذلك ضمناً . أفاده ابن قدامة في المغنى فإذا قذف امرأته ثم جنت ، أو قذفها في حال جنونها بزنا أضافه الى حال الصحة ، فإنه لا يجب عليه الحد بذلك ، وإنما يجب عليه التعزير ؛ وإن أراد اولى

أن يطالب بها وجب لها من الحد أو التعزير لم يكن له ذلك ، لأن طريقة التشفي من القاذف بإقامة الحد عليه فلم يكن له ذلك كالقصاص ، فإن التعن الزوج منها فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وقعت الفرقة

واختلف أصحابنا فيه على وجهين ، فمنهم من قال إن كانت حاملا فللزواج أن يلاعن لأن اللعان يحتاج إليه لنفي الولد عنه . وإن كانت حائلا لم يكن له أن يلاعن لأن اللعان يراد لاسقاط الحد أو لنفي الولد ولا ولد ههنا فتحتاج إلى نفيه ، ولا يجب عليه الحد إلا بمطالبتها ولا مطالبة لها قبل الافاقة ، فلم يكن له أن يلاعن . وقال أبو إسحاق المروزي : له أن يلاعن سواء كانت حاملا أو حائلا ، لأنها إن كانت حاملا احتاج إلى اللعان لنفي الولد ، وإن كانت حائلا احتاج إلى اللعان لاسقاط الحد الواجب عليه في الظاهر كمن وجب عليه دين إلى أجل فله أن يدفعه قبل حلول الأجل ، والأول أصح لأن الشافعي قال : ليس على الزوج أن يلتعن حتى تطالب المقدوفة بمحدها .

(مسألة) وإن قذف زوجته الصغيرة — فإن كانت لا يوطأ مثلها — كإبنة سبع سنين يعلم يقيناً أنها لا توطأ وأنه كاذب ويجب عليه التعزير للكذب ، وليس له أن يلاعن لاسقاط هذا التعزير لأننا نتحقق كذبه فلا معنى للعان . قال الشيخ أبو حامد ولا يقام عليه التعزير إلا بعد بلوغها ، لأنه لا يصح مطالبتها ولا ينوب عنها أولى في المطالبة .

وإن كانت صغيرة يوطأ مثلها كإبنة تسع سنين فما زاد صح قذفه ، لأن ما قاله يحتمل الصدق والكذب ، ولا يجب عليه الحد بقذفها لأنها ليست بمحصنة ، وإنما يجب عليها التعزير ، وهل للزوج أن يلاعن لاسقاط التعزير ؟ فيه وجهان . من أصحابنا من قال ليس له أن يلاعن ، لأن اللعان يراد لنفي النسب أو لاسقاط ما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها ، وذلك لا يجب قبل مطالبتها . وقال أبو إسحاق ؛ له أن يلاعن لاسقاط ما وجب عليه من التعزير في الظاهر وإن لم تطالب به كما يجوز أن يقدم ما وجب عليه من الدين المؤجل قبل حلوله .

وإن كانت له زوجة كناية فقذفها لم يجب عليه الحد لأنها ليست بمحصنة ، ويجب عليه التعزير ، وحكمه حكم الحد الذي يجب عليه بقذف المحصنة يسقط عنه

بإقامة البينة على زناها أو باللعان ، لأنه إذا سقط عنه الحد الكامل بذلك فلأن يسقط ما هو دونه بذلك أولى .

وإن كانت الزوجة أمة فقذفها لم يجب عليه الحد لأنها ليست بمحصنة ، ويجب عليه التعزير ، وليس للسيد أن يطالب به لأنه ليس بمال ولا له بدل هو مال ، وحتى السيد إنما يتعلق بالمال أو بما بدله المال ، فإن طالبته الأمة به كان له أن يسقط ذلك بالبينة أو باللعان كما قلنا في الحد الذي يجب عليه بقذف المحصنة . وإن عفت الأمة عما وجب لها من التعزير سقط لأنه لا حق للسيد فيه

(مسألة) إذا قامت البينة على امرأة بالزنا أو أقرت بذلك ثم قذفها الزوج أو أجنبي بذلك الزنا أو بغيره لم يجب عليه حد القذف لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ، الآية . وهذه ليست بمحصنة ؛ ولأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب . فأما ما احتمل أحدهما فإنه لا يكون قذفاً ؛ ألا ترى أنه لو قذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها في العادة . أو قال الناس كلهم زناة لم يكن قذفاً ولأن الحد إنما جعل دافعاً للعار عن نسب المقدوفة ، وهذه لا عار عليها بذلك القذف ، لأن زناها قد ثبت ويجب عليه التعزير لأنه أذاها وسبها وذلك محرم فعزير لآجله ؛ فإن كان المؤذى لها بذلك أجنبياً لم يسقط عنه بينة ولا بغيرها ؛ لأن هذا تعزير أذى وليس بتعزير قذف . وإن كان المؤذى لها بذلك زوجها فهل له إسقاطه باللعان . نقل المزني ليس له إسقاطه باللعان .

ونقل الربيع أن له إسقاطه باللعان ؛ فاختلاف أصحابنا في ذلك ، فقال أبو اسحاق الصحيح ما نقله المزني ، وما نقله الربيع غلط ، لأن اللعان إنما يراد لتحقيق الزنا والزنا هنا متحقق فلا فائدة في اللعان ؛ ولأن اللعان إنما أسقط حق المقدوفة ، وأما حق الله فلا يسقط ، وهذا التعزير لحق الله تعالى فلم يجز إسقاطه باللعان ، كما قلنا فيمن قذف صغيرة لا يوطأ مثلها

فإن قيل لو كان هذا التعزير لحق الله تعالى ما كان ينتقل إلى مطالبتها ؛ كما لو قال ؛ الناس كلهم زناة ، فإن الإمام يعزره من غير مطالبة . قلنا إنما افتقر إلى مطالبتها لأنه يتعلق بحق امرأة بعينها .

وقال أبو الحسين ابن التاطان وأبو القاسم الداركي هي على قولين

(أحدهما) لا يلاعن لما ذكرناه (والثاني) يلاعن ، لأنه إذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها أولى . ومنهم من قال ليست على قولين . وإنما هي على اختلاف حالين ، فالموضع الذي قال لا يلاعن إذا كان قد رماها بالزنا مضافاً إلى ما قبل الزوجية ، مثل أن رماها بالزنا وهما أجنبيان فأقام عليها البينة بذلك ثم تزوجها ورماها بذلك الزنا لأنه كان في الأصل لا يجوز له اللعان لأجله فكذلك في الثاني ، والموضع الذي قال: له أن يلاعن إذا رماها بالزنا في حال الزوجية ، فحققه عليها بالبينة ثم رماها به ثانياً فله أن يلاعن لأنه كان في الأصل له إسقاط حده باللعان قبل البينة فكذلك بعد البينة

(فرع) وإن قذف امرأته بالزنا ولم يقيم عليها البينة ولم يلاعن فحد ثم رماها بذلك الزنا فإنه لا يجب عليه الحد ، لأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب وهذا لا يحتمل إلا الكذب ، ولأن الحد إنما يراد لدفع العار عن نسب المقدوفة وقد دفع عنه العار بالحد الأول فلا معنى لإقامة الحد ثانياً ، ويجب عليه التعزير لأنه آذاها بذلك ، والأذى بذلك محرم ولا يلاعن لإسقاط هذا التعزير ، لأنه تعزير أذى فهو كالتعزير لأذى الصغيرة التي لا يوطأ مثلها

وإن قذف أجنبي أجنبية بالزنا ولم يقيم البينة على الزنا فحد القاذف ثم رماها القاذف بذلك ثانياً فإنه لا يجب عليه الحد وإنما يجب عليه التعزير للأذى . وقال بعض الناس يجب عليه حد القذف

دليلنا ما روى أن أبا بكرة شهد هو ورجلان معه على المغيرة بن شعبة بالزنا فقدم عمر رضي الله عنه ؛ ثم قال أبو بكرة للمغيرة: قد كنت زانيت ، فهم عمر بجلده فقال له علي رضي الله عنه : إن كنت تريد أن تحده فأرجم صاحبك ، فأدرك عمر معنى قول علي عليه السلام : إن كنت تجعل هذا قذفاً ثانياً فقد تمت الشهادة على المغيرة . وإن كان هو القذف الأول فقد حددته .

(فرع) قال ابن الصباغ في الشامل: إذا قذف الرجل امرأته وثبت عليها الحد بلعانه نظرت — فإن لاعتته — فقد عارض لعانه لعانها فلا يثبت عليها الزنا ولا يجب عليها الحد ولا تزول حصانتها . ومتى قذفها هو أو غيره وجب عليه حد القذف . وإن قذفها ولاعنها ولم تلاعن هي فقد وجب عليها الحد ويسقط احصانها

في حق الزوج ، وهل تسقط حصانتها في حق الاجنبي ؟ فيه وجهان (أحدهما)
تسقط حصانتها لانه قد ثبت زناها بلعان الزوج فلا يسقط احصانها لأن اللعان
حجة تختص بالزوج ، ولهذا لا يسقط عن الاجنبي حد القذف به فلا يسقط
احصانها به في حقه .

وذكر الشيخ أبو اسحاق أن الزوج اذا قذفها وتلاعنا ، ثم قذفها بذلك الزنا
الذي تلاعنا عليه لم يجب عليه الحد . وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان
(أحدهما) لا يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط الا ما يجب بالقذف
في الزوجية لحاجته الى القذف . وقد زالت الزوجية فزالت الحاجة الى القذف .
وان تلاعنا ثم قذفها اجنبي حد ؛ فكل موضع قلنا لا يجب على الزوج الحد بقذفها
بعد الزوجية فإنه يجب عليه التعزير لانه اذاها والاذى محرم ، ولا خلاف أنه
لا يسقط هذا التعزير ولا الحد الذي يجب عليه اذا قذفها بزنا آخر باللعان ، لان
اللعان انما يكون بين الزوجين وهما احنبيان . هذا مذهبا

وقال أبو حنيفة اذا قذفها اجنبي فإن كان الزوج لاعنها ونفى حملها وكان الولد
حياً فعلى الاجنبي الحد ، وان كان لم ينف حملها ، أو نفاه وكان الرلد ميتاً فإنه لا
حد على الاجنبي .

دليلنا ماروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية
وامراته ففرق بينهما وقضى بأن لا يدعى الولد لأب ، وأنها لا ترمى ولا ولدها
فمن رماها أو ولدها فعليه الحد ولم يفرق

وهذا حجة لما قال ابن الصباغ فإنها أجابته باللعان

وقال صلى الله عليه وسلم « فمن رماها أو ولدها فعليه الحد ، ولم يفرق بين

الزوج وغيره . والله تعالى أعلم بالصواب

باب ما يلحق من الذنب وما لا يلحق

وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز

إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله ، وأممكن اجتماعهما على الوطء ، وأنت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه في الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش ، ولأن مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه ، وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه ، فوجب أن يلحق به

(فصل) وإن كان الزوج صغيراً لا يولد لمثله لم يلحقه ، لأنه لا يمكن أن يكون منه وينتفى عنه من غير لعان ، لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين ، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان .

واختلف أصحابنا في السن التي يجوز أن يولد له ، فمنهم من قال يجوز أن يولد له بعد عشر سنين ، ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك ، وهو ظاهر النص . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « مروم بالصلاة وهم أبناء سبع ، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع ،

ومنهم من قال يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله ، لأن المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع ، وما قاله الشافعي رحمه الله أراد على سبيل التقريب لأنه لا بد أن يمضي بعد التسع إمكان الوطء وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وذلك قريب من العشرة

وإن كان الزوج مجبواً فقد روى المزني أن له أن يلاعن ، وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق إن كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى من غير لعان لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما ، وإن قطع أحدهما لحقه ، ولا ينتفى إلا بلعان ، لأنه إذا بقي الذكر أوج وأنزل ، وإن بقي الأنثيان ساحق وأنزل ؛ وحمل الروايتين على هذين الحالين

قال القاضي أبو حامد : في أصل الذكر ثقبان إحداهما للبول والأخرى للمني فإذا انسدت ثقبه المني انتفى الولد من غير لعان لأنه يستحيل الإنزال ، وإن لم تنسد لم ينتف إلا باللعان ، لأنه يمكن الإنزال . وحمل الروايتين على هذين الحالين (الشرح) حديث « الولد للفراش » رواه أحمد والشيخان وأصحاب السنن إلا أبا داود ، وقد عده السيوطي في الأحاديث المتواترة . وقال الحافظ بن حجر : هذا الحديث رواه بضعة وعشرون نساً (قلت) ورد هذا الحديث عن أبي هريرة وعائشة وعثمان وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن عمر وأبي أمامة وعمرو بن خارجة وابن الزبير وابن مسعود وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص والبراء بن عازب وزيد بن أرقم وعبد الله بن عباس والحسن بن علي عليهما السلام وعبيدة بن الصامت ووائلة بن الأسقع ومعاوية بن عمرو وأنس وعبد الله بن حذافة السهمي وسودة بنت زمعة وأبي مسعود البدرى وزينب بنت جحش . وعن التابعين مرسل سفيان بن عيينة وعبيد بن عمير والحسن البصري . وفي لفظ للبخاري « الولد لصاحب الفراش » . أما حديث « مروم بالصلاة » أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن حديث سبرة بن عبد الجهنى . قال الترمذي هو حديث حسن ولفظ رواية عمرو بن شعيب « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع »

أما اللغات ، فقوله « ما يلحق من النسب » فهو من باب تعب ومصدره لحاق بالفتح أى أدرك وألحق مثله ؛ وألحقت زيدا بعمرو أتبعته إياه فلحق به وألحق أيضاً . وفي الدعاء « ان عذابك بالكفار ملحق » يجوز اسم فاعل بالكسر أى لاحق وبالفتح اسم مفعول لأن الله ألحقه وألحق القائف الولد بأبيه واستلحقت الشيء ادعيته . ولحقه الثمن لحوقاً لزمه ، فاللحوق اللزوم واختلاف في معنى الفراش فذهب اللاحق إلى أنه اسم للمرأة ، وقد يجر به عن حالة الاقتراش . وقيل انه اسم للزوج . روى ذلك عن أبي حنيفة . وأنشد بن الأعرابي مستدلاً على هذا المعنى قول جرير .

باتت تعانقه وبات فراشها

وفي القاموس : إن الفراش زوجة الرجل . قيل ومنه « وفرش مرفوعة »
والجارية يفترشها الرجل . اه
والعاهر الزاني ، يقال « عهر » أي زنى . قيل ويختص ذلك بالليل . قال في
القاموس : عهر المرأة كمنع عهراً ويكسر ويحرك ، وعهارة بالفتح وعهورة ،
وعاهرها عهارة أتاها ليلاً للفجور أو نهارة . اه
ومعنى له الحجر أى الخيبة أو لا شيء له فى اولد ، والعرب تقول : له الحجر
وبفيه الترب ، يريدون ليس له إلا الخيبة ، وقيل المراد بالحجر أنه يرجم بالحجارة
إذا زنى ، ولكنه يرد على هذا أنه لا يرجم كل من زنى بل المحصن فقط
أما الأحكام فإنه يمهّد لذلك بأنه لا فرق أولاً بين كون الزوجة مدخولاً بها
أو غير مدخول بها فى أنه يلاعنها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ
عنه من علماء الأمصار ، منهم عطاء والحسن والشعبى والنخعى وعمرو بن دينار
وقتادة ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى ، فإن كانت غير
مدخول بها فقد قال أحمد وسعيد بن جبير وقتادة ومالك : لها نصف الصداق ؛
فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما على ماسياتى بيانه ، فإن كان غير
المكلف الزوج فله حالان

(أحدهما) أن يكون طفلاً (والثانى) أن يكون بالغاً زائل العقل ، فإن كان
طفلاً — فإن أتت امرأته بولد نظرنا — فإن كان لدون عشر سنين ، وهى السن
التي يؤيدها ظاهر النص والحديث « اضر بوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع ،
وإن ذهب بعض الأصحاب إلى ما دون ذلك ، فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقه
الولد ويكون منفياً عنه ، لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه ، فإن الله عز وجل لم
يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفى عنه ، كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر
منذ تزوجها كما سياتى ، ولأن الولد لا يتخلق الا من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل
بلوغ . والصحيح أنه إذا تحقق إمكان الإنزال فقد ثبت البلوغ وألحق به الولد .
وهذا ظاهر مذهب أحمد ، لأن الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر . فإذا
ولات ولداً يمكن كونه منه فهو ولده فى الحكم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم

« الولد للفراش ، ولا ينفق عنه إلا بنفيه باللعان من الزوج وحده . وقال أحمد أن يوجد اللعان منهما جميعاً . ولنا أن نفي الولد إنما كان يمينه والتعانه هو لا يمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنها ، كما قال تعالى « ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين »

وقال أحمد وأصحابه : لا يكون اللعان تاماً إلا إذا التعنا جميعاً ، وأن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً ، وأن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر

وقال مالك وأصحاب الرأي ان فعل أخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفي الولد عنه ، لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بارأو وهي لا تهتضى ترتبها ، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبهه ما لو رتبته ، وعندنا لا يتم اللعان إلا بالترتيب إلا أنه يكفي عندنا لعان الرجل وحده لنفي الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة . ومن شروطه أن يذكر نفي الولد في اللعان . وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة . وقد خالف القاضي أبو بكر منهم فقال انه لا يحتاج الى ذكر الولد ونفيه ، وينتفي بزوال الفراش ، ولأن حديث سهل الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق الرسول صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود وغيره . وفي حديث مسلم عن عبد الله أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه . دليلنا أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً ، ولأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفي الولد ، كما لو أقرت به أو قامت به بينة

فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه — وكانت حاملاً فانكر حملها —

من رواية البخارى

وروى ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة ، والزيادة من الثقة مقبولة

فعلی هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لأنها من لفظات اللعان .

(مسألة) قال بعض أصحابنا يجوز أن يولد لها لتسع سنين ، ونصف السنة وهي مدة الحمل ، لأن الجارية قد تحيض لتسع فكذلك الغلام . وقد عرفنا أن عمرو بن العاص كان بينه وبين ابنه عبد الله إثنا عشر عاماً

ولنا أن الزمن الذي يمكن البلوغ فيه والاحتلام منه يلحقه الولد فيه . وأما

قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ، لأننا نعلم أنه لا يمكنه الاستمتاع لتسع

(فرع) قال أصحابنا : إن ولدت امرأة مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه

به في قول عامة أهل العلم ، لأنه يستحيل منه الإيلاج والإنزال . وإن قطعت

أنثياه دون ذكره فكذلك لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد . وقال بعضهم يلحقه

النسب لأنه يتصور منه الإيلاج وينزل ماء رقيقاً أو منياً من ثقبه المنى . وبهذا

قال القاضي أبو حامد المروروذى من أصحابنا

وقال أبو إسحاق إن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك . وبه قال أكثر

أصحاب أحمد رضي الله عنه .

فأما إن قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساقق فينزل ماء

يخلق منه الولد . وقال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور

ولا أصحاب أحمد اختلاف في ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا ، وهو

الخلاف الناشئ من روايتي الربيع والمزني ، وقد حمل أصحابنا الروايتين على الحالين

الذين أتينا عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب

العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع اتقى الولد من غير لعان ، لأنه

لا يمكن أن يكون منه .

(فصل) وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد اتقى عنه من غير

لعان ، لأننا نعلم أنها علقته به قبل حدوث الفراش ، وإن دخل بها ثم طلقها وهي

حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لسته أشهر لم يلحقه ، وانتفى عنه من غير لعان ، لأننا قطعنا براءة رحمها بوضع الحمل ، وأن هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش . وإن طلقها وهي خير حامل واعتدت بالاقراء ثم وضعت ولداً قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه ، لأننا تيقنا أن عدتها لم تنقض ، وإن أتت به لسته أشهر أو أربع سنين أو ما بينهما لحقه .

وقال أبو العباس بن سريج لا يلحقه لأننا حكمنا بانقضاء العدة وإباحتها للأزواج وما حكم به يجوز نقضه لأن امر محتمل ، وهذا خطأ لأنه يمكن أن يكون منه ، والنسب إذا أمكن إثباته لم يجوز نفيه ، ولهذا إذا أتت بولد بعد العقد لسته أشهر لحقه . وإن كان الاصل عدم الوطء وبراءة الرحم فإن وضعته لا أكثر من أربع سنين نظرت — فإن كان الطلاق بائناً — انتفى عنه بغير لعان ، لأن العلوق حادث بعد زوال الفراش ، وإن كان رجعياً ففيه قولان

(أحدهما) ينتفى عنه بغير لعان لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوتة ، فصاركما لو طلقها طلاقاً بائناً

(والقول الثاني) يلحقه لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء ؛ فإذا قلنا بهذا فإلى متى يلحقه ولدها ؟ فيه وجهان ، قال أبو إسحاق يلحقه أبداً ، لأن العدة يجوز أن تمتد لأن أكثر الطهر لا حد له ، ومن أصحابنا من قال يلحقه إلى أربع سنين من وقت انقضاء العدة ، وهو الصحيح لأن العدة إذا انقضت بانت وصارت كالمبتوتة

(الشرح) إذا تزوج رجل امرأة في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لسته أشهر من حين العقد ، أو تزوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ؛ وبذلك قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الوالد أنها يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنك قلت إذا مضى زمان الامكان لحق الوالد ، وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء

دليلنا أنه لم يحصل امكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة أو كمالو ولده لدون ستة أشهر ؛ وفارق ما قاسوا عليه ، لأن الامكان إذا

وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطنها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ، ولم يحز حذف الإمكان عن الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يحز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه .

ومن ولدت امرأته ولدأ لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج إلى نفيه لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم لأننا نعلم أنها علققت به قبل أن يتزوجها

(فرع) إذا طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولدأ ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر فهما من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحد ، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه ، وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علققت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة ؛ وكونها أجنبية فهي كسائر الأجنيات ، وإن طمتمها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولدأ قبل مضي ستة أشهر من آخر أقرانها لحقه لأننا نيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم أنها كانت حاملاً به في زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حيضاً فلم تنقض عدتها به ، وإن أتت به لأكثر من ذلك إلى أربع سنين لحقه .

وقال أبو العباس بن سريج لا يلحقه لأنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه ، كما لو انتقضت عدتها بوضع الحمل ، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العدة ، وأما بعدهما فلا يكتفى بالإمكان للحاقه ، وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه ، لأن الفراش سبب ، ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لانقضاءه ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . وهذا خطأ لأنه يمكن أن يكون منه لأن الأصل أن الولد يلحق بالإمكان فلحق به

(فرع) إذا وضعت قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ولم يذف عنه إلا باللعان ، وإن وضعت لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان

باتناً انتفى عنه بغير لعان لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال النراش ، وان كان رجعياً فوضعت له أكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك لأنها علقت به بعد البينونة ، وان وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ولاقل منها منذ انقضت العدة ففيه قولان

(أحدهما) لا يلحقه لأنها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن (والثاني) يلحقه لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء ، وبهذا الذي قلناه عندنا فثله عند أحمد رضي الله عنه ، قال قولان عندنا روايتان له أفادهما ابن قدامة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطنها رجل بالشبهة وادعى الزوج أن الولد من الواطىء عرض معهما على النفاة ولا يلاعن لنيه لأنه يمكن فيه بغير لعان وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعان ، فإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ السن الذي ينتسب فيه الى أحدهما ، فإن بلغ وانتسب الى الواطىء بشبهة انتفى عن الزوج بغير لعان ، وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان لأنه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان وان قال زنى بك فلان وأنت مكرهة والولد منه ففيه قولان

(أحدهما) لا يلاعن لنيه لأن أحدهما ليس بزنان فلم يلاعن لنيه الولد كما لو وطنها رجل بشبهة وهي زانية

(والثاني) أن له أن يلاعن وهو الصحيح ، لأنه نسب يلحقه من غير رضا لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كما لو كانا زانيين

(فصل) وان أتت امرأته بولد فادعى الزوج انه من زوج قبله ، وكان لها زوج قبله ، نظرت فإن وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الاول ، ولدون ستة أشهر من عقد الزوج الثاني فهو للأول ، لأنه يمكن ان يكون منه ، وينتفى عن الزوج بغير لعان لأنه لا يمكن أن يكون منه

وان وضعته لأكثر من أربع سنين من طلاق الاول ولاقل من ستة أشهر

من عقد الزوج الثاني انتفى عنهما ، لأنه لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، وإن وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ، ولستة أشهر فصاعداً من عقد الزوج الثاني عرض على القافة ، لأنه يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، فإن ألحقته بالأول لحق به وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج لحق به ولا ينتفى عنه إلا باللعان ، وإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك إلى أن يبلغ وقت الانتساب ، فإن انتسب إلى الأول انتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن انتسب إلى الزوج لم ينتف عنه إلا باللعان ؛ وإن لم يعرف وقت طلاق الأول وقت نكاح الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولادته على فراشه ، لأن الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب ، فإن حلفت دعواها وانتفى النسب بغير لعان ، لأنه لم يثبت ولادته على فراشه ، وإن نكل رددنا اليمين عليها ، وإن حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفى إلا باللعان ، لأنه ثبت ولادته على فراشه وإن نكلت فهل توجب اليمين إلى أن يبلغ الصبي فيحط ويثبت نسبه ؛ فيه وجهان بناء على القولين في رد اليمين على الجارية المرهونة إذا أحبلها الراهن وادعى أن المرتهن أذن له في وطنها وأنكر المرتهن ونكلا جميعاً عن اليمين (أحدهما) لا ترد اليمين ، لأن اليمين حق للزوجة ، وقد أسقطته بالتكول ، فلم يثبت لغيرها .

(والثاني) ترد لأنه يتعلق يمينها حقها وحق الولد ؛ فإذا أسقطت حتماً لم يسقط حق الولد .

(فصل) وإن جاءت امرأة ومعه ولد وادعت أنه ولدها منه وقال الزوج ليس هذا مني ولا هو منك بل هو لقيط أو مستعار لم يقبل قولها أنه منها من غير بينة لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها والأصل عدمها فلم يقبل قولها من غير بينة ؛ فإن قلنا إن الولد يعرض مع الأم على القافة في أحد الوجهين عرض على القافة ، فإن ألحقته بالأول لحق بها وثبت نسبه من الزوج لأنها أتت به على فراشه ولا ينتفى عنه إلا باللعان

وإن قلنا إن الولد لا يعرض مع الأم على القافة . أو لم تكن قافة . أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولادته على فراشه . فإذا

حلت انتفى النسب من غير لعان ، لأنه لم تثبت ولادته على فراشه . وان نكح
رددنا اليين عليها فإن حلفت لحقه نسبه ولا يذفى عنه الا باللعان . وان نكحت
فهل توفى اليين على بلوغ ازلد ليحلب ؟ على ما ذكرناه من الوجهين
في الفصل قبله .

(الشرح) ان غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا
صحيا في الظاهر ودخل بها اثناني وأولدها أولاداً ثم قدم الاول فسخ نكاح الثاني
وردت الى الاول وتعدت من الثاني وطاعليه صداق مثلها والاولاد له لانهم ولدوا
على فراشه . روى ذلك عن علي عليه السلام . وبه قال الثوري وأهل العراق
وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز وأحمد واسحاق وأبو يوسف وغيرهم من أهل
العلم الا أبا حنيفة فإنه قال الولد للأول لأنه صاحب الفراش لأن نكاحه صحيح
ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبهه الاجنبي

دليلنا أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له
دون غيره . كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها . وفارق الاجنبي فإنه
ليس له نكاح .

(فرع) اذا ولدت المرأة فأنكر زوجها الولد فلا حد عليه لأن هذا ليس
بقذف لاحتمال أن يكون مراده انه لا يشبهه في خلقه أو خلقه . وان قال وطئت
بشبهة والولد من الواطئ فلا حد عليه لأنه لم يقذفها ولم يقذف واطئها . وان
قال أكرهت هلى الزنا فهل عليه اللعان؟ فذهب أحمد وأبي حنيفة أنه لا حد عليه
ولا لعان لأنه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب الولد . ومذهبنا
أن له اللعان لأنه محتاج الى زنى الولد بخلاف ما اذا قال وطئت بشبهة فإنه يمكن
نفي النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لا يشرع
لعان أمته لما أمكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء

فإن قال وطئت فلان بشبهة وأنت تعلين الحال فليس هذا بلعان وليس له نفيه
باللعان لأنه يمكنه نسبه بالقافة فأشبهه ما لو قال واشتبه عليك أيضا . وقد اختار
هذا بعض أصحاب أحمد

وقال ابن قدامة : إنه يدخل في قوله تعالى « والذين يرمنون أزواجهم ، فلك اللعان ونفى الولد ، لأنه قد لا يوجد قافة ، وقد لا يعترف الرجل بما نسب إليه ، أو يغيب أو يموت فلا يفتنى الولد .

(فرع) وإن أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرت - فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة - لم يلحق بالأول بحال ، وإن كان بعد أربع سنين منذ بانث من الأول لم يلحق به أيضاً . وإن وضعته لاقبل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفى عنهما . وإن كان لاكثر من ستة أشهر فهو ولده ، وإن كان لاكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولاقل من أربع سنين من طلاق الاول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة والحنى بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الاول ولحق الزوج ، ولا ينتفى عنه الا باللعان ، وهذا احدى الروايتين عن أحمد (رض)

(مسألة) اذا تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى الزوج الاخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطئ . لأنه وطئ يعتقد حله فلحق به النسب كالوطئ في نكاح فاسد

وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب أحمد : لا يكون الولد للواطئ وانما يكون للزوج . وهذا الذى يقتضيه أصل أبي حنيفة لأن اولد للفراش . دليلنا أن الواطئ انزرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به ، كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاة ثم بان حياً ، والخبر مخصوص بهذا فقيس عليه ما كان في معناه

وان وطئت امرأة بشبهة في طهر لم يصبها فيه ، فاعتزلها حتى أتت بولد لسته أشهر من حين الوطئ لحق الواطئ وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبي حنيفة وبعض أصحاب أحمد : يلحق الولد الزوج ، لأن الولد للفراش . وإن أنكر الواطئ الوطئ فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ، ولا تقبل دعوى الزوج في قلع نسب الولد . وإن أتت باولد لدون ستة أشهر من حين الوطئ لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس

من الواطىء . وان اشتركا فى وطئها فى طهر فأنت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه

وان ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أهل العلم : يعرض على القافة معهما فيلحق بمن أحتمته منهما ، فإن أحتمته بالزوج لحق ولم يملك نفية باللعان ، وهو أصح الروايتين عن أحمد رضى الله عنه

ولنا أنه يمكن الاستعانة بالطب الشرعى فى تحليل فصائل دم كل من الرجلين والام فإن تشابهت فصائل الدم عندهما أخذ بالقافة وان اختلفت فإن كان أحدهما (ا) والآخر (ب) والام (و) فإن جاء الولد (و) رجعنا الى القافة . وان جاء (ا) كان لمن فصيلته (ا) وان جاء (ب) كان كذلك ، وان جاء (اب) رجعنا الى القافة ، ويحتمل أن يلحق الزوج لان الفراش دلالة أقوى فهو مرجح لاحد الاحتمالين فيلحق بالزوج ، ويمكن أن يلحق بهما ولم يملك الواطىء نفية عن نفسه ، وللزوج أن ينفيه باللعان . وهذا احدى الروايتين عن أحمد (رض)

وان لم توجد القافة أو أنكر الواطىء أو طء أو اشتبه على الطب الشرعى أو القافة ترك الى أن يكبر الى وقت الانتساب فإن انتسب الى الزوج والانتباه باللعان

(مسألة) اذا قال : ما ولدته وانما التقطته أو استعرتة ، فقالت بل هو ولى منك لم يقبل قول المرأة الا بينة ، وهذا هو قول احمد وابى ثور واصحاب الرأى لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها ، والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين ، فإن قلنا بأحد الوجهين ان الولد يعرض مع الام على القافة أو على الطب الشرعى ، فإن أحقاه بالام لحق بها وثبت نسبه من الزوج لانه لم يأت الا على فراشه ، وليس له ان ينفيه باللعان ، لانه لم يقذفها بالزنا ؛ وانما ادعى نفى الولادة . وان قلنا بأوجه الآخر بعدم العرض على القافة كان القول قوله مع يمينه انه لا يعلم انها ولدته على فراشه ، وكذلك اذا أشكلت القافة حين عرض عليها أو تشابهت فصائل الدم ، واحتمل ان يكون من غيرها ، أو كانت فصيلته مشابهة للزوج ويحتمل ان يكون من غيره فإن القول قول الزوج مع يمينه ، فإن حان فلا لعان وانفى نسبه منه ، وان نكل رددناه عليها وبحلها يلحقه الولد ،

وليس له أن يلاعنها ، فإن نكلت هي أيضاً فعلى ما ذكره المصنف في الفصل قبله
من أوجهين من وقوف اليمين حتى يبلغ الولد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا تزوج امرأة وهي وهو ممن يولد له ووطنها ، ولم يشاركه أحد
في وطنها بشبهة ولا غيرها ، وأتت بولد لسته أشهر فصاعداً لحقه نسبه ، ولا يحل
له نفيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
حين نزلت آية الملاءنة : أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه
وفضحه الله على رموس الاولين والآخرين »

وإن أتت امرأته بولد يلحقه في الظاهر بحكم الإمكان وهو يعلم أنه لم يصبها ،
وجب عليه نفيه باللعان ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ،
ولن يدخلها الله تعالى جنته ، فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المرأة أن تدخل
على قوم من ليس منهم ، دل على أن الرجل مثلها ، ولأنه إذا لم ينفه جعل الاجنبي
ماسبأ له ومحرمأ له ولا ولاده ومزاحماً لهم في حقوقهم . وهذا لا يجوز ، ولا
يجوز أن يتذمها لجواز أن يكون من وطء شبهة أو من زوج قبله .

(فصل) وإن وطئ زوجته ثم استبرأها لحبضة وطهرت ولم يطأها وزنت
وأتت بولد لسته أشهر فصاعداً من وقت الزنا لزمه قذفها ونفى النسب لما ذكرناه
وان وطنها في الطهر الذي زنت فيه فأنت بولد وغلب على ظنه أنه ليس منه ، بأن
علم أنه كان يعزل منها أو رأى فيه شيئاً بالزاني لزمه نفيه باللعان ، وان لم يغلب
على ظنه أنه ليس منه لم ينفه لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر »

(الشرح) عمد المصنف الى حديث أبي هريرة فجراه جزأين مما أوهم أنهما
حديثان ، وكان يمكنه سوق الحديث برمته والاستدلال به في الموضوعين بغير تجزئته
ولا تكرار ، فالحديث أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان
والحاكم في المستدرک وابن أبي شيبه عن ابى هريرة رضى الله عنه مرفوعاً « أيما
امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، وأيما رجل جحد

ولده وهو ينظر اليه احتجب الله تعالى منه ، وفضحه على رموس الاولين والآخرين
يوم القيامة ، وفي رواية ابن ماجه « ألحقت بقوم ،

أما أحكام الفصليين فإنه يحرم على الرجل قذف زوجته ، وقد جعله القرآن
الكريم من الكبائر قال تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات لعنوا في الدنيا
والآخرة ولهم عذاب عظيم » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أيا رجل جحد ولده
وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رموس الاولين والآخرين »

قوله « ينظر اليه » يعنى يراه منه ، فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من
ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ، ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره
لأنه غير مأمون على الكذب عليها ، ولا برؤيته رجلاً خارجاً من عندها من غير
أن يستفيض زناها لانه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً أو لحاجة . كما قررنا
ذلك في صدر هذا البحث

(فرع) اللعان واجب اذا رأى امرأته تزنى في طهر لم يطأها فيه فإنه يلزمه
اعتزالها حتى تنتهى عدتها ، فإذا أتت بولد لسته أشهر من حين الزنا فأكثر لزمه
قذفها ونفى ولدها لأن ذلك يجرى بجرى اليقين في ان الولد من الزانى ، فإذا لم
ينفه لحتمه الولد . وورثه وورث أقاربه وورثوا منه . ونظر الى بنائه واخوانه .

وليس ذلك بجائز وسيحمل هو وزره فيجب نفيه لإزالة ذلك

وإذا أقرت له بالزنا ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها . وكذلك اذا غلب
على ظنه زناها في طهر وطئها فيه ثم اتت بولد فرأى ملاح الزانى ومخاييله واضحة
في الوليد . او كان يطؤها ويعزل عنها ثم ولدت لسته أشهر من حين العزل
فصاعدا لزمه نفيه ايضا باللعان .

فإن لم يوقن او يظن ظناً قوياً انه ليس منه لم ينفه لحديث ابى هريرة رضى الله
عنه الذى اخرجاه الشيخان واصحاب السنن الا ابا داود عن النبي صلى الله عليه
وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وما رواه الشافعى بسنده عن ابن عمر
« ان عمر قال : ما بال رجال يطأون ولا تدهم ثم يعتزلونهن . لا تأتيني وليدة
يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها . فاعزلوا بعد ذلك او اتركوا »

ومتتمضى هذا أن الولد يلحق الأب بد ثبوت الفراهش ، وهو لا يثبت إلا بعد
إمكان الرطء في النكاح الصحيح أو الفاسد ، وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء ،
وقال أبو حنيفة : إنه يثبت بمجرد العقد ، واستدل له بأن مجرد المظنة كافية ،
ورد بمنع حصولها بمجرد العقد ، بل لا بد من إمكان الوطء ، ولا شك أن اعتبار
بمجرد العقد في ثبوت الفراهش جمود ظاهر

وحكى ابن القيم عن أبي حنيفة أنه يقول بأن نفس العقد وإن علم أنه لم يجتمع
بها بل لو طلقها عقبه في المجلس تصير الزوجة به فراشاً ، وكذلك قوله بأن العقد
يثبت به الفراهش ولحوق النسب ، ولو كانت بينهما مائة طويلة لا يمكن وصوله
ليها في مقدار مدة الحمل ، وهذا كله لا دليل عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أتت امرأته بولد أسود وهما أبيضان ، أو بولد أبيض وهما
أسودان ففيه وجهان :

(أحدهما) أن له أن يفنيه لما روى ابن عباس رضي الله عنه في حديث هلال
ابن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن جاءت به أورك جعداً جمالياً خدج
الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به ، فجاءت به أورك جعداً جمالياً خدج
الساقين سابغ الإليتين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الإيمان لكان
لي ولها شأن ، فجعل الشبه دليلاً على أنه ليس منه

(والثاني) أنه لا يجوز نفية لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : جاء رجل
إلى النبي صلى الله عليه وسلم من بني فزارة ، فقال : إن امرأتى جاءت بولد أسود
ونحن أبيضان ، فقال هل لك من إبل ؟ قال نعم ، قال ما ألوانها ؟ قال حمر . قال
هل فيها من أورك ؟ قال إن فيها لورقاً . قال فأنت ترى ذلك ؟ قال عسى أن يكون
نزعه عرق ، قال وهذا عسى أن يكون نزعه عرق ،

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد وأبو داود وهو مطول عنده ، وفي
إسناده عباد بن منصور فيه مقال معروف . وحديث أبي هريرة أخرجه أحمد
والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطني ولفظه « جاء رجل من بني فزارة

الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ولدت امرأتى غلاماً أسود؛ وهو حينئذ
يعرض بأن ينفيه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من ابل؟ قال نعم؛
قال فما ألوانها؟ قال حمر؛ قال هل فيها من أورك؟ قال ان فيها لورقاً؛ قال فأتى
أناها ذلك؟ قال عسى أن يكون نزع عرق؛ قال فهذا عسى أن يكون نزع عرق
ولم يرخص له في الانتفاء منه .

ولأبي داود في رواية « إن امرأتى ولدت غلاماً أسود واني أنكره »
قوله « هلال بن أمية » هو أحد الثلاثة الذين « خلتفوا » . قوله « جاء رجل »
اسمه ضمضم بن قتادة

أما اللغات فالأورق الأسمر، وفي المصباح ما كان لونه كلون الرماد، والاسم
الورقة كالحمرة والخضرة والصفرة. والجمع ضد السبط وقد مضى. وقال الهروي
يكون مدحاً وذماً، فالمسح بعنيين؛ أحدهما أن يكون معضوب الخلق شديد
الاسر، والثاني أن يكون شعراً جيداً، والدم بعنيين. أحدهما أن يكون قصيراً
متردداً، والثاني أن يكون نحيلاً، يقال رجل جمع اليمين وجمع الأصابع أي
مقبضها، والجمالي بضم الجيم، الضخم الأعضاء التام الاوصال، هكذا قال ابن
بطلال، وقال في المصباح: عظيم الخلق، وقيل طويل الجسم اه .

قالوا ناقة جمالية من بدانتها؛ قال الشاعر:

جمالية لم يبق سيرى ورحلتي على ظهرها من نيبها غير محفدى
وخذلج الاقبن أى عريض صدر القدمين خفاق القدم، وسابع الاليتين أى
كامل واف؛ ومنه الدرع السابغة

أما الاحكام فإن حديث ابن عباس دليل على أنه يجوز للأب أن ينفى ولده
بمجرد كونه مخالفاً لها في اللون، وهذا قال القاضي وأبو الخطاب من الحنابلة،
وهو أحد الوجهين عند أصحابنا؛ وحديث أبي هريرة دليل على أنه لا يجوز له أن
ينفى واده بمجرد كونه مخالفاً لها في اللون

وقد حكى القرطبي وابن رشد الاجماع على ذلك وتعقبهما الحافظ بن حجر
بأن الخلاف في ذلك ثابت عند الشافعية فقالوا: ان لم ينضم الى المخالفة في اللون
قرينة زنا لم يحز النفي، فإن اتهمها فأتت بولد على لون الرجل الذى اتهمها به جاز

النفي على الصحيح عندهم . وعند الحنابلة يجوز النفي مع القرينة مطلقاً . وقال ابن قدامة : لا يجوز النفي بمخالفة الولد لون والديه أو شبيههما ، ولا لشبهه بغير والديه لما روى أبو هريرة (وساق حديث التمزاري)

(قلت) ولأن الناس كلهم لآدم وحواء وأولادهم وخلقتهم مختلفة ، فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلفه واحدة ، ولأن دلالة الشبه ضعيفة ، ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوي لمعارضة الضعيف ، ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ورأى النبي (ص) فيه شهاً بيناً بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه ، وهذا اختيار أبي عبد الله ابن حامد من أصحاب أحمد . وهو الوجه الآخر لأصحاب الشافعي

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أتت امرأته بولد وكان يعزل عنها إذا وطئها لم يجز له نفيه ، لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال : يا رسول الله إنا نصيب السبايا ونحب الأثمان أفنمزل عنهن ؟ فقال صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل إذا قضى خلق نسمة خلقها ، ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق به ؛ وإن أتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز له النفي لأنه قد يسبق الماء إلى الفرج فتعلق به (والثاني) أن له نفيه لأن الولد من أحكام أوطء ، فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام . وإن أتت بولد وكان يطؤها في الدبر ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له نفيه ، لأنه قد يسبق من الماء إلى الفرج ما تعلق به . (والثاني) له نفيه لأنه موضع لا يبتغي منه الولد .

(فصل) إذا قذف زوجته وانتفى عن الولد — فإن كان حملاً — فله أن يلاعن وينفي الولد ، لأن هلال بن أمية لآعن على نفى الحمل ، وله أن يؤخره إلى أن تضع ، لأنه يجوز أن يكون ریحاً أو غلظاً فيؤخر إيلاعن على يقين ، وإن كان الولد منفصلاً ففي وقت نفيه قولان (أحدهما) له الخيار في نفيه ثلاثة

أيام ، لأنه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النهى ، فجاء الثلاث
حداً لأنه قريب ، ولهذا قال الله عز وجل : يا قوم هذه ناقة الله لكم آية فذروها
تأكل في أرض الله ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ، ثم فسر القريب
بالثلاث ، فقال « تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مهكوب »

(والثاني) وهو المخصوص في عامة الكتب أنه على الفور ، لأنه خيار غير
مؤد لدفع الضرر ، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ؛ فإن حضرت الصلاة
فبدأ بها أو كان جائعاً فبدأ بالأكل ، أو له مال غير محرز واشتغل بإحرازه ، أو
كان عاداته الركوب واشتغل بإسراج المركوب ، فهو على حقه من النهى ، لأنه
تأخير لعذر . وإن كان محبوباً أو مريضاً أو قيمياً على مريض أو غائباً لا يقدر
على المسير وأشهد على النهى فهو على حقه . وإن لم يشهد مع القدرة على الاشهاد
سهط حقه ، لأنه لما تعذر عليه الحضور للنهى أقيم الاشهاد مقامه إلى أن يقدر
كما أقيمت الفية باللسان مقام الوطء في حق المولى إذا عجز عن الوطء إلى أن يقدر

(الشرح) حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أخرجه أحمد والبخارى
ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى بالفاظ مختلفة كلها تؤدي معنى ما ساقه
المصنف هنا ، وقد مضى الكلام على طريقه وأقوال العلماء فيه في أحكام العزل من
كتاب الكاح فليراجع . وروى معاه عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس
وأنس بن مالك وأسامة بن زيد وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين .

فإذا أتت بولد وكان يعزل عنها لم يحز له نفيه لحديث أبي سعيد ، ولأنه قد
يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق .

وأما ان كان لا يطؤها الا دون الفرج أو في الدبر فأتت بولد ، فذكر أصحابنا
فيه وجهين (أحدهما) أنه ليس له نفيه لأنه لا يأمن ان يسبق الماء الى الفرج
فيعلق به ؛ وبه قال احمد . وقال ابن قدامة : وهو بعيد لأنه من أحكام الوطء في
الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام ، ودلالة عدم الوطء في الفرج على
انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون أبيه اه . وهذا هو الوجه الثاني عندنا
وبشجب ابن قدامة لما قاله أصحابه يكون في مذهب احمد في المسئلة قولان

وقال أبو حنيفة لا يلاعن وبناه على أصله في أن اللواط لا يوجب الحد .
وهذا فاسد لأن الرمي به محرمة ؛ وقد دخل تحت عموم قوله تعالى (والذين يرمون
أزواجهم) وقد حقق القرطبي في تفسيره سورتي الأعراف والمؤمنون أنه يجب
الحد . وقالت المالكية : يلاعن إذا انبنى من الحمل بشرطه

(مسألة) إذا ظهر بامرأته حمل فله أن ينفيه وله أن يؤجل نفيه إلى أن تضع
واختلف أصحاب أحمد فيما إذا لاعن امرأته حاملاً ونهى حملها في لعانه . فقال
الخرقي وجماعة : لا ينفى الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينفى حتى يلاعنها بعد
الرضع وينفى أولاد فيه . وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ، لأن
الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحاً أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا
يجوز تعليق اللعان بشرط

ولنا أنه يصح نفي الحمل وينفى عنه . دليلنا حديث هلال بن أمية وأنه نفى
حملها فنفاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم وألحقه بالأول ، ولا خفاء بأنه كان حاملاً
ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم « انظروها فإن جاءت به ، كذا وكذا
قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة — الى أن قال —
ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها
الحائض من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها
مما يطول ذكره . اهـ

وقالت المالكية : إذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه لم يكن له نفيه بعد
سكوته ، لأن سكوته بعد العلم به رضاً به ، كما أن أقر به ثم ينفيه فانه لا يقبل منه
فإن قال رجوت أن يكون ريحاً ينشئ أو تسقطه فاستريح من السقط ، أو يكون
من أمراض النساء كالأورام الليفية التي تبدو معها المرأة كأنها حامل في الشهر
التاسع ، وهي في حاجة الى استئصال هذا الورم ، فهل لنفيه بعد وضعه مدة ما ؟
فاذا جاوزها لم يكن له ذلك ، فقد اختلف في ذلك على قولين
(أحدهما) إذا لم يكن له عذر في سكوته حتى مضت ثلاثة أيام فهو راض به
ليس له نفيه . وبهذا قال المالكية

وقالت الحنابلة : إذا ولدت وإدأ فسكت عن نفيه مع امكانه لزمه نسبه

ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، ومدة الثلاث فرصة كافية لانعام النظر واعمال الفكر والتدبر في الامر ، فقد يكون في التريث أمن من الندم ، ومدة الثلاث حكمها شائع في خيار البيع وفي اختبار المصراة ، وقد جاء في تأويل قوله تعالى « قال تمتعوا في داركم ثلاثة ايام » أنها توضيح لمبهم « قريب » في آية الناقة من وعيدهم بالعذاب . (والثاني) وهو المنصوص ، وهو قول ابى بكر من اصحاب احمد رضى الله عنه : لا يتقدر ذلك بثلاث ، بل هو على ما جرت به العادة ان كان ليلا ، فحتى يصبح وينتشر في الناس ، وان كان جائعا أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب ، أو ينام ان كان ناعسا ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلى ان حضرت الصلاة ، ويحرز ماله ان كان غير محرز ، وأشباه ذلك من أشغاله ، فان أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه .

وقال ابو حنيفة : له تأخير نفيه يوما ويومين استحساناً ، لأن النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته . وقال ابو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم . وحكى عن عطاء ومجاهد أن له نفيه ما لم يعترف به فكان له نفيه كحالة الولادة .

ووجه القول الاول انه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على الفور كخيار الشفعة . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة ، فما عداه يبقى على عموم الحديث . وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه ؛ وكذلك يرد هذا على ما قال عطاء ، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره . وقالت المالكية : ان الايام الثلاثة آخر حد القلة وأول حد الكثرة

(فرع) ان كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس ، أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته نظرت — فان كانت مدة ذلك قصيرة فأخره الى الحضور ليزول عذره — لم يبطل نفيه لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح وان كانت تتناول فأمكنه التنفيذ الى الحاكم ليعث اليه من يستوفى عليه اللعان

والذي فلم يفعل سقط ففيه ، فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته ، فإن لم يفعل بطل خياره ، لأنه إذا لم يقدر على فيه كان الأشهاد قائما مقامه كما يقيم المريض الفيتة بقوله في الايلاء بدلا عن الفيتة بالجماع

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ادعى أنه لم يعلم بارادة فإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليه ذلك من طريق الادة ، بأن كان معها في دار أو نخلة صغيرة لم يقبل ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وإن كان في موضع يجوز أن يخفى عليه كالبالد الكبير ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه ظاهر

وإن قال علمت بارادة إلا أني لم أعلم أن لي النفي — فإن كان ممن يخاطب أهل العلم — لم يقبل قوله ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وإن كان قريب عهد بالاسلام أو نشأ في موضع بعيد من أهل العلم قبل قوله ، لأن الظاهر أنه صادق فيما يدعيه وإن كان في بلد فيه أهل علم إلا أنه من العامة فتميه وجهان (أحدهما) لا يقبل كما لا يقبل قوله إذا ادعى الجهل برد المبيع بالعييب .

(والثاني) يقبل لأن هذا لا يعرفه إلا الخواص من الناس بخلاف رد المبيع بالعييب ، فإن ذلك يعرفه الخاص والعام .

(فصل) وإن هنأه رجل باراد فقال : بارك الله لك في مرلودك وجعله الله لك خلفاً مباركاً وأمن على دعائه ، أو قال استجاب الله دعائك سقط حقه من النفي لأن ذلك يتضمن الاقرار به ، وإن قال أحسن الله جزاءك ، أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله ، لم يسقط حقه من النفي ، لأنه يحتمل أنه قال له ذلك ليقابل التحية بالتحية .

(فصل) وإن كان ارلد حملا فقال أخرت النفي حتى ينفصل ثم الأعن على يقين فالقول قوله مع يمينه لأنه تأخير لعذر يحتمله الحال . وإن قال أخرت لاني قلت لعله يموت فلا أحتاج إلى اللعان ، سقط حقه من النفي ، لأنه ترك النفي من غير عذر .

(الشرح) إذا ثبت ما قدمنا من شرح الفصول فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم؟ أو بإمكان النفي؟ على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة، فإن آخر نفيه عن ذلك ثم ادعى أنه لا يعلم بالردة وأمكن صدقه بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك؛ مثل أن يكون في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم العلم، وإن لم يمكن - مثل أن يكون معها في الدار - لم يقبل لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه.

وإن قال علمت ولادته ولم أعلم أن لى نفيه، أو علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كدعوى الناس قبل منه، لأن هذا مما يخفى عليهم فأشبهه ما لو كان حديث عهد بإسلام. وإن كان فقيها لم يقبل منه وقال بعض الحنابلة يحتمل أن يقبل منه لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام أفاده ابن قدامة. وقال أكثرهم كقولنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشئ. وحديث العهد بالإسلام. وهل يقبل من سائر العامة؟ على وجهين ذكرهما المصنف (فرع) إذا قال لم أصدق الخبر عنه نظرت - فإن كان مستفيضاً وكان الخبر مشهوراً بالعدالة - لم يقبل والا قبل.

وإن قال لم أعلم أن عليّ ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى، وإن علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره. وإن كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل؛ وإن أخر نفيه لغير عذر وقال: أخرت نفيه رجاء أن يموت فاستر عليه وعليّ بطل خياره، لأنه أخر نفيه مع الامكان لغير عذر (مسألة) قوله: وإن هنأه رجل بانولد الخ، فجملة ذلك أنه إذا هنىء به فأمّن على الدعاء لزمه في قولهم جميعاً. وإن قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله فانه لا يلزمه لأنه جازاه على قصده وليس ذلك إقراراً ولا متضمناً له. وقال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة: يلزمه الولد، لأن ذلك جواب الراضى في العادة فكان إقراراً كالتأمين على الدعاء، وإن سكت كان إقراراً. هكذا أفاده ابن قدامة، قال لأن السكوت صلح دال على الرضى في حق البكر وفي مواضع أخرى، فههنا أولى

هذا وما بقي من فروع في الفصول فقد مضى لنا بحثها في الفصول قبله

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا أتت امرأة بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر ، لحقه الولدان لأنهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر ، وجعلنا ما انتفى منه تابعاً لما أقر به ، ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما انتفى منه ، لأن النسب يحتاج لإثباته ولا يحتاج لنفيه ، ولهذا إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه ويمكن أن لا يكون منه ألحقناه به احتياطاً لإثباته ، ولم ننفه احتياطاً لنفيه .

وإن أتت بولد فنفاه باللعان ثم أتت بولد آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول لم ينتف الثاني من غير اللعان ، لأن اللعان يتناول الأول ، فإن نكاه باللعان انتفى ، وإن أقر به أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لأنهما حمل واحد وجعلنا ما نكاهه تابعاً لما لحقه ، ولم نجعل ما لحقه تابعاً لما نكاهه ، لما ذكرناه في التوأمين . وإن أتت بالولد الثاني لستة أشهر من ولادة الأول انتفى بغير لعان لأنها علقت به بعد زوال الفراه .

(فصل) وإن لاعنها على حمل فولدت ولدين بينهما دون ستة أشهر ، لم يلحقه واحد منهما لأنهما كانا موجودين عند اللعان فانفيا به ، وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر انتفى الأول باللعان ، وانتفى الثاني بغير لعان ، لأننا تيقنا بوضع الأول برأه رحماً منه وأنها علقت بالثاني بعد زوال الفراه

(فصل) وإن قذف امرأة بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح — فإن لم يكن نسب — لم يلاعن لاسقاط الحد لأنه قذف غير محتاج إليه فلم يجوز تحقيقه باللعان كقذف الأجنبية ، وإن كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يلاعن لأنه قذف غير محتاج إليه ، لأنه كان يمكنه أن يطلق ولا يضيفه إلى ما قبل العقد (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن له أن يلاعن لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا ينتفى بغير لعان فجاز له نفيه باللعان .

(الشرح) اذا ولدت امرأته توأمين - وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر - فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ، ولا عبرة بنفيه ، لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بمضه منه وبعضه من غيره ، فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعا لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به واستلحقه تابعا لما نفاه ؛ لأن النسب يحاط لاثباته لا لنفيه ؛ ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطا ، ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه ، ولأن الشارع الحكيم يتشوف الى ثبوت النسب مهما أمكن ولا يحكم بانقطاع النسب الا حيث يتعذر اثباته ، ولهذا ثبت بالفراش ، وبالدهوى وبالانساب التي يمثلها لا يثبت نتاج الحيوان ؛ ولأن اثبات النسب فيه حق لله تعالى وحق للولد وحق للأب ، ويترتب عليه من الاحكام في اوصول بين العباد ما به قوام مصالحهم ، فأثبتته الشرع بأنواع الطرق التي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن كونه من غيره ألحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه . فلو قذف أمهما فطالبته بالحد فليس له اسقاطه باللعان ، لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه فلم يسمع منه انكاره بعد ذلك .

وقالت الحنابلة : له اسقاطه باللذان . وحكى ابن قدامة قول آخر للقاضي منهم انه يحذ ولا يملك اسقاطه باللعان .

ووجه المذهب عندنا ظاهر . أما وجه المسألة عندهم فإنه لا يلزم من كون اولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من اولد وجود الزنا منها كون اولد منه . ولذلك اقرت بالزنا أو قامت به بيئة لم يذنب اولد عنه ، فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد .

(فرع) اذا استلحق أحد اولدين وسكت عن الآخر لحقه ، لأنه ان زنياه للحقه ، فإذا سكت عنه كان أولى ، ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان . وان نفي أحدهما وسكت عن الآخر زنياه . وقال أصحاب أحمد لحقاه جميعا ، لأن لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان . وان كان لم يثبت الوطء ، ولا يذنبى الامكان للنفي فافترقا

ولنا أنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به . وإن أتت بولد فنهاه ولاعن
لغيه ثم ولدت آخر لاقل من ستة أشهر اتقى الثاني باللعان الاول
وقال الحنابلة لم يذنب لأن اللعان تناول الاول وحده ؛ ويحتاج في نفي الثاني
إلى لعان ثان . ولنا أنهما حمل واحد وقد لاعن لغيه مرة فلا يحتاج إلى لعان ثان
فأما إن نفي الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر ، فإنه
لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل ويذنى الثاني بغير لعان ،
لانها بولادتها الأول تمييزا براءة رحمها ، فيكون حملا آخر .

وقال الحنابلة لا ينتفى بغير اللعان لأنه حمل منفرد ، فإن استلحقه أو ترك نفيه
لحقه وإن كانت قد بان باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الاول
دليلا أنها بان باللعان فحرم عليه وطؤها فلا يكون ولده وإنما يكون من سفاح
لا سيما وأنه جاء بعد براءة الرحم وانقضاء السنة بوضع الأول فكان حملها الثاني
في غير نكاح فلم يحتج إلى نفيه لكونها أجنبية كسائر الاجنبيات .
وقال في الأئم : إذا لاعن امرأته بولد فنفيها عنه ثم جاءت بولد آخر فنفيها
عنه ثم جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر ، وما يلزم به نسب ولد المبتوتة فهو ولده
إلا أن يذنيه بلعان فإن نهاه فذلك له .

(فرع) إذ مات أحد التوأمين أو ماتا معا فله أن يلاعن لثني نسبهما . وبهذا
قال أحمد . وقال أبو حنيفة يلزمه نفي الحى ولا يلاعن إلا لنفى الحى ؛ لأن الميت
لا يصح نفيه باللعان ، فإن نسبه قد انقطع بموته فلا حاجة إلى نفيه باللعان ، كما لو
ماتت امرأته فإنه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح ، لكونه قد انقطع ؛ وإذا لم
يذنب الميت لم يذنب الحى لانهما حمل واحد . دليلنا أن الميت ينسب إليه فيقال
ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه وإسقاط مؤنثه كالحى ، وكما
لو كان للميت ولد .

(فرع) إذا قذف امرأته بالزنا قبل زواجه منها لم يكن له أن يلاعن ، لانه
يأتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة ، لأنه كمن يلاعن أجنبية عنه فلم
يصح ويقام عليه الحد . وهل له أن يلاعن إذا جاءت بولد ينتسب إليه ؟ وجهان
قال أبو إسحاق المروزي : لا يلاعن لا يمكن أن يطلقها من غير حاجة إلى إضافة

ولدها لما قبل العقد إذ هو المفرد بشكاح حامل بالزنا فلا يشرع له نفيه . وبهذا قال أحمد وأصحابه .

(والثاني) قول أبي علي بن أبي هريرة ، لئن ما عساه يلحقه من نسب لا يرضاه وإيس من فراشه ولا ينتفي إلا باللعان فجاز له وقال مالك وأبو ثور وأحمد : إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن ؛ وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى وأصحاب الرأي : له أن يلاعن لأنه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ، ولا نه قذف امرأته فأشبهه ما لو قذفها ولم يصفه إلى ما قبل النكاح . وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن أبانها ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال النكاح — فإن لم يكن نسب — لم يلاعن لدرء الحد لأنه قذف غير محتاج إليه ، وإن كان هناك نسب — فإن كان ولداً منفصلاً — فله أن يلاعن لنفيه لأنه يحتاج إلى نفيه باللعان ؛ وإن كان حملاً فقد روى المزني في المختصر أن له أن ينفيه . وروى في الجامع أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل

واختلاف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق لا يلاعن قولاً واحداً ، وما رواه المزني في المختصر أراد إذا انفصل ، وقد بين في الام ، فإنه قال لا يلاعن حتى ينفصل ، ووجهه أن الحمل غير متحقق لجواز أن يكون ریحاً فينبش ؛ ويخالف إذا قذفها في حال الزوجية ، لأن هناك يلاعن لدرء الحد فتبته نفى الحمل ، وهما ينفرد الحمل باللعان فلم يجوز قبل أن يتحقق

ومن أصحابنا من قال فيه قولان : أحدهما لا يلاعن حتى ينفصل ، لما ذكرناه والثاني يلاعن ، وهو الصحيح ، لأن الحمل موجود في الظاهر ومحكوم بوجوده ، ولهذا أمر بأخذ الحامل في الديات ومنع من أخذها في الزكاة ؛ ومنعت الحامل إذا طلقت أن تتزوج حتى تضع ؛ وهذه الطريقة هي الصحيحة ؛ لأن الشافعي

رحمه الله نص في مثلها على قولين وهي في نفقة المطلقة الحامل فقال فيها قولان
 (أحدهما) تجب لها النفقة يوماً بيوم (والثاني) لا تجب حتى ينفصل
 (فصل) وإن قذف امرأته وانتفى عن حملها وأقام على الزنا بينة سقط عنه
 الحد بالبينة، وهل له أن يلاعن لنفي الحمل قبل أن ينفصل؟ على ما ذكرناه من
 الطريقتين في الفصل قبله.

(الشرح) إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً يازانية في فراشي نظرت — فإن
 كان هناك نسب يريد أن ينفيه، ولا يتحقق هذا إلا إذا انفصل الولد عنها —
 لاعن، لأنه محتاج إلى نفيه، وبه قال مالك وأحمد، حيث نقل مهنا قال: سألت
 أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يازانية ثلاثاً؛ فقال يلاعن. قلت إنهم
 يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة. قال بدس مایقولون، فهذا يلاعن لأنه قذفها
 قبل الحكم بينونها فأشبهه القذف، فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه وإلا حد
 ولم يلاعن، لأنه يتعين إضافة القذف إلى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد
 طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد ابانتها: زينت إن كنت زوجتي، على ما قررناه،
 وبه قال مالك.

وقال عثمان البتي: لا يلاعن بأى حال لأنها ليست بزوجة. وقال أبو حنيفة
 في أرجحين لا يلاعن — يعني في حال نفي النسب والحمل — لأنها ليست زوجة،
 وينتقض عليها هذا بالقذف قبل الزوجية، كما ذكرنا آنفاً، بل هذا أولى، لأن
 النكاح قد تقدم وهو يريد الانتفاء من النسب وتبرئته من ولد يلحق به فلا بد من
 اللعان؛ فإن كان هناك حمل يرجى فقد روى المزني في المختصر أن له أن ينفيه
 وروى رواية أخرى أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل. فاختلف أصحابنا فيه، فقال
 أبو اسحاق المروزي: لا يلاعن قولاً واحداً، وأول ما رواه المزني في المختصر
 أن الإمام الشافعي أراد إذا انفصل

قال الشافعي رضي الله عنه في الامم: ولو قال رجل لامرأته أنت طالق ثلاثاً

أو طالق واحدة لم يبين له عليهما من الطلاق إلا هي أو طالق ولم يدخل، أو أى طلاق ما؛ كان لا رجعة عليها بعده وأتبع الطلاق مكانه يا زانية، حد ولا لعان إلا أن يكون ينفي به ولداً أو حملاً فيلاعن للولد ويوقف للحمل فإذا ولدت التعن، فإن لم تلد حد ولو بدأ فقال يا زانية أنت طالق ثلاثاً التعن، لأن القذف وقع وهي امرأته، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية حد ولا لعان، إلا أن ينفي ولداً فيلاعن به ويسقط الحد.

ثم قال رضى الله عنه: ولو قذف رجل امرأته فصدقته ثم رجعت فلا حد ولا لعان إلا أن ينفي ولداً فيلاعن به ويسقط الحد، ولو قذف رجل امرأته فصدقته ثم رجعت فلا حد ولا لعان إلا أن ينفي ولداً فلا ينفي إلا بلعان، ولو قذف رجل امرأته ثم زنت بعد القذف أو وطئت وطئاً حراماً فلا حد ولا لعان إلا أن ينفي ولداً أو يريد أن يلتعن فيثبت عليها الحد إن لم يلتعن، وإذا قذف رجل امرأته فارتدت عن الإسلام وطلبت حدها لا عن أو حد، لأن القذف كان وهي زوجة مسلمة. اهـ

فهذا القول من الشافعى قاطع في أنه يلاعن لنفى الحمل بعد أن يوقف إلى أن تلد. قال المصنف الصحيح أن يلاعن وهي حامل لأن الحمل موجود في الظاهر ومحكوم بوجوده، ويترتب على هذا الحمل أحكام في مواطن كثيرة فنثلاً لا تهطى الحامل من الأرقاء في الدية ولا تؤخذ البهيمة الحامل في الزكاة، ولا يحل زواج الحامل حتى تضع، فكيف ينتظر من وجرد امرأته حاملاً من غيره حتى تضع فيلاعنها وقد غاظته بهذا الزنا في فراشه، ويمكن حمل قول الشافعى على ما إذا اشتبه عليه الحمل ولم يتحقق وتردد فيه، أو كان محتملاً أن يكون انتفاخاً أو مرضاً من أمراض النساء فلا يلاعن حتى تلد. ويمكن حمل قوله في النفقة على ما إذا كان حملها غير مقطوع به فتجب نفقتها حتى تلد.

أما إذا كان حملها مقطوعاً به فقد وجب لها يوماً بيوم، وسنأتى على هذا في كتاب النفقات إن شاء الله. على أن قول الشافعى يوقف حتى تلد إذا قصد به الحمل المتطوع به كان مخالفاً للحديث «ان جاءت به كذا فهو لا يبي، وان جاءت به كذا فهو لفلان، فجاءت به على النعت المكروه، فإذا اعتمدنا أصله إذا صح الحديث

فهو مذهبي ، حملنا قوله على ما إذا كان الحمل غير متيقن ، بدليل قوله فإن لم تلد
حد . ومن ثم يكون الحمل محتملا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قذف امرأته في نكاح فاسد - فإن لم يكن نسب - لم يلاعن
لدرء الحد ، لأنه قذف غير محتاج إليه ، وإن كان هناك نسب - فإن كان ولداً
منحصلاً - فله أن يلاعن لثنيبه ، لأنه ولد يلحقه بغير رضاه لا ينتفى عنه بغير
اللعان ، فجاز نفيه باللعان كما ولد في النكاح الصحيح ، وإن كان حملاً فعلى ما ذكرناه
من الطريقين .

(فصل) وإن ماك أمة لم تصر فراشاً بنفس الملك ، لأنه قد يقصد بملكها
الوطء ، وقد يقصد به التمول والخدمة والتجمل ، فلم تصر فراشاً ، فإن وطئها
صارت فراشاً له ، فإن أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه ، لأن سعداً نازع
عبد بن زهعة في ابن وليدة زمعة فقال عبد : هو أخي وابن وليدة أبي ولد على
فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك » ، أولد للفراش وللعاشر الحجر ،
وروى ابن عمر رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه قال « ما بال رجال يطأون
ولا يندم ثم يعزلونهن ، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه أمّ بها إلا ألحقت به
ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ،

وإن قذفها وانثني عن ولدها فقد قال أحمد : أما تعجبون من أبي عبد الله
يتول بنتي ولد الأمة باللعان ، فجعل أبو العباس هذا قولاً ، ووجهه أنه كالنكاح
في لحوق النسب ، فكان كالنكاح في النفي باللعان

ومن أصحابنا من قال لا يلاعن لثنيبه قولاً واحداً لأنه يمكنه نفيه بغير اللعان
وهو بأن يدعى الاستبراء ويحلف عليه ، فلم يجوز نفيه باللعان بخلاف النكاح ،
فإنه لا يمكنه نفي الولد فيه بغير لعان ، ولعل أحمد أراد بأبي عبد الله غير الشافعي
رحمة الله عليهما .

(فصل) إذا قذف امرأته بزنا من وأراد اللعان كفاه لهما لعان واحد ، لأنه
في أحد القولين يجب حد واحد ، فكفاه في إسقاطه لعان واحد ، وفي القول

القول الثاني يجب حذان ، إلا أنهما حقان لو اُحد فاكنتي فيهما بلعان واحد ، كما يكتفى في حقين لو اُحد يمين واحد .

وإن قذف أربع نسوة أفرد كل واحدة منهن بلعان ، لأنها إيمان فلم تتداخل فيها حقوق الجماعة ، كالأيمان في المال . وإن قذفن بكلمات بدأ بلعان من بدأ بقذفها لأن حقها أسبق . وإن قذفن بكلمة واحدة وتشاحن في البداية أقرع يمينهن ، فمن خرجت لها القرعة بدأ بلعانها . وإن بدأ بلعان إحداهن من غير قرعة جاز ، لأن الباقيات يصلن الى حقوقهن من اللعان من غير نقصان

(الشرح) خبر تنازع سعد وعبد بن زمعة أخرجه أصحاب الصحاح والمسائيد والسنن خلا الترمذى . عن عائشة قالت « اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد : يا رسول الله ابن أخى عتبة ابن أبي وقاص عهد الى أنه ابنه أنظر الى شبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول الله ولد علي فراش ابى ، فنظر رسول الله الى شبهه فرأى شبهاً بينا بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن زمعة . الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجى منه يا سودة بنت زمعة ؛ قال فلم ير سودة قط ،

وفي رواية أبى داود وأخرى للبخارى « هو أخوك يا عبد ، عبد بن زمعة أخو سودة أم المؤمنين .

وقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » سبق القول بتواتره أما خبر ابن عمر فقد رواه الشافعى فى الام ولم أره فى مسنده فى اللعان ، ولم يعزه فى المنتقى الى غيره .

ومن هذا الحديث يتضح أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ألحق الولد بزمعة لأنه صاحب الفراش ، ودليله أقوى من دليل الشبه ؛ وقد ذهب بعضهم الى أن قوله هو لك يا عبد بن زمعة ، أن « لك » للتملك ، فإنه لم يلحقه به أخاً وإنما ملكه له ، بدليل أنه أمر سودة بالاحتجاج منه ، ولو كان أخاً لها لم تؤمر بالاحتجاج منه . وفى رواية : احتجى منه فإنه ليس بأخ لك . ويحاج على ذلك بأن اللام للاختصاص لا للتملك .

ويؤيد ذلك ما في رواية « هو أخوك يا عبد » أما أمره لسودة بالاحتجاب
فذلك على سبيل الاحتياط والورع والصيانة لامهات المؤمنين لما رآه من الشبه
بعتبة بن أبي وقاص كما في حديث « كيف وقد قيل؟ » أو يكون ذلك مراعاة للشئتين
وإعمالاً للدليلين ، فإن الفراش دليل لحوق النسب ، والشبه بغير صاحبه دليل نفيه
فأعمل أمر الفراش بالنسبة إلى المدعى ، وأعمل الشبه بعتبة بالنسبة إلى ثبوت
المحرمة بينه وبين سودة .

قال ابن القيم : وهذا من أحسن الأحكام وأبينها وأوضحها ، ولا يمنع ثبوت
النسب من وجه دون وجه .

وأما الرواية التي فيها « احتجبي منه فإنه ليس بأخ لك » فقد طعن البيهقي في
إسنادها . وقال فيها جرير وقد نسب في آخر عمره إلى سوء الحفظ ، وفيها يوسف
مولى آل الزبير وهو غير معروف .

أما الأحكام فإنه إذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد نفيه
فله أن يلعن لنفيه ولا حد عليه ، وإن لم يكن بينهما ولدُ حد ولا لعان بينهما .
وبهذا قال أحمد .

وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها أجنبية فأشبهت
سائر الأجنيات أو إذا لم يكن بينهما ولد . وهذا فاسد لأن الولد يلحقه بحكم عقد
النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحاً ، ويفارق إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة
إلى القذف لكونها أجنبية . ويفارق سائر الأجنيات لأنه لا يلحقه ولدهن فلا
حاجة به إلى قذف . ويفارق الزوجة فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد لكونها
خاتمه وغازته وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما ،
وإذا لعن سقط الحد ، لأنه لعان مشروع لنفي الحد ، فأسقط الحد كاللعان في

النكاح الصحيح ، وهل يثبت التحريم المؤبد؟ وجهان سيأتي بيانهما
وقالت المالكية يلعن في النكاح الفاسد زوجته لأنها صارت فراشاً له . أما

إذا كانت حاملاً فعلى ما مضى من النكاح الصحيح

أما حكم قوله « يعترف سيدها أن قد ألم بها » فيه تقوية لمذهب الجمهور من
أنه لا يشترط في فراش الائمة الدعوة ، بل يكفي مجرد ثبوت الفراش

وقول الامام أحمد رضى الله عنه : أما تعجبون من قول أبي عبد الله فإن كان يقصد بنسبة مقول القول إلى الامام الشافعى كانت تلك رواية أخرى لم تعرف عن الشافعى إلا عن أحمد متفرداً بها ، والقاعدة ان فى رواية الشيخ عن شيخه مخالفاً للأقران غرابة ، وقد أخذ بمض أصحابنا بصحة نسبة القول إلى الشافعى كأبي العباس ابن سريج فاعتبره قولاً ووجهه أنه كان كالحاج وقال المصنف : ولعل أحمد أراد بأبي عبد الله غير الشافعى — وهذا أحسن ما أجيب به .

(مسألة) إذا قذف امرأته قذفين بزنا من فليس عليه إلا حد واحد ، ويكفيه لعان واحد لأنه يمين ، فإذا كان الحقان لو احدى كفته يمين واحدة فى أحد القولين ، والثانى يجب حدان لأنهما حقان ، وإن لم يلزمه إلا لعان واحد ، ومقتضى القول الأول أنه يكفيه أن يقول : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا من وفارق ما إذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد ، لأن اليمين وجبت لكل واحد منهما فلا تتداخل كسائر الايمان . وإن أقام البينة بالاول سقط عنه موجب الثانى لأنه زال إحصانها ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيه ، وإن أقامها بالثانى لم يسقط الحد الاول وله إسقاطه باللعان الا على قول القاضى ، فإنه يسقط بإقامة البينة على الثانى

وان قذفها فى الزوجية ولا عنها ثم قذفها بالزنا الاول فلا حد عليه لأنه قد حققه بلعانه ؛ ومقتضى القول الثانى أن يحد ، كما لو قذفها به أجنبى ؛ ولو قذفها به أجنبى أو بزنا غيره فعليه الحد فى قول عامة أهل العلم . منهم ابن عباس والزهرى والشعبى والنخعى وقتادة وأحمد وأبو عبيد .

وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأى أنهم قالوا : ان لم ينف بلعانها ولدأ حد قاذفها ، وان نفاها فلا حد على قاذفها لأنه منتف عن زوجها بالشرع (فرع) إذا قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما ، فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ، ومن حد الزوجة بالبينة أو باللعان ، وان قذفها بكلمة واحدة الا أنه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حدأ واحداً أو حدين؟ على قولين . قال فى القديم : يحد حدأ واحداً ، وبه قال أبو حنيفة وزاد ، سواء

كان بكلمة أو كلمات ، لانهما حدود من جنس فوجب أن تتداخل كحدود الزنا
وقال أحمد في إحدى روايته بقول الشافعي في القديم ، والثاني يقام لكل واحد
حد بكل حال لانها حقوق لأدميين فلم تتداخل كالديون . وقال أحمد في الرواية
الآخري : اذا طالبوا مجتمعين فحد واحد ؛ وان طالبوا متفرقين فلكل واحد حد
لانهم اذا اجتمعوا في الطلب أمكن ايفاؤهم بالحد الواحد ، واذا تفرقوا لم يمكن
جعل الحد الواحد ايماء لمن لم يطالب ، لانه لا يجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه
ولنا أنه اذا قذفها بكلمة واحدة لا يجزىء حد واحد ، لأن لكل واحد حقا
فوجب لكل واحد حد ، كما لو قذف الثاني بعد حد الاول ، وهكذا الحكم فيما اذا
قذف أجنبيين أو أجنبيات فالتفصيل فيه على ما ذكرناه .

وان قذف أربع نسائه فالحكم في الحد كذلك ، وان أراد اللعان فعليه أن
يلعن لكل واحدة لعاناً مفرداً ، ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة ، فان طالب جميعاً
وتشاحن بدأ باحدها بالقرعة ، وان لم يتشاحن بدأ بلعان من شاء منهم .
ولو بدأ بواحدة منهم من غير قرعة من المشاحة صح ؛ ويحتمل أن يجزئه لعان
واحد فيقول : أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي
هؤلاء الأربع من الزنا ، وتقول كل واحدة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني
به من الزنا ، لانه يحصل المقصود بذلك ، والاول أصح لأن اللعان أيمان فلا
تتداخل لجماعة كالأيمان في الديون

(فرع) اذا أقام البينة على زناها فقذفها آخر فلا حد عليه لانه قد زال
احصانها ؛ ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وانما دخلت المعرة بقيام البينة
ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على
قاذفه ، وبه قال أحمد وأصحاب الرأي ، ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ؛ ولا
يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه

وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لانها بانث منه
باللعان وصارت أجنبية الا أن يضيف الزنا الى حال الزوجية ، فعند ذلك ان كان
ثم نسب يريد نفيه فله الملاءنة لنفيه والا لزمه الحد ولا لعان بينهما ، والله تعالى
أعلم بالصواب وهو حبيبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجب من الأحكام)

يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مختار ، مسلماً كان أو كافراً ، حراً كان أو عبداً ، لقوله عز وجل « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب ، والكافر كالمسلم ، والعبد كالحُر في ذلك ، فأما الصبي والمجنون فلا يصح لعانهما لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبي والمجنون كالطلاق .

وأما الآخرس فإنه ان لم يكن له إشارة معقولة ولا كتابة مفهومة لم يصح لعانه لأنه في معنى المجنون ، وان كانت له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه كالناطق في نكاحه وطلاقه؛ فكان كالناطق في لعانه . وأما من اعتقل لسانه فإنه ان كان ما يوسأمنه صح لعانه بالإشارة كالآخرس ، وان لم يكن ما يوسأ منه فقيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لعانه لأنه غير ما يوسأ من نطقه فلم يصح لعانه بالإشارة كالساكت (والثاني) يصح ، لأن أمامة بنت أبي العاص رضی الله عنها أصممت فقيل لها أفلان كذا ولفلان كذا؟ فأشارت أي نعم ، فرفع ذلك فرويت أنها وصية ، ولأنه عاجز عن النطق يصح لعانه بالإشارة كالآخرس

(فصل) وان كان أعجمياً ، فإن كان يحسن بالعربية فقيه وجهان

(أحدهما) يصح لعانه بلسانه لأنه يمين فصيح بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمان (والثاني) لا يصح لأن الشرع ورد فيه بالعربية فلم يصح بغيرها مع القدرة كأذكار الصلاة ، فإن لم يحسن بالعربية لا عن بلسانه لأنه ليس بأكثر من أذكار الصلاة وأذكار الصلاة تجوز بلسانه إذا لم يحسن بالعربية فكذلك اللعان . وان كان الحاكم لا يعرف لسانه أحضر من يترجم عنه . وفي عدده وجهان بناء على القولين في الشهادة على الاقرار بالزنا (أحدهما) يحتاج الى أربعة (والثاني) يكفيه اثنان

(الشرح) يستفاد من هذين الفصلين أحكام مسائل وفروع ، منها أن اللعان يصح من كل زوجين ، سواء كانا مسلمين أو كافرين ، عاقلين بالانين ، حرين أو عبيدين . وقال أحمد في إحدى الروايتين رواها ابن منصور : جميع الأزواج يلتعنون ، الحر من الحرمة والامة اذا كانت زوجة . وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية . وقال سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق : يصح من كل زوجين مكلفين . مسلمين أو كافرين . عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك .

وقال أحمد في روايته الاخرى : لا يصح اللعان الا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف

وروى هذا عن الزهري والثوري والاوزاعي وحماد وأصحاب الرأي ، وما أخذ القولين أن اللعان يجمع وصفين اليمين والشهادة ، وقد سماه القرآن شهادة وسماه الرسول صلى الله عليه وسلم يمينا في حديثه « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فمن غلب حكم الايمان قال : يصح من كل من يصح يمينه . وهذا مذهبنا ومذهب فقهاء الامصار كافة الا أبا حنيفة ، واحدى روايتي أحمد والزهري والثوري والاوزاعي وحماد فإنهم اعتبروه شهادة

دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ، وأنه قد سماه النبي (ص) يمينا . ولأنه يفتقر الى اسم الله والى ذكر القسم المؤكد وجوابه ، ولأنه يستوى فيه الذكر والاثني - بخلاف الشهادة - ولو كان شهادة لما تكرر لفظه بخلاف اليمين فإنه قد يشرع فيها التكرار كإيمان القسامة ، ولأن حاجة الزوج التي لا تصح منه الشهادة الى اللعان ونفي الولد كحاجة من تصح شهادته سواء ، والامر الذي نزل به مما يدعو الى اللعان ، كالذي ينزل بالعدل الحر ، والشريعة الغراء لا ترفع ضرر أحد النوعين وتجعل له مخرجا مما نزل به ، وتدع النوع الآخر في الآصار والاعلال ، فلملحه يكون صادقا فنقضى عليه بأن يكون تيساً أو ديوثاً ، ولا فرج له مما نزل به ولا مخرج ولا مهرب

وأما احتجاج أبي حنيفة وأصحابه ومن قال بقوله من الفقهاء بمن ذكرنا آنفاً

فاستدوا بقوله تعالى « ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم » - « فشهادة أحدهم أربع شهادات باقية ، فاستثنى أنفسهم من الشهادة ، فلا يقبل إلا من ليس من أهل الشهادة ؛ فردنا عليهم أن الله تعالى سماه شهادة لقوله في يمينه « أشهد بالله ، فمن ذلك شهادة وإن كان يمينا . كما قال تعالى « إذا جاء المنافقون قالوا نشهد أنك لرسول الله ، اعتباراً بلفظها ؛ وكيف وهو مصرح فيه بالقسم وجوابه .

وكذلك لو قال أشهد بالله انعقدت يمينه بذلك ، سواء نوى اليمين أو أطلق ، والعرب تعد ذلك يمينا في لغتها واستعمالها . قال قيس بن الملوح الشهير بالمجنون :
فأشهد عند الله أني أحبها فهذا لها عندي فما عندها ليا ؟

قال ابن القيم في الهدى : وفي هذا البيت حجة لمن قال : ان قوله أشهد تنعقد به اليمين ، ولو لم يقل بالله ، كما هو إحدى الروايتين عن أحمد . والثانية لا يكون يمينا إلا بالنية ، وهو قول الأكثرين . كما أن قوله أشهد بالله يمين عند الأكثرين بمطلقه . وأما استثناءه سبحانه أنفسهم من الشهادة فيقال أولا الا ههنا صفة بمعنى غير ، والمعنى ولم يكن لهم شهاد غير أنفسهم ، فإن غير وإلا يتاوضان الوصفية والاستثناء ، فيستثنى بغير حملا على الا ، ويوصف بإلا ، حملا على غير ، ويقال ان أنفسهم مستثنى من الشهادة ولكن يجوز أن يكون منقطعاً على لغة تميم فإنهم يبدلون في المنقطع كما يبدل الحجازيون في المتصل . وكذلك استثنى أنفسهم من الشهادة لأنه نزلهم منزاتهم في قبول قولهم . وهذا قوى جداً على قول من يرجم المرأة بالتعان الزوج اذا نكلت وهو الصحيح كما سيأتي وكامضى بعضه . والصحيح أن لعانهم يجمع الوصفين اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ؛ ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد الأمر .

(فرع) اذا كان زائل العقل الجنون فلا حكم لقذفه لأن القلم عنه مرفوع ، فإذا أتت امرأته بولد فذنبه لاحق لإمكانه ، ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل فله نفيه حينئذ واستلحاقه ، وان ادعى انه كان ذاهب العقل حين قذفه - وأنكرت ذلك - فالحكم لصاحب البينة منهما ، والا فالقول قوله

(مسألة) الاخرس والخرساء ان كانا معلومى الاشارة والكتابة فهما كالناطقين في القذف واللعان .

وحكى ابن المنذر عن أحمد وأبي عبيد وأصحاب الرأي : إذا كانت المرأة خرساء لم تلعن لانه لا تعلم مطالبتها
قال ابن قدامة : وينبغي أن يكون ذلك في الاخرس ، وذلك لان اللعان يفتقر الى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحتمية ، ولان الحد يدرأ بالشبهات ، والشهادة صريحة كالناطق ، فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته

. وقال القاضى وأبو الخطاب كقولنا : هو كالناطق في قذفه ولعانه ، ويفارق الشهادة لانه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة الى الاخرس . وفى اللعان لا يحصل الا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق

(فرع) اذا قذف الاخرس أو لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل انكاره ، ويقبل انكاره اللعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحته النسب ولا تعود الزوجية . فإن قال أنا لاعن للحد ونفى النسب كان له ذلك لانه انما لزمه باقراره أنه لم يلاعن ، فاذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

فاذا قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيسنا من نطقه فحكمه حكم الاصلى ؛ وان رجى عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ، ويرجع فى معرفة ذلك الى قول طبييين عدلين من المختصين بالصحة النفسية والعصبية .

وقال بعض الاصحاب : انه لا يلاعن فى الحالين بالاشارة ، لان امامة بنت أبى العاص أصممت ، فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا ؟ فأشارت أن نعم ؛ فأروا أنها وصية والصحيح الاول . وعند أصحاب أحمد على وجهين . ذكره أبو الخطاب (مسألة) اذا كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير المكلف كسائر الأيمان ، ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما ، وقد مضى لنا فى الفصول قبله بحث السن والبلوغ والامكان . فليراجع

والخلاصة أن كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ؛ ويجب بالقذف موجه من المحرم . والتعزير الا أن يكون التاذف صبيها أو مجنوناً فلا ضرب فيه

ولا لعان ، كذلك قال الثوري ومالك وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المذر وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافتهم

(مـ ألة) إذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا بغيرها ، لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية ، وإن كانا لا يحسنان ذلك جاز لها الالتعان بلسانها لموضع الحاجة ، فإن كان الحاكم يحسن لسانها أجزأ ذلك ، وإن لم يكن يعرف لسانها فلا بد من ترجمان ، وفي الامداد المجزى للترجمة قولان

(أحدهما) يجزىء اثنتان عدلان ، وهو ظاهر قول الخرقى من الحنابلة لأنه قال ولا يقبل في الترجمة عن أعجمي حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه . وذكر أبو الخطاب رواية أخرى عند الحنابلة أنه يجزىء ترجمان واحد ، وهو قول أبي حنيفة

(الثاني) لا يجزىء أقل من أربعة ، بناء على الشهادة في الإقرار بالزنا ففيها هذان القولان

(فرع) لو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها ، وشهد آخر أنه أقر ذلك بالعجمية ، فاذا قلنا ان الشاهدين يجزمان تمت الشهادة ، وان شهد شاهدان أحدهما أنه قذفها يوم الخيس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة لم تتم الشهادة ، وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية لم تتم الشهادة . وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية والعجمية وشهد الآخر أنه قذفها بالعربية فقط فقد اكتملت الشهادة إذا قلنا باجزاء الشاهدين لاتفاقهما في لغة واحدة . وعند أصحاب أحمد فيمن شهد أحدهما بالقذف يوم الخيس والآخر بالقذف يوم الجمعة أو شهد أحدهما بالقذف بالعربية والآخر أنه بالعجمية وجهان

(أحدهما) تكمل الشهادة ، وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة ، لأن الوقت ليس ذكره شرطاً في الشهادة بالقذف وكذلك اللسان ، فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخيس بالعربية ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة بالعجمية (الثاني) لا تكمل الشهادة

ولنا أنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت ، كما لو شهد أحدهما

أنه تزوجها يوم الخنيس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الاقرار بالقذف فإنه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح اللعان إلا بأمر الحاكم لأنه يمين في دعوى فلم يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين في سائر الدعاوى ، فإن كان الزوجان مملوكين جاز للسيد أن يلاعن ينيهما ، لأنه يجوز أن يقيم عليهما الحد فجاز أن يلاعن ينيهما كالحاكم .

(فصل) واللعان هو أن يقول الزوج أربع مرات « أشهد بالله إنى لمن الصادقين ، ثم يقول « وعلى لعنة الله إن كنت من الكاذبين ، وتقول المرأة أربع مرات « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ، ثم تقول « وعلى غضب الله إن كان من الصادقين ، والدليل عليه قوله عز وجل « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، فإن أخل أحدهما بأحد هذه الألفاظ الخمسة لم يعتد به ، لأن الله عز وجل علق الحكم على هذه الألفاظ ، فدل على أنه لا يتعلق بما دونها ، ولا أنه يشترط تحققها الزنا فلم يجز النقصان عن عددها كالشهادة .

وإن أبدل لفظ الشهادة بلفظ من ألفاظ اليمين بأن قال : أحلف أو أقسم أو أولى فففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين (والثاني) أنه لا يجوز لأنه أخل باللفظ المنصوص عليه . وإن أبدل لفظ اللعنة بالابعاد أو لفظ الغضب بالسخط ، ففيه وجهان . أحدهما يجوز لأن معنى الجميع واحد ، والثاني لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه ، وإن أبدلت المرأة لفظ الغضب بلفظ اللعنة لم يجز ، لأن الغضب أغلظ ، ولهذا خصت المرأة به ، لأن المعرة بزناها أقبح ؛ وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمها بالقذف

وإن أبدل الرجل لفظ اللعنة بلفظ الغضب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ،

لان الغضب أغلظ (والثاني) لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه . وان قدم الرجل لفظ اللعنة على لفظ الشهادة أو قدمت المرأة لفظ الغضب على لفظ الشهادة فتميه وجهان (أحدهما) يجوز ، لان القصد منه التغليظ وذلك يحصل مع التقديم . (والثاني) لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه

(الشرح) الاحكام . لا يصح اللعان إلا بأمر الحاكم أو من يقوم مقامه ، وهذا مذهب أحمد رضى الله عنه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر هلال بن أمية أن يستدعى زوجته اليه ولاعن بينهما ، ولانه إما يمين واما شهادة ، فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وان تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد فلم يجوز بغير الحاكم كالحمد ، هذا اذا كانا حرين ، وسأوى أحمد بين الحرين والعبدان فى وجوب اللعان بمحضر من الحاكم أو من ينوب عنه .

أما ألفاظه فقد مضى بيانها وهى هنا على وجهها

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والمستحب أن يكون اللعان بحضور جماعة ، لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رضى الله عنهم حضروا اللعان بحضور النبي صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم لا يحضرون المجالس الا تابعين للرجال ، فدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان ، ولأن اللعان بنى على التغليظ للردع والزجر وفعاله فى الجماعة أبلغ فى الردع . والمستحب أن يكونوا أربعة لان اللعان سبب للحد ولا يثبت الحد الا بأربعة ، فيستحب أن يحضر ذلك العدد ، ويستحب ان يكون بعد العصر لان اليمين فيه أغلظ . والدليل عليه قوله عز وجل وتحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ، قيل هو بعد العصر .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولهم عذاب اليم ، رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقطعه ، ورجل حلف يمينا بعد صلاة العصر لقد أعطى بسبعته أكثر

عما أعطى وهو كاذب ، ورجل منع فضل الماء ، فإن الله عز وجل يقول : اليوم
أمنعك فضلي كما منعت فضل ماء لم تعمله يداك ،

ويستحب أن يتلاعنا من قيام ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث
هلال بن أمية ، فأرسل اليهما فجاءا فقام هلال فشهد ، ثم قامت فشهدت ، ولأن
فعله من قيام أبلغ فى الردع . واختلف قوله فى التغليظ بالمكان فقال فى أحد القولين
إنه يجب لأنه تغليظ ورد به الشرع فأشبهه التغليظ بتكرار اللفظ ، وقال فى الآخر
يستحب كالتغليظ فى الجماعة والزمان ، والتغليظ بالمكان أن يلاعن بينهما فى أشرف
موضع من البلد الذى فيه اللعان ، فإن كان بمكة لاعن بين الركن والمقام ، لأن
اليمين فيه أغلظ .

والدليل عليه ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوماً
يخلفون بين الركن والمقام ، فقال أعلى دم ؟ قالوا لا ، قال أفعلى عظيم من المال ؟
فقالوا لا ، فقال لقد خشيت أن ييها الناس بهذا المقام . وإن كان فى المدينة لاعن
فى المسجد لأنه أشرف البقاع بها ، وهل يكون على المنبر أو عند المنبر ؟ اختلفت
الرواية فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال :
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من حلف عند منبرى على يمين آثمة
ولو على سواك من رطب وجبت له النار

وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على
منبرى هذا يمين آثمة تبوأ مقعده من النار ، فقال أبو إسحاق إن كان الخلق كثيراً
لاعن على المنبر ليسمع الناس ، وإن كان الخلق قليلاً لاعن عند المنبر مما يلى قبر
النبى صلى الله عليه وسلم

وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يلاعن على المنبر ، لأن ذلك علو وشرف
والملاعن ليس فى موضع العلو والشرف . وحمل قوله على منبرى أى عند منبرى
لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ، وإن كان بيت المقدس لاعن عند
الصخرة لأنها أشرف البقاع به وإن كان فى غيرها من البلاد لاعن فى الجامع ، وإن
كانت المرأة حائضاً لاعنت على باب المسجد ، لأنه أقرب إلى الموضع الشريف .

وإن كان يهودياً لاعن في الكنيسة ، وإن كان نصرانياً لاعن في البيعة ، وإن كان مجوسياً لاعن في بيت النار ، لأن هذه المواضع عندهم كالمساجد عندنا

(الشرح) حديث أبي هريرة الأول أخرجه الشيخان في صحيحيهما . قال العريزي في السراج المنير « والذين لا يكلمهم الله يوم القيامة لا ينحسرون في الثلاثة ، والعدد لا ينفي الزائد » اهـ

وقوله « بعد العصر » خصه لشرفه لأنه آخر النهار وقرب أقول الشمس ، فينبغي أن لا يكون آخر أعمال المرء سوءاً وأشراً . لا سيما وهو وقت اجتماع ملائكة الليل والنهار ورفع الاعمال فيه فغلظت العقوبة

وقوله « منع فضل مائه » الحاصل أنه إذا حفرها في موات بقصد الإحياء لنفسه ، أي ليبتاع بها لم يلزمه إلا بذل ما زاد على حاجته ، وإن حفرها بقصد نفع المسلمين فليس له المنع إلا إذا كان يملكه

أما حديث أبي هريرة الثاني فقد أخرجه أبو داود والإمام أحمد وابن ماجه بلفظ « لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار » ورجاله ثقات وإسناده صحيح . هكذا في زوائد ابن ماجه لابن حجر . وحديث جابر أخرجه مالك في موطنه في باب ماجاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم من كتاب الاقضية ، وفيه أن زيد بن ثابت وابن مطيع اختصما في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم - وهو أمير على المدينة - فقضى مروان على زيد باليمين على المنبر ، فقال زيد أحلف له مكاني ، فقال مروان « لا والله إلا عند مقاطع الحقوق » قال فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر ، فجعل مروان يعجب من ذلك

قال مالك لا أرى أحداً يحلف على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم . اهـ - وروى حديث جابر أبو داود في الأيمان والنذور « باب ماجاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم ، وأحمد بن حنبل في مسنده ، وأخرجه النسائي وصححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وله شاهد عن أبي أمامة ابن ثعلبة مرفوعاً عند النسائي أيضا

أما الإحكام فإنه يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين صغاراً كانوا أو كباراً؛ فقد رويت أخبار المتلاعنين بمحضرة النبي صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رواية من حضروها وسمعوا تفصيلاتها وكانوا حدثاء السن، فإن عبد الله بن عباس ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، وكان ابن ثلاث عشرة سنة إذ توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم. هذا قول الواقدي والزيبر بن بكار.

قال أهل السير: ولد عبد الله بن عباس في الشعب قبل خزوج بني هاشم منه وذلك قبل الهجرة بثلاث سنين

وروينا من وجوه عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن عشر سنين، وقد قرأت المحكم — يعنى المفصل — هذه رواية أبي بشر عن سعيد بن جبير؛ وقد روى عن أبي إسحاق عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا خنتين، أو قال محتوت. قال ابن عبد البر ولا يصح

وقال عبد الله بن أحمد، حدثنا أحمد بن حنبل، حدثنا سليمان بن داود، حدثنا شعبة عن ابن إسحاق قال سمعت سعيد بن جبير يحدث عن ابن عباس قال، توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن خمس عشرة سنة. قال عبد الله بن أحمد قال أبي وهذا هو الصواب.

قال أبو عمر بن عبد البر وما قاله أهل السير والعلم بأيام الناس عندي أصح والله أعلم — وهو قولهم أن ابن عباس كان ابن ثلاث عشرة سنة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم. ومات ابن عباس سنة ثمان وستين في أيام ابن الزبير وكان قد أخرجه من مكة إلى الطائف فمات بها وهو ابن سبعين سنة وصلى عليه محمد ابن الحنفية وكبر عليه أربعاً وقال اليوم مات رباني هذه الامة وضرب على قبره فسقطا. وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجوه كثيرة قوله له اللهم عليه الحكمة. اللهم عليه التأويل. اللهم فقهه في الدين. أما عبد الله بن عمر فقد أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم. وقيل أنه

أسلم قبل أبيه ولا يصح . وأصح من ذلك أن هجرته كانت قبل هجرة أبيه ،
واجتمعوا أنه لم يشهد بدرأ . والاختلاف في شهوده أحداً ، والصحيح أن أول
مشاهده الخندق .

وقال إوابدي كان ابن عمر يوم بدر ممن لم يحتمل فاستصغره رسول الله (ص)
ورده ، وأجازه يوم أحد . وعن نافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رده يوم
أحد لأنه كان ابن أربع عشرة سنة ، وأجازه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة
وقد عرف عنه رضي الله عنه الاتباع وشدة التحري والاحتياط والتوقي في فتواه
ويقولون أنه من أعلم الصحابة بمناسك الحج ، وقد كان مولعاً به حتى في أيام التمتنة
حيث كان يحج كل عام .

أما سهل فهو ابن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة الساعدي الخزرجي الانصاري
يكنى أبا العباس . روى ابن عبد البر بإسناده إلى محمد بن اسحاق عن الزهري قال
قلت لسهل بن سعد « ابن كم كنت يومئذ - يعني يوم المتلاعنين؟ - قال ابن خمس
عشرة . وروى بإسناده عن الزهري عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
توفي وهو ابن خمس عشرة سنة ؛ وعمتر سهل حتى أدرك الحجاج وامتنح به ،
وتوفي سنة ثمان وثمانين وهو ابن ست وتسعين ، وقد بلغ المائة ، ويقال انه آخر
من بقي بالمدينة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ حكى ابن عيينة عن
أبي حازم ، سمعت سهل بن سعد يقول « لو مات لم تسمعوا أحداً يقول قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم

إذا قرر هذا فإن هؤلاء السبعين إنما كانوا يحضرون تبعاً للرجال ، ولأن
اللعان مبنى على التغليب والمبالغة في الردع به والزرع ، فإن فعله في الجماعة أبلغ
في ذلك ، ويستحب أن يكون ذلك بعد الاصرار . روى من يخالف كاذباً منها لغضب الله
لحديث « ثلاثة لا يكلمهم الله ، الذي ساقه المصنف ؛ كما يستحب أن لا ينقصوا
على أربعة ، لأن بينة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة ، وليس
شيء من هذا واجبا ، كما يستحب أن يتلاعنا قياماً ، فيبدأ بالزوج حيث يلتعن
وهو قائم ، فإذا فرغ قامت المرأة فالتنت وهي قائمة ، لما روى عن النبي (ص)
انه قال للملأة بن أمية « قم فاشهد أربع شهادات ، ولأنه اذا قام شاهده الناس

فكان أبلغ في شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجباً . وبهذا كله قال أحمد وأبو حنيفة . قال ابن قدامة ولا أعلم فيه مخالفاً . قلت إلا فيما يتعلق بالزمان فقد خالفنا فيه أصحاب أحمد وأبو حنيفة . قاروا لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيد بزمان ولا مكان فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار امرأته ولم يخصه بزمان ، ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل ، وخالفهم في ذلك أبو الخطاب من الخنابلة فقال بقولنا

ولنا أنه يستحب أن يتلاءم في الأزمان والأماكن التي تعظم ، ولأن حديث « ثلاثة لا يكلمهم الله ، وقت في الوعيد على من حلف بعد العصر ، فاسب أن يراعى هذا استكمالاً لكل معاني الردع والزجر .

أما المكان ففيه قولان (أحدهما) أن التغليظ به مستحب كالزمان (والثاني) أنه واجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا عن عند المنبر فكان فعله بياناً للعان ، ومعنى التغليظ بالمكان أنهما إذا كانا بمكة لا عن بينهما بين الركن والمقام فإنه أشرف البقاع ، وإن كانا في المدينة فعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم ، وإن كان بيت المقدس فعند الصخرة ، وإن كان في سائر البلدان ففي مساجدها ، وإن كانا كافرين بعث بهما إلى الموضع الذي يعتقدان تعظيمه ، وإن كانا يهوديين أو نصرانيين فالكنيسة ، وإن كانا غير ذلك — قال القرطبي إن كانا مجوسيين ففي بيت النار ، وإن كانا وثنيين أو لا دين لهما ففي مجلس حكمه . وإن كانت المسألة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله ، لأن ذلك أقرب المواضع إليه .

وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يصعد الملاءن على المنبر إذ لا يليق بالمنبر أن يصعد عليه ملاءن أشرف المنبر وعلو مكانته ، وبكل ما قررنا قال الأئمة كافة ولم أعلم لهم مخالفاً .

قال الشافعي في الام في باب « أين يكون اللعان ، فإذا لاعن الحاكم بين الزوجين بمكة لا عن بينهما بين المقام والبيت — إلى أن قال — وكذلك يلاعن بين كل زوجين في مسجد كل بلد ، ويبدأ فيقيم الرجل قائماً والمرأة جالسة ، فيلتعن ثم يقيم المرأة قائمة فتلتعن ، إلا أن يكون بأحدهما علة لا يقدر على القيام معها

فيلتعن جالساً أو مضطجعاً إذا لم يقدر على الجلوس . وان كانت المرأة حائضاً
التعن الزوج في المسجد والمرأة على باب المسجد . وان كان الزوج مسلماً والزوجة
مشركة التعن الزوج في المسجد والزوجة في الكنيسة وحيث تعظم ، وان شاءت
الزوجة المشركة أن يحضر الزوج المسلم في المساجد كلها حضرته الا أنها لا تدخل
المسجد الحرام لقوله تعالى « انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد
عامهم هذا ،

ثم قال رضى الله عنه « وان أخطأ الإمام بمكة أو المدينة أو غيرهما فلا عن
بين الزوجين في غير المسجد لم يعد اللعان عليهما لانه قد مضى اللعان عليهما ولانه حكم
قدم مضى بينهما وكذلك ان لا عن ولم يحضر أحدهما الآخر ، قال واذا كان الزوجان مشركين
لا عن بينهما معاً في الكنيسة وحيث يعظمان . واذا كانا مشركين لا دين لهما تحاكما
الينا لا عن بينهما في مجلس الحكم . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واذا أراد اللعان فالمتحج للحاكم أن يعظهما لما روى ابن عباس
رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة
أشد من عذاب الدنيا ، فقال هلال والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذب ، فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عنوا بينهما ، وان كانت المرأة غير برزة بعث
اليها الحاكم من يستوفى عليها اللعان ، ويستحب أن يبعث معه أربعة

(فصل) ويبدأ بالزوج ويأمره أن يشهد ، لأن الله تعالى بدأ به وبدأ به
رسول الله صلى الله عليه وسلم في لعان هلال بن أمية ؛ ولأن لعانه بينة لإثبات
الحق ، وللعان المرأة بينة الانكار ، فقد تمت بينة الإثبات

فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به لأن لعانها اسقاط الحد ، والحد لا يجب الا
بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله ، والمستحب اذا بلغ الزوج الى كلمة اللعنة والمرأة
الى كلمة الغضب أن يعظهما . لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال « لما كان في
الخامسة قيل يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وان
هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم

يحلدني عليها فشهد الخامسة ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فلما كانت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ويستحب أن يأمر من يضع يده على فيه في الخامسة ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي (ص) أمر رجلاً أن يضع يده على فيه عند الخامسة يقول إنها موجبة ،

(فصل) وإن لآعن وهي غائبة لحيض أو موت قال أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة ، ويرفع في نسبها حتى تتميز . وإن كانت حاضرة ففيه وجهان

أحدهما يجمع بين الإشارة والاسم ، لأن مبنى اللعان على التأكيد ، ولهذا تكرر فيه لفظ الشهادة ، وإن حصل المقصود بمرة

والثاني أنه تكفيه الإشارة لأنها تتميز بالإشارة كما تتميز في النكاح والطلاق

(فصل) وإن كان القذف بالزنا كرهه في الألفاظ الخمسة ، فإن قذفها بزنا من ذكرهما في الألفاظ الخمسة ، لأنه قد يكون صادقاً في أحدهما دون الآخر فإن سمي الزاني بها ذكره في اللعان في كل مرة ، لأنه ألحق به المعية في إفساد الفراش فكرره في اللعان كالمرأة .

فإن قذفها بالزنا وانتفى من الولد قال في كل مرة وأن هذا الولد من زنا وليس مني ، فإن قال هذا الولد ليس مني ولم يقل من زنا لم ينتف لأنه يحتمل أن يريد أنه ليس مني في الخلق أو الخلق . وإن قال هذا الولد من زنا ولم يقل وليس مني ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول القاضي أبي حامد المروزي أنه ينتفى منه لأن ولد الزنا لا يلحق به (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني أنه لا ينتفى لأنه قد يعتقد أن الوطء في النكاح بلا ولي زنا على قول أبي بكر الصيرفي فوجب أن يذكر أنه ليس مني لينتفى الاحتمال

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ويبدأ الرجل باللعان حتى يكمله ، فإذا أكمله خمساً التعننت المرأة ، وإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة فالتعننت ولو لم يبق من

لعان الرجل إلا حرف واحد من قبل أن الله عز وجل بدأ بالرجل في اللعان فلا يجب على المرأة لعان حتى يكمل الرجل اللعان ، لأنه لا معنى لها في اللعان إلا إذا رفع الحد عن نفسها ، والحد لا يجب حتى يلتنع الرجل ثم يجب لا تنها تدفع الحد عن نفسها وإلا حدث .

وإذا بدأ الرجل فالنوع قبل أن يأتي الحاكم أو بعد ما أتاه قبل أن يأمره بالالتعان أو المرأة أو هما أعاد أيهما بدأ قبل امر الحاكم إياه بالالتعان ، لأن ركائفة أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بطلاق امرأته البتة وحلف له فأعاد النبي صلى الله عليه وسلم على ركائفة ثم رد إليه امرأته بعد حلفه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد امرأته إليه قبل حلفه بأمره . اهـ

إذا تقرر هذا فإن ألفاظه خمسة في حق كل واحد منهما ، وصفته أن الامام يبدأ بالزوج فيقيمها ويقول له : قل أربع مرات ويلقنه الصيغة التي مضى ذكرها ثم يشير إليها ويشير إلى نسبها وتسميتها ، وان كانت غائبة أسماها ونسبها فقال : امرأتى فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها ، فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له : اتق الله فإنها الموجهة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وكل شيء أهون من لعنة الله ، ويأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ؛ ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فإن رآه يمضى في ذلك قال له : قل وأن لعنة الله على من كذب من الكاذبين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا ، ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها : قولى أشهد بالله أن زوجى هذا من الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتشير إليه ، وان كان غائبا أسمته ونسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ، ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضى على ذلك قال لها قولى وأن غضب الله عليهما إن كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا .

وسئل أحمد بن حنبل رضى الله عنه : كيف يلاعن ؟ قال على ما في كتاب الله ثم ذكر ما قرءناه من صفة اللعان ، فإن أبدل لفظا منها فظاهر كلام الاصحاب أن فيه وجهين (أحدهما) أنه يعتد به ، وهو ما ذهب إليه الخرقى من الخابلية

أنه يجوز أن يبدل قوله : إني لمن الصادقين بقوله لقد زنت لأن معناهما واحد ، ويجوز لها إبدال أنه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب . لأنه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن .

وإن أبدل لفظة أشهد بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولى فكذلك مثله ، وإن كان الصحيح في هذا الأخير لا يصح ، لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق ، ولأن اللعان يقصد فيه التخليط واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التخليط فلم يجوز تركه ، ولهذا لم يجوز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

وأما موعظة الامام لها بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول أكبر أهل العلم . وكذلك وضع يد علي في الملاعن لما رواه أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده في حديث المتلاعنين قال : فشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين ، ثم أمر به فأمسك علي فيه فوعظه وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين ، ثم أمر بها فأمسك علي فيها وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من عذاب الله . وذكر الحديث ،

قال الشافعي في الاثم : ثم تقام المرأة فتقول أشهد بالله إن زوجي فلاناً وتشير إليه إن كان حاضراً لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، ثم تعود حتى تقول ذلك أربع مرات ، فإذا فرغت من الرابعة وقفها الامام وذكرها الله تبارك وتعالى وقال لها : احذري أن تبويني بغضب من الله عز وجل إن لم تكوني صادقة في أيمانك ، فإن رآها تمضى وحضرتها امرأة أمرها أن تضع يدها على فيها ، وإن لم تحضرها فرآها تمضى قال لها : قولى وعلى غضب الله أن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا ، فإذا قالت ذلك فقد فرغت من اللعان ، وإنما أمرت بوقفهما وتذكيرهما أن سفیان أخبرنا عن عاصم بن كليب عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً حين لاعن بين المتلاعنين أن يضع يده على فيه عند الخامسة وقال إنها موجبة

(مسألة) إذا كان بينهما ولد فإنه يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا وليس هو مني ، لأنه إذا اقتصر على قوله : ليس هو مني - يعني في الخلق أو في الخلق ، ولم يقتصر على قوله من زنا لأنه قد يعتقد أن الوطء في نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً .

وقال ابن قدامة من الحنابلة: إن نفي الولد في اللعان فاكتمى به كان كمن ذكر اللفظين ، وما ذكره من التأكيد تحكم بهير دليل ، ولا يفتى الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً ، وقد يريد أنه لا يشبهني خلقاً وخلقاً أو أنه من وطء فاسد ، فإن لم يذكر الولد في اللعان لم يفتى عنه ، وإن أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفي الولد . اهـ

هذه المسألة لأصحابنا فيها وجهان (أحدهما) قول القاضي أبي حامد المرورودي أنه إذا نسب إلى الزنا ولم ينفه عن نفسه فقد اتقى منه ، لأن ولد الزنا لا يلحق به فكان نفيه بالزنا كافياً في أن لا يلحق به

(والثاني) قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني أن نسبته إلى الزنا لا يكفي في نفيه لأنه قد يعتقد أن الوطء في النكاح بلا ولي زنا ، لأن أبا بكر الصيرفي من أصحابنا يقول : إن النكاح بلا ولي زناه وبقوله هذا قال كثير من الفقهاء والمحدثين لحديث : أيما امرأة نكحت بغير وليها فهي زانية ، فهي زانية ، فهي زانية ، وقد مضى تخريجها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا لاعن الزوج سقط عنه ماوجب بقذفه من الحد أو التمهير والدليل عليه ما روى عبد الله بن عباس رضي الله عنه : أن هلال بن أمية قذف امرأته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة أو حد في ظهرك ، فقال هلال والذي بعثك بالحق أني لصادق ، ولينزلن الله في امرئ ما يرى . ظهري من الحد فزلات ، والذين يرمون أزواجهم ، فسؤري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً ، فقال هلال قد كنت أرجو

ذلك من ربي عز وجل ، وإن قذفها برجل فسماه في اللعان سقط عنه حده ، لأنه سماه في اللعان فسقط حده كالمرأة ، فإن لم يسمه في اللعان فنيه قولان (أحدهما) يسقط حده لأنه أحد الزانيين فسقط حده باللعان كالزوجة (والثاني) لا يسقط حده لأنه لم يسمه في اللعان فلم يسقط حده كالزوجة إذا لم يسمها ، فعلى هذا إذا أراد إسقاط حده استأنف اللعان وذكره وأعاد ذكر الزوجة .

(فصل) وإن نفي باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر رضي الله عنه « أن رجلا لعن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها ، ففرق رسول الله (ص) بينهما وألحق الولد بالمرأة » فإن لم يذكر النسب في اللعان أعاد اللعان لأنه لم ينتف باللعان الأول

(الشرح) حديث عبد الله بن عباس سبق تخريجه حيث قلنا رواه البخاري وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني . وحديث ابن عمر أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارقطني أما غريبه فقوله « فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم » أي كشف ، كأنه هم كشفه الله عن صدره .

قال ابن بطال : ومثله الحديث الآخر « فإذا مطرت السحابة سرى عنه ، أي كشف عنه الخوف .

قال ابن الصباغ في الشامل : قصة هلال بن أمية نزلت فيها الآية . وأما قوله صلى الله عليه وسلم في قصة عويمر العجلاني « إن الله قد أنزل فيك وفي صاحبك ، فمعناه ما نزل في قصة هلال بن أمية .

أما الأحكام فانه إذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفها ، فإن سماه سقط عنه حده لأنه سماه وإن لم يسمه ففيه قولان . أحدهما يسقط حده ، وبهذا قال أصحاب أحمد وأبو حنيفة ومالك . والثاني لا يسقط حده لأنه لم يسمه في اللعان فلم يسقط . فإن لم يلعن فلنكل واحد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حده . ومن لم يتألب قال بعض أصحابنا يجب الحد مطلقاً . وقال بعض أصحاب أحمد : القذف

للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا في الحد ، لأن هلال بن أمية قذف زوجته في شريك بن سحاء فلم يحده النبي (ص) ولا عزره ، ولأن اللعان بينة في أحد الطرفين ، ولا خلاف عندنا انه إذا لاعن وذكر الاجنبي انه يستط عنه حده . وإن لم يذكره فعلى قولين مضياً

(فرع) استدل بحديث ابن عمر على أن الولد ينتفى باللعان ، وأن يذكر في صيغة اللعان ، وعن أحمد أنه ينتفى بمجرد اللعان وإن لم يتعرض الرجل لذكره في اللعان . قال الحافظ ابن حجر وفيه نظر ، لأنه لو استلحقه لحقه ، وإنما يؤثر اللعان دفع حد القاذف عنه وثبوت زنا المرأة

قال الشافعي رضي الله عنه إن نفى الولد في الملاءنة انتفى ، وإن لم يتعرض له فله أن يعيد اللعان لانتفائه ولا إعادة على المرأة . وإن أمكنه الرفع الى الحاكم فأخر بغير عذر حتى ولدت لم يكن له أن ينفيه كما في الشفعة ، واستدل بالحديث أيضا على أنه لا يشترط في نفى الولد التصريح بأنها ولدت من زنا ولا بأنه استبرأها بحيضة . وقد مضى إيضاحه . وعن المالكية أنه يشترط ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب على المرأة حد الزنا ، لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة ، ولا يجب على الرجل الذي رماها به حد الزنا ، لأنه لا يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان

(فصل) وإن كان اللعان في نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضي الله عنه وحرمت عليه على التأيد لما روى سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً ، فإن كان اللعان في نكاح فاسد ، أو كان اللعان بعد البيئونة في زنا أضافه الى حال الزوجية فهل تحرم المرأة على التأيد؟ فيه وجهان . أحدهما تحرم ، وهو الصحيح ، لأن ما أوجب تحريماً مؤبداً إذا كان في نكاح أوجبه ، وإن لم يكن في نكاح كالرضاع (والثاني) لا يحرم ، لأن التحريم تابع للفرقة ولم يقع بهذا اللعان فرقة فلم يثبت به تحريم .

(فصل) وللرأة أن تدرأ حد الزنا عنها باللعان لقوله عز وجل «ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، ولا تذكر المرأة النسب في اللعان، لأنه لا مدخل لها في إثبات النسب ولا في نفيه.

(فصل) إذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه وجب عليه حد القذف إن كانت المرأة محصنة، أو التعزير إن لم تكن محصنة ولحقه النسب لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه، ولا يعود الفراش ولا يرتفع التحريم، لأنه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه، وإن لاعنت المرأة ثم أكذبت نفسها وجب عليها حد الزنا لأنه لا يتعلق بلعانها أكثر من سقوط حق الزنا وهو حق عليها فعاد بإكذابها

(الشرح) حديث ابن عمر الذي ذكرناه آنفاً، وحديث سهل بن سعد الذي أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني، وقد مضى بلفظه، وفيه قصة عويمر العجلاني، وسياق المصنف يفيد أن عبارة «مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان»، من قول سهل بن سعد، بيد أن الروايات التي في الكتب المذكورة قال ابن عمر «فكانت سنة المتلاعنين»، وفي رواية متفق عليها، أي في مسند أحمد والصحاحين «ذاكم التفريق بين كل متلاعنين»، وفي لفظ لأحمد ومسلم «وكان فراقه إياها سنة في المتلاعنين»، وزاد أبو داود عن القعني عن مالك فكانت تلك - وهي إشارة إلى الفرقة. وقال مسلم إن قوله وكان فراقه إياها سنة بين المتلاعنين مدرج^(١) وكذا ذكر الدارقطني في غريب مالك اختلاف الرواة على ابن شهاب. وذكر ذلك الشافعي في الأم إلى أن نسبته إلى ابن شهاب لا تمنع نسبته إلى سهل، ويؤيد ذلك ما وقع في رواية لأبي داود عن سهل قال «فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنقذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله (ص)

(١) المدرج هو أن تزداد لفظة في متن الحديث من كلام الراوي فيحسبها من يسمعا مرفوعة في الحديث فيرويهما، وقد صنّف الحافظ أبو بكر الخطيب في ذلك كتاباً حافلاً سماه: فصل الوصل لما أدرج في النقل، وقد يكون الإدراج في الإسناد على تفصيل نذكره في مناسبتة

سنة . وفي نسخة الصغاني قال أبو عبد الله - يعنى البخارى - قوله « ذلك تفريق بين المتلاعنين » من قول الزهرى وليس من الحديث
 أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ومتى التعن الزوج فعليها أن تلتعن فإن أبت حدثت - الى أن قال - وان امتنعت من التين وهى مريضة فكانت ثيباً رجمت . اهـ

(قلت) ولا يجب اقامة الحد على الرجل الذى زنى بها ، لانهما اذا قلنا يجب أن يقام الحد عليها بينة الزنا بلعان الزوج فإنه يدرأ عنها الحد أن تلعنه . واذا كان على الزوج حد القذف فإنه يدرأ عنه ذلك بلعانه . أما الذى رميت به فليس له أن يشترك فى الملاعنة ليدرأ عن نفسه فعلا يجب عليه الحد لا تجله ، فلم يكن عليه حد ، وبصورة أخرى نقول لما كان اللعان لدرء الحد ، ولما كان لا لعان عليه كان لا حد عليه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فإذا أكل الزوج الشهادة والالتعان فقد زال فراش امرأته ولا تحل له أبداً بحال ، وان أ كذب نفسه لم تعد اليه التعتن أو لم تلتعن ، حدثت أو لم تحد ، قال وانما قلت هذا لأن رسول الله (ص) قال « الولد للفراش » وكانت فراشا فلم يحز أن ينفي الولد عن الفراش الا بأن يزول الفراش فلا يكون فراش أبداً .

ثم ساق حديث ابن عمر ثم قال « وكان معقولا فى حكم رسول الله (ص) اذا ألحق الولد بأمه أنه نفاه عن أبيه وأن نفيه عن أبيه يمينه والتعانه لا يمين أمه على كذبه بنفيه ، ومعقول فى اجماع الناس أن الزوج اذا أ كذب نفسه ألحق به الولد وجلد الحد ، لأن لا معنى للمرأة فى نفيه ، وأن المعنى للزوج بما وصفت من نفيه ، وكيف يكون لها معنى فى يمين الزوج ونفى الولد والحاقه ، والولد بكل حال ولدها لا ينفي عنها انما عنه ينفي واليها ينسب اذا نسب

(فرع) سبق أن قلنا ان مذهنا حصول الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تلتعن المرأة لانها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق . وقال سائر الأئمة ان الشرع أمر بالتفريق بين المتلاعنين ، وانما فرق النبي (ص) بينهما بعد تمام اللعان منهما . فإذا قلنا بأن اللعان منه يوجب الفرقة بينهما وتحرم

عليه على التأيد إذا كان نكاحاً صحيحاً . أما إذا كان النكاح فاسداً أو بعد بينونة في زنا أضافه إلى حال الزوجية ، فهل تكون محرمة على التأيد ؟ وجهان ذكرهما المصنف .

(فرع) الفرقة باللعان فسخ عندنا . وقال أبو حنيفة : هي طلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تخص النكاح فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله أنت طالق . ولنا أنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصرح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقاً كسائر ما يفسخ به النكاح وبهذا قال أحمد وأصحابه ، واستدلوا كذلك بكونه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة .

(فرع) قوله « إذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه الخ » جملة ذلك أن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده . وقوله « أكذب نفسه » قال في المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعي وأكذب نفسه وكذبها بمعنى اعترف بأنه كذب في قوله السابق قال الكسائي : وتقول العرب أكذبت باللائم إذا أخبرت بأن الذي حدث كذب . انتهى

وهذا أصرح ما في النعوت من حكاية غير الواقع ، وترى الفقهاء ينزهون ألسنتهم فيما بينهم عن استعمال هذه الكلمة فيقولون عند احتمال الكذب : ليس الأمر كذلك . وعند احتمال الغلط أو التلبس يقولون : لا نسلم ويشيرون إلى المطالبة بالدليل تارة وإلى الخطأ في النقل تارة وإلى التوق تارة ، فإذا أغلظوا في الرد قالوا ليس كذلك وليس بصحيح ، وقد رأيت بعض من يتسمون بسمات العلم في عصرنا يتراشقون بالكذب وما هو أشد منه في أمور خلافية ، فيخرجون عن آداب البحث وعن حياء أهل المجادة من حملة العلم العاملين

ونعود فنقول وجب على الزوج حد القذف بعد الإكذاب ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي ومالك ولا نعلم لهم مخالفاً ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج فإذا كذب نفسه بان لعانها كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجبا بالقذف المجرد للحررة البالغة ،

فالصبيّة ليست محصنة وكذلك غير الحرة ، فإن عاد عن أكذاب نفسه وقال لي بيته أقيمها بزناها أو أراد اسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه خلافه ، وهذا فيما اذا كانت المقدوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير ، وفي ذلك كله يلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حيا أو ميتا ، غنيا أو فقيرا ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور . وقال الثوري : اذا استلحق الولد الميت نظرنا — فإن كان ذا مال — لم يلحقه لأنه انما يدعى مالا ، وان لم يكن ذا مال لحقه

وقال أصحاب الرأي : ان كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه ، وان لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعى شيئا لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقا لولده وتبعه نسب الميت

دليلنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حيا أو كان له ولد ولأن ولد ارلد يتبع نسب الولد ، وقد جعل ابو حنيفة نسب اولد تابعا لنسب ابنه فجعل الاصل تابعا للفرع وذلك باطل

فأما قول الثوري انه انما يدعى مالا ، قلنا انما يدعى النسب والميراث والمال تبع له ؛ فان قيل هو متهم في أن غرضه حصول الميراث ، قلنا ان النسب لا تمنع التهمة لحوقه ، بدليل انه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لرمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حيا وهو غني والاب فقير فاستلحقه فهو متهم في ايجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله ، فكذلك ههنا ، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب ههنا لأنه حن للولد ولا تهمة فيه ، ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الاصل

ونخلص من كل ما سبق أن أربعة أحكام تعلقت باللعان ، حقان عليه وحقان له ، فما عليه وجوب الحد ولحوق النسب ، وما له الفرقة والتحرير المؤبد ، فاذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه ، فإزمه الحد والنسب فلم يتقبل فيما له ، فلم تزل الفرقة أو التحريم المؤبد

وعن أحمد رواية: ان أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله . قال ابن قدامة هي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه

(فرع) للمرأة في ملاءنته حق نفي الزنا ودره الحد عن نفسها فإن هي أكذبت
نفسها بعد أن لاعنته وجب أن يقام الحد عليها لأن حق الزنا عليها قد أضاءه
بإدانتها فعاد يا كذابها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن مات الزوج قبل اللعان وقعت الفرقة بالموت وورثته الزوجة
لأن الزوجية بقيت إلى الموت ، فإن كان هناك ولد ورثه ، لأنه مات قبل نفيه ،
وما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها سقط بموته ، لأنه اختص ببدنه وقد
فات ، وإن ماتت الزوجة قبل لعان الزوج وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج ،
لأن الزوجية بقيت إلى الموت ، وإن كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه ، لأن
الحاجة داعية إلى نفيه ، فإن طالبه ورثتها بحد القذف لاعن لإسقاطه ، ولا يسقط
من الحد لو لم يلاعن شيء لحقه من الإرث كما يسقط ما لها عليه من القصاص ،
لأن القصاص ثبت مشتركاً بين الورثة ، فإذا سقط ما يخصه بالإرث سقط الباقي
وحد القذف يثبت جميعه لكل واحد من الورثة ، ولهذا لو عفا بعضهم عن حقه
كان للباقي أن يستوفوا الجميع ، فإن مات الولد قبل أن ينفيه باللعان جاز له نفيه
باللعان ، لأنه يلحقه نسبه بعد الموت لجاز له نفيه ، وإذا نفاه لم يرثه لأننا تدينا
باللعان أنه لم يكن ابنه .

(فصل) إذا قذف امرأته وامتنع من اللعان فضرب بعض الحد ثم قال
أنا ألاعن سمع اللعان وسقط ما بقى من الحد ، وكذلك إذا نكلت المرأة عن اللعان
فضربت بعض الحد ، ثم قالت أنا ألاعن سمع اللعان وسقط بقية الحد ، لأن
ما أسقط جميع الحد أسقط بعضه كالبينة

(فصل) إذا قذفها ثم تلاعنا ثم قذفها نظرت — فإن كان بالزنا الذي تلاعنا
عليه — لم يجب عليه حد لأن اللعان في حقه كالبينة ، ولو أقام البينة على القذف
ثم أعاد القذف لم يجب الحد ، فكذلك إذا لاعن
وإن قذفها بزنا آخر ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجب الحد ، لأن اللعان
في حقه كالبينة ، ثم البينة يبطل إحصانها فكذلك باللعان (والثاني) يجب عليه

الحد ، لأن اللعان لا يسقط إلا ما يجب بالقذف في الزوجية لحاجته الى قذف الزوجية ، وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة الى القذف فلزمه الحد ، وان تلاعننا ثم قذفها أجنبي حد ، لأن اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط عنه الحد عن الاجنبي فان قذفها ولا عنها ونكحت عن اللعان لحدت فقد اختلف أصحابنا فيها ؛ فقال أبو العباس : لا يرتفع احصانها إلا في حق الزوج ، فان قذفها أجنبي وجب عليه الحد لأن اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يبطل به الاحصان إلا في حقه . وقال أبو إسحاق : يرتفع احصانها في حق الزوج والاجنبي ، فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها ، لأنها محدودة في الزنا فلم يحد قاذفها ، كما لو حات بالاقرار أو البينة

(الشرح) الأحكام : اذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل اتمام لعانها سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول جميع النعماء ، ولأن اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه . وان مات بعد أن أكمل لعانه فقد بان بلعانه ولو لم تلاعن هي ، وسقط التوارث بينهما وانتفى الولد ولزمها الحد الا أن تلتعن

وقال أحمد : ان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكمن مات قبل أن يتم لعانه أو قبل أن يلاعن يسقط اللعان ويلحقه الولد وترثه . لأن أحكام اللعان مترتبة على اللعان عنده . وتمامه أن تلاعن هي

دليلنا قول ابن عباس رضي الله عنهما : ان التلعن لم يرث . ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة . لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث . كما لو التلعن في حياتها وقال أحمد : ان ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن . ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق . وفارق اللعان في الحيضة فإنه يقطع الزوجية . على أنهم قالوا : لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضا فهما أولى . وقال الشافعي رضي الله عنه : ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن ، وهذا ينبى على أصل — وهو أن اللعان انما يكون بين الزوجين — فان لعان الرجل وحده يثبت به الحكم . وعند أحمد بخلاف ذلك . فان كانت طالبت بالحد في حياتها — فان كان للمرأة وارث غير الزوج — فله اللعان ليسقط الحد عن

نفسه ، وإلا فلا لعدم الحاجة إليه . وقال أصحاب أحمد : إن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها — فإن طوالب به فله إسقاطه باللعان وإلا فلا ، لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب فإنه لا حد عليه

(فرع) إذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد فإنه يورث كالمطالب سواء بسواء ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك حقاً فلورثته » ، ولأنه حق ثبت في الحياة يورث إذا طالب به فيورث وإن لم يطالب به كحق التصاص وقال أحمد : إنه حد تعتبر فيه المطالبة فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة .

(فرع) فإن لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولم يلاعن أقيم عليه ، فإن أقيم عليه بعضه وقال أنا ألعن قبل منه لأن اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة ، فإن ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا ، فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفاً ، لأن القذف الرمي بالزنا كذباً وأنا صادق فيما رميته به لم يكن ذلك كذباً لنفسه لأنه مصر على زنيها بالزنا ، وله إسقاط الحد باللعان ، ومذهب أحمد رضي الله عنه في هذا كذهبنا

وكذلك نقول فيمن نكلت عن اللعان فضربت بعض الحد ثم قالت أنا ألعن فإنه يسقط ما بقى من الحد ، لأن اللعان يسقط الحد كله ، فلأن يسقط بعضه أولى ولأن اللعان قام مقام البينة فأوقف الحد وأسقط باقيه

(مسألة) إن قذفها في الزوجية ولا عنها ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليه لأنه قد حققه بلعانه ، وعند أصحاب أحمد يحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبي . أما إذا قذفها بزنا آخر ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجب عليه الحد ، لأن الله تعالى قال « والذين يرمون المحصنات ، فاشترط لإقامة الحد بالقذف أن تكون المقذوفة ممنوعة بالإحصان ، فإذا لاعنها فقد زال إحصانها ، لأن اللعان كالبينة . (والثاني) يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط إلا ما يجب بالقذف في الزوجية لحاجته إليه ، وقد صارت باللعان أجنبية عنه فزال الحاجة إلى القذف ، وفي القذف يغير حاجة إشاعة للفاحشة بين الذين آمنوا فوجب الحد . وبهذا قال

ابن عباس والزهرى والشعبي والنخعي وقتادة ومالك وأبو عبيد وأحمد بن حنبل ؛
 (فرع) اذا قذفها أجنبي بعد لعانه فإن كانت قد درأت عن نفسها الحد باللعان
 أقيم على الاجنبى الحد قولاً واحداً ، وان نكثت فقد اختلف أصحابنا ، فعلى قول
 أبى العباس بن سريج يجب حده لانه لم يرتفع احسانها الا فى حق الزوج . وعلى
 قول أبى اسحاق المروزي يرتفع احسانها مطلقاً فلا يجب على أحد الحد بقذفها ،
 لانها محدودة باللعان كما لو حدثت بالاقرار أو بالبينة
 قال ابن قدامة : فأما ان أقام بينة فقذفها قاذى بذلك الرنا أو غيره فلا حد
 عليه لانه قد زال احسانها ، ولأن هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وانما
 دخلت المعرة بإقامة البينة ، ولكنه يعزر تعزير السب والاذى . وهكذا كل من
 قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه .
 وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ، ولكنه يعزر تعزير الأذى والسب ولا
 يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه . هـ . والله تعالى أعلم بالصواب
 وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تمّ الجزء السابع عشر ويليهِ الجزء الثامن عشر
 وأوله كتاب الايمان

- ٣ كتاب الخلع ، اذا كرهت المرأة زوجها خالعته ، أى افتدت منه وطالمها
- ٦ أقام الخلع المباح والمحظور ٨ مقدار المال الذي يصح به الخلع
- ٩ لا يجوز للأب أن يطلق امرأة ابنه بعوض ، ولا يجوز للمرأة السفهية أن تخالع بشيء من مالها ١٠ ولا يجوز لرجل أن يبرئ زوج ابنته ليطلقها
- ١٣ • ويجوز الخلع في الحيض ١٧ ويصح الخلع منجزاً ومعلقاً
- ٢٣ ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والمنفعة
- ٢٥ ولا يجوز الخلع على محرم ولا بمجهول ٣٠ اذا خالع امرأته لا يملك رجعتها في العدة ٢٧ اذا خالع امرأته في مرضه ومات ، واذا خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت ٤٠ باب جامع في الخلع
- ٤١ إذا قالت طلقني ثلاثاً ولك ألف فطلقها واحدة ٥١ إذا قال الزوج طلقتك على مال وأنكرت الزوجة ٥٣ اذا اختلفا في قدر العوض
- ٥٦ كتاب الطلاق . يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار ولا طلاق قبل الزواج ٦٢ طلاق السكران ٦٥ طلاق المكره وكيف يكون الاكراه اذا قال الاجمعي لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناها ٦٦
- ٦٨ يقع الطلاق في الجذ والهزل ٦٩ ويملك الحر ثلاث تطليقات ، ويتمع الطلاق على أربعة أوجه ٧٣ طلاق البدعة وهو محرم . طلاق الحائض
- ٧٨ الطلاق في الحيض محتمب ؟ ٨٤ الطلاق واحدة بعد واحدة
- ٨٨ ويجوز أن يفوض أمر الطلاق الى الزوجة ٩٤ اذا وكل رجلاً ليطلق له امرأته ٩٦ باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع ، لا يقع الطلاق الا بصريح أو كناية مع النية ٩٧ اذا سئل هل طلقت زوجتك فقال نعم طلقت
- ١٠١ كنايات الطلاق وبيانها ١١١ إذا قال لامرأته أنت على حرام فهو طلاق أم لا ؟ ١١٨ اذا كتب طلاق امرأته ولم ينو لم يقع
- ١٢١ باب عدد الطلاق والاستثناء فيه

- ٢٢٧ وان قال أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث أصابع
- ١٢٨ وإن قال أنت طالق طلقة بل طلقتان ١٣١ إذا قال أنت طالق أنت طالق
- أنت طالق كم يتبع ؟ ١٣٥ إن قال لها أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة
- ١٣٧ إن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة
- ١٤٠ إن قال أنت طالق طلقة لا تقع ، وقعت ١٤١ ويصح الاستثناء في الطلاق وكيفية
- ١٤٦ من قال امرأتى طالق إن شاء الله لم يقع
- ١٤٧ الاستثناء لا يصح إلا إذا كان متصلا بالكلام ، وإن طلق بلسانه واستثنى بقلبه وقع ١٥٢ باب الشرط في الطلاق ، إذا علق الطلاق بشرط فإذا وجد الشرط وقع ١٥٣ الألفاظ التي تستعمل في الشرط
- ١٥٥ إذا قال أنت طالق للبدعة أو قال للسنة ١٦١ إن قال لها أنت طالق أحسن الطلاق أو قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه ١٦٣ إن قال لها أنت طالق طلاق الحرج فكم يقع ؟
- ١٦٤ إن قال لها وهي حائض : إذا طهرت فأنت طالق ١٦٩ إن قال ان حضت فأنت طالق فقالت حضت ١٧١ إن قال لامرأتين إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان ١٧٢ إن قال لأربع زوجات أيتكن حاضت فصواحبها طوالق
- ١٧٤ إن قال لامرأته ان لم تكوني حاملا فأنت طالق ١٧٨ إن قال لها ان ولدت ولداً فأنت طالق فولدته ميتا أو ولدت أكثر من ولد
- ١٨٧ إن قال متى لم أطلقك فأنت طالق فهو على الفور
- ١٩٧ ان قال لإحدى امرأته أنت طالق طلقة بل هذه ثلاثا
- ١٩٨ ان قال لها أنت طالق الى شهر وقع الطلاق بعد الشهر ، وان قال أنت طالق في رمضان طلقت برؤية هلاله
- ٢٠٥ اذا قال اذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت
- ٢١٠ ان قال أنت طالق في الشهر الماضي هل يقع ؟ ٢١٣ ان قال ان قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر ٢١٦ ان قال ان قدم زيد فأنت طالق في يومه فقدم ليلا ٢١٩ اذا كتب ان جاءك كتابي هذا فأنت طالق ففقد الكتاب لم يقع ٢٢٠ ان قال أنت طالق يوم قدم فلان فقدم به ميتا

- ٢٢٢ ان قال ان كلبت رجلا فآذت طالق ، وان كانت فقيرها فآذت طالق فكلمت رجلا فقيرها يقع طلقتان
- ٢٢٦ ان كانت في ماء جار فقال لها ان خرجت منه فآذت طالق وان وقعت فيه فآذت طالق لم يقع ، وان قال من بشرتنى بقدم زيد فهى طالق فأخبرته امرأته بقدم زيد فإن كانت كاذبة لم يقع ٢٢٢ ان قال ان كلبتك أو دخلت دارك فآذت طالق . . وان قال ان كلبتك ودخلت دارك
- ٢٢٦ ان كان له زوجتان حفصة وعمرة ، فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال لها أنت طالق ٢٢٨ اذا قال لامرأته اذا وقع عليك طلاقى فآذت طالق قبله ثلاثاً ٢٤٢ اذا علق طلاق امرأته على صفة ثم بانث منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة . . وان علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة في حال البيونة
- ٢٤٥ باب الشك في الطلاق واختلاف الزوجين فيه . اذا شك الرجل هل طلق أم لا لم يقع ، وان كانت له زوجتان فطلق احدهما بعينها ثم نفسها
- ٢٤٦ وان طلق احدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها وان ماتت الزوجتان قبل التعيين . . وان مات الزوج وبقيت الزوجتان
- ٢٥٦ ان رأى طائراً فقال ان كان هذا غراباً فنسأى طوالق فطار قبل أن يعرف ان اختلاف الزوجان فادعت المرأة انه طلقها وأنكر الزوج
- ٢٦٠ باب الرجعة ، اذا طلق بعد الدخول فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة
- ٢٦٦ وتصح الرجعة بغير رضاها ٢٦٩ وهل يجب الاشهاد عليها؟ ولا يجوز تعليقها على شرط ، وان قال راجعتك وأنكرت الزوجة
- ٢٧٤ فإن طلقها طلقة رجعية ثم غاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى انه راجعها قبل انقضاء العدة ٢٧٥ اذا تزوجت الرجعية في عدتها وحبلت ٢٧٨ اذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً حرمت عليه
- ٢٧٩ اذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً ثم تفرقا ثم ادعت المرأة انها تزوجت وطلقت جاز للأول ارتجاعها ٢٨٧ ان طلق الرجل ثم راجعها بعد مضي العدة وقبل أن تتزوج بقيت معه على ما بقى من الطلاق

- ٢٨٨ كتاب الإيلاء ، ما هو ومن يصح ٢٩٠ ولا يصح الإيلاء إلا بالله
- ٢٩٤ ولا يصح الإيلاء إلا على ترك الوطء في الفرج ٣٠٠ ولا يصح الإيلاء إلا في مدة تزيد على أربعة أشهر ٣٠٤ ألفاظ مختلف في كونها إيلاء
- ٣٠٦ إن علق الإيلاء على شرط يستحيل وجوده فهو مول
- ٣١١ إن قال لأربع نسوة والله لا وطئتكن لم يصر مولياً حتى يطاء ثلاثاً ممنهن
- ٣١٢ إن كان له زوجتان فألى من إحداهما ثم قال للثانية: أشركتكم معها ، لم يكن مولياً من الثانية
- ٣١٦ إذا صح الإيلاء لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر ٣١٩ إذا طلقها في مدة التربص . إذا وطئها وهناك مانع من صوم أو حيض سقط به حقمها من الإيلاء . إن لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة
- ٣٢٤ إن وطئها في الفرج سقط الإيلاء وإن كان في غيره فلا ٣٢٧ إذا فاء هل تلزمه الكفارة ٣٣١ ان مضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء
- ٣٣٥ ان مضت المدة وهو مسافر . ان اختلف الزوجان في انقضاء المدة
- ٣٤٠ كتاب الظهار وبيانه وانه قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي
- ٣٤٥ اذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته فإنه ليس بظهار وان شبهها بظهر أبيه . ألفاظ الظهار المتعددة
- ٣٤٩ إن قال أنت طالق وأنت على كظهر أمي ٣٥١ ويصح الظهار مؤقتاً كان يقول أنت على كظهر أمي يوماً أو شهراً ٣٥٢ ويصح تعليقه بشرط . وإن قالت الزوجة لزوجها أنت على كظهر أبي ، أو أنا عليك كظهر أمك لا شيء ٣٥٧ ان صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة
- ٣٥٩ الاقوال في تفسير العود
- ٣٦١ (ثم يعودون لما قالوا) ومن تظاهر ثم طلق ٣٦٣ ان تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات أو بكلمة واحدة ٣٦٥ إن وجبت الكفارة حرم وطؤها الى أن يكفر
- ٣٧ باب كفارة الظهار
- ٣٧ ان لم يقدر على الرقبة فيصوم شهرين متتابعين ٣٧٤ من أفطار يوماً بنذر عذر سقط ما مضى من الصوم

- ٣٧٦ ان لم يقدر على الصوم لزمه أن يطعم ستين مسكينا . بيان ما يطعم كل مسكين
- ٣٧٨ بيان الاصناف التي يكفّر بها . يجب تملك الكفارة للمساكين وكيفيته
- ٣٨٥ كتاب اللعان وبيانه
- ٤٨٨ من قذف امرأته بزنا يوجب الحد فطولب بالحد فله أن يسقط ذلك بأربعة شهود أو باللعان ٣٩٢ ان عفت الزوجة عن الحد لم يلاعن
- ٣٩٦ اذا قامت البينة على امرأة بالزنا ثم قذفها فلا حد عليه . ان قذف امرأته بالزنا وأقيم عليه الحد ثم رماها به فلا حد عليه
- ٣٩٩ باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز . اذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله . . وان كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله
- ٤٠٣ ان أتت بولد لدون ستة أشهر انتفى عنه ٤٠٦ ان كانت له زوجة ووطنها رجل بشبهة وجاءت بولد عرض على القافة
- ٤٠٩ ان تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الاخرى ٤١١ ان تزوج وهي وهو ممن يولد لمثلها وجاءت بولد لستة أشهر لحقه نسبه ٤١٣ ان أتت بولد أبيض وهما أسودان أو العكس ٤١٥ ان أتت بولد وكان هو يعزل عنها لا ينفيه . واذا قذف زوجته وانتفى عن الولد له أن يلاعن ٤١٩ أسباب تؤدي الى سقوط حق النفي ٤٢٣ اذا قذف زوجته بزنا قبل زواجه لم يلاعن ويقام عليه الحد
- ٤٢٤ ان طلقها ثم رماها بزنا أضافه الى حال الزواج لم يلاعن لدرء الحد
- ٤١٧ ان قذف امرأته بزنا عين فعليه لعان واحد ٤٣٢ باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجب من الاحكام ٤٣٧ ولا يصح اللعان الا بأمر الحاكم ، واللعان هو أن يقول . .
- ٤٣٨ والمستحب أن يكون بحضرة جماعة ٤٤٤ ان أراد اللعان يستحب للحاكم أن يعظهما ، ويبدأ بالزوج
- ٤٤٧ متى تكون موعظة الامام لهما ٤٤٨ متى لاعن الزوج سقط عنه ماوجب بقذفه . ان نفى باللعان نسب ولد انتفى
- ٤٥٠ ان كان اللعان في نكاح صحيح وقعت الفرقة على التأيد

٤٥١ وللرأة أن تدرأ حد الزنا = منها باللعان، وإذا لاعن الزوج ثم أ كذب نفسه ..
وأن لاعنست المرأة ثم أ كذبت نفسها
٤٥٥ ان مات الزوج قبل اللعان ورثته زوجته

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المجموع

شرح المَهْدَبِ

الجزء الثامن عشر

الناشر
المكتبة السلفية
المدينة المنورة



قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الإيمان

(باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين)

تصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين لقوله تعالى « لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان » ، وأما غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم فلا تصح يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ، ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع ، وفيمن زال عقله بالسكر طريقتان على ما ذكرناه في الطلاق .

وأما المكروه فلا تصح يمينه لما روى وائلة بن الأسقع وأبو أمامة رضی الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ليس على متهور يمين » ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ، كما لو أكره على كلمة الكفر . وأما من لا يقصد اليمين وهو الذي يسبق لسانه إلى اليمين ، أو أراد اليمين على شيء فسبق لسانه إلى غيره فلا تصح يمينه لقوله عز وجل « لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم » ، وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضی الله عنهم أنهم قالوا « هو قول الرجل لا والله ، وبلى والله » ، ولأن ما سبق إليه اللسان من غير قصد لا يؤخذ به ، كما لو سبق لسانه إلى كلمة الكفر .

(الشرح) قوله تعالى « باللغو » مصدر لغا يلغو ويلغى وبابه نصر وعلم إذا أتى بما لا يحتاج إليه في الكلام أو بما لا خير فيه . قال ابن بطال بما لا قصد له فيه . وفي الحديث « إذا قلت لصاحبك والإمام يخاطب أنصت فقد لغوت » ، ولفظ أبي هريرة « فقد لغيت » ، قال العجاج

ورب أسراب حجيج كظم عن اللغا ورفق التكلم

وقال الفرزدق : واست بماخوذ بلغو تقوله إذا لم تعمد عاقدات العزائم

واختلف في سبب نزول الآية ، فقال ابن عباس سبب نزولها الرهط الذين حرموا طيبات المطاعم والملابس والمناكح على أنفسهم ، حملوا على ذلك ، فلما نزلت « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، قالوا كيف نصنع بأيماننا ؟ فنزلت هذه الآية . قال القرطبي والمعنى على هذا القول ، إذا أتيتم باليمين ثم ألغيتموها ، أى أسقطتم حكمها بالتكفير وكفرتكم فلا يؤخذكم الله بذلك ، وإنما يؤخذكم بما أقدم عليه فلم تلغوه - أى فلم تكفروا - فإن بهذا أن الحلف لا يحرم شيئاً . وهو دليل الشافعي رضى الله عنه على أن اليمين لا يتعلق بها تحريم الحلال وأن تحريم الحلال لغو كما أن تحليل الحرام لغو . اهـ

وروى أن عبد الله بن رواحة كان له أيتام وضيع ، فانقلب من شغله بعد ساعة من الليل فقال أعشيتم ضيقي؟ فقالوا انتظرناك ، فقال لا والله لا آكله الليلة فقال ضيفه وما أنا بالذي يأكل . وقال أيتامه ونحن لا نأكل ، فلما رأى ذلك أكل وأكلوا ، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له « أطعت الرحمن وعصيت ، فنزلت الآية

وفي البخارى في آية البقرة « لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم ، عن عائشة رضى الله عنها أنها نزلت في قول الرجل لا والله وبلى والله . وقيل اللغو ما يوجب به على الظن فيكون بخلافه . قاله مالك حكاه ابن القاسم عنه . قال القرطبي وقال به جماعة من السلف

قرأ حمزة والكسائي وشعبة عن عاصم (عقدتم) بالتخفيف - بلا ألف ، وقرأه ابن ذكوان عن ابن عامر «عقدتم» بألف بوزن فاعل^١ وقرأه الباقر بالتشديد من غير ألف .

قال مجاهد معناه تعدتكم أى قصدتم . وروى عن ابن عمر أن التشديد يقتضى التكرار ، فلا تجب عليه الكفارة إلا إذا كرر ، وهذا يرد ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إني والله ، ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها

(١) وذلك لا يكون إلا من اثنين في الأكثر من حلف لأجله في كلام وقع

منه ، أو يكون المعنى بما عاقدتم عليه الأيمان

خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني ، فذكر وجوب الكفارة
في اليمين التي لم تنكسر

قال أبو عبيد التشديد يقتضى التكرير مرة بعد مرة ، ولست آمن أن يلزم
من قرأ بتلك القراءة ألا توجب عليه كفارة في اليمين الواحدة حتى يرددها مراراً
وهذا قول خلاف الإجماع كما يقول القرطبي . وروى عن نافع أن ابن عمر كان
إذا حنث من غير أن يؤكد اليمين أطعم عشرة مساكين ، فإذا وكد اليمين أعتق
رقبة . قيل لنافع ما معنى وكد اليمين ؟ قال أن يحلف على الشيء مراراً
وقال الحكيمى فى أضواء البيان والتضعيف والمفاعلة مناهما مجرد الفعل بدليل
قراءة (عقدتم) بلا ألف ولا تضعيف ، والقراءات يبين بعضها بعضاً ، وما فى
قوله (بما عقدتم) مصدرية على التحقيق لا موصولة ، كما قاله بعضهم زاعماً أن
ضمير الربط محذوف اه

وقال القرطبي فى الآية (عقدتم) محذف القاف من العقد ، والعقد على ضربين
حسى كعقد الحبل وحكمى كعقد البيع . قال الشاعر^١

قوماً إذا عقدوا عقداً جارهم شدوا العناج وشدوا فوقه الكربا

فاليمين المنعقدة منفصلة من العقد ، وهى عقد القلب فى المستقبل ألا يفعل ففعل
أو ليفعلن فلا يفعل كما تقدم ، فهذه التى يحلفها الاستثناء والكفارة على ما يأتى .
وحديث رفع القلم وقع فى رواية لأحمد فى مسنده وأبى داود والنسائى والحاكم
فى الصحيح عن عائشة بلمنظ «رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن
المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يكبر ،

وفى رواية لهم عن على وعمر رضى الله عنهما «رفع القلم عن ثلاثة ، عن
المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي

(١) هذا البيت للحطيئة والعناج ككتاب حبل يشد فى أسفل الدلو العظيمة ،
ويطلق على الأمر وملاكه . وقوله « لا عناج له » أرسل بلا روية ، والكرب
بالتحريك أصول السعف الغلاظ العراض ، والحبل يشد فى وسط العراقى ليلي
الماء فلا يعفن الحبل الكبير ؟
المطبعى

حتى يحتلم ، والرفع لا يقتضى تقدم وضع كما فى قول يوسف عليه السلام « انى تركت ملة قوم لا يؤمنون بالله » وهو لم يكن على ملتهم أصلاً . وكذا فى قول شبيب « قد أقرينا على الله كذبا ان عدنا فى ملتكم بعد اذ نجانا الله منها » ومعلوم أن شيباً لم يكن على ملتهم قط . وأخرجه الدارقطنى : نا أبو بكر النيسابورى نا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم نا عبد الله بن وهب أخبرنى جرير بن حازم عن سليمان ابن مهران عن أبى ظبيان عن ابن عباس قال « مر على بن أبى طالب بمجنونة بنى فلان قد زنت فأمر عمر بزحها فردها على وقال لعمر : أما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة . عن المجنون المغلوب على عقله . وعن النائم حتى يستيقظ . وعن الصبي حتى يحتلم ؟ قال : صدقت نغلى عنها . »

وأخرج البخارى قول على تعليقاً فى باب الطلاق والرجم . ووصله البغوى فى الجمليات عن على بن الجعد عن شعبه عن الأعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس أن عمر أتى بمجنونة قد زنت وهى حبلى فأراد أن يرحمها فقال له على : أما بلغك أن القلم قد وضع عن ثلاثة فذكره وتابعه ابن نمير ووكيم وغير واحد عن الأعمش ورواه جرير بن حازم عن الأعمش فصرح فيه بالرفع . أخرجه أبو داود وابن حبان من طريقه . وأخرجه النسائى من وجهين آخرين عن أبى ظبيان مرفوعاً وموقوفاً لكن لم يذكر فيهما ابن عباس جملة عن أبى ظبيان عن على . ورجح الموقوف على المرفوع . ولفظ الحديث المرفوع « مر بمجنونة بنى فلان قد زنت فأمر عمر بزحها فردها على وقال لعمر : أما تذكر ، الحديث . »

ورواية جرير بن حازم متصل لكن أعلمه النسائى بأن جرير بن حازم حدث بمصر بأحاديث غلط فيها . وفى رواية أبى داود والنسائى أنى عمر بامرأة فذكر الحديث وفيه نغلى على سبيلها . فقال عمر : ادعوا لى علياً فقال : يا أمير المؤمنين إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إلخ .

أما حديث وائلة وأبى أمامه فقد أخرجه الدارقطنى : نا أبو بكر محمد بن الحسن المقرئ نا الحسين بن ادريس عن خالد بن الهياج نا أبى عن عنبسه بن عبد الرحمن عن العلاء عن مكحول عن وائلة بن الأسقع وعن أبى أمامه قال « قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : ليس على مقهور يمين ، هكذا أخرجه الدارقطني وفي استناده
عنبسة . قال البخاري : تركوه ، وروى الترمذي عن البخاري ذاهب الحديث .
وقال أبو حاتم : كان يوضع الحديث أما جده عنبسة بن سعيد بن العاص فنقة تابعي
كان أحد الأشراف يروي عن أبي هريرة وأبى وثقة ابن معين وأبوداود ، وأما
حفيده هذا فقد قال في التنقيح في حديث : ليس على مقهور يمين حديث منكر بل
موضوع ، وفيه جماعة ممن لا يجوز الاحتجاج بهم اه .

والحسين بن ادريس عن ابن الهياج . قال ابن أبي حاتم كتب الى بجزء من حديثه
فأول حديث فيه باطل والثاني باطل والثالث ذكرته لعلي بن الجنيد فقال أحلف
بالبطلان أنه حديث ليس له أصل . وكذا هو عندى فلا أدري البلاء منه أو من
خالد بن هياج اه من الميزان .

أما الأحكام فإن اللغو ما يجرى على لسان الانسان من غير قصد كقوله : لا
والله وبلى والله ، وبهذا قالت عائشة في إحدى الروايتين عنها . وروى عن ابن عمر
وابن عباس في أحد قوليه والشعبي وعكرمة في أحد قوليه وعروة وأبي صالح والضحاك
في أحد قوليه وأبي قلابة والزهرى كما جاء في ابن كثير والقرطبي وأصواء البيان وغيرها
وذهب مالك الى أن اللغو هو أن يحلف على ما يعتقد فيظهر نفيه ، وقال انه
أحسن ما سمعه في معنى اللغو ، وهو مروى أيضاً عن عائشة وأبي هريرة وابن
عباس في أحد قوليه ، وسليمان بن يسار وسعيد بن جبير ومجاهد في أحد قوليه
وابراهيم النخعي في أحد قوليه ، والحسن وزرارة بن أوفى وأبي مالك وعطاء
الخراساني وبكر بن عبد الله وأحد قولى عكرمة وحبيب بن أبي ثابت والسدي
ومكحول ومقاتل وطاوس وقتادة والربيع بن أنس ويحيى بن سعيد وربيعة . وقال
في أصواء البيان والقولان متقاربان واللغو يشملهما ، لأنه في الأول لم يقصد
عقله اليمين أصلاً ، وفي الثاني لم يقصد الا الحق والصواب .

قال أبو هريرة : اذا حلف الرجل على الشيء لا يظن الا أنه اياه ، فإذا ليس
هو فهو لغو ، وليس فيه كفارة . وقال الحنابلة ان نوى يمينه ما يحتمله انصرفت
يمينه اليه سواء موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له :

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا عبرة بالنية ، والسبب فيما يخالف لفظه لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين واليمين لفظه ، فلو أحثناه على ما سواه لأحثناه على ما نوى لا على ما حلف ، ولأن النية بمجرد ما لا تتعد بها اليمين فكذلك لا يحث بمخالفتها .

(فرع) من ذهب عقله بالسكر لحلف هل ينعقد يمينه ؟ وجهان ، أحدهما : ينهدم للتخليط عليه ، وقد مضى بحث صاف له في الطلاق فارجع إليه :

(فرع) قال الصنعمانى في سبيل السلام في حديث عائشة الذى أخرجه البخارى موقوفاً وأخرجه أبو داود مرفوعاً في قوله تعالى ولا يترأخى الله باللغو فى أيمانكم ، هو قول الرجل لا والله وبلى والله ، قال : فيه دليل على أن اللغو من الأيمان ما لا يكون عن قصد الحلف ، وإنما جرى على اللسان من غير إرادة الحلف وإلى تفسير اللغو بهذا ذهب الشافعي ونقله ابن المنذر عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما من الصحابة وجماعة من التابعين ، وذهب الهادوية والحنفية إلى أن لغو اليمين أن يحلف على الشيء يظن صدقه فيه فكشف خلافه ، وذهب طائوس إلى أنها الحلف وهو غضبان ، ثم قال : وتفسير عائشة أقرب لأنها شاهدت التنزيل وهي عارفة بلغة العرب .

(مسألة) قوله : وأما المكروه فلا تصح يمينه ، وقد استدلل المصنف بحديث وثالة وأبي أمامة ، وقد أود حننا أنه يدور بين النكارة والوضع ، فلا يستحق الاستدلال به ، وأما الدليل الصحيح السليم الصالح للتمسك به فقول : ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كما لو أكره على كلمة الكفر ، وهذا صحيح إذ أجمع أهل العلم على أن من أكره على الكفر حتى خشى على نفسه الهلاك أنه لا إثم عليه إن كفر وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولا تبيّن منه زوجته ولا يحكم عليه بحكم الكفر هذا قول مالك والشافعي والكوفيين غير محمد بن الحسن فإنه قال : إذا أظهر الشرك كان مرتدّاً فى الظاهر ، وفيما بينه وبين الله تعالى على الإسلام ، وتبين منه إمرأته ولا يصلى عليه إن مات ولا يرث أباه إن مات مسلماً .

قال القرطبي : وهذا قول يردّه الكتاب والسنة قال تعالى : إلا من أكره . الآية وقال : إلا أن تنقوا منهم تقاة » وقال « إلا المستضعفين من الرجال والنساء »

وأولادان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم ،
فصدر الله المستضعفين الذين يمتنعون من ترك ما أمر الله به ، والمكروه لا يكون
الاستضعفاً غير ممتنع من فعل ما أمر به ، قاله البخاري ، فلما سمح الله عز وجل
بالكفر به لمن أكره وهو أصل الشريعة ولم يؤخذ به حمل عليه أهل العلم فروع
الشريعة كلها ، فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤخذ به ولم يترتب عليه حكم ، وبه
جاء الأثر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان
وما استكروها عليه » ويقول القاضي ابن العربي ؛ والخبر وإن لم يصح سنه فان
معناه صحيح باتفاق من العلماء ، وذكر أبو محمد عبد الحق أن أسناده صحيح قال :
وقد ذكره أبو بكر الاصيلي في الفوائد وابن المنذر في الاقناع .

إذا ثبت هذا : فإن يمين المكروه غير لازمة عند مالك والشافعي وأبي ثور
وأكثر العلماء .

قال ابن الماجشون وسواء حلف فيما هو طاعة لله أو فيما هو معصية إذا
أكره على اليمين ، وقال أصبغ : بقوله ، وقال مطرف : إن أكره على اليمين
فما هو لله معصية أو ليس في فعله طاعة ولا معصية فاليمين فيه ساقطة ، وإن
أكره على اليمين فيما هو طاعة مثل أن يأخذ الوالي رجلاً فاسقاً فيكرهه أن يحلف
بالطلاق لا يشرب الخمر أو لا يفسق أو لا يغش في عمله أو الوالد يحلف ولله تأديباً له فإن
اليمين تلزم ، وإن كان المكروه قد أخطأ فيما يكلف من ذلك ، وقال بهذا ابن حبيب
وقال أبو حنيفة ومن اتبعه من الكوفيين إنه إن حلف ألا يفعل ففعل حنث ،
قاروا لأن المكروه له أن يورى في يمينه كلها فلما لم يور ولا ذهب نيتة إلى خلاف
ما أكره عليه فقد قصد إلى اليمين .

قال القاضي أبو بكر بن العربي . ومن غريب الأمر أن علماء — يعني علماء
المالكية — اختلفوا في الإكراه على الحنث هل يقع به أم لا ؟ وهذه مسألة
عراقية سرت لنا منهم ، لا كانت هذه المسألة ولا كانوا ، وأى فرق يا معاشر
أصحابنا بين الإكراه على اليمين في أنها لا تلزم وبين الحنث في أنه لا يقع ؛ فانتقوا
الله وراجعوا بصائركم ولا تعتبروا بهذه الرواية فإنها وصحة في الدراية اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح اليمين على الماضي والمستقبل ، فان حلف على ما عر وهو صادق فلا شيء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المدعى عليه ، ولا يجوز أن يجعل اليمين عليه إلا وهو صادق ، فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه .

وروى محمد بن كعب القرظي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال وهو على المنبر وفي يده عصا ، يا أيها الناس لا يمنعكم اليمين عن أخذ حقوقكم فوالذى نفسى بيده ان فى يدي عصا ، وان كان كاذبا وهو أن يحلف على أمر أنه كان ولم يكن أو على أمر أنه لم يكن وكان أثم بذلك وهى اليمين الغموس ، والدليل عليه ما روى عن الشعبي رضى الله عنه عن عبد الله بن عمر قال « جاء أعرابي إلى النبي (ص) فقال : يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الشرك بالله . قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الوالدين ، قال ثم ماذا ؟ قال اليمين الغموس ، قيل للشعبي ما اليمين الغموس قال الذى يقطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها كاذب .

وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه « من حلف على يمين وهو فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله عز وجل وهو عليه غضبان ، وإن كان على مستقبل نظرت — فإن كان على أمر مباح — ففيه وجهان .

(أحدهما) الأولى أن لا يحث لقوله عز وجل « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، (والثاني) أن الأولى أن يحث لقوله عز وجل « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، فإن حلف على فعل مكروه أو ترك مستحب ، فالأولى أن يحث لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله (ص) قال « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليفعل الذى هو خير .

(الشرح) قوله لان النبي (ص) جعل اليمين على المدعى عليه ، وذلك لحديث البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه . وقد مضى تخريجه فى البيوع فى اختلاف المتبايعين .

وحدیث الشعبي عن ابن عمر وأخرجه البخاری باللفظ الذي ساقه المصنف وقوله « قلت ، ظاهره أن السائل عبد الله بن عمرو راوی الحديث والمجيب هو النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أن يكون السائل غير عبد الله لعبد الله وعبد الله المجيب ، والأول أظهر

وقال الشيخ الخولى في تعليقه على سبيل السلام : الذي حقه الحافظ في الفتح وحمد الله عليه أن السائل فراس والمستول عامر الشعبي .

وحدیث ابن مسعود أخرجه أحمد في مسنده وأبو داود والترمذی والنسائی وابن ماجه عن عبد الله بن مسعود والأشعث بن قيس بلفظ « من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان ،

وحدیث أم سلمه رضی الله عنها أخرجه الطبرانی باللفظ الذي ساقه المصنف

ويؤخذ على المصنف استشهاده برواية الطبرانی ، مع انه ورد في الصحيحين عن

عبد الرحمن بن سمرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين

فرايت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك ، وفي لفظ عندهما

« فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير ، وفي لفظ « إذا حلفت على يمين فكفر

عن يمينك وأت الذي هو خير ، رواه النسائی وأبو داود وهو صريح في تقديم

الكفارة . وأخرجه مسلم عن عدی بن حاتم قال ، قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم « إذا حلف أحدكم على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذي

هو خير ، وفي لفظ رواه أحمد ومسلم والنسائی وابن ماجه عن عدی بن حاتم

أيضاً « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر

عن يمينه ، وأخرجه أحمد ومسلم والترمذی وصححه عن أبي هريرة « أن النبي (ص)

قال : من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي

هو خير ، وفي لفظ لمسلم « فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ، وأخرجه

الشيخان عن أبي موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا أحلف على

يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحملتها ، وفي لفظ عند

الشيخين « إلا كفرت عن يميني وفعلت الذي هو خير ، وعندهما « إلا أتيت

الذي هو خير وكفرت عن يميني ،

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي داود والنسائي مرفوعاً
 « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا في معصية ولا في قطيعة رحم . ومن حلف
 على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعها وليأت الذي هو خير فإن تركها كفرتها ،
 وذكره البيهقي وقال لم يثبت

وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبي صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه ،
 إلا ما لا يعبا به ، قال الحافظ في الفتح : ورواته لا بأس بهم . وقد استدل بحديث
 أم سلمة على أن الكفارة يجب تقديمها على الحنث ، ولا يعارض ذلك الروايات
 التي سقناها وفيها « قامت الذي هو خير وكفر ، لأن الواو لا تدل على ترتيب ،
 إنما هي لمطلق الجمع ، على أن الواو لو كانت تفيد ذلك لكانت الرواية التي فيها
 « فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير ، تخالفها . وكذلك بقية الروايات المذكورة
 آنفاً . قال ابن المنذر : رأى ربيعة والأوزاعي ومالك والليث وسائر فقهاء
 الأمصار غير أهل الرأي أن الكفارة تجزى قبل الحنث ، إلا أن الشافعي استثنى
 الصيام فقال لا تجزى إلا بعد الحنث . وقال أصحاب الرأي : لا تجزى قبل
 الحنث . وعن مالك روايتان . ووافق الحنفية أشهب من المالكية وداود الظاهري
 وخالفه ابن حزم ، واحتج له الطحاوي بقوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم)
 فإن المراد إذا حلفتم حنثتم وردة مخالفوه فقاوا : إذا أردتم الحنث

قال الحافظ بن حجر : وأولى من ذلك أن يقال التقدير أعم من ذلك ، فليس
 أحد التقديرين بأولى من الآخر ، وسيأتي لهذا البحث مزيد في الكلام على الكفارة
 قوله « ويصح اليمين على الماضي والمستقبل ، وجملة ذلك أن اليمين على الماضي
 تنقسم ثلاثة أقسام . ما هو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعاً . وما تعمد الكذب
 فيه فهو يمين الغموس . وقد اختلف في كفارتها وسيأتي بيانها ، واليمين على
 المستقبل ، وهو ما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعلية الكفارة .
 وما لم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه ، وإنما جرت على لسانه فهو من لغو
 اليمين ، وكلام عائشة يدل على هذا فإنها قالت : أيمان اللغو ما كان في المرء
 والمزاحة والهزل .

وقال الثوري في جامعه : الأيمان أربعة ، يمينان يكفران ، وهو أن يقول الرجل : والله لا أفعل فيفعل ، أو يقول : والله لأفعلن ثم لا يفعل ، ويمينان لا يكفران أن يقول والله ما فعلت وقد فعل ، أو يقول والله لقد فعلت وما فعل . (قلت) ونحن تنازع الثوري في هذا وإن خالفنا في هذا النزاع من وافق الثوري على ما ذهب كالإمام أحمد والإمام مالك وأصحاب الرأي وغيرهم . ذلك أن الشعبي يقول بما رواه الدارقطني في سننه حدثنا عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ثنا خلف بن هشام ثنا عبثر عن ليث عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : الأيمان أربعة يمينان يكفران ويمينان لا يكفران وذكرهن

قال المروزي ، أما اليمينتان الأوليان فلا اختلاف فيهما بين العلماء على ما قال سنيان ، وأما اليمينتان الأخريان فقد اختلف فيهما أهل العلم ، فإن كان الحالف حلف على أنه لم يفعل كذا وكذا أو أنه قد فعل كذا وكذا عند نفسه صادقاً يرى أنه على ما حلف عليه ولا كفارة عليه في قول مالك وسفيان الثوري وأصحاب الرأي . وكذلك قال أحمد وأبو عبيد . وقال الشافعي لا إثم عليه وعليه الكفارة . ثم قال ، وقد قال بعض التابعين بقول الشافعي ولكنني أميل إلى قول مالك وأحمد هكذا نقله القرطبي في جامع أحكام القرآن

واختلف في اليمين النموس هل هي يمين منعقدة أم لا ؟ فذهبنا أنها يمين منعقدة لأنها مكتسبة بالقلب م معقودة بخبر مقرونة باسم الله تعالى وفيها الكفارة . قال ابن المنذر ، ذهب مالك بن أنس ومن تبعه من أهل المدينة إلى أنها يمين مكر وخديعة وكذب فلا تنعقد ولا كفارة فيها . وبه قال الأوزاعي ومن وافقه من أهل الشام ، وهو قول الثوري وأهل العراق ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأصحاب الرأي من أهل الكوفة

ولنا أنها يمين مكتسبة بالقلب ، معقودة بخبر ، مقرونة باسم الله تعالى فوجب فيها الكفارة .

(مسألة) قال القرطبي الأخبار دالة على أن اليمين التي يحلف بها الرجل يقتطع بها مالا حراماً هي أعظم من أن يكفرها ما يكفر اليمين . قال ابن العربي « الآية » وردت بقسمين ، لغو ومنهقدة ، وخرجت على الغالب في أيمان الناس ، نزع

ما بعدها يكون مائة قسم ، فإنه لم تعلق عليه كفارة . قال القرطبي ، قلت لخرج البخاري عن عبد الله بن عمرو قال ، جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الإشراف بالله ، قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الدين قال ثم ماذا ؟ قال اليمين الغموس ، قلت وما اليمين الغموس ؟ قال التي يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها كاذب .

وخرج مسلم عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة ، فقال رجل وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله ؟ قال وإن كان قضيباً من أراك » اهـ

قلت وظاهر مذهب أحمد أنه لا كفارة في اليمين الغموس ، والغموس اسم فاعل لأنها تغمس صاحبها في الإثم لأنه حلف كاذباً على علم منه ، وطعنة غموس أي نافذة ، وأمر غموس أي شديد . وقال ابن قدامة وروى عن أحمد أن فيها الكفارة . وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتي ، وهو قول الشافعي ، لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة كالمستقبل . ثم قال ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض فأشبهت اللغو .

(قلت) إن وجوب الكفارة عندنا لا يقال من شأن الغموس ، بل إن تعاطم الغموس يقتضي التغليظ على الحالف إذا أراد التوبة . وفي أداء الكفارة إشعار كامل بدخوله ساحة التوبة ، وبدون ذلك لا يكون

(فرع) قوله « فإن كان على أمر مباح الخ » وجملة ذلك أن المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه ، والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه أو يغلب على ظنه الصدق فيه ، فإن الله تعالى يقول « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » فإن كان على فعل شيء مباح أو تركه فإن فيه الكفارة إذا حنث في الإبرار بالقسم .

قوله — فإن حلف على مكروه — ومثله إذا حلف على ترك مندوب . قال الله تعالى « ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس »

وزوبنا أن أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنه حلف لا ينفق على مسطح بعد الذى قال لعائشة ما قال ، وكان من جملة أهل الإفك الذين تكلموا فى عائشة رضى الله عنها فأنزل الله تعالى « ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وليعفوا وليصفحوا » واليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة ويمكن أن يرد على هذا أنها لو كانت مكروهة لأنكر النبي صلى الله عليه وسلم على الاعرابى الذى سأله عن الصلوات فقال : هل على غيرهما ؟ فقال : لا إلا أن تطوع فقال : والذى بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها « ولم ينكر عليه بل قال « أفلح الرجل إن صدق » ونهيب بأنه لا يلزم من هذا جواز الحلف على ترك المندوبات ، إذ أن اليمين على ترك التطوع لا تزيد على تركها ، ولو تركها لم ينكر عليه ، ويمكن فى ذلك بيان أن ما تركه تطوع ، ولأن هذه اليمين إن تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئاً ، وهذا فى الفضل يزيد على ما قبله من ترك التطوع ، فيترجح جانب الايمان بها على تركها فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر ؟ ولأن فى الاقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج اليه ألا وهو بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به ، فلما أنكر على الخالف لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الأثم بتركة فيفوت الغرض .

ومن قبيل المكروه الحلب فى البيع والشراء فى سنن ابن ماجه عن محمد بن إسحاق عن سعيد بن كعب بن مالك عن أبي قتادة قال : قال رسول الله (ص) « إياكم والحلب فإنه ينفق ثم يمحق ، أى منفقة للسعة محقة للبركة .

قال المصنف رحمه الله .

(فصل) وتكره اليمين بغير الله عزوجل ، فإن حلب بغيره كالنبي والكعبة والآباء والاجداد لم تنعقد يمينه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله تعالى » وروى عن عمر رضى الله عنه قال « سمعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحلب بأبي

فقال: إن الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فقال عمر رضى الله عنه : والله ما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً ، وإن قال : إن فعلت كذا وكذا فأنا يهودى أو نصرانى أو أنا برىء من الله أو من الإسلام لم ينتقد يمينه ؛ لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من حلف أنه برىء من الإسلام ؛ فإن كان كاذباً فقد قال ؛ وإن كان صادقاً فلم يرجع إلى الإسلام سالماً) ولأنه : بين بمحدث فلم ينتقد كالمين بالمخلوقات .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه أخرجه أحمد ومسلم والنسائى ولفظه (من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله ، فكانت قريش تحلف بآبائها فقال : لا تحلفوا بآبائكم) وفى رواية عن ابن عمر عند أحمد والبخارى ومسلم (أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت) .

وفى رواية عند الترمذى (أنه سمع رجلاً يقول لا والكعبة ، فقال لا تحلف بغير الله فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من حلف بغير الله فقد كفر وأشرك) قال الترمذى حسن وصححه الحاكم والتعبير بقوله : كفر أو أشرك سيأتى بيانه قريباً .

وحديث عمر أخرجه البخارى فى الايمان والنذور عن سعيد بن نمير ومسلم فيه عن أبى الطاهر وأبو داود فيه عن أحمد بن حنبل ؛ وعن أحمد بن يونس والنسائى فيه عن عمرو بن عثمان ، وعن محمد بن عبد الله بن يزيد وسعيد بن عبد الرحمن وابن ماجه فى الكفارات عن محمد بن يحيى بن أبى عمر وهو جزء من حديث ابن عمر الذى سقناه آنفاً وليس فيه زيادة (ما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً) قال ابن الأثير فى النهاية : وفى حديث عمر (ما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً) أى ما تكلمت به حالفاً من قولك ذكرت لفلان كذا وكذا أى قلته له ، وليس من الذكر بعد النسيان اهـ .

وقال ابن منظور فى لسان العرب ، وفى حديث عمر رضى الله عنه قال ، قال أبو عبيد أما قوله ذاكراً فليس من الذكر بعد النسيان إنما أراد متكلماً به كقولك

ذكرت لفلان حديث كذا وكذا . وقوله . ولا آثراً يريد مخبراً عن غيرى أنه حلف به يقول . لا أقول إن فلانا قال وأبى لا أفعل كذا وكذا أى ما حلفت به مبتدئاً من نفسى ولا رويت عن أحد أنه حلف بها ، ومن هذا قيل حديث مأثور أى يخبر الناس به بعضهم بعضاً ، أى ينقله خلف عن سلف ، يقال منه أثرت الحديث فهو مأثور وأنا آثر ، قال الاعشى .

إن الذى فيه تماريتما بين السامع والآثر اهـ

(قلت) ومنه قوله تعالى (إن هذا إلا سحر يؤثر) أى يأخذه واحد عن واحد ، ومثله قوله تعالى (أو أنارة من علم) .

أما حديث بريدة فقد أخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وهو عندهم من طريق الحسين بن واقد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه ، وقد صححه النسائى ، وقد أخرج الشيخان وأحمد وأصحاب السنن إلا أبا داود عن ثابت بن الضحاك (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذباً فهو كما قال) وأخرج النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون) .

(أما الاحكام) فإن الحلف بنير الله تعالى وردت فيه أحاديث غير ما ذكرنا ما أخرجه أبو داود والترمذى وحسنه والحاكم وصححه عن ابن عمر رفعه (من حلف بنير الله فقد كفر) وهو عند أحمد من هذا الوجه أيضاً بلفظ (فقد كفر وأشرك) قال البيهقى لم يسمعه سعد بن عبيدة من ابن عمر ،

قال الحافظ ابن حجر قد رواه شعبة عن منصور عنه قال كنت عند ابن عمر ورواه الاعمش عن سعيد عن عبد الرحمن السلى عن ابن عمر . وفى التعبير بقوله **كفر** أو **أشرك** للبالغة فى الزجر والتغليظ فى ذلك ، وقد تمسك به من قال بالتحريم . قال الامام الشوكانى ، قال العلماء السر فى الحلف بنير الله أن الحلف بالشيء يمتضى تعظيمه والعظمة فى الحقيقة انها هى لله وحده ، فلا يحلف الا بالله وذاته وصفاته ، وعلى ذلك اتفق الفقهاء ، واختلف هل الحلف بنير الله حرام

أو مكروه . للبالكية والحنابلة قولان ، ويحمل ما حكاه ابن عبد البر من الإجماع على عدم جواز الحلف بغير الله على أن مراده بنى الجواز الكراهة أعم من التحريم والتنزيه . وقد صرح بذلك في موضع آخر اه .

وقال القرطبي : لا تنعقد اليمين بغير الله تعالى وأسمائه وصفاته . وقال أحمد ابن حنبل : إذا حلف بالنبي صلى الله عليه وسلم انعقدت يمينه لانه حلف بما لا يتم الايمان إلا به فتلزمه الكفارة كما لو حلف بالله ، وهذا يرده ما ثبت في الصحيحين وغيرهما ، وقد عدده السيوطي من المتواتر في كتابه الازهار المنتثرة في الاحاديث المتواترة ، وله شروط في التواتر انطبقت على أحاديث كثيرة منها هذا الحديث (أنه صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب في ركب وعمر يحلف بأبيه ، فتاداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت) وهذا حصر في عدم الحلف بكل شيء سوى الله تعالى وأسمائه وصفاته كما ذكرنا ، وبما يحقق ذلك ما رواه أبو داود والنسائي وغيرهما عن أبي هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تحلفوا بأبائكم ولا بأمهاتكم ولا بالانداد ولا تحلفوا إلا بالله ، ولا بالله إلا وأتم صادقون) ثم ينتقض عليه بمن قال ، وآدم وإبراهيم فإنه لا كفارة عليه وقد حلف بما لا يتم الايمان إلا به ، وجمهور أصحابنا من الشافعية على أنه مكروه تنزيهاً وحزم ابن حزم بالتحريم .

وقال إمام الحرمين المذهب القطع بالكراهة ، وجزم غيره بالتفصيل ، فان اعتقد في المحلوف به ما يعتقد في الله تعالى كان بذلك الاعتقاد كافراً ، ومذهب الهاذوية أنه لا إثم في الحلف بغير الله ما لم يسو بينه وبين الله في التعظيم أو كان الحلف متضمناً كفراً أو فسقاً .

قال في الفتح : وأما ما ورد في القرآن من القسم بغير الله ؛ ففيه جوابان . أحدهما أن فيه حذفاً والتقدير ورب الشمس ونحوه ، والثاني أن ذلك يختص بالله فإذا أراد تعظيم شيء من مخلوقاته أقسم به ، وليس لغيره ذلك ؛ وأما ما وقع مما يخالف ذلك كقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي (أفلح وأبيه إن صدق) فقد

أجيب عنه بأجوبة (الأول) الطعن في صحة هذه اللفظة كما قال ابن عبد البر إنها غير مخنوقة وقال إن أصل الرواية أفلح والله إن صدق فصحتها بعضهم ، والثاني أن ذلك كان يقع من العرب ويجرى على ألسنتهم من دون قصد للقسم ، والنهي إنما ورد في حق من قصد حقيقة الحلف ، قاله البيهقي .

وقال النووي : إنه الجواب المرضى ، والثالث أنه كان يقع في كلامهم على وجهين للتعظيم والتأكيد . والنهي إنما وقع عن الأول ، والرابع أن ذلك كان جائزاً ثم نسخ ، قاله الماوردي في الحاوي .

وقال السهيلي أكثر الشراح عليه ، قال ابن العربي ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحلف بأبيه حتى نهى عن ذلك ، قال السهيلي ، ولا يصح ، لأنه لا يظن بالنبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يحلف بغير الله ، ويجاب بأنه قبل النهي عنه غير ممتنع عليه ، ولا سيما الأقسام القرآنية على ذلك النمط .

وقال المنذرى : دعوى النسخ ضعيفة لا يمكن الجمع ولعدم تحقق التاريخ . والخامس أنه كان في ذلك - نذف ، والتقدير أفلح ورب أبيه ، قاله البيهقي ، والسادس أنه للتعجب . قاله السهيلي

(والسابع) أنه خاص به صلى الله عليه وسلم وتعقب بأن الخصائص لا تثبت بالاحتمال ، والاحاديث كلها متظاهرة على أن الحلف بغير الله لا ينعقد لان النهي يدل على فساد المبهى عنه ؛ وإليه ذهب الجمهور .

وقال ابن قدامة : ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو أن يحلف بأبيه أو الكعبة أو صحابي أو امام . قال الشافعي أخشى أن يكون معصية ، إلى أن قال : وأما قسم الله بمصنوعاته فإننا أقسم به دلالة على قدرته وعظمته والله تعالى أن يقسم بما شاء من خلقه ، ولا وجه للقياس على أقسامه ، وقد قيل إن في أقسامه إضمار القسم برب هذه المخلوقات ، فقوله (والضحي) أي ورب الضحى اه .

(مسألة) في الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى ، قال أبو حنيفة في الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى أو برىء من الاسلام أو من النبي أو من القرآن أو أشرك بالله أو أكثر بالله : إنها يمين تلزم فيها الكفارة ولا تلزم فيما إذا قال

واليهودية والنصرانية والنبي والكعبة ، وإن كانت على ضيغة الأيمان ، ومشمسك
 مارواه الدارقطني عن أبي رافع أن مولاه أراد أن تفرق بينه وبين امرأته
 فقالت : هي يوماً يهودية ويوما نصرانية ، وكل مملوك لها حر ، وكل مال لها في
 سبيل الله ، وعليها مشى إلى بيت الله إن لم تفرق بينهما ، فسألت عائشة وحفصة
 وابن عمر وابن عباس وأم سلمة فنكهنهم قال لها : أتريدن أن تكوئي مثل هاروت
 وماروت ؟ وأمروها أن تكفر عن يمينها وتحللي بينهما .

وخرج أيضاً عنه قال : قالت مولاتي : لأفرقن بينك وبين امرأتك ، وكل
 مال لها في رتاج الكعبة وهي يوماً يهودية ويوما مجوسية إن لم أفرق بينك وبين
 امرأتك ، قال فانطلقت إلى أم سلمة فقلت إن مولاتي تريد أن تفرق بيني وبين
 امرأتي ، فقالت انطلق إلى مولاتك ، فقل لها إن هذا لا يحل لك ، قال فرجعت
 إليها ثم أتيت ابن عمر فأخبرته بجاه حتى انتهى إلى الباب ، فقال : ههنا هاروت
 وماروت ؟ فقالت : إني جعلت كل مال لي في رتاج الكعبة ، قال فم تأكلين ؟
 قالت ، وقلت أنا يوماً يهودية ويوما نصرانية ويوما مجوسية ، فقال إن تهودت
 قتلت ، وإن تنصرت قتلت ، وإن تمجست قتلت ، قالت فما تأمرني ؟ قال تكفري
 عن يمينك ، وتجمعين بين فتاك وفتاتك .

إذا ثبت ، هذا فقد قال ابن المنذر اختلف فيمن قال أ كفر بالله ونحوه إن فعلت
 كذا ثم فعل ، فقال ابن عباس وأبو هريرة وعطاء وقتادة وجمهور فقهاء الأمصار
 لا كفارة عليه ولا يكون كافراً إلا إذا أضمر ذلك بقلبه .

وقال الأوزاعي والثوري والحنفية وأحمد وإسحاق هو يمين وعليه الكفارة
 قال ابن المنذر والأول أصح لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بالللات والعزى
 فليقل : لا إله إلا الله ، ولم يذكر كفارة ، زاد غيره ، وكذا من قال بلمة سوى
 الإسلام فهو كافر ، فأراد التعليل في ذلك حتى لا يجترأ أحد عليه .

ونقل ابن القصار من المالكية عن الحنفية أنهم احتجوا لإيجاب الكفارة
 بأن في اليمين الامتناع من الفعل ، ونضمن كلامه بما ذكر تعظيماً للإسلام ،
 وتعقب ذلك بأنهم قالوا فيمن قال : وحق الإسلام ، إذا حنث لا يجب عليه

كفارة ، فأسقطوا الكفارة اذا صرح بتعظيم الاسلام ، وأثبتوها اذا لم يصرح .
قال ابن دقيق العيد : الحلف بالشئ حقيقة هو القسم به وادخال بعض حروف
القسم عليه كقوله والله ، وقد يطلق على التعليق بالشئ يمين كقولهم من حلف
بالطلاق ، فالمراد تعليق الطلاق ، وأطلق عليه الحلف لمشابهته لليمين في اقتضاء
الحنث أو المنع ، واذا تقرر ذلك فيحتمل أن يكون المراد المعنى الثاني لقوله كاذبا
والكذب يدخل القضية الاخبارية التي يقع مقتضاها تارة ، ولا يقع أخرى ،
وهذا بخلاف قولنا والله ما أشبهه ، فليس الاخبار بها عن أمر خارجي ، بل هي
لائشاء القسم ، فتكون صورة الحلف هنا على وجهين .

(أحدهما) أن تتعلق بالمستقبل ، كقوله ان فعل كذا فهو يهودى .

(والثاني) تتعلق بالماضى كقوله ان كان كاذبا فهو يهودى ، وقد يتعلق بهذا
من لم يرفيه الكفارة بل جعل المرثب على كذبه ، قال ولا يكفر في صورة الماضى
الا ان قصد التعظيم ، وفيه خلاف عند الحنفية لكونه تنجيز معنى ، فصار كالمو
قال هو يهودى ، ومنهم من قال : اذا كان لا يعلم أنه يمين لم يكفر ، وان كان
يعلم أنه يكفر بالحنث به كفر لكونه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل .

وقال بعض أصحابنا : ظاهر الحديث أنه يحكم عليه بالكفر اذا كان كاذبا ،
والتحقيق التفصيل ، فإن اعتقد تعظيم ما ذكر كفر ، وان قصد حقيقة التعليق
فينظر — فإن كان أراد أن يكون متصفا بذلك كفر — لأن ارادة الكفر كفر
وان أراد البعد عن ذلك لم يكفر ، لكن هل يحرم عليه ذلك أو يكره تنزيها ؟
الثاني هو المشهور ، وقوله في حديث بريدة ، فإن كان كاذبا زادني البخارى ومسلم
متعمداً ، قال القاضى عياض : تفرد بهذه الزيادة سفيان الثورى ، وهى زيادة
حسنة يستفاد منها أن الحالف متعمداً ان كان مطمئن القلب بالامان وهو كاذب
فى تعظيم ما لا يعتقد تعظيمه لم يكفر ، وان قاله معتقداً لليمين بتلك الملة لكونه
حقاً كفر ، وان قالها لمجرد التعظيم لها احتمال .

قال الحافظ وينقدح بأن يقال ان أراد تعظيمها باعتبار ما كانت قبل النسخ
لم يكفر أيضا ، قال ودعواه أن سفيان تفرد بها ان أراد بالنسبة الى رواية مسلم

فسمى أنه أخرجها من طريق شعبة عن أيوب وسفيان عن خالد الخذاء جميعاً عن
أبي قلابة ، وقوله في الحديث « فهو كما قال » .

قال الحافظ في الفتح : يحتمل أن يكون المراد بهذا الكلام التهديد والمبالغة في
الوعيد لا الحكم كأنه قال : فهو مستحق مثل عذاب من اعتقد ما قال ونظيره
« من ترك الصلاة فقد كفر ، أى استوجب عقوبة من كفر . وقال ابن المنذر :
ليس على إطلاقه في نسبته إلى الكفر ، بل المراد أنه كاذب كذب المعظم
لتلك الجهة اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتجوز اليمين بأسماء الله وصفاته ، فإن حلف من أسمائه بالله
انعقدت يمينه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : والله لأغزون قريشاً ، والله لأغزون قريشاً ؛ والله لأغزون قريشاً ، ثم
قال إن شاء ، وإن حلف بالرحمن ، أو بالإله أو بخالق الخلق أو بيازى القسمة
أو بالحى القيوم ، أو بالحى الذى لا يموت ، أو برب السموات والأرضين ، أو
بمالك يوم الدين . أو برب العالمين ، وما أشبه ذلك من الأسماء التى لا يشاركه
فيها أحد ، انعقدت يمينه ، لأنه لا يسمى بها غيره ، ولا يوصف بها سواه ، فصار
كما لو قال والله ، فإن حلف بالرحيم والرب والقادر والقاهر والملك والجبار
والخالق والمتكبر ، ولم ينو به غير الله عز وجل انعقدت به يمينه ، لأنه لا تطلق
هذه الأسماء الا عليه ، وان نوى به غيره لم ينعقد ، لأنه قد تستعمل في غيره مع
التقييد ، لأنه يقال ، فلان رحيم القلب ، ورب الدار ، وقادر على المشى ،
وقاهر للعدو ، وخالق للكذب ، ومالك للبلد ، وجبار متكبر ، فجاز أن
تصرف اليه بالنية .

فإن قال : والحى والموجود والعالم والمؤمن والكريم لم تعتد يمينه الا أن
ينوى به الله تعالى ، لان هذه الأسماء مشتركة بين الله تعالى وبين الخلق مستعملة
في الجميع استعمالاً واحداً ، فلم تنصرف الى الله تعالى من غير نية كالكنائيات في
الطلاق ، وان حلف بصفة من صفاته نظرت — فإن حلف بعظمة الله أو بعزته

أو بكبريائه أو بجلاله أو ببقائه أو بكلامه — انعدت يمينه ، لان هذه الصفات للذات لم يزل موصوفا بها ، ولا يجوز وصفه بضعها ، فهناك كالمين بأسمائه .
وان قال وعلم الله ولم ينو به المعلوم أو بقدرته الله ولم ينو به المقدور انعقدت يمينه ، لان العلم والقدرة من صفات الذات لم يزل موصوفا بهما ، ولا يجوز وصفه بضعهما ، فصارا كالصفات الستة ، فإن نوى بالعلم المعلوم أو بالقدرة المقدور لم ينعقد يمينه ، لانه قد يستعمل العلم في المعلوم ، والقدرة في المقدور ، ألا ترى أنك تقول اغفر لنا علمك فينا ، وتريد المعلوم ، وتقول انظروا الى قدرة الله ، وتريد به المقدور ، فانصرف اليه بالنية .

فإن قال وحق الله وأراد به العبادات لم ينعقد يمينه ، لانه يمين بمحدث ، وان لم ينو العبادات انعقدت يمينه ، لان الحق يستعمل فيما يستحق من العبادات ويستعمل فيما يستحقه الباري من الصفات وذلك من صفات الذات ، وقد انضم اليه العرف في الحلف به فانعقدت به اليمين من غير نية .

(فصل) وان قال على عهد الله وميثاقه وكفاله وأمانته ، فإن أراد به ما أخذ علينا من العهد في العبادات فليس يمين لانه يمين بمحدث ، وان أراد بالعهد استحقيقه ما تعبدنا به فهو يمين لانه صفة قديمة ، وان لم يكن له نية ففيه وجهان (أحدهما) أنه يمين ، لأن للعادة الحلف بها والتخليط بألفاظها كالعادة بالحلف بالله والتخليط بصفاته كاطالب الغالب والمدرك المهلك (والثاني) ليس يمين لانه يحتتمل العبادات ، ويحتتمل ما ذكرناه من استحقيقه ولم يقترن بذلك عرف عام وانما يحلف به بعض الناس وأكثرهم لا يعرفونه فلم يجعل يميننا .

(الشرح) حديث ابن عباس ؛ أخرجه أبو داود عن عكرمة عنه ، قال أبو داود انه قد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس ، وقد رواه البيهقي موصولا ومرسلا . قال ابن أبي حاتم الأشبه ارساله . وقال ابن حبان في الضعفاء رواه مسعر وشريك أرسله مرة ووصله أخرى .

أما اللغات : فقوله « أو ببارئ » النسمة ، أي خالق الإنسان ، والبارئ هو الذي خلق الخلق لا عن مثال . قال في النهاية : وهذه اللفظة من الاختصاص

بخلق الحيوان ما ليس لها بنيره من المخلوقات ، وقلما تستعمل في غير الحيوان ،
فيقال : برأ الله النسمة ، وخلق السموات والأرض اهـ .

والنسمة : النفس والروح ، وكل دابة فيها روح فهي نسمة وإنما يريد الناس
ومنه حديث علي « والذي فلق الحبة وبرأ النسمة » أي خلق ذات الروح ، وكثيراً
ما كان يقولها إذا اجتهد في يمينه . وقوله « خالق للكذب » يقال : خلق الإفك
واختلقه وتخلقه أي افتراه ، ومنه قوله تعالى « وتخلقون إفكاً » و« إن هذا إلا
اختلاق » وأما الخالق بالآلات واللام فإنها صفة لا تهوز لغير الله تعالى وأصل
الخلق التقدير يقال : خلقت الاديهم للسقاء إذا قدرته له ، وخلق الرجل القول
خلقاً افتراه واختلقه مثله ، والجبار الذي يقتل على الغضب .

وقال الخطابي : الجبار الذي جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه ، يقال :
جبره السلطان وأجبره بمعنى ورأيت في بعض التفاسير عند قوله تعالى « وما أنت
عليهم بجبار » أن الثلاث لغة حكاهما الفراء وغيره وان تشهد لصحتها بما معناه أنه
لا يبنى فعّال إلا من فعل ثلاثي نحو الفتح والعلام ، ولم يجيء من أفعال بالالف
إلا دراك ، فإن حمل جبار على هذا المعنى فهو وجه ، والمقصود هنا عند المصنف
من يقتل من غضب والمتكبر المنتظم ، والكبير العظمة ، وكذلك الكبرياء ،
والمؤمن سمي مؤمناً لأنه آمن بعباده من أن يظلمهم ، ذكره الجوهري في الصحاح
وقوله « بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله » العزة القوة والغلبة من عز
إذا غلب ، ومنه « فعززناهما بثالث » أي قويتناهما ، وعز الشيء يعز من باب
ضرب لم يقدر عليه .

وقوله « من صفات الذات ، الذات حقيقة الشيء ، والذات الإلهية الحقيقة -
الثابتة بالربوبية والالوهية اعتقاداً بلا كيف ولا تشبيه ولا تجسيم .

أما الأحكام : ففي الصحيحين عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم « إن لله تسعة وتسعين اسماً من أحصاها - وفي لفظ من حفظها -
دخل الجنة » وقد ساق الترمذي وابن حبان الاسماء .

قال الحافظ في بلوغ المرام : والتحقيق أن سردهما من بعض الرواة . وقال

الصنعاني : اتفق الحفاظ من أمته - الحديث أن سردها ادراج من بعض الرواة .
وظاهر الحديث أن أسماء الله الحسنى منحصره في هذا العدد بناء على القول
بمفهوم العدد . ويحتمل أنه حصر لها باعتبار ما ذكر بعده من قوله : من أحصاها
دخل الجنة ، وهو خبر المبتدأ . فالمراد أن هذه التسعة - والتسعين تخصص بمضيلة
من بين سائر أسمائه تعالى ، وهو أن احصاها سبب لدخول الجنة ؛ والى هذا
ذهب الاكثرون .

وقال النووي : ليس في الحديث حصر أسمائه تعالى . وليس معناه أنه ليس له
اسم غير التسعة - والتسعين . وبدل عليه ما أخرجه أحمد وصححه ابن حبان من
حديث ابن مسعود مرفوعاً : سألت بكل اسم هو لك سميت به نفسك أو أنزلته
في كتابك أو علمته أحداً من خلقك أو استأثرت به في علم الغيب عندك ، فإنه
دل على أن له تعالى أسماء لم يعرفها أحد من خلقه بل استأثر بها ودل على أنه قد
يعلم بعض عباده بعض أسمائه . ولكنه يحتمل أنه من التسعة - والتسعين . وقد
جزم بالحصر فيما ذكر أبو محمد بن حزم فقال : صح أن أسماء تعالى لا تزيد
على تسعة وتسعين شيئاً لقوله صلى الله عليه وسلم : مائة الا واحداً ، ففي الزيادة
وأبطلها . ثم قال : وجاءت أحاديث في احصاء التسعة - والتسعين اسماً مضطربة
لا يصح منها شيء أصلاً . وإنما تؤخذ من نص القرآن ، وما صح عن النبي صلى
الله عليه وسلم ثم سرد أربعة وثمانين اسماً استخرجها من القرآن والسنة .

وقال الشارح تبعاً لكلام المصنف في التلخيص : انه ذكر ابن حزم أحداً
وثمانين اسماً . والذي رأيناه في كلام ابن حزم أربعة وثمانون . وقد استخرج
الحافظ بن حجر من القرآن فقط تسعة وتسعين اسماً وسردها في التلخيص وغيره
وذكر السيد محمد بن ابراهيم الوزير في ايثار الحق أنه تتبعها من القرآن فبلغت مائة
وثلاثة وسبعين اسماً .

وان قال صاحب الايثار مائة وسبعة وخسين فإننا عددناها فوجدناها كما قلنا
أولاً . وقد عرفت من كلام الحافظ ابن حجر أن سرد الأسماء الحسنى المعروفة -
مدرج عند المحققين وأنه ليس من كلامه صلى الله عليه وسلم ، وذهب كثيرون الى
أن عددها مرفوع .

وقال ابن حجر : بعد نقله كلام العلماء في ذكر عدد الاسماء والاختلاف فيها ما افطه : ورواية الوليد بن مسلم عن شعيب هي اقرب الطرق الواضحة ، وعليها عول غالب من شرح الاسماء الحسنی ثم سردها على رواية الترمذی ، وذكر اختلافاً في بعض الفاظها وتبدلاً في إحدى الروايات للفظ بلفظ ثم قال : واعلم أن الاسماء الحسنی على أربعة أقسام .

(الاول) النعلم وهو الله .

(والثاني) ما يدل على الصفات الثابتة للذات كالعليم والقدير والسميع والبصير

(والثالث) ما يدل على إضافة أمر اليه كخالق والرازق .

(والرابع) ما يدل على سلب شيء عنه كالعلي والقدوس . واختلاف العلماء

هل هي توقيفية ، يعني أنه لا يجوز لأحد أن يشتق من الأفعال الثابتة لله تعالى اسماً بل لا يطلق عليه إلا ما ورد به نص الكتاب والسنة ؟

قال الفخر الرازي المشهور عن أصحابنا أنها توقيفية . وقالت المعتزلة والكرامية

إذا دل العقل على أن معنى اللفظ ثابت في حق الله جاز لإطلاقه عليه . وقال القاضي ابن

العربي والغزالي الاسماء توقيفية دون الصفات

قال الغزالي : وكما أنه ليس لنا أن نسمى النبي صلى الله عليه وسلم باسم لم

يسمه به أبوه ولا أمه ، ولا نسمى به نفسه كذلك في حق الله تعالى ، واتفقوا على

أنه لا يجوز أن يطلق عليه تعالى اسم أو صفة توهم نقصاً ، فلا يقال : ماهد

ولا زارع ولا فالح ؛ وان جاء في القرآن فنعم الماهدون ، أم نحن الزارعون ،

فالح الحب والنوى ، ولا يقال ماكر ولا بناء ؛ وإن ورد ومكروا ومكر الله ،

والسما بنيناها .

وقال القشيري : الاسماء تؤخذ توقيفاً من الكتاب والسنة فنكل اسم ورد

فيها وجب إطلاقه وما لم يرد لم يجوز ولو صح معناه (قلت) من أمثلة الاسماء التي

يخترها العامة وأنصاف المتعلمين ما سمعت بعضهم وقد وقع في محبة مما يمتحن بها

أهل العزائم ينادي قائلاً « يامهون » وكنت اعترض على هذه التسمية لله تعالى

وان كان الله تعالى قادراً على أن يهون علينا مصائب الدنيا والآخرة ، إذا تقرر

هذا فان اليمين تنعقد بالحلف بالله تعالى أو باسمه ، أجمع أهمل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال : والله أو بالله أو بالله فحنت أن عليه الكفارة .

وقال ابن المنذر : وكان مالك والشافعي وأبو غنيد وأبو ثور وأصحاب الرأي يقولون : من حلف باسم من أسماء الله تعالى فحنت أن عليه الكفارة ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان من أسماء الله عز وجل التي لا يسمى بها سواه ، وأسماء الله تعالى أربعة أقسام كما مضى نقلنا عن أصحابنا ، وهي من حيث انعقاد الحلف بها في الاستعمال تنقسم الى ثلاثة أقسام ، فأولها هو العلم وما يجري مجراه مما لا يسمى به غير الله تعالى مثل الله والرحمن ، والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء ، ورب العالمين ، مالك يوم الدين ، ورب السموات والأرضين والحى الذى لا يموت ونحو هذا فالحلف بهذا يمين بكل حال ، وإن نوى غيره .

والثانى : ما يسمى به غير الله تعالى مجازاً ، وإطلاقه ينصرف الى الله تعالى مثل الخالق والرازق والرب والرحيم والقيادر والقاهر والملك والجبار ونحوه ؛ فهذا مما يشترك الله تعالى فى التسمين به مع غيره من مخلوقاته ، ويطلق على غير الله مجازاً بدليل قوله تعالى « إنما تعبدون من دون الله أوثاناً وتخلقون افكاً ، أتدعون بعلاً وتذرون أحسن الخالقين » وقوله « ارجع الى ربك » واذكرنى عند ربك - فأنساه الشيطان ذكر ربه ، وقال « فارز قوهم منه » وقال « بالمؤمنين روءف رحيم » فهذا ان نوى به اسم الله تعالى أو أطلق كان يمينا ؛ لأنه بإطلاقه ينصرف اليه . وإن نوى به غير الله تعالى لم يكن يمينا لأنه يستعمل فى غيره فينصرف بالنية الى ما نواه ، وهذا مذهب أحمد .

وقال بعض الحنابلة : هو يمين كالأول على كل حال . والقسم الثالث : ما يسمى به الله تعالى وغيره ، ولا ينصرف اليه بإطلاقه كالحى والعالم والموجود والمؤمن والكريم والشاكر ، فهذا ان قصد به اليمين باسم الله تعالى ، فمعدنا لا يكون يمينا . لأن اليمين إنما تنعقد لحرمة الاسم ومع الاشتراك لا تكون له حرمة ، والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين .

وقال أحمد وأصحابه إلا القاضى أبا بكر : ان قصد به اليمين باسم الله تعالى

كان يميناً، وإن أطلق أو قصد غير الله تعالى لم يكن يميناً فيخالف هذا القسم والذي قبله في حالة الإطلاق، ففي الأول يكون يميناً وفي الثاني لا يكون يميناً (فرع) والقسم بصفات تعالى كالقسم بأسمائه . وصفاته تنقسم إلى ثلاثة أقسام أولها ما هو من صفات الذات الإلهية ولا يشمل صرفاً إلى غيرها كعزة الله وجلاله وعظمته وكبريائه وكلامه، فهذه تعتقد بها اليمين، وبه قال أحمد وأصحاب الرأي ومالك، لأن هذه من صفات ذاته لم يزل موصوفاً بها، وقد ورد الأثر بالقسم ببعضها، فروى «أن النار تقول قط قط وعزتك»، رواه البخاري، والذي يخرج من النار يقول: وعزتك لا أسألك غيرها. وفي كتاب الله تعالى وعزتك لا غوينهن أجمعين .

(الثاني) ما هو صفة للذات ويعبر به عن غيرها مجازاً كعلم الله وقدرته، فهذه صفة للذات لم يزل موصوفاً بها، وقد تستعمل في المعلوم والمقدور انشاعاً، كقولهم اللهم اغفر لنا علمك فينا، ويقال اللهم قد آتينا قدرتك فأرنا عفوكم . ويقال انظر إلى قدرة الله، أي إلى مقدوره، ففي أقدم هذه الصفات مضافة إلى الله تعالى ولم ينو المعلوم أو المقدور انعقد يمينه، وبهذا قال أحمد رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة: إذا قال وعلم الله لا يكون يميناً لأنه يشمل المعلوم دليلنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يميناً موجبة للكفارة كالعظمة والعزة والقدرة، وينتقض ما ذكره بالتقدير، فإنهم قد صلوا وهي قرينتها، فأما إن نوى القسم بالمقدور والمعلوم لا يكون يميناً، وهو قول أصحاب أحمد لأنه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ ما نواه، فأشبه ما لو نوى القسم بمحلوف في الأسماء التي يسمى بها غير الله تعالى وقد روى عن أحمد أن ذلك يكون يميناً بكل حال ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى، وهو قول أبي حنيفة في القدرة، لأن ذلك موضوع للصفة فلا يقبل منه غير الصفة كالعظمة .

قال ابن قدامة: وقد ذكر طلحة العاقولي في أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالحالق والرازق أنها تكون يميناً بكل حال، لأنها لا تتصرف إلا إلى اسم الله تعالى . كذا هذا

والثالث ما لا ينصرف بإطلاقه الى صفة الله تعالى ، لكن ينصرف بإضافته الى الله سبحانه لفظاً أو نية كالعهد والميثاق والامانة ونحوه ، فهذا لا يكون يميناً مكفراً إلا بإضافته أو نيته وسند ذلك .

(فرع) إذا قال وحق الله نظرت — فإن أراد بحقه ما يستحقه تبارك وتعالى من العظمة والجلال والعزة والبقاء - فهي يمين مكفرة ، وإن أراد بحقه ما يستحقه من الطاعات والمفروضات لم تنعقد يمينه لأنها حادثة . وبهذا قال أحمد ومالك . وقال أبو حنيفة لا كفارة لها ، لأن حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له دليلنا أن الله حقوقاً يستحقها لذاته هي من صفات الذات من العزة والجلال ، واقرن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فتصرف إلى صفة الله تعالى ، كقوله وقدرة الله ، وإن نوى بذلك القسم بمخلوق ، فالقول فيه كالتقول في الحلف بالعلم والقدرة ، إلا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر من احتمالها في العلم والقدرة

(مسألة) إذا قال على عهد الله وميثاقه وكفالتة وأمانته فإنها لا تنعقد إلا أن ينوى الحلف بصفات الله تعالى

وقال أصحاب أحمد لا يختلف المذهب في أن الحلف بأمانة الله يمين مكفرة ، وبقولهم هذا قال أبو حنيفة . لأن أمانته الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها ونوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق لوجوه

أحدها أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم إلى المعصية أو المكروه لكونه قسماً بمخلوق والظاهر من حال المسلم خلافه

ثانيها أن القسم في العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفه الله تعالى أعظم حرمة وقدراً .

ولنا أن الامانة لا تنعقد اليمين بها . ومثلها العهد والميثاق والكفالة . إلا أن ينوى الحلف بصفه الله تعالى . لأن الامانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق وكذلك العهد والميثاق . قال تعالى « انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجمال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان » وقال تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها ، يعني الودائع والحقوق .

وقال صلى الله عليه « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك ، وإذا كان اللفظ محتملاً لم يصرف إلى أحد محتملاته إلا بنية أو دليل صارف إليه ، على أنه إذا لم ينو شيئاً وأطلق هل تنعقد يمينه ؟ وجهان

(أحدهما) تنعقد لأن العادة والعرف جريا على الحلف بها ، والثامن التغليظ في اليمين بالنطق بها كمن يحلف بالله تعالى والتغليظ بصفاته ، وضرب له المصنف مثلاً بالطالب الغالب والمدرك المهلك

(والثاني) لما ذكرناه من احتمال العبادات واحتماله لصفات الله تعالى إلا أن الناس لا يجرى العرف بينهم على اعتباره من صفات الله تعالى فلم يكن يميناً . هذا فيما يتعلق بأمانة الله ، أما إذا حلف بالأمانة قال في المعنى — فإن نوى الحلف بأمانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة . وإن أطلق فعلى روايتين . أحدهما يكون يميناً لما ذكرناه من الوجوه . والثانية لا يكون يميناً لأنه لم يصفها إلى الله تعالى فيحتمل غير ذلك

قال أبو الخطاب : وكذلك العهد والميثاق والجبروت والعظمة وإمانات ، فإن نوى يميناً كان يميناً وإلا فلا ، وقد ذكرنا في الأمانة روايتين فيخرج في سائر ما ذكره وجهان قياساً عليهما

ويكره الحلف بالأمانة لما روى أبو داود عن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف بالأمانة فليس منا ، وروى عن زياد بن خدير أن رجلاً حلف عنده بالأمانة فجعل يبكي بكاء شديداً فقال له الرجل هل كان هذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف بالأمانة أشد النهي ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال بالله لا فعلان كذا بالباء المعجمة من تحت ، فإن أراد بالله أنى أستعين بالله أو أوثق بالله في العمل الذي أشار إليه لم يكن يميناً ، لأن ما نواه ليس يمين واللفظ يحتمله فلم يجعل يميناً ، وان لم يكن له نية كان يميناً لأن الباء من حروف القسم فحمل إطلاق اللفظ عليه

وان قال بالله لا فعلان كذا بالتاء المعجمة من فوق ، فالمنصوص في الإيمان

والإيلاء أنه يمين . وروى المزني في التسمامة أنه ليس يمين ، واختلاف أصحابنا فيه فمنهم من قال المذهب ما نص عليه في الأيمان والإيلاء لأن التاء من حروف القسم ، والدليل عليه قوله عز وجل « وتالله لا كيدن أصنامكم بعد أن توأوا مدبرين » وقوله تعالى « تالله لقد آثرك الله علينا وإن كنا لخاطئين » فصار كما لو قال والله وبالله . وما رواه المزني صحف فيه ، والذي قال المزني في التسمامة بالباء المعجمة من تحت وتبليغه يدل عليه ، فإنه قال لأنه دعاء وتالله الله ليس بدعاء . ومن أصحابنا من قال إن كان في الأيمان والإيلاء فهو يمين لأنه يلزمه حق . وإن كان في التسمامة لم يكن يمينا لأنه يستحق به المال فلم يجعل يمينا

وإن قال الله لا فعلن كذا فإن أراد به اليمين فهو يمين لأنه قد تحذف حروف القسم ، ولهذا روى أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه قتل أبا جهل ، فقال آفة انك قتلته ؟ قال آفة اني قتلته ، وإن لم يكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يأت بلفظ القسم .

وإن قال لاها الله ونوى به اليمين فهو يمين ، لما روى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال في سلب قتيل قتله أبو قتادة « لاها الله إذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق ، وإن لم ينو اليمين لم يكن يمينا لأنه غير متعارف في اليمين فلم يجعل يمينا من غير نية .

وإن قال وإيم الله ونوى اليمين فهو يمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في أسامة بن زيد « وإيم الله ، انه لخليق بالامارة ، فإن لم يكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية .

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود أخرجه أبو داود وأحمد بمعناه . وقال في منتنق الاخبار : وإنما أدرك ابن مسعود أبا جهل وبه رمق فأجهز عليه . وروى معنى ذلك أبو داود وغيره .

وقال في النيل شرح المنتنق : حديث ابن مسعود هو من رواية ابنه أبي عبيدة عنه ولم يسمع منه ، كما تقدم غير مرة

ولفظ مسند أحمد عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود ، أنه وجد
أبا جهل يوم بدر وقد ضربت رجله وهو صريع يذب السيف عنه بسيف له ،
فأخذه عبد الله بن مسعود فقتله به ؛ فنقله رسول الله صلى الله عليه وسلم بسلبه .
هذا وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف أنه قال
« بينا أنا واقف في الصف يوم بدر نظرت عن يميني فإذا أنا بين غلامين من
الانصار حديثه أسنانهما تيمنت لو كنت بين أضلع منهما ، فغمزني أحدهما فقال
يا عم هل تعرف أبا جهل؟ قلت نعم ، وما حاجتك إليه يا ابن أخي؟ قال أخبرت
أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يفارق
سوادى سواده حتى يموت الأتعجل منا . قال فوجبت لذلك ، فغمزني الآخر فقال
مثلها فلم أفتش أن نظرت إلى أبي جهل يزول في النار فقلت ألا تريان ؟ هذا
صاحبكما الذي تسألان عنه ، قال فابتدراه بسينيهما حتى قتلاه ثم انصرفا إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبراه ، فقال أيكما قتله؟ فقال كل منهما أنا ؛ فقال
هل مسحتما سيفيكما؟ قالا لا ؛ فنظر في السيفين فقال كلا كما قتله ، وقضى بسلبه
لماذ بن عمرو بن الجموح . والرجلان معاذ بن عمرو ومعاذ بن عفراء ،

قال في الفتح بعد أن ذكر رواية ابن اسحاق . فهذا الذي رواه ابن اسحاق
يجمع بين الأحاديث ولكنه يخالف ما في الصحيح من حديث عبد الرحمن بن عوف
فإنه رأى معاذاً ومعوذاً شداً عليه جميعاً حتى طرماه . وابن اسحاق يقول إن
ابن عفراء هو معوذ والذي في الصحيح معاذ . فيحتمل أن يكون معاذ بن عفراء
شد عليه مع معاذ بن عمرو كما في الصحيح وضربه بعد ذلك معوذ حتى أثبتته ثم حز
رأسه ابن مسعود فتجتمع الأقوال كلها . وإطلاق كونهما قتلاه يخالف في الظاهر
حديث ابن مسعود أنه وجده وبه رمق . وهو محمول على أنهما بلغا به بضربهما
إياه بسيفيهما منزلة المقتول حتى لم يبق له إلا مثل حركة المذبوح . وفي تلك الحالة
لقيه ابن مسعود فضرب عنقه . على أن الرسول صلى الله عليه وسلم نقل ابن مسعود
السيف فقط جمعاً بين الأحاديث

أما حديث أبي بكر رضي الله عنه فقد أخرجه أحمد والبخارى ومسلم عن
أبي قتادة بلفظ « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فلما التقينا

كانت للسليين جولة . قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فأستدرت اليه حتى أتيته من ورائه فضربته على جبل عاتقه ، وأقبل على بضمي ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت ، فأرسلني فلحقت عمر بن الخطاب فقال ما للناس ؟ فقلت أمر الله ، ثم ان الناس رجعوا وجلس رسول الله (ص) فقال من قتل قتيلًا له عليه بيعة فله سلبه . قال فقلت من يشهد لي ، ثم جلست ثم قال مثل ذلك . قال فقلت من يشهد لي ، ثم جلست . ثم قال ذلك الثالثة فقلت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة ؟ فقصصت عليه القصة ، فقال رجل من القوم صدق يارسول الله سلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقى ، فقال أبو بكر الصديق لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فأعطه إياه فأعطاني ؛ قال فبعت الدرع فابتعت به مخرفاً في بني سلبية ، فإنه لأول مال تأتلته في الإسلام .

ويؤخذ على المصنف قوله « لما روى أن أبا بكر الخ . هكذا بصيغة التريض بما لا يتناسب مع حديث متفق عليه في الصحيحين وفي غيرهما . وأما حديث « وايم الله » ذكره الحافظ الذهبي في سير أعلام النبلاء هكذا

إسماعيل بن جعفر وابن عيينة عن عبد الله بن دينار سمع ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أسامة على قوم ، فظعن الناس في إمارته فقال « إن تطعنوا في إمارته فقد طعنتم في إماره أبيه ، وايم الله إن كان لخليقاً للإمارة ، وإن كان لمن أحب الناس إلى ، وإن ابنه هذا لأحب الناس إلى بعده » لفظ اسماعيل « وإن ابنه لمن أحب ، ابراهيم بن طهمان عن موسى بن عقبه عن سالم عن أبيه فذكر نحوه وفيه « وإن كان أبوه لخليقاً للإمارة وإن كان لأحب الناس كلهم إلى » قال سالم « ما سمعت أبي يحدث بهذا الحديث قط إلا قال والله ما حاشا فاطمة ، انتهى .

وقد كان أسامة أسود أظس لأن أمه بركة الحبشية مولاة رسول الله (ص) ذكر محمد بن اسحاق حدثنا يزيد بن هرون قال حدثنا حماد بن سلمة عن هشام بن

عروة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخر الأفاضة من عرفة من أجل أسامة بن زيد ينتظره ، فجاء غلام أسود أفتس ، فقال أهل اليمن إنما حبسنا من أجل هذا ، قال فلذلك كفر أهل اليمن من أجل هذا .

قال يزيد بن هرون ، يعنى ردتهم أيام أبي بكر الصديق ، ولما فرض عمر بن الخطاب للناس فرض لا أسامة خمسة آلاف ولعبد الله بن عمر ألفين ، فقال ابن عمر فضلت على أسامة وقد شهدت ما لم يشهد ؟ فقال ان أسامة كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منك . وأبوه كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أهلك

أما الاحكام ، فخروف القسم ثلاثة . الباء وهى الاصل وتدخل على المظهر والمضمر جميعا ، والواو وهى بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك وهى أكثر استعمالا وبها جاءت أكثر الاقسام فى الكتاب والسنة ، وانما كانت الباء الاصل لانها الحرف الذى تصل به الافعال القاصرة عن التعدى الى مفعولاتها والتقدير فى القسم ، أقسم بالله ، كما قال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والباء بدل من الواو ، وتختص بإسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ولا تدخل على غيره ، فيقال تائه . واو قال تالرحمن أو تالرحيم لم يكن قسما ، فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة فى موضعه كان قسما صحيحا لانه موضوع له . وقد جاء فى كتاب الله تعالى وكلام العرب ، قال الله تعالى (تالله لتسألن عما كنتم تفترون) (تالله لقد آثرك الله علينا) (تالله تفتنوا تذكرو يوسف) (تالله لقد علمتم) (وتالله لا أكيدن أصامكم)

وقد اختلف أصحابنا فيه لما روى المزني فى القسامة وما رواه الربيع فى الام فرواية المزني أنه ليس يمين ، والصواب كما رواه الربيع فى الام فإن قال ما أردت به القسم لم يقبل منه لانه أتى باللفظ الصريح فى القسم ، واقرنت به قرينة دالة ، وهو الجواب بجواب القسم وان قال بالله ونوى الاستعانة بالله والتحصن بالله أو الثقة بالله لم يكن يميناً فإن أطلق كان يميناً وان لم ينو اليمين لانه يؤخذ بلفظه (فرع) وان أقسم بغير حرف القسم فقال الله لا قومين ؛ بالجر أو الاصب ،

قال الشافعي لا يكون يمينا إلا أن ينوى لأن ذكر اسم الله تعالى بغير حرف القسم ليس بصريح في القسم فلا ينصرف اليه إلا بالنية وقال الحنابلة يكون يمينا لأنه سائغ في العربية ، وقد ورد به عرف الاستعمال في الشرع نوى أو لم ينو ، ويجاب عن هذا بأنكم سوغتم اليمين للعامة إذا قال والله بالرفع مع عدم جوازه في العربية قسما ، وهذا تناقض فكيف بلفظ لم يرد فيه حرف القسم ولم ينو به القسم ، ومذهبنا أنه إذا أراد به اليمين انعدت يمينه لأن العرف لم يجر بذلك . وقال امرئ القيس

يمين الله أبرح قاعدأ

وقال ، فقالت ، يمين الله ما لك حيلة

فهذا مصرح فيه بأنه يمين ، فلا يقال عنه إنه لم ينو . ويجاب عن القسم بأربعة أحرف . حرفان للنفي هما ما ولا ، وحرفان للإثبات وهما إن واللام الممتوحة ، وتقوم إن المكسورة مقام ما النافية ، مثل قوله «وليجلفن إن أردنا إلا الحسنى» (فرع) وإن قال لاها الله ونوى اليمين فهو يمين لما جاء في حديث أبي بكر رضي الله عنه حين قال في سلب قتيل أبي قتادة لاها الله إذا تعدد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق ، وإن لم ينو اليمين فالظاهر أنه لا يكون يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية ، ولا في جوابه حرف يدل على القسم ، وهذا مذهب أحمد رضي الله عنه

(فرع) وإن قال وايم الله ونوى اليمين فهو يمين موجبة للكفارة ، وكذلك وايمين . وقال أصحاب أحمد هي موجبة للكفارة مطلقاً وقد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقسم به ، وقد اختلف في اشتقاقه ، فقيل هو جمع يمين وحذفت فيه في البعض تخفيفاً لكثرة الاستعمال . وقيل هو من اليمين ، فكأنه قال ويمين الله لأفعلن وألفه ألت وصل . وذكر القلعي أنها تخفص بالقسم ، والواو واو قسم عنده . قال ابن بطال في شرح غريب المذهب «وذاكرت جماعة من أئمة النحو والمعرفة فتمنعوا من الخفص ، وقالوا أيمن بنفسها آلة للقسم فلا يدخل على الآلة آلة

هكذا ذكر لي من يسمع التاج النحوي رئيس أهل العربية بدمشق

وقوله «انه الخلق بالإمارة ، أي حقيق بها وجدير وقد خلق لذلك

قال المصنف رحمه الله .

(فصل) وإن قال لعمر الله ونوى به اليمين فهو يمين لأنه قد قيل معناه بقاء الله وقيل حق الله وقيل علم الله ، والجميع من الصفات التي تنعقد بها اليمين ، فإن لم يكن له نية ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يمين لأن الشرع ورد به في اليمين ، وهو قول الله عز وجل (لعمرك أنهم لفي سكرتهم يعمهون)

(والثاني) أنه ليس يمين ، وهو ظاهر النص لأنه غير متعارف في اليمين .
(فصل) وإن قال أقسمت بالله أو أقسم بالله لأفعلن كذا ولم ينو شيئاً فهو يمين لأنه ثبت له عرف الشرع وعرف العادة ، فالشرع قوله عز وجل وفيقسان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقوله عز وجل (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) وعرف العادة أن الناس يخلفون بها كثيراً

وإن قال أردت بقولي أقسمت بالله الخبر عن يمين متقدمة ، وبقولي أقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة ، قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ ، فأما في الحكم فالمنصوص في الأيمان أنه يقبل

وقال في الأيلاء إذا قال لزوجته أقسمت بالله لا وطئتك ، وقال أردت به في زمان متقدم أنه لا يقبل ، فمن أصحابنا من قال لا يقبل قولاً واحداً ، وما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع ، وعرف العادة — وقوله في الأيمان أنه يقبل أراد به فيما بينه وبين الله عز وجل . ومنهم من قال لا يقبل في الأيلاء ويقبل في غيره من الأيمان ، لأن الأيلاء يتعلق به حق المرأة فلم يقبل منه خلاف الظاهر ، والحق في سائر الأيمان لله عز وجل فقبل قوله . ومنهم من نقل جوابه في كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين

(أحدهما) يقبل لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ

(والثاني) لا يقبل لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع وعرف العادة ، فإن قال شهدت بالله أو أشهد بالله لأفعلن كذا فإن نوى به اليمين

فهو يمين ، لأنه قد يراد بالشهادة اليمين ، وإن نوى بالشهادة بالله الإيمان به فليس يمين لأنه قد يراد به ذلك . وإن لم يكن له نية ففيه وجهان (أحدهما) أنه يمين لأنه ورد به القرآن ، والمراد به اليمين ، وهو قوله عز وجل (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) (والثاني) أنه ليس يمين ، لأنه ليس في اليمين بها عرف من جهة العادة . وأما في الشرع فقد ورد ، والمراد به اليمين وورد والمراد به الشهادة ، فلم يجعل يميناً من غير نية .

وإن قال أعزم بالله لا فعلن كذا — فإن أراد به اليمين — فهو يمين ، لأنه يحتمل أن يقول أعزم ثم يبتدىء اليمين بقوله بالله لا فعلن كذا . وإن أراد أني أعزم بالله ، أي بمعونته وقدرته لم يكن يميناً ؛ وإن لم ينو شيئاً لم يكن يميناً لأنه يحتمل اليمين ويحتمل العزم على الفعل بمعونة الله فلم يجعل يميناً من غير نية ولا عرف . وإن قال أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعالى لم يكن يميناً ، نوى به اليمين أو لم ينو ، لأن اليمين لا ينهق إلا بإسم معظم أو صفة معظمة ليتحقق له المحلوف عليه ، وذلك لم يوجد

(فصل) وإن قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا — فإن أراد به الشفاعة بالله عز وجل في الفعل — لم يكن يميناً ، وإن أراد أن يحلف عليه ليفعلن ذلك صار حالفاً ؛ لأنه يحتمل اليمين . وهو أن يبتدىء بقوله بالله لتفعلن كذا ، وإن أراد أن يعقد للمستول بذلك يميناً لم يعقد لواحد منهما ، لأن السائل صرف اليمين عن نفسه والمستول لم يحلف .

(فصل) إذا قال والله لا فعلن كذا إن شاء زيد أن أفعله ، فقال زيد قد شئت أن يفعله انعقدت يمينه لأنه علق عقد اليمين على مشيئته وقد وجدت ، ثم يقف البر والحنث على فعل الشيء وتركه ، وإن قال زيد لست أشاء أن يفعله لم تنعقد اليمين لأنه لم يوجد شرط عقدها ، وإن فقدت مشيئته بالجنون أو الغيبة أو الموت لم ينعقد اليمين ، لأنه لم يتحقق شرط الانعقاد ، ولا ينعقد اليمين به . والله تعالى أعلم .

(الشرح) اذا قال لعمر الله — فإن قصد اليمين فهي يمين ، والا فلا ، ولعمر الله . اللام لام القسم على المصدر المفتوح الذي فعله عمر يعمر كقتل يقتل ، فتقول لعمر ريك ، والمعنى وحياتك وبقائك ، ومنه اشتقاق العمرى . وقال أحمد رضى الله عنه هي يمين موجبة للكفارة مطلقا حيث أقسم بصفة من صفات الذات فكان يميناً موجبة للكفارة ، كالحلأ ببقاء الله ، فإن معنى ذلك الحلف ببقاء الله وحياته . وقال أبو حنيفة بقول أحمد رضى الله عنه

وانما أنها تكون يميناً اذا نوى اليمين لأنها انما تكون يميناً بتقدير خبر محذوف فكأنه قال لعمر الله ما أقسم ، فيكون مجازاً ؛ والجواز لا ينصرف اليه الاطلاق . وهذا القول هو وجه عبدنا وظاهر يخالفه . وقد ثبت في القرآن الكريم القسم به ، كقوله (لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون) وقال الابن

فلا لعمر الذى زرتة حججا وما أريق على الانصاب من جسد
وقال غيره : اذا رضيت كرام بنى قشير لعمر الله أعجبنى رضاها
وقال آخر : ولكن لعمر الله ما ظل مسلماً كفر الثنايا واضطحت الملائم
وان قال عمرك الله يحذف لام القسم نصب اسم الله تعالى فيه ، لأنه يأتي بمعنى نشدتك الله كما فى قوله :

أيها المنكح الثريا سهيلاً عمرك الله كيف يلتقيان ؟

وان قال لعمرى أو لعمرك أو عمرك فليس يمين خلافا لما ذهب اليه الحسن البصرى حيث جعل فى قوله لعمرى الكفارة

ولنا أنه أقسم بمخلوق فلم تلزمه الكفارة ، كما لو قال وحياتى ، وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسماً بحياة الذى أضيف اليه العمر ، فإن التقدير : لعمرك قسمى أو ما أقسم به .

(فرع) اذا قال أقسم بالله أو أقسمت بالله لا فعلن كذا كان يميناً ، سواء نوى أو أطلق ، وهذا قول أهل العلم كافة ، لا نعأم فيه خلافاً ، لأنه لو قال بالله ولم يقل أقسم ولم يذكر الفعل كان يميناً ، وذلك بتقدير الفعل قبله ، لأن الباء تتعلق بفعل مقدر على ما ذكرناه ؛ فإذا أطلق الفعل ونطق بالمقدر كان أولى بثبوت حكمه — وقد ثبت له عرف الاستعمال — قال تعالى (فيقسمان بالله)

وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) وأنشد أعرابي عمره أقسم بالله لتفعلنه، وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي فقال أقسمت بالله أو شهدت بالله . قال عبد الله بن رواحة أقسمت بالله لتنزلنه . وإن أراد بقوله أقسمت بالله الخبر عن قسم ماضٍ أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتي به قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى ولا كفارة عليه لأن ما يدعيه يحتمله ، وهل يقبل قوله في الحكم؟ فالذي قاله الشافعي، في الأيمان أنه يقبل ، وبه قال أحمد وأصحابه خلا القاضي .

وقال في الإيلاء في صورة مماثلة ، إذا قال لزوجته أقسمت بالله لا وطئتك . وقال أردت به في زمان متقدم أنه لا يقبل ، فقد قال بعض أصحابنا لا يقبل قولاً واحداً ، وبه قال القاضي من الحنابلة ، لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع وعرف العادة أو الاستعمال ، وقالوا إن قوله في الأيمان أنها أراد به أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى .

ومن أصحابنا من قال هو على حالين يقبل في الأيمان ولا يقبل في الإيلاء ، وصرف كل قول على وجهه ، لأن حق المرأة لا يتعلق إلا بالظاهر فلم يقبل منه خلافة ، والحق في سائر الأيمان متعلق بالله تعالى فقبل قوله . ومن أصحابنا من جعلها قولين . ونقل جواب كل مسألة منهما إلى الأخرى فتساويا ، وأحد القولين يقبل لاحتمال اللفظ ما يدعيه (والثاني) لا يقبل لمخالفة ما يدعيه لمقتضى اللفظ والشرع والعرف والعادة والاستعمال .

(فرع) وإن قال أشهد بالله أو شهدت بالله لا فعلان كذا ، فإن قصد به اليمين انعدت ولزمته الكفارة ، وإن لم يقصد اليمين بأن قال أردت به الشهادة على أني مؤمن يشهد بأوحدانية قبل منه لأنه يحتمل ذلك ، وقد ورد اللفظ في الكتاب الكريم بمعنى اليمين في قوله تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) كما ورد في القرآن مراداً به الشهادة ، ولذا جعلنا قصده مرجحاً لأحد المعنيين . وإن أطلق ولم يعن شيئاً في نيته فوجهان

(أحدهما) ينعقد يمينا لو روده في الشرع كذلك

(والثاني) لا ينعقد يمينا لو روده في الشرع بمعنى الشهادة ووروده بمعنى

اليمين ، فلا يكون يمينا بغير نية .

وقال أصحاب أحمد شهد بالله تجرى مجرى أقسم بالله . وزعم ابن قدامة في المغنى أنه قول عامة الفقهاء ، وقال لا نعلم فيه خلافا ، وقال وسواء نوى اليمين أو أطلق لانه لو قال أشهد ولم يذكر الفعل كان يمينا . وانما كان يمينا بتقدير الفعل قبله ، وما قرره ابن قدامة من كونه قول عامة الفقهاء غير صحيح كما عرفت من مذهبننا من الفرق بين قوله أقسم بالله وقوله أشهد بالله .

(فرع) وإن قال أعزم بالله لا فعلن كذا وعنى به اليمين فهو يمين ، لانه لو قال بالله لا فعلن كذا احتمل أن يكون يمينا ، فإذا قال قبل ذلك أعزم ثم ابتدأ اليمين بقوله بالله احتمل كونه . فإذا أراد بذلك اليمين انعقد يمينا . وان أراد به العزم بالله وعنى بمعوثته وتأيدته وقدرته وتوفيقه لم يكن يمينا وان أطلق لم يكن يمينا لانه خلا من النية كما خلا منه العرف والاستعمال فلم يكن يمينا . وبه قال أحمد . فإذا تقرر هذا فإذا قال أشهد أو أقسم أو أعزم وان يذكر اسم الله تعالى لم يكن يمينا . سواء نوى به اليمين أو لم ينو . لان اليمين لا تنعقد بغير الله تعالى وأسمائه وصفاته .

وقال ابن قدامة « وان قال أقسمت أو آليت أو حلفت أو شهدت لا فعلن ولم يذكر بالله . فعن احمد روايتان

(إحداهما) أنها يمين . وسواء نوى اليمين أو أطلق . وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعي والثوري وأبي حنيفة وأصحابه . وعن احمد ان نوى اليمين بالله كان يمينا والا فلا . وهو قول مالك واسحاق . ابن المنذر لانه يحتمل القسم بالله وبغيره فلم تكن يمينا حتى يصرفه بنيته الى ما تجب به الكفارة

ولنا انها ليست يمين وان نوى . لانها عريت عن اسم الله تعالى وصفته فلم تكن يمينا . كما لو قال أقسمت بالبيت أو أقسمت بالكعبة . وروى هذا عن عطاء والحسن والزهرى وقتادة وأبي عبيد . وما بقى من الفصول فعلى وجهها وقد معنى توضيحها في الفروع آنفاً . على أن الذى تفتقر اليه هذه الفصول هو بيان احكام الحلف بالقرآن الكريم . فنقول ان الحلف بالقرآن أو بأية منه أو بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها . وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك واحمد وابو عبيد وعامة اهل العلم

قال أبو حنيفة وأصحابه : ليس يمين ولا تجب به كفارة ، فمنهم من زعم أنه مخلوق . ومنهم من قال لا يعهد اليمين به . والحق أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته فنعتقد اليمين به ، كما لو قال وجلال الله وعظمته .

وقوله « هو مخلوق » فهذا كلام المعتزلة ، وإنما الخلاف مع الفقهاء ، ولا شك أن مذاهب المتكلمين لها تأثيرها على تقرير أحكام الفروع عند الفقهاء . وقد روى عن ابن عمر مرفوعاً أن القرآن كلام الله غير مخلوق .

وقال ابن عباس في قوله تعالى « قرآناً عربياً غير ذى عوج » أى غير مخلوق . إذا ثبت هذا فإن الحلف بآية ممة كالحلف بجميعه لأنها من كلام الله تعالى . وإن حلف بالمصحف انعمت يمينه ، وكان قتادة يحلف بالمصحف . وقال ابن قدامة ولم يكره ذلك إمامنا وإسحق ، لأن الحلف بالمصحف إنما عهد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن ، فإنه بين دفتي المصحف بإجماع المسلمين .

(مسألة) نص أحمد رضى الله عنه على أن من حلف بجزء القرآن لزمته بكل آية كفارة يمين . وهو قول ابن مسعود والحسن (قلت) مذهبنا أن الواجب كفارة واحدة وهو قياس المذهب عند الحنابلة وأبي عبيد ، لأن الحلف بصفات الله كلها وتكرر اليمين بالله سبحانه لا يوجب أكثر من كفارة واحدة ، فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة .

ووجه الأول ما رواه مجاهد قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر ، فمن شاء بر ومن شاء فجر ، رواه الأثرم ، ولأن ابن مسعود قال عليه بكل آية كفارة يمين . قال أحمد وما أعلم شيئاً يدفعه .

قال في المغنى : ويحتمل أن كلام أحمد في كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه ، فإنه قال عليه بكل آية كفارة يمين فإن لم يمكنه فكفارة واحدة . ورده إلى واحدة عند العجز دليل على أن ما زاد عليها غير واجب ، وكلام ابن مسعود يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة في تعظيمه ، كما أن عائشة (رض) أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد — وليس ذلك بواجب — ولا يجب أكثر من كفارة واحدة لقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن

يؤاخذكم بها عقبتهم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ، وهذه يمين فندخل في عموم الايمان المنهقدة ، لانها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الايمان ولأن إيجاب كفارات بهدد الآيات ينمضي الى المنع من البر والتقوى والاصلاح بين الناس ، لانه من علم أنه يحثه تلمذه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائنا ما كان ، وقد يكون برأ وتقوى وإصلاحاً فتمنعه منه ، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لايانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب جامع الايمان

إذا حلف لا يسكن داراً وهو فيها ، نخرج في الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحث لأن اليمين على سكنه وقد ترك السكنى فلم يحث بترك الرحل ، كما لو حلف لا يسكن في بلد نخرج وترك رحله فيه ، وان تردد إلى الدار لنقل الرحل لم يحث ، لأن ذلك ليس بسكنى

وإن حلف لا يسكنها وهو فيها ، أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسها ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حث ، لأن الاسم يطلق على حال الاستدامة ، ولهذا تقول سكنت الدار شهراً ولبست الثوب شهراً وركبت الدابة شهراً . وان حلف لا يتزوج وهو متزوج أو لا يتطهر وهو متطهر أو لا يتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحث ، لانه لا يطلق الاسم عليه في حال الاستدامة ، ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت من شهر ، ولا تقول تزوجت شهراً وتطهرت شهراً وتطيبت شهراً

وإن حلف لا يدخل الدار وهو فيها فاستدام فضيه قولان ؛ قال في الامم يحث لأن استدامة الدخول كالاتداء في التحريم في ملك الغير فكذلك في الحث في اليمين كاللبس والركوب

وقال في حرمة لا يحث - وهو الصحيح - لأن الدخول لا يستعمل في

الاستدامة ولهذا تقول دخلت الدار من شهر ، ولا تقول دخلتها شهراً فلم يحث بالاستدامة ، كما لو حلف لا يطهر أو لا يتزوج فاستدام ، فإن حلف لا يسائر وهو في السفر فأخذ في العود لم يحث ، لأنه أخذ في ترك السفر ، وإن استدام السفر حث لأنه مسافر .

(الشرح) قوله « بنية التحويل ، التحويل مصدر حول تحويلاً وهو يلزم ويتعدى ، فيقال حولته تحويلاً إذا غيرت موضعه ، وحول هو تحويلاً إذا انتقل من موضع إلى موضع ، وقد مضى في الحوالة بحث مادته واشتقاقها .

والرجل كل شيء يعد الرحيل من وعاء المتاع ومركب المطية وحلوس ورسن وجمعه أرحل وأرحال ، وأرحل الشخص مأواه في الحضر ، ثم أطلق على أمتعة المسافرين لأنها هناك مأواه ، وفي الحديث « صاوا في رحالكم ، أي في ماواكم

أما الأحكام فإن معنى اليمين على لفظ الخالف ، فإذا حلف صريحة عبارته انصرفت يمينه إليها ، سواء كان ما نواه موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً ، فلموافق للظاهر أن ينوى باللفظ موضوعه الأصلي مثل أن ينوى باللفظ العام العموم ، وبالمطلق الإطلاق ، ويسائر الانقضاء ما يتبادر إلى الأفهام منها أو المخالف فإنه يتنوع أنواعاً :

(أحدها) أن ينوى بالعام الخاص ، مثل أن يحلف لا يأكل لحماً ولا فاكهة ويريد لحماً بعينه وفاكهة بعينها . ومنها أن يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقاً وينوى فعله أو تركه في وقت بعينه . مثل أن يحلف أن لا يركب السيارة ، وهو يعني الآن أو اليوم ، أو يحلف لا لبس ، يعني الساعة

ومنها أن يعني بقسمه غير ما يفهمه السامع منه كالمعاريض ونحوها . ومنها أن يريد بالخاص العام ، مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من الوطش ، يعني قطع كل ماله فيه مئة ، أو لا يأوى مع امرأته في دار يريد جفءها بترك اجتماعها منه في جميع الدور .

في كل ما ذكرنا لا عبرة عندنا بما عناه أو نواه أو خالف لفظه ، لأن الحث مخالفة ما عقد عليه اليمين واليمين هو اللفظ . فلو أحثناه على ما سواه لأحثناه

على ما نوى لا على ما حلف ، ولأن النية بمجرد ما لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحث بمخالفتها ، وبهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه
وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما : إذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه
إليه ، سواء خالف اللفظ أو واقفه ، لأن مبنى اليمين على النية

(فرع) إذا حلف لا يسكن داراً أو هو ساكنها خرج من وقته ، فإن تخلف
عن الخروج وأقام بعد يمينه زمناً حث لأن استدامة السكنى كابتدائها في وقوع
اسم السكنى عليها ، ألا تراه يقول سكنت هذه الدار شهراً ، كما يقول ابست هذا
الشوب شهراً ، وبهذا قال أحمد وأصحابه .

وإن أقام لنقل رحله وقاشه لم يحث ، لأن الانتقال لا يكون إلا بالاهل
والمال فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلاً

وحكى عن مالك أنه إن أقام دون اليوم والليلة لم يحث ، لأن ذلك قليل
يحتاج إليه في الانتقال فلم يحث به . وعن زفر أنه قال يحث وإن انتقل في الحال
لأنه لا بد من أن يكون ساكناً عقيب يمينه ولو لحظة فيحث بها وليس بصحيح
فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين ولا يقع عليه . وأما إذا أقام زمناً
يمكنه الانتقال فيه فإنه يحث لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى فحث به كوضع
الاتفاق ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب سيارة فوقف على سلسها أو تعلق بمؤخرتها
حث وإن كان قليلاً ؟

(فرع) إذا أقام على مقاعه وأهله حث ، وقال أبو حنيفة وأحمد لم يحث
لأن الانتقال لا يكون إلا بالاهل والمال ولا يمكنه التحرز من هذه الاستدامة
فلا يقع اليمين عليها . وعلى هذا إن خرج بنفسه وترك أهله وماله في المسكن مع
إمكان نقلهم عنه حث

ولنا أن لا يحث إذا خرج بنية الانتقال ، لأنه إذا خرج بنية الانتقال فليس
بساكن — ولأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله — وعند أحمد
وإبي حنيفة أن السكنى لا يكون إلا بالاهل والمال ، ولهذا يقال فلان ساكن بالبلد
الفلاني وهو غائب عنه بنفسه . وإذا نزل بلدًا بأهله وماله يقال سكنه ، ولو نزل
بنفسه لا يقال سكنه .

هذا كلامهم وهو ظاهر الخطأ ، لأن المرء قد يموت أبواه أو يفصل عنهما ولما يتزوج بعدهم يسكن أنى شاء وحده . وحكى عن مالك أنه اعتبر نقل عياله دون ماله ، والاولى إن شاء الله أنه إذا انتقل إلى مسكن آخر لا يحنث وإن بقي متاعه في الدار ، لأن مسكته حيث حل هو ، وضع في المسكن الذى نزل فيه ما يتأثت به أو لم يضع ، ما دام قد تحقق حلوله فيه من إجارة أو تملك أو اتهاب

(فرع) وإن أكره على المقام لم يحنث ، وكذلك إن كان في جوف الليل في وقت لا يجد فيه منزلاً يتحول إليه ، أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكن فتحها أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله فأقام في طلب النقلة أو انتظراً لزوال المانع منها لم يحنث ؛ وإن خرج طالباً للنقلة فتعذرت عليه إما لكونه لم يجد مسكناً يتحول إليه لتعذر الكراء واكتظاظ المساكن بأهلها وندرة الخالي منها أو يوجد في مقابل مبلغ كبير لا يطيقه ولا يتيسر له أدائه ، أو لم يجد من يحمل أمتعته كسيارة أو دابة أو حمال ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام حنث وعليه الكفارة . وقال الحنابلة لم يحنث لأن إقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكنه من النقلة

(فرع) فإن حلف لا يتزوج ولا يتطيب ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث في قولهم جميعاً ، لأنه لا يطلق على من استدامها اسم الفعل ، فلا يقال تزوجت شهراً ، ولا تطيبت شهراً ، وإنما يقال منذ شهر ، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والتطيب منزلة ابتدائها في تحريمه في الاحرام وإيجاب الكفارة فيه (فرع) وإن حلف لا يدخل داراً هو فيها فأقام فيها ففيه قولان أحقهما ما رواه حرمة أنه لا يحنث .

وعن أحمد روايتان ، إحداهما يحنث . قال أحمد في رجل حلف على امرأته لا دخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعاً فيها ، قال أخاف أن يكون حنث . والثانية لا يحنث ، ذكرها ابن قدامة عن القاضى واختارها أبو الخطاب . وهو قول أصحاب الرأى ، لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة ، ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً فجرى مجرى التزويج ؛ ولأن الدخول الاتصال من خارج الى داخل فلا يوجد هذا المعنى في الإقامة والمكث

قال ابن قدامة : ويحتمل أن من أحسنه إنما كان لأن ظاهر حال الحالف أنه يقصد هجران الدار ومباينتها ؛ والإقامة فيها تخالف ذلك فجري مجرى الحالف على ترك السكنى به اه .

(فرع) فإن حلف لا يلبس ثوباً وهو لا يلبسه فإن نزعه في الحال وإلا حنث وكذلك إن حلف لا يركب دابة هو راكبها — فإن نزل في أول حالة الإمكان والاحنث ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لا يحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه . لأنه لو حلف لا يتزوج ولا يطهر فاستدام ذلك لم يحنث . كذا همنا

دليلنا أن استدامة اللبس والركوب تسمى لبساً وركوباً ، ويسمى به لا بساً وراكباً . ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهراً ، وركبت دابتي يوماً فحنث باستدامته ، كما لو حلف لا يسكن فاستدام السكنى ، وقد اعتبر الشرع هذا في الاحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الكفارة في استدامته كما أوجبها في ابتدائه وفارق التزويج فإنه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهراً . وإنما يقال منذ شهر . ولهذا لم تحرم استدامته في الاحرام كابتدائه

(فرع) ان حلف لا يسافر وكان في السفر فإن سدر في سفره حنث وإن أخذ في العود لم يحنث ولو كانت مسافة العود أكبر من قدر مسافة القصر . وذلك لأنه يعتبر أخذاً في ترك السفر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لا يساكن فلاننا — وهما في مسكن واحد . ففارق أحدهما الآخر في الحال وبقي الآخر — لم يحنث لأنه زالت المساكنة . وإن ساكن كل واحد منهما في بيت من خان أو دار كبيرة . وانهرد كل واحد منهما بباب وغلق لم يحنث لأنه ما ساكنه . فإن حلف لا يدخل داراً فأدخل احدي الرجلين أو أدخل رأسه اليها لم يحنث ، وان حلف لا يخرج من دار فأخرج احدي الرجلين أو أخرج رأسه منها لم يحنث . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان معتكفاً وكان يدخل رأسه الى عائشة لترجله ، ولأن كمال الدخول والخروج لا يحصل بذلك .

(فصل) وإن حلف لا يدخل داراً فحصل في سطحها وهو غير محجر لم يحنث . وقال أبو ثور يحنث لأن السطح من الدار . وهذا خطأ لأنه حاجز بين داخل الدار وخارجها فلم يصر بحصوله فيه داخلاً فيها ، كما لو حصل على حائط الدار . وإن كان محجراً ففيه وجهان

أحدهما يحنث لأنه يحيط به سور الدار

والثاني لا يحنث ، وهو ظاهر النص لأنه لم يحصل في داخل الدار ، وإن كان في الدار نهر فطرح نفسه في الماء حتى حمله إلى داخل الدار حنث لأنه دخل الدار . وإن كان في الدار شجرة منتشرة الأغصان فتعلق بغصن منها ونزل فيها حتى أحاط به حائط الدار حنث . وإن نزل فيه حتى حاذى السطح فإن كان غير محجر لم يحنث وإن كان محجراً فعلى الوجهين

(الشرح) حديث اعتكاف الرسول في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدخل علي رأسه وهو في المسجد فأرجله ، وكان لا يدخل البيت إلا للحاجة إذا كان معتكفاً ،

أما غريب الفصل فقوله « بيت من خان » قال في المصباح : والخان ما ينزله

المسافرون . والجمع خانات .

(قلت) لعله مكان كان يقوم مقام الفندق في عصرنا هذا ، إلا أن الخان فيما مضى كان فيه مكان فسيح تأوى إليه الدواب ، ومستودع لبضائع المسافرين وأمتعتهم . وقوله « غير محجر » المحجر الذي عليه بناء يحيط به ومنه سميت الحجره وسور الدار ما يحيط به .

أما الأحكام فإنه إذا حلف لا يساكن فلاناً فالحكيم في الاستدانة على ما ذكرنا في الحلف على السكنى . وإن انتقل أحدهما وبقي الآخر لم يحنث لزوال المساكنة وإن سكنا في دار واحدة - وكل واحد في بيت ذي باب وقفل أو غلق - فإن كانت الدار صغيرة فهما متساكنان ، لأن الصغيرة مسكن واحد ، وإن كانت كبيرة إلا أن أحدهما في البيت والآخر في الصفة ، أو كانا في صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق دون صاحبه فهما متساكنان ، وإن كانا في بيتين كل واحد

منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر فأشبهها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه
وقالت الخالبة : انهما في دار واحدة فكانا متساكنين كالصغيرة ، وفارق
المتجاورين في الدارين فإيهما ليسا متساكنين ، ويمينه على نبي المساكنة لا على
المجاورة . ولو كانا في دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسمها حجريتين
وفتجا لكل واحدة منهما باباً وبينهما حاجز ، ثم سكن كل واحد منهما في حجرة
لم يحث لأيهما غير متساكنين

(فرع) إذا تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث ، لأيهما نساكنا
قبل انفراد إحدى الدارين من الأخرى ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأي وأهل
المدينة ولا نعلم فيه خلافاً .

(فرع) ان حلف لا ساكنت فلاناً في هذه الدار فقسمها حجريتين وبنا
بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما لنفسه باباً ثم سكنا فيهما لم يحث لما ذكرنا في
التي قبلها . وهذا قول أحمد وابن المنذر وأبي ثور وأصحاب الرأي . وقال مالك :
لا يهجنى ذلك لكونه عين الدار ولا ينجل بتغيرها

(فرع) إن حلف لا يخرج من دار فأخرج يده أو رجله أو رأسه لم يحث
بلا خلاف ، - واء كان الحاجة أم غيرها . أما الخروج بكل بدنه أو أخرج رجله
واعتمد عليهما وبقى رأسه داخل الدار حنث ، فإذا قدم ممتدداً على مقدمته
وأخرج رجله مدهما إلى الخارج فلا يحث على الصحيح لما ذكر في الاعتكاف
من أن اعتكافه لا يبطل ، فلم يحث في يمينه ، لأن كمال الخروج والدخول
لا يحصل بذلك .

(فرع) قوله « وإن حلف لا يدخل داراً فصل في سطحها الخ ، قلت ، قال
الشافعي لا يحث . ولأصحابنا فيما إذا كان محجراً وجهان ، وظاهر النص أنه
لا يحث . وقال أحمد يحث ، سواء كان السطح محجراً أم لا ، وبهذا قال مالك
وأبو ثور وأصحاب الرأي - وهذا خطأ - لأن السطح حاجز بين داخل الدار
وخارجها ، كسطح المسجد فإنه لا يعد من المسجد ولا يجوز الاعتكاف فيه ،
كما لا يجوز الاعتكاف في منارته على ما مضى في الاعتكاف . وعند الخالبة يصح
الاعتكاف في سطح المسجد

قوله « فتعلق بغصن منها ونزل الخ » وجملة ذلك أنه إن تعلق بغصن شجرة في الدار ولم يكن بين حيطانها لم يحنث ، فإن نزل حنث ، وفي وجهه عند الحنابلة وأبي ثور وأصحاب الرأي أنه إذا تعلق بغصن شجرة في الدار حنث وإن لم ينزل بين حيطانها لأنه في هوائها ، وهو أَوْها ملك لصاحبها فأشبهه ما لو قام على سطحها لأنه يحنث بصعود السطح عندهم كما ذكرنا آنفاً ، وكذلك إن كانت الشجرة في غير الدار فتعلق بفرع ماد على الدار في مقابلة سطحها ، فإن قام على حائط الدار احتمل عندهم وجهين .

أحدهما أنه يحنث لأنه داخل في حدها فأشبهه الهائم على سطحها وأوجه الثاني وهو المذهب عندنا : لا يحنث لأنه لا يسمى دخولا ، وإن قام في طاق الباب فكذلك لأنه بمنزلة حائطها . وإن حلف أن لا يضع قدمه في الدار فدخلها راجبا أو ماشيا منتعلا أو حافيا حنث ، كما لو حلف أن لا يدخلها وبهذا قال أصحاب الرأي وأحمد . وقال أبو ثور : إن دخلها راجبا لم يحنث لأنه لم يضع قدمه فيها .

دليلا أنه قد دخل الدار حنث ، كما لو دخلها ماشيا ، ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها ، فإن قدمه موضوعة ، فإن كان في الدار نهر فدخلها في سفينة أو زورق فقدمه في الزورق أو على الدابة فأشبهه ما لو دخلها منتعلا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حلف لا يدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث ، لأن اليمين على عين مضافة إلى مالك فلم يستطع الحنث فيه بزوال الملك ، كما لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذه فطلقها ثم كلمها . وإن حلف لا يدخل دار زيد فدخل داراً لزيد وعمره لم يحنث لأن اليمين موقوفة على دار جميعها لزيد . وإن حلف لا يدخل دار زيد فدخل داراً يسكنها زيد بإعارة أو إجازة أو غضب — فإن أراد مسكنه — حنث لأنه يحتمل ما نوى ، وإن لم يكن له نية لم يحنث .

وقال أبو ثور : يحنث ، لأن الدار تضاف إلى الساكن ، والدليل عليه قوله

تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ، فأضاف بيوت أزواجهن اليهن بالسكنى ، وهذا خطأ ، لأن حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد جعل ذلك إقراراً له بملكها

(فصل) وإن حلف لا يدخل هذه الدار فانهدمت وصارت ساحة أو جعلت حانوتاً أو بستاناً فدخلها لم يحنث لانه زال عنها اسم الدار . وإن أعيدت بغير تلك الآلة لم يحنث بدخولها لانها غير تلك الدار ، وإن أعيدت بتلك الآلة ففيه وجهان ، أحدهما لا يحنث ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لانها غير تلك الدار والثاني أنه يحنث لانها عادت كما كانت

(الشرح) إن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً له يسكنها بأجرة أو عارية أو غضب لم يحنث .

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي يحنث ، لأن الدار تضاف إلى ساكنها كإضافتها إلى مالكها . قال تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » أراد بيوت أزواجهن التي يسكننها . وقال تعالى « وقين في بيوتكن » ولأن الاضافة للاختصاص ، وكذلك ساكن الدار مختص بها فكانت إضافتها إليه صحيحة ، وهي مستعملة في الشرع فوجب أن يحنث بدخولها كالمملوكة له

ولنا أن الاضافة في الحقيقة إلى المالك بدليل أنه لو قال هذه الدار لفلان كان مقرراً له بملكها ، ولو قال أردت أنه يسكنها لم يقبل لأن حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ، وأن اضافة البيت إلى ساكنه اضافة مجازية ، وأرسلنا بإحلال الجواز مكان الحقيقة لانسليخ الناس من أيمانهم .

وإن حلف لا يدخل دار زيد هذه ، واسم الاشارة هنا ينصرف إلى عين مضافة إلى زيد حنث ولا يسقط الحنث هنا بزوال الملك . ومثاله أو حلف لا يكلم زوجة فلان فطلقها ثم كلمها حنث

(فرع) ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان هذا ، فقياس المذهب أنه لا يحنث لما قررنا من أن الاضافة تقتضى حقيقة الملك ، وكذلك إن ركب دابة استعارها فلان لم يحنث وعند الحنابلة أنه يحنث في الاولى

ولم يحنث في الثانية ، وكذلك القول فيما إذا اغتصبها فإنه لا يحنث في قول الجميع .
وما بقي من الفصلين فعلى وجهه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب فقلع الباب ونصبه في مكان آخر وبقي الممر الذي كان عليه الباب فدخلها من الممر حنث . وإن دخلها من الموضع الذي نصب فيه الباب لم يحنث . ومن أصحابنا من قال : إن دخل من الممر الذي كان فيه الباب لم يحنث لأنه لم يدخل من ذلك الباب ، لأن الباب نقل وهذا خطأ لأن الباب هو الممر الذي يدخل ويخرج منه دون المصراع المنصوب والممر الأول باق فتلحق به الحنث

وإن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها أو لا يدخل من باب هذه الدار فسد الباب وجعل الباب في مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحنث . وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، وهو المنصوص في الأئم ، لأن اليمين انعقدت على باب موجود مضاف إلى الدار ، وذلك هو الباب الأول فلا يحنث بالثاني ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره ثم دخلها والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يحنث وهو الاظهر لأن اليمين معقودة على بابها وبابها الآن هو الثاني فتعلق الحنث به ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى . فإن الحنث يتعلق بالدار الثانية دون الأولى

(فصل) وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو بيتاً في الحمام لم يحنث لأن المسجد وبيت الحمام لا يدخلان في إطلاق اسم البيت ، ولأن البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى ، والمسجد وبيت الحمام لم يجعل لذلك ، فإن دخل بيتاً من شعر أو آدم نظرت ، فإن كان الخائف ممن يسكن بيوت الشعر والادم حنث . وإن كان ممن لا يسكنها ففيه وجهان

أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا يحنث لأن اليمين تحمل على العرف ، ولهذا لو حلف لا يأكل الرءوس حمل على ما يتعارف أكله متفرداً وبيت الشعر والادم غير متعارف للقروى فلم يحنث به

والثاني وهو قول أبي إسحاق وغيره أنه يحنث لأنه بيت جعل الايواء والسكنى فأشبهه بيوت المدر. وقولهم انه غير متعارف في حق أهل القرى يبطل بالبيت من المدر فإنه غير متعارف في حق أهل البادية ثم يحنث به، وخبز الارز غير متعارف في حق غير الطبري ثم يحنث بأكله إذا حلف لا يأكل الخبز

(الشرح) إن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها هذا فدخلها من غير الباب أى من الممر بعد تجريده من الباب حنث، وإن دخلها من الممر الآخر الذى وضع فيه الباب لم يحنث، ومن أصحابنا من قال: إن دخل من الممر الذى كان فيه الباب لم يحنث لأن الباب قد انتزع وهو قد حلف على الدخول منه، فإن دخل من الممر الذى ركبت فيه حنث، والى هذا ذهب أحمد وأصحابه. وهذا خطأ، لأن الباب هو الممر الذى منه الدخول والخروج، وليس هو المصراع القائم المتحرك، ولما كان الممر باقياً تعلق الحنث به

وإن حلف لا يدخل من باب هذه الدار فعلم لها باب آخر في مكان آخر فدخلها منه فجهان

أحدهما المنصوص فى الام، واليه ذهب أبو علي بن أبي هريرة أنه لا يحنث لتعلق اليمين بباب قائم مضاف إلى الدار، وهو الباب الاول، فلا تنعقد اليمين على الباب الثانى.

والثانى وهو قول أبي إسحاق الاسفرايينى، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه أنه يحنث، لأنه دخلها وقد حلف أن لا يدخلها من بابها، وقد صار هذا الباب الاخير بابها فينعقد اليمين به، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى، فإن الحنث يرتبط بالآخرى ارتباطه بالاولى قبل بيعها، ولا يتم اليمين بالاولى بعد بيعها. وإن قلع الباب ونصب فى دار أخرى وبقي الممر حنث بدخوله ولم يحنث بدخوله من الموضع الذى نصب فيه الباب لأنها دار أخرى؛ لأن الدخول من الممر لا من المصراع

(مسألة) إذا حلف أن لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً عاماً، ومثل ذلك ما يصنع على الشواطىء من أكشاك الاستراحة وخلع الملابس فإنه

لا يحنث بدخولها . وإن كان من أهل الحضر خلف أن لا يدخل بيتاً فدخول خيباء من الشعر أو الوبر فإنه لا يحنث في وجه قال به ابن سريج ويحث في وجه قال به أبو اسحق الاسفراييني وغيره ، لأن وظيفة البيت الإيواء ، وبه قال أحمد بن حنبل وأكثر الفقهاء ومنهم أصحاب أحمد أنه لا يحنث لأنه لا يسمى بيتاً في العرف . ورجح ابن قدامة أن المذهب الحنث لأنهما بيتان حقيقة لقوله تعالى « في بيوت أذن الله أن ترفع ، وقال « إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركاً ، وروى « بنس البيت الحمام ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ستمتحن لكم بلاد الروم وستجدون فيها بيوتاً تسمى الحمامات ، فإذا دخلتموها فاتننروا بالمآزر ، وقاروا : إذا دخل الحضري بيتاً من الشعر أو غيره حنث ، سواء كان الخالف حضرياً أو بدوياً لقوله تعالى « والله جعل لكم من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتاً تستحفونها يوم ظعنكم ويوم إقامتكم ،

فأما ما لا يسمى بيتاً في العرف كالخيمة والكشك فلا يظهر أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتاً لأن يمينه لا تنصرف إليه

قوله « في حن غير الطبرى » قلت نسبة الى طبرستان بفتح الباء وكسر الراء لالتقاء الساكنين وسكون السين اسم بلاد بالعجم ، وهي مركبة من كلمتين واليهما ينسب أبو على الطبرى وابن جرير المفسر وجماعة من أصحابنا . وأما طبرية وهي مدينة من أعمال فلسطين — أعادها الله إلى الاسلام من يد اليهود — فإن النسبة اليها طبراني على غير قياس — واليهما ينسب صاحب المعاجم الثلاثة رحمه الله — وأهل طبرستان كانوا يصنعون الخبز من الارز ، ومراد المصنف أن غير الطبرى إذا حلب أن لا يأكل الخبز فإنه يحنث إذا أكل خبز الارز

وقوله « المصراع » هو الشطر وهما مصرعان أى لوحان . وقوله « القروى »

نسبة الى القرية وهي الضيعة

وقال في كفاية المتحفظ : القرية كل مكان اتصلت به الابنية واتخذ قراراً . وتقع على المدن وغيرها والجمع قرى على غير قياس . قال بعضهم : لأن ما كان على فَعْلَةٍ من المعتل فبإبه أن يجمع على فعال بالكسر مثل طيبة وطلباء ، وركوة وركاء والنسبة اليها قروى بفتح الراء على غير قياس

وقال ابن بطال : القرية سميت بذلك لأنها تجمع الناس من قرى إذا جمع .
ويقال قرية لغة يمانية ولعلها جمعت على قرى مثل الحية والحى .
وقوله « بيوت المدر » والمدر جمع مدرة مثل قصب وقصبة ، وهو الزراب
المتليد . قال الأزهرى : المدر قطع الطين وبعضهم يقول : الطين العليلك الذى
لا يخاطه رمل . والعرب تسمى القرية مدرة ، لأن بنائها غالبا من المدر ،
وفلان سيد مدرته ، أى قريته ، ومدرت الحوض مدرأ من باب قتل ، أصلحته
بالمدر وهو الطين .

(فرع) إذا حلف أن لا يدخل البيت فوقف فى الدهليز أو الفناء أو الصفة
هل يحنث ؟ وجهان . الاول لا يحنث ، واليه ذهب أحمد ، لأنه لا يسمى بيتا ،
حيث يقال ما دخلت البيت إنما وقفت فى الدهليز أو الصحن أو الفناء .
الثانى : يحنث لأنه يمكن أن يقال : أمان أهل مكة أن من دخل بيت أبى سفيان
فهو آمن ، ويشمل ذلك من كان فى الفناء أو الصحن أو الصفة - وبهذا قال
أبو حنيفة لأن جميع الدار بيت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لا يأكل هذه الخنطة فجعلها دقيقا ، أو لا يأكل هذا
الدقيق فجعله عجينا ، أو لا يأكل هذا العجين فجعله خبزاً لم يحنث بأكله
وقال أبو العباس يحنث لأن اليمين تعلقت بعينه فتعلق الحنث بها ، وان زال
الاسم ، كما لو حل - لا يأكل هذا الحمل فذبجه وأكله ، والمذهب الاول ، لأنه
علم اليمين على العين والاسم ثم لا يحنث بنير العين ، فكذلك لا يحنث بنير الاسم
ويخالف الحمل لأنه لا يمكن أكله حيا ، والخنطة يمكن أكلها حيا ، ولأن الحمل
ممنوع من أكله فى حال الحياة من غير يمين فلم يدخل فى اليمين ، والخنطة غير ممنوع
من أكلها فتعلق بها اليمين .

وان حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله وهو تمر ، أو لا يأكل هذا الحمل
فأكله وهو كبش ، أو لا يكلم هذا الصبي فكلمه وهو شيخ ، ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه لا يحنث كما لا يحنث في الحنطة إذا صارت دقيقاً فأكله .

(والثاني) أنه يحنث لأن الانتقال حدث فيه من غير صنعة ، وفي الحنطة الانتقال حدث فيها بصنعة ، وهذا لا يصح لأنه يبطل به إذا حلف لا يأكل هذا البيض فصار فرخاً ، أو لا يأكل هذا الحب فصار زرعاً فإنه لا يحنث . وإن كان الانتقال حدث فيه من غير صنعة

وإن حلف لا يشرب هذا العصير فصار خمراً ، أو لا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشربه لم يحنث كما قلنا في الحنطة إذا صارت دقيقاً . وإن حلف لا يلبس هذا الغزل فنسج منه ثوباً حنث بلبسه ، لأن الغزل لا يلبس إلا منسوجاً فصار كما لو حلف لا يأكل هذا الحيوان فذبحه وأكله .

(فصل) وإن حلف لا يشرب هذا السويق فاستقه ، أو لا يأكل هذا الخبز فآذقه وشربه أو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث ، لأن الأفعال أجناس مختلفة كالأعيان ، ثم لو حلف على جنس من الأعيان لم يحنث بجنس آخر ، فكذلك إذا حلف على جنس من الأفعال لم يحنث بجنس آخر

وإن حلف لا يذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه ففيمه وجهان . أحدهما لا يحنث لأنه لا يوجد حقيقة الذوق ما لم يزدده ، ولهذا لا يبطل به الصوم . والثاني أنه يحنث لأن الذوق معرفة الطعم وذلك يحصل من غير ازدراء ، وإن حلف لا يذوقه فأكله أو شربه حنث لأنه قد ذاق وزاد عليه . وإن حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر في حلقه حتى وصل إلى جوفه لم يحنث ، لأنه لم يأكل ولم يشرب ولم يذوق .

وان قال : والله لا طعمت هذا الطعام فأوجر في حلقه حنث ، لأن معناه لا جعلته لي طعاماً وقد جعله طعاماً له .

(الشرح) إن حلف على شيء بعينه وصفته فتغيرت صفته تبعاً لتغير هيئته كمن حلف لا يأكل هذه الحنطة فطحنها دقيقاً ، فإنها سميت دقيقاً ، أو حلف لا يأكل هذا الدقيق فعجنه عجينا ، أو لا يأكل هذا العجين فجعله في التنور خبزاً .

كل هذه الصور لم يبحث بأكلها ، لان اليمين تعلقت على اليمين والصفة ، فكما أنه لا يبحث بغير العين فكذلك لا يبحث بغير الصفة .

وقال أبو العباس بن سريج : يبحث لان اليمين تنعقد على اليمين واليمين باقية وزوال الصفة لا يؤثر في جوهرها ، كما لو حلف لا يأكل هذا الخبز فذبحه وأكله فإنه يبحث ، والى هذا ذهب أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، والمذهب الاول لما قررنا من اجتماع العين والاسم ، ويشارك الخبز لان أكله حيا ممنوع بالشرع وممنوع بالعرف بغير يمين

(فرع) وان حلف لا يأكل هذا الرطب الخ ، اذا تغيرت حقيقة الشيء بصنعة فلا يتعلق الحنث به . أما اذا تغير بغير صنعة كمن حلف لا يأكل الرطب فأكله تمراً ، أو لا يأكل هذا الخبز فأكله كبشاً أو لا يأكل هذا الصبي فكلمه شيخاً ففيه وجهان . ذهب أبو علي بن أبي هريرة الى أنه لا يبحث كما قلنا في الحنطة صارت دقيقاً (والثاني) أنه يبحث لما ذكره المصنف . وذهب أصحاب الرأي وأحمد بن حنبل الى أنه لا يبحث ، لانه اذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينو يمينه ما يخالف ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذي علق عليه يمينه ولم يتجاوز ، فإذا حلف لا يأكل رطباً لم يبحث اذا أكل تمراً ولا بسراً ولا بلحاً ولا سائر ما لا يسمى رطباً ؛ وهذا في قول أكثر الفقهاء . وقال ابن قدامة ولا نعلم فيه خلافاً .

ولو حلف لا يأكل عنبا فأكل زيبيا أو دبسا أو خلا أو ناطفاً أو لا يأكل شاباً فكل شيخاً ، أو لا يشتري جدياً فاشترى تدياً ، أو لا يضرب عبداً فضرب عتيقاً لم يبحث بغير خلاف لان اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجري مجرى قوله : لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها .

(فرع) فإن حلف لا يأكل رطباً فأكل منصفاً — وهو الذي بعضه بسر وبعضه تمر — أو مذنباً — وهو الذي بدأ الارطاب فيه من ذنبه وباقيه بسر — أو حلف لا يأكل بسراً فأكل مذنباً ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو الاظهر أنه يبحث ، لانه أكل رطباً وبسراً حنث ، كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين . وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ومحمد

ابن الحسن (والثاني) لا يحث ، لأنه لا يسمى رطباً ولا تراً ، وهو قول
أبي يوسف وبعض أصحابنا

(مسألة) قوله « فاستفه » من سففت الدواء وغيره من كل يابس إذا أخذته
غير ملتوت ، وكل دواء غير مذاب أو معجون فهو سفوف . والازدراد الانتقام
والبلع من غير مضغ ولا لوك .

أما جملة الفصل أن من حلف لا يأكل شيئاً فشربه أو لا يشربه فأكله أو سفه
فإنه لا يحث ، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، لأن الأفعال أنواع كالأعيان .
وكا لو حلف على نوع من الأعيان لم يحث بنيره فكذلك الأفعال ، وهي إحدى
الروايتين عن أحمد رواها عنه مهنا فيمن حلف لا يشرب البيذ فأكله لا يحث
لأنه لا يسمى شرباً

وفي رواية الخرق أنه يحث ، لأن اليمين على أكل شيء أو شربه يقصد بها في
العرف اجتناب ذلك الشيء . فحملت اليمين عليه إلا أن ينوي . ولو قال طيب
لمريض لا تأكل الدهس لكان نهياً عن شربه

وإن حلف لا يشرب شيئاً فصه ورمى به لا يحث ، وقد روى عن أحمد فيمن
حلف لا يشرب فص قصب السكر لا يحث . وهذا قول أصحاب الرأي ، فإنهم
قالوا إذا حلف لا يشرب فص حب الرمان ورمى بالتفل لا يحث ، لأن ذلك
ليس بأكل ولا شرب ، ويجيء على قول الخرق أنه يحث لأنه قد تأوله ووصل
إلى بطنه وحلقه فإنه يحث على ما قارأ فيمن حلف لا يأكل شيئاً فشربه أو
لا يشربه فأكله . فإن حلف لا يأكل سكرآ في فيه حتى ذاب فابتلعه فإنه لا يحث
ويخرج عند أحمد وأصحابه على الروايتين ، فإن حلف لا يأكله أو لا يشربه فذاقه
لم يحث في قولهم جميعاً ، وإن حلف لا يذوقه فذاقه ولفظه فعلى وجهين

(أحدهما) لا يحث ، لأن التذوق لا يتحقق إلا بالازدراد ، ولهذا لم يطل
الصوم به إلا إذا ازدرده (والثاني) يحث . به قال أحمد

(فرع) إذا حلف لا يذوقه ، فأكله أو شربه أو سفه حث في قولهم جميعاً
لأنه ذوق وزيادة . وإن مضغه ورمى به فعلى ما أسلفنا من الوجهين . وإن حلف
لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجز — وأوجز بفتح الواو وزان رسول

الدواء يصب في الحلق؛ وأوجرت المريض إياها فعملت به ذلك ، ووجرت به أجزءه من باب وعد لغة ، فإن وجره بنحو منقطة أو قطارة فإنه لم يحنث لأنه لم يفعل شيئاً مما حلف عليه .

فإن قال لا طعمت هذا الطعام فأوجره أو سغه أو شربه أو ازدرده أو التقمه حنث لأن ذلك كله يسمى طعاماً ، وقد سمي النبي صلى الله عليه وسلم اللبن طعاماً في حديثه إنما يخزن لهم ضرورع مواشيهم أطعمتهم ، وفي الماء وجهان (أحدهما) هو طعام لقوله تعالى « إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فإنه مني »

(والثاني) ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاماً ولا يشرب من إطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب . وحديث ابن ماجه يقول صلى الله عليه ولا أعلم ما يجزى من الطعام والشراب إلا اللبن ، ويقال باب الاطعمة والاشربة (فرع) إذا أكل دواء فللذهب أنه يحنث لأنه يطعم حال الاختيار ، وهو أحد الوجهين عند الحابلة ، والثاني لا يحنث لأنه لا يدخل في إطلاق اسم الطعام ولا يؤكل إلا عند الضرورة ، فإن أكل من نبات الأرض ما جرت العادة بأكله حنث بأكله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف — لا يأكل اللحم حنث بأكل لحم كل ما يؤكل لحمه من الهم والوحش والطيء ، لأن اسم اللحم يطلق على الجميع ، ولا يحنث بأكل السمك لأنه لا يطلق عليه اسم اللحم ، وهل يحنث بأكل لحم ما لا يؤكل لحمه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه يطلق عليه اسم اللحم وان لم يحل ، كما أطلق على اللحم المنصوب وان لم يحل

(والثاني) لا يحنث لأن القصد باليمين أن يمنع نفسه مما يستبيحه ، ولحم ما لا يؤكل لحمه ممنوع من أكله من غير يمين ، فلم يدخل في اليمين ، وان حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث ، وان حلف لا يأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لأنهما جنسان مختلفان في الاسم والصفة ، وان حلف — على اللحم فأكل سمين الظهر

والجنب وما يعلو اللحم ويتخلله من البياض حنت لأنه لحم عيين ، وإن حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنت لأنه ليس بشحم ، وإن حلف على اللحم أو الشحم فأكل الكبد أو الطحال أو الرئة أو الكرش أو المخ لم يحنت لأنه مخالف للحم والشحم في الاسم والصفة .

وإن حلف على اللحم فأكل لحم الجذ أو لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان أحدهما يحنت لأنه لحم ، والثاني لا يحنت لأن اللحم لا يطلق إلا على لحم البدن واختلف أصحابنا في الآلية ، فمنهم من قال هو شحم يحنت به في اليمين على الشحم ولا يحنت به في اليمين على اللحم لأنه يشبه الشحم في بياضه ويذوب كما يذوب الشحم ، ومنهم من قال هو لحم فيحنت به في اليمين على اللحم ولا يحنت به في اليمين على الشحم لأنه نابت في اللحم ويشبهه في الصلابة . ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم ولا يحنت به في اليمين على واحد منهما ، لأنه مخالف للجميع في الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال

وإن حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنت لأنه مخالف للحم في الاسم والصفة ، وإن حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان

أحدهما يحنت به بدخوله في اسم الشحم ، والثاني لا يحنت به لأنه لا يدخل في إطلاق اسمه ، كما لا يدخل لحم السمك في إطلاق اليمين على اللحم ، ولا التمر الهندي في اليمين على التمر .

(الشرح) قوله دكل ما يؤكل لحمه من النعم والوحش والطيور « احترز به عما لا يؤكل لحمه ككل ذى ناب من السباع وكل ذى مخاب من الطير والخنزير والميتة . وجملة ذلك أن الحالف على ترك أكل اللحم لا يحنت بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمخ ، وهو الذى فى العظام ، والدماغ وهو الذى فى الرأس فى قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها ، وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة ومالك : يحنت بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ، ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبهه لحم الفخذ

دليلنا أنه لا يسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم

فاشتري هذا لم يكن ممثلاً لأمره ولا ينفذ الشراء للوكل ، وقد سألت القصاب يوماً هل عندك لحم ؟ فقال لا ، عندى حوائج - يعنى الكبد والقلب والكلىة - وقد دل على أن الكبد والطحال ليسنا بلحم قوله صلى الله عليه وسلم « أحلت لكم ميتان ودمان ، أما الدمان فالكبد والطحال ، ولا نسلم أنه لحم حقيقة ، بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم

فاذا ثبت هذا فإنه اذا حلف ألا يأكل لحماً فأكل من لحم الانعام أو الصيد أو الطائر من ما كولة اللحم فإنه يحنث في قول علماء الامصار . وأما السمك فإنه لا يحنث بأكله ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور ، والظاهر من مذهب أحمد ومالك وأبي يوسف وأبي ثور وقنادة أنه يحنث

وقال ابن أبي موسى في الارشاد لا يحنث به الا أن ينويه

ودليلهم قوله تعالى « الله الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً ، وقال « ومن كل تأكلون لحماً طرياً ، ولأنه من جسم حيوان ويسمى لحماً

ودليلنا أنه لا ينصرف اليه اطلاق اسم اللحم ، ولو وكل وكيلا في شراء اللحم فاشتري سمكاً لم يلزمه ، ثم إنه يصح أن ينقى عنه اسم اللحم عرفاً واستعمالاً فنقول ما أكلت لحماً وانما أكلت سمكاً ، فلم يتعلق به الحنث عند الاطلاق ، كما لو حلف لا قعدت تحت سقف ، فإنه لا يحنث تحت السماء ، مع أن الله تعالى سماها سقفاً فقال « وجعلنا السماء سقفا محفوظاً ، بإطلاق اسم اللحم على لحم السمك مجاز في القرآن واليهين إنما ينصرف الى الحقيقة

(فرع) أما في غير ما كول اللحم كالميتة والخنزير والمغصوب فهل يحنث بأكل لحمه ؟ وجهان عندنا

(الاول) لا يحنث بأكل المحرم بأصله لأن يمينه تنصرف إلى ما يحل لا إلى ما يحرم فلم يحنث بما لا يحل ، كما لو حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً لم يحنث (والثانى) وبه قال أحمد وأبو حنيفة يحنث ، لأن الله تعالى سماه لحماً فقال « ولحم الخنزير ، ولأنه لو حلف أن لا يلبس ثوباً فلبس ثوب حرير حنث ، وأما البيع الفاسد فلا يحنث به لانه ليس بيعاً فى الحقيقة

(فرع) ان حلف أن لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث ، وبه قال أحمد . وقال

أبو حنيفة ومالك يحنت . دليلنا أنه لا يسمى لحماً ويفرد عنه باسمه وصفته ،
وإن أمر وكيله بشراء لحم ، فاشترى شحماً لم يكن ممثلاً لأمره ولا ينفذ الشراء
للموكل فلم يحنت بأكله كالبقل

فإذا حلف لا يأكل شحماً فأكل لحماً لم يحنت قولاً واحداً لأنهما جنسان مختلفان
اسماً وصفة . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسين :
إذا حلف لا يأكل شحماً فأكل لحماً حنت لأن اللحم لا يتخلو من شحم ، ولا يكاد
اللحم يتخلو من شيء منه وإن قل فيحنت به . وذهب بعض أصحاب أحمد إلى مخالفة
الخرقي إلى أنه لا يحنت . قال ابن قدامة وهو الصحيح ، لأنه لا يسمى شحماً ولا
يظهر فيه طعمه ولا لونه ، والذي يظهر في المرق قد فارق اللحم فلا يحنت بأكل
اللحم الذي كان فيه .

(فرع) إذا حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان فوجهان
(أحدهما) يحنت لأنه لحم حقيقة — وبه قال أحمد في لحم الخد — وحكى عن
أبي موسى من أصحاب أحمد أنه لا يحنت إلا أن ينويه باليمين . وقال أصحاب أحمد
في اللسان وجهان كما وجهين عندنا

وفي لحم الرأس والأكراع روى عن أحمد ما يدل على أنه لا يحنت ، لأن من
حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً أو كراعاً لا يحنت إلا أن ينوي أن لا يشتري
من الشاة شيئاً ، لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناول الرموس والأكراع ، ولو وكله
في شراء لحم فاشترى رأساً أو كراعاً لم يلزمه

والوجه الثاني لا يحنت لما ذكره المصنف ، واختلاف أصحابنا في الإلية ، فمنهم
من جعلها من الشحم ، فلو حلف على الشحم فأكلها حنت ، لأنها تشبه الشحم في
ذوبها وشكلها ، فلو حلف لا يأكل لحماً فأكلها لم يحنت . ومن قال هي شحم
أبو يوسف ومحمد . ومن أصحابنا من قال هو لحم لأنها نابتة في اللحم وتشبهه في
الصلابة . قال ابن قدامة وليس بصحيح لأنها لا تسمى لحماً ولا يقصد بها ما يقصد
به ، وتخالفه في اللون والذوب والطعم فلم يحنت بأكلها كشحم البطن .

(فرع) كل ما كان مقيداً بالنعث أو بالإضافة لا ينصرف إليه اليمين إذا أطلق
كمن حلف لا يأكل تمرأ فإنه لا يتناول التمر الهندي أو الشحم فلا يتناول الشحم

المعدني الذي تشحم به محركات السيارات والطائرات، وإنما يتناول الشحم الحيواني ويحتمل أن لا يحنث إلا بأكله لأن الحقيقة العرفية في عصرنا حصرت اسم الشحم على ما كان معدنياً، ولا يقال للأدهان الماء كولة شحم لا بين العوام ولا غيرهم من الخواص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لا يأكل الرموس ولم يكن له نية حنث برموس الإبل والبقر والغنم، لأنها تباع مفردة وتؤكل مفردة عن الإبدان، ولا يحنث برموس الطير فإنها لا تباع مفردة ولا تؤكل مفردة، فإن كان في بلد يباع فيه رموس السمك ورموس السمك مفردة حنث بأكلها، لأنها تباع مفردة فهي كرموس الإبل والبقر والغنم. وهل يحنث بأكلها في سائر البلاد؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه لا يطلق عليها اسم الرموس إلا في البلد الذي يباع فيه ويعتاد أكله .

(والثاني) يحنث بها، لأن ما ثبت له العرف في مكان وقع الحنث به في كل مكان كخبز الأرز .

(فصل) وان حلف لا يأكل البيض حنث بأكل كل بيض يزابل بأضه في الحياة، كبيض الدجاجة والحمامة والنعامة، لأنه يؤكل منفرداً ويباع منفرداً، فيدخل في مطلق اليمين، ولا يحنث بما لا يزابل بأضه كبيض السمك والجراد، لأنه لا يباع منفرداً ولا يؤكل منفرداً، فلم يدخل في مطلق اليمين

(الشرح) إذا حلف لا يأكل الرموس، والمحلوف عليه هنا عام يتناول أنواعاً منها ما جرى العرف ببيعته منفصلاً عن البدن، كرموس الضأن والمعز والبقر؛ ومنها ما لا ينفصل عن البدن ولا يباع واحده كرموس الدجاج والحمام والأرانب لم يحنث إلا فيما تنفصل عن أبدانها وتعرض للبيع وهي بهيمة الأنعام دون غيرها وقال أبو حنيفة لا يحنث بأكل رموس الإبل لأن العادة لم تجر ببيعها منفردة، وقال محمد وأبو يوسف لا يحنث إلا بأكل رموس الغنم لأنها التي تباع في الأسواق - أي على عهدهما - دون غيرها فيمينه تنصرف إليها

وقال أحمد بن حنبل: يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيد والطيور والحيتان والجراد. ووجهه أن هذه الرؤوس حقيقة عرفية مأكولة حنثت بأكلها كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم النعم والزرافة وما يندر وجوده وبيعه. وعندنا أنها لو صارت حقيقة عرفية وكان الحالف في بلد تباع فيه رؤوس الصيود أو الأسماك منفردة حنثت بأكلها.

وفي سريان الحنث على أكلها في بلد آخر وجهان (أحدهما) لا يحنث لأن الحقيقة العرفية في إطلاق اسم الرؤوس وبيعها لا توجد إلا في البلد الذي تباع فيه الرؤوس ويعتاد أكلها (والثاني) يحنث لأن ما ثبت به في بلد يقع به الحنث في كل مكان آخر كخبز الارز الذي لا يصنع إلا في طبرستان، وقد مضى توضيحه (فرع) إذا حلف لا يأكل البيض وقلنا ان البيض نوعان. نوع يزابل بانثته في الحياة كبيض الدجاج والحمام والنعام، والآخر لا يزابل بانثته كبيض السمك والجراد، فإن الحنث لا يتعلق إلا بالنوع الأول، لأنه يؤكل منفرداً وبيع منفرداً، سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام، وبهذا قال أحمد، وقال أصحاب الرأي لا يحنث بأكل بيض النعام. وقال أبو ثور لا يحنث إلا بأكل بيض الدجاج وما يباع في السوق

ولنا أن هذا كله بيض حقيقة وعرفاً وهو مأكول فيحنث بأكله كبيض الدجاج، ولأنه لو حلف لا يشرب ماء فشرّب ماء البحر حنث أو ماء نجساً. أو لا يأكل خبزاً فأكل خبز الارز أو الذرة أو البتاو، وهو خبز أهل الصعيد، ويصنع من الذرة الصفراء أو القيطي مع قليل من الحلبة، وهو يختلف عن خبز المدن، فإذا حلف أن لا يأكل خبزاً فأكل البتاو في مكان لم يعتد فيه أكله حنث لأنه خبز ولا فرق بينه وبين الفينو

وأما أكل بيض السمك أو الجراد فكما تقرر لا يحنث إلا بأكل بيض يزابل بانثته في الحياة، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي وأبو الخطاب من الحنابلة وأكثر العلماء، لأن هذا لا يفهم من إطلاق اسم البيض، ولا يذكر إلا مضافاً إلى بانثته، ولا يحنث بأكل شيء يسمى بيضاً غير بيض الحيوان ولا بأكل شيء يسمى رأساً غير رؤوس الانعام إلا فيما فيه الاوجه المذكورة آنفاً

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن حلف لا يأكل اللبن حنث بأكل لبن الانعام ولبن الصيد ، لان اسم اللبن يطلق على الجميع ، وإن كان فيه ما يقل أكله لتقذره ، كما يحث في اليمين على اللحم بأكل لحم الجميع ، وإن كان فيه ما يتمل أكله لتقذره ، ويحث بالحليب والرائب وما جمده ، لأن الجميع لبن ، ولا يحنث بأكل الجبن واللور واللبا والزبد والسمن والمصل وادقط

وقال أبو علي بن أبي هريرة : إذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه . لأنه من اللبن والمذهب الاول ، لأنه لا يطلق عليه اسم اللبن فلم يحنث به ، وإن كان منه . كما لو حلف لا يأكل الرطب فأكل التمر . أو لا يأكل السمسم فأكل الشيرج فإنه لا يحنث . وإن كان التمر من الرطب والشيرج من السمسم

(فصل) وإن حلف لا يأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله في العصيدة وهو ظاهر فيها حنث . وإن حلف لا يأكل اللبن فأكله في طبيخ وهو ظاهر فيه أو حلف لا يأكل الخل فأكله في طبيخ وهو ظاهر فيه حنث .

وقال أبو سعيد الاصطخري « إذا أكله مع غيره لم يحنث لأنه لم يفرد بالاكل فلم يحنث . كما لو حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو والمذهب الاول لأنه فعل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره حنث . كما لو حلف لا يدخل على زيد فدخل على جماعة وهو فيهم

(الشرح) الحليب فويل بمعنى مفعول ، والحلب بفتحين يطاق على المصدر كالفتح فاسكون . وعلى اللبن المحلوب . فيقال لبن حلب ولبن حليب . وهو أول ما يخرج عند الحلب . والرائب اسم فاعل من راب يروب روبا إذا خثر والرطوبة بالضم خميرة تلتق في اللبن ليروب ويشخن . والجبن معروف يعقد من اللبن بالانفحة واللور بضم اللام هو الجبن يؤكل قبل أن يشتد وهو مرحلة بعد وضع الانفحة في اللبن وقبل أن يصير جبنا . وكانت العرب تأدم به وتأكله مع التمر . ويعمل من الحليب الذي يكون بعد اللبا . واللبا مقصور ومهموز هو لبن البهيمة عند

أول ما تنتج يترك على النار فينقع ، ويسمونه في ديارنا المصرية (المرسوب) والمصل فهو الذي يسمونه في ديارنا (الشرش) وهو ماء الجبن فإذا تعثق قيل له (المش) والأقط اللبن المجفف ، وقد يغلى ماء الجبن مع الأقط ثم يصفى ثم يعصر فيوضع على الخريطة شيء ثقيل حتى يذهب ما فيه من الماء ثم يملح بالملح ثم يجعل أقراصاً أو حلقاتاً .

قال ابن بطال ، والشيراز هو أن يؤخذ اللبن الخائر ، وهو الرائب فيجعل في كيس حتى ينزل ماؤه ويضرب ، هذا الذي قصده صاحب الكتاب . ثم قال وقد يعمل الشيراز أيضاً بأن يترك الرائب في وعاء ويوضع فوقه الأباذير وشيء من الحرمان ثم يؤكل ويترك فوقه كل يوم لبن حليب . اهـ

أما الأحكام فإنه لو حلف لا يأكل لبناً ، فأكل من لبن الأنعام أو الصيود أو لبن آدمية حنث ، لأن اسم اللبن يتناول حقيقته وعرفاً ، وسواء كان حليياً أو رائباً أو مائعاً أو مجمداً ، لأن الجميع لبن . وإن كان فيه ما يقل أكله لعدم استساغته أو تقدره ، كما لو حلف على اللحم حنث بأكل أى لحم مما مضى تفصيله وإن كان فيه ما يستقدر ، ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والمصل والأقط والكشك ، وبهذا قال العلماء كافة .

وقال أبو علي بن أبي هريرة ، إذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه لأنه من اللبن - وليس بمذهب - والمذهب أنه لا يحنث لأنه لا يطلق عليه اسم اللبن ، وإن كان منه كالرطب والتمر والسمن والشيرج (فرع) وإن حلف لا يأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله في العصيدة وكان السمن ظاهراً فيها حنث ، والعصيدة من قولك عصدت الشيء عصداً إذا لويته . قال الجوهري والعصيدة التي تعصدها بالمسواط فتمرها به فتقلب ولا يبقى في الإناء منها شيء إلا انقلب . وفي حديث خولة فقربت له عصيدة - هو دقيق يلبت بالسمن ويطحخ - يقال عصدت العصيدة وأعصدها ، أي اتخذتها ، وعصد البعير عنقه لواه نحو حاركة للموت يعصده عسوداً فهو عاصد ، وكذلك الرجل ، يقال عصد فلان يعصده عسوداً مات . وأنشد شمر
« على الرجل مما منه السير عاصد ،

وقال الليث والعاقد ههنا الذي يعصد البصيدة ، أى يديرها ويقلبها بالمعصدة
شبه الناعس به لحققان رأسه .

وقال أحمد ، ان حلف لا يأكل زبداً فأكل سمناً أو لبناً لم يظهر فيه الزبد
لم يحنث ، وان كان الزبد ظاهراً فيه حنث . اهـ

وإن حلف لا يأكل سمناً فأكل زبداً أو لبناً أو شيئاً مما يصنع من اللبن سوى
السمن لم يحنث ، وإن أكل السمن منفرداً أو في عصيدة أو حلواء أو طيبخ فظهر
فيه طعمه حنث ، ولذلك إذا حلف لا يأكل لبناً فأكل طيبخاً فيه لبن ، أو لا يأكل
خلاً فأكل (سلطة) فيها خل يظهر طعمه فيه حنث . وبهذا قال أحمد وأصحابه .
وقال بعض أصحابنا لا يحنث لأنه لم يفرد بالاكل ، وهذا لا يصح لأنه أكل
المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث ، كما لو أكله ثم أكل غيره

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن حلف لا يأكل أدماً فأكل اللحم حنث لما روى أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : سيد الإدام اللحم ، ولأنه يؤتدم به في العادة فحنث به
كالخل والمرى ، فإن أكل التمر فقيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه لا يؤتدم
به في العادة ، وإنما يؤكل قوتاً أو حلاوة (والثاني) أنه يحنث به لأن النبي صلى
الله عليه وسلم أعطى ساءلاً خبزاً وتمرًا وقال هذا أدم هذا ،

(فصل) وإن حلف لا يأكل الفاكهة فأكل الرطب أو العنب أو الرمان
أو الاترنج أو التوت أو النبق حنث ، لأنها ثمار أشجار حنث بها ، كالتفاح
والسفرجل ؛ وإن أكل البطيخ أو الموز حنث ، لأنه يتفكه به كما يتفكه بثمار
الأشجار . وإن أكل الخيار أو القناء لم يحنث لأنهما من الخضراوات

(فصل) وإن حلف لا يأكل بسراً ولا رطباً فأكل منصفاً حنث في البين
لأنه أكل البسر والرطب ، وإن حلف لا يأكل بسرة ولا رطبة فأكل منصفاً
لم يحنث لأنه لم يأكل بسرة ولا رطبة

(فصل) وإن حلف لا يأكل قوتاً فأكل التمر أو الزبيب أو اللحم وهو

من يقتات ذلك حنث ، وهل يحتمس به غيره ؟ على ما ذكرناه من اوجهين في بيوت الشعر وروس الصيد .

(الشرح) حديث « سيد الإدام اللحم » هو من حديث أخرجه الطبراني في الأوسط وأبو نعيم في الطب والبيهقي في الشعب عن بريدة ولفظه « سيد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم » ، وسيد الشراب في الدنيا والآخرة الماء ، وسيد الرياحين في الدنيا والآخرة النخاعية ، ضعفه السيوطي وقال حسن لغیره . قلت ولعله يريد بغيره حديث « سيد طعام أهل الجنة اللحم » رواه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعا . قال الشوكاني « في إسناده سليمان بن عطاء يروي الموضوعات عن شيخه مسلمة بن عبد الله الجهني .

وقال ابن حجر : لم يتبين لي الحكم على هذا المتن بأوضح ، وأن مسلمة غير مجروح وسليمان بن عطاء ضعيف . قال في التعليق : رواه سليمان عن مسلمة عن أبي مشجعة عن أبي الدرداء ، وأبو مشجعة ومسلمة لم يجرحا ولم يوثقا فهما مجهولا الحال ، وسليمان قال البخاري في حديثه منا كبير . وقال أبو زرعة مذكر الحديث وقال ابن حبان « يروي عن مسلمة بن عبد الله الجهني عن عمه أبي مشجعة بن ربيع أشياء موضوعة لا تشبه حديث الثقات » اه . . . ورواه العقيلي من حديث ربيعة بن كعب مرفوعا « أفضل طعام الدنيا والآخرة اللحم » ، وقال هذا حديث غير محفوظ . وقال ابن حبان : عمرو بن بكر المذكور في إسناده يروي عن الثقات الطامات .

ورواية البيهقي في الشعب عن عبد الله بن بريدة عن أبيه من طريق أحمد بن منيع ، ثنا العباس بن بكر ثنا أبو هلال الراسبي عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رفعه . قال السيوطي في اللآلئ ، قال البيهقي ورواه جماعة عن أبي هلال الراسبي تفرد به أبو هلال ثم قال السيوطي : وهو من رجال الأربعة ووثقه أبو داود . قال العلامة المعلن : أقول إذا كان رواه جماعة عن أبي هلال فالظاهر أن يسوق البيهقي الطرق . وهذه الطرق التي ساقها ساقطة البتة ، فإن العباس بن بكر

كذاب يضع . وإذا كانت هذه أقوى الطرق فما ظنك بالباقي ؟ وقد أخرجه الطبراني في الأوسط ثنا محمد بن شعيب ثنا سعيد بن عتبة القطان ثنا أبو عبيدة الحداد ثنا أبو هلال — فذكره ثم قال — ولم يروه عن ابن بريدة إلا أبو هلال ولا عنه إلا أبو عبيدة تفرد به سعيد .

وقال في مجمع الزوائد (٥ - ٢٥) فيه سعيد بن عبيدة (كذا) القطان ولم أعرفه . أقول أحسبه سعيد بن عنبسة الرازي الخزاز فإنه يروى عن أبي عبيدة الحداد ، ولعله كان يبيع القطن مع الخزفقال الراوى عنه القطان . ومحمد بن شعيب ليس هو بن سابور ، فإن الطبراني لم يدركه . فينظر من هو ؟ وسعيد بن عنبسة كذاب . أما رواية أنس عند البيهقي أيضا فهي من طريق هشام بن سلمان عن يزيد الرقاشي ، وهشام . قال ابن عدي أحاديثه عن يزيد غير محفوظة ، ويزيد ليس بشيء . ورواية أبي نعيم إنما هي من حديث علي رضي الله عنه ، وهي من نسخة عبد الله بن أحمد بن عامر الموضوعة . وقال الشوكاني وليس في شيء من هذه الطرق ما يوجب الحكم بالوضع .

أما حديث « هذا آدم هذا » أخرجه أبو داود عن يوسف عن عبد الله بن سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه ، وذكره الإمام أحمد في مسنده

والمرى بتشديد الراء والياء وكأنه منسوب الى المرارة ، قال ابن بطال والمامة تخففه وصفته أن يؤخذ الشعير فيقلى ثم يطحن ويعجن ويخمر ثم يخلط بالماء فيستخرج منه خل يضرب لونه الى الحمرة يثدم به ويطبخ به ، والاترج والاترج والاترجة والترنجة والترنج

قال في القاموس « حامضه مسكن غلبة النساء ويجلو اللون والكلف . وقشره في الثياب يمنع السوس اه

وقد ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مثل المؤمن الذي يقرأ القرآن كمثل الاترجة طعمها طيب وريحها طيب ، والتوت شجر معروف يعرف به دود الفز له ثمر أحمر ، والتبقي ثمار التدر ، وفي الحديث في سيدة

المنتهى ، نبقها مثل قلال حجر ، والريحان الفارسي ويسميه عوام اليمن الشبقر
والبنفسج والياسمين معروفان

أما الأحكام فإنه إن حاب لا يأكل أذماً حنث بأكل كل ما جرت العادة
بأكل الخبز به لأن هذا معنى التادم ، وسواء في هذا ما يصطبغ كالطيخ والمرق
والخل والزيت والسمن والشيرج واللبن قال تعالى في الزيت « تنبت بالدهن وصبغ
للآكلين » وقال صلى الله عليه وسلم « نعم الإدام الخل » وقال « اتئتموا بالزيت
وادهنوا به فإنه من شجرة مباركة ، أخرجه ابن ماجه ، أو من الجامدات كالشواء
والجبن والباقلاء والزيتون والبيض . وبهذا قال أحمد وأبو ثور

وقال أبو حنيفة : ما لا يصطبغ به فليس بأدم ، لأن كل واحد منهما يرفع
إلى الفم منفرداً . دليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام اللحم »
وقال « سيد الإدام المالح » رواه ابن ماجه ، لأنه يؤكل به الخبز عادة ، فكان أدماً
كالذى يصطبغ به ، ولأن كثيراً مما ذكرنا لا يؤكل في العادة وحده إنما يعد للتأدم
به وأكل الخبز به فكان أدماً كالخل واللبن . وقول أبي حنيفة انه يرفع الى الفم
وحده مفرداً ، يحاب عنه بجوابين

(أحدهما) أن منه ما يرفع مع الخبز كالمالح ونحوه

(والثاني) أنهما يجتمعان في الفم والمضغ والبلع الذي هو - حقيقة الأكل

فلا يضر افتراقهما قبله .

فأما التمر ففيه وجهان (أحدهما) هو أدم لما روى أبو داود عن عبد الله بن
سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع ثمرة على كسرة وقال :
هذه إدام هذه »

(والثاني) ليس بأدم لأنه لا يؤتدم به عادة إنما يؤكل قوتاً أو حلوى

(فرع) فإن حاب لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهي

كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكك بها من العنب والرطب والرمان والسدر وجل
والنفاح والكمشرى والخوخ والمشمش والاترج والتوت والنبق والموز والجوز ،
وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنث
بأكل ثمرة النخل والرمان لقوله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمدحطوف

ينبغي المعطوف عليه . دليلنا أنها ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ، ولأنهما في عرف الناس فاكهة ويسمى بانهما فاكهياً ، وموضع بهما سوق الفاكهة ، والأصل في الـدرف الحقيقة والعطف لشر فهما وتخصيصهما كقوله تعالى « من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال ، وهما من الملائكة .

(فرع) القناء والخيار والفرع والباذنجان من الخضرا وليس من الفاكهة وبهذا قال أحمد . أما البطيخ فإنه من الفاكهة على ما ذكره المصنف ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد ذكره القاضي وبه قال أبو ثور ، لأنه ينضج ويحلو ، أشبه ثمرة الشجر .

والثاني عندهم : ليس من الفاكهة ، لأنه ثمرة بقلة أشبه الخيار والثناء ، وأما ما يكون في الأرض كالجزر واللنت والفجل والقلقاس والسوطل ونحوه ، فليس شيء من ذلك فاكهة ، لأنه لا يسمى بها ولا في معناها

دليلنا أن البطيخ وإن كان يشبه في شجره النباتات الراحفة كالباذنجان والقرع والثناء والخيار ، إلا أنه ثمرة حلوة يذوق ما ذكرنا في الطعم وفي طريقة الأكل إذ تلك الأنواع تصطبغ وتطبخ وتملح وليس كذلك البطيخ والشمام ولأنها فاكهة في حقيقتها العرفية عند الناس على اختلاف أقاليمهم وأجناسهم .

(فرع) إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل منصفاً — وهو الذي بعضه بسر وبعضه تمر أو مدنياً — وهو الذي بدأ فيه الإرتطاب من ذنبه وباقيه بسر ، أو حلف لا يأكل بسرأ فأكل ذلك حنث ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل .

وقال أبو يوسف وبعض أصحابنا : لا يحنث لأنه لا يسمى رطباً ولا تمراً ، والصحيح أنه أكل رطباً وسراً حنث ، كالأكل نصف رطوبة ونصف بسرة منفردتين ، وما ذكره لا يصح ، فإن القدر الذي أرطب رطب والباقي بسر ، ولو أنه حلف لا يأكل البسر فأكل البسر الذي في النصف حنث ، وإن أكل البسر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على البسر لم يحنث واحد منهما وإن حلف واحد لياكل رطباً وآخر لياكل بسرأ ذاك الحالف على أكل

الربط ما في النصف من الرطوبة وأكل الآخر باقيةا برأ جميعا ، وإن حلف
لأكل رطوبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأنه لم يبر ولم يحدث لأنه ليس
فيه رطوبة ولا بسرة

(فرع) إذا حلف لا يأكل قوتنا فأنه لا يأكل خبثا أو ترا أو زيبيا أو لحنا أو لبنا
حدث لأن كل واحد من هذه يقينات في بعض البلدان ، ويحتمل أن لا يحدث إلا
بأكل ما يقيناته أهل بلده ، لأن يقينه تنصرف الى القوت المتعارف عندهم في بلدهم
ولاحجاب أحد وجهان كالوجهين عندنا ، وإن أكل حبا يقينات خبزه حدث لأنه
يسمى قوتنا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخر قوت عياله لسنة ،
وإنما يدخر الحب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حلف لا يأكل طعاما حدث بأكل كل ما يطعم من قوت
وآدم وفاكهة وحلاوة ، لأن اسم الطعام يقع على الجميع ، والدليل عليه قوله
تعالى « كل الطعام كان حلالا لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه ، وهل
يحدث بأكل الدواء ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يحدث لأنه لا يدخل في إطلاق اسم الطعام (والثاني) يحدث
لأنه يطعم في حال الاختيار ، ولهذا يحرم فيه الربا

(فصل) وإن حلف لا يشرب الماء فشرى ماء البحر احتمل عندي وجهين
(أحدهما) يحدث لأنه يدخل في اسم الماء المطلق ، ولهذا تجوز به الطمارة .
(والثاني) لا يحدث لأنه لا يشرب ، وإن حلف لا يشرب ماء فراتا فشرى
ماء دجلة أو غيره من المياه العذبة حدث ، لأن الفرات هو الماء العذب ، والدليل
عليه قوله تعالى (وأسقيناكم ماء فراتا) وأراد به العذب ، وإن حلف لا يشرب
من ماء الفرات فشرى من ماء دجلة لم يحدث ، لأن الفرات إذا عرف بالالف
واللام فهو النهر الذي بين العراق والشام

(فصل) وإن حلف لا يشم الرياح فشم الضميران - وهو الرياحان الفارسي -
حدث ، وإن شم ما سواه كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران لم يحدث لأنه

لا يطلق اسم الزبحان الا على الضميران وما واه لا يسمى إلا بأسمائها . وان حلف لا يشم المشموم حذت بالجميع ، لأن الجميع مشموم ، وان شم الكافور أو المسك أو العود أو الصندل لم يحنت لأنه لا يطلق عليه اسم المشموم . وان حلف لا يشم الزرد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنت لأنه لم يشم الزرد والبنفسج ، وان جفـ الزرد والبنفسج فشمهما ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحنت ، كما لا يحنت اذا حلفـ لا يا كل الرطب فأكل التمر
(والثاني) يحنت لبقاء اسم الزرد والبنفسج .

* * *

(الشرح) في قوله تعالى « كل الطعام كان حلا لبني اسرائيل ، الآية ، هو يعقوب عليه السلام . روى الترمذى عن ابن عباس « أن اليهود قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم : أخبرنا ما حرم إسرائيل على نفسه ؟ قال كان يسكن البدو فاشتكى عرق النساء فلم يجد شيئاً يلائمه إلا لحوم الإبل والبانها فلذلك حرمها ، قالوا « صدقت ، وذكر الحديث .

وقال ابن عباس ومجاهد وقتادة والسدى : أقبل-يعقوب عليه السلام من حران يريد بيت المقدس حين هرب من أخيه عيسو ، وكان رجلاً بطشاً قوياً ، فلقبه ملك فظن يعقوب أنه لص فمالجسه أن يصصره ، فغمز الملك فخذ يعقوب عليه السلام ثم صعد الملك الى السماء ويعقوب ينظر اليه ، فهاج عليه عرق النساء واتي من ذلك بلاء شديداً ، فكان لا ينام الليل من الوجع ويبست وله زقاه - أى صياح - فحلف يعقوب عليه السلام ان شفاه الله عز وجل إلا يا كل عرقاً ، ولا يا كل طعاماً فيه عرق فحرمها على نفسه ، فجعل بنوه يتبعون به ذلك العروق فيخرجونها من اللحم

واختلف هل كان التحريم من يعقوب باجتهاده أم بإذن الله تعالى ؟ والصحيح الاول لأن الله تعالى أضاف التحريم اليه بقوله « إلا ما حرم ، وأن النبي اذا أداه اجتهاده إلى شيء كان ديننا يلزمنا اتباعه لتقرير الله إياه على ذلك ، وكما يوحى اليه

ويلزم اتباعه . كذلك يؤذن له ويحتمد ، ويتعين موجب اجتهاده إذا قدر عليه .
وقد حرم نبينا صلى الله عليه وسلم العسل على الرواية الصحيحة ، أو خادمه مارية
فلم يقر الله تحريمه ونزل ، لم تحرم ما أحل الله لك ، قال الكيا الطبري فيمكن أن
يقال مطلق قوله تعالى ، لم تحرم ما أحل الله ، يقتضى ألا يختص بمارية ، وقد
رأى الشافعى أن وجوب الكفارة في ذلك غير معقول المعنى ، فجعلها مخصوصاً
بموضع النص ، وأبو حنيفة رأى ذلك أصلاً في تحريم كل مباح وأجراه مجرى
اليمن . هكذا أفاده القرطبي

أما قوله تعالى ، وأسقينا كرماء فراتاً ، فالفرات أشد الماء عذوبة . وقال تعالى
، هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج ، وقد فرت الماء يفرت فرته إذا عذب فهو
فرات . وقال ابن الاعرابي: فرت الرجل إذا ضعف عقله بعد مسكة ، والفراتان
الفرات ودجيل .

أما الاحكام : فإذا حلف لا يأكل طعاماً فأكل ما يسمى طعاماً من قوت
وأدم وحواء وتمر جامد ومائع حث لقوله تعالى ، كل الطعام كان حلالاً لبني اسرائيل ،
وقوله تعالى ، ويطعمون الطعام على حبه ، يبنى على محبتهم للطعام لحاجتهم اليه ،
وقيل على حب الله تعالى ، وقال تعالى ، قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم
يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير ، وسمى النبي صلى الله
عليه وسلم اللبن طعاماً وقال ، إنما تخزن لهم ضرور مواشيهم أطعمتهم ،

وفي الماء عند الحنابلة وجهان (أحدهما) هو طعام لقوله تعالى ، ان الله مبتليكم
بنهر فمن شرب منه فليس مني ، ومن لم يطعمه فإنه مني ، والطعام ما يطعم ، ولان
النبي صلى الله عليه وسلم سمي اللبن طعاماً وهو مشروب فكذلك الماء .

(والثاني) ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاماً ولا يفهم من اطلاق اسم الطعام
ولهذا يعطف عليه ، فيقال طعام وشراب ، والمعطوف يغير المعطوف عليه ،
وقال صلى الله عليه وسلم ، انى لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب الا اللبن ،
رواه ابن ماجه ، ويقال باب الاطعمة والاشربة ، ولأنه ان كان طعاماً في الحقيقة
فليس بطعام في العرف فلا يحنث بشربه ، لأن مبنى الايمان على العرف ، لكون
الحالف في الغالب لا يريد بلفظه الا ما يعرفه ، وهذا هو الاصح من اوجهين

(فرع) هل يحنث بأكل الدواء كالأقراص المسكنة والفييتامينات والمركبات الاقرباذينية والمارما كويبا؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحنث لأنه يطعم حال الاختيار

(والثاني) لا يحنث لأنه لا يدخل في اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة ، ومن يراجع كتاب الربا هنا يجد أن الدواء ربوي لأنه طعام وجهاً واحداً أما هنا فوجهان

(مسألة) اذا حلف لا يشرب ماء وأطلق احتمال عند المصنف وجهين في حنثه بشرب ماء البحر - وهو الابيض المتوسط أو الاحمر أو المحيط الهندي أو الاطلسي أو الاقيايوس - أو ما تفرع عنها من خلجان كالخليج العربي وخليج العقبة وما تربط بينهما من مضائق وممرات ، وأحد الوجهين أنه يحنث لأن ماء البحر يدخل في مطلق الماء ولذا تصح الطهارة به لأنه ماء طهور . فإذا عرفت أن المياه جميعها مصدرها البحر . اما عن طريق التبخر ثم نزولها مطراً تكون منه الآبار والأنهار . واما عن طريق المياه الجوفية التي تكون منها العيون وبعض الآبار . وعرفت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله « انا تركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء ، قال « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » عرفت أن الماء عند الاطلاق يتناول ماء البحر حقيقة وعرفاً وشرعاً

والوجه الثاني أنه لا يحنث . لأن ماء البحر لا يشرب ولا يساغ عادة . ولو كان يسمى ماء لما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقولهم « انا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضعنا به لم نجد ماء نشربه أفنتوضأ بماء البحر؟ وهذا سؤال يدل بمجردده على أن ماء البحر لا يسمى ماء بلا قيد . لأنه قال أفنتوضأ بماء البحر . هكذا بالإضافة

(مسألة) اذا حلف على الجنس المضاف كماء دجلة أو ماء الفرات أو ماء البئر

فهل يحنث بشرب بعضه؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحنث بشرب بعضه لأنه حلف على ما لا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفرداً . وبهذا قال أحمد وأبو حنيفة

(والثاني) لا يحنث . لأنه اذا حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر

حنث بفعل البعض ، لأن يمينه تناولت الجميع فلم يحث بفعل البعض ، فألحق به اسم الجذس المضاف ، وأما غير المضاف فليس فيه الوجهان ، لأنه إذا حث ليفعلن شيئاً لم يبر إلا بفعل جميعه

وان حلف لا شربت من الفرات فشرب من مائه حث ، سواء كرع فيه أو اعترف منه ثم شرب ، وهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يحث حتى يكرع فيه ، لأن حقيقة ذلك الكرع فلم يحث بغيره ، كما لو حلف لا شربت من هذا الاناء فصب منه في غيره وشرب

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات ؛ لأن الشرب يكون من مائها . ومنها العرف فحملت اليمين عليه ، كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من لبن هذه الشاة ، ويفارق الكوز فإن الشرب في العرف منه ، لأنه آلة للشرب بخلاف النهر . وما ذكره يبطل بالبئر والشاة والشجرة ، وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو احتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حث فكذا في مسألتنا هنا

(فرع) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حث لأنه من ماء الفرات ، ولو حلف لا يشرب من نهر الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان

(أحدهما) يحث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحث ، كما لو حلف لا شربت من مائه . وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب أحمد

(والثاني) لا يحث . وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فإن عنه رواية أنه يحث ، وإنما قلنا لا يحث ، لأن ما أخذه النهر يضاف الى ذلك النهر لا الى الفرات ، ويؤيد بإضافته اليه عن اضافته الى الفرات فلا يحث به كغير الفرات ، ومن حلف لا يشرب من نهر النيل فشرب من ترعة النوبارية أو ترعة المحمودية فإن اضافتها الى الترعة لا يمنع العلم بكونها إحدى روافد النيل فيحث ، كما لو شرب من فرع رشيد أو فرع دمياط

أما إذا حلف لا يشرب من نهر الأردن فشرب من بحيرة الحولة لم يحث لأنه وان اتصل ماؤها فذلك منها اسمه وموقعه . وكذلك يقال في بانياس

والحصيانى والليطانى والمزهرانى واليرموك وبحيرة طبرية من أنهار الشام أقدما وأقالها من عثرتها وأهلك الطامعين فيها .

(فرع) اذا حلف لا يشم الريحانه فإنه لا يحث الا بشم الريحان الفارسى كالضميران ؛ لأن الحائف لا يريد يمينه فى الظاهر سواء . فلا يحث بشم النبت أو الزهر الطيب الريح كالورد والبنفسج والترجس والياسمين والزعفران ، لأن هذه كلها وان كانت رياحين الا أن كلا منها له اسم يعرف به فلم يحث بشمها . وقال أبو الخطاب من الجنابة يحث بشم ما يسمى فى الحقيقة ريحانا لأن الاسم يتناوله حقيقة ، ولا يحث بشم الفاكهة وجها واحداً لأنها لا تسمى ريحانا حقيقة ولا عرفا . ومن هذا لو حلف لا يشم ورداً ولا بنفسجاً فشم دهن البنفسج وماء الورد فإنه لا يحث لأنه لم يشم ورداً ولا بنفسجاً وقال أبو حنيفة : يحث بشم دهن البنفسج لأنه يسمى بنفسجاً ولا يحث بشم ماء الورد لأنه لا يسمى ورداً .

وهل يحث بشم الورد والبنفسج اليابس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحث كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل تمرأ (والثانى) يحث لأن حقيقة باقية فحث به كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً أو محفوظاً ، وفارق ما ذكر فى الوجه الاول فإن التمر ايس رطباً ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأصحاب الرأى وان حلف لا يشم المشعوم حث بكل ما ذكرنا ما عدا الكافور والمسك والعود والصندل والجاوى ، لأنه لا يطلق عليه اسم المشعوم . وإنما يقال التجمير والتبخير أو التطير للمسك

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لا يلبس شيناً فلبس درعاً أو جوشناً أو خفاً أو نعلاً ففيه وجهان ، أحدهما يحث لأنه لابس شيناً . والثانى لا يحث لأن اطلاق اللبس لا ينصرف الى غير الثياب

(فصل) وان كان معه رداء فقال : والله لا لبست هذا الثوب وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو انزر به حث لأنه لبسه وهو رداء . فإن جعله قميصاً أو

سراويل ولبسه لم يحنث لانه لم يلبسه وهو رداء . فإن قال والله لا لبست هذا الثوب ولم يقل وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اترز به أو جعله قميصاً أو سراويل ولبسه حنث . ومن أصحابنا من قال لا يحنث لانه حلف على لبسه وهو على صفة فلم يحنث بلبسه على غير تلك الصفة ، والصحيح هو الاول لانه حلف على لبسه ثوباً فحمل على العموم ، كما لو قال والله لا لبست ثوباً

(فصل) وإن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتماً من ذهب أو فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو غيره من الجواهر حنث لان الجميع حلى ، والدليل عليه قوله عز وجل (يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولباسهم فيها حرير) وإن لبس شيئاً من الخرز أو السبج ، فإن كان بمن عادته التحلى به كأهل السواد حنث لأنهم يسمونه حلياً . وهل يحنث به غيرهم؟ على ما ذكرناه من الوجهين في بيوت الشعر ورءوس الصيد . وإن تقلد سيفاً حلى لم يحنث ، لأن السيف ليس بحلى . وإن لبس منطقة محلاة فقيه وجهان

(أحدهما) يحنث لانه من حلى الرجال

(والثاني) لا يحنث ، لانه ليس من الآلات المحلاة فلم يحنث به كالسيف . وإن حلف لا يلبس خاتماً فلبسها في غير الخنصر ، أو حلف لا يلبس قميصاً فارتدى به أو لا يلبس قلنسوة فلبسها في رجله لم يحنث ، لأن اليمين يمتضى لبساً متعارفاً وهذا غير متعارف

(فصل) وإن من عليه رجل حلف لا يشرب له ماء من عطش فأكل له خبزاً أو لبس له ثوباً أو شرب له ماء من غير عطش لم يحنث ، لأن الحنث لا يقع إلا على ما عقد عليه اليمين ، والذي عقد عليه اليمين شرب الماء من عطش ، فلو حنثاه على ماسواه لحنثناه على مانوى لا على ما حلف عليه . وإن حلف لا يلبس له ثوباً فهو له ثوباً فلبسه لم يحنث لانه لم يلبس ثوبه

(الشرح) الدرع الحديد مؤنثة في الاكثر وتصغر على ذريع بغير هاء على غير قياس . وجاز أن يكون التصغير على لغة من ذكره ، وربما قيل دريعة بالهاء وجمعها أدرع ودروع وأدراع .

قال ابن الاثير وهى الزردية ، ودرع المرأة قيصها مذكر . وقال فى اللسان :
الدرع لبوس الحديد تذكر وتؤنث . قال الاخر
مقلصا بالدرع ذى التنغضن يمشى الرضى فى الحديد المتقن
والجمع فى القليل اديع وأدراع وفى الكثير دروع . وفى حديث خالد ، أدراعه
وأعتده حبسا فى سبيل الله ، والجوشن الصدر ، وقيل ما عرض من وسط الصدر
وجوشن الجراة صدرها وجوشن الليل وسطه وصدره ، والجوشن الذى يلبس
من السلاح . قال ذو الرمة يصب ثورا طعن كلابا بروقيه فى صدرها
فكر يمشق طعنا فى جواشنها كأنه الاجر فى الاقبال يحتسب
والخنقة القلادة الواقعة على الخنق ، والسبح خرز والواحدة سبجة مثل قصب
وقصبة ، وسواد العراق سمي كذلك لخضرة أشجاره وزروعه ، والعرب تسمى
الاخضر أسودا لأنه يرى كذلك على بعد ، وكل شخص من إنسان وغيره يسمى
سوادا ، وجمعه أسودة ، مثل جناح وأجنحة ، ومنتاح وأمتعة ، وسواد
المسلمين جماعتهم .

أما الاحكام : فإن حلف لا يلبس شيئا حنث بكل ما يلبس من الثياب وغيرها
كالدرع والجوشن والنعل والخف فى أحد ارجلين ، وبه قال أحمد لأنه ملبوس
حقيقة وعرفا حنث به كالثياب ، وقد استدل على هذا الوجه بحديثه أن النجاشي
أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم خفين فلبسهما ، وقيل لابن عمر إنك تلبس
النعال ، فقال لى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبسهما فإذا أدخل يده
فى الخف أو النعل أو الدرع والجوشن فى رجله لم يحنث ، لأن ذلك ليس بلبس
لها (واوجه الثانى) لا يحنث . لأن اللبس عند الاطلاق لا ينصرف
إلا الى الثياب .

(فرع) ان حلف لا يلبس هذا الثوب وهو رداء ، فارتدى به أو انتزرو
اعتم به حنث ، لأن ما فعله يطلق عليه اسم اللبس حنث به . وبهذا قال أحمد
وأصحابه ، لأنه لبسه وهو رداء ، فإن غيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث لأن
اليمين وقعت على ترك لبسه رداء .

فإن حلف لا يلبس هذا الثوب — وكان رداء فى حال حلفه — ولم يقل

وهو رداء كالتى قبلها - فارتدى به أو اتزرر أو اعتم به أو جعله قميصاً أو سراويل أو قباء ولبسه حنث على الصحيح من المذهب لأنه قد لبسه فحمل على عموم اللبس كما لو قال والله لا لبست ثوباً ، فإنه يحنث بلبس أى ثوب على أى نحو مما قررنا .
(فرع) إذا حلب ليلبس هو أو ليلبس امرأته حلياً فلبس هو أو ألبس امرأته خاتماً من فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده بر فى يمينه ، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة لا يبر لأنه ليس بحلى .

وإذا حلب لا يلبس - بالنفى - حلياً فلبس خاتماً من فضة أو وضع دبوساً فى صدره أو زراراً معدنياً فى كم قميصه حنث لأن ذلك من وسائل الزينة فى عصرنا هذا كالخرز والسبيج عند أهل السواد فى عصر المصنف ، فإن كان ممن يلبس الجبة والقفطان فوضع دبوساً فى صدره مما يوضع حلية عند من يلبس الملابس الأفرنجية ففيه وجهان كأوجهين فى بيوت الشعر ورهوس الصيد

وقال الحنابلة : إن لبس عقيقاً أو سبجاً ، ولو كان من أهل السواد لا يحنث لأنه ليس بحلى كالودع وخرز الزجاج ، وإن كان لا يلبس حلياً فلبس دراهم أو دنانير فى مرسلة ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث لأنه ليس بحلى إذا لم يلبسه فكذلك إذا لبسه

(والثانى) يحنث لأنه ذهب وفضة لبسه فكان حلياً كالسوار والخاتم

(فرع) إذا حلب لا يلبس حلياً فتقلد سيفاً بحلى بالذهب لا يحنث ، لأن الشرع لم يعتبره حلياً ، وإن لبس حزاماً بحلى ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه مما يتحلى به الرجال ، وبه قال أحمد رضى الله عنه

(والثانى) لا يحنث لأنه آلة محلاة فأشبهه السيف . وإن حلف لا يلبس

خاتماً فلبسها فى غير مكانها من الخنصر بل جعلها فى الوسطى أو السبابة لم يحنث كما لو حلف لا يلبس قميصاً فارتدى به ، أو لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث لمخالفة ذلك للعرف

(مسألة) إذا أراد أن يقطع مئة عليه لرجل فإن يمينه لا تتعدى ما انعقد

عليه لفظه . وقال أحمد : إن الأسباب معتبرة فى الايمان فيتعدى الحكم بتعديها ، فإذا امتن عليه بثوب حلف أن لا يلبسه لتقطع المئة به حنث بالاتفاق به فى

غير اللبس من أخذ ثمنه ، لأنه نوع انتفاع به يلحق المنة به ، وإن لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضى ذلك لم يحنت إلا بما تناولته يمينه ، وهو لبسه خاصة ، فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به في غير اللبس أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنت لعدم تناول اليمين له لفظاً ونية وسبباً
ولنا أننا لو أحثناه هنا لأحثناه على ما نوى لا على ما حلف عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

وإن حلف لا يضرب امرأته فضربها ضرباً غير مؤلم حنت لأنه يقع عليه اسم الضرب ، وإن عضها أو خنقها أو نتف شعرها لم يحنت ، لأن ذلك ليس بضرب ، وإن لطمها أو اطمها أو رفسها ففیه وجهان . أحدهما يحنت لأنه ضربها والثاني لا يحنت لأن الضرب المتعارف ما كان يؤلم
وإن حلف ليضرب عبده مائة سوط فشد مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة فإن تيقن أنه أصابه المائة بر في يمينه لأنه ضربه مائة سوط . وإن تيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر لأنه ضربه دون المائة . وإن شك هل أصابه بالجميع أو لم يصبه بالجميع فالمتخصص أنه يبر

وقال المازني : لا يبر ، كما قال الشافعي رحمه الله فيمن حلف لينعمل كذا في وقت إلا أن يشاء فلان : فمات فلان حنت ، وإذا لم نجح له باراً للشك في المشيئة وجب أن لا نجعله باراً للشك في الاصابة ، والمذهب الاول ، لأن أيوب عليه السلام حلف ليضربن امرأته عدداً فقال عز وجل : وخذ بيدك ضعفاً فاضرب به ولا تحنت ، ويخالفه مآقاله الشافعي رحمه الله في المشيئة لأنه ليس الظاهر وجود المشيئة ، فإذا لم تكن مشيئة حنت بالمخالفة ، والظاهر إصابته بالجميع فبر . وإن حلف ليضربنه مائة مرة فضربه بالمائة المشدودة لم يبر لأنه لم يضربه إلا مرة ، فإن حلف ليضربه مائة ضربة ، فضربه بالمائة المشدودة دفعة واحدة فأصابه الجميع ففیه وجهان :

(أحدهما) لا يبر لأنه ما ضربه الا ضربة ، ولهذا لو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة الى الحجرة لم يحاسب له سبعا

(والثاني) أنه يبر لأنه حصل بكل سوط ضربة ، ولهذا لو ضرب به في حد الزنا حسب بكل سوط جلدة .

(الشرح) قوله : فقال الله عزوجل « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تخنث » ذهب المفسرون في تفسير هذه الآية مذهب الإسرائيليات التي تغفل السياق ومواقع الكلم . وحكوا في ذلك أحاديث بعضها موقوف وبعضها مرفوع لم يصح منها سوى حديث « بينا أيوب يغتسل إذ خر عليه رجل من جراد من ذهب ، الحديث . وإذ لم يصح عنه فيه إلا ما ذكر القرآن فإننا ذا كروا ما قاله ابن العربي لموافقته مذهبنا في تأويلها . قال ما ذكره المفسرون من أن إبليس كان له مكان في السماء السابعة يوماً من العام فقول باطل ، لأنه أهبط منها بلعنة وسخط إلى الأرض فكيف يرقى إلى محل الرضا ويجول في مقامات الأنبياء ويخترق السموات العلى ، إن هذا لخطب من الجهالة عظيم ، إلى أن قال :

« وأما قولهم : إنه قال لزوجته أنا إله الأرض ، ولو تركت ذكر الله وسجدت أنت لى لعافيته ، فاعلموا وإنكم لتعلمون أنه لو عرض لأحدكم وبه ألم وقال هنا الكلام ماجاز عنده أن يكون إلهاً في الأرض وأنه يسجد له وأنه بهاتى من البلاء فكيف أن تستريب زوجة نبي ؟ ولو كانت زوجة سوادى أو قدم بربرى ما ساغ ذلك عندها

وأما تصويره الاموال والاهل في واد فذلك ما لا يقدر عليه إبليس بحال ، ولا هو في طريق السحر ، فيقال إنه من جنسه . إلى أن قال : والذي جرأهم على ذلك وتذرعوا به إلى ذكر هذا قوله تعالى « اذ نادى ربه أنى مسنى الشيطان بنصب وعذاب ، انتهى .

قلت : الذى يتسن مع نظام الذكر الحكيم والتذكير المتين أن الله تعالى أراد أن يسلى نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم بمهاد الانبياء قبله وصبرهم على الضر والبلاء فليس من المناسب أن يقول له : اذكر عبدنا أيوب كيف حلف أن يضرب امرأته مائة سوط ، فقلا له خذ عرجونا به مائة شمراخ فاضربها به ولا تخنث انا وجدناه صابراً نعم العبد انه أو اب .

ان هذا كلام عجيب وفهم للآيات غريب ، وان الذى يناسب مقام النبوة أن يكون أيوب عليه السلام بعث فى قوم كان الشيطان يعذب بعقولهم ، فكان كلما آمن به فريق منهم ارتد وانحاز الى الضلالة فشكا لربه هذا العناء « انى مسنى الشيطان بنصب وعذاب ، فقال له ربه » ثبت قدمك على دعوتنا وتقدم بخطى سريعة ثابتة الى الامام ، وهذا هو الذى يفيد معنى الركض بالرجل . ففى هذا الزالة لما يمسه لك من لغوب ونصب وتنقية لما تعانته من عناد قومك من وساوس الشيطان ، وشراب هنىء لك يشرح صدرك ، ويحلل عنك الضيق والحرج وخذ بيدك غصنا فلوح به على وجوه الناس ولا تأثم ولا تغلظ ، لأن الحنث هو الإثم . قال تعالى « وكانوا يصرون على الحنث العظيم ، وما استقر فى الفطر وارتكز فى الطباع أن الغصن الرطب كغصن الزيتون مثلا يضرب به المثل فى الامم بالسلام . والله أعلم .

أما أحكام الفصل فإنه لا يجوز أن يضرب الرجل امرأته فوق حد الادب ، لقوله صلى الله عليه وسلم « واضربوهن ضرباً غير مبرح » وقد اختلف الفقهاء فى هذا الحكم الذى فهموه من الآية ، هل هو عام أو خاص بأيوب وحده ؟ فروى عن مجاهد أنه عام .

وحكى عن القشيري أن ذلك خاص بأيوب . وحكى المهدي عن عطاء بن أبي رباح أن ذلك حكم باق ، وأنه اذا ضرب بمائة قضيب ونحوه ضربة واحدة بر . وروى نحوه الشافعى رضى الله عنه . وروى نحوه عن النبي صلى الله عليه وسلم فى المقعد الذى حملت منه الوليدة . وأمر أن يضرب بعكول فيه مائة شراخ ضربة واحدة . وقال القشيري وقيل لعطاء هل يعمل بهذا اليوم ؟ فقال ما أنزل القرآن الا يعمل به ، يتبع .

وروى عن عطاء أنها لا يؤوب خاصة . وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم عن مالك « من حلف ليضربن عبده مائة فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر ، وقال القرطبي ، وقال بعض علمائنا — يريد مالك — قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ، أى ان ذلك منسوخ بشريعتنا

قال ابن المنذر وقد روينا عن علي أنه جلد الوليد بن عقبة بسوط له طرفان أربعين جلدة ، وأنكر مالك هذا وتلا قوله تعالى « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، وهذا مذهب أصحاب الرأي . اهـ

وقد احتج الشافعي رضي الله عنه بحديث خرجه أبو داود في سننه : حدثنا أحمد بن سعيد الهمداني ، حدثنا ابن وهب أخبرني يونس عن ابن شهاب أخبرني أبو أسامة بن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار « أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدة علي عظم ، فدخلت عليه جارية لمعضم ، ففحص لها فوق عينيها ، فلما دخل عليه رجال قومه يمدونه أخبرهم بذلك وقال : استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأني قد وقعت علي جارية دخلت علي ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقاوا : ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به ، لو حملناه اليك لتنسخت عظامه ، ما هو إلا جلد علي عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة . »

قال الشافعي : إذا حلف ليضربن فلاناً مائة جلدة أو ضرباً ولم يقل : ضرباً شديداً ولم ينو ذلك بقلبه يكفيه مثل هذا الضرب المذكور في الآية ولا يحث ، وقال ابن المنذر : إذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة فضربه ضرباً خفيفاً فهو بار عند الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال مالك ليس الضرب إلا الضرب الذي يؤلم .

(تنبيه) قال القرطبي في جامع أحكام القرآن ج ١٥ ص ٢١٥ . استدلل بعض جهال المنزهة ، وطغام المتصرفة بقوله تعالى لأيوب « اركض برجلك » علي جواز الرقص ، قال أبو الفرج الجوزي : وهذا احتجاج بارد ، لأنه لو كان أمر بضرب الرجل فرحاً كان لهم فيه شبهة ، وإنما أمر بضرب الرجل لينبع الماء إنحجازاً من الرقص ، ولئن جاز أن يكون تحريك رجل قد أنحلها تحكّم الهوام دلالة علي جواز الرقص في الإسلام جاز أن يجعل قوله سبحانه « اضرب بعصاك الحجر » جوازاً علي ضرب المحاد بالتضبان ذمواً بالله من التلاعب بالشرع ، وقد احتج بعض قاصريهم بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أنت مني وأنا منك »

فجبل ، وقال لجعفر « أشبهت خلقي وخلقك ، فجبل ، وقال لزيد « أنت أخونا ومولانا ، فجبل ، ثم ذكر قصة زفن الخبشة والنبى صلى الله عليه وسلم ينظر إليهم وأجاب على كل ذلك .

(فرع) إذا حلف أن يضربها عشرة أسواط فجمعها وضربها بها ضربة واحدة بر في يمينه إذا علم أنها مستها كلها ، وإن علم أنها لم تسمها لم يبر ، وقال أحمد : إن حلف أن يضربه عشرة فجمعها فضربه بها لم يبر في يمينه ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي . وقال ابن حامد من الحنابلة يبر ، لأن أحمد قال في المريض عليه الحد ، يضرب بعشكال النخل فيسقط عنه الحد .

(فرع) وإن حلف أن يضرب امرأته في غد فمات الحالف من يومه فلا حنت عليه ، لأن الحنت إنما يحصل بفوات المحلوف عليه في وقته وهو الغد ، والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد فلا يمكن حنته ، وكذلك إن جن الحالف في يومه فلم يفق إلا بعد خروج الغد ، لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن حلف لا يهب له فأعمره أو أرقبه أو تصدق عليه حنت لأن الهبة تمليك العين بغير عوض ؛ وإن كان لكل نوع منها اسم . وإن وقف عليه وقلنا إن الملك ينتقل إليه حنت ، لأنه ملكه العين من غير عوض . وإن باه وحاباه لم يحنت ، لأنه ملكه بعوض ، وإن وصى له لم يحنت ، لأن التمليك بعد الموت والميت لا يحنت .

(فصل) وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنت ؛ لأن الكلام لا يطلق في العرف إلا على كلام الآدميين . وإن حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه حنت ، لأن السلام من كلام الآدميين ، ولهذا تبطل به الصلاة ، فإن كله وهو نائم أو ميت أو في موضع لا يسمع كلامه لم يحنت ، لأنه لا يقال في العرف كله . وإن حنته في موضع يسمع إلا أنه لم يسمع لاشتغاله بغيره حنت ، لأنه كله . ولهذا يقال كله فلم يسمع

وان كلبه وهو أصم فلم يسمع للصمم ففيه وجهان . أحدهما يحنت لأنه كلبه .
وان لم يسمع فحنت ، كما لو كلبه فلم يسمع لاشتماله بغيره . والثاني لا يحنت وهو
الصحيح لأنه كلبه وهو لا يسمع ، فأشبهه اذا كلبه وهو غائب ، وان كاتبه أو
راسله ففيه قولان :

قال في القديم يحنت . وقال في الجديد لا يحنت . وأضاف اليه أصحابنا : اذا
أشار اليه ، فجعلوا الجمع على قولين ، أحدهما يحنت . والدليل عليه قوله عز وجل
« وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحياً » فاستثنى اوحى وهو الرسالة من الكلام
فدل على أنها منه . وقوله عز وجل « قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا
رمزا » فاستثنى الرمز وهو الاشارة من الكلام ، فدل على أنها منه ، ولأنه وضع
لإفهام الأدميين فأشبهه الكلام .

والقول الثاني أنه لا يحنت لقوله عز وجل « فإما ترين من البشر أحدا فقولي
اني نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم انسياً » ثم قال « يا أخت هرون ما كان
أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغياً » فأشارت اليه قاراً كيف تكلم من كان في
المهد صيباً ، فلو كانت الاشارة كلاماً لم تفعله ، وقد نذرت أن لا تكلم . ولأن
حقيقة الكلام ما كان باللسان ، ولهذا يصح نفيه عما سواه بأن تقول : ما كلمته
وانما كاتبته أو راسلته أو أشرت اليه ، ويحرم على المسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة
أيام ، لقوله عليه السلام « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، والسابق
أسبقهما الى الجنة »

وان كاتبه أو راسله ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج من مآثم الهجران ،
لأن الهجران ترك الكلام فلا يزول الا بالكلام (والثاني) وهو قول أبي علي بن
أبي هريرة أنه يخرج من مآثم الهجران ، لأن القصد بالكلام ازالة ما بينهما من
الوحشة ، وذلك يزول بالمكاتبة والمراسلة

(الشرح) قوله تعالى « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحياً » سبب ذلك
أن اليهود قاروا للنبي صلى الله عليه وسلم : ألا تكلم الله وتنظر اليه ان كنت نبياً

كما كلبه موسى ونظر اليه ، فإننا لن نؤمن لك حتى تفعل ذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن موسى لن ينظر اليه ، فنزل قوله تعالى « وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو ذكره النفاس والواحدى والنعلبي . وقد احتج بهذه الآية الشافعى فى القديم فيمن حلف ألا يكلم رجلاً فأرسل اليه رسولا أنه حانث ، لأن المرسل قد سمى فيها مكلماً للمرسل اليه ، إلا أن ينوى الخائف المواجهة بالخطاب .

قال ابن المنذر : واختلفوا فى الرجل يحلف أن لا يكلم فلاناً فكتب اليه كتاباً أو أرسل اليه رسولا ، فقال الثورى الرسول ليس بكلام . وقال الشافعى فى الجديد : لا يبين أن يحث . وقال النخعى : والحكم فى الكتاب يحث . وقال مالك يحث فى الكتاب والرسول . وقال مرة : الرسول أسهل من الكتاب . وقال أبو عبيد : الكلام سوى الخط والإشارة

وقال أبو ثور « لا يحث فى الكتاب » وقال ابن المنذر لا يحث فى الكتاب والرسول . وقال القرطبى وهو قول مالك

أما قوله تعالى « قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمياً » قال أبو الشعثاء جابر بن زيد رضى الله عنه ، إن زكريا عليه السلام لما حملت زوجته منه يبغى لا يستطيع أن يكلم أحداً ، وهو مع ذلك يقرأ التوراة ويذكر الله تعالى ، فإذا أراد مقابلة أحد لم يطقه

(قلت) والرمز فى اللغة الإيماء بالشفقتين ، وقد يستعمل فى الإيماء بالحاجبين والعينين واليدين ، وأصله الحركة . وقيل طلب تلك الآية زيادة طمأنينة . المعنى تم النعمة بأن تجعل لى آية ، وتكون تلك الآية زيادة نعمة وكرامة ، فقيل له « آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام » أى تمتنع من الكلام ثلاث ليال . وقال النحاس ، قول قتادة إن زكريا عوقب بترك الكلام قول مرغوب عنه ، لأن الله لم يخبرنا أنه أذنب ولا أنه نهى عن هذا ، اهـ

ثم إن فى هذه الآية دليلاً على أن الإشارة تنزل منزلة الكلام ، وذلك موجود فى كثير من السنة . وأكد الاشارات ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم من أمر الجارية حين قال لها أين الله ؟ فأشارت برأسها إلى السماء ، فقال اعتقها فإنها مؤمنة فأجاز الاسلام بالإشارة الذى هو أصل البديانة الذى يمنع الدم والمال وتستحق

به الجنة وينجى به من النار، وحكم بإيمانها كما يحكم بنطق من يقول ذلك ، فوجب أن تكون الإشارة عاملة في سائر الديانة ، وهو قول عامة الفقهاء .

وروى ابن القاسم عن مالك أن الأخرس إذا أشار بالطلاق أنه يلزمه . وقال الشافعي في الرجل يمرض فيختل لسانه فهو كالأخرس في الرجعة والطلاق وقال أبو حنيفة ذلك جائز إذا كانت إشارته تعرف ، وإن شك فيها فهي باطل ، وليس ذلك بقياس وإنما هو استحسان .

وقال القرطبي والقياس في هذا كله أنه باطل لأنه لا يتكلم ولا يعقل إشارته قال أبو الحسن بن بطال ، وإنما حمل أبا حنيفة على قوله هذا أنه لم يعلم السنن التي جاءت بجواز الاشارات في أحكام مختلفة في الديانة ، ولعل البخاري حاول بترجمته « باب الاشارة في الطلاق والامور ، الرد عليه

وقال عطاء أراد بقوله ألا تكلم الناس ، صوم ثلاثه أيام ، وكانوا إذا صاموا لا يتكلمون إلا رمزا ، وهذا فيه بعد . أفاده القرطبي

(قلت) وعندى أن زكريا سأل الله أن يجعل له آية ، فقال آيتك أنى أجعلك لا تستطيع الكلام ثلاثة أيام إلا إشارة . وهذه أعظم آية يظهرها الله تعالى لزكريا في ذات نفسه .

أما قوله تعالى « فإما ترين » من البشر أحداً ، الأصل في ترين ترأين بوزن تمنين قبل التوكيد ودخول الجازم ، فحذفت الهمزة كما حذفت من ترى ، ونقلت فتحتما إلى الراء فصار ترين ثم قلبت الياء الاولى ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ، فاجتمع ساكنان الالف المنقلبة عن الياء وياء التأنيث لانتقاء الساكنين ، لأن النون المثقلة بمنزلة نونين ، الاولى ساكنة فصار ترين . وعلى هذا النحو قول دريد بن الصمة

إما ترى رأسى حاكى لونه طرة صبح تحت أذيال الذئبي

وقول الأقفه العبدى

إما ترى أزرى به مأس زمان ذى انتكاس منوس

قال ابن عباس وأنس ، اذا سألك أحد عن ولدك فقولى لى نذرت للرحمن

صوماً . أى صمتاً . وفى قراءة أبى بن كعب (إني نذرت للرحمن صوماً صوماً)
والذى تتابعت به الأخبار عن أهل الحديث أن الصوم هو الصمت ، لأن الصوم
إمساك عن الأكل ، والصمة إمساك عن الكلام

وقوله تعالى (فأشارت إليه) دليل على أن مرزبم التزمه . ما أمرت به من ترك
الكلام . ولم يرد فى هذه الآية أنها نطقتم به (إني نذرت للرحمن صوماً) وإنما
ورد بأنها أشارت ، فيقوى بهذا قول من قال إن أمرها به (بقول) إنما أريد
به الإشارة .

أما حديث (لا يحل لمسلم) الخ فقد أخرجه البخارى فى الأدب عن أبى أيوب
الأنصارى من طريق عبد الله بن يوسف ، وفى الاستئذان عن على عند مسلم ،
وفى الأدب عن أبى أيوب من طريق يحيى بن يحيى فى سنن أبى داود ، وعن
أبى أيوب عند الترمذى فى البر من طريق محمد بن يحيى . وفى الموطأ عن أبى أيوب
من طريق ابن شهاب .

أما الأحكام فقد اختلف علماء الشرع فيمن حاب ألا يكلم إنساناً فكذب إليه
كذاباً أو أرسل إليه رسولا ، فقال مالك إنه يحنت إلا أن ينوى مشافهته ؛ ثم
رجع فقال لا ينوى فى الكتاب ويحث إلا أن يرتجع الكتاب قبل وصوله . قال
ابن القاسم : إذا قرأ كتابه حنت . وكذلك لو قرأ الحالف كتاب المحلوف عليه .
وقال أشهب : لا يحنت إذا قرأه الحالف ، وهذا بين ، لأنه لم يكلمه ولا ابتداء
بكلام . إلا أن يريد ألا يعلم معنى كلامه فإنه يحنت ، وعليه يخرج قول ابن القاسم
هكذا قال المالكية . فإن حلف ليكلمته لم يبر إلا بمشافهته

وقال ابن الماجشون : وإن حلف لمن علم كذا ليعلمنه أو ليخبره فكذب إليه
أو أرسل إليه رسولا يبر ولو علماه جميعاً لم يبر حتى يعلمه ، لأن علمهما مختلف .
واتفق مالك والشافعى وأهل الكوفة أن الآخرس إذا كتب الطلاق بيده
لزمه . وقال الكوفيون إلا أن يكون رجل أصمت أياماً فكذب لم يحز
من ذلك شيء .

قال الطحاوى ، الآخرس مخالف للصمت العارض ، كما أن العجز عن الجماع

العارض لمرض ونحوه يوما أو نحوه مخالف العجز المايوس منه الجماع نحو الجنون
في باب خيار المرأة في الفرقة

واتفق أكثر أصحابنا على أنه اذا حلف ألا يكلمه فأرسل إليه رسولا أو كتب
إليه حث ، الا اذا أراد ألا يشافهه

وقد روى الأثرم وغيره عن أحمد في رجل حلف ألا يكلم رجلا فكتب إليه
كتابا . قال وأي شيء كان سبب ذلك انما ينظر الى سبب يمينه ولم حلف ؟ ان
الكتاب قد يجرى مجرى الكلام ، والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام في بعض
الحالات الا أن يكون قاصدا هجرانه وترك صلته والا لم يحدث بكتاب ولا رسول
لأن ذلك ليس بتكلم في الحقيقة ، وهذا يصح نفيه ، فيقال ما كلمته وانما كاتبته
أو راسلته ، ولذلك قال تعالى (تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من
كلم الله) وقال (يا موسى اني اصطفيتك على الناس برسالاتي وبكلامي) وقال
(وكلم الله موسى تكليما) ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل
ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه

وقد قال أحمد حين مات بشر الحافي ، لقد كان فيه أفس وما كلمته قط ، وكانت
بينهما مراسلة .

ومن قال لا يحدث بهذا الثوري وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعي في الجريد
واحتجوا جميعا بقوله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء
حجاب أو يرسل رسولا فيوحى) فاستثنى الرسول من التكلم ، والاصل أن يكون
المستثنى من جنس المستثنى منه ، ولأنه وضع لافهام الأدميين أشبه الخطاب ،
والصحيح أن هذا ليس بتكلم ، وهذا الاستثناء من غير الجنس كما قال في الآية
الآخري (آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا) والرمز ليس بتكلم ، لكن
ان نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضى هجرانه حث لذلك . ولذلك
قال أحمد وغيره ؛ ان الكتاب ينزل منزلة الكلام فلم يجعلوه كلاما ، انما قاوروا هو
بمنزله في بعض الحالات

(فرع) إذا كلم غير المحلوف عليه بقصد إسراع المحلوف عليه فإنه يحنث .
 وبهذا قال أحد . لأنه قد أراد تكليمه ، ويرد عليه ما روينا عن أبي بكر رضي
 الله عنه أنه كان قد حلف ألا يكلم أخاه زيادا فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكر
 إلى قصر زياد فدخل فأخذ بنياً لزياد صغيراً في حجره ثم قال : يا ابن أخي إن
 أباك يريد الحج وابعله يمر بالمدينة فيدخل على أم حبيبة زوج رسول الله صلى الله
 عليه وسلم بهذا النسب الذي ادعاه — وهو يعلم أنه ليس بصحيح — وأن هذا
 لا يحل له ، ثم قام فخرج

وهذا يدل على أنه لم يعتقد ذلك تكليماً . ووجه الأول أنه أسمع كلامه قاصداً
 لإساعه فأشبهه ما لو خاطبه كما قال الشاعر

اياك أعنى فاسمى يا جارة

فإن ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث ، وقد سئل أحد
 عن رجل حلف ألا يكلم فلاناً ، فناداه والمحلوف عليه لا يسمع قال : يحنث ،
 لأنه قد أراد تكليمه ، وهذا لكون ذلك يسمى تكليماً ، يقال كلمته فلم يسمع ،
 وإن كان ميتاً أو غائباً أو مغمى عليه أو أصم لا يعلم بتكليمه إياه لم يحنث

(١) زياد بن أبيه استلحقه معاوية بأبي سفيان بن حرب فدعى زياد بن
 أبي سفيان ، وقد كانت أمهما — هو وأخوه أبو بكر — سمية ، جارية مهداة
 من النعمان بن المنذر ملك الخيرة إلى الطبيب الربيع الحارث بن كلدة ، وكان
 أبو سفيان يستريح عندها لدى مروره بالطائف

ويقال انه صفح بها فأعقبت زيادا

وأبو سفيان هو أبو أم المؤمنين أم حبيبة ، وادعاه زياد النسب يجعله أخاً
 لأم حبيبة ، الأمر الذي تستنكره حتى لا يقوى على مواجهتها فيدخل بيتها
 بهذا النسب الزائف

وقال بعض أصحاب أحمد كالقاضي أبي بكر : إنه يحنث ببدء الميت ، لأن النبي (ص) كلمهم وناداهم وقال « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » .
ويرد على هذا قوله تعالى « وما أنت بسمع من في القبور » ، ولأنه قد بطلت حواسه وذهبت نفسه ؛ فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس في حقه ، وإنما كان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم أمراً اختص به فلا يقاس عليه غيره .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ونوى السلام على جميعهم حنث ، لأنه سلم عليه ، وإن استثناء بقلبه لم يحنث لأن اللفظ ، وإن كان عاماً إلا أنه يحتمل التخصيص لجواز تخصيصه بالنية ، وإن أطلق السلام من غير نية ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يحنث لأنه سلم عليهم ، فدخل كل واحد منهم فيه .

(والثاني) أنه لا يحنث لأن اليمين يحمل على المتعارف ، ولا يقال في العرف لمن سلم على الجماعة وفيهم فلان : إنه كلم فلانا وسلم على فلان ، وإن حلف لا يدخل على فلان في بيت فدخل على جماعة في بيت هو فيهم — ولم يستثنه بقلبه — حنث بدخوله عليهم ، وإن استثنى بقلبه عليهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يحنث كما لو حلف لا يسلم عليه فعلم عليهم واستثناء بقلبه (والثاني) أنه يحنث لأن الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالاستثناء ، والسلام قول جاز تخصيصه بالاستثناء ، ولهذا لو قال سلام عليكم إلا على فلان صح ، وإن قال دخلت عليكم إلا على فلان لم يصح .

(فصل) وإن حلف لا يصوم أو لا يصلي فدخل فيهما حنث ، لأنه بالدخول فيهما يسمى صائماً ومصلياً ، وإن حلف لا يبيع أو لا يتزوج أو لا يهب لم يحنث إلا بالإيجاب والقبول .

ومن أصحابنا من قال يحنث في الهبة بالإيجاب من غير قبول ، لأنه يقال

وهب له ولم يقبل ، والصحيح هو الأول ، لأن الهبة عقد تملك فلم يحث فيه من غير ايجاب وقبول كالبيع والنكاح ولا يحث الا بالصحيح ؛ فأما اذا باع بيعا فاسداً أو نكح نكاحاً فاسداً أو وهب هبة فاسدة لم يحث ، لان هذه العقود لا تطلق في العرف والشرع الا على الصحيح .

(الشرح) اذا حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه أو لا يسلم عليه فسلم على جماعة هو فيهم حث لان السلام كلام تبطل الصلاة به ، فإن قصد المحلوف عليه مع الجماعة حث لانه كلبه ، وان قصدهم دونه لم يحث ، وهو مذهب أحمد رضي الله عنه لان اللفظ العام يحتمل التخصيص ، فإن أطلق السلام من غير نية ففيه قولان (أحدهما) يحث ، وبه قال الحسن وأبو عبيد ومالك وأبو حنيفة وأحمد لانه مكلم لجميعهم ، لان مقتضى اللفظ العموم فيحمل على مقتضاه عند الاطلاق (والثاني) لا يحث ، لان العام يصلح للتخصص فلا يحث بالاحتمال ، ووجه القول الاول أن هذا الاحتمال مرجوح فيتعين العمل بالراجح ، كما احتمل اللفظ المجاز الذي ليس بمشتمر ، فإنه لا يمنع حمله على الحقيقة عند الاطلاق ، فإن لم يعلم أن المحلوف عليه فيهم ففيه وجهان (أحدهما) لا يحث ، لانه لم يردده فأشبهه ماو استثناه ، وهو احدي الروايتين عن أحمد (والثاني) يحث لانه قد أرادهم بسلامه ، وهو منهم وهذا بمنزلة الناسي .

(فرع) اذا صلى بالمحلوف عليه اماماً ثم سلم من الصلاة حث ، لانه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين ، وقال أحمد وأبو حنيفة لا يحث ، لانه قول مشروع في الصلاة فلم يحث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة في السلام وان أرتج عليه في الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحث لان ذلك كلام الله وليس بكلام الأدميين .

(مسألة) اذا حلف لا يتكلم فقرأ لم يحث ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة ان قرأ في الصلاة لم يحث ، وان قرأ خارجاً منها حث لانه يتكلم بكلام الله ، وان ذكر الله تعالى لم يحث ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنه يحث لأنه كلام ، قال تعالى « والزمهم كلمة التقوى » .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أفضل الكلام أربع : سبحان الله ، والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر » وقال « كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان في الميزان حبيبتان إلى الرحمن سبحان الله وبحمده وسبحان الله العظيم »

دللنا أن الكلام في العرف لا يطلق إلا على كلام الآدميين ، ولهذا لما قال النبي (ص) « إن الله يحدث من أمره ما يشاء ، وأنه قد أحدث أن لا تكلموا في الصلاة ، لم يتناول المختلف فيه .

وقال زيد بن أرقم : كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت « وقوموا لله قانتين » فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، وقال تعالى « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً ، واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشي والإبكار ، فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه ، ولأن ما لا يحث به في الصلاة لا يحث به خارجاً منها كالإشارة ، وما ذكره يبطل بالترأة والتسبيح في الصلاة ، وذكر الله المشروع فيها ، وان استأذن عليه إنسان فقال (ادخلوها بسلام آمنين) يقصد القرآن لم يحث وان قصد التعبير بالآية عن الاذن حث .

(فرع) اذا حلف لا يدخل على فلان فدخل على جماعة هو فيهم يقصد الدخول عليه معهم حث ، وان استثناه بقلبه ففيه وجهان .
(أحدهما) يحث لان الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد ، وقد وجد في حق الكل على السواء وهو فيهم لحدث به كما لو لم يقصد استثناءه ، وفارق السلام فإنه قول يصح تخصيصه بالقصد ، ولهذا يصح أن يقال : السلام عليكم الا فلانا ، ولا يصح أن يقال : دخلت عليكم الا فلانا ، ولان السلام قول يتناول ما يتناوله الضمير في عليكم ، والضمير عام يصح أن يراد به الخاص ، فصح أن يراد به من سواها ، والفعل لا يتأتى هذا فيه ، وان دخل بيتا لا يعلم أنه فيه فوجده فيه فهو كالدخول عليه ناسيا .

(والثاني) لا يحث كما حلف أن يسلم عليه فسلم على جماعة هو فيهم يقصد بقلبه السلام على غيره ، فإن قلنا : لا يحث بذلك فخرج حين علم بها لم يحث ، وكذلك ان حلف لا يدخل عليها فدخلت هي عليه فخرج في الحال

لم يحنث ، وإن أقام فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على من حلف لا يدخل داراً هو فيها فاستدام المقام بها فهل يحنث ؟ وجهين

(مسألة) كل عمل يتوقف حدوثه على شخص الحلاب حنث بفعله له كالصلاة والصوم ، أما إذا كان العمل لا يتحقق تنفيذه إلا بشخصين كطرفي التعاقد في البيع والشراء والزواج والهبة والعمرى والرقي ، فإنه لا يحنث إلا بالإيجاب والقبول ، فإن حلف لا يبيع فباع يبعأ فيه الخيار فنيه وجهان

(أحدهما) يحنث لأنه بيع شرعى صحيح فيحنث به كالبيع اللازم ، لأن بيع الخيار يثبت الملك به بعد الخيار بالاتفاق وهو سبب له . وهذا هو قول أحمد وأصحابه (والثاني) لا يحنث لأن الملك لا يثبت في مدة الخيار فأشبهه البيع الفاسد وهذا هو قول أبي حنيفة

فإن حلف لا يبيع أو لا يتزوج ، فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المزوج والمشتري لم يحنث ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ، ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن البيع والنكاح عقدان لا يمان إلا بالقبول ، فلم يقع الاسم على الإيجاب بدونه ، فلم يحنث به . وإن حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر ، فقال القاضى من الحنابلة وأبو حنيفة وأبو العباس بن سريج من أصحابنا « يحنث ، لأن الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مساهما الإيجاب ، والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الإيجاب فيهما كأوصية ، والمذهب عندنا وهو ما صححه المصنف أنه لا يحنث بمجرد الإيجاب لأنه عقد لا يتم إلا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الإيجاب كالنكاح والبيع

(فرع) إذا حلف لا يتزوج حنث بمجرد الإيجاب والقبول الصحيح ، لانعلم فيه خلافاً لأن ذلك يحصل به المسمى الشرعى فتناوته يمينه ، وإن حلف ليتزوجن بر بذلك ، سواء كانت له امرأة أو لم يكن ، وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أو أعلى منها . إذا ثبت هذا فإنه لا يحنث بالنكاح الفاسد ولا يحنث بالبيع الفاسد ، وقد روى عن أحمد في البيع الفاسد روايتان ، والماضى والمستقبل في ذلك سواء إلا عند محمد بن الحسن فإنه قال : إذا حلف ما صليت ولا تزوجت ولا بعت وكان قد فعله فاسداً حنث لأن الماضى لا يتصد منه إلا الاسم ، والاسم يتناول له

والمستقبل بخلافه فإنه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصدقة القرية . ودليلنا أن ما لا يتناول الاسم في المستقبل لا يتناول في الماضي كالأيجاب وغير المسمى ، وما ذكره لا يصح لأن الاسم لا يتناول إلا الشرعي

(فرع) الوصية قد يتبادر الى الخاطر أنها تنزل منزلة الهبة والبيع وما فيه لإيجاب وقبول فإننا قد علمنا قول المذهب في الهبة ولكن الوصية يقع عليها الاسم بدون القبول ، ولهذا لما قال الله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين » ، إنما أراد الإيجاب دون القبول ، ولأن الوصية صحيحة قبل موت الموصى ولا قبول لها حينئذ ، وإذا كان الشافعي رضى الله عنه يقول « إذا صح الحديث فهو مذهبي » فإنه — لا شك — أن مذهبه في الوصية هو ما ذهبنا إليه للفهوم من الآية بناء على أصله وإذا حلف لا يهب له فأهدى إليه أو أعمره حنث ، وإن أعطاه من الصدقة الواجبة أو نذر كفارة حنث .

ولاصحاب أحمد قولان (أحدهما) لا يحنث . وهو قول أصحاب الرأي لأنهما يختلفان اسماً فاختلفاً حكماً ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « هو عليهما صدقة ولنا هدية » وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له ، وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ؛ فع هذا الاختلاف لا يحنث في أحدهما بفعل الآخر . دليلنا أنه تبرع بعين في الحياة فنحث به كالهدية ، ولأن الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدينار قيل وهب ديناراً وتبرع بدينار . واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعاً من الهبة فيختص باسم دونها ، كاختصاص الهدية والعمرى بإسمين ولم يخرجها ذلك عن كونها هبة . وكذلك اختلاف الأحكام فإنه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس ، كما يثبت للأدمى من الأحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان فإن وصى له لم يحنث ، لأن الهبة تملك في الحياة ، والوصية إنما تملك بالقبول بعد الموت ، فإن أعاره لم يحنث لأن الهبة تملك الأعيان وليس في العارية تملك عين ولأن المستعير لا يملك المنفعة وإنما يستبجها ، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ، ولا يملك المستعير أجزائها ولا أعارتها .

(مسألة) إذا حلف لأصليت صلاة حذت بتكبيرة الاحرام وفي الصيام حنث

بطلوع الفجر إذا نوى الصيام ، ووافقنا أبو حنيفة في الصيام . وقال في الصلاة لا يحنث حتى يسجد سجدة .

وقال أحمد لا يحنث حتى يكمل الصلاة . وقال ابن قدامة يسمى مصلياً بدخوله في الصلاة ، ولأنه شرع فيما حلف عليه ، فوافقنا في الصلاة والصوم ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا صلى ركعة ، وفي الصوم يوماً كاملاً

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال والله لا تسريت ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحنث بوطء الجارية ، لأنه قد قيل إن التسرى مشتق من السراة ، وهو الظهر ، فيصير كأنه حلف لا يتخذها ظهراً ، والجارية لا يتخذها ظهراً إلا بارطء . وقد قيل إنه مشتق من السر وهو أوطء ، فصار كما لو حلف لا يطرؤها

(والثاني) أنه لا يحنث إلا بالتحمين عن العيون وأوطء ، لأنه مشتق من السر ، فكأنه حلف لا يتخذها أسرى الجوارى . وهذا لا يحصل إلا بالتحصين والوطء (والثالث) أنه لا يحنث إلا بالتحصين والوطء والإنزال ، لأن التسرى في العرف اتخاذ الجارية لابتناء الولد ، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه

(فصل) وإن حلف أنه لا مال له وله دين من حال حنث ، لأن الدين الحال مال ، بدليل أنه تجب فيه الزكاة ويملك أخذه إذا شاء ، فهو كالعين في بد المودع ، وإن كان له دين مؤجل ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه لا يستحق قبضه في الحال (والثاني) أنه يحنث لأنه يملك الحوالة به والبراء عنه ، وإن كان له مال منصوب حنث لأنه على ملكه وتصرفه ، وإن كان له مال ضال ففيه وجهان (أحدهما) يحنث ، لأن الأصل بقاؤه (والثاني) لا يحنث ، لأنه لا يعلم بقاءه فلا يحنث بالشك .

(فصل) وإن حلف أنه لا يملك عبداً وله مكاتب فالمنصوص أنه لا يحنث . وقال في الأم : ولو ذهب ذاهب إلى أنه عبد ما بقي عليه درهم ، فإنما يعني أنه عبد في حال دون حال ، لأنه لو كان عبداً له لكان مسلطاً على بيعه وأخذ كسبه ، فمن أصحابنا من جعل ذلك قولاً آخر .

وقال أبو علي الطبري رحمه الله : إنه لا يحنت قولاً واحداً ، وإنما ألزم الشافعي رحمه الله نفسه شيئاً وانفصل عنه فلا يجعل ذلك قولاً له .

(فصل) وان حلف لا يرفع منكر إلى فلان القاضي أو إلى هذا القاضي

ولم ينو أنه لا يرفعه إليه وهو قاض فرفعه إليه بعد العزل ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يحنت لأنه شرط أن يكون قاضياً فلم يحنت بعد العزل ، كما لو حلف لا يأكل هذه الخنطة فأكلها بعد ما صارت دقيقاً

(والثاني) أنه يحنت لأنه علق اليمين على عينه فكان ذكر القضاء تعريفاً لا شرطاً ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد هذه فدخلها بعد ما باعها زيد . وإن حلف لا يرفع منكر إلى قاض حنت بالرفع إلى كل قاض لعموم اللفظ ، وإن حلف لا يرفع منكر إلى القاضي لم يحنت إلا بالرفع إلى قاضي البلد ، لأن التعريف بالألف واللام يرجع إليه ، فإن كان في البلد قاض عند اليمين فعزل وولى غيره فرفع إليه حنت .

(الشرح) قال في اللسان : السَّرِيَّةُ الجارية المتخذة للملك والجماع فمليئة منه على تغيير النسب . وقيل هي فعولة من السَّرْوِ وقلبت الواو الأخيرة ياء طلب الخفة ، ثم أدغمت الواو فيها فصارت ياء مثلها ، ثم حوالت الضمة كسرة لمجاورة الياء ، وقد تسررت وتسريت على تحويل التضعيف . وقال أبو الهيثم : السر الزنا والسر الجماع .

واختلأ أهل اللغة في الجارية التي يتسراها مالكتها لم سميت سَرِيَّةً ، فقال بعضهم نسبت إلى السر وهو الجماع ، وضمت السين للفرق بين الحرة والامة توطأ فيقال للحرة إذا نكحت سرا أو كانت فاجرة سَرِيَّةً ، وللبلوكة يتسراها صاحبها سَرِيَّةً مخافة اللبس .

وقال أبو الهيثم : السر السرور فسميت الجارية سَرِيَّةً لأنها موضع سرور الرجل . قال وهذا أ- من ما قيل فيها . وقال الليث : السَّرِيَّةُ فعلية من قولك تسررت . ومن قال تسريت فإنه غلط .

قال الأزهرى : هو الصواب ، والأصل تسررت ، ولكن لما تواترت ثلاث
راءات أبدلوا إحداهن ياء ، كما قالوا تظنيت من الظن ، وقصّيت أظفارى
والأصل قصصت ، وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تغيرت في النسبة خاصة ، كما
قالوا في النسبة إلى الدهر دُهرى وإلى الأرض السهلة سهلى ، والجمع السرارى
وفي حديث عائشة وذكر لها المتعة فقالت « والله ما نجد في كتاب الله إلا النكاح
والاستمرار ، تريد اتخاذ السرارى ، وكان القياس الاستمرار من تسريت إذا
لتخذت سرية ، لكنها ردت الحرف إلى الأصل ، وهو تسررت من السر النكاح
وهو السرور ، فأبدلت إحدى الراءات ياء .

وفي حديث سلامة : فاستسرتنى أى اتخذت سرية ، والقياس أن تقول :
تسررتنى أو تسرانى . فأما استسرتنى فمعناه ألقى إلى سره . وأما قول المصنف من
الظهر فعلى وجهه ولم أره فى اللسان

أما الأحكام فإنه إذا حلف لا تسريت ففيه ثلاثة أوجه
(أحدها) حث بوطء الجارية ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد
(والثانى) لا يحنث إلا بتحسينها وحجبها عن الناس ، لأن التسرى مأخوذ
من السر . وبه قال أبو حنيفة .

والوجه الثالث لا يحنث إلا بالتحسين والوطء والإنزال .
وقال القاضى من أصحاب أحمد : لا يحنث حتى يوطأ فينزل فخلا كان أو خصياً
ووجه الأول أنه مأخوذ من السر - ويؤخذ على المصنف التعبير عن هذا الوجه
بقيل ، مع أنه أحرى من الظهر . قال تعالى « ولكن لا تواعدهن سرأ ،
وقال الشاعر :

فلن تطلبوا سرها للغنى ولن تسلبوها لازدهادها

وقال آخر :

ألا زعمت بسياسة اليوم اتنى كبرت وألا يحسن السر أمثالى
(مسألة) إذا حلف ألا مال له وله دين حال حنث لوجوب الزكاة فيه ،

وهو قول الحنابلة ومالك . وقال أبو ثور وأصحاب الرأي لا يحنت ، كما لو قضاه دينه لجاءت النقود زيوفاً

وجملة ذلك أنه إذا حلب لا يملك ما لا حنت بملك كل ما يسمى مالا ، سواء كان من الأثمان أو غيرها من العقار والأثاث والحيوان . وعن أحمد أنه إذا نذر الصدقة بجميع ماله إنما يتناول نذره الصامت من ماله ، ذكرها ابن أبي موسى ؛ لأن إطلاق المال ينصرف إليه . وقال أبو حنيفة : لا يحنت إلا أن ملك مالا زكويًا استحساناً ، لأن الله تعالى قال « وفي أموالهم حق للسائل والمحروم » فلم يتناول إلا الزكوية

ولنا أن غير الزكوية أموال ، قال الله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » وهي مما يجوز ابتغاء النكاح بها . وقال أبو طلحة للنبي صلى الله عليه وسلم : ان أحب أموالى إلى يبرحاء . يعنى حديقة . وقال عمر ؛ أصبت مالا بأرض خبير لم أعصب مالا قط أنفس عندي منه . وقال أبو قتادة اشتريت مخرفاً فكان أول مال تأثنته . وفي الحديث « خير المال سكة مأبورة أو مهرة مأمورة » ويقال « خير المال عين فرارة فى أرض خوارة » ، ولأنه يسمى مالا فحنت به كالزكوى .

وأما قوله « وفي أموالهم حق » فالحق ههنا غير الزكاة ؛ لأن هذه الآية مكية نزات قبل فرض الزكاة فإن الزكاة إنما فرضت بالمدينة ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها ، فإن الحق إذا كان فى بعض المال فهو فى المال ، كما أن من هو فى بيت من دار أو فى بلدة فهو فى الدار والبلدة . قال تعالى « وفى السماء رزقكم وماتوعسون » ولا يلزم أن يكون فى كل أقطارها . ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه ؛ فإن ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه . فإن حلت لا مال له وله دين حنت . وقال أبو حنيفة لا يحنت لأنه لا ينتفع به

دليلاً أنه يعتقد عليه حول الزكاة ويصح إخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالابراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو فى ذمته والتوكيل فى استيفائه فيحنت به كالمودع

(فرع) ان كان له مال منضوب حنت لأنه باق على ملكه ، فإن كان له مال ضائع أو ضال ففيه جهان (أحدهما) حنت ، لأن الأصل بقاؤه على ملكه

(والثاني) لا يحنث لأنه لا يعلم بقاؤه . وإن ضاع على وجه قد يتس من عوده كالذي يسقط في بحر لم يحنث ، لأن وجوده كعدمه ، ويحتمل ألا يحنث في كل مال لا يقدر على أخذه كالمجروح والمنصوب والذي على غير ملي . لأنه لا تنع فيه وحكمه حكم المعدم في جواز الأخذ من الزكاة ، وانتفاء وجوب أدائها . وقد مضى في الزكاة للإمام النووي مزيد بحث وتفصيل

(فرغ) إذا تزوج لم يحنث لأن ما يملكه ليس مالا ، وإن وجب له حق شفعة لم يحنث لأنه لم يثبت له الملك به ، وإن استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لأنه لا يسمى مالاً كاملاً ، وما بقي من الفصول فعلى وجهه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حلف لا يكلم فلاناً حيناً أو دهرأ أو حقباً أو زماناً بر بأدنى زمان ، لأنه اسم للوقت ، ويقع على القليل والكثير ، وإن حلف لا يكلمه مدة قريبة أو مدة بعيدة بر بأدنى مدة ، لأنه ما من مدة إلا وهي قريبة بالإضافة إلى ما هو أبعد منها ، بعيدة بالإضافة إلى ما هو أقرب منها

(فصل) وإن حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه وهو ساكت لم يحنث ، لأنه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه ، وإن حلف لا يتزوج أو لا يظن فأمر غيره حتى تزوج له أو ظن عنده لم يحنث ، لأنه حلف على فعله نفسه ولم يفعل .

وإن حلف لا يبيع أو لا يضرب فأمر غيره ففعل — فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه — لم يحنث لما ذكرناه ، وإن كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالخصوص أنه لا يحنث .

وقال الربيع : فيه قول آخر أنه يحنث ، ووجهه أن العرف في حقه أن يفعل ذلك عنه بأمره ، واليمين يحمل على العرف ، ولهذا لو حلف لا يأكل الروس حمت على روس الأنعام ، والصحيح هو الأول ، لأن اليمين على فعله والحقيقة لا تنتقل بإداة الخائف ، ولهذا لو حلف السلطان أنه لا يأكل الخبز أو لا يلبس الثوب فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث . وإن لم يكن ذلك من عادته

وإن حلف لا يحاق رأسه فأمر من حلقه ففيه طريقان (أحدهما) أنه على التولين كالبيع والضرب في حق من يتولاه بنفسه (والثاني) أنه يحنث قولاً واحداً ، لأن العرف في الحلق في حق كل أحد أن يفعله غيره بأمره ثم يضاف الفعل إلى المخلوق .

(فصل) وإن حلف لا يدخل دارين فدخل أحدهما ، أو لا يأكل رغيفين فأكل أحدهما ، أو لا يأكل رغيفاً فأكله إلا لقمة ، أو لا يأكل رمانة فأكلها إلا حبة ، أو لا يشرب ماء حب فشربه إلا جرعة ؛ لم يحنث لأنه لم يفعل المخلوف عليه . وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر أو ماء هذه البئر ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس أنه يحنث بشرب بعضه ، لأنه يستحيل شرب جميعه فأنقضت اليمين على ما لا يستحيل وهو شرب البعض (والثاني) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يحنث بشرب بعضه لأنه حلف على شرب جميعه فلم يحنث بشرب بعضه ، كما لو حلف على شرب ماء في الحب

(فصل) وإن حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو لم يحنث لأنه ليس فيه شيء يمكن أن يشار إليه إن اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث ، وإن اشترى كل واحد منهما طعاماً ثم خلطاه فأكل منه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يحنث لأنه ليس فيه شيء يمكن أن يقال هذا الطعام اشتراه زيد دون عمرو ، فلم يحنث ، كما لو اشترياه في صفقة واحدة (والثاني) أنه إن أكل النصف فما دونه لم يحنث ، وإن أكل أكثر من النصف حنث ، لأن النصف فما دونه يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو فلم يحنث بالشك ، وفيما زاد يتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد

(والثالث) وهو قول أبي اسحاق أنه إن أكل الحبة والعشرين حبة لم يحنث لجواز أن يكون مما اشتراه عمرو ، وإن أكل الكف والكفين حنث ، لأنه يستحيل فيما يختلط أن يتميز في الكف والكفين ما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو (فصل) وإن حلف لا يدخل دار زيد فحمله غيره باختياره فدخل به حنث لأن الدخول ينسب إليه كما ينسب إذا دخلها راكباً على البهيمة أو دخلها برجله

فإن دخلها ناسياً لليمين أو جاهلاً بالدار ، أو أَسْرَهُ حتى دخلها ففيه قولان
(أحدهما) يحنث لأنه فعل ما حنث عليه فحنث

(والثاني) لا يحنث وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ،
ولأن حال النسيان والجهل ، والإكراه لا يدخل في اليمين كما لا يدخل في الأمر
والنهي في خطاب الله عز وجل وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذا لم
يدخل في اليمين لم يحنث به ، وإن حمله غيره مكرهاً حتى دخل به ففيه طريقتان ،
من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما لو أكره حتى دخلها بنفسه ، لأنه لما كان في
حال الاختيار دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحداً ، وجب أن يكون في حال
الإكراه دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحداً

ومنهم من قال لا يحنث قولاً واحداً ، لأن الفعل إنما ينسب إليه ، إما بفعله
حقيقة أو بفعل غيره بأمره مجازاً ، وههنا لم يوجد واحد منهما فلم يحنث

(الشرح) الحين الوقت ، والدهر الأمد الممدود ، وقيل الدهر ألت سنة ،
قال ابن سيده : وقد حكى فيه الدهر بفتح الهاء ، فأما أن يكون الدهر والدهر
لغتين كما ذهب إليه البصريون في هذا النحو فيقتصر على ما سمع منه ، وإما أن
يكون ذلك لمكان حروف الحلق فيطرده في كل شيء ، كما ذهب إليه السكوفيون .
قال أبو النجم :

وَجِبِلَا طَالُ مَعْدَا فَاشْمَخِرَ أَشْمُ لَا يَسْطِيعُهُ النَّاسُ الدَّهْرَ

قال ابن سيده : وجمع الدهر دهر ودهور . وكذلك جمع الدهر ، لأننا لم
نسمع أدهارا ، ولا سمعنا فيه جمعاً إلا ما قدمنا من جمع دهر دهر . فأما قوله
صلى الله عليه وسلم « لا تسبوا الدهر فإن الله هو الدهر » فمعناه أن ما أصابك
من الدهر فاته فاعله ليس الدهر ، فإذا شتمت به الدهر فكأنك أردت به الله . قال
الجوهري : لأنهم كانوا يضيفون النوازل إلى الدهر ، فقيل لهم « لا تسبوا فاعل
ذلك بكم فإن ذلك هو الله تعالى ، وفي رواية « فإن الدهر هو الله تعالى »

قال الأزهرى ، قال أبو عبيد . قوله « فإن الله هو الدهر ، مما لا ينبغي لأحد من أهل الاسلام أن يجهل وجهه ، وذلك أن المعطلة يحتجون به على المسلمين ، قال ورأيت بعض من يتهم بالزندقة أو الدهرية يحتج بهذا الحديث ويقول ، ألا تراه يقول فإن الله هو الدهر ؟ قال فقلت وهل كان أحد يسب الله في آباء الدهر وقد قال الاعشى في الجاهلية

استأبر الله بالوفاء وبال حمد وول الملامة الرجال

وقال الأزهرى ، قال الشافعى الحين يقع على مدة الدنيا ؛ ويوم قال ونحن لا نفعل للحين غاية ، وكذلك زمان ودهر وأحقاب . ذكر هذا فى كتاب الايمان حكاه المزي فى مختصره عنه . وقال شمر الزمان والدهر واحد وأنشد

إن دهرا يلف حبلى بجمل لزمان يهم بالاحسان

فهاض شمرأ خالد بن يزيد وخطاه فى قوله « الزمان والدهر واحد ، وقال الزمان زمان الرطب والفاكهة وزمان الحر وزمان البرد ، ويكون الزمان شهرين إلى ستة أشهر والدهر لا ينقطع .

قال الأزهرى الدهر يقع عند العرب على بعض الدهر الاطول ، ويقع على مدة الدنيا كلها . قال وقد سمعت غير واحد من العرب يقول أقمنا على ماء كذا وكذا دهرا ، دارنا التى حللنا بها تحملنا دهرا ، وإذا كان هذا هكذا جاز أن يقال الزمان والدهر واحد فى معنى دون معنى ، قال والسنة عند العرب أزمنة ، ربيع وقيظ وخريف وشتاء ، ولا يجوز أن يقال الدهر أربعة أزمنة ، فهما يفترقان

ودوى الأزهرى بسنده عن أبى بكر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والارض السنة إثنا عشر شهرا أربعة منها حرم ، ثلاثة منها متواليات ذو القعدة وذو الحجة والحرم ورجب مفرد ، قال الأزهرى أراد بالزمان الدهر .

وقوله « ماء حب ، الحب الحنابية فارسى محرب وهو السرداب

أما الاحكام فإنه إذا جلت ألا يكلمه حيناً فإنه يبر بأدنى زمن ، لأنه لا قدر له ، ولأنه اسم مبهم يقع على القليل والكثير . قال تعالى « ولتعلمن نبأه بعد حين ،

قبل أراد يوم القيامة . وقال (هل أتى على الإنسان حين من الدهر ؟) وقال
تعالى (فذرهم في غمرتهم حتى حين) وقال (حين تمسون وحين تصبحون) ويقال
منذ حين وإن كان أتاه من ساعة . وبهذا قال أبو ثور
وقال أحمد : إذا حلت لا يكلمه حيناً - فإن قيد ذلك بلفظه أو بنية بزمن -
تقيد به . وإن أطلقه انصرف إلى ستة أشهر . روى ذلك عن ابن عباس ، وهو
قول أصحاب الرأي .

وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك د هو سنة ، لقوله تعالى (تتوكل على الله كل
حين ياخذ زرعها) أى كل عام

وقال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد بن قولة تعالى د تتوكل على الله كل حين ،
إنه ستة أشهر ، فيحمل مطلق كلام الأدمى على مطلق كلام الله تعالى . فإن حلف
لا يكلمه حقياً ، فإنه ينصرف إلى أدنى زمان كالحين ، وبه قال القاضي من أصحاب
أحمد . وقال أكثر أصحابه وفيهم ابن قدامة : إن حلف لا يكلمه حقياً فذلك ثمانون
عاماً ، لما روى عن ابن عباس أنه قال في تفسير قوله تعالى د لا تبين فيها أحقاباً ،
الحقب ثمانون سنة .

وفي قوله تعالى عن موسى د أو أمضى حقياً ، ما يجعل كونه ثمانين سنة بعيداً
لأن موسى لم يعيش بعد هذا مثل هذا القدر ، فضلاً عن مضاعفته أضعافاً
كثيرة د حقياً ،

إذا ثبت هذا فإنه إذا حلف لا يكلمه زمناً أو وقتاً أو دهرأ أو عمراً أو ملياً
أو طويلاً أو بعيداً أو قريباً بر القليل والكثير . وبه قال أبو الخطاب من الخنابلة
لأن هذه الأسماء لا حد لها في اللغة ، وتقع على القليل والكثير ، فوجب حمله
على أقل ما يتناوله اسمه ، وقد يكون القريب بعيداً بالنسبة لما هو أقرب منه .
وقريباً بالنسبة لما هو أبعد منه ، ولا يجوز التحديد بالتحكم ، وإنما يصار إليه
بالتوقيف ولا توقيف ههنا ، فيجب حمله على اليقين وهو أقل ما يتناوله الاسم .
وقال ابن أبي موسى : الزمان ثلاثة أشهر . وقال طلحة العاقولي : الحين والزمان
والعمر واحد ، لأنهم لا يفرقون في العادة بينهما ، والناس يقصدون بذلك التباعد
فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الخائف

وقال في بعيد وملى وطويل : هو أكثر من شهر ، وهذا قول أبي حنيفة ؛ لأن ذلك ضد القليل قال : ولا يجوز حمله على ضده ، ولو حمل العمر على أربعين سنة كان حسناً لقوله تعالى مخبراً عن نبيه « فقد لبثت فيكم عمراً من قبله ، وكان أربعين سنة » ولأن العمر في الغالب لا يكون إلا مدة طويلة فلا يحتمل على خلاف ذلك

(فرع) إذا حلف لا يكلمه الدهر أو الأبد أو الزمان كذلك على الأبد ، لأن ذلك بالالف واللام وهي الاستغراق فتقتضى الدهر كله .

(مسألة) إذا حلف لا يستخدم فلاناً بخدمة وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه لم يحث ، لأنه حلف على فعل نفسه ، ولا يحث على فعل غيره كسائر الأفعال ، وقال أبو حنيفة : إذا كان خادمه حث ، وإن كان خادم غيره لم يحث ، وبه قال القاضى من أصحاب أحمد ، لأن خادمه يخدمه بحكم استحقاقه ذلك عليه ، فيكون معنى يمينه : لا تمنعك خدمتى ، فإذا لم ينهه لم يمنعه فيحث وخادم غيره بخلافه ، وقال أبو الخطاب : يحث في الحالين لأن إقراره على الخدمة استخدام ، ولهذا يقال فلان يستخدم عبده إذا خدمه وإن لم يأمره ، ولأن ما حث به في خادمه حث به في غيره كسائر الأشياء .

(مسألة) مضى كلامنا فيمن حلف على شئتين أو أكثر ففعل بعض ذلك هل يحث ؟ وشرحنا الخلاف في ذلك كمن حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو لا يحث ، وقال أحمد وأبو حنيفة ومالك يحث ، فإن حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها حث ، وبه قال أحمد ، وإن حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس من غزلها وغزل غيرها فإنه لا يحث ، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد ، لأنه لم يلبس ثوباً كاملاً من غزلها ، أما في الطعام فعلى وجهين مضياً في الفصول آتياً .

(مسألة) إذا حلف لا يدخل داراً فدخلها باختياره حث ، فإن لم يكن باختياره ولم يمكنه الامتناع لم يحث ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن الفعل غير حاصل منه ولا منسوب إليه ، وإن حمل بأمره فأدخلها حث ، لأنه دخلها مختاراً

فأشبهه ما أو دخلها ركباً وان حمل بغير أمره ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع
حدث أيضاً لأنه دخلها بغير مكره فأشبهه ما لو حمل بأمره ، فإن أكره بالضرب
ونحوه على دخولها فدخلها لم يحدث في أحد القولين عندنا ، وهو أحد الوجهين
عند أصحاب أحد .

(والقول الثاني) يحدث وهو الوجه الثاني عند الحنابلة ، وهو قول أصحاب
الرأى ونحوه قول النخعي لأنه فعل ما حلف على تركه ودخلها . ووجه الأول
قول النبي صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا
عليه ، ولأنه دخلها مكرها فأشبهه ما لو حمل مكرها .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا حلف أن لا يشتري شيئاً أو لا يضرب فلاناً فوكل
في الشراء والضرب ، ففي قول أنه يحدث . والصحيح أنه لا يحدث إلا إذا نوى
بيمينه أن لا يشتري أو يكون ممن لم تجر عاداته بمباشرته ، لأن اطلاق إضافة
الفعل يقتضى مباشرته بدليل أنه لو وكله في البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره ،
وان حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله — فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه
لم يحدث . وان كان ممن لا يتولاه كالسلطان ، ففيه قولان .

وقال أحمد ومالك وأبو ثور ان حلف لا يفعل شيئاً فوكل من فعله حدث إلا
أن ينوى مباشرته بنفسه .

(فرع) ان حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه فليل لنا فيه قولان ، وقيل
يحدث قولاً واحداً . وقال أصحاب الرأى ان حلف لا يبيع فوكل غيره لم يحدث .
وان حلف لا يضرب ولا يتزوج فوكل غيره حدث .

وقال أحمد : ان الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحدث به كما لو كان
ممن لا يتولاه بنفسه وكما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ، أو لا يضرب
فأمر من ضرب عند أبي حنيفة ، وقد قال تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ
الهدى محلّه ، وقال محققين رؤوسكم ومقصرين ، وكان هذا متناولاً للاستنابة فيه
ولان المحلوف عليه وجد من نائبه فحدث به كما لو حلف لا يدخل داراً فأمر من حمله
اليها فإذا نوى يمينه المباشرة للمحلف عليه أو كان سبب يمينه يقتضيها أو قرينة
حاله تخصص بها لان اطلاقه يقيد بنيته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لياكلن هذا الرغيف غداً فأكله من الغدير في يمينه ،
لأنه فعل ماحلف على فعله ، وان ترك أكله في الغد حتى انقضى حنث لأنه فوت
المحلف عليه باختياره ، وان أكل نصفه في الغد حنث لأنه قدر على أكل الجميع
ولم يفعل ، وان أكله في يومه حنث لأنه فوت المحلف عليه باختياره فحنث كما لو
ترك أكله حتى انقضى الغد ، وان تلف الرغيف في يومه أو في الغد قبل أن يتمكن
من أكله ففيه قولان كالمكره ، وان تلف من العند بعد ما تمكن من أكله ففيه
طريقان ، من أصحابنا من قال يحنث قولاً واحداً ، لأنه فوته باختياره .

ومنهم من قال فيه قولان لان جميع الغد وقت للأكل فلم يكن تفويته بفعله
فإن حلف ليقضينه حقه عند رأس الشهر مع رأس الشهر فقضا. قبل رؤية الهلال حنث لأنه
فوت القضاء باختياره ، وان رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم
يقضه حنث ، لأنه فوت القضاء باختياره ، وان أخذ عند رؤية الهلال في كيله
وتأخر الفراغ منه لكثرت له لم يحنث ، لأنه لم يترك القضاء ، وان أخر عن أول
ليلة الشك ثم بان أنه كان من الشهر ففيه قولان كالناسي والجاهل .

وان قال : والله لا أقضين حقه الى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر
حنث ، لأنه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر ،

وان قال والله لا أقضين حقه الى أول الشهر ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم
من قال حكمها حكم ما لو قال والله لا أقضين حقه الى رمضان ، لأن لفظ « الى »
للحد والغاية ، وان أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث .

وقال أبو اسحاق حكمها حكم ما لو قال والله لا أقضين حقه عند رأس الشهر
وهو ظاهر النص ، وان قضاه قبل رؤية الهلال حنث ، وان رأى الهلال ومضى
وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث ، لان « الى » قد تكون للغاية كقوله
عز وجل « ثم أتوا الصيام الى الليل ، وقد تكون بمعنى « مع » كقوله تعالى « من
أنصاري الى الله » والمراد به مع الله ؛ وكقوله عز وجل « وأيديكم الى المرافق »

والمراد به مع المرافق ، فلما احتمل أن تكون للغاية ، واحتمل أن تكون للمقارنة لم يجز أن نحتمه بالشك ، ويخالف قوله : واقه لأقضى حقه إلى رمضان ، لانه لا يحتمل أن تكون للمقارنة ، لانه لا يمكن أن يقارن القضاء في جميع شهر رمضان فجعلناه للغاية .

(الشرح) قوله وإن أكله في يومه حنث ، وهذا صحيح كمن حلف أن يقضيه حقه في وقت فقضاه قبله فإنه يحنث ، لانه ترك ما حلف عليه مختاراً لحنث كالمو قضاه بعده ، وقال أحمد وأبو حنيفة ومحمد وأبو ثور فيمن قضاه قبله لا يحنث ، لان مقتضى هذا اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد ، فإذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاد خيراً .

ولنا أنه لا يبر الا اذا قضاه من الغد فلا يبر بقضائه قبله كما لو حلف ليصوم شعبان فصام رجياً ، وفرق ابن قدامة بين قضاء الحق وغيره كأكل شيء أو شربه أو بيع شيء أو شرائه أو ضرب خادم ونحوه فتى عين وقته ولم ينو ما يقتضى تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر الا بفعله في وقته .

(فرع) اذا فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه في وقته لم يبر ؛ لان اليمين في الإثبات لا يبر فيها الا بفعل جميع المحلوف عليه فترك بعضه في وقته كترك جميعه الا أن يصرح ألا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضى ذلك سببها .

(فرع) اذا حلف ليقضيه دينه عند رأس الهلال أو مع رأسه أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر في يمينه ، وان آخر ذلك مع امكانه حنث ، وان شرع في عده أو كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثيره لم يحنث ، لانه لم يترك القضاء ، وكذلك اذا حلف لياكلن هذا الطعام في هذا الوقت فشرع في أكله فيه فتأخر الفراع لكثيره لم يحنث ، لأن أكله كله غير ممكن في هذا الوقت اليسير ، فكانت يمينه على الشروع فيه في ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ، ومذهب أحمد بن حنبل في هذا كله كذهبننا .

وقوله د الى الليل ، الى غاية فإذا كان ما بعدها من جنس ما قبلها فهو داخل

في حكمه ، كقولك اشتريت المجموع من الأول إلى الثامن عشر ، والمبيع أجزاء
المجموع ، فإن الثامن عشر داخل فيها ، بخلاف قولك اشتريت الفدان إلى الدار ،
فالدار لا تدخل في المبيع المحدود ، إذ ليست من جنسه ، فشرط الله تعالى تمام
الصوم حتى يتبين الليل كما جوز الأكل حتى يتبين النهار
وقوله « إلى المرافق » فقد اختلف الناس في دخول المرافق في التحديد ، فقال
قوم تدخل لأنها من نوع ما قبلها ، قاله سيبويه وغيره . وقيل لا يدخل المرفقان
في الغسل . وهذا خطأ .

وقال بعضهم إن إلى بمعنى مع ، كقولهم « الذرد إلى الذود إبل » ، أي مع الذود
وقال تعالى « ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم » فقالت طائفة من المتأخرين إن
إلى هنا بمعنى مع ، كقوله تعالى « من أنصاري إلى الله » وأشد العتبي :
يسدّون أبواب القباب بضمير إلى عن مستوثقات الأواصر
وقال الحذاق : إلى على بابها وهي تتضمن الإضافة ، أي لا تضيفوا أموالهم
وتضموها إلى أموالكم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن كان له على رجل حق فقال له : والله لا فارقتك حتى أستوفي
حقي ، ففر منه الغريم لم يحنث الخائف ، وقال أبو علي بن أبي هريرة ففنيه قولان
كالقولين في المكروه ، وهذا خطأ ، لأنه لم يلف على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه
ولو قال والله لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك ففارقه الغريم مختاراً ذا كرا لليمين
حنث الخائف ، وإن فارقه مكرهاً أو ناسياً ففنيه طريقان ، من أصحابنا من قال
هي على القولين في المكروه والناسي . ومنهم من قال يحنث الخائف قولاً واحداً
لأن الاختيار والقصد يعتبر في فعل الخائف لا في فعل غيره ، والصحيح هو
الأول ، وأنه يعتبر في فعل من حلف على فعله ، وإن كانت اليمين على فعل الخائف
اعتبر الاختيار والقصد في فعله ، وإن كانت على فعل غيره اعتبر الاختيار
والقصد في فعله . وإن فارقه الخائف لم يحنث ، لأن اليمين على فعل الغريم ولم
يوجد منه فعل .

وإن حلف لا يفارقه غيره حتى يستوفى حقه منه ثم أفلس وفارقه لما يعلم من وجوب إنظار المعسر حنث ، لأنه فعل المحلوف عليه مخاراً ذا كراً للدين حنث ، وإن وجب الفعل بالشرع ، كما لو حلف لا رددت عليك المنصوب فرده حنث ، وإن وجب الرد بالشرع ، فإن ألزمه الحاكم مزارقته فعلى قولين

(فصل) وإن حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه منه فأحاله على غيره أو أبرأه من الدين أو دفع إليه عوضاً عن حقه ، حنث في اليمين ، لأنه لم يستوف حقه . وإن كان حقه دنائير فدفع إليه شيئاً على أنه دنائير فخرج نحاساً فعلى القولين في الجاهل . وإن قال من عليه الحق والله لا فارقتك حتى أدفع إليك مالك وكان الحق عيناً فوهبها منه فقبله حنث ، لأنه فوت الدفع بقبوله ، وإن كان ديناً فأبرأه منه وقلنا إنه لا يحتاج الإبراء إلى القبول على الصحيح من المذهب ، فعلى الطرفين فيمن حلف لا يدخل الدار فحمل إليها مكرها .

(الشرح) إذا قال والله لا فارقتك حتى أستوفى حقي منك فهرب منه لم يحنث وبه قال أحمد .

وقد ذهب الفقهاء في هذه الصورة إلى عشر مسائل :

١ - أن يفارقه الحالف مختاراً فيحنث بلا خلاف ، سواء أبرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه .

٢ - فارقه مكرها فيظر - فإن حمل مكرها حتى فرق بينهما لم يحنث ، وإن أكره بالضرب والتهديد ففيه طريقتان ، فمن أصحابنا من قال هي على القولين فيمن حلف لا يدخل الدار ، فلم يحمل وإنما ضرب حتى دخل على قدميه ، وفصل بعض الحنابلة كأبي بكر فقال : يحنث بالضرب والتهديد ، وفي الناسي تفصيل

٣ - هرب منه العزيم بعزير اختياره فإنه لا يحنث ، وبهذا قال أحمد في إحدى الروايتين عنه ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال أحمد في الرواية الثانية يحنث لأن معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت

دليلنا أنه حلف على فعل نفسه في الفرقة ، وما فعل ولا فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لا قت فقام غيره

٤ — أذن له الخالف في الفرقة فقارقه لا يحث . وقال الخرقى يحث .
وذلك كفهوم ابن قدامة ، وفهم القاضى من كلامه أنه لا يحث لأنه لم يفعل الفرقة
التي حلف أنه لا يفعلها

٥ — فارقه من غير اذن ولا درب على وجه يمكنه ملازمته والمشى معه فلم
يفعل فالحكم كالذى قبله .

٦ — قضاء قدر حقه فقارقه ظنا منه أنه وفاه فخرج رديئا أو بمضه فيخرج في
الحث قولان بناء على الناسى ، ولأحمد روايتين كالقولين (أحدهما) يحث وهو
قول مالك ، لأنه فارقه قبل استيفاء حقه مختاراً (والثاني) لا يحث ، وهو قول
أبي ثور وأصحاب الرأى اذا وجدها زيوفاً . وان وجد أكثرها نحاساً فإنه يحث
وان وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضاً على التولين في الناسى لأنه ظان
أنه مستوفى حقه فأشبهه مالو وجدها رديئة

وقال أبو ثور وأصحاب الرأى : لا يحث . وان علم بالحال فقارقه حث ،
لأنه لم يوفه حقه .

٧ — فداسه الحاكم فقارقه نظرت — فإن ألزمه الحاكم فهو كالمكره ، وان لم
يلزمه منارفته لكنه فارقه لعلمه بوجوب منارفته حث ، لأنه فارقه من غير
إكراه فحث ، كما لو حلف لا يصلى فوجبت عليه صلاة فصلاها

٨ — أحاله الغريم بحقه فقارقه فإنه يحث ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور . وقال
أبو حنيفة ومحمد : لا يحث لأنه قد برىء إليه منه ، ووجه المذهب عندنا أنه
ما استوفى حقه منه بدليل أنه لم يصل إليه شيء ، ولذلك يملك المطالبة به فحث ،
كما لو لم يحله ، فإن ظن أنه قد برىء بذلك فقارقه خرج على القولين ، والصحيح أنه
يحث لأن الجهل بحكم الشرع لا يسقط عنه الحث ؛ كما لو جهل كون هذه اليمين
موجبة للكفارة .

فأما ان كانت يمينه لا فارقتك ولى قبلك حق فأحاله به فقارقه لم يحث لأنه
لم يبق له قبله حق . وان أخذ به ضمينا أو كفيلا أو رهنا فقارقه حث بلا اشكال
لأنه يملك المطالبة الغريم .

٩ — قضاء عن حقه عوضا عنه ثم فارقه فإنه يحث لأن يمينه على نفس

الحق وهذا بدله . وقال أبو حنيفة وابن حامد : لا يحنث . وإن كانت يمينه لا فارقتك حتى تبرأ من حتى ، أو لى قبلك حتى لم يحنث وجهاً واحداً ، لأنه لم يبق له قبله حتى . وهذا أحد القولين عند أصحاب أحمد .

١٠٠ - وكل وكيل يستوفى له حقه ، فإن فارقه قبل استيفاء الوكيل حنث لأنه فارقه قبل استيفاء حقه ، وإن استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث ، لأن استيفاء وكيله استيفاء له يبرأ به غيره ويصير في ضمان الموكل

(مسألة) إن قال : لا فارقتني حتى استوفى حتى منك فظرت - فإن فارقه المخلوف عليه مختاراً - حنث . وإن أكره على فراقه لم يحنث ، وإن فارقه الحلاب مختاراً لم يحنث كذا وقد مضى . فإن حلف لا فارقتك حتى أوفيك حنثك فأبرأه الزريم منه فهل يحنث ؟ على قولين بناء على المكروه بالضرب ، وعند الحنابلة وجهان ، وإن كان الحق عيناً فوهبها له الزريم قبلها حنث ، لأنه ترك إيناءها له باختياره ، وإن قبضها منه ثم وهبها لإياه لم يحنث ، وإن كانت يمينه لا فارقتك ولك قبلي حتى لم يحنث إذا أبرأه أو وهب العين له . والفرقة في هذا كله ما عده الناس فراقاً في العادة ، وقد مضى في البيوع والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب كفارة اليمين

إذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة ، لما روى عبد الرحمن بن سمرة قال ، قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير ، وكفر عن يمينك »

وإن حلف على فعل مرتين بأن قال والله لا دخلت الدار ، والله لا دخلت الدار ، نظرت فإن نوى بالثاني التأكيد لم يلزمه إلا كفارة واحدة ، وإن نوى الاستئناف فقيه قولان . أحدهما يلزمه كفارتان لأنهما يمينان بالله عز وجل ،

فتعلق بالحنث فيهما كفارتان . كما لو كانت على فمليين (والثاني) تجب كفارة واحدة وهو الصحيح . لأن الثانية لا تفيد الا ما أفادت الاولى فلم يجب أكثر من كفارة ، كما لو قصد بها التأكيد . وان لم يكن له نية فإن قلنا انه اذا نوى الاستئاف لزمته كفارة واحدة فههنا أولى . وان قلنا هناك تجب كفارتان ففي هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو .

(فصل) والكفارة اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة . وهو مخير بين الثلاثة . والدليل عليه قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » فإن لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عز وجل « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » فإن كان يكفر بالمال فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث لينخرج من الخلاف . فإن أبا حنيفة لا يجيز تقديم الكفارة على الحنث .

وان أراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت - فإن كان الحنث بغير معصية - جاز تقديم الكفارة لأنه حق مال يتعلق بسببين يختصانه . فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول . وان كان الحنث بمعصية ففيه وجهان أحدهما يجوز لما ذكرناه . والثاني لا يجوز لأنه يتوصل به الى معصية

واختلف أصحابنا في كفارة الظهر قبل العود . وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت . فمنهم من قال فيه وجهان كما قلنا في اليمين على معصية . ومنهم من قال يجوز لأنه ليس فيه توصل الى معصية . وان كان يكفر بالصوم لم يجوز قبل الحنث لأنها عبادة تتعلق بالبدن لا حاجة به الى تقديمها . فلم يجوز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان .

(فصل) ان أراد أن يكفر بالعتق لم يجوز الا بما يجوز في الظهر وقد بيناه . وان أراد أن يكفر بالاطعام أطعم كل مسكين مداً كما يطعم في الظهر وقد بيناه .

(الشرح) حديث عبد الرحمن بن سمرة أخرجه البخاري في النذور عن أبي النعمان وفيه « ولا تحلفوا بالطواغى ولا بأبائكم » وفي الأحكام عن حجاج ابن منهال وعن أبي معمر . وفي الكفارات عن محمد بن عبد الله . وأخرجه مسلم في الأيمان والنذور عن شيبان بن فروخ وعن أبي بكر بن أبي شيبة وفي المغازى عن شيبان . وأخرجه أبو داود في الأيمان والنذور عن محمد بن الصباح . وأخرجه الترمذى في الأيمان والنذور عن محمد بن عبد الأعلى . وأخرجه النسائي في الأيمان والنذور عن عمرو بن علي وعن محمد بن عبد الأعلى وعن محمد بن يحيى وعن زياد بن أيوب . وعن أحمد بن سليمان وعن محمد بن قدامة . وأخرجه ابن ماجه في الكفارات عن أبي بكر بن أبي شيبة .

وللحديث طرق عن غير عبد الرحمن بن سمرة بمعناه عن عدى بن حاتم عند مسلم بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذي هو خير » وفي لفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » رواه مسلم وأحمد والنسائي وابن ماجه

وعن أبي هريرة عند أحمد ومسلم والترمذى وصححه بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير » وفي لفظ مسلم « فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه »

وعن أبي موسى مرفوعاً عند أحمد والبخاري ومسلم بلفظ « لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحملتها » وفي لفظه « إلا كفرت عن يميني وفعلت الذي هو خير » وفي لفظ « إلا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني » وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عند النسائي وأبي داود مرفوعاً « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا في معصية ولا في قطيعة رحم »

وقال أبو داود . الأحاديث كلها عن النبي صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه إلا ما لا يعبا به »

وقال الحافظ بن حجر في الفتح . ورواه — يعني حديث عمرو بن شعيب — لا بأس بهم ، لكن اختلاف في سنده على عمرو ، وفي بعض طرقه عند أبي داود « ولا في معصية »

أما الأحكام فإن الأصل في كفارة اليمين الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى « لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، وأما السنة فما مضى آنفاً من أحاديث عبد الرحمن بن سمرة وغيره من الصحابة . وقد أجمع المسلمون على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى ، والاحاديث دالة على أن الحنث في اليمين أفضل من التمادي إذا كان في الحنث مصلحة ، ويختلف باختلاف حكم المحلوف عليه . فإن حلف على فعل واجب أو ترك حرام فيمينه طاعة و التمادي مستحب والحنث معصية ، والعكس بالعكس

وإن حلف على فعل نفل فيمينه طاعة و التمادي مستحب والحنث مكروه . وإن حلف على ترك مندوب فيعكس الذي قبله . وإن حلف على فعل مباح فإن كان يتجاذبه رجحان الزهل أو الترك ، كالأكل أو لا يأكل ديباً ولا يلبس ناعماً فإنه عندنا خلاف .

قال ابن الصباغ في الشامل - وصوبه المتأخرون - إن ذلك يختلف باختلاف الأحوال . وإن كان مستوى الطرفين فالصحيح أن التمادي أولى لأنه قال « فليات الذي هو خير » واختلاف الأئمة هل تتقدم الكفارة الحنث أم تأتي بعده ؟ فاستدل القائلون بوجوب الكفارة قبل الحنث بقوله صلى الله عليه وسلم « فكفر عن يمينك ثم أتت الذي هو خير » وهذه الرواية صححها الحافظ في بلوغ المرام ، وأخرج نحوها أبو عوانة في صحيحه . وأخرج الحاكم عن عائشة نحوها

وأخرج الطبراني من حديث أم سلمة بلفظ « فأت الذي هو خير وكفر ، لأن الواو لا تدل على الترتيب إنما هي لمطلق الجمع ، على أن الواو لو كانت تفيد ذلك لكانت الرواية التي بعدها « فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير » تخالفها وكذلك بقية الروايات التي حرصنا على إثباتها هنا

قال ابن المنذر . رأى ربيعة والأوزاعي ومالك والليث وسائر فقهاء الأمصار غير أهل الرأي أن الكفارة تجزى قبل الحنث ، إلا أن الشافعي استثنى الصيام فقال لا تجزى إلا بعد الحنث

وقال أصحاب الرأي « لا تجزى الكفارة قبل الحنث » وعن مالك روايتان .

ووافق الحنفية أشهب المالكي وداود الظاهري ، وخالفه ابن حزم ، واحتج الطحاوي لأبي حنيفة بقوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) فإن المراد إذا حلفتم فحلفتهم .

وقال القرطبي : اختلف العلماء في تقديم الكفارة على الحنث هل تجزى أم لا؟ — بعد إجماعهم على أن الحنث قبل الكفارة مباح حسن ، وهو عندهم أولى — على ثلاثة أقوال (أحدها) يجزى مطلقاً ، وهو مذهب أربعة عشر من الصحابة وجمهور الفقهاء وهو مشهور مذهب مالك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجزى بوجه ، وهي رواية أشهب عن مالك . ثم ذكر وجه الجواز فأتى بحديث أبي موسى ، ثم ذكر وجه المنع فساق حديث غدي بن حاتم .

والقول الثالث وهو قول الشافعي تجزى ، بالإطعام والكسوة ولا تجزى بالصوم ، لأن عمل البدن لا يقدم قبل وقته ، ويجزى في غير ذلك ككفارة الظهار قبل العود ، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت على أحد الوجهين عند أصحابنا . وقال الحافظ بن حجر في الفتح وأولى من ذلك أن يقال التقدير أعم من ذلك فليس أحد التقديرين بأولى من الآخر .

واحتجوا أيضاً بأن ظاهر الآية أن الكفارة وجبت بنفس اليمين ورده من أجازها بأنها أو كانت بنفس اليمين لم تمسقط عن لم يحنث اتفاقاً ، واحتجوا أيضاً بأن الكفارة بعد الحنث فرض وإخراجها قبله تطوع ، فلا يقوم التطوع مقام المفروض ، هكذا أفاده الشوكاني في النيل .

وقال القاضي عياض ، اتفقوا على الكفارة لا تجب إلا بالحنث ، وأنه يجوز تأخيرها بعد الحنث . اهـ

واستحب مالك والأوزاعي والثوري تأخيرها بعد الحنث ، وهو مذهب مالك كما أثبتته المصنف ، وقال القاضي عياض ومنع بعض المالكية تقديم كفارة الحنث في المعصية لأن فيه إعانة على المعصية ، ورده الجمهور

قال ابن المنذر ، واحتج الجمهور بأن اختلاف ألفاظ الأحاديث لا يدل على تعيين أحد الأمرين ، والذي يدل عليه أنه أمر الخائف بأمرين ، فإذا أتى بهما

جميعاً فقد فعل ما أمر به ، وإذا دل الخبر على المنع فلم يبق إلا طريق النظر ، فاحتج للجمهور بأن عقد اليمين لما كان يحمله الاستثناء وهو كلام ، فلأن تحمله الكفارة وهي فعل مالى أو بدنى أولى ، ويرجح قولهم أيضاً بالكثرة . وذكر القاضى - يابض أن عدة من قال بجواز تقديم الكفارة أربعة عشر صحابياً وتبعهم فقهاء الأعمار إلا أبا حنيفة .

قال الشوكانى ان المتوجه العمل برواية الترتيب المدلول عليه بلفظ ثم ، ولولا الاجماع المحكى على جواز تأخير الكفارة عن الحنث لكان ظاهر الدليل أن تقديم الكفارة واجب . وقال المازرى للكفارة ثلاث حالات ، أحدها قبل الحلف فلا تجزىء اتفاقاً . ثانیها بعد الحلف والحنث فتجزيء اتفاقاً . ثالثها بعد الحلف وقبل الحنث ففيها الخلاف .

وقد وقع فى حديث عدى بن حاتم عند مسلم ما يوهم أن فعل الذى هو خير كفارته ، فإنه أخرجه بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليترك يمينه » هكذا أخرجه من وجهين ولم يذكر الكفارة ، ولكن أخرجه من وجه آخر بلفظ « فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذى هو خير » ومداره فى الطرق كلها على عبد العزيز بن رفيع عن تميم بن طرفة عن عدى والذى أتى بالزيادة حافظ ، وزيادة الحافظ معتمدة

وقوله « من أوسط ما تطعمون » هو المتوسط ما بين قوت الشدة والسعة وقد أخرج ابن ماجه عن سفيان بن عيينة عن سليمان بن أبى المغيرة عن سعيد بن جبیر عن ابن عباس قال « كان الرجل يقوت أهله قوتاً فيه سعة ، وكان الرجل يقوت أهله قوتاً فيه شدة فنزلت (من أوسط ما تطعمون أهليكم)

وقد ذكر الله تعالى فى الكفارة الحلال الثلاث نفيها وعقّب عند عدمها بالصيام ، وبدأ بالطعام لأنه كان الأفضل فى بلاد الحجاز لغلبة الحاجة اليه وعدم شبعهم ، ولا خلاف فى أن كفارة اليمين على التخيير

قال ابن عباس ما كان فى كتابات الله (أو) فهو خير فيه ، وما كان (فمن لم يجد) فالأول الاول . هكذا ذكره الإمام أحمد فى التفسير . قال القاضى ابن العربى ، والذى عندى أنها تكون بحسب الحال ، فإن علمت محتاجاً فالطعام

أفضل ، لأنك إذا اعتقت لم تدفع حاجتهم وزدت محتاجا حادى عشر اليهم .
وكذلك الكسوة تليه ولما علم الله الحاجة بدأ بالمقدم . اه

وقوله تعالى (إطعام عشرة مساكين) الذى عندنا أنه يجب تملك المساكين
ما يخرج لهم ودفعه اليهم حتى يتملكوه ويتصرفوا فيه ، لقوله تعالى (وهو يُطعم
ولا يُطعم) وفي الحديث « أطمع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجذ السلس ،
وقال أبو حنيفة : لو غداهم وعشاهم جاز . وهو اختيار ابن الماجشون من المالكية
الذى قال : إن التمكين من الإطعام إطعام . قال تعالى (ويطعمون الطعام على
حبه مسكينا ويتيما وأسيرا) فبأى وجه أطعمه دخل فى الآية

وفى قدر الإطعام خلاف ، فعندنا وعند مالك وأهل المدينة مدٌّ لكل واحد
من المساكين العشرة إن كان بمدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال سليمان
ابن يسار : أدركت الناس وهم إذا أعطوا فى كفارة اليمين أعطوا مداً من حنطة
بالمذ الاصغر ، ورأوا ذلك مجزئاً عنهم ، وهو قول ابن عمر وابن عباس وزيد بن
ثابت ، وبه قال عطاء بن أبي رباح ، واختلف إذا كان بغيرها . وقد سبق لنا فى
كفارة الظهار بيان مقدار ما يعطى كل مسكين وجنسه فارجع اليه .

أما قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) روى أحمد فى كتاب التفسير
بإسناده عن ابن عمر قال « الخبز واللبن » وفى رواية عنهما قال « الخبز والتمر
والخبز والزيت والسمن » وقال أبو رزين « خبز وزيت وخل » وقال الاسود بن
يزيد « الخبز والتمر » وعن علي « الخبز والتمر ، الخبز والسمن ، الخبز واللحم .

وعن ابن سيرين قال : كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم . وأوسطه الخبز
والسمن وأخسه الخبز والتمر

(قلت) لا يجزىء عندنا شيء من هذا كما مضى فى كفارة الظهار وكفارة
الصوم ، حيث لا يجزىء دقيق ولا خبز ولا سويق ، لأنه خرج عن حالة الكمال
والأدخار ولا يجزىء فى الزكاة فلم يجزىء فى الكفارة كالقيمة ، وقال ابن القاسم
يجزئ المد بكل مكان

وقال ابن المواز « أفتى ابن وهب بمصر بمد ونصف ، وأشهب بمد وثلاث
قال وإن مداً وثلاثاً لوسط من عيش الامصار فى الغداء والعشاء .

وقال أبو حنيفة يخرج من البر نصف صاع ، ومن التمر والشعير صاعا علي حديث عبد الله بن ثعلبة بن صعير عن أبيه قال ، قام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا فأمر بصدقة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير عن كل رأس أو صاع بر بين اثنين ، وبه أخذ سفيان وابن المبارك

وروى عن علي وعمر وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وهو قول فقهاء العراق كافة ، لما رواه ابن عباس قال كفى رسول الله (ص) بصاع من تمر وأمر الناس بذلك ، فمن لم يجد فنصف صاع من بر من أوسط ما تطعمون أهليكم ، أخرجه ابن ماجه . وقال القرطبي ويخرج الرجل مما يأكل قال ابن العربي وقد زلت هنا جماعة من العلماء ، فقاروا انه إذا كان يأكل الشعير ويأكل الاس البر فليخرج مما يأكل الناس ، وهذا سهو بين ، فإن المكفر إذا لم يستطع في خاصة نفسه الا الشعير لم يكتف به أن يطعم لغيره سواء ، وقد قال صلى الله عليه وسلم صاعا من طهام ؛ صاعا من شعير ، ففصل ذكرهما ليخرج كل أحد فرضه مما يأكل ، وهذا مما لا خفاء فيه

وقال مالك إن غدي عشرة مساكين وعشام أجزاء ، وقال الشافعي لا يجوز أن يطعمهم جملة واحدة لأنهم يختلفون في الأكل ، ولكن يعطى كل واحد مدأ وروى عن علي عليه السلام لا يجزىء إطعام العشرة وجبة واحدة ، يعني غداء دون عشاء أو عشاء دون غداء ، فإذا لم يجد إلا مسكينا واحدا ردد عليه في كل يوم تنمة عشرة أيام ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور ، وأجاز الأوزاعي دفعها الى واحد ، ويجوز دفعها لأهل بيت شديدي الحاجة عند أبي عبيد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أراد أن يكفر بالكسوة كسا كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو إزار أو رداء أو مقنعة أو خمار ، لأن الشرع ورد به مطلقا ولم يقدر حمل على ما يسمى كسوة في العرف ؛ وهل يجزىء فيه القطنسوة ؟ فيها وجهان

(أحدهما) لا يجزئ له لأنه لا يطلق عليه اسم الكسوة (والثاني) أنه يجزئ له

وهو قول أبي إسحاق المروزي ، لما روى أن رجلاً سأل عمران بن الحصين عن قوله تعالى (أو كسوتهم) قال لو أن وفداً قواً موا على أميركم هذا فكساهم قلنسوة قلنسوة ، قلت قد كسوا ، ولا يجوز الخف والنعل والمذقة والتكة ، لأنه لا يقع عليه اسم الكسوة ، ويجزى الكساء والطيلب. إن لأنه من الكسوات ، ويجوز ما اتخذ من القطن والكتان والشعر والصوف والخز ، وأما الحرير فإنه إن أعطاه للمرأة أجزاءه ، وهل يجوز أن يعطى رجلاً ؟ فيه وجهان
أحدهما لا يجوز لأنه يحرم عليه لبسه

والثاني يجوز وهو الصحيح ، لأنه يجوز أن يعطى الرجال كسوة النساء ، والنساء كسوة الرجال ، ويجوز فيه الخاتم والمقصور والبياض والمصبوغ . فأما اللبوس فإنه إن ذهب قوته لم يجزه ، وإن لم تذهب قوته أجزاءه كما تجزئه الرقبة إذا لم تبطل منفعتها ولا تجزئه إذا بطلت منفعتها

(فصل) وإن أراد أن يكفر بالصيام ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز إلا متتابعاً لأنه كفارة جعل الصوم فيها بدلاً عن العتق فشرط في صومها التقابيع ككفارة الظهار والقتل
(والثاني) أنه يجوز متتابعاً ومتفرقاً ، لأنه صوم نزل به القرآن مطلقاً لجاز متفرقاً ومتتابعاً كالصوم في فدية الأذى

(فصل) وإن كان الحائض عبدأ فكفارته الصوم ، وإن كان الصوم يضر به لشدة الحر وطول النهار نظرت — فإن حلف بإذن المولى وحنت بإذنه — جاز له أن يصوم من غير إذنه لأنه لزمه بإذنه ، وإن حلف بغير إذنه وحنت بغير إذنه لم يجز أن يصوم إلا بإذنه ، لأنه لزمه بغير إذنه . وإن حلف بغير إذنه وحنت بإذنه جاز أن يصوم بغير إذنه ، لأنه لزمه بإذنه ، وإن حلف بإذنه وحنت بغير إذنه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجوز أن يصوم بغير إذنه لأنه وجد أحد السببين بإذنه فصار كما لو حلف بغير إذنه وحنت بإذنه

(والثاني) لا يجوز أن يصوم بغير إذنه وهو الصحيح ، لأنه إذا لم يجز أن يصوم ولم يمنعه من الحنث باليمين فلأن لا يجوز وقد منعه من الحنث باليمين أولى

فإن كان الصوم لا يضر به كالصوم في الشتاء ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز أن يصوم بغير إذنه لأنه لا ضرر عليه (والثاني) أنه كالصوم الذي يضر به على ما ذكرناه لأنه ينقص من نشاطه في خدمته ، فإن صام في المواضع التي منهناه من الصوم فيها أجزأه لأنه من أهل الصيام ؛ وإنما منع منه لحق المولى ، فإذا فعل بغير إذنه صح كصلاة الجمعة ، فإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً وله مال لم يكفر بالعق ، لأنه ليس من أهل الولاء ويلزمه أن يكفر بالطعام أو الكسوة . ومن أصحابنا من قال فرضه الصوم ، وهو قول المزني لأنه ناقص بالرق وهو كالعبد ، والمذهب الأول لأنه يملك المال بنصفه الحر ملكاً تاماً فأشبهه الحر

(الشرح) في قوله تعالى (أو كسوتهم) قرئ بكسر الكاف وضمها هما لعتان مثل لاسوة وأسوة ، وقرأ سعيد بن جبير ومحمد بن السميع اليماني (أو كإسوتهم) يعني كإسوة أهلك . والكسوة في حق الرجال الثوب الواحد أو كل ما يسمى كسوة عرفاً أو أقل ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو أزار أو رداء أو مقنعة أو عمامة ، وفي القانسوة وجهان . وذلك ثوب واحد . وبه قال أبو حنيفة والثوري

وقال أحمد : تنقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه ، فإن كان رجلاً فثوب تجزئ الصلاة فيه ، وإن كانت امرأة فدرع ونخار ، وبهذا قال مالك . ومن قال لا تجزئ السراويل الاوزاعي وأبو يوسف . وقال ابراهيم النخعي ثوب جامع . وقال الحسن كل مسكين حلة : أزار ورداء .

قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأي : يجزئ ثوب ثوب . ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة . وحكى عن الحسن قال تجزئ العمامة . وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة ، والطيلة . إن فارسي معرب ثوب يعطى به الرأس والبدن يلبس فوق الثياب

إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يكسومهم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوف والشعر والوبر والحز ، لأن الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين فأى جنس كسأهم منه خرج به عن الهدية لوجود الكسوة المأمور بها .

ويجوز أن يكسو المرأة حريراً ، ويجوز أن يكسوهم ثياباً مستعملة إلا أن تكون قد بايت وذهبت منفعتها لأنها معيبة فلا تجزىء كالحب المعيب ، وسواء ما أعطاهم مصبوغاً أو غير مصبوغ أو خاماً أو مقصوراً ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة منها . وبهذا قال أحمد ، إلا في ثوب الحرير فإنه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً من الحرير ، وهو أحد الوجهين عندنا ، وسواء كان ما أعطاهم مصبوغاً أو غير مصبوغ ، أو خاماً غير مخيط ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة . والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء إعطائهم لأن الله تعالى قال : فكفارتهم إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ، فينصرف الضمير إلى المساكين لا إلى أهليكم ، وقد تقدم الكلام في المساكين وأصنافهم في كفارة الصوم

(مسألة) قوله « وان أراد أن يكفر بالصيام الخ » فيؤخذ على المصنف قوله « وان أراد » بصيغة التخيير مع أن الآية صريحة بالتخيير بين الإطعام أو الكسوة أو التحرير فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، وهذا لا خلاف فيه إلا في اشتراط التتابع في الصوم ففيه قولان

(أحدهما) اشتراطه وهو ظاهر المذهب عند أحمد ، وبه قال النخعي والثوري وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي . وروى نحو ذلك عن عليّ وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة .

والقول الثاني أنه يجوز متتابعاً أو متفرقاً ، وهو رواية عن أحمد حكاه ابن أبي موسى ، وبه قال مالك لأن الأمر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده إلا بدليل . ولأنه صام الأيام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المتمتع ثلاثة أيام في الحج ووجه القول الأول ما ورد في قراءة أبيّ وعبد الله بن مسعود (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) كذلك ذكره الامام أحمد في التفسير عن جماعة . وهذا إن كان قرآناً فهو حجة لأنه كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . وإن لم يكن قرآناً فهو رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ يحتمل أن يكوننا سماعه من النبي صلى الله عليه وسلم تفيرا فظناه قرآناً فثبتت له رتبة الخبر ، ولا ينقص عن درجة تفسير النبي صلى الله عليه وسلم للآية .

فعلى هذا إن أفطرت المرأة لحيض أو مرض ، أو الرجل لمرض لم ينقطع التابع . وفي أحد القولين عندنا ينقطع في المرض ولا ينقطع في الحيض ، وقال أبو حنيفة ينقطع فيهما لأن التابع لم يوجد وفوات الشرط يبطل به المشروط . وقال أحمد وأبو ثور وإسحاق : كل عذر يبيح النظر أشبه الحيض في كفارة القتل فلا يقطع التابع .

(مسألة) من كانت له دابة يحتاج إلى ركوبها أو دار لا غنى له عن سكنائها ، أو خادم يحتاج إلى خدمته أجزاء الصيام في الكفارة . ومن ثم فإن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية والسكنى من الحوائج الأصلية وكل ما ذكرنا وبهذا قال أحمد .

وقال أبو حنيفة ومالك : من ملك رقبة تجزى في الكفارة لا يجزئها الصيام وإن كان محتاجا إليها لخدمته . ومثل ذلك من له عقار يحتاج إلى أجرته لمؤنته وحوائجه الأصلية أو بضاعة يختل ربحها المحتاج إليه بالتكفير منها أو سائمة يحتاج إلى نمائها حاجة أصلية أو أثاث يحتاج إليه أو كتب لا يتيسر له تحصيلها مرة أخرى وأشباه هذا فله التكفير بالصيام ، لأن ذلك مستغرق لحاجته الأصلية ، فأشبهه المعدم .

(فرع) لا يجزئه أن يطعم خمسة مساكين ويكسو خمسة لقوله تعالى (فكفارتهم أطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) فوجه الدلالة من وجبهين (أحدهما) أنه جعل الكفارة إحدى هذه الخصال الثلاث ولم يأت بواحدة منها (الثاني) أن اقتضاه على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها ، وما ذكره القائلون بجواز المزج بينهما من أصحاب أحمد والثوري وأصحاب الرأي من أطعام خمسة وكسوة خمسة إنما يشكل خصلة رابعة ، وما ذكروه إنما هو تليفق للكفارة من نوعين فأشبهه ما رواه أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم ، ولأنه نوع من التكفير فلم يجزئه تبعيضا

(مسألة) إذا دخل في الصوم ثم أيسر ، أى قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة بعد الشروع في الصوم لم يلزمه الرجوع إليها ، روى ذلك عن الحسن وبقية ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وروى عن النخعي

والحكم أنه يلزمه الرجوع إلى أحدهما ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لأنه قدر على المبدل قبل إتمام البدل فلزمه الرجوع كالمتيقن إذا قدر على الماء قبل إتمام صلاته . دليلنا أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع إلى المبدل بعد الشروع فيه ، كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدى في صوم السبعة الأيام فإنه لا يخرج بلا خلاف . والدليل على أن البدل لا يبطل أن البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته انفاقا ، وفارق التيمم فإنه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه ولأن الرجوع إلى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره ، والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين ، وإيجاب الرجوع يفرض إلى ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب العدد

إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عابهن من عدة تعتدونها) ولأن العدة تجب لبراءة الرحم ، وقد تيقنا براءة رحمها ، وإن طلقها بعد الدخول وجبت العدة لأنه لما أسقط العدة في الآية قبل الدخول دل على وجوبها بعد الدخول ، ولأن بعد الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم . وإن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا تجب العدة لما ذكرناه من الآية والمعنى (والثاني) تجب لأن التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء ، ولهذا تستقر به الأجرة في الأجرة كما تستقر بالاستيفاء ، فجعل كالاستيفاء في إيجاب العدة .

(فصل) وان وجبت العدة على المطلقة لم تخل — إما أن تكون حرة أو أمة — فإن كانت حرة نظرت ، فإن كانت حاملا من الزوج اعتدت بالحل لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ولأن براءة الرحم لا تحصل في الحامل إلا بوضع الحمل ، فإن كان الحمل ولداً واحداً لم تنقض العدة حتى ينفصل

جميعه ، وان كان ولدین أو أكثر لم تنقض حتى ينفصل الجميع ، لأن الحمل هو الجميع ، ولأن براءة الرحم لا تحصل الا بوضع الجميع . وان وضعت ما بان فيه خلق آدمى انقضت به العدة ، وان وضعت مضغة لم يظهر فيه خلق آدمى وشهد أربع نسوة من أهل المعرفة أنه خلق آدمى ففيه طريقان

من أصحابنا من قال تنقضى به العدة قولاً واحداً . ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه في عتق أم الولد ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى أنه أتى عثمان رضى الله عنه بامرأة ولدت لسته أشهر فشاور القوم في رجها ، فقال ابن عباس رضى الله عنه : أنزل الله عز وجل (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وأنزل وفصاله في عامين فالفصال في عامين والحمل في ستة أشهر

وذكر القتيبي في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لسته أشهر ، وأكثره أربع سنين ، لما روى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس : حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد . وأقل ما تنقضى به عدة الحامل أن تضع بعد ثمانين يوماً من بعد إمكان الوطء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ان أحدمك ليخلق في بطن أمه نطفة أربعين يوماً ؛ ثم يكون علقة أربعين يوماً ، ثم يكون مضغة أربعين يوماً . ولا تنقضى العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين

(الشرح) قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم الخ) خاطب الله المؤمنين بحكم الزوجة تطلق قبل البناء ، ويين ذلك الحكم للأمة ، فالمطلقة اذا لم تكن مسوسة لا عدة عليها بنص الكتاب واجماع الامة ، وعلى هذا فإن النكاح في الآية هنا يطلق على العقد وان كان في الحقيقة يطلق على الوطء ، وسمى العقد نكاحاً لملاسته له من حيث هو طريقته اليه ، ولم يرد النكاح في كتاب الله الا في معنى العقد لأنه في معنى الوطء ، وهو من آداب القرآن ، وقد كنى عن الوطء بالمفظة الملاسة والمهاسة والقربان والتشبي والالتيان

وفي قوله (ثم طلقتموهن) أحكام مضي ذكرها في الطلاق . وقد استدلل

داود الظاهري ومن قال بقوله أن المطلقة الرجعية إذا راجعها زوجها قبل أن تنقض عدتها ثم فارقتها قبل أن يمسه أنه ليس له عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستقبلة ، لأنها مطلقة قبل الدخول بها

وقال عطاء بن أبي رباح وفرقة : تنقض في عدتها من طلاقها الأول ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ، لأن طلاقه لها إذا لم يمسه في حكم من طلقها في عدتها قبل أن يراجعها ، ومن طلق امرأته في كل طهر مرة بذت ولم تستأنف ، وقال مالك إذا فارقتها قبل أن يمسه أنها لا تنبى على ماضى من عدتها ، وإنما تنبى من يوم طلقها عدة مستقبلة ، وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها ، وعلى هذا أكثر أهل العلم ، لأنها في حكم الزوجات المدخول بهن في النفقة والسكنى وغير ذلك ، ولذلك تستأنف العدة من يوم طلقت ، وهو قول جمهور فقهاء البصرة والكوفة ومكة والمدينة والشام

وقال الثورى : أجمع الفقهاء عندنا على ذلك . قال ابن قدامة : وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ، لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم النساء ثم طلقتوهن) الآية

(فرع) هل تجب العدة على المطلقة إذا خلا بها ولم يمسه ؟ فيه قولان : (أحدهما) وهو قوله فى القديم : إن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها ولم يصيبها ثم طلقها . وبهذا قال أحمد وروى عن الخلفاء الراشدين وزيد بن ثابت وابن عمر ، وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى .

(الثانى) وهو قوله فى الجديد : لا عدة عليها لقوله تعالى (ثم طلقتوهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ، ولائها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخجل بها

ووجه القول الاول ما روى أحمد فى مسنده عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخصى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت

العدة ، ولأنه عقد على المنافع فالتمسكين فيه يجرى بجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة به كعقد الاجارة .

(مسألة) إذا كانت المطلقة حرة أو أمة وكانت حاملا من الزوج فقد أجمع أهل العلم في جميع الأمصار والاعصار أنها تنقضى عدتها بوضع حملها ، وكذلك كل مفارقة في الحياة ، وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا أجلها وضع حملها إلا ابن عباس ، وسيأتي مزيد

وقد شرعت العدة لمعرفة برامتها من الحمل ووضعها أدل الأشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضى العدة ، ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضى به . فإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وإن ظهر بوضعه فهي في عدتها حتى يفصل باقيه ، لأنها لا تكون واضعة للحمل ما لم يخرج كله ، وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع . هذا قول عامة أهل العلم إلا أباقلابة وعكرمة فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الاول ولا تتزوج حتى تضع الآخر

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال : إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها . قيل له فتزوج ؟ قال لا . قال قتادة خصم اليد

وهذا قول شاذ بانفاق جمهور العلماء ، ويخالف ظاهر الكتاب ، فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فإذا علم وجود الحمل فقد يقين وجود الموجب للعدة وانقضت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الاول لا يبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر ، فإن وضعت ولداً وشككت في وجود ثمان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة ؛ وتيقن أنها لم يبق معها حمل ، لأن الاصل بقاؤها فلا يزول بالشك

(فرع) الحمل الذي تنقضى به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان حرة كانت أو أمة ، فإذا ألفت المرأة بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل (١) أن يكون ما بان فيه هو الشكل الآدمي من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة بلاخلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط اذا علم أنه ولد ، ومن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي

والنخعي والزهرى والثورى ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق . وقال أحمد بن حنبل : إذا بان فيه شيء من خلق الآدمي علم بأنه حمل ؛ فيدخل في عموم قوله تعالى (وأولات الأحمال أجملن أن يضعن حملن)

(٢) أن تلقى نطفة أو دمًا لا تدري هل هو ما يخلق منه الآدمي أو لا ؟ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام ، لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة (٣) أن تلقى مضغة لم تبين فيها الخلقة ، فشهد أربع ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنه خلقة آدمي ، فهذا فيه طريقان ، من أصحابنا من قال : تنقضى به العدة كالحال الأولى قولاً واحداً ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد . والثاني من أصحابنا من قال فيه قولان بينهما المصنف في عتق أم الولد أحدهما أن عدتها لا تنقضى به ولا تصير أم ولد لأنه لم يبين فيه خلق آدمي فأشبهه الدم . والثاني أن عدتها لا تنقضى به ولكن تصير أم ولد لأنه مشكوك في كونه ولداً ، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه .

وعن أحمد روايتان ، إحداهما نقلها الأثرم والأخرى نقلها حنبل كالقولين عندنا (٤) إذا أُلقت مضغة لا صورة فيها فشهد أربع من ثقات القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فهو كالذي قبله

(٥) أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي فهذا لا تنقضى به العدة ولا تصير به أم ولد لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة ، فأشبهه العلقة ، فلا تنقضى العدة بوضع ما قبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقة ، وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل ؛ فإذا كان علقة فلا تنقضى به العدة بإجماع الفقهاء ما عدا الحسن البصري فإنه قال : إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرّة والأصح ما عليه الجمهور

وأقل ما تنقضى به مدة الحمل ستة أشهر ، لأن الله تعالى يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)

قال ابن عباس : إذا حملت تسعة أشهر أرضعت إحدى وعشرين شهراً . وإن حملت ستة أشهر أرضعت أربعة وعشرين شهراً ، وروى أن عثمان قد أتى بامرأة قد ولدت سناً حاملة ستة أشهر فأراد أن يتقضى عليها بالحد فقال له علي :

ليس ذلك عليها ، قال تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) وقال تعالى
(والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) فالرضاع أربعة وعشرون شهراً
والحل ستة أشهر ، فرجع عثمان ولم يحدها

وقد روى الاثرم بإسناده عن أبي الاسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت
لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ، ليس لك ذلك وتلا الآيتين ، فغلي عمر
سبيلها ؛ وولدت مرة أخرى لذلك الحد ، ورواه الاثرم أيضا عن عكرمة أن
ابن عباس قال ذلك . قال عاصم الاحول فقلت لعكرمة إنا بلغنا أن علياً قال هذا
فقال عكرمة لا ، ما قال هذا الا ابن عباس .

وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا
قول أحمد ومالك وأصحاب الرأي وغيرهم . وسيأتي في الرضاع مزيد ان شاء الله
قال القرطبي لم يعد ثلاثة أشهر في ابتداء الحل ، لأن الولد فيها نطفة وعلقمة
ومضغة ، فلا يكون له ثقل يُحسُّ به ، وهو معنى قوله تعالى (فلما تشاها حملت
حملا خفيفا فمرت به) والفصال القطام

وروى أن الآية نزلت في أبي بكر الصديق ؛ وكان حملة وفصاله ثلاثين شهرا
حملته أمه تسعة أشهر وأرضعته إحدى وعشرين شهرا ، وفي الكلام إضمار .
أي ومدة حملة ومدة فصاله ثلاثون شهرا ، ولولا هذا الاضمار لنصب ثلاثون
على الظرف وتغير المعنى .

وقال أحمد أقل ما تنقضي به المدة من الحل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ
أمكنه وطؤها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ان خلق أحدكم ليجمع في بطن
أمه فيكون نطفة أربعين يوماً ، ثم يكون لعلقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك
ولا تنقضي العدة بمادون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين ، فأما بعد الأربعة
اشهر فليس فيه إشكال ، لأنه منكس في الحلث الرابع

(مسألة) خبر مالك ساقه الذهبي في الميزان عن ابراهيم بن موسى الفراء .
حدثنا الوليد بن مسلم قال ، قلت لمالك اني حدثت عن عائشة انها قالت ولا تحمل
المرأة فوق سنتين قدر ظلّ منزل ، فقال مالك سبحان الله من يقول هذا ؟

هذه امرأة ابن عجلان جارتنا امرأة صدق ولدت ثلاث أولاد في ثلثي عشرة سنة
تحمل أربع سنين قبل أن تلد . اه

(قلت) من الغريب أن محمد بن عجلان نفسه حملت به أمه بأكثر من ثلاث
سنين ، روى هذا الواقدي ، سمعت عبد الله بن محمد بن عجلان يقول حمل بأبي
بأكثر من ثلاث سنين . وروى العباس بن نصر البغدادي عن صفوان بن عيسى
قال مكث ابن عجلان في بطن أمه ثلاث سنين ، فشق بطنها لما مات فأخرج
وقد نبتت أسنانه . روى هذا المحدث أبو بكر بن شاذان عن عبد العزيز بن أحمد
الغافقي المصري عن العباس

وكان محمد بن عجلان هذا رجلاً صالحاً تقياً ، اختلف نقاد الرجال فيه ، فقال
الحاكم أخرج له مسلم في كتابه ثلاثة عشر حديثاً كلها شواهد . وقد تكلم المتأخرون
من أئمتنا في سوء حفظه . وقال الذهبي إمام صدوق مشهور . روى عن أبيه
والمقبري وطائفة . وعنه مالك وشعبة ويحيى القطان . وثقه أحمد وابن معين
وابن عينة وأبو حاتم . وروى عباس عن ابن معين قال ابن عجلان أوثق من محمد
ابن عمر . وما يشك أحد في هذا

وقال البخاري في ترجمة ابن عجلان في الضعفاء قال لي علي بن أبي أوزير عن
عائشة إنه ذكر ابن عجلان فذكر خبراً ، وقال يحيى القطان كان منظره بأبي حديث
نافع . وقال البخاري ، قال يحيى القطان لا أعلم إلا أني سمعت ابن عجلان يقول
كان سعيد المقبري يحدث عن أبيه عن أبي هريرة وعن رجل عن أبي هريرة ،
فاختلط لجهلهما عن أبي هريرة . كذا في نسختي بالضعفاء للبخاري . وعندى في
مكان آخر أن ابن عجلان كان يحدث عن سعيد عن أبيه عن أبي هريرة . وعن
رجل عن أبي هريرة ، فاختلط عليه لجهلهما عن أبي هريرة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن كانت المعتدة غير حامل فإن كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة
أقراء لقوله عز وجل (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والاقراء هي
الأطهار ، والدليل عليه قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) والمراد به في وقت

عدتهن كما قال (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) والمراد به في يوم القيامة والطلاق المأمور به في الطهر ، فدل على أنه وقت العدة ، وان كان الطلاق في وقت الحيض كان أول الاقراء الطهر الذي بعده ، فإن كان في حال الطهر نظرت فإن بقيت في الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءاً ، لأن الطلاق إنما جعل في الطهر ولم يجعل في الحيض حتى لا يؤدي الى الاضرار بها في تطويل العدة ، فلو لم تحسب بقية الطهر قرءاً كان الطلاق في الطهر أضربها من الطلاق في الحيض ، لأنه أطول للعدة ، فإن لم يبق بعد العلق جزء من الطهر — بأن وافق آخر لفظ الطلاق آخر الطهر ، أو قال لها أنت طالق في آخر جزء من طهرك — كان أول الاقراء الطهر الذي بعد الحيض .

وخرج أبو العباس وجهاً آخر أنه يجعل الزمان الذي صادفه الطلاق من الطهر قرءاً ، وهذا لا يصح ، لأن العدد لا يكون إلا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله .

وأما آخر العدة فقد روى المزني والربيع أنها إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم . وروى البويطي وحرمله أنها لا تنقضي حتى يمضي من الحيض يوم وليلة ؛ فن أصحابنا من قال هما قولان ، أحدهما تنقضي العدة برؤية الدم ، لأن الظاهر أن ذلك حيض ، والثاني لا تنقضي حتى يمضي يوم وليلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضائه العدة . ومنهم من قال هي على اختلاف حالين ، فالذي رواه المزني والربيع فيمن رأت الدم لعادتها فيعلم بالعادة أن ذلك حيض ، والذي رواه البويطي وحرمله فيمن رأت الدم لانير عادة ، لأنه لا يعلم انه حيض قبل يوم وليلة ، وهل يكون ما رأتها من الحيض من العدة ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه من العدة لأنه لا بد من اعتباره ، فعلى هذا إذا راجعها فيه صحت الرجعة ، وإن تزوجت فيه لم يصح النكاح (والثاني) ليس من العدة لأننا لو جعلناه من العدة لزادت العدة على ثلاثة أقراء ، فعلى هذا إذا راجعها لم تصح الرجعة ، فإن تزوجت فيه صح النكاح

(الشرح) قوله تعالى (يتربصن بأفئسهن ثلاثة قروء) يتربصن ينتظرن . والتربص الانتظار . قال تعالى (فتربصوا فاستعلمون) قال ابن بطال ، واختلاف

أهل العلم في الأقراء ، فذهب قوم الى أنها الأطهار ، وهو مذهب الشافعي رحمه الله ، وذهب قوم الى أنها الحيض ، وأهل اللغة يقولون ان القروء يقع على الحيض وعلى الطهر جميعا وهو عندهم من الأضداد ، وأصل القراء الجمع ، يقال قريرت الماء في الحوض جمته ، فكأن الدم يجتمع في الرحم ثم يخرج . اهـ

وقال في اللسان ، قال أبو عبيد : القروء يصلح للحيض والطهر ، قال وأظنه من أقرأت النجوم إذا غابت وجمع أقراء ، وفي الحديث «دعى الصلاة أيام أقرائك» ، وقروء على فاعول وأقرؤ الأخيرة عن اللحياني في أدنى العدد ، ولم يعرف شيبويه أقراءً ولا أقرؤاً . قال استغنوا عنه بفعول ، وفي التنزيل «ثلاثة قروء» كما قالوا خمسة كلاب يراد خمسة من كلاب . قال الأعشى

مورثة مالا وفي الحمى رفعة لما ضاع فيها من قروء نسايتكا

وقد اختلفت الرواية عن أحمد بن حنبل فروى أنها الحيض ، وهو مروى عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي والغنبري واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وروى عن أبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الأطهار ، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان وعمر ابن عبد العزيز والزهرى ومالك وأبي بكر بن عبد الرحمن الذي قال : ما أدركت أحداً من فقهاءنا إلا وهو يقول ذلك .

قال ابن عبد البر : رجع أحمد الى أن القروء الأطهار

قال في رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عن قال القروء الحيض تختلف ؛ والأحاديث عن قال إنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية . واحتج من قال بقول الله (فطلقوهن لعدتهن) أى في عدتهن ، كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أى في يوم القيامة ، وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض .

(فرع) لما كانت القروء هي الأطهار عندنا احتسبنا لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً ، فلو طلقها - وقد بقي من طهرها لحظة - حسبها قرءاً ، وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار إلا الزهري وحده قال : تعدد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه .

وحكى عن أبي عبيد أنه إن كان جامدتها في الطهر لم يحسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحسب به من العدة كزمن الحيض .

وقال الحنابلة : القروء الحيض ؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ، ولأن الاستبراء تعرف به براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ، ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه .

ووجه القول بأن المرأة تعدد بالطهر الذي طلقت فيه أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحسب ببقية قرءاً كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح ، لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحسب ببقيته فلا يجوز أن نجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا ، وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها .

(فرع) إذا انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، أو قال لها : أنت طالق في آخر جزء من طهرك ، كان أول الأقرام الطهر الذي بعد الحيض ويكون محرما ولا تحسب بتلك الحيضة من عدتها ، وتحتاج أن تعدد بثلاث حيضات في قول الربيع بن سليمان والمزني عن الشافعي : إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم ، وفي قوله من رواية البويطي وحرمة أنها لا تنقضي حتى يمضي من الحيض يوم وليلة .

ووجه القول الأول ما رواه الشافعي أخبرنا مالك عن نافع وزيد بن أسلم

عن سليمان بن يسار أن الأحوص بن حكيم هلك بالشام حين دخلت امرأته في
الدم من الحيضة الثالثة فقـ برئت منه وبرئ منها ، ولا ترثه ولا يرثها .

ووجه الثاني ما أخرجه عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن
عائشة رضي الله عنها أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن حين دخلت في الدم
من الحيضة الثالثة . قال ابن شهاب فذكر ذلك لأميرة بنت عبد الرحمن فقالت :
صدق عروة ، وقد جادلها في ذلك ناس فقالوا : ان الله تبارك اسمه يقول : ثلاثة
قروء ، فقالت عائشة رضي الله عنها : صدقتم ، وهل تدرون ما الاقراء ؟
الاقراء الاطهار .

وقال الشافعي : فإذا طلق الرجل امرأته طاهراً قبل جماع أو بعده اعتدت
بالطهر الذي وقع عليها فيه الطلاق وإيركان ساعة من نهار وتعتد بطهرين تامين
بين حيضتين ، فإذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة حلت ، ولا يؤخذ أبداً في
القرء الاول إلا أن يكون فيما بين أن يوقع الطلاق وبين أول حيض ، ولو طلقها
حائضاً لم تعتد بتلك الحيضة ، فإذا طهرت استقبلت القرء ، ولو طلقها فلما أوقع
الطلاق حاضت — فإن كانت على يقين من أنها كانت طاهراً حين تم الطلاق
ثم حاضت بعد تمامه بطرفة عين فذلك قرء ، وإن علمت أن الحيض وتام الطلاق
كانا معاً استأنفت العدة في طهرها من الحيض ثلاثة قروء اهـ

ومحصل هذا أنه إذا طلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة
الثالثة ، وإن طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة ، وهذا
قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان
ابن عثمان ومالك وأبي ثور وأحمد وهو ظاهر أحد القولين للشافعي ، والقول
الآخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم
دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال .

وقال أصحاب أحمد ان الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة
للنص فلا يعول عليه وانقضى حديث زيد بن ثابت ، إذا دخلت في الدم من الحيضة

الثالثة فقد برئت منه وبرى منها ولا ترثه ولا يرثها ، والقول : إن الدم يكون دم فساد يقتضى الرد بكونه حيضاً فى ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك فى انقضاء العدة ، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة الاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما أو قال لها : إن حضت فأنت طالق .

وقد اختلف أصحابنا فى هذا ففهم من قال : اليوم والليلة من العدة ، لأنه دم تسكمل به العدة فكان منها كالذى فى أثناء الاطهار ، ومنهم من قال ؛ ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها ، ولا ننالو جعلناه منها أوجبتنا الزيادة على ثلاثة قروء ، ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة ولو راجعها زوجها لم تصح الرجعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأقل ما يمكن أن تعتد فيه الحرة بالاقراء اثنان وثلاثون يوماً وساعة وذلك بأن يطلقها فى الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرماً ثم تحيض يوماً ، ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثانى ثم تحيض يوماً ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثالث ، فإذا طعنت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها .

(فصل) وإن كانت من ذوات الاقراء فارتفع حيضها ، فإن كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت إلى أن يعود الدم ، فتعتد بالاقراء ؛ لأن ارتفاع الدم بسبب يزول فانظر زواله ، فإن ارتفع بغير سبب معروف ، فتميه قولان .

قال فى القديم تمكث الى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة ، لان العدة تراد لبراءة الرحم .

وقال فى الجديد تمكث الى أن تياس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة لأن الاعتداد بالشهور جعل بعد الإياس فلم يجز قبله ، فإن قلنا بالقول القديم ففى القدر الذى تمكث فيه قولان .

(أحدهما) تسعة أشهر ، لانه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم فى الظاهر

(والثاني) تمكث أربع سنين ، لأنه أجاز الاقتصار على براءة الرحم في الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة ، لأنه يعلم بها براءة الرحم في الظاهر ، فوجب أن يعتبر أكثر مدة الحمل ليعلم براءة الرحم بيقين ، فإذا علمت براءة الرحم بتسعة أشهر أو بأربع سنين اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، لما روى عن سعيد ابن المسيب رضي الله عنه « أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المرأة إذا طلقت فارتفعت حيضتها أن عدتها تسعة أشهر لحملها وثلاثة أشهر لعدتها ، ولأن تربصها فيما تقدم ليس بعدة وإنما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء فإذا علمت اعتدت بعدة الآيسات فإن حاضت قبل العلم براءة رحمها أو قبل انقضاء العدة بالشهور لزمها الاعتداد بالاقراء لأننا تبينا أنها من ذوات الاقراء ، فإن اعتدت وتزوجت ثم حاضت لم يؤثر ذلك في العدة لأنها انقضت العدة وتعلق بها حق الزوج فلم يبطل ، فإن حاضت بعد العدة وقبل الشكاح ففيه وجهان .

أحدهما لا يلزمها الاعتداد بالاقراء لانا حكمنا بانقضاء العدة فلم يبطل بما حدث بعده ، والثاني يلزمها لأنها صارت من ذوات الاقراء قبل تعلق حق الزوج بها فلزمها الاعتداد بالاقراء ، فإن قلنا بقوله الجديد أنها تقعد الى الاياس ففي الاياس قولان (أحدهما) يعتبر اياس أقاربها لأنها أقرب اليهن (والثاني) يعتبر اياس نساء العالم ، وهو أن تبلغ اثنتين وستين سنة ، لأنه لا يتحقق الاياس فيما دونها فإذا تربصت قدر الاياس اعتدت بعد ذلك بالاشهر لأن ما قبلها لم يكن عدة ، وإنما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء .

(الشرح) قال الزووي ، قال أصحابنا : لا تؤمر في العدة بالاحوط والقعود الى أن تبين اليأس ، بل اذا طلقت أو فسخ نكاحها اعتدت بثلاثة أشهر أو لها من حين الفرقة فإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يكن حمل انقضت عدتها وحلت للأزواج لأن الغالب أن المرأة تحيض وتطهر في كل شهر لحمل أمرها على ذلك .
قال أصحابنا ولانا لو أمرناها بالقعود الى اليأس عظمت المشقة وطال الضرر لاحتمال نادر يخالف للظن وغالب عادة النساء بخلاف إلزامها وظائف العبادات ، فإن الأمر فيه سهل بالنسبة الى هذا ، ولأن غيرها يشاركها فيه .

وحكى إمام الحرمين هنا والنزالي في العدد وغيرهما عن صاحب التقريب أنه حكى وجهاً أنه يلزمها القعود إلى اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر . قال الإمام وهذا الوجه بعيد في المذهب ، والذي عليه جماهير الأصحاب الاكتفاء بثلاثة أشهر ، وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأصحاب في معظم الطرق

وحكى الدارمي عن كثير من الأصحاب أنها تعتد بثلاثة أشهر كما حكيناه عن الجمهور . قال حتى رأيت للمحمودي من أصحابنا في كتاب الحيض أنها إذا طلقها زوجها لم يراجعها بعد مضي اثنين وثلاثين يوماً وساعتين ، ولا تزوج إلا بعد ثلاثة أشهر احتياطاً للأميرين ، ثم أنكر الدارمي على الأصحاب قولهم تعتد بثلاثة أشهر وغلطهم في ذلك وبالغ في ابطال قولهم

قال الدارمي : ينبغي أن نبين عدة غيرها للنبي عليها عدتها ، فعدة المطلقة الحائض ثلاثة أقراء كل قرء طهر إلا الأول فقد يكون بعد طهر ، وطلاقها في الحيض بدعة وفي الطهر سنة إلا أن يكون جامعها فيه فبدعة أخف من الحيض ، وهل يحسب قرءاً؟ فيه وجهان ، فإن طلقها في طهر لم يجامعها فيه حسبت بقيته طهراً وأتت بطهرين بعده ، فإذا رأت الدم بعد ذلك خرجت من العدة . وقيل يشترط مضي يوم وليلة . وقيل إن لم يكن لها عادة مستقيمة اشترط والا فلا . وإن طلقها في طهر جامعها فيه فإن حسبناه قرءاً فيكامل ولم يجامع فيه والا وجب ثلاثة أطهار بعده ، وإن طلقها في حيض وجب ثلاثة أطهار . وهل يقع الطلاق مع آخر اللفظ أم عقبه؟ فيه وجهان . وهل تشرع في العدة مع وقت الحكم بالطلاق أم عقبه؟ فيه وجهان . وللناس خلاف في تجزئ القرء . هل هو إلى غاية أم إلى غير غاية؟

وقد قال كثير من أصحابنا أقل زمان يمكن انقضاء العدة فيه اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، بأن يطلقها وقد بقي شيء من الطهر فتعتد به قرءاً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر وهو القرء الثالث ثم ترى الدم لحظة ، وينبغي أن تبني العدة على ما سبق ، فإن طلقها وكان جزء من آخر لفظه أو شيء منه على قول من لا يقول بالجزء في أول الحيض وقع الطلاق في الحيض بلا خلاف وتعتد بالأطهار بعده . وإن طابق الطلاق آخر

الطهر اعتدت به قرءاً على قول من أوقع الطلاق على آخر لفظه وحسب من العدة ولا يحسب على المذهب الآخر. ولو بقي بعد طلاقه شيء من آخر الطهر فعلى مذهب من لا يقول بالجزء تعتد به قرءاً ، لأنه ينقسم قسمين فيقع الطلاق في الأول منهما وتعتد بالثاني وهو أغلظ — إذا قلنا بالطلاق عقيب لفظه وبالعدة عقيب الطلاق — وإن قلنا غير ذلك فأولى ، وعلى مذهب من يقول بالجزء — إن كان الثاني جزءاً واحداً — فإن قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة مطابقة للطلاق ، أو قلنا الطلاق بآخر لفظه والعدة بعده حسب قرءاً ، لأن ذلك الجزء وقع فيه الطلاق وطابقته العدة أو صادفته العدة وتقدمه الطلاق في آخر لفظه . وإن قلنا الطلاق بآخر لفظه والعدة تطابقه فأولى بذلك . وإن قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة عقيبها لم يحسب قرءاً ، لأن الطلاق يقع في هذا الجزء ولا يبقى بعده شيء من الطهر للعدة .. وإن كان بقي جزء اعتدت به قرءاً على جميع المذاهب ، فقد تكون العدة على بعض هذه المذاهب اثنين وثلاثين يوماً وجزءاً ، وهو أقل ما يمكن ، وذلك أن يطلقها فيطابق آخر طلاقه آخر الطهر وقلنا وقع الطلاق بآخر اللفظ وطابقه أول العدة ، فأقل العدة إذا نوبتان وزيادة ، وأكثرها ثلاث نوب يوم وليلة وجزء ، وذلك أن يطلقها وقد بقي جزء من الطهر على قول من قال به ولا يحسب قرءاً عند من أوقع الطلاق عقيب لفظه . وجعل أول العدة عقيب الطلاق ثم تمضي نوبة حيض وطهر ، فيكون قرءاً ثم ثانياً يكون ثانياً ، ثم ثالثة قرءاً ثالثاً ، ثم يمضي يوم وليلة على قول من شرط ذلك

وإن طلقها في طهر جامعها فيه فأطول العدة على أغلظ المذاهب ثلاث نوب ويوم وليلة وطهر إلا جزءاً . وذلك بأن يكون جامعها عاصياً في آخر الحيض وطلقها ، فاتفق آخر لفظه في أول جزء من الطهر وطابقه فنقول : الطلاق بآخر لفظه وهو أول جزء من الطهر وفيه جماع . وقلنا لا تعتد به وذلك طهر إلا جزءاً ثم تمضي نوبة فتعتد بالطهر قرءاً ثم نوبة ثانية ثم ثالثة ثم يوم وليلة ، فهذا أكثر ما يمكن أن يكون عدة على أشد مذاهبنا ، ولا يخفى بما ذكرناه تفريع ما في المذاهب وإنما قصدنا بيان أقصى الغابتين في الأقل والأكثر على أقصى المذاهب إذا ثبت هذا فإن الرجل إذا طلق امرأته وهي من ذوات الإقراء فلم تر الحيض

في عاداتها ولم تدري مارفعه؟ فإنها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها، لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل، فإذا لم بين الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر، وهذا قول عمر رضى الله عنه قال الشافعى: هذا قضاء عمر بين المهاجرين والانصار لا ينكره منهم منكر علمناه؛ وبه قال مالك والشافعى في أحد قوليه، وروى ذلك عن الحسن، وقال الشافعى في قول آخر: تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً

وقال في الجديد تكون في عدة أبدأ حتى تحيض أو تبلغ سن الاياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر. وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والزهرى والنخعى وأبى الزناد والثورى وأبى عبيد وأهل العراق، لأن الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يحز قبله، وهذه ليست آيسة، ولائها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور. كما لو تباعد حيضها لعارض

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم. وإن طال الا أن تصير في سن اليأس. فعند ذلك تعتد عدة الآيسات على ما سنذكره

وإن حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري مارفعه؟ لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض. وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال في رجل طلق امرأته فخاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدري مارفعه؟ تجلس تسعة أشهر، فإذا لم يستبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا نعرف له مخالفاً. قال ابن المنذر: قضى به عمر بين المهاجرين والانصار ولم ينكره منكر،

ونظم هذا البحث بما قال الشافعى رضى الله عنه. وإذا كانت تحيض في كل شهر أو شهرين فطلقت فرفعتا حيضتها سنة. أو حاضت حيضة ثم رفعتها حيضتها سنة أنها لا تحمل للأزواج الا بدخولها في الدم من الحيضة الثالثة. وإن تباعد ذلك وطال. وهى من أهل الحيض حتى تبلغ أن تياس من المحيض وهى لا تياس من المحيض حتى تبلغ السن التي من بلغت من نساءها لم تحض بعدها. فإذا بلغت ذلك

خرجت من أهل الحيض وكانت من المؤيسات من الحيض اللاتي جعل الله عز وجل عددهن ثلاثة أشهر واستقبلت ثلاثة أشهر من يوم بلغت سن المؤيسات من الحيض لا تخلو إلا بكال الثلاثة الأشهر ، وهذا يشبهه - والله أعلم - ظاهر القرآن ، لأن الله تعالى جعل على الحيض الأقران وعلى المؤيسات وغير البوالغ المشهور فقال : واللاتي يئسن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، قال والحيض يتباعد فعدة المرأة تنقضى بأقل من شهرين إذا حاضت ثلاث حيض ولا تنقضى إلا بثلاث سنين وأكثر إن كان حيضها يتباعد ، لأنه إنما جعل عليهن الحيض فيعتدن به وإن تباعد .

وإن كانت البراءة من الحمل تعرف بأقل من هذا فإن الله عز وجل حكم بالحيض فلا أحيله إلى غيره . فهذا قلنا عدتها الحيض حتى تؤيس من الحيض بما وضعت من أن تصير إلى السن التي من بلغها من أكثر نساءها لم تحض . وقد يروى عن ابن مسعود وغيره مثل هذا القول

أخبرنا مالك عن محمد بن يحيى بن حبان أنه كان عند جده هاشمية وأنصارية ، فطلقت الأنصارية وهي ترضع ابنته فمكثت سبعة عشر شهراً لا تحيض بمنعها الرضاع أن تحيض ، ثم مرض حبان بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية فقلت له إن امرأتك تريد أن ترث ، فقال لأهله احملوني الى عثمان ، فحملوه اليه فذكر له شأن امرأته وعنده علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت ، فقال لهما عثمان ماتريان ؟ فقالا نرى أنها ترثه ان مات ويرثها ان ماتت فإنها ليست من القواعد التي قد يئسن من الحيض ، وليست من الإبكار اللاتي لم يبلغن الحيض ، ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثير ، فرجع حبان الى أهله فأخذ ابنته ، فلما فقد الرضاع حاضت حيضة ، ثم حاضت حيضة أخرى ، ثم توفي حبان من قبل أن تحيض الثالثة فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وورثته

ثم روى طرق هذا الخبر الى أن قال : أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد ويزيد ابن عبد الله بن قسيط عن ابن المسيب أنه قال ، قال عمر بن الخطاب : أيما امرأة طلقت لحاضت حيضة أو حيصتين ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل فذلك ، والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثم حلت اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كانت بمن لا تحيض ولا يحيض مثلها كالصغيرة والكبيرة الآيسة اعتدت بثلاثة أشهر ، لقوله تعالى « واللاتى ينسن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثه أشهر ، واللاتى لم يحضن ، فإن كان الطلاق في أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر بالأهله ، لأن الا شهر في الشرع بالأهله . والدليل عليه قوله عز وجل « يدأونك عن الأهله قل هي مواقيت للناس والحج »
وان كان الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت بشهرين بالأهله ثم تنظر عدد ما اعتدت من الشهر الاول ، وتضيف اليه من الشهر الرابع ما يتم به ثلاثون يوماً .

وقال أبو محمد عبد الرحمن ابن بنت الشافعى رحمه الله « اذا طلقت المرأة في أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدد كاملة ، لأنها اذا فاتها الهلال في الشهر الاول فاتها في كل شهر ، فاعتبر العدد في الجميع ، وهذا خطأ لأنه لم يتمد اعتبار الهلال الا في الشهر الاول فلم يسقط اعتباره فيما سواه

(فصل) وان كانت بمن لا تحيض ولكنها في سن تحيض فيه النساء اعتدت بالشهور لقوله تعالى « واللاتى ينسن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة أشهر ، واللاتى لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بعادة النساء ، والدليل عليه أنها لو بلغت سننا لا تحيض فيه النساء وهي تحيض كانت عدتها بالاقراء اعتبارا بحالها ، فكذلك اذا لم تحض في سن تحيض فيه النساء وجب أن تعتد بالشهر اعتبارا بحالها . وان ولدت ولم تر حيضا قبله ولا تناسا بعده ففي عدتها وجهان

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايينى رحمه الله أنها تعتد بالشهور للآية (والثانى) أنها لا تعتد بالشهور ، بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الاقراء ، لأنه لا يجوز أن تكون من ذوات الاحمال ، ولا تكون من ذوات الاقراء .

(فصل) واذا شرعت العهنية في العدة بالشهور ثم حاضت لزوما الانتقال

الى الأقرام لأن الشهور بدل عن الأقرام فلا يجوز الاعتداد بهامع وجود أصلها
وهل يحسب ما مضى من الأشهر قرأاً؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحتسب به - وهو قول أبي العباس - لأنه ظهر بعده حيض
فاعتدت به قرأاً، كما لو تقدمه حيض

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق انه لا يحتسب به، كما إذا اعتدت بقرأين ثم
أيست لزمها الاستئناف ثلاثة أشهر ولم يحتسب ما مضى من زمان الأقرام شهراً
وان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعدة بالأقرام، لأن
هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة.

وإن شرعت في العدة بالأقرام ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم الأقرام
إذا قلنا إن الحامل تحيض، لأن الأقرام دليل على براءة الرحم من جهة الظاهر
والحمل دليل على شغل الرحم من جهة القطع، والظاهر إذا عارضه قطع سقطت
دلالتها كالقياس إذا عارضه نص.

وإن اعتدت بالأقرام ثم ظهر حمل من الزوج لزمها الاعتداد بالحمل ويخالف
إذا اعتدت بالشهور ثم حاضت، لأن ما رأيت من الحيض لم يكن موجوداً في
حال العدة وإنما حدث بعدها والحمل من الزوج كان موجوداً في حال العدة بالأقرام
فسقطت عدة حكم الأقرام.

(الشرح) قال أبو عثمان عمر بن سالم: لما نزلت عدة النساء في سورة البقرة
في المطلقة والمتوفى عنها زوجها، قال أبي بن كعب يا رسول الله إن نانا يقولون
قد بقي من النساء من لم يذكر فيهن الصغار وذوات الحمل، فنزلت «واللاتي ينسن
من الحيض» الآية. هكذا أخرجه ابن جرير وإسحاق بن راهويه والحاكم وغيرهم
وقال السيوطي في الباب: صحيح الإسناد. وأخرج مقاتل بن سليمان في تفسيره
أن خلاد بن عمرو بن الجموح سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن عدة التي لا تحيض
فنزلت. وساق القرطبي روايات أخرى، منها أن معاذ بن جبل سأل عن عدة
السكيرة التي ينسن فنزلت الآية

وقال مجاهد : الآية واردة في المستحاضة لا تدرى دم حيض هو أو دم علة
وقوله « ان ارتبتم ، أى شككتم ، وقيل تيقنتم ، وهو من الاضداد يكون
شكا ويقينا كالظن ، واختيار الطبرى أن يكون المعنى إن شككتم فلم تدرؤا
ما الحكم فيهن .

وقال الزجاج إن ارتبتم في حيضها وقد انقطع عنها الحيض وكانت ممن يحض
مشها . قال القشيري وفي هذا نظر ، لأننا إذا شككنا هل بلغت سن اليأس لم نقل
عدتها ثلاثة أشهر ، والمعتبر في سن اليأس في قول : أقصى عادة امرأة في العالم ،
وفي قول غالب نساء عشيرة المرأة

على أن المرتابة في عدتها لا تنكح حتى تستبرى من الرية ، وبارتفاع الرية
تنقض عدتها . وقد أجمع أهل العلم على أنها ان كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن
فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى « واللاتى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن ، فإن كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة
أشهر بالاهلة لقول الله تعالى « يسأرنك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج ،
وقال سبحانه « إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق
السموات والأرض منها أربعة حرم ، ولم يختلف الناس فى أن الاثني عشر الحرم
معتبرة بالاهلة .

وان وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقسمته ثم اعتدت شهرين بالاهلة ثم
اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما . وهذا مذهب مالك وأحمد
وقال أبو حنيفة : تحسب بقية الاول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من
الاول تماما كان أو ناقصا ، لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالاهلة ، فإذا
كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه .

وخرج أصحاب أحمد وجهاً ثانياً أن جميع الشهور محسوبة بالعدد . وهو قول
ابن بنت الشافعى ، لأنه اذا حسب الاول بالعدد كان ابتداء الثانى من بعض الشهر
فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث ، وهذا خطأ لأن الشهر يقع على ما بين
الهلالين وعلى الثلاثين ، ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والاصل الهلال ، فإذا
أمكن اعتبار الهلال اعتبروا . واذا تعذر رجعوا الى العدد . وفى هذا انفصال

عما ذكر لأبي حنيفة . وأما التخريج الذى ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثانى ، ويجوز أن يكون تمامه من الرابع ، ولهذا لم يسقط اعتبار الشهر الأول فيما سواه .

(فرع) إذا بلغت سنأ تحيض فيه النساء فى الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، وضعف أبو بكر من أصحابه الرواية المخالفة لهذا ، وقال رواها أبو طالب يخالف فيها أصحابه ، وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ، ووجه القول الأول قوله تعالى واللاتى لم يحضن ، وهذه من اللاتى لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ، ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثلها النساء فى الغالب ، مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض ، وفارق من ارتفع حيضها ولا تدرى ما رفعه ، فإنها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن . وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ، لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع .

وقد روى عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال : رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة ، واختلف فى السن التى تصير بها المرأة من الآيسات ، فعن الشافعى قولان (أحدهما) يعتبر السن الذى يتيقن أنه إذا بلغت لم تحض . قال بعض أصحابنا هو إثنتان وستون سنة .

(والثانى) يعتبر السن الذى ييأس فيه نساء عشيرتها ، لأن الظاهر أن نشأها كفتشهن وطبعها كطبعهن .

واختلف عن أحمد فى السن الذى تصير به المرأة من الآيسات ، فمنه أوله خمسون سنة ، لأن عائشة قالت : إن ترى المرأة فى بطنها ولداً بعد خمسين سنة ، وعنه إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ، لأنهن أقوى طبيعة . وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النصب أن هنداً بنت أبى عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن على بن أبى طالب ولها ستون سنة ، وقال يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية

قال ابن قدامة : والصحيح أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عاداتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة ، لأن وجود الحيض في حق هذه نادر . بدليل قول عائشة وقلة وجوده ، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حمل اليأس من وجوده ، فلها حينئذ أن تعتمد بالاشهر ، وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، وإن رأت الدم يعد الخمسين على المادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح ؛ لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان . وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً ، وإن رأته بمد الستين فقد يتقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتمد به وتعتمد بالاشهر كالتى لا ترى دمأ .

(مسألة) إذا طلقها وهي من اللأئي لم يحضن بأن كانت صغيرة أو كانت بالغأ لم تحض إذا اعتدت بالشهور لحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها الاستئناف العدة في قول عامة الفقهاء . منهم سيدي بن المسيب والحسن ومجاهد وقادة . والشعبي والنخعي والزهرى والثورى ومالك وأحمد وإسحاق وأبو غبيد وأصحاب الرأى وأهل المدينة وأهل البصرة . وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض . فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتميم مع الماء . ويلزمها أن تعتد بثلاثة قروء . وهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرأ ؟ فيه وجهان (أحدهما) تعتد به لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض فأشبهه الطهر بين الخيضتين . وهو قول أبي العباس لأن القرء هو الطهر بين حيضتين . وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرأ . (والثاني) لا تعتد به كما إذا اعتدت بقرأين ثم أيست استأنفت ثلاثة أشهر وهو قول أبي إسحاق .

فأما إذا انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها أو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة . لأنه منى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل .

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة أشهر . لأن العدة لا تلفق من جنسين . وقد تعذر أتمامها بالحيض فوجب تكميلها

بالأشهر . وإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين أن ما رآته من الدم لم يكن حيضاً ، لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثاً بعد قضاء العدة بأن تأتى به لسته أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحن بالزوج وحكمتنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد حادثاً ، وإن أتت به لدون ذلك تبين أن الدم ليس بحيض ، لأنه لا يجوز وجوده في مدة الحمل ولهذا الصورة أحكام في العبادات مضت في الحيض . فإذا رأت المعتدة أمارات الحمل من حركة أو نفحة أو نحوهما وشككت هل هو حمل أم لا ؟ فإذا حدثت الرية قبل انقضاء عدتها فإنما تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الرية ، فإن بان حملاً انقضت عدتها بوضعه ، فإن زالت وبأن أنه ليس بحمل تبين أن عدتها انقضت بالقروء أو الشهور ، فإن زوجت قبل زوال الرية فالنكاح باطل لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كانت المطلقة أمة نظرت فإن كانت حاملاً اعتدت بالحمل لما ذكرناه في الحرة ، وإن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بقرآين لما روى جابر عن عمر رضى الله عنه أنه جعل عدة الأمة حيضتين ، ولأن القياس يقتضى أن تكون قرءاً ونصفاً كما كان حدها على النصف ، إلا أن القرء لا يتبعض فأكمل فصارت قرآين ، ولهذا روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفاً لفعلت ، وإن كانت من ذوات الشهور ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنها تعتد بشهرين لأن الشهور بدل من الأقراء فكانت بعددها كالشهور في عدة الحرة (والثاني) أنها تعتد بثلاثة أشهر لأن براءة الرحم لا تحصل إلا بثلاثة أشهر لأن الحمل يمكث أربعين يوماً نطفة ، ثم أربعين يوماً علقه ، ثم أربعين يوماً مضغة ثم يتحرك ويعلو جوف المرأة فيظهر الحمل (والثالث) أنها تعتد بشهر ونصف لأن القياس يقتضى أن تكون على النصف من الحرة كما قلنا في الحد ، ولأن القرء لا يتبعض فأكمل والشهور تتبعض فتبعضت كما نقول في المحرم إذا وجب عليه نصف مد في جزاء الصيد وأراد أن يكفر بالصوم صام يوماً لأنه لا يتبعض ، وإن أراد أن يكفر بالأطعام أخرج نصف مد

(فصل م) وان أعتقت الأمة قبل الطلاق اعتدت بثلاثة أقراء لأنه وجبت عليها العدة وهي حرة ، وإن انقضت عدتها بقرأين ثم أعتقت لم يلزمها زيادة لأنها اعتدت على أحسب حالها فلم يلزمها زيادة ، كما لو اعتدت من لم تحض بالشهور ثم حاضت أو اعتدت ذات الاقراء بالاقرء ، ثم صارت آيسة ، فإن أعتقت في أثناء العدة ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) تتمم عدة أمة لأنه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحلد (والثاني) أنها ان كانت رجعية أمت عدة حرة ، وإن كانت بائناً أمت عدة أمة ، كما نقول فيما مات عنها زوجها انها ان كانت رجعية انتقلت الى عدة الوفاة ، وان كانت بائناً لم تنتقل (والثالث) وهو الصحيح أنه يلزمها أن تتمم عدة حرة ، لأن الاعتبار في العدة بالانتهاء ، ولهذا لو شرعت في الاعتداد بالشهور ثم حاضت انتقلت الى الاقراء

(الشرح) الاخبار في عدة الائمة عند ابن ماجه من حديث عائشة قالت « أمرت بريرة أن تعتد بثلاث -بيض- ، وعن ابن عباس أن النبي (ص) خير بريرة فاختارت نفسها وأمرها أن تعتد عدة الحرة . رواه أحمد والدارقطني . وروى الترمذى وأبو داود عن عائشة مرفوعاً « طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان » وفي لفظ رواه الدارقطني « طلاق العبد اثنتان وقرء الامة حيضتان » . مثل ذلك روى عن ابن عمر عند ابن ماجه والدارقطني بإسنادين ضعيفين . أما الاحكام في الفصلين فعلى وجهها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل م) وان وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء في النكاح في النسب فكان كالوطء في النكاح في إيجاب العدة ، فإن زنى بامرأة لم تجب عليها العدة لأن العدة لحفظ النسب والزاني لا يلحقه نسب

(فصل ن) ومن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة دخل بها أو لم يدخل ، لقوله عز وجل « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ، فإن كانت حائلاً وهي حرة اعتدت بأربعة أشهر وعشر للآية ،

وان كانت أمة اعتدت بشهرين ولحمس ليال ، لاثنا دللنا على أن عدتها بالاقراء على النصف ، إلا أنه لما لم يتبعض جعلناه قرأين ، والشهور تتبعض فوجب عليها نصف ما يجب على الحرة .

وإن كانت حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضعه لما روت أم سلمة رضي الله عنها قالت « ولدت سبعة الاسلامية بعد وفاة زوجها بليال ؛ فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حلت فانكحي »

وإن كانت حاملا بولد لا يلحق الزوج كامرأة الطفل لم تعتد بالحمل منه لأنه لا يمكن أن يكون منه فلم تعتد به منه كامرأة الكبير إذا طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد ، فإن كان الحمل لاحقاً برجل وطئها بشبهة اعتدت به منه . وإذا وضعت اعتدت عن الطفل بالشهور ، لأنه لا يجوز أن تعتد عن شخصين في وقت واحد .

وإن كان عن زنا احتسبت بما مضى من الشهور في حال الحمل عن عدة وفاة الطفل ، لأن الحمل عن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور ؛ وإن طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً ثم مات عنها وهي في العدة اعتدت بعدة الرفاة لأنه توفي عنها وهي زوجته .

(الشرح) حديث أم سلمة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن إلا أبادود وابن ماجه بلفظ « إن امرأة من أسلم يقال لها سبيعة كانت تحت زوجها فتوفى عنها وهي حبل نخطها أبو السنا بل بن بعكك فأبت أن تنكحه ، فقال والله ما يصلح أن تنكحي حتى تعتدي آخر الاجلين ، فمكثت قريباً من عشر ليال ثم نفست ثم جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقال انكحي »

وأخرجه بمعناه من رواية سبيعة قالت « فأفتاني بأني قد حلت حين وضعي حملي وأمرني بالتزويج ان بدا لي ،

وعن الزبير بن العوام « أن أم كلثوم بنت عقبة كانت عنده فقالت له وهي حامل : طيب نفسي بتطليقة ، فطلقها تطليقة ، ثم خرج الى الصلاة ، فرجع وقد وضع ، فقال ما لها خدعتني خدعها الله . ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال

« سبق الكتاب أجله ، اخطبها الى نفسها ، قال الفاضل عياض : والحديث — يعنى حديث سبيعة — مبتور ، نقص منه قولها « فنفست بعد ليال نخطبت ، قال الحافظ بن حجر فى الفتح : وقد ثبت المحذوف فى رواية ابن ملحان عن يحيى ابن بكير شيخ البخارى ولفظه « فكنت قريبا من عشرين ليلة ثم نفست ، وقد وقع للبخارى اختصار المتن من طريق أخصر من هذه الطريق . ووقع له فى تفسير سورة الطلاق مطولا بلفظ « أن سبيعة بنت الحارث أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها فى حجة اوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما تعلمت من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بنى عبد الدار ، فقال ما لى أراك تجملت للخطاب ، فإنك والله ما أنعم بنا كح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قالت سبيعة فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفاننى بأنى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزويج ،

وقد ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الحامل إذا مات عنها زوجها تنقضى عدتها بوضع الحمل ، وأخرج سعيد بن منصور وعبد بن حميد عن على بسند صحيح أنها تعتد بأخر الأجلين ، ومعناه أنها إن وضعت قبل مضى أربعة أشهر وعشر تربصت إلى انقضائها ، وإن انقضت المدة قبل الرضع تربصت إلى الوضع ، وبه قال ابن عباس . وروى عنه أنه رجع . وروى عن ابن أبى ليلى أنه أنكر على ابن سيرين القول بانقضاء عدتها بالوضع ، وأنكر أن يكون ابن مسعود قال بذلك ، قال الشوكانى : وقد ثبت عن ابن مسعود من عدة طرق أنه كان يوافق الجمهور حتى كان يقول : من شاء لاعنته على ذلك .

أما الأحكام : فإن الموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة ، وكذلك الموطوءة فى نكاح فاسد ، لأن كلا من وطء الشبهة والنكاح الفاسد فى حقوق النسب وشغل الرحم كارتطء الصحيح ، فكانا مثله فيما تحصيل البراءة به ، وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحد الزوجين لأنها زوجة

حرم وحرّمها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض .
 (مسألة) المزني بها لا عدة لها ، وهذا قول أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب
 رضي الله عنهما ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي ، لأن العدة لحفظ النسب
 ولا يلحقه نسب ، وقد روى عن علي نحوه . وقال أحمد تستبرأ كالمزوجة بشبهة
 لأنه وطئ يمتضى شغل الرحم فوجب العدة منه كوطء الشبهة . وأما وجوبها
 كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وبهذا
 قال الحسن والنخعي ، وهو قول مالك . وروى ابن أبي موسى عن أحمد رواية
 أخرى أنها تستبرأ بحيضة واحدة .

(مسألة) أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة الحائض من وفاة زوجها
 أربعة أشهر وعشر مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، سواء كانت كبيرة بالغة
 أو صغيرة لم تبلغ . وذلك لقوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً
 يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وما رواه الشيخان مرفوعاً « لا يجل
 لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة
 أشهر وعشراً » ولا تحمل الآية على المدخول بها كما في قوله تعالى « والمطلقات
 يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، لأن هذه مخصصة بقوله تعالى « يا أيها الذين
 آمنوا إذا نكحتم المؤمنات من قبل أن تسموهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »
 ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ، ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص ، لأن
 النكاح عقد عمر ، فاذا انتهى والشئ إذا انتهى تقررت أحكامه .

وكذلك فإن المطلقة إذا أتت بولد يمكن للزوج تكذيبها وتبنيه باللعان الأمر
 الذي يمنع في حق المتوفى . فلا يؤمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وما له من
 ينفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والميراث في غير منزلها
 حفظاً لها . فاذا تقرر هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة
 أهل العلم . وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجب أربعة أشهر وعشر
 فيها . وانبأ الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر
 ثلاثة قروء كالمطلقة . وهذا الخلاف يختص بذات القرء . فأما الأيسة والصغيرة

فلا خلاف فيها . وأما الأئمة المتوفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة ومالك والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين . فإنه قال : ما أرى عدة الأمه إلا كعدة الحرة . إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنه . فإن السنه أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولكن هذا لا ينهض أمام اتفاق الصحابة على أن عدة الأمه المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة .

(فرع) إذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله ولد عن زوجته ، فأنت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه . وبهذا قال مالك والصحیح من مذهب أحمد وقال أبو حنيفة : ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع . فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به . وقد روى عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة . وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بها . وان أتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح ، فإنها لا تعتد بوضعه عندنا وعند أحمد ، وتعتمد به عند أبي حنيفة ، واحتج بقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلمن أن يضعن حملهن » ولا يخفى أن الآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه . فإذا تقرر هذا فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة ، لأن العدة تجب في هذه الاحوال ، فإذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر ، لأن المدتين من رجلين لا يتداخلان

ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني ، والإجماع منعقد على هذا . ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فكان نكاحها باطلا ، كما لو تزوجت وهي في نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها — فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تقطع بالعقد

الثاني ، لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء ، وتسقط
سكناتها ونفقتها عن الزوج الأول لأنها ناشز ، وإن وطئها انقطعت العدة ، سواء
علم التحريم أو جهله

وقال أبو حنيفة لا تنقطع لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها ، كالأو
وطئت بشبهة وهي زوجة فإنها تعتد وإن كانت فراشاً للزوج .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها ، فإن لم يفعل فعليه التفريق بينهما ، فإن فارقها أو
فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأول لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن
وطء في نكاح صحيح ، فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني
ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين ، وهذا مذهب أحمد .

وقال أبو حنيفة : يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن
بقية عدة الأول وعدة الثاني لأن القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة
الرحم منهما جميعاً . وهذا خطأ لما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب
وسليمان بن يسار أنه أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في
عدتها ، فغضبها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم
قال : أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق
بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب ، وإن
كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر
ولا ينكحها أبداً .

وروى عن علي عليه السلام أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما
ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من
الآخر . هذا ما قاله خليفتان من الراشدين لا نعلم لهما مخالفاً من الصحابة

(فرع) إذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا
خلاف . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك ، وذلك
لأن الرجعية زوجة بلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة ،
وإن مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة
له لأنها بائن من النكاح فتكون غير منكوحة . وبهذا قال مالك وأبو عبيد

وأبو ثور وابن المنذر . وقال أحمد تلزمها عدة الطلاق ، إلا أن يطلقها في مرض موته فإنها تعد أطول الاجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء . وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، لأنها وارثة له فيجب عليها عدة الرفاة كالرجعية وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروه في دليلهم ، وإن مات المريض المطلق بعد انتضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فلايس عليها عدة لموته .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن طلق إحدى امرأتيه بعينها ثلاثاً ومات قبل أن يبين نظرت فإن لم يدخل بهما اعتدت كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشراً ، لأن كل واحدة منهما يجوز أن تكون هي الزوجة فوجبت العدة عليهما ليستط الفرض بيقين ، كمن نسي صلاة من صلاتين لا يعرف عينها

وإن دخل بهما - فإن كانتا حاملتين - اعتدتا بوضع الحمل . لأن عدة الطلاق والوفاة في الحمل واحدة ، وإن كانتا من ذوات الشهور اعتدتا بأربعة أشهر وعشر ، لأنها تجمع عدة الطلاق والوفاة ، وإن كانتا من ذوات الاقراء اعتدتا بأقصى الاجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أقراء ، وابتداء الأشهر من موت الزوج ، وابتداء الاقراء من وقت الطلاق ليستط الفرض بيقين .

وإن اختلفت صفتهم في العدة كان حكم كل واحدة منهما على الانفراد كحكمها إذا اتفقت صفتها ، وقد بيناه .

وإن طلق إحداها لا بعينها ومات قبل أن يعين فالحكم فيه على ما ذكرناه إذا كانت المطلقة معينه ومات قبل أن يبين إلا في شيء واحد . وهو أنا متى أمرناها بالاعتداد بالشهور أو الاقراء ، فإن ابتداء الأشهر من حين الموت ، فأما الاقراء ، فإن قلنا على أحد الوجهين إن ابتداء العدة من حين يلفظ بالطلاق كان ابتداء الاقراء من حين الطلاق ، وإن قلنا بالوجه الآخر ان ابتداء العدة من حين التعيين كان ابتداء الاقراء من حين الموت ، لأن بالموت وقع الإيباس من بيانته وقبل الموت لم ييبس من بيانته

(الشرح) إذا طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فإنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين إذا كن من ذوات الأقراء من عدة الطلاق والوفاء ، لأن النكاح كان ثابتاً بيقين وكل واحدة منهن يحتمل أن تكون هي المطلقة وأن تكون زوجة فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ليستط الفرض بيقين ، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلي خمس صلوات لكن ابتداء القروه من حين طلق . وابتداء عدة الوفاة من حين الموت ، وهذا هو مذهب أحمد بن حنبل .

وإن طلق الجميع ثلاثاً بعد ذلك فعلمين كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقن ثلاثاً ، وإن طلق الجميع ثم أنسيهن فهو كما لو طلق واحدة ، وإذا طلق واحدة لا بعينها من نسائه فعلى ما قلنا في التي قبلها .
وقال أصحاب أحمد : أخرجت بالقرعة وعينها عدة دون غيرها ، وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة

قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا علمت المرأة يقين وفاة الزوج أو طلاقه بيينة تقوم لها على موته أو طلاقه أو أي علم صادق ثبت عندها اعتدت من يوم يكون الطلاق وتكون الوفاة ، وإن لم تعتد حتى تمضي عدة الطلاق والوفاء لم يكن عليها عدة ، لأن العدة إنما هي مدة تمر عليها ، فإذا مرت عليها فليس عليها مقام مثلها . قال وإذا خفي ذلك عليها وقد استيقنت بالطلاق أو الوفاة اعتدت من يوم استيقنت أنها اعتدت منه . وقد روى عن غير واحد من أصحاب النبي (ص) أنه قال : تعتد من يوم يكون الطلاق أو الوفاة . اهـ

(فرع) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالي ، وبهذا قال مالك وأحمد وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : يجب عشر ليال وتسعة أيام ، لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام ، وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليل تبعاً
قلنا : العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكور فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها ، كما قال تعالى لذكر يا دآيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال

سويا ، يريد أيامها بدليل أنه قال في موضع آخر آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، يريد بلياليها . ولو نذر اعتكاف العشر الاخير من رمضان لزمه الليالي والايام ، ويقول القائل (سرنا عشرآ) يريد الليالي بأيامها ، فلم يجوز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك . وما في الفصل من اختلاف صفتين أو اتفاقها فعلى وجهه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان (أحدهما) وهو قوله في القديم إن لها أن تفسخ النكاح ثم تتزوج ، لما روى عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة « أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته ، فأتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ، ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج ، ولأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعدر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا - وقد تعدر الجميع - أولى

(والثاني) وهو قوله في الجديد وهو الصحيح أنه ليس لها الفسخ ، لأنه إذا لم يجوز الحكم بموته في قسمة ماله لم يجوز الحكم بموته في نكاح زوجته ، وقول عمر رضى الله عنه يعارضه قول علي عليه السلام « تصبر حتى يعلم موته » ويخالف فرقة التعنين والإعسار بالنفقة ، لأن هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين ، وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت

فإن قلنا بقوله القديم تعدت أربع سنين ثم تعدت عدة الوفاة ثم تتزوج ، لما روينا عن عمر رضى الله عنه ، ولأن بمضى أربع سنين يتحقق براءة رحمها ثم تعدت ؛ لأن الظاهر أنه مات فوجب عليها عدة الوفاة

قال أبو إسحق يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتريص . ومن أصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع خبره ، والأول أظهر ، لأن هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم الحاكم كعدة التعنين . وهل يفترق بعد انقضاء العدة إلى الحكم بالفرقة ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يفترق ، لأن الحكم بتقدير المدة حكم بأوت بهد انقضائها

(والثاني) أنه يفتقر إلى الحكم لأنه فرقة مجتهد فيها فافتقرت إلى الحاكم كفرقة
 الدينين ، وهل تقع الفرقة ظاهراً وباطناً ؟ فيه وجهان (أحدهما) تقع ظاهراً
 وباطناً ، فإن قدم الزوج وقد تزوجت لم يجوز أن ينتزعا من الزوج ، لأنه فسخ
 يختلف فيه ، فنفذ فيه الحكم ظاهراً وباطناً كفرقة التعنين (والثاني) ينفذ في
 الظاهر دون الباطن ، لأن عمر رضى الله عنه جعل للمفقود لما رجعت أن يأخذ
 زوجته . وإن قلنا بالقول الجديد إنها باقية على نكاح الزوج ، فإن تزوجت بعد
 مدة التربص وانقضاء المدة فالنكاح باطل ، فإن قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز
 نقضه على قوله الجديد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه حكم فيما يسوغ فيه
 الاجتهاد (والثاني) أنه يجوز لأنه حكم بخلاف اقياس جلي ، وهو أنه لا يجوز
 أن يكون حياً في ماله ميتاً في نكاح زوجته .

(فصل) وإن رجعت المفقود ، فإن قلنا بقوله الجديد سلمت الزوجة إليه ،
 وإن قلنا بقوله القديم وقلنا إن حكم الحاكم لا ينفذ في الباطن سلمت إليه ، وإن
 قلنا إنه ينفذ ظاهراً وباطناً لم تسلم إليه ، وإن فرق الحاكم بينهما وتزوجت ثم بان
 أن المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة — فإن قلنا بقوله القديم — صح
 النكاح ، سواء قلنا إن الحكم ينفذ في الظاهر دون الباطن ، أو قلنا إنه ينفذ في
 الباطن دون الظاهر ، لأن الحكم أباح لها النكاح وقد بان أن الباطن كالظاهر .
 وإن قلنا بقوله الجديد ففي صحة النكاح الثاني وجهان بناء على القولين فيمن وصى
 بمكاتبة ثم تبين أن الكتابة كانت فاسدة

(الشرح) يحيى بن جعدة اختلف في حجة أبيه جعدة بن هبيرة بن أبي وهب
 المخزومي القرشي ، فقد تزوج هبيرة بن أبي وهب بأم هانئ بنت أبي طالب
 فولدت أم هانئ ثلاثة بنين : جعدة وهانئ ويوسف . وقال الزبير بن بكار :
 أربعة بنين أحدهم جعدة ، وقد تولى جعدة على خراسان اعلى بن أبي طالب ، وهو
 ابن أخته وهو القائل :

أبي من مخزوم ان كنت سائلاً ومن هاشم أمي لخير قبيل
 فمن الذي يبأى علي بخاله كخالي علي ذي الندى وعقبيل

(١) يبأى أي يفخر

أما ولده يحيى فليس من رواته ولكنه ثقة ، وقد أرسل عن ابن مسعود ونحوه وهو من الطبقة الثالثة .

أما رواية يحيى هنا فقد أخرجها ابن أبي الدنيا قال « وحدثنا أبو مسلم عبد الرحمن ابن يوسف حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة قال : انتسفت الجن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه فلم يدروا أحيا هو أم ميتا ؟ فأنت امرأته عمر رضى الله عنه فأمرها أن تبرص أربع سنين ثم أمر وليه أن يطلق ثم أمرها أن تعتد وتتزوج فإن جاء زوجها خير بينها وبين الصداق » ويحيى لم يعاصر عمر بن الخطاب ولم يره فيكون في الخبر انقطاع

وقد أخرج ابن أبي الدنيا هذا الخبر بإسناد آخر : حدثني اسماعيل بن اسحق حدثنا خالد بن الحارث حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أبي نضرة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن رجلا من قومه خرج ليصلي مع قومه صلاة العشاء ففقد ، فانطلقت امرأته الى عمر بن الخطاب فحدثته بذلك ، فسأل عن ذلك قومها فصدقوها ، فأمرها أن تبرص أربع سنين فتربصت ثم أتت عمر فأخبرته بذلك فسأل عن ذلك قومها فصدقوها ، فأمرها أن تزوج ، ثم ان زوجها الأول قدم فارتفعوا الى عمر فقال عمر : يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته ، قال كان لى عذر ؟ قال وما عذرك ؟ قال خرجت أصلى مع قومي صلاة العشاء فسبنتى أو قال أصابتنى الجن فكنت فيهم زمنا طويلا ، فغزاهم إجن مؤمنون فقاتلوهم فظمروا عليهم فأصابوا لهم سبايا فكنت فيمن أصابوا ، فقاتلوا ما دينك ؟ قلت مسلم . قالوا أنت على ديننا لا يحل لنا سبيك ، فخيرونى بين المقام وبين القفول فاخترت القفول . فأقبلوا معى بالليل بشرأ يحدوني ، وبالنهار اعصار وريح أتبعها . قال فما كان طعامك ؟ قال كل ما لم يذكر اسم الله عليه . قال فما كان شرابك ؟ قال الجدف

قال قتادة : الجدف ما لم يخمر من الشراب

قال نخيره عمر رضى الله عنه بين المرأة وبين الصداق . وفي إسناده أبو نضرة وليس كل أحد يحتاج به .

وأورد العقيلي في الضعفاء ، وذكره صاحب الكامل ولم يذكر شيئاً أكثر من أنه كان عريفاً لقومه ، قال الذهبي : ولكن احتج به البخاري . وأخرجه الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير وعبد الرزاق بسنده في التقييد ، ومالك والشافعي مختصراً .

أما الأحكام : فإذا غاب الرجل عن امرأته غيبة غير منقطعة ، يعرف فيها خبره ومكانه ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعذر الاتفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه .

وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته ، وهذا قول النخعي والزهرى ويحيى الأنصاري ومكحول وأحمد بن حنبل وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ، وإن أبى العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو رده ، وبه قال الأوزاعي والثوري وإسحاق . وقال الحسن : أباقه طلاقه . أما إذا غاب غيبة منقطعة بأن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم مكانه فهذا ينقسم قسمين .

(أحدهما) أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وطلب العلم والسياحة والآخر في حبس السلطان فلا تزول الزوجية أيضاً ما لم يثبت موته ، هذا هو قوله في الجديد ، وهو مروى عن علي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأبي قلابة والنخعي وأبي عبيد .

وقال في القديم تبرص أربع سنين وتعند للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الرطه بالعنة ، وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى ، واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم إنكاره ولم يقل بهذا من الفقهاء إلا مالك . ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد بن حنبل إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله ، وهذا يقتضى أن زوجته تعند عدة الوفاة ثم تتزوج .

قال ابن قدامة ، قال أصحابنا إنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته ، لأن

الظاهر أنه لا يحبس أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته ، كما لو كان فتمده بنسبة ظاهرها الهلاك ، والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قيل في الاربع سنين أو كما قيل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه الا بالتوقيف لان تقديرها بتسعين سنة من يرم ولادته يفضى الى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا ، وخبر عمر ظاهر فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس على غيره .

(القسم الثاني) أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضى الى مكان قريب ليقتضى حاجته فلا يظهر له أثر ولا خبر أو يفقد في حومة القتال بين الصنفين أو تنحطم بهم باخرة فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كصحراء الفيوم ومنخفض القطارة من ديار مصر حرسها الله أو في صحراء الجزائر الكبرى من قطر الجزائر أيده الله ، أو الربع الحالى من البلاد الحجازية أعلى الله رايتها .

فقال في القديم : تبرص أربع سنين أو أكثر مدة الحمل ثم تعدد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج .
وقال أحمد : من ترك هذا القول فأى شيء يقول ، وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير .

وقال في الجديد تبرص حتى يتبين موته أو فراقه ، لما روى المغيرة بن شعبه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها .

وروى الحكم وحماد عن علي : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه ، لأنه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة ، وفي اعتبار ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة وجهان .

(أحدهما) يعتبر ابتداءهما من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فانتقلت الى ضرب الحاكم كعدة العنة .

(والثاني) من حين انقطع خبره وبعد أثره لأن هذا ظاهر في موته ، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان ، ولاحمد روايتان كالوجهين .

(فرع) اذا قدم زوجها الأول قبل أن تزوج فهي امرأته . وقال بعض أصحابنا اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الاول ، والحق أننا انما أجبنا لها التزويج ، لأن الظاهر موته ، فإذا بان حيا انحرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حيا .

والقياس الجلي أنه لا ينبغي أن نثبت له الحياة في ملكه ولا نثبتها له في نكاحه والنكاح أحد الملكين فأشبهه ملك المال ، وهذا هو أحد الوجهين عندنا . فأما ان قدم بعد أن تزوجت فظننا ، فإن كان قبل الدخول بالثاني فهي زوجة الأول ترد اليه .

أما بعد الدخول فإن قلنا : التفريق بينها وبين الزوج الأول بحكم الحاكم وأن الفرقة وقعت ، فعلى قوله الجديد تسلم الزوجة إلى زوجها الأول ولا كلام . وإن قلنا بقوله القديم : وقلنا إن حكم الحاكم يقتصر على الظاهر دون الباطن ساءت الزوجة إلى زوجها الأول .

وإن قلنا : إن حكمه ينفذ ظاهراً وباطناً لم تسلم إليه . وقال أحمد : أما قبل الدخول فهي امرأته ، وإنما التخيير بعد الدخول ، وهو قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك وإسحاق ، وفي رواية لأحمد : إذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته .

قال ابن قدامة : والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على أنه لا تخيير إلا بعد الدخول ، فتكون زوجة الأول رواية واحدة لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن ، فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلاً ، لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلاً كما لو شهدت بينة بموته ، وليس عليه صداق لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الأول كما لو لم تزوج .

(فرع) إذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تزوج فيه مثل أن

تنزّوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها
السلامة أو ما أشبه هذا ، فإن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو
فارقها وانقضت عدتها ففي صحة نكاحها وجهان .

(أحدهما) هو صحيح لأنها ليست في نكاح ولاعدة فصح تزويجها كما لو علمت
ذلك (والثاني) لا يصح لأنها بمعتقدة تجرم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من
باع عيناً في يده ينتقدتها لمورثه فيبان موروثه ميتاً والعين مملوكة له بالإرث هل
يصح البيع ؟ فيه وجهان كذا همنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب مقام المعتدة والمكان الذي تعتد فيه)

إذا طلقت المرأة فإن كان الطلاق رجعياً كان سكنها حيث يختار الزوج من المواضع التي تصلح لسكنى مثلها ، لأنها تجب لحق الزوجية ، وإن كان الطلاق بائناً نظرت فإن كان في بيت يملك الزوج سكنها بملك أو إجارة أو إعارة ، فإن كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها أن تعتد فيه لقوله عز وجل « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، فأوجب أن تسكن في الموضع الذي كان يسكن الزوج فيه ، فإن كان الموضع يضيق عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لها ، لأن سكنها تختص بالموضع الذي طلقها فيه . وإن اتسع الموضع لهما وأراد أن يسكن معها نظرت فإن كان في الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلها ، كالحجرة أو علو الدار ، أو سفليها وبينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج في الثاني جاز ، لأنهما كالدارين المتجاورتين ، فإن لم يكن بينهما باب مغلق فإن كان لها موضع تستبر فيه ومهـا محرم لها تتحفظ به كره ، لأنه لا يؤمن النظر ولا يحرم ، لأن مع المحرم يؤمن النساء ، فإن لم يكن محرم لم يجز لقوله عليه السلام « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان »

(فصل) وإن أراد الزوج بيع الدار التي تعتد فيها نظرت — فإن كانت مدة العدة غير معلومة ، كالعدة بالحمل أو بالاقراء — فالبيع باطل لأن المنافع في مدة العدة مستثناة ، فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة بمهولة ، فإن كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان (أحدهما) أنها على قولين كبيع الدار المستأجرة (والثاني) أنه يبطل قولاً واحداً ، والفرق بينهما أن منفعة الدار تنتقل إلى المستأجر ، ولهذا إذا مات انتقل إلى وارثه فلا يكون في معنى من باع

الدار واستثنى بعض المنفعة، والمرأة لا تنتقل المنفعة اليها في مدة العدة؛ ولهذا إذا ماتت رجعت منافع الدار الى الزوج فيكون في معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه .

(فصل) وان حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبيع المسكن حتى تنقضى العدة، لأن حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الزمات وإن حجر عليه ثم طلق ضاربت المرأة الغرماء بحقها فان بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لأن حقها وان ثبت بعد حقوق الغرماء الا أنه يستند الى سبب متقدم وهو الوطاء في النكاح، فان كانت لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضاربت بالسكنى في تلك المدة فان انتقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء، فان زادت مدة العدة على العادة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنها ترجع على الغرماء بما بقي لها كما ردت الفاضل اذا انتقضت عدتها فيما دون العادة .

(والثاني) لا ترجع عليهم لأن الذي استجقت الضرب به قدر عاداتها (والثالث) ان كانت عدتها بالاقراء لم ترجع لأن ذلك لا يعلم الا من جهتها وهي متهمه؛ وان كانت بوضع الحمل أقامت البينة على وضع الحمل ورجت عليهم لأنه لا يلحقها فيه تهمة، فان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضربت منهم بأجرة أقل مدة تنقضى بها العدة لأنه يقين فلا يجب ما زاد بالشك، فان زادت العدة على أقل ما تنقضى به العدة كان الحكم في الرجوع بالزيادة على ما ذكرناه اذا زادت على العادة

(فصل) وان طلقت وهي في مسكن لها لزمها أن تعتد به لأنه مسكن وجبت فيه العدة، ولها أن تطالب الزوج بأجرة المسكن لأن سكنها عليه في العدة

(الشرح) الحديث أخرجه أحمد في مسنده من حديث عامر بن ربيعة بلفظ لا يخلون رجل بامرأة لا تحمل له فان ثالثهما الشيطان الا محرم، وأخرجه من حديث جابر بلفظ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس منها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان، وقد أخرج معناه الشيخان عن ابن عباس وأحمد ومسلم وأبوداود والترمذي من حديث أبي سعيد الخدري وجريير بن عبدالله

وبربذة وعقبة بن عامر . أما الأحكام فقولہ تعالیٰ : أسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم ، قال ابن العربي : وبسط ذلك وتحقيقه أن الله سبحانه لما ذكر السكنى
أطلقها لكل مطلقة ، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل ، فدل على أن المطلقة البائن
لا نفقة لها .

(قلت) إن كانت المطلقة رجعية فإنها من نسائه ترثه ويرثها وتسكن حيث
يختار لها ما يصلح لسكنى مثلها ، ولا تخرج إلا بإذنه ما كانت في عدتها ، ولم يؤمر
الرجل بالسكنى لها ، لأن ذلك لازم لزوجها مع نفقتها وكسوتها ، حاملا كانت
أو حائلا ، وإنما أمر الله بالسكنى للآتي بن مع أزواجهن مع نفقتهم . قال تعالیٰ
(وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فجعل عز وجل
للحوامل الآتي بن من أزواجهن السكنى والنفقة ، فالمطلقة ثلاثا إن كانت حاملا
وجب لها السكنى قولا واحداً لأن العلم بين أهل العلم خلافا فيه ، فإن لم تكن حاملا
فقد اختلف العلماء في ذلك فقال الشافعي يجب لها السكنى ، وهو قول ابن مسعود
وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن
وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري وأصحاب الرأي وإحدى
الروائتين عن أحمد لقول الله تعالیٰ (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا
أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالیٰ (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) فأوجب لهن السكنى مطلقا . ثم خص الحامل
بالإنفاق عليها .

وقال أحمد في أظهر روايته لا يجب لها ذلك . وهو قول ابن عباس وجابر
وعطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وداود
ابن علي ، لما روت فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو
غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته فقال : والله ما لك علينا من شيء .
فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فقال لها ليس لك عليه
نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : إن تلك امرأة
يفشاها أصحابي ، اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، أخرجه الشيخان .

ولكننا إذا تأملنا صدى هذا الخبر لوجدنا أن عمر رضى الله عنه أنكسر عليها
وقال : ما كنا لنندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا تدرى أصدقت
أم كذبت ،

وقال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب ، وقال إنها كانت في مكان
وحش يخيف على ناحيتها ،

وقال سعيد بن المسيب : تلك امرأة فتنت الناس ، لها كانت السنة ، فوضعت
على يدي ابن أم مكتوم الأعمى ،

ووجه القائلين بعدم وجوب السكنى لها ما قالت هي : بينى وبينكم كتاب الله
قال تعالى (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فأى أمر يحدث بعد الثلاث
فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا ؟ فعلام تحبسونها ؟ فكيف تحبس
امرأة بغير نفقة ؟

* * *

وأما قول عمر لا ندع كتاب ربنا ، فقال أحمد بن حنبل لا يصدر هذا عن
عمر وإنما قال لا نجيز في ديننا قول امرأة . وهذا يجمع على خلافه ، وقد أخذنا
بخبر فريضة وهي امرأة ، وبرواية عائشة وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم
في كثير من الأحكام ، وعار أهل العلم إلى خبر فاطمة . هذا في كثير من
الأحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملا الخ ما قال

فإن كان الموضع الذى طلقها فيه يناسبها للعيش بمفردها لزمها ذلك ، كما
يلزمه إقرارها لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) فإن لم يناسبها فعليه أن
يختار لها مسكنا يناسب مثلها ، فإن كان في مسكن يملكه الزوج أو يوجره
ويصلح لمثلها اعتدت فيه ، فإن ضاق عنهما انتقل عنها وتركها لها لأنه يلزم أن
تسكن في الموضع الذى كان الزوج يسكن فيه لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم)

وقد ذهب أحمد ومن ذكرنا أنه لا سكنى للمبتوتة ولا نفقة

وقاوا في الآية : انها للرجعية ، ولأن السكنى تابعة للنفقة ، فلما لم تجب للمبتوتة نفقة لم يجب لها سكنى ، وحجة أبي حنيفة أن للمبتوتة النفقة قول الله تعالى « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وترك النفقة من أكبر الأضرار ، وفي إنكار عمر علي فاطمة قولها ما بين هذا ، ولأنها معتدة تستحق السكنى عن طلاق فكانت لها النفقة كالرجعية ، ولأنها محبوسة عليه لحقه فاستحققت النفقة كالزوجة أما مذهبتنا فإنه يلزمه أن يترك الموضع لها إن ضاق عليهما ، فإن اتسع لهما وفي الدار غرفة منفردة أو حجرة في علو الدار أو سفلهما وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج في الباقي ، لأنهما كالدارين المستقلتين المتجاورتين ، وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تستتر فيه بحيث لا يراها ، ومعهما محرم تحفظ به جاز ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ويكره في الجملة ، لأنه لا يؤمن النظر ، وإن لم يكن معه محرم لم يجز ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يدخلون رجل يامرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان ، وإن امتنع من إسكانها أجبره الحاكم ، وإن كان الزوج حاضراً والمسكن لاثقاً فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في ملكها لم ترجع بالأجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد ، وإن عجز الزوج عن إسكانها لسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنى حيث شاءت ، وكذلك الشأن في المتوفى عنها زوجها إذا لم يقيم ورثته باسكانها ، وهو إنما تلزمها السكنى في منزله لتحسين مائه ، فإذا لم يفعل لم يلزمها ذلك

وقال الشافعي في الام : بعد ذكر الآية « فذكر الله عز وجل المطلقات جملة لم يخصص منهن مطلقة دون مطلقة ، فجعل على أزواجهن أن يسكنوهن من وجدهم ، وحرم عليهم أن يخرجوهن وعليهن ألا يخرجن : الا أن يأتين بفاحشه مبينه فيجزل إخراجهن

فكان من خوطب هذه الآية من الأزواج يحتمل أن اخراج الزوج امرأته المطلقة من بيتها منعها السكنى لان الساكن إذا قيل أخرج من مسكنه فاما قيل : منع مسكنه ، وكما كان كذلك إخراجها إياها .

وكذلك خروجها بامتناعها من السكن فيه وسكنها في غيره ، فكان هذا

الخروج المحرم على الزوج والزوجه رضيا بالخروج معاً أو مسخفاً معاً أو رضياً به أحدهما دون الآخر فليس للمرأة الخروج ولا للرجل إخراجها إلا في الموضع الذي استثنى الله عز ذكره من أن تأتي بفاحشه مبينه وفي العذر ، فكان فيما أوجب الله تعالى على الزوج والمرأة من هذا تعبداً لهما ، وقد يحتمل مع التعبد أن يكون لتحصين فرج المرأة في العدة ، وولد إن كان بها .

ثم تكلم الشافعي عن خروج المرأة وأنها لا تخرج بحال ليلاً ولا نهاراً إلا من عذر قال : ولو فعلت هذا كان أحب اليّ وكان احتياطاً لا يبق في القلب معه شيء وإنما منعنا من إيجاب هذا عليها مع احتمال للآيه لما ذهبنا اليه من إيجابه على ما قال ما وصفنا من احتمال الآيات قبل لما وصفنا .

إذا ثبت هذا : فانه إذا كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذروا لها سكناً لم تلزمها السكنى ، وكذلك ان أخرجت من المسكن الذي هي به أو أخرجت لأي غرض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواء ؛ سواء بذله الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره .

وكذلك إذا قلنا إنها السكن فتعذر سكنها في مسكنها وبذل لها سواء ، وان طلبت مسكناً سواء لزم الورثة تحصيله بالأجرة أو بغيرها ان خلف الميت تركه تفي بذلك ويقدم ذلك على الميراث ، لانه حق على الميت فأشبهه الدين ، فان كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء ، لان حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً لسكنه .

وكذلك الحكم في المطلقة اذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها ؛ فانها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء اذا كانت حاملاً ، فان قيل : فهلا قدمتم حق الغرماء لانه أسبق ؟ قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشارك الغرماء فيه كما لو أثلث المفلس ما لا لإنسان أو جنى عليه ، وان مات وهي في مسكنه لم يجوز إخراجها منه لان حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه ، فكان حقها مقدماً كحق المرتهن ، وان طلب الغرماء بيع هذا المسكن وترك السكنى لها مدة العدة لم يجوز لأنها إنما تستحق السكنى اذا كانت

حاملًا ، ومادة الحمل مجهولة ، فتصير كما أو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وان أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها في السكنى لم يكن لهم ذلك ، وان أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لانه لا ضرر عليها فيه .
 قال الشافعي رضي الله عنه : وإن كان على زوجها دين لم يسكنها فيما يباع من ماله حتى تنقضى عدتها ، فأما إن كان أنزلها منزلا غارية أو بكراء لم يدفعه وأفلس فلاهل هذا كله أن يخرجوها منه وعليه أن يسكنها غيره إلا أن يفلس فإن أفلس ضربت مع الغرماء بأقل قيمة سكنى ما يكفيها بالغأ ما بلغ ، واتبعته بفضلة متى أيسر ، قال : وهكذا تضرب مع الغرماء بنفقتها حاملًا وفي العدة من طلاقه اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان مات الزوج وهي في العدة قدمت على الورثة في السكنى لانها استحققتها في حال الحياة فلم تستقط بالموت كما لو أجز داره ثم مات فإن أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك ، لأن فيها اضراراً بها في التصديق عليها ، وان أرادوا التمييز بأن يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء ، فان قلنا ان القسمة تميز الحقين جاز لانه لا ضرر عليها ، وان قلنا انها يبيع فعلى ما بيناه (فصل) وان توفي عنها زوجها وقلنا : انها تستحق السكنى فان كانت في مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه ، لما روت فريعة بنت مالك ؓ أن زوجها قتل فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله ، وان لم تكن في مسكن الزوج وجب من تركته أجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية ، لانه دين مستحق فقدم ، وان زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها ، فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكنها لما في عدتها من حق الله تعالى ، وان قلنا : لا تجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت ، فإن تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتراف فيه .

(فصل) وان أمر الزوج امرأته بالانتقال الى دار أخرى فخرجت بنية

الانتقال ثم مات أو ظلمها وهي بين الدارين ففيه وجهان (أحدهما) أنها تخير بين الدارين في الاعتداد ، لأن الأولى خرجت عن أن تكون مسكناً لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكناً لها (والثاني) وهو الصحيح أنه يلزمها الاعتداد في الثانية ، لأنها مأمورة بالمقام فيها ممنوعة من الأولى

(فصل) وإن أذن لها في السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل أن تفارق البنين ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن لها أن تعود ولها أن تمضي في سفرها ، لأن العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنين (والثاني) وهو قول أبي إسحق أنه يلزمها أن تعود وتعتد لأنه لم يثبت لها حكم السفر ، فإن وجبت العدة وقد فارقت البنين ، فإن كان في سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهي بين الدار التي كانت فيها وبين الدار التي أمرت بالانتقال إليها ، فإن كانت في سفر حاجة فلها أن تمضي في سفرها ولها أن تعود ، لأن في قطعها عن السفر مشقة ، وإن وجبت العدة وقد وصلت إلى المقصد ، فإن كان للبقاء لزماً أن تقيم وتعتد لأنه صار كارتطاب الذي وجبت فيه العدة ، فإن كان لقضاء حاجة فلها أن تقيم إلى أن تنقضي الحاجة ، فإن كان لزيارة أو نزهة فلها أن تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام لأن ذلك ليس باقامة ، فإن قدر لها إقامة مدة من شهر أو شهرين ففيه قولان (أحدهما) أن لها أن تقيم المدة ، وهو اختيار المزني ، لأنه مأذون فيه (والثاني) أنها لا تقيم أكثر من إقامة المسافر وهو ثلاثة أيام ، لأنه لم يأذن في المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام ، فإن انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فإن علمت أنها إذا عادت إلى البلد أمكن أن تنقضي شيئاً من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزماً العود لتنقضي العدة في مكانها ، وإن علمت أنها إذا عادت لم يبق منها شيء ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمها لأنها لا تقدر على العدة في مكانها

(والثاني) يلزمها لتكون أقرب إلى الموضع الذي وجبت فيه العدة .

(فصل) إذا أحرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة ، فإن لم يخش فوات الحج

إذا قعدت للعدة لزماً أن تقعد للعدة ثم تحج ، لأنه يمكن الجمع بين الحقين فلم يحز

إسقاط أحدهما بالآخر فإن خشيت فوات الحج وجب عليها المعنى في الحج لانهما استويا في الرجوب وتضييق الوقت والحج أسبق فقدم . وإن وجبت العدة ثم أحرمت بالحج لزمها القعود للعدة لأنه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت

(الشرح) حديث فريعة بنت مالك أخرجه أبو داود في الطلاق عن القعنبى والترمذى في الطلاق عن إسحاق بن موسى والنسائى في الطلاق عن محمد بن العلاء وعن قتيبة وعن إسحاق بن منصور وابن ماجه في الطلاق عن أبي بكر والطبرانى في الطلاق عن سعد بن إسحاق وقد صححه الترمذى ولفظه « خرج زوجى في طلب أعلاج له فأدركهم في طرف القدوم فقتلوه ، فأتانى نعيه وأنا في دار شامعة من دور أهلى ولم يدع نمنقة ولا مالا ورثته وليس المسكن له ، فلو تحوات الى أهلى واخوتى لكان أرفق لى فى بعض شأنى . قال تحولى ، فلما خرجت الى المسجد أو الى الحجرة دعانى أو أمرى فدعيت ، فقال امكئى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرأ ، قالت وأرسل إلى عثمان فأخبرته فأخذه ، ولم يذكر النسائى وابن ماجه إرسال عثمان وأخرجه أيضا مالك فى الموطأ والشافعى وابن حبان والحاكم وصحاه ، وأعله ابن حزم بجهالة حال زينب بنت كعب بن عجرة الراوية له عن فريعة ، ولكن زينب المذكورة وثقها الترمذى وغيره فى الصحابة

وأما ما روى عن على بن المدينى بأنه لم يرو عنها غير سعد بن إسحاق فردود بما فى مسند أحمد من رواية سليمان بن محمد بن كعب بن عجرة عن عمته زينب فى فضل الإمام على عليه السلام ، وقد أعل الحديث أيضا بأن فى إسناده سعد بن إسحاق وتعقبه ابن القطان بأنه قد وثقه النسائى وابن حبان ، ووثقه أيضا ابن معين والدارقطنى وقال أبو حاتم صالح الحديث . وروى عنه جماعة من أكابر الأئمة ولم يتكلم فيه بجرح ، وغاية ما قاله فيه ابن حزم وعبد الحق أنه غير مشهور وهذه دعوى باطلة ، فإن من يروى عنه مثل سفيان الثورى وحماد بن زيد ومالك بن أنس ويحيى بن سعيد والدراوردى وابن جريج والزهري مع كونه أكبر منه ، وغير هؤلاء الأئمة كيف يكون غير مشهور

أما اللغات فإن فريضة — بضم الفاء وفتح الراء بعدها ياء ساكنة — ويقال لها الفارعة ، وهي بنت مالك بن سنان — أخت أبي سعيد الخدري — وشهدت بيعة الرضوان .

وقد استدلل بهذا الحديث على أن المتوفى عنها زوجها تعتد في المنزل الذي بلغها نعي زوجها وهي فيه ولا تخرج منه الى غيره ، وقد ذهب الى ذلك جماعة من المجابرة والتابعين ومن بعدهم ، واليه ذهب مالك وأبو حنيفة والأوزاعي واسحاق وأبو عبيد .

قال ابن عبد البر ، وقد قال بحديث الفريضة جماعة من فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر ، ولم يطعن فيه أحد منهم

قال الشافعي في الأم ، قال الله تبارك وتعالى في المطلقات « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بما شئ ميسرة » فكانت هذه الآية في المطلقات وكانت المعتدات من الوفاة معتدات كعدة المطلقة ، فاحتملت أن تكون في فرض السكنى للمطلقات ، ومنع إخراجهن تدل على أن في مثل معناه في السكنى ومنع الإخراج المتوفى عنهن لانهن في معناه في العدة .

قال وذات سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن المتوفى عنها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله ، واحتمل أن يكون ذلك على المطلقات دون المتوفى عنهن فيكون على زوج المطلقة أن يسكنها لأنه مالك ماله ، ولا يكون على زوج المرأة المتوفى عنها سكنها لأن ماله مملوك لغيره .

ثم ساق حديث الفريضة بنت مالك ، ثم قال وإذا طلق الرجل امرأته فلها سكنها في منزله حتى تنقضي عدتها ما كانت العدة حملا أو شهورا كان الطلاق يملك فيه الرجعة أو لا يملكها ؛ وان كان المنزل بكراء فالكراء على الزوج المطلقة أو في مال الزوج الميت ، ولا يكون للزوج المطلق إخراج المرأة من مسكنها الذي كانت تسكن معه ، كان له المسكن أو لم يكن

وقال الشافعي رضي الله عنه « ولو كانت تسكن في منزل لها معه فطلقها وطلبت أن تأخذ كراء مسكنها منه كان لها في ماله أن تأخذ كراء أقل ما يسعها من المسكن فقط .

ولو كان نقلها إلى منزل غير منزله الذي كانت فيه ثم طلقها أو مات عنها بعد أن صارت في المنزل الذي نقلها إليه اعتدت في ذلك المنزل الذي نقلها إليه وأذن لها أن تنتقل إليه . ولو كان أذن لها في النقلة إلى منزل بعينه أو أمرها بالتنقل حيث شاءت فتمت ما عاها وخدمها ولم تنتقل بيديها حتى مات أو طلقها اعتدت في بيتها الذي كانت فيه . ولا تكون منتقلة إلا بيديها ، فإذا انتقلت بيديها وإن لم تنتقل بمتاعها ثم طلقها أو مات عنها اعتدت في الموضع الذي انتقلت إليه بإذنه

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو انتقلت بغير إذنه ثم لم يحدث لها إذناً حتى طلقها أو مات عنها رجعت فاعتدت في بيتها الذي كانت تسكن معه فيه وهكذا السفر بأذن لها به ، فإن لم تخرج حتى يطلقها أو يتوفى عنها أقامت في منزلها ولم تخرج منه حتى تنقضي عدتها .

وإن أذن لها بالسفر فخرجت أو خرج معها مسافراً إلى حج أو بلد من البلدان فمات عنها أو طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فسواء ولها الخيار في أن تنقضي في سفرها ذاهبة أو جائية ، وليس عليها أن ترجع إلى بيته قبل أن ينقضي سفرها فلا تقيم في المصر الذي أذن لها في السفر إليه ، إلا أن يكون أذن لها في المقام فيه أو في النقلة إليه ، فيكون ذلك عليها إذا بلغت ذلك المصر اهـ

وجملة ذلك أن المعتدة لا تخرج من مسكنها لسفر ولا غيره بغير عذر إلا بإذنه . فإن كانت في عدة الوفاة فليس لها أن تخرج إلى الحج ولا إلى غيره من أنواع السفر .

روى ذلك عن عمر وعثمان وسعيد بن المسيب والقاسم ومالك وأحمد وأبو عبيد وأصحاب الرأي والثوري .

وان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت لم تفارق البنيان ، فإن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتام لأنها صارت في موضع أذن لها فيه وهو السفر ، فأشبهه ما لو كانت قد بعدت .

وقال أحمد وأصحابه : يجب عليها أن ترجع ان كانت قريبة لأنها في حكم الإقامة وان تباعدت مضت . ووجه هذا القول ما روى سعيد بن منصور عن سعيد بن المسيب قال : توفي أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عن ذي الحليفة

حتى يعتدّن في بيوتهن ، ولأنه أمكن الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها
 فلزمها ، وقال مالك ترد ما لم تحرم . وقال أبو حنيفة حد القريب بما لا تقصر فيه
 الصلاة ، وحد البعيد بما تقصر فيه وهو مسيرة ثلاثة أيام . وقال متى كان بينها
 وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه ، وإن كان فوق ذلك لزمها
 المضى إلى مقصدها والاعتداد فيه إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام ، وإن
 كان بينها وبينه ثلاثة أيام وفي موضعها الذي هي فيه موضع يمكنها الإقامة فيه
 لزمها الإقامة ، وإن لم يمكنها الإقامة مضت إلى مقصدها
 ولنا أنه يفرق بين السفر لحاجة والسفر لغير حاجة ووصلت إلى غايتها أو لم
 تصل على ما بينه المصنف هنا .

فإذا كان عليها حجة الإسلام فمات زوجها لزمتهما العدة في منزلها ، وإن فاتها
 الحج ، ولأن العدة في المنزل تفوت ولا بد لها ، والحج يمكن الاتيان به في غير
 هذا العام . وإن مات زوجها بعد احرامها بحج النرض أو بحج أذن لها في زوجها
 نظرت — فإن كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها
 الاعتداد في منزلها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز إسقاط أحدهما . وإن
 خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه . وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة يلزمها
 المقام وإن فاتها الحج ، لأنها معتدة فلم يجز لها أن تنشئ سفرًا كما لو أحرمت بعد
 وجوب العدة عليها .

دليلنا أنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيقت الوقت فوجب تقديم الأسبق
 منهما ، كما لو كانت العدة أسبقاً ، ولأن الحج أكد لأنه أحد أركان الإسلام
 والمشقة بتفويته تعظم ، فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها إليه
 وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته يجوز لها أن تمضي إليه لما
 في بقائها في الاحرام من المشقة ، ويجوز أن تمتد في منزلها لما في العدة من السبق
 ولأنها فرطت وغلظت على نفسها ، فإذا قضت العدة وأمكنتها السفر إلى الحج لزمها
 ذلك ، فإن أدركته والإتتملك بعمل عمرة وحكمها حكم من فاتته الحج في قضائه
 وإن لم يمكنها السفر فخكمها بحكم المحصر كالتى يمنعها زوجها من السفر وحكم
 الاحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز للمبتوتة ولا للبتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

وروت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريضة بنت مالك قالت « قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إني في دار وحشة أفأنتقل إلى دار أهلي فأعتد عندهم ؟ فقال اعتدى في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، أربعة أشهر وعشراً ،

(فصل) وإن بذت على أهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى (ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) قال ابن عباس رضى الله عنه : الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها ، فإذا بذت على الأهل حل لإخراجها . وأما إذا بذت عليها أهل زوجها نقلوا عنها ، ولم تنتقل ، لأن الاضرار منبهم دونها ، وإن خافت في الموضع ضرراً من هدم أو غيره انتقلت ، لأنها إذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلأن تنتقل من خوف الهدم أولى ، ولأن الفعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج في حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر .

فإن كانت العدة في موضع بالاغارة فرجع المعير أو بالاجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الاجارة أو طلب أكثر من أجره المثل انتقلت الى موضع آخر ، لأنه حال عذر ، ولا تنتقل في هذه المواضع إلا إلى أقرب موضع من الموضع الذى وجبت فيه العدة ، لأنه أقرب الى موضع الوجوب ، كما قلنا فيمن وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان إنه ينقل الزكاة الى أقرب موضع منه . وإن وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء إلا بها كاليمين في دعوى أو حد - فإن كانت ذات خدر - بعث اليها السلطان من يستوفى الحق منها ، وإن كانت برزة جاز إحضارها لأنه موضع حاجة فإذا قضت ما عليها رجعت الى مكانها ، وإن احتاجت الى الخروج لحاجة كسراء القطن وبيع الغزل لم يجوز أن تخرج لذلك بالليل ، لما روى مجاهد قال « استشهد رجال يوم أحد فتأيم نساؤهم

فحين رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن : يا رسول الله انا نستوحش بالليل ونبيت عند احدانا حتى اذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا ؛ فقال رسول الله (ص) تحدثن عند احدا كن ما بدا لكن ، حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة الى بيتها ؛ ولأن الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة . وان أرادت الخروج لذلك بالنهار نظرت - فإن كانت في عدة الوفاة - جاز لحديث مجاهد . وان كانت في عدة المبتوتة ففيه قولان

قال في القديم لا يجوز لقوله تعالى (ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقال في الجديد « يجوز » وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال « طلقت خالتي ثلاثاً ، فخرجت تجدد نخلها فلقيها رجل فنهاها ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها : اخرجي فجدى نخلك لعلمك أن تصدق منه أو تفعل خيراً ، ولأنها ممتدة بأن تجاز لها أن تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها زوجها .

(الشرح) في قوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) دليل على أنه ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ما دامت في العدة ، ولا يجوز لها الخروج الا لضرورة ظاهرة ، فإن خرجت أتمت ولا تنقطع العدة ، والمبتوتة في هذا كالرجعية - وهذا لصيانة ماء الرجل - وهذا معنى اضافة البيوت اليهن ، كقوله تعالى (واذا كرن ما يتلى في بيوتكن من آيات الله والحكمة) وقوله تعالى (وقرن في بيوتكن فهو اضافة اسكان لا اضافة تملك) أما حديث فريعة فقد مضى تخريجه آنفاً

وقوله « دار وحشة » دار مضاف وحشة مضاف اليه ، وأصله المكان القفر من الانيس . وخبر ابن عباس قال ابن كثير في قوله تعالى (الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والفاحشة المبينة تشمل الزنا ، كما قاله ابن مسعود وابن عباس وسعيد بن المسيب والشعبي والحسن وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وسعيد بن جبير والضحاك وأبو قلابة وأبو صالح وزيد بن أسلم وعطاء الخراساني والسدي وسعيد بن أبي هلال وغيرهم وغيرهم اه

وقال القرطبي : وعن ابن عباس والشافعي أنه البذاء على أحمائها فيحل لهم إخراجها ، وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال في فاطمة : تلك امرأة استطالت على أحمائها بلبسانها فأمرها عليه السلام أن تنتقل .

وفى كتاب أبي داود . قال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس لأنها كانت لسنه فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى ، قال عكرمة في مصحف أبي : « إلا أن يفحشن عليكم ، ويقوى هذا أن محمد بن إبراهيم بن الحارث روى أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : اتقى الله فإنك تعلمين لم أخرجت ؟

وعن ابن عباس الناحشة كل معصية كالزنا والسرقة والبذاء على الأهل وعن ابن عمر أيضاً والسدي : الفاحشة خروجها من بيتها في العدة ، وقال قتادة الناحشة الذنوز ، وذلك أن يطلقها فتتحول عن بيته .

قال ابن العربي أما من قال إنه الخروج للزنا فلا وجه له ، لأن ذلك الخروج هو خروج القتل والإعدام ، وليس ذلك بمسئتي في حلال ولا حرام ، وأما من قال انه البذاء فهو مفسر في حديث فاطمة بنت قيس ، وأما من قال انه كل معصية فوهم لأن الغيبة ونحوها من المعاصي لا تبيح الإخراج ولا الخروج . وأما من قال : إنه الخروج بغير حق فهو صحيح وتقدير الكلام لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن شرعا إلا أن يخرجن تعدياً . اهـ

(قلت) قال الشافعي في الأم : أخبرنا عبد العزيز بن محمد عن محمد بن عمر وعن محمد بن إبراهيم عن ابن عباس أنه كان يقول الناحشة المبينة أن تبدو على أهل زوجها ، فإذا بدت فقد حل إخراجها ، ثم ساق هذا الإسناد إلى عائشة رضي الله عنها كانت تقول اتقى الله يا فاطمة فقد علمت في أي شيء كان ذلك . قال الشافعي أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى عن عمرو بن ميمون بن مهران عن أبيه قال قدمت المدينة فسألت عن أعلم أهلها فدفعت إلى سعيد بن المسيب فسألته عن الميونة فقال تعتد في بيت زوجها ، فقلت فأين حديث فاطمة بنت قيس ؟ فقال هاهنا وصف أنه تعيظ ؛ وقال فتننت فاطمة الناس كانت للسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فأمرها رسول الله (ص) أن تعتد في بيت أم مكتوم .

وقال الشوكاني في نيل الأوطار وأما دعوى أن سبب خروجها كان لفحش في لسانها ، كما قال مروان لما حدث بحديثها ان كان بكم شر فحسبكم ما بين هذين من الشر ، يعني أن خروج فاطمة كان لشر في لسانها فمع كون مروان ليس من أهل الانتقاد على أجلاء الصحابة والطعن فيهم فقد أعاد الله فاطمة عن ذلك الفحش الذي رماها به فإنها من خيرة نساء الصحابة فضلا وعلماً ، ومن المهاجرات الأولات ولهذا ارتضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبه وابن حبه أسامة ، ومن لا يحملها رقة الدين على فحش اللسان الموجب لإخراجها من دارها ، وإبراح شيء من ذلك لكان أحق الناس بانكار ذلك عليها رسول الله (ص) ، وفي هذا الكلام من الشوكاني نظر سنأتي عليه .

أما خبر مجاهد المرسل فقد أخرجه الشافعي وعبد الرزاق هكذا مرسلًا بلفظ المصنف ، وله شواهد متصله موقوفه على ابن مسعود عند عبد الرزاق في نساء نعي اليهن أزواجهن وتشكين الوحشه فقال ابن مسعود يجتمعن بالنهار ثم ترجع كل امرأة منهن الى بيتها بالليل .

وأخرج ابن أبي شيبة عن عمر رضى الله عنه أنه رخص عنها زوجها أن تأتي أهلها بياض يومها ، وأن زيد بن ثابت رخص لها في بياض يومها . وأخرج سعيد بن منصور عن علي رضى الله عنه أنه جوز للمسافرة الانتقال . وروى الحججاج بن منهال أن امرأة سألت أم سلمة بأن أباهما مريض وأنها في عدة وفاة فأذنت لها وسط النهار .

أما حديث جابر فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه والنسائي . أما الأحكام فللمعتدة الخروج في حوائجها نهاراً سواء كانت منطلقه أو متوفى عنها لحديث جابر « طلقت خالي ثلاثاً فخرجت تجد نخلها فلقمها رجل فذاها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجي فخذى نخلك لعلك أن تصدقي منه أو تفعل خيراً » .

وحديث مجاهد المرسل وفيه « تحمثن عند احدا كن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها » ، وليس لها المبيت في غير بيتها ، ولا الخروج ليلاً

إلا اضرورة ، لأن الليل مظنة التمسك بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج إليه ، وان وجب عليها حن لا يمكن استيفاؤه إلا بها كالمعين وكانت ذات خد بعث إليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها ، وان كانت برزة جاز إحضارها لاستيفائه ، فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

وقال الشافعي رضى الله عنه : وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث فاطمة بنت قيس إذا بذت على أهل زوجها فأمرها أن تعتد في بيت أم مكتوم ، تدل على معينين (أحدهما) أن ما تأول ابن عباس في قول الله عز وجل « إلا أن يأتين بفاحشه مبينة » هو البذاء على أهل زوجها كما أول إن شاء الله تعالى وقال وبين إنما أذن لها أن تخرج من بيت زوجها فلم يقل لها النبي صلى الله عليه وسلم : اعتدى حيث شئت ، ولكنه حصنها حيث رضى إذ كان زوجها غائبا ولم يكن له وكيل بتحصينها ، فإذا بذت المرأة على أهل زوجها فجاء من بذاتها ما يخاف تساعر بذاته إلى تساعر الشر ، فلزوجها إن كان حاضرأ أخرج أهله عنها ، فإن لم يخرجهم أخرجها إلى منزل غير منزله فحصنها فيه ، وكان عليه كراؤه إذا كان له منعها أن تعتد حيث شاءت كان عليه كراء المنزل .

وان كان غائبا كان لو كبله من ذلك ماله ، وان لم يكن له وكيل كان السلطان ولى الغائب يفرض له منزلا فيحصنها فيه ، فان تطوع السلطان به أو أهل المنزل فذلك ساقط عن الزوج ، ولم تعلم فيما مضى أحداً بالمدينة أكرى أحداً منزلا إنما كانوا يتطوعون بانزال منازلهم وبأموالهم مع منازلهم ، وان لم يتطوع به السلطان ولا غيره فعلى زوجها كراء المنزل الذى تصير إليه ، ولا يتكارى لها السلطان الا بأخف ذلك على الزوج .

وان كان بذأؤها حتى يخاف أن يتساعر ذلك بينها وبين أهل زوجها عذراً في الخروج من بيت زوجها كان كذلك كل ما كان في معناه وأكثر من أن يجب حد عليها فتخرج ليقام عليها أو حتى فتخرج لحاكم فيه أو يخرجها أهل منزل فيه بكراء أو عارية ليس لزوجها أو ينهدم منزلها الذى كانت فيه أو تخاف في منزل هي فيه على نفسها أو ماله أو ما أشبه هذا من العذر ، فللزوج في هذه الحالات

أن يحصنها حيث صيرها أو أسكنها وكراء منزلها قال : وأن أمرها أن تنكاري منزلا بعينه فتكارته فكراؤه عليه متى قامت به عليه ، وإن لم يأمرها فتكارت منزلا فلم ينهها ولم يقل لها : أقيمى فيه ، فإن طلبت الكراء وهي في العدة استقبل كراء منزلها من يوم تطيبه حتى تنقضى العدة . وإن لم تطلبه حتى تنقضى العدة فحق لها تركته وعصت بتركها أن يسكنها فلا يكون لها وهي عاصية سكنى وقد مضت العدة ، وإن أنزلها منزلا له بعد الطلاق أو طلقها في منزل له أو طلقها وهي زائرة فكان عليها أن تعود إلى منزل له قبل أن يفلس ثم فليس فهي أحتى بالمنزل منه ومن غرمانه اه .

على أن محاولة اضعاف الخبر بكلام عمر ليست بذلك ، لأن كلام عمر رضى الله عنه دليل على صحته وصدوره عن فاطمة ، وأما البناء المنسوب لفاطمة ، فإنه لم يكن موجهها لزوجها بل كان لأحمائها ، وهذا أمر غير مستبعد من أى امرأة مطلقة تحس بشخصيتها لا سيما إذا كان البناء يحتمل أن يكون مجرد الخاشنة في القول والاستعلاء في اللهجة التي تتم عن ضيق ببقائها بين نساء مثلها .

ولو كان البناء من طبيعتها بمعنى الفحش والقبیح لما دفع بها إلى ابن أم مكتوم لتبقى في بيته مدة العدة ، ويفسر البناء منها رواية « وكان في لسانها ذرابة » أى حدة ، وليست فاطمة بذات قيس مصرومه ولا يدخل هذا بلياقتها لحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه ، وفي بعض الناس صدق في اللهجة ، وحدة في الصوت يمكن أن يوصف بالبدو والذرا به .

إذا تقرر هذا : فإن الآية تقتضى الإخراج عن السكنى إذا طال لسانها على أحمائها ، ولا يتوقف هذا الإخراج على ارتكاب الزنا إذا فسرت الفساحشة به على قول ابن مسعود والحسن ، فإن الإخراج في ذلك لا يكون إلا لإقامه الحد ، وأما الإخراج عن السكنى في الآية فلا يتحقق بما فسرا به الآية "فإن الفاحشة" اسم للزنا وضميره من الأقوال ، يقال : أخش فلان في مقاله ، ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشه « يا رسول الله قلت لفلان : بدس أخو العشيبة فلما دخل ألت له القول ؟ فقال يا عائشه إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيره في الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها .

وقال بعض الأصحاب ينتقلون هم عنها لأن سكنها واجب في المكان وليس بواجب عليهم ، والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ، ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها .

وإن كان أحاؤها هم الذين يؤذونها وينحشون عليها نقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ، ولأن الذنب لهم فينصون بالخراج ، وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به ، وإن أبي أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلها من مال الميت ، إلا أن تبرع إنسان ببذلها فيلزمها الاعتداد به .

فإن حوّلها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان الميت تركه يستأجر لها به مسكن ، لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فإن اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها إليه فلها ذلك لأن سكنها به حق لها وليس بواجب عليها ، فإن المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عندها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذي كانت به لا بويها أو لا أحدهما أو لغيرهم

وإن كانت تسكن في دارها فاختارت الإقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها ، وإن طلبت أن تسكن غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك ، لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها . والله تعالى أعلم

باب الاحداد

الإحداد ترك الزينة وما يدعو الى المباشرة ، ويجب ذلك في عادة الوفاة ، لما روت أم سلمة رضی الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ، ولا تختضب ولا تكتحل ، ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية ، لأنها باقية على الزوجية ، ولا يجب على أم الولد اذا توفى عنها مولاها ، ولا على الموطوءة بشبهة ، لما روت أم حبيبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، الا على زوج أربعة أشهر وعشراً ،

واختلف قوله في المعتدة المتبوتة فقال في القديم يجب عليها الاحداد ، لأنها معتدة بأن فلزمها الاحداد كالتوفى عنها زوجها

وقال في الجديد : لا يجب عليها الاحداد لأنها معتدة من طلاق فلم يلزمها الاحداد كالرجعية .

(فصل) ومن لزمها الاحداد حرم عليها أن تكتحل بالأمم والصبير . وقال أبو الحسن الماسرجسي : ان كانت سوداء لم يحرم عليها ، والمذهب أنه يحرم لما ذكرناه من حديث أم سلمة ولأنه يحسن الوجه . ويجوز أن تكتحل بالابيض كالتوتيا لأنه لا يحسن بل يزيد العين مرها ، فان احتاجت الى الاكتحال بالصبير والاممدا كتحتل بالليل وغسلته بالنهار ، لما روت أم سلمة قالت « دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبراً فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ قلت إنما هو صبر ليس فيه طيب ، فقال انه يشب الوجه لا تجعله الا بالليل وتزعيه بالنهار ،

(فصل) ويحرم عليها أن تختضب لحديث أم سلمة ، ولأنه يدعو الى المباشرة ويحرم عليها أن تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون ، وأن تبيضه بأسفيداج العرائس ، لأن ذلك أبلغ في الزينة من الخضاب ، فهو بالتحريم أولى ، ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو الى مباشرتها

(الشرح) حديث أم سلمة رضى الله عنها الاوّل أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي . قال البيهقي روى موقوفاً ؛ والمرفوع من رواية ابراهيم بن طهمان وهو ثقة من رجال الصحيحين ؛ وقد ضعفه ابن حزم . قال الشوكاني ولا يلتفت إلى ذلك فإن الدارقطني قد جزم بأن تضعيف من ضعفه إنما هو من قبل الإرجاء وقد قيل إنه رجوع عن ذلك

أما حديث أم حبيبة فقد أخرجه الشيخان عن حميد بن نافع عن زينب بنت أم سلمة أنها أخبرته بهذه الاحاديث الثلاثة قالت : دخلت على أم حبيبة حين توفى أبوها أبو سفيان فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره ، فدهنت منه جاريتي ثم مسّت بعارضتها ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحمّد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً . قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش حين توفى أخوها فدعت بطيب فمسّت منه ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحمّد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، قالت زينب وسمعت أمى أم سلمة تقول جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ، يا رسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفنكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول لا . ثم قال إنما هي أربعة أشهر وعشراً وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول . قال حميد فقلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول ؟ فقالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشاً ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ثم توتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتقتض به ، فقلما تقتض بشيء الامات ، ثم تخرج فتعطى بعره فترمى بها ثم تراجع ما شاءت من طيب أو غيره ،

أما حديث أم سلمة الثانى فقد أخرجه أبو داود والنسائي بلفظ « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبراً فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت إنما هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب . قال انه

يشب أوجه فلا تجعله إلا بالليل وتزعيه بالنهار ولا تمتس على الطيب ولا بالخناء
فانه خضاب . قالت قلت بأى شيء أمتشط يا رسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به
رأسك ، وقد أخرجه الشافعي أيضا وفي اسناده المنيرة بن الضحاك عن أم حكيم
بنت أسيد عن أمها عن مولى لها عن أم سلمة ، وقد أعله عبد الحق والمنذرى
بجمالة حال المنيرة ومن فوقه

قال الحافظ بن حجر وأعل بما في الصحيحين زينب بنت أم سلمة الذى سقناه
في تخريج حديث أم حبيبة قبل هذا ، ولكن الحافظ بن حجر حسن اسناده
في بلوغ المرام .

أما اللغات فان أصل الحد المنع ومنه قيل للسجان حداد ، والحد والحدود
هى محارم الله وعقوباته التى قرنها بالذنوب ، وأصل الحد المنع والفصل بين
الشيئين ، فكان حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام ، فمنها ما لا يقترب
منه كالفواحش المحرمة ، تلك حدود الله فلا تقربوها ، ومنها ما لا يتعدى
كالمواريث المعينة وتزويج الاربع ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومنه الحديث
« انى أصبت حدا فأقمه على ، أى أصبت ذنباً أوجب على حداً أى عقوبة ، ومنه
حديث أبى العالية « ان اللحم ما بين الحدين ، حد الدنيا وحد الآخرة » .

قال فى النهاية وفيه « لا يحل لامرأة أن تحمد على ميت أكثر من ثلاث ،
أحدت المرأة على زوجها تحمدها تحمد . وحدثت تحمد وتحمد فهى حاد اذا حزن
عليه ولبست ثياب الحزن وتركت الزينة

وقال ابن بطال : وأحدت المرأة وجدت اذا امتنعت من الزينة والخضاب
يقال حدثت تحمد حداداً فهى حاد .

قوله « ولا الممشق ، هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الاحمر ، والتوتيا
دواء يجول فى العين

قوله « يزيد العين مرها ، يقال مرهت العين مرهاً اذا فسدت لترك الكحل
وهى عين مرها ، وامرأة مرهاء والرجل أمره . قال رؤبة بن العجاج
لله در الغانيات المرهم سبحن واستزجنن من تألهى

قوله « يشب الوجه ، أى يحسنه ويظهر لونه ، من شب الار إذا ألهبها وأقدها ويقال شعرها يشب لونها ، أى يظهره ويحسنه ، ويقال إنه لمشبوب . قال ذو الرمة
إذا الاروع المشبوب أخشى كأنه على الرحل مما مسه السير أحق

قوله « بالدمام وهو الكلكون ، وروى بضم الكاف وسكون اللام . قال الجوهري الدمام بالكسر دواء يطلى به جبهة الصبي وظاهر عينيه ، وكل شيء طلى به فهو دمام ، وقد دمت الشيء أدمه بالضم ، أى طليته بأى صبغ كان ، والمدموم الاحمر . قال الشاعر

تجلو بقادمتى حمامة أيكه برداً تعل لثاته بدمام

والكلكون فارسى ، والاسفيداج صبغ أبيض ، وهو المسمى بلينة العامرة اسفيداج ومثله المساحيق البيضاء والحراء التى يستعملها النساء فى عصرنا هذا . أما الاحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه « فأما اللبس نفسه فلا بد منه . قال فزينة البدن عليه المدخل عليه من غيره الدهن كله فى الرأس فلا خير فى شيء منه طيب ولا غيره زيت ولا شيرق ولا غيرهما ، وذلك أن كل الادهان تقوم مقاماً واحداً فى ترجيل الشعر وإذهاب الشعث ، وذلك هو الزينة ، وإن كان بعضها أطيب من بعض . وهكذا رأيت المحرم يفترى بأن يدهن رأسه ولحيته بزيت أو دهن طيب لما وصفت من الترجيل وإذهاب الشعث

قال فأما بدنها فلا بأس أن تدهنه بالزيت وكل ما لا طيب فيه من الدهن كما لا يكون بذلك بأس للمحرم ، وإن كانت الحاد تخالف المحرم فى بعض أمرها ، لأنه ليس بموضع زينة للبدن ولا طيب تظهر ربحه فيدعو إلى شهوتها . فأما الدهن الطيب والبخور ، فلا خير فيه لبدنها لما وصفت من أنه طيب يدعو إلى شهوتها وينبه بمكانها وأنها الحاد من الطيب شيء أذنت فيه الحاد ، والحاد إذا مست الطيب لم يجب عليها فدية ولم يتقضى احدادها وقد أساءت ، وكل كحل كان زينة فلا خير فيه لها ، مثل الإثمد وغيره مما يحسن موقعه فى عينها

فأما الكحل الفارسى وما أشبهه إذا احتاجت اليه فلا بأس لأنه ليس فيه زينة بل هو يزيد العين مرهاً وقبحاً ، وما اضطرت اليه مما فيه زينة من الكحل

اكتحلته به بالليل ومسحته بالنهار ، وكذلك الدمام وما أرادت به الدواء . اه
 أما أحمد بن حنبل رضى الله عنه فقد اختلفت الرواية عنه في وجوب الإحداد
 على المطلقة البائن ، فعنه يجب عليها ، وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد
 وأبي ثور وأصحاب الرأي ، والثانية وهو مذهبنا أنه لا يجب على المطلقة ، وهو
 قول عطاء وربيعه ومالك وابن المنذر لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل لامرأة
 تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة
 أشهر وعشراً — وهذه عدة الوفاة — فيدل على أن الإحداد انما يجب في عدة
 الوفاة ، ولأنها معدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطومة
 بشبهة ، ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الاسف على فراق زوجها وموته
 فأما الطلاق فإنه فارقه باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه
 ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج ، وليس له من ينفيه ، فاحتيط عليها
 بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه ، بخلاف المطلقة فان زوجها باق ، فهو
 يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها اذا كان من غيره

أما إحداد المتوفى عنها زوجها فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه عليها
 الا عن الحسن فإنه قال لا يجب عليها الإحداد ، وهو قول شذبه عن أهل العلم ،
 وخالف به السنة فلا يعرج عليه ، ويستوى فيه الحرة والامة ، والذمية والمسلمة
 والكبيرة والصغيرة ، وبه قال أحمد . وقال أصحاب الرأي لا إحداد على ذمية ولا
 صغيرة لأنهما غير مكلفتين

والادلة في الإحداد عامة يتساوى فيها المكلفة وغير المكلفة ، ولأن حقوق
 الذمية في النكاح كحقوق المسلمة .

اذا ثبت هذا فإنه يحرم عليها الطيب لما فيه من تحريك الشهوة والدعوة الى
 المباشرة ، ولا يجوز لها استعمال الادهان المعطية ، كدهن الورد والياسمين
 والبنفسج والبان وما أشبهه لأنه استعمال للطيب .

فأما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لأنه ليس
 بطيب ، كما لا يجوز استعمال الزينة ، واجتنابها واجب في قول عامة أهل العلم ،
 منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه

من ذلك الزينة في نفسها ، فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالمساحيق والأصباغ ، وأن تبيضه بالسبيداج وبودرة التلك وأن تجعل دليه صبراً يصفره وأن ينقش في وجهها ويديها ، وأن تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة .

وحكى المصنف عن الماسرجسي أن للسوداء أن تكتحل . وهذا يخالف للأحاديث التي سقناها ، فإن اضطرت الحادة أن تكتحل للتداوى فلها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهائياً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما أخرجه أبو داود والنسائي عن أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكى عينيها فتكتحل بالجللاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجللاء ، فقالت لا تكتحلي بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به لأنه لا زينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرهاً ؛ ولا تمنع من جعله على غير وجهها من بدنها ، لأنه إنما يمنع منه في الوجه لأنه يصفره فيشبهه الخضاب . ولهذا قال صلى الله عليه وسلم « إنه يشب الوجه ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار وتنف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامشاط به لحديث أم سلمة ، ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويحرم عليها أن تطيب لما روت أم عطية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ولا تمس طيباً إلا عند طهرها من محيضها نبذة من قسط أو أظفار ، ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ، ولا تأكل شيئاً فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الأدهان المطيبة كاللبان ودهن الورد ودهن البنفسج لأنه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج في الرأس لأنه يرجل الشعر ، ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدر لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطى ، فقلت بأى شيء امتشطت يا رسول الله ؟

قال بالسدر تغلفين به رأسك ، ولان ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ، ويجوز أن تقلم الأظفار وتحلق البانة لانه يراد للتنظيف لا للزينة .

(فصل) ويجرم عليها لبس الحلى لحديث أم سلمة ، ولانه يزيد في حسنها ولهذا قال الشاعر :

وما الحلى إلا زينة انقيصة يتم من حسن إذا الحسن قصرا
فأما اذا كان الجمال موفراً كحسنك لم يحتج الى أن يزورا

(فصل) ويجرم عليها لبس ما صبغ من الثياب للزينة كالأحمر والأصفر والأزرق الصافي والأخضر الصافي لحديث أم عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، وأما ما صبغ غزله ثم نسج فقد قال أبو اسحاق : انه لا يحرم لحديث أم عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، والنصب ما صبغ غزله ثم نسج ، والمذهب انه يحرم لأن الشافعي رحمه الله نص على تحريم الوشي والديباج ، وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ، ولأن ما صبغ غزله ثم نسج أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج .

وأما ما صبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للصدية وما صبغ للوسخ كالأزرق المشبع والأخضر المشبع فإنه لا يحرم ، لانه لا زينة فيه ، ولا يحرم ما عمل من غزله من غير صبغ ، كالمعمول من القطن والكتان والابريسم والصوف والوبر ، لانها وان كانت حسنة الا أن حسنها من أصل الحلقة لا للزينة أدخلت عليها ، وان عمل على البياض طرز ، فان كانت كباراً حرم عليها لبسه لانه زينة ظاهرة أدخلت عليه ، وان كانت صغاراً ففيه وجهان (أحدهما) يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره (والثاني) لا يحرم لقلتها وخفائها .

(الشرح) حديث أم عطية الأسدية رضى الله عنها أخرجه الشيخان قالت : كنا ننهي أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا نكتحل ولا نتطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، وقد رخص لنا عند الطهر إذا اغتسلت إحدانا من محيضها في نبذة من كست أظفار ، وفي

رواية عند أحمد والشيخين أيضاً « قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحذ فوق ثلاث إلا على زوج فإنها لا تمكحل ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار ، وقال فيه أحمد ومسلم « لا تحذ على ميت فوق ثلاث إلا المرأة فإنها تحذ أربعة أشهر وعشراً » .

أما اللغات فقوله « الا ثوب عصب » هو بالإضافة برود الين يعصب غزلها أي يربط ثم يصنع ثم ينسج مصبوغاً فيخرج موشى لبقاء ما عصب منه أبيض لم ينسج وإنما ينسج السدى دون اللحمية ؛ وقال السهيلي : ان العصب نبات لا ينبت الا بالين ، وهو غريب وأغرب منه قول الداودي ان المراد بالثوب العصب المصفرة لا المصبغة الا ما صبغ بسواد فرخص فيه مالك والشافعي لكونه لا يتخذ للزينة ، بل هو لباس الحزن .

وقال ابن الصباع في الشامل : العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذي يبيع الغزل . قوله « نبذة من قسط أو أظفار ، النبذة فعلة ، من نبذ أي طرح ورمى وكل شئ رميت به وطرحته نبذته ، والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ، ويقال كسط بالكاف أيضا مثل قوله كسطت وقسطت ، ويقال كست بالتاء أيضا ، والأظفار تؤخذ من البحر تشبه بظفر الإنسان ، قوله « تغلفين به رأسك » أي تطين وتمسطين ، يقال تغلب بالغالبه وغلف بها لحيته غلفا ، قوله « الحلى » بفتح الحاء واسكان اللام اسم لكل ما يتزين به من الذهب والفضة والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرهما ، وقوله « لنقيصه » فعيلة من النقص وهو ضد التمام ، والنقيصه أيضا العيب ، وقصر أي لم يتم ، يقال قصر في الأمر اذا توانى والتقصير التواني وترك المبالغة قوله « موفراً » من الوفرة وهو الزيادة والكثرة أي يأتي تاماً غير ناقص ، قوله « لم يحتج الى أن يزورا » زورت الشيء اذا حسنته وقوله « الوشى والديباج » نوع من ثياب الحرير غليظ معروف قوله « الابريسم » وفيه ثلاث لغات .

قال ابن السكيت : هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين والثانية

بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعاً والثالثة بكسر المجمع ، وكذا الاهليلج مثله
والصوف شعر الضأن وانوبر شعر الابل أفاده ابن بطال .

أما الأحكام : فإن العصب الصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب ، قال صاحب
الروض الأنتف : الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به ، فأرخص النبي
صلى الله عليه وسلم للحادة في لبس ما صبغ بالعصب ، لأنه في معنى ما صبغ لغير
التحسين ، وأما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه
مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ، ولا تمنع من حسان
الثياب غير المصبوغة ، وإن كان رقيقاً ، سواء كان من قطن أو كتان أو إريسم ،
لأن حسنة من أصل خلقته فلا يلزم تفييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة
لا يابرها أن تفيير لونها وتشوه نفسها .

(فرع) ويحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم الحديث أم سامة وفيه
« ولا الحلى » وقال عطاء . يباح حلى الفضة دون الذهب وليس بصحيح ، لأن
النهى عام ، وهذا يشمل أنواع الحلى التى تصنع فى عصرنا هذا من الزجاج
والسكورو والكريستال وغير ذلك من المعادن الخسيسة ، ولأن الحلى يزيد حسنها
ويدعو إلى مباشرتها .

(فرع) مما يحرم على المعتدة لبسه الملابس المطرزة بخيوط القطن اذا كان
ملوناً ، وكذلك الملابس المحزقة للزينة ، والشفافه التى تصنف ما تحتها من حمالات
وقمص مما تلبسه الحاديات من سواد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اجتماع العديتين

إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول وتزوجت في عدتها بآخر ووطنها جاهلاً بتحريمها وجب عليها تمام عدة الأول واستئناف عدة الثاني ، ولا تدخل عدة أحدهما في عدة الآخر ، لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن بشير أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضرها عمه رضي الله عنه ، وضرب زوجها بمخدة ضربات ، ثم قال أما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ففرق بينهما ، ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ، وكان غائباً من الخطاب ، وإن كان دخل بها ففرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ، ثم اعتدت من الآخر ولم ينكحها أبداً ولانهما حقان مقصودان لأدميين فلم يتداخلا كالدينين فإن كانت حائلاً انقطعت عدة الأول بوطء الثاني إلى أن يفرق بينهما ، لأنها صارت فراشاً للثاني فإذا فرق بينهما أتمت ما بقي من عدة الأول ثم استأنفت المدة من الثاني ، لانهما عدتان من جنس واحد فتقدمت السابقة منهما .

وإن كانت حاملاً نظرت فإن كان الحمل من الأول انقطعت عدتها منه بوضعه ثم استأنفت العدة من الثاني بالأقراء بعد الطهر من الغنم ، وإن كان الحمل من الثاني انقضت عدتها منه بوضعه ثم أتمت عدة الأول ، وتقدم عدة الثاني ههنا على عدة الأول لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من الثاني وتعتد به من الأول ، وإن أمكن أن يكون من كل واحد منهما عرض على القافة ، فإن ألحقته بالأول انقضت به عدته ، وإن ألحقته بالثاني انقضت به عدته ، وإن ألحقته بهما أو نفته عنهما أو لم نعلم أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء ، لأنه إن كان من الأول لزمها للثاني ثلاثة أقراء ، وإن كان من الثاني لزمها الكمال العدة من الأول فوجب أن تعتد بثلاثة أقراء ليسقط الفرض بيقين ، وإن لم يمكن أن يكون من واحد منهما فتيه وجهان .

(أحدهما) لا تعتد به عن أحدهما ، لأنه غير لاحق بواحد منهما ، فعلى هذا إذا وضعت أكلت عدة الأول ثم تعتد من الثاني بثلاثة أقرام .
(والثاني) تعتد به عن أحدهما لا بعينه ، لأنه يمكن أن يكون من أحدهما ، ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمعتاد باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة أقرام بعد الطهر من النفاس .

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة في عدة غيره ووطئها ففيه قولان . قال في القديم تحرم عليه على التأييد لما روينا عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ثم لا ينكحها أبداً . وقال في الجديد لا تحرم عليه على التأييد ، وإذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها لأنه وطئ شبهة فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطئ . على التأييد كما رط في النكاح بلا ولى ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب ؛ فخطب عمر رضى الله عنه وقال : ردوا الجهالات إلى السنة . فرجع إلى قول على كرم الله وجهه .

(فصل) إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم وطئها في العدة وجبت عليها عدة باطء لأنه وطئ في نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة ، فإن كانت من ذوات الأقرام أو من ذوات الشهور لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لأنهما من واحد وله أن يراجعها في البقية لأنها من عدة الطلاق فإذا مضت البقية لم يجوز أن يراجعها لأنها في عدة وطء شبهة ، وإن حملت من ابطء صارت في عدة الوطء حتى تضع ، وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) تدخل لأنهما لواحد فدخلت إحداهما في الأخرى ، كما لو كانتا بالأقرام (والثاني) لا تدخل لأنهما جنسان فلم تدخل إحداهما في الأخرى ، فإن قلنا يتداخلان كانت في العدتين إلى أن تضع لأن الحمل لا يتبعض ، وله أن يراجعها إلى أن تضع ، لأنها في عدة الطلاق . وإن قلنا لا يتداخلان فإن لم ترد ما على الحمل أو رأت وقائماً أنه ليس بحيض فهي معتدة بالحمل عن وطء الشبهة إلى أن تضع ، فإذا وضعت أمت عدة الطلاق وله أن يراجعها في هذه البقية لأنها في عدة الطلاق . وهل له أن يراجعها قبل الوضع ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) ليس له أن يراجعها لأنها في عدة وطء الشبهة (والثاني) له أن يراجعها لأنها لم تكمل عدة الطلاق، فإذا رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالاقراء التي على الحمل، لأن عليها عدتين، إحداهما بالاقراء والاخرى بالحمل فجاز أن يجتمعا، فإذا مضت ثلاثة اقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق، وان وضعت قبل انقضاء الاقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها إتمام عدة الطلاق، فإذا راجعها في بقية عدة الطلاق صحَّت الرجعة، وان راجعها قبل الوضع ففي صحة الرجعة وجهان على ما ذكرناه .

فأما إذا كانت قد حملت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالاقراء . فان قلنا ان عدة الاقراء تدخل في عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل فإذا وضعت انقضت العدتان جميعا، وان قلنا لا تدخل عدة الاقراء في الحمل، فان كانت لا ترى الدم على الحمل أو تراه وقلنا انه ليس بحيض فان عدتها من الطلاق تنقضي بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالاقراء . وان كانت ترى الدم وقلنا انه حيض، فان سبق الوضع انقضت العدة الاولى وعليها إتمام العدة الثانية، فان سبق انقضاء الاقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضي العدة الاولى الا باوضاع

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وسليمان أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقتها البتة فنكحت في عدتها . فضربها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضرب زوجها بالخففة ضربات وفرق بينهما، ثم قال عمر : أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان الزوج الذي تزوج بها لم يدخل فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان غاطبا من الخطاب . وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول، ثم اعتدت من زوجها الآخر ثم لم ينكحها أبداً . قال الشافعي، قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها . ثم قال : أخبرنا يحيى

ابن حسان عن جرير عن عطاء بن السائب عن زاذان أبي عمر عن علي رضي الله عنه أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الاول وتمتد من الآخر

قال أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قال ، أخبرنا عطاء أن رجلا طلق امرأته فاعتدت منه حتى إذا بقي شيء من عدتها نكحها رجل في آخر عدتها جهلا ذلك وبني بها ، فأتى علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه في ذلك ففرق بينهما وأمرها أن تعتد ما بقي من عدتها الأولى ثم تعتد من هذا عدة مستقبلة ، فإذا انقضت عدتها فهي بالخيار إن شاءت نكحت وإن شاءت فلا

قال وبقول عمر وعلى تقول في المرأة تنكح في عدتها تأتي بعدتين معاً ، وبقول علي تقول إنه يكون خاطباً من الخطاب ولم تحرم عليه ، وذلك أنا إذا جعلنا النكاح الناسد يقوم مقام النكاح الصحيح في أن على المشكوة نكاحاً فاسداً إذا أصيبت عدة كعدتها في النكاح الصحيح فنكحت امرأة في عدتها فأصيبت فقد لزمها عدة الزواج الصحيح ثم لزمها عدة من النكاح الفاسد فكان عليها حقان بسبب زوجين ولا يؤديهما عنها إلا بأن تأتي بهما معاً . وكذلك كل حقير لزمها من وجهين لا يؤديهما عن أحد لزمها أحدهما دون الآخر

ولو أن امرأة طلقت أو ميت عنها فنكحت في عدتها ثم على ذلك فسوخ نكاحها ، فإن كان الزوج الآخر لم يصيبها أكملت عدتها من الاول ولا يبطل عنها من عدتها شيء في الأيام التي عقد عليها فيها النكاح الفاسد ، لانتها في عدتها ولم تصب ، فإن أصابها أحضت ماضى من عدتها قبل اصابة الزوج الآخر وأبطلت كل ما مضى منها بعد اصابته حتى يفرق بينه وبينها واستأنفت البديان على عدتها التي كانت قبل اصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الاول ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر ، فإذا أكملت حلت منها والآخر خاطب من الخطاب إذا مضت عدتها من الاول ؛ وبعد لا تحرم عليه لأنه إذا كان يعقد عليها النكاح الناسد فيكون خالفاً إذا لم يدخل بها ، فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها . وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها إذا انقضت

عدتها من الاول فللاخر أن يخطبها في عدتها منه ؛ وأحب الى لو كبت عنها حتى تنقضي عدتها من مائه الفاسد اه

ولو كانت تحيض فاعتدت حيضة أو اثنتين ثم أصابها الزوج الاخر فحملت وفرق بينهما اعتدت بالحمل ؛ فاذا وضعته لاقل من ستة أشهر من يوم نكحها فهو للأول . وان كانت وضعته لسته أشهر من يوم نكحها الاخر فأكثر الي أقل من أربع سنين من يوم فارقها الاول دعى له القافة . وان كانت وضعته لاكثر من أربع سنين ساعة من يوم فارقها الاول فكان طلاقه لا يملك الرجعة فهو للآخر وان كان طلاقه يملك الرجعة وتداعيها أو لم يتداعيا ولم ينكراه ولا واحد منهما أريه القافة فبأيهما الحق به لحق ، وان ألحقوه بالاول فقد انتقضت عدتها من الاول وحل للآخر خطبتها ، وتبتدىء عدة من الآخر ، فاذا قضتها حلت خطبتها للأول وغيره ، فان ألحقوه بالآخر فقد انتقضت عدتها من الاخر وتبتدىء فتكمل على ما مضى من عدة الاول ، وللأول عليها الرجعة في عدتها منه ان كان طلاقه يملك الرجعة

وقد سبق لنا في فصول سابقة من كتاب العدد بيان أن أقصى مدة الحمل أربع سنين — وبه قال أحمد وهو المشهور عن مالك — وذكرنا الأوجه والاقوال في ذلك فارجع اليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا خالع امرأته بعد الدخول فله أن يتزوجها في العدة . وقال المزني لا يجوز كما لا يجوز لغيره ، وهذا خطأ لأن نكاح غيره يؤدي الى اختلاط الانساب ولا يوجد ذلك في نكاحه . وان تزوجها انقضت العدة . وقال أبو العباس : لا تنقطع قبل أن يطأها ، كما لا تنقطع اذا تزوجها أجنبي قبل أن يطأها — وهذا خطأ — لأن المرأة تصير فراشا بالعقد ، ولا يجوز أن تبقى مع الفراش عدة ، ولأنه لا يجوز أن تكون زوجته وتعبد منه ؛ ويخالف الأجنبي فان نكاحه في العدة فاسد فلم تصر فراشا الا بالوطء ، فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة ميتة وتدخل فيها بقية الاولى .

وإن طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف عدة لأنها مطلقة في نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امرأة وعلقها قبل الدخول ، وعليها أن تتمم ما بقي عليها من العدة الأولى ، لا تنالو أسقطنا البقية أدى ذلك إلى اختلاط المياه وفساد الانساب ، لأنه يتزوج امرأة ويطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ، ويفعل مثل ذلك إلى أن يجتمع على وطنها في يوم واحد عشرون ، وتختلط المياه وتفسد الانساب

(فصل) إذا طلق امرأته بعد الدخول طليقة ثم راجعها نظرت ، فإن وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الأولى ، فإن راجعها ثم طلقها قبل يطأها ففيه قولان

(أحدهما) ترجع الى العدة الأولى وتبني عليها ، كما لو خالعتها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل أن يطأها

(والثاني) أنها تستأنف العدة ، وهو اختيار المزني ، وهو الصحيح ، لأنه طلاق في نكاح وطئ فيه فأوجب عدة كاملة ، كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة وتختلف المختلفة لأن هناك عادت اليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء ، وههنا عادت الى النكاح الذي طلقها فيه ، فإذا طلقها استأنفت العدة ، كما لو ارتدت بعد الدخول ثم أسلمت ثم طلقها

وإن طلقها ثم مضى عليها قرء أو قرآن ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقتان قال أبو سعيد الاصبغى وأبو علي بن خيران رحمهما الله هي كالمسئلة قبلها فتكون على قولين ، وللشافعي رحمه الله ما يدل عليه ، فإنه قال في تلك المسئلة : ويلزم أن نقول ان يرجع أو لم يرجع سواء ، والدليل عليه أن الطلاق معنى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة ، فإذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاة في إيجاب عدة الوفاة . وقال أبو إسحاق : تبني على عدتها قولاً واحداً لأنهما طلاقان لم يتخللها وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طليقتين في وقت واحد

(فصل) وإن تزوج عبيد أمة ودخل بها ثم طلقها طلاقاً رجعياً ثم أعتقت الأمة وفسخت النكاح ففيه طريقتان

(أحدهما) أنها على قولين ، أحدهما تستأنف العدة من حين الفسخ ،
والثاني لا تستأنف .

والطريق الثاني أنها تستأنف العدة من الفسخ قولاً واحداً لأن إحدى العديتين
من طلاق والآخرى من فسخ فلا تبني إحداهما على الأخرى .

(الشرح) إذا خالع الرجل أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول
جمهور الفقهاء ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطلوس والزهرى والحسن
وقنادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ؛ وشذ المزنى وبعض أصحابنا فقال
لا يجوز ولا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة

ووجه كون هذا القول خطأ أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يسان
ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح ، فإذا تزوجها انقطعت العدة ، لأن المرأة
تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة ، فإن وطئها ثم طلقها
لزمها عدة مستأنفة ، ولا شيء عليها من الأول لأنها انقطعت وارتفعت . وإن
طلقها قبل أن يمسهما فهل تستأنف العدة أو تبني على ماضى ؟ مذهبتنا أنه لا يلزمها
استئناف عدة ، وبه قال محمد بن الحسن ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . وقال
أبو حنيفة تستأنف ، لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة
كالأول . دليلنا أنه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله تعالى
« ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »

(فرع) إذا طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت
العدة الأولى برجعتة ، لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثاني ،
لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس ، وإن طلقها قبل أن يمسهما فهل تستأنف
عدة أو تبني على العدة الأولى ؟ فيه قولان ولاحمد روايتان كالأولين عندنا
١ - أن تستأنف لأن الرجعة أزال شعث الطلاق الأول ورددتها إلى النكاح

الأول ، فصار الطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس
٢ - تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها
قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة ، فإن فسخ نكاحها

قبل الرجعة بخالع أو غيره احتمال أن يكون حكمه حكم الطلاق ، لأن موجه في العدة موجب الطلاق ، وقد مضى في شرح الفصول قبله ما فيه من طرق وأوجه تداخل العديتين فلا داعي للتكرار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا خلا الرجل بإمرأته ثم اختلفا في الإصابة ، فادعاه أحدهما وأنكر الآخر ففيه قولان . قال في الجديد القول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الإصابة . وقال في القديم القول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الإصابة (فصل) وإن اختلفا في انقضاء العدة بالأقراء فادعت المرأة انقضاءها لزمان يمكن فيه انقضاء العدة وأنكر الزوج ، فالقول قولها ، وإن اختلفا في وضع ما تنقضى به العدة ، فادعت المرأة أنها وضعت ما تنقضى به العدة وأنكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل « ولا يحل لمن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ، فخرج النساء على كتمان ما في الأرحام كما حرج الشهود على كتمان الشهادة فقال : ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه . ثم يجب قبول شهادة قول الشهود فوجب قبول قول النساء ، ولأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعي قبول ما يخبره به الصحابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل إلى معرفته إلا من جهته .

وإن ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور وأنكر الزوج فالقول قوله ، لأن ذلك اختلاف في وقت الطلاق فكان القول فيه قوله .

(فصل) وإن طلقها فقالت المرأة طلقني وقد بقي من الطهر ما يعتد به قرأ وقال الزوج طلقتك ولم يبق شيء من الطهر فالقول قول المرأة لأن ذلك اختلاف في وقت الحيض ، وقد بينا أن القول في الحيض قولها .

(فصل) وإن طلقها وولدت وانفقا على وقت الولادة واختلفا في وقت الطلاق ، فقال الزوج طلقتك بعد الولادة فلي الرجعة ، وقالت المرأة طلقتنى قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج ، لأنهما لو اختلفا في أصل الطلاق كان

القول قوله فكذلك إذا اختلفا في وقته ، ولأن هذا اختلاف في قوله وهو أعلم به فرجع إليه . وإن اتفقا في وقت الطلاق واختلفا في وقت الولادة ، فقال الزوج ولدت قبل الطلاق فلي الرجعة ، وقالت المرأة بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها لأنهما لو اختلفا في أصل الولادة كان القول قولها فكذلك إذا اختلفا في وقتها . وإن جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتدابعا السبق فقال الرجل تأخر الطلاق وقالت المرأة تأخرت الولادة ، فالقول قول الزوج لأن الاتصال وجوب العدة وبقاء الرجعة ، فإن جهلا وقتها ، أو جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لأنهما لا يدعيان حقاً .

وإن ادعت المرأة السبق وقال الزوج لا أعرف السابق قال له الحاكم ليس هذا بجواب ، فإما أن تجيب جواباً صحيحاً أو نجعلك ناكلاً ، فإن استفتى أفتيناه بما ذكرناه في المسئلة قبلها ، وأن للزوج الرجعة لأن الاصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، والورع أن لا يراجعها

(فصل) فإن أذن لها في الخروج الى بلد آخر ثم طلقها واختلفا ، فقالت المرأة نقلتني الى البلد الآخر ففيه أعتد ، وقال الزوج بل أذنت لك في الخروج لحاجة فعليك أن ترجعي فالقول قول الزوج لأنه أعلم بقصده ، وإن مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لأنهما استويا في الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر ، فإن الامر بالخروج يقتضى خروجاً من غير عود

قال الشافعي رضى الله عنه في القديم : إذا اختلفا في الاصابة بعد الخلوة فالقول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة . وقال في الجديد ، قال الله تبارك وتعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن يمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فكان بيناً في حكم الله عز وجل أن لا عدة على المطلقة قبل أن تمس ، وأن المسيس هو الاصابة ، ولم أعلم في هذا خلافاً

ثم اختلف بعض المفتين في المرأة يخلو بها زوجها فيغلق باباً ويرخي ستراً وهي غير محرمة ولا صائمة ، فقال ابن عباس وشريح وغيرهما لا عدة عليها الا بالاصابة نفسها ، لأن الله عز وجل هكذا قال

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن ليث عن طاوس عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسيها ولا يطلقها: ليس لها إلا نصف الصداق، لأن الله عز وجل يقول: وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم، قال الشافعي وبهذا أقول وهو ظاهر كتاب الله عز ذكره اهـ

قلت، قال تعالى: ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن، قال عكرمة والزهري والنخعي من الحيض. وقال عمر وابن عباس الحمل، وقال مجاهد الحيض والحمل معاً، وهذا على أن الحامل تحيض، والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما إلا من جهة النساء جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها، وجعلهن مؤتمات على ذلك وهو مقتضى قوله تعالى: ولا يحل لهن أن يكتمن، الآية.

وقال سليمان بن يسار: ولم تؤمر أن تفتح النساء فننظر إلى فروجهن، ولكن وكل ذلك اليهن إن كن مؤتمات. ومعنى النهي عن الكتمان النهي عن الاضرار بالزوج وإذهاب حقه، فإذا قالت المطلقة حضت وهي لم تحض ذهب بحقه من الارتجاع. وإذا قالت لم أحض وهي قد حاضت ألزمتها من النفقة ما لم يلزمه فأضرت به، أو تقصد بكذبها في نفي الحيض ألا ترجع حتى تنقضي العدة ويقطع الشرع حقه، وكذلك الحامل تكتم الحمل لتقطع حقه من الارتجاع. قال قتادة: كانت عادتهم في الجاهلية أن يكتمن الحمل ليلحقن الولد بالزوج الجديد، ففي ذلك نزلت الآية.

قال ابن المنذر: وقال كل من حفظت عنه من أهل العلم، إذا قالت المرأة في عشرة أيام قد حضت ثلاث حيض وانقضت عدتي إنها لا تصدق ولا يقبل ذلك منها إلا أن تقول قد أسقطت سقطاً قد استبان خلقه، واختلفوا في المدة التي تصدق فيها المرأة. فقال مالك: إذا قالت انقضت عدتي في أمد تنقضي في مثله العدة قبل قولها، فإن أخبرت بانقضاء العدة في مدة تقع نادراً فقولان، قال في المدونة إذا قالت حضت ثلاث حيض في شهر صدقت إذا صدقها النساء. وبه قال شريح. وقال له علي بن أبي طالب «قارن» أي أصبت وأحسن، وقال في كتاب

محمد لا تصدق إلا في شهر ونصف ، ونحوه قول أبي ثور . قال أبو ثور أقل ما يكون في ذلك سبعة وأربعين يوماً ، وذلك أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً . وأقل الحيض يوم .

وقال الشافعي : لا تصدق في أقل من ستين يوماً ، وقال به أبو حنيفة .
 (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو طلق الرجل امرأته وولدت فلم تدر هي أوقع الطلاق عليها قبل ولادها أو بعده . وقال هو وقع بعدما ولدت فلي عليك الرجعة وكذبت ، فالقول قوله وهو أحق بها ، لأن الرجعة حق له والخلو من العدة حق لها ، فإذا لم تدع حقها فتكون أملك بنفسها لأنه فيها دونه لم يزل حقه إنما يزول بأن تزعم هي أنه زال . قال ولو لم يدر هو ولا هي أوقع الطلاق قبل الولاد أو بعده بأن كان عنها غائبا حين طلقها بناحية من مصرها أو خارج منه كانت عليها العدة ، لأن العدة تجب على المطلقة فلا نزيلها عنها إلا بيقين أن تأتي بها وكان الورع أن لا يرتجعها لأنى لا أدري لعلمها قد حلت منه ، ولو ارتجعها لم أمنعه لأنه لا يجوز لي منعه رجعتها إلا بيقين أن قد حلت منه .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ، ولو قال لها اخرجي إلى مصر كذا أو موضع كذا فخرجت إليه ، أو منزل كذا من مصر فخرجت إليه ولم يقل لها اخرجي ولا أقمي ولا ترجعي منه ولا لا ترجعي إلا أن تشائي ولا تزوري فيه أهلك أو بعض معرفتك ولا تنزهي إليه كانت هذه نقلة وعليها أن تعتد في ذلك الموضع من طلاقه ووفاته .

فإذا اختلفا فقالت نقلتني إلى البلد الآخر ففيه أعتد ونفي هو فعلى ما بينه المصنف . والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب استبراء الأمة وأم الولد)

من ملك أمة يبيع أو هبة أو ارث أو سبي أو غيرها من الأسباب لزمه أن يستبرئها لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام أو طاس أن لا توطأ جاهل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض حيضة . فإن كانت حاملا استبرأها بوضع الحمل لحديث أبي سعيد الخدري ، وإن كانت حائلا نظرت فإن كانت مما تحيض استبرأها بقرء ، وفي القرء قولان

(أحدهما) أنه طهر لأنه استبرأ فكان القرء فيه الطهر كالعدة

(والثاني) أن القرء حيض ، وهو الصحيح ، لحديث أبي سعيد ، ولأن براءة

الرحم لا تحصل إلا بالحيض — فإن قلنا إن القرء هو الطهر — فإن كانت عند وجوب الاستبراء طاهراً كانت بقية الطهر قرءاً ، فإن طعنت في الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها ، فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت وإن كانت حائضاً لم تشرع في القرء حتى تطهر ، فإذا طعنت في الحيض الثاني حلت . وإن قلنا إن القرء هو الحيض ، فإن كانت حال وجوب الاستبراء طاهراً لم تشرع في القرء حتى تحيض ، فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت ، وإن كانت حائضاً لم تشرع في القرء إلا في الحيضة الثانية لأن بقية الحيض لا تعد قرءاً فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت .

وإن وجب الاستبراء وهي من تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها في الانتظار حكم المطلقة إذا ارتفع حيضها ، وإن وجب الاستبراء وهي من لا تحيض أصغر أو أكبر ففيه قولان (أحدهما) تستبرأ بشهر لأن كل شهر في مقابلة قرء (والثاني) تستبرأ بثلاثة أشهر — وهو الصحيح — لأن ما دونها لم يجعل دليلاً على براءة الرحم .

(فصل) وإن ملكها وهي مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج لم يصح استبرؤها في هذه الأحوال ، لأن الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد

الاستباحة في هذه الأحوال ، وان اشتراها فوضعت في مدة الخيار أو حاضت في مدة الخيار ، فإن قلنا انها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يمتد بذلك عن الاستبراء لأنه استبراء قبل الملك ، وإن قلنا إنها تملك ففيه وجهان ، أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام لأنه معرض للفسخ (والثاني) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز النسخ لا يمنع الاستبراء ، كما لو استبرأها وبها عيب لم يعلم به ، وان ملكها بالبيع أو الوصية فوضعت أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتد به لأن الملك غير تام (والثاني) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك ، وللشافعي رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين ، وإن ملكها بالإرث صح الاستبراء وان لم يقبض لأن الموروث قبل القبض كالمقبوض في تمام الملك وجواز التصرف (فصل) وإن ملك أمة وهي زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء لبراءة الرحم من ماء غيره ، والمستحب أن يستبرئها لأن الولد من النكاح مملوك ومن ملك اليمين حر فاستحب أن يميز بينهما

(فصل) وان كانت أمته ثم رجعت اليه بالفسخ ، أو باعها ثم رجعت اليه بالإقالة لزمه أن يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها ، فإن رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له أن يقبلها وينظر اليها بالشهوة . وإنما منع من وطئها لحق المرتين وقد زال حقه بالفك فخلت له .

وان ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الأمة ثم أسلمت وجب استبرأؤها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وعاد بالانسلام . وان زوجها ثم طلقته ، فإن كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها ، لأنه زال ملكه عن استمتاعها وعاد بالطلاق ، وان كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان (أحدهما) لا تحل له حتى يستبرئها لأنه تجدد له الملك على استمتاعها فوجب استبرأؤها ، كما لو باعها ثم اشتراها (والثاني) تحل له وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن الاستبراء يراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة

(فصل) ومن وجب استبرأؤها حرم وطؤها ، وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ؟ ينظر فيه فإن ملكها ممن له حرمة لم يحل له ، لأنه لا يؤمن أن تكون

أم ولد لمن ملكها من جهته ، وأن ملكها ممن لا حرمة له كالمسيبة ففيه وجهان .
 أحدهما لا تحل له لأن من حرم وطئها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها ، كالأو ملكها
 ممن له حرمة . والثاني أنها تحل لما روى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال
 خرجت في سهمى يوم جلولاء جارية كأن عنقها ابريق فضة ، فماتت نفسى
 أن قت إليها فقبلتها والناس ينظرون ، ولأن المسيبة يملكها حاملاً كانت أو حائلاً
 فلا يكون التلذذ بها إلا في ملكه ، وإنما منع من وطئها حتى لا يختلط ماؤه بماء
 مشرك ، ولا يوجد هذا في التلذذ بالنظر والقبلة ، وإن وطئ زوجته بشبهة لم
 يحل له وطؤها قبل انتضاء العدة لأنه يؤدي إلى اختلاط المياه وفساد النسب
 وهل له التلذذ بها في غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين في المسيبة لأنها
 زوجته حاملاً كانت أو حائلاً

(فصل) ومن ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لأننا قد دللنا على أنه
 يجب على المشتري الاستبراء فلم يجب على البائع لأن براءة الرحم تحصل باستبراء
 المشتري ، وإن أراد تزويجها نظرت فإن لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء
 لأنها لم تصر فراشاً له ، وإن وطئها لم يجوز تزويجها قبل الاستبراء لأنها صارت
 بالوطء فراشاً له .

(فصل) وإن أعتق أم ولده في حياته أو عتقت بموته لزمها الاستبراء
 لأنها صارت بالوطء فراشاً له وتستبرأ كما تستبرأ المسيبة لأنه استبراء بحكم العين
 فصار كاستبراء المسيبة ، وإن أعتقها أو مات عنها وهي مزوجة أو معتدة لم يلزمها
 الاستبراء لأنه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء ، كالأو
 طلق امرأته قبل الدخول ثم مات ، ولأنها صارت فراشاً لغيره فلا يلزمها إلا جله
 استبراء . وإن زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعلم السابق منهما لم يخل أما أن
 يكون بين موتها شهران وخمسة أيام فما دون أو أكثر أو لا يعلم مقدار ما بينهما
 فإن كان بينهما شهران وخمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لأنه
 إن كان المولى مات أولاً فقد مات وهي زوجة فلا يجب عليها الاستبراء ، وإن
 مات الزوج أولاً فقد مات المولى بعده وهي معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء
 وعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من بعد موت أحدهما لأنه يجوز أن يكون

قد مات المولى أولاً فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة ، وان كان بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسين ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتاً بأكثر الامرين من أربعة أشهر وعشر أو حيضة ، لأنه ان مات الزوج أولاً فقد اعتدت عنه بشهرين وخمسة أيام وعادت فراشا للمولى ، فإذا مات لزمها أن تستبرى بحیضة ، وان مات المولى أولاً لم يلزمها استبراء فإذا مات الزوج لزمها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليستقط الفرض بيقين ، وان لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلب الحالين ، وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشر أو حيضة ليستقط الفرض بيقين ، كما يلزم من نسي صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليستقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شيء من تركة الزوج لأن الاصل فيها الرق فلم تورث مع الشك

(فصل) وان كانت بين رجلين جارية فوطئها ففهيما وجهان ، أحدهما يجب استبراء ان لأنه يجب لحقهما فلم يدخل أحدهما في الآخر كالعديتين . والثاني يجب استبراء واحد ، لأن القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ، ولهذا لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة وبرائة الرحم منهما تحصل بالاستبراء واحد

(فصل) اذا استبرأ أمته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو من وصدقه المشتري لحقه الولد والجارية أم ولد له والبيع باطل ، وان كذبه المشتري نظرت ، فإن لم يكن أقر بالوطء حاله البيع لم يقبل قوله لأن الملك انتقل الى المشتري في الظاهر فلم يقبل اقراره بما يبطل حقه ، كما لو باعه عبداً ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه . وهل يلحقه نسب الولد ؟ فيه قولان

قال في القديم والاملاء يلحقه لأنه مجهوز أن يكون ابناً لواحد وبملوكا لغيره وقال في البويطى لا يلحقه لأن فيه اضراماً بالمشتري لأنه قد يعتقه فيثبت له عليه الولاء ، واذا كان ابناً لغيره لم يرثه ، فإن كان قد أقر بوطنها عند البيع ، فإن كان قد استبرأها ثم باعها نظرت فإن أتت بولد لدون ستة أشهر لحقه نسبه وكانت الجارية أم ولد له وكان البيع باطلاً ، وان ولدته لستة أشهر فصاعداً لم يلحقه الولد ، لأنه لو استبرأها ثم أنثت بولد وهي في ملكه لم يلحقه ، فلأن لا يلحقه وهي في ملك غيره أولى ، فإن لم يكن المشتري قد وطئها كانت الجارية

والولد مملوكين له ، وإن كان قد وطئها ، فإن أتت بولد لدون ستة أشهر من حين
ارطء فهو كما لو لم يطأها ، لأنه لا يجوز أن يكون منه وتكون الجارية والولد
مملوكين له ، وإن أتت بولد لستة أشهر فصاعداً لحقه الولد وصارت الجارية أم ولد
له لأن الظاهر أنه منه ، وإن لم يكن استبرأها البائع نظرت فإن ولدت لدون ستة
أشهر من وقت البيع لحق البائع وكانت الجارية أم ولد له وكان البيع باطلاً ، وإن
ولدت لستة أشهر نظرت فإن لم يكن قد وطئها المشتري فهو كالقسم قبله لأنها لم
تصر فرأشاً له ، وإن وطئها فولدت لستة أشهر من وطئه عرض الولد على القافة
فإن لحقته بالبائع لحق به ، وإن ألحقته بالمشتري لحقته ، وقد بينا حكم الجميع

(الشرح) حديث أبي سعيد الخدري أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم
وصححه وإسناده حسن ، وهو عند الدارقطني من حديث ابن عباس وأعل
بالإرسال ، وعند الطبراني من حديث أبي هريرة بإسناد ضعيف

وأخرج أحمد ومسلم وأبو داود عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه أتى علي امرأة مجح على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلتم بها ؟ فقالوا نعم
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل مده قبره ،
وكيف يورثه وهو لا يحل له ؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له . وفي مسند
أبي داود الطيالسي : وقال « كيف يورثه وهو لا يحل له ، وكيف يسترقه وهو
لا يحل له ، والمجح هي الحامل المقرب

وأخرج ابن أبي شيبة من حديث علي مرفوعاً « نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ، وفي إسناده
ضعف وانقطاع .

قوله « عام أوطاس » هو واد في ديار هوازن . قال القاضي عياض : وهو
موضع الحرب بجنين ، وهو ظاهر كلام أصحاب السير . قال الجافظ بن حجر :
والظاهر أن وادي أوطاس غير وادي جنين (أما بعد :)

هذا الباب من مفاخر الإسلام ، الدالة على أعظم الحكم ، وأسنى ضروب
التربية على أكرم الفضائل وأطهر المثل ، ذاك أن جيش الإسلام حين يظفرون

بعدوهم فيقع في أسرهم النساء على اختلاف ألوانهن ، من عذارى كواعب ، إلى
 نصف بضعة تثير تسترج الرجال ، والرجل المسلم المقاتل قد بعد موضعه عن موطن
 أهله ، وهو في فتوته وشدة بأسه بالحمل الذي يضاعت من شبقه وشهوته ، تأتي
 الشريعة الغراء فتقول له : قف مكانك لا تقرب هذه السبية ولا تنز عليها
 وتربص بها حية إن كانت حائلا ، أو وضعا إن كانت حاملا . إن لذلك من
 الأثر البعيد في تهذيب النفوس وتممية الإرادة وتركية السلوك المسلم ما يضيف على
 هذا الركب الوراني الذي يسمى بالجيش الفاتح من الجلال والروعة ما جعل
 الإسلام يسبقهم بنوره ، فنفتح بهم قلوب غلغف . وأعين عمى . وآذان صم .
 حتى لقد كستت في أسواقهم تلك الاجساد النسائية المسبية . وفي هذه الصورة
 يقول المتنبي في نساء الروم :

يبكى عليهم البطاريق في الضحى وهن لدينا ملقيات كواسد
 بذات قضت الايام ما بين أهلها مصائب قوم عند قوم فوائد
 ثم إن هذه المسبية على ضعفها وعزلائتها وتجردها قد أحاطها الإسلام
 بدرعه المنيع وحمايتها من أن تسلب حرية العقيدة فلم يبح إكراهها على الإسلام
 إن أرادت البقاء على دينها

قال الإمام الشوكاني : ولا يشترط في جواز وطء المسبية الإسلام ، ولو
 كان شرطا لبينه صلى الله عليه وسلم - ولم يبينه - ولا يجوز تأخير البيان عن
 وقت الحاجة ، وذلك وقتها ، ولا سيما وفي المسلمين يوم حنين وغيره من هو
 حديث عهد بالإسلام يخفى عليهم مثل هذا الحكم . وتجزؤ حصول الإسلام من
 جميع السببها وهي في غاية الكثرة بعيد جداً ، فإن إسلام مثل عدد المسيبات في أوطاس
 دفعة واحدة من غير إكراه لا يقول بأنه يصح تجويزه عاقل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الرضاع

إذا ثار للمرأة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولدا لها في حكمين : في تحريم النكاح ، وفي جواز الخلوة وأولاده أولادها ، وصارت المرأة أمأ له وأمهاتها جداته ، وآباؤها أجداده ، وأولادها أخوته وأخواته ، وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته . وإن كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولدا له وأولاده أولاده ، وصار الرجل أباً له ، وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وأولاده أخوته وأخواته وأعمامه وعماته والدليل عليه قوله تعالى : وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة ، فنص على الإمهات والأخوات ، فدل على ما سواه

وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال إنما ابنة أخي من الرضاعة ، وأنه يحرم من الرضاع مثل ما يحرم من النسب ،

وروت عائشة رضى الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ،

وروت عائشة رضى الله عنها : أن أفلح أبا أبي القعيس استأذن عليها فأبى أن تأذن له ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أفلا أذنت لعمك ؟ فقالت يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، قال فإذنى له فإنه عمك . وكان أبو القعيس زوج المرأة التي أرضعت عائشة رضى الله عنها ، ولأن اللبن حدث للولد ، والولد ولدهما ، فكان المرضع باللبن ولدهما .

(فصل) وتنشر حرمة الرضاع من الولد إلى أولاده وأولاد أولاده . ذكورا كانوا أو إناثا . ولا تنتشر إلى أمهاته وآبائهم وأخوتهم وأخواتهم . ولا يحرم على المرضعة أن تتزوج بأبي الطفل ولا بأخيه . ولا يحرم على زوج المرضعة الذي ثار اللبن على واده أن يتزوج بأم الطفل ولا بأخته ، لقوله صلى الله عليه وسلم

ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وحرمة النسب في الولد تنتشر الى أولاده ولا تنتشر الى أمهاته وآبائهم، ولا الى اخوته وأخواته فكذلك الرضاع.

(الشرح) قوله تعالى في سورة النساء «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة»، قرأ عبيد الله «اللاتي» بغير تاء، كقوله تعالى «واللاتي ينسن من الحيض»، أما حديث ابن عباس «أن النبي صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة فقال انها لا تحل لي». انها ابنة أخي من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم، وفي لفظ «من النسب»، أخرجه أحمد والبخاري ومسلم. وحديث عائشة أخرجه أحمد والبخاري وأصحاب السنن الأربعة والدارقطني. أما حديث عائشة فأخرجه البخاري في الشهادات عن محمد بن أبي كثير وعن آدم. وفي النكاح عن أبي الوليد ومسلم في النكاح عن هناد. وعن عبد الله بن معاذ وعن قتبية والحلواني ومحمد بن رافع وأبو داود فيه عن جفص بن عمرو عن محمد بن كثير والنسائي فيه عن هناد وعن قتبية والربيع بن سليمان وإسحاق بن إبراهيم. وأخرجه ابن ماجه عن أبي بكر بن أبي شيبة.

أما اللغات فالرضاع بكسر الراء وفتحها. والرضاعة بالفتح لا غير. وحكى المروى الكسبر فيها أيضاً - أفاده بن بطال - أما الفعل رضع فهو من تعب في لغة نجد ورضع رضعا من باب ضرب لغة لأهل تهامة. وأهل مكة يتكلمون بها وبعضهم يقول أصل المصدر من هذه اللغة كسر الضاد. وإنما السكون تخفيف مثل الحلاف والحلاف. ورضع يرضع بفتحين لغة ثالثة رضاعا. ورضاعة بفتح الراء. وأرضعته أمه فارضع فهي مرضع ومرضعة أيضا.

وقال الفراء وجماعة ان قصد حقيقة الوصف بالارضاع فرضع بغير هاء. وان قصد مجاز الوصف بمعنى انها محل الارضاع فيما كان أو سيكون فبالهاء وعليه قوله تعالى «تذلل كل مرضعة عما أرضعت»، ونساء مرضع ومرضيع. وراضعته مرضعة ورضاعا. ورضاعة بالكسر وهو رضيعي. والراضعتان اللتان اللتان يشرب عليهما اللبن. ويقال الراضعة الثنية اذا سقطت والجمع الرواضع.

قال أبو زيد . الراضعة كل سن سقطت من مقادمه . ويقال لؤم ورضع على الازدواج . وذلك اذا مص من الخلف مخافة أن يعلم به أحد إذا حلب فيطلب منه شيئاً فهو راضع . ولو أفرد قبل رضع مثل تعب أو ضرب والجمع رضع قوله « أريد على ابنة حمزة ، أى طلب وأصله من راد يرود اذا طلب المرعى وفي الخبر « ان الرائد لا يكذب أهله » وفي حديث « فليرتد لبوله » ومنه قوله « أنا راودته عن نفسه » ، والذي أراد من النبي صلى الله عليه وسلم أن يتزوجها هو على رضى الله عنه كما في صحيح مسلم ، وقد اختلف في اسم ابنة حمزة . أمامة وساهى وفاطمة وعائشة وأمة الله وعمارة ويعلى ، وإنما كانت ابنة أخى النبي صلى الله عليه لأنه صلى الله عليه وسلم رضع من ثوية وقد كانت أرضعت حمزة . وأفلح قال الشوكاني هو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وليس بصحيح إذ أن أفلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن منده اراه هو الذى قال له النبي صلى الله عليه وسلم « ترب وجهك »

قال ابن الأثير فى اسد الغابة . روى له ابو نعيم حديث ام سلمة قالت « رأى النبي (ص) علاماً لنا يقال له أفلح ينفخ اذا سجد ، فقال له « ترب وجهك » وروى حبيب المسكى عن أفلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اخاف على امتى من بعدى ضلالة الأهواء واتباع الشهوات والغفلة بعد المعرفة » اخرجه ثلاثتهم — يعنى ابن منده وابا نعيم وابا عمر بن عبد البر — قلت واسم أفلح هذا رباح .

أما أفلح بن ابى القعيس أو ابو القعيس وقيل أخو أبى القعيس فقال ابن الأثير (صاحب الاصابة) اخبرنا ابو المنكرم فتيان الجوهري يا مناده عن القعني عن مالك عن ابن شهاب

(١) أبناء الأثير ثلاثة اخوة ، الأكبر وهو محمد الدين ابو السعادات المبارك ابن محمد صاحب النهاية فى غريب الحديث واوسطهم عز الدين ابو الحسن صاحب اسد الغابة والكامل فى التاريخ . واصغرهم هو ضياء الدين ابو الفتح نصر الله صاحب « المثل السائر فى ادب الكتاب والشاعر » وكان احد وزراء الملك الافضل ابن صلاح الدين الايوبى .

عن عروة عن عائشة وساق الحديث وقال . ورواه سفيان بن عيينة ومروان
عن الزهري نحوه . ورواه ابن نمير وحامد بن زيد عن هشام بن عروة عن أبيه
فقال « إن أبا أبي القعيس ، وكذلك رواه عطاء عن عروة ، ورواه عباد بن
منصور عن القاسم بن محمد قال ، حدثنا أبو القعيس أنه جاء إلى عائشة رضي الله
عنها فذكر نحوه . والصحيح أنه أخو أبي القعيس

أما الأحكام فإنه لا يقتضى التحريم من الرضاع إلا خمس رضعات معلومات
والرضاع المقتضى للتحريم هو الواصل إلى الجوف مع الأشباع ، فإذا أرضعت
المرأة طفلاً حرمت عليه لأنها أمه ، وبناتها لأنها أخته ، وأختها لأنها خالته وأما
لأنها جدته وبنت زوجها صاحب اللبن لأنها أخته ، وأختها لأنها عمته وأمه لأنها
جدته ، وبنت بناتها لأنهن بنات إخوته وأخواته ، ويشترط في الإرضاع
شرطان (أحدهما) خمس رضعات لحديث عائشة الذي سيأتي . وفي حديث سهلة
« أرضعني خمس رضعات يحرم بهن ،

الشرط الثاني أن يكون في الحولين ، فإن كان خارجاً عنها لم يحرم كما سيأتي .
وقد استدلل بقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، من نقي لبن الفحل ، وهو
سعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي وأبو سلية بن عبد الرحمن . وقالوا لبن الفحل
لا يحرم شيئاً من قبل الرجل

وقال الجمهور . قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، يدل على أن الفحل
أب ، لأن اللبن منسوب إليه ؛ فإنه درّ بسبب ولده — وهذا ضعيف — فإن
الولد خلق من ماء الرجل والمرأة جميعاً . واللبن من المرأة ولم يخرج من الرجل .
وما كان من الرجل إلا وطء هو سبب لنزول الماء منه ، وإذا فصل الولد خلق
الله اللبن من غير أن يكون مضافاً إلى الرجل بوجه ما . ولذلك لم يكن للرجل حق
في اللبن وإنما اللبن لها فلا يمكن أخذ ذلك من القياس على الماء . وقول رسول الله
صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، يقتضى التحريم من
الرضاع ولا يظهر وجه نسبة الرضاع إلى الرجل مثل ظهور نسبة الماء إليه
والرضاع منها .

نعم . الأصل فيه حديث « أن أفلح أبا القعيس جاء يستأذن عليها وهو معها

من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأيت أن آذن له ؛ فلما جاء النبي (ص) أخبرته فقال : ليلج عليه فإنه عمك تربت يمينك ، وكان أبو القعيس زوج المرأة التي أرضعت عائشة رضی الله عنها

قال القرطبي وهذا خبر واحد . ويحتمل أن يكون أفلح مع أبي بكر رضيي لبان فلذلك قال ليلج عليك عمك . وبالجملة فالقول فيه مشكل والعلم عند الله ولكن العمل عليه . والاحتياط في المنع أولى مع أن قول الله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم ، يقوى قول المخالف اه

وقوله تعالى « وأخوانكم من الرضاعة » وهي الأخت لأب وأم . وهي التي أرضعتها أمك بلبان أهلك . سواء أرضعتها معك أو ولدت قبلك أو بعدك . والأخت من الأب دون الام . وهي التي أرضعتها زوجة أهلك . والأخت من الام دون الاب وهي التي أرضعتها أمك بلبان رجل آخر ، ثم ذكر التحريم بالمصاهرة فقال « وأمها نساءكم ، والصره أربع : أم المرأة وابنتها وزوجة الاب وزوجة الابن . فأم المرأة تحرم بمجرد العقد الصحيح على ابنتها إذا تقرر هذا فإن تحريم الام والأخت ثبت بنص الكتاب . وتحريم البنت ثبت بالتنبيه . فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة . وتثبت المحرمية لانهما فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاع في الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين . وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لأبي موسى الأشعري « انى مصصت من ثدى امرأتى لبناً فذهب في بطني . قال أبو موسى لا أراه إلا قد حرمت عليك . فقال عبد الله بن مسعود : انظر ما تفتي به الرجل . فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله : لا رضاع إلا ما كان في الحولين . قال أبو موسى لا تسألونى عن شيء ما دام هذا الخبر بين أظهركم ،

وعن ابن عباس رضی الله عنه قال : لا رضاع إلا ما كان في الحولين

(الشرح) اتزع الفقهاء من قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) أن الرضاعة محرمة - بكثر الرأء المشددة - الجارية مجرى النسب إنما هن ما كان في الحولين ، لأنه بانقضاء الحولين تمت الرضاعة ، ولا رضاعة بعد الحولين معتبرة . وهو قول عمر وابن عباس . وروى عن ابن مسعود كما حكاه المصنف . وبه قال الزهري وقتادة والشعبي وسفيان الثوري ومالك وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن شبرمة

وروى ابن عبد الحكم عن مالك : ان زء شهرأ جاز وروى شهران . وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهرأ ، لقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهرأ ، ولم يرد بالحل حمل الاحشاء ، لأنه يكون سنين ، فعلم أنه أراد الحل في الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرّم . ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت « يا رسول الله إنا كنا نرضى سالما ولداً فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة في بيت واحد ويرانى فضلا . وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحببت عائشة أن يراها ويدخل عليها - وان كان كبير خمس رضعات - وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة حتى يكون قد رضع في المهد . وقلن لعائشة واقه ما ندرى لعلمها رخصة من النبي (ص) لسالم دون الناس . زواه أبو داود والنسائي

دليلنا قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها زجل ، فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإبما الرضاعة من المجاعة ، متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع

إلا ما فتح الامماء وكان قبل الفطام ، أخرجه الزمذني وقال حديث حسن صحيح
وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حنيفة على أنه خاص له دون غيره من الناس كما قال
سائر أزواجه صلى الله عليه وسلم

قال ابن قدامة : وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة
فقد روينا عن علي وابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل علي أن
أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى « وفصاله في عامين ،
فلو حمل علي ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية

قال عبد الرزاق عن الثوري : حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن
أبي عطية الوادعي قال : جاء رجل إلى أبي موسى فقال « ان امرأتى ورم ثديها
فصصته فدخل حلقى شيء وسبقني ؟ فشدد عليه أبو موسى فأتى عبد الله بن مسعود
فقال سألت أحداً غيري ؟ قال نعم أبا موسى فشدد علي ، فأتى أبا موسى فقال ،
أرضع هذا ؟ فقال أبو موسى لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع
فيهما لحصل التحريم ، ولو لم يطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل
الفطام لم يثبت التحريم .

وقال ابن القاسم صاحب مالك « لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « وكان قبل الفطام ، ويرد عليه قوله تعالى
« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، وقوله صلى الله عليه وسلم
« لا رضاع إلا ما كان في الحولين ، والفطام معتبر بمدته لا بنفسه
وهن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا رضاع بعد فصال ولا يتم
بعد احتلام ، رواه الطيالسي في مسنده

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات ، وقال أبو ثور
يثبت بثلاث رضعات لما روت أم الفضل رضي الله عنها أن رسول الله (ص)

قال: ولا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان، فدل على أن للثلاث يحرم من . والدليل على أنه لا يحرم مادون خمس الرضعات ما روت عائشة رضی الله عنها قالت « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ، ثم نسخ بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ في القرآن ، وحديث أم الفضل يدل على أن الثلاث يحرم من جهة دليل الخطاب ، والنص يقدم على دليل الخطاب ، وهو ما روينا ، ولا يثبت إلا بخمس رضعات متفرقات ، لأن الشرع ورد بها مطلقاً ، فحمل على العرف ، والعرف في الرضعات أن يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود إليه بعد زمان ثم يرتضع ثم يقطعه ، وعلى هذا إلى أن يستوفى العدد ، كما أن العادة في الاكالات أن تكون متفرقة في أوقات . فأما إذا قطع الرضاع لضيق نفس أو لشيء يلمبه ثم رجع إليه أو انتقل من ثدى إلى ثدى كان الجميع رضعة ، كما أن الاكل إذا قطعه لضيق نفس أو شرب ماء أو لانتقال من لون إلى لون كان الجميع أكلة ، فإن قطعت المرضعة عليه فففيه وجهان (أحدهما) أن ذلك ليس برضعة ، لأنه قطع عليه بغير اختياره (والثاني) أنه رضعة ، لأن الرضاع يصبح بكل واحد منهما . ولهذا لو أوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت إذا ارتضع منها وهي نائمة ، فإذا تمت الرضعة بقطعه وجب أن تتم بقطعهما .

فإن أرضعته امرأة أربع رضعات ، ثم أرضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد إلى الأولى فارتضع منها وقطع ، وعاد إلى الأخرى في الحال فارتضع منها فففيه وجهان :

(أحدهما) لا يتم عدد الخمس من واحدة منهما ، لأنه انتقل من إحداهما إلى الأخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة ، كما لو انتقل من ثدى إلى ثدى (والثاني) يتم العدد من كل واحدة منهما ، لأن الرضعة أن يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولا يعود إلا بعد زمان طويل ، وقد وجد ذلك

(الشرح) حديث أم الفضل « أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم: أتحرّم المصّة؟ فقال لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصّة والمصتان ، وفي رواية دخل

أعرابي على نبي الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا نبي الله إني كائنت
لى امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت الحداثى رضعة
أو رضعتين ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجاتان ،
أخرجه مسلم فى النكاح عن يحيى بن يحيى وعمرو الناقد وإسحاق بن إبراهيم . وعن
أبى بكر وعن أبى غسان المسمى وعن أحمد بن سعيد الدارمى والنسائى فى النكاح
عن عبد الله بن الصباح وابن ماجه فى النكاح عن أبى بكر بن أبى شيبة .

أما حديث عائشة قالت « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات محرمن ثم
نسخن بخمسين » ، وفى رواية « الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه البخارى
فى الشهادة . وفى الخنس عن عبد الله بن يوسف ، وفى النكاح عن اسماعيل ،
وأخرجه مسلم فى النكاح عن يحيى بن يحيى . وعنه وعن القعنبي وعن أبى كريب
وعن أبى معمر وأخرجه أبو داود فى النكاح عن القنبي وأخرجه الترمذى فى
الرضاع عن اسحاق بن موسى وعن محمد بن بشار وأخرجه النسائى فى النكاح عن
هرون بن عبد الله ، وعن محمد بن عبيد الله ، وعن عبيد الله بن سعيد ، وعن
عبد الوارث بن عبد الصمد

أما اللغات فقوله « الاملاجة ولا الاملاجاتان » وهو الزائد المهموز للفعل
المجرد الثلاثى ملج ، يقال ملج الصبي أمه ملجاً من باب نصر وقتل وملج يملج
من باب تعب لغة فيه أى رضعها ، ويتعدى بالهمزة فيقال أملاجه أمه ، والمره
من الثلاثى ملجة ومن الرباعى إملاجة ، مثل الاكرامة والاخراجة ونحو ذلك
وامتلج الفصيل ما فى الضرع .

وقوله « بازوجور » وهو بفتح الواو وزان رسول الدواء ' يصب' فى الحلق
وأوجرت المريض إيجاراً فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد ، وقال
ابن بطال فى شرح غريب المهذب « الوجور بضم الواو ويفتح الدواء نفسه ،
واللدود إدخال الدواء فى شق الفم وجانبيه ، والسعوط ادخاله فى الأنف
والحقنة فى الدبر .

وقوله « معلومات » فيه إشارة إلى أنه لا يثبت حكم الرضاع إلا بعد العلم بعدد
الرضعات ، وأنه لا يكفى الظن بل يرجع معه ومع الشك إلى الاصل وهو العدم .

قوله «وهن فيما يقرأ» فيه إشارة إلى أنه تأخر إنزال الخمس الرضعات ، فتوفي صلى الله عليه وسلم وهو قرآن يقرأ .

أما الأحكام فقد استدل بحديث عائشة على أن التحريم لا يتحقق إلا بخمس رضعات فما فوقها معلومات ، والرضعة هي المرة ، ففتى التميمي الصبي الثدي فامتص منه ثم تركه باختياره لغير عارض كان ذلك رضعة ، فالرضعة الواحدة والرضعتان والثلاث والأربع ، وقد استدل بحديث « لا تحرم المصاة ولا المصتان ، على أن الثلاث محرمة . وهذا الاستدلال مأخوذ من دلالة مفهوم الخطاب ، وهو مذهب زيد بن ثابت وأبي ثور وابن المنذر وأبي عبيدة وداود بن علي وأحمد في رواية عنه ، ولكن يعارض هذا المفهوم القاضي بأن ما فوق الاثنتين يقتضى التحريم ما ثبت من أن الرضاع المقتضى للتحريم خمس رضعات ، وهو قول ابن مسعود وعائشة وعبد الله بن الزبير وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير والليث بن سعد وأحمد في ظاهر مذهبه وإسحاق وابن حزم وجماعة من أهل العلم قال الشوكاني : وقد روى هذا المذهب عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه .

وحكى ابن القيم عن الليث بن سعد أنه لا يحرم إلا خمس رضعات . وقد اعترض القائلون بقول أبي ثور الذي حكاه المصنف هنا باعترافات ، منها أن الحديث متضمن كون الخمس الرضعات قرآناً والقرآن شرطه التواتر ، ولم يتواتر محل النزاع .

ثانياً : لو كان هذا قرآناً لحفظ لقوله تعالى « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون ، ثالثاً : قوله تعالى « وأمهاتكم اللائي أرضعنكم ، وإطلاق الرضاع يشعر بأنه يقع بالقليل والكثير ، ومثل ذلك حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » رابعاً : عن عقبه بن الحرث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، قال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى فتنجيت فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟ فنهاه عنها ، رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذي والنسائي والدارقطني ، فإن النبي (ص) لم يستفصل عن الكيفية ولا سأل عن العدد

خامساً ، حديث لا يحرم من الرضاع إلا ما تنق الامعاء ، يدل على عدم اعتبار الخمس ، لأن الفتق يحصل بدونها

ونجيب عن الاعتراض الأول بأن كون التواتر شرطاً ممنوع ، والسند ما أسلفنا عن أئمة القراءات كحفص ونافع ، وقد تكلم الجزري وغيره في باب الحجّة في الصلاة بقراءة ابن مسعود وأبي من أبواب صفة الصلاة ، فإنه نقل هو وجماعة من أئمة القراءات الاجماع على ما يخالف هذه الدعوى ، ولم يعارض نقله ما يصلح لمعارضته . وأيضا اشتراط التواتر فيما نسخ لفظه على رأى المشترطين ممنوع . وكذلك انتفاء قرآنيته لا يستلزم انتفاء حجته على فرض شرطية التواتر لأن الحجّة ثبتت بظنية الثبوت التي يجب عندها العمل ، وقد قرأ الأئمة بقراءة الآحاد في مسائل كثيرة . منها قراءة ابن مسعود ، فصيام ثلاثة أيام متتابعات ، وقراءة أبي ، وله أخ أو أخت من أم ،

والجواب عن الثاني أن كونه غير محفوظ ممنوع ، بل قد حفظه الله برواية عائشة له ، والمعتبر حفظ الحكم ، ولو سلم انتفاء قرآنيته على جميع التقادير لكان سنة لكون الصحابي راوياً له عنه صلى الله عليه وسلم لوصفه له بالقرآنية ، وهو يستلزم صدوره عن اسانه وذلك كاف في الحجية لما تقرر في الاصول من أن المروى آحاد إذا انتفى عنه وصف القرآنية لم ينتف وجوب العمل به كما أسلفنا . والجواب عن الثالث بأن مطلق الرضاع مقيد بأحاديث عدد الرضعات في حديث عائشة . ويجاب عن الرابع بأن زيادة البيان على ذلك الذي قيل عنه من ترك الاستفصال يتعين الاخذ به ، وزيادة الثقة حجة والمثبت حجة على الثاني . وقد يكون ترك الاستفصال مرده الى سبق البيان منه صلى الله عليه وسلم للمقدر المحرم ويجاب عن الخامس بما أجبنا به عن الثالث والرابع

إذا ثبت هذا فإنه اذا كانت الرضعات المحرمة خمساً وكانت في خلال الحولين فلو رضع الخامسة على رأس الحولين فقد ثبت التحريم ، وكذلك ينبغي أن تكون الرضعات متفرقات ، وهذا قال أحمد

وحد الرضعة كما قلنا أن لا يقطعها إلا باختياره ، فأما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى إلى ثدى ، أو شئ يلميه ، أو قطعت عنه المرضة نظرت

فإن لم يعد قريباً فهي رضعة وإن عاد في الحال ففيه وجهان (أحدهما) أن الأولى رضعة فإذا عاد فهي رضعة أخرى . وهذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل فإنه قال : ألا ترى الصبي يرتضع من الثدي ، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح فإذا فعل ذلك فهي رضعة ؛ وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد كما لو قطع باختياره .

(والثاني) أن جميع ذلك رضعة واحدة إلا في حالة قطع المرضعة ففيه الوجهان لأنه لو حان لا أكلت اليوم إلا أكلة فاستدام إلا كل زمناً أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام ، لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ههنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن شكك المرضعة هل أرضعته أم لا ؟ أو هل أرضعته خمس رضعات أو أربع رضعات لم يثبت التحريم ، كما لو شك الزوج هل طلق امرأته أم لا ؟ وهل طلق ثلاثاً أو طليقتين ؟

(فصل) ويثبت التحريم بالوجور لأنه يصل اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانتشار العظم ما يحصل بالرضاع ، ويثبت بالسعوط لأنه سبيل لفطر الصائم ، فكان سبيلاً لتحريم الرضاع كالقم ، وهل يثبت بالحقنة فيه قولان (أحدهما) يثبت لما ذكرناه في السعوط . (والثاني) لا يثبت لأن الرضاع جعل لانبات اللحم وانتشار العظم ، والحقنة جعلت للاسهال ، فإن ارتضع مرتين وأوجر مرة وأسعط مرة وحقن مرة . وقلنا إن الحقنة تحرم يثبت التحريم ، لأننا جعلنا الجميع كالرضاع في التحريم وكذلك في تمام العدد .

(فصل) وإن حلبت لبناً كثيراً في دفعة واحدة وسقته في خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه خمس رضعات ؛ فمن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع . ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه خمس رضعات ، لأنه يحصل به ما يحصل بخمس رضعات (والثاني) أنه رضعة - وهو الصحيح -

لأن الوجور فرع للرضاع ، ثم العدد في الرضاع لا يحصل إلا بما يتفصل خمس مرات فكذلك في الوجور .

وإن حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ، ومنهم من قال هو رضعة قولاً واحداً لأنه لم يشرب إلا مرة . وفي المسألة قبلها شرب خمس مرات . وإن حلبت خمس مرات وجعلتها في إناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولاً واحداً لأنه تفرق في الحلب والسقي . ومنهم من قال هو على قولين لأن التفريق الذي حصل من جهة المرزعة قد بطل حكمه بالجمع في إناء .

(الشرح) إذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضعات المحرمة هل كملت أم لا ؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك في وجود الطلاق وعدده .

والسعوط والوجور كالرضاع ، فإذا صب اللبن في أنفه من أناء أو غيره أو صب في حلقه صبا من غير الثدي فكلا الأمرين الحكم فيهما حكم الرضاع . وقد اختلفت الرواية في التحريم بهما عن أحمد ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بهما كما أفاده ابن قدامة . وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور ، ولم يقل به في السعوط .

والرواية الثانية عن أحمد لا يثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبي بكر من أصحاب أحمد وداود بن علي وقول عطاء الخراساني في السعوط لأن هذا ليس برضاع ، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبهه ما لو دخل من جرح في بدنه .

دليلنا ما روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأثبت اللحم ، رواه أبو داود ، ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من أنبات اللحم وأنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه في التحريم ، والآنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم إذا تقرر هذا فإنه يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع ، وهو خمس في

الزواية المشهورة فإنه فرغ على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور كان كمن كمل الخمس برضاع وثبت التحريم بها لأننا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم . فكذا في الكمال العدد ، ولو حلبت في أثناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما في خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه خمس فاختلف أصحابنا فمنهم من قال ليس هذا قولاً للامام وإنما هو من تخريج الربيع . ومنهم من عددهما قولين (أحدهما) أنه خمس لأنه يحصل به ما يحصل بالخمسة . وبهذا قال أحمد . لأن الاعتبار بشرب الصبي له لأنه المحرم . ولأنه لو أكل خمس أكلات من طعام واحد متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات .

دللنا أن القدر المعتبر للرضعة الواحدة لو قسم الى خمسة أجزاء لما زاد على كونه رضعة . ولأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه . وقد عكس الحنابلة في الصورتين .

فأما إن سقته اللبن المجموع من خمس رضعات اعتبارية جرعة بعد جرعة متتابعة ففيه طريقان . فمن أصحابنا من جعلها كالتى قبلها في الوجور خمس مرات لرضعة واحدة . وظاهر كلام الخرق من أئمة الحنابلة أنه رضعة واحدة لأن المعتبر خمس رضعات متفرقات وهذه غير متفرقات . والتفريق الذى حصل من جهة المرضعة بطل حكمه بالجمع في أثناء .

فأما الحقنة فإن قلنا تحرم كالسعوط والوجور كانت في حكم الرضاع بمعنى أنه إذا رضع من الثدي رضعتين وبالسعوط واحدة وبأوجور واحدة وبالخمن واحدة كانت خمسا كاملة محرمة . وبهذا قال ابن حامد من الحنابلة وابن أبي موسى والمصوح عن أحمد أنها لا تحرم . وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لأن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر في احليله ، ولأنه ليس برضاع ولا في مناه فلم يجوز اثبات حكمه فيه . ويفارق فطر الصائم فإنه لا يعتبر فيه انبات اللحم ولا انشاز العظم ، ولأنه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح

وقد سألنا ولدنا التقي الدكتور أسامة أمين فراج فأجاب بأننا لو أعطينا
الطفل حقنة اللبن من الشرج فإنه لا يتغذى منه الجسم إلا بنسبة ضئيلة في حالة
بقائه في جوفه مدة طويلة ولا تقاس بجانب ما يتعاطاه بضمه كفاً وكماً. أما إذا نزل
منه في الحال فإنه لا يعود عليه منه ما يغذيه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جبن اللبن وأطعم الصبي حرم لأنه يحصل به ما يحصل باللبن
من إنبات اللحم وانتشار العظم

(فصل) فإن خلط اللبن بمائع أو جامد وأطعم الصبي حرم ، وحكى عن المزني
أنه قال إن كان اللبن غالباً حرم ، وإن كان مغلوباً لم يحرم لأن مع غلبة المخالطة
يزول الاسم ، والمعنى الذي يراد به ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم إذا كان
غالباً تعلق به إذا كان مغلوباً كالنجاسة في الماء القليل

(فصل) فإن شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لأنه معنى يوجب تحريماً من بدأ
فيظلم بالموت كالوطء .

(فصل) ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة ، فإن شرب طفلان من لبن شاة لم
يثبت بينهما حرمة الرضاع لأن التحريم بالشرع ولم يرد الشرع إلا في لبن الآدمية
والبهيمة دون الآدمية في الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية في إصلاح البدن فلم يلحق
به في التحريم ، ولأن الأخوة فرع على الأمومة ، فإذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة
فلأن لا يثبت به الأخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل .

وقال الكرايبي : يثبت كما ثبت بلبن المرأة ، وهذا خطأ لأن لبنه لم يجهل
غذاء للولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة .

وإن ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبي — فإن علم أنه رجل — لم يحرم ،
وإن علم أنه امرأة رجم ، فإن أشكل فقد قال أبو اسحاق : إن قال النساء إن هذا
اللبن لا يكون على غزارته إلا لامرأة حكم بأنه امرأة وأن لبنه يحرم .

ومن أصحابنا من قال : لا يجعل اللبن دليلاً لأنه قد ينور اللبن للرجل ، فعلى هذا يوقف أمر من يرضع بلبنه كما يوقف أمره .

(فصل) فإن ناز للبيكر لبن أو لثيب لا زوج لها فأرضعت به طفلاً ثبت بينهما حرمة الرضاع لأن لبن النساء غذاء للأطفال ، فإن ناز لبن للمرأة على ولد من الزنا فأرضعت به طفلاً ثبت بينهما حرمة الرضاع ، لأن الرضاع تابع للنسب ثم النسب يثبت بينه وبينها ، ولا يثبت بينه وبين الزاني ، فكذلك حرمة الرضاع

(الشرح) إذا عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت التحريم به ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية لأحمد القائلة بعدم ثبوت التحريم باوجود لا يثبت هنا بطريق الأولى ، دليلنا أنه واصل من الحلق ، ويحصل به إنبات اللحم وانشاز العظم ، فحصل به التحريم كما لو شربه .

(فرع) إذا شيب اللبن بغيره فحكمه حكم المحض الخالص الذي لا يخالطه سواه ، وبهذا قال الخزقي من الحنابلة ، وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور ، وحكى المصنف عن المزني : ان كان الغالب اللبن حرم والا فلا ، وهو قول أبي ثور وابن حامد ، لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا : ان كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ، وهذا خطأ لأن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه إنبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً

وقال ابن قدامة : ان صب في ماء كثير لم يتغير به — يعنى الماء — لم يثبت به التحريم ، لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذى ولا إنبات اللحم ولا انشاز العظم ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم ان كان غالباً تعلق به ان كان مغلوباً ، ولأنه لو وضع قليل من الخمر في المساء ولو لم يغيره حرم شربه ، الا اذا استبجر وتلاشى أثر الخمر . ولأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه فأشبهه ما لو كان لونه ظاهراً

(فرع) إذا شرب لبن امرأة ميتة فإنه لا تنتشر الحرمة ، وبهذا قال الخلال .
لأنه لبن من ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل ، والمنصوص
عن أحمد في رواية إبراهيم الحربي أنه ينشر الحرمة ، وهو قول أبي ثور والأوزاعي
وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وتوقف عنه أحمد في رواية مهنا . ولو
حلبت المرأة لبنها في وعاء ثم ماتت فشر به صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل
الوجور محرماً ، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم
وذلك لأنه لبن امرأة في حبانها فأشبهه ما لو شربه في الحياة

(فرع) ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال ، فلو ارتضع اثنان من لبن
بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم ، منهم أحمد وابن القاسم وأبو ثور
وأصحاب الرأي ، ولو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ، ولم تنتشر الحرمة بينه
وبينهما في قول عامتهم .

وقال الكرايبي يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمي أشبهه لبن الآدمية . وحكى
عن بعض السلف أنهما لو ارتضعا من لبن بهيمة صاروا أخوين ، وليس بصحيح ،
لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ، لأن الأخوة
فرع على الأمومة ، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا اللبن
لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام ، فإن ثار الخنثى مشكل
لبن لم يثبت به التحريم ، لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك .
وقال ابن حامد : يقف الأمر حتى يثبت التحريم بانكشاف أمر الخنثى كونه رجلاً
وقال أبو إسحاق المروزي : إن قال النساء إن هذا اللبن لا يكون على غزارته إلا
لامرأة حكم بأنه امرأة وأن ابنه يحرم

وقال بعض أصحابنا : ليس اللبن دليلاً على الرجولة والآنوثة ، لأنه قد يثور
للرجل لبن تتوفر فيه غزارة لبن المرأة وعناصره التي يتكون منها ، وعلى ذلك
نقول بقول ابن حامد وهو ما ذهب إليه المصنف هنا

(فرع) إذا ثار لامرأة ثيباً كانت أو بكرأ لبن من غير وطء فأرضعت به
طفلاً نشر الحرمة ، وهو قول ابن حامد ومالك وأظهر الروايتين عن أحمد ، وهو
مذهب الثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ، لقول

الله تعالى وأمهاتكم اللاقي أرضعنكم ، ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم ، كما لو
ثار بوطه ، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فإن كان هذا نادراً
لجنسه معتاد .

(مسألة) يشترط في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثار اللبن
بوطه أن يكون لبن حمل ينتسب الى الواطىء ، إما لكون الوطء في نكاح أو
ملك يمين أو نكاح شبهة . فأما لبن الزانى أو الثانى للولد باللعان فلا ينشر الحرمة
بيدهما . هذا هو مذهبنا وبه قال أبو عبد الله بن حامد والخرقى من أصحاب أحمد ، وقال
أبو بكر بن عبد العزيز منهم : تنتشر الحرمة بين المرتضع وبين الزانى أو الثانى
باللعان لانه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كاطء .
يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء
كذلك اللبن ، ولانه رضاع ينشر الحرمة إلى المرصعة بالاتفاق فنشرها الى الواطىء
كصورة الإجماع .

دليلنا أن التحريم بينهما فرع لحرمة الابوة ، فلما لم تثبت حرمة الابوة لم يثبت
ما هو فرع لها .

فأما المرصعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع ،
وكذلك محرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا
المرتضع كما فى الرضاع باللبن المباح

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقتها وتزوجت بآخر ، فاللبن
الأول الى أن تحبل من الثانى ، وينتهى الى حال ينزل اللبن على الحبل ، فإن
أرضعت طفلاً كان ابناً للأول زاد اللبن أو لم يزد انقطع ثم عاد أو لم ينقطع ،
لانه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الاول ، فإن بلغ الحمل من الثانى الى
حال ينزل فيه اللبن نظرت - فان لم يزد اللبن - فهو للأول ، فان أرضعت به
طفلاً كان ولداً للأول ، لانه لم يتغير اللبن ؛ فان زاد فارتضع به طفل ففیه قولان

قال في القديم هو ابنهما لأن الظاهر أن الزيادة لأجل الحمل، والمرضع به
لبنتهما فكان ابنهما .

وقال في الجديد هو ابن الاول، لأن اللبن للأول يقين، ويجوز أن تكون
الزيادة لفضل الغذاء، ويجوز أن تكون للحمل، فلا يزال اليقين بالشيك،
فإن انقطع اللبن ثم عاد في الوقت الذي ينزل اللبن على الحمل فأرضعت به طفلاً ففيه ثلاثة أحوال
(أحدها) أنه ابن الأول، لأن اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل، والولد للأول
فكان المرضع به ابنه .

(والثاني) أنه من الثاني، لأن لبن الاول انقطع فالظاهر أنه حدث للحمل
والحمل للثاني فكان المرضع باللبن ابنه

(والثالث) أنه ابنهما، لأن لكل واحد منهما أمانة تدل على أن اللبن له،
فحمل المرضع باللبن ابنهما، فإن وضعت الحمل وأرضعت طفلاً كان ابناً للثاني في
الاحوال كلها، زاد اللبن أو لم يزد، اتصل أو انقطع ثم عاد، لأن حاجة الموالد
إلى اللبن تمنع أن يكون اللبن لغيره

(الشرح) إذا ثار لبن منها على ولد من زوج طلقها فنزجت آخر لم يتخل
من خمسة أحوال :

١ - أن يبقى لبن الاول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو للأول
سواء حملت من الثاني أو لم تحمل، لا نعلم فيه خلافاً، لأن اللبن كان للأول ولم
يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للأول

٢ - أن لا تحمل من الثاني فهو للأول، سواء زاد أو لم يزد، أو انقطع ثم
عاد أو لم ينقطع .

٣ - أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة . قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل
من نحفظ عنه، وهو قول أبي حنيفة وأحمد، سواء زاد أو لم يزد، انقطع أو
اتصل، لأن لبن الاول ينقطع بالولادة من الثاني، فإن حاجة المولود إلى اللبن
تمنع كونه لغيره .

٤ - إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان، أحدهما قوله

في القديم هو لها وتنتشر الحرمة بينه وبينهما ، لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه ، وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما ، وبهذا قال الحنابلة ، الثاني هو للأول لأن اللبن له ييقين ، ويجوز أن تكون الزيادة بسبب التغذية أو استدرار الطفل للثدي فينشط الثدي نتيجة الإحساس بالامومة لدى المرضعة فيثور لبنها لأسباب نفسية من الرحمة يقذفها الله في قلب المرأة ، وقد حدث لى وأنا رضيع فقد ماتت الام بمد ولادتي بستة أشهر وكانت جدتي لا تبيح من العمر زهاء الثمانين عاماً فنار اللبن في ثديها رحمة بي واشفاقاً على من اهلك ؛ وهذا من الاسباب التي هيأها الله لى أن أعيش وقد حرمت على بنات أعمامى وبنات عماتى ، وظل اللبن في ثديها إلى أن أدركتها المية على رأس المائة ، وإنما يخلق الله اللبن للولد عند وجوده صدأ لحاجته وحفظاً لحياته ، وقال أبو حنيفة هو للأول ما لم تلد من الثاني

٥ - انقطع اللبن من الاول ثم ثاب بالحمل من الثاني ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه ابن الاول وهو قول أبي حنيفة ، لأن الحمل لا يقتضى اللبن ، وإنما يخلق الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه ، وقد سبق عند الكلام على قوله في الجديد (الثاني) أنه ابن الثاني ، وهو اختيار أبي الخطاب من الحنابلة ، لأن لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني ، فكان له كالمولم يكن لها لبن من الاول (والثالث) أنه ابنيهما ، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل ، فالظاهر أن لبن الاول ثاب بسبب الحمل الثاني ، فكان مضافاً اليهما كالمولم ينقطع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وطئ رجلان امرأة وطناً يلحق به النسب فأتت بولد وأرضعت بلبنه طفلاً ، كان الطفل إبناً لمن يلحقه نسب الولد ، لأن اللبن تابع للولد ، فإن مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب الى أحدهما - فإن كان له ولد - قام مقامه في الانتساب ، فإذا انتسب الى أحدهما صار المرضع ولده من انتسب اليه ، وإن لم يكن له ولد ففي المرضع بلبنه قولان

(أحدهما) أنه إبنهما ، لأن اللبن قد يكون من الوطاء ، وقد يكون من الولد (والقول الثاني) أنه لا يكون إبنهما ، لأن المرضع تابع للناسب ولا يجوز أن يكون المناسب إبناً لإثنين ، فكذلك المرضع ، فعلى هذا هل يخير المرضع في الانتساب إلى أحدهما؟ فيه قولان

(بأحدهما) لا يخير لأنه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب

(والثاني) يخير لأن الولد قد يأخذ الشبه بالرضاع في الأخلاق ويميل طبيعه إلى من ارتضع بلبنه . ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أنا أفصح العرب ولا فخر ، بيد أنى من قریش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة ولهذا يقال يحسن خلق الولد إذا حسن خلق المرضعة ، ويسوء خلقه إذا ساء خلقها فإذا قلنا إنه يخير فانتسب إلى أحدهما كان إبنه من الرضاعة ، فإذا قلنا لا يخير فهل له أن يتزوج بنتيهما؟ فيه ثلاثة أوجه

(أحدهما) وهو الأصح ، أنه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما ، لانا وإن حملنا عين الأب منهما إلا أنا نحقق أن بنت أحدهما أخته وبنت الآخر أجنبية فلم يجوز له نكاح واحدة منهما ، كما لو اختلطت أخته بأجنبية

(والثاني) أنه يجوز أن يتزوج بنت من شاء منهما ، فإذا تزوجها حرمت عليه الأخرى ، لأن الأصل فى بنت كل واحد منهما الإباحة وهو يشك فى تحریمها ، واليقين لا يزال بالشك ، فإذا تزوج إحداهما تعينت الأخرى فى الأخرى فحرم نكاحها على التأيد ، كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ بأحدهما بالاجتهاد ، فإن النجاسة تتعين فى الآخر ، ولا يجوز أن يتوضأ به .

(والثالث) أنه يجوز أن يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الأخرى ، لأن الحظر لا يتعين فى واحدة منهما ، كما يجوز أن يصلى بالاجتهاد إلى جهة ثم يصلى بالاجتهاد إلى جهة أخرى ، ويحرم أن يجمع بينهما ، لأن الحظر يتعين فى الجميع فصار كرجلين رأيا طائراً فقال أحدهما إن كان هذا الطائر غرباً فعبدى حر ، وقال الآخر إن لم يكن غرباً فعبدى حر ، فطار ولم يعلم أنه غرب ولا غيره ، فإنه لا يعتق على واحد منهما لافتراده بملك مشكوك فيه ، وإن اجتمع العباد إن لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه

(فصل) وإن أمت امرأته بولد ونفاه باللعان فأرضعت بلبنه طفلاً كان الطفل إبناً للمرأة ولا يكون إبناً للزوج ، لأن الطفل تابع للولد ، والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل ، فإن أقر بآرلد صار الطفل إبناً له لأنه تابع للولد .

(فصل) وإن كان لرجل خمس أمهات أولاد فنار لمن منه لبن فارتضع صبي من كل واحدة ممن رضعة ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي القاسم الانماطي وأبي بكر ابن الخداد المصري : إنه لا يصير المولى أباً للصبي لأنه رضاع لم يثبت به الامومة فلم تثبت به الابوة

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق وأبي العباس بن القاص : إنه يصير المولى أباً للصبي ، وهو الصحيح ، لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار إبناً له ، وإن كان لرجل خمس أخوات فارتضع طفل من كل واحدة ممن رضعة فهل يصير خالاً له ؟ على الوجهين

(الشرح) ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم رضع من ثوية مولاة أبي لذب أرضعته أياماً وأرضعت معه أبا سلمة عبد الله بن عبد الأشد المخزومي بلبن ابنها مسروح وأرضعت معهما حمزة بن عبد المطلب - واختلاف في اسلامهما - ثم أرضعته حليلة السعدية بلبن ابنها عبد الله أخى أنيسة وجندامة ، وهى الشياى أولاد الحرث بن عبد الازى بن رفاعة السعدى ، واختلاف في اسلام أبويه من الرضاغة ، وأرضعت معه ابن عمه أبا سفيان بن الحرث بن عبد المطلب ، وكان شديد العداوة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم أسلم عام الفتح وحسن اسلامه وكان عمه مسترضعاً فى بنى سعد بن بكر ، فأرضعت أمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عند أمه حليلة ، فكان حمزة رضيع رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجهين ، من جهة ثوية ومن جهة السعدية

أما حواضنه صلى الله عليه وسلم فإن أمه هى آمنة بنت وهب بن عبد مناف ابن زهرة بن كلاب . ومنهن ثوية وحليمة والشياى ابنتها - وهى أخته من

الرضاعة كانت تحضنه مع أمها ، وهي التي قدمت عليه في وفد هو وزن فبسط لها رداءه ، وأجلسها عليه رعاية لحتمها .
 أما بعد : فإن هذه الفصول الثلاثة على وجهها الذي أوضحناه في الفصول التي قبلها فليراجع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن كان لرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن أمه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لأنها صارت أخته ، وإن كانت له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما ، لأنه لا يجوز أن يكون عنده امرأة وابنتها ، فإن كان له زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة فأرضعت إحداهما خمس رضعات ، ثم أرضعت الأخرى خمس رضعات فقيه قولان (أحدهما) ينفسخ نكاحهما ، وهو اختيار المذنب لأنها صارتا أختين فانهسخ نكاحهما ، كما لو أرضعتهما في وقت واحد (والثاني) أنه ينفسخ نكاح الثانية ، لأن سبب الفسخ حصل بالثانية فاخص نكاحها بالبطلان ، كما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى .

(فصل) ومن أقصد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص أنه يلزمه نصف مهر المثل ونص في الشاهدين بالطلاق إذا رجعا على قولين (أحدهما) يلزمهما مهر المثل (والثاني) يلزمهما نصف مهر المثل . واختلف أصحابنا فيه ، فنقل أبو سعيد الاصطخري جوابه من إحدى المسئلتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين (أحدهما) يجب مهر المثل لأنه أتلف البضع فوجب ضمان جميعه (والثاني) يجب نصف مهر المثل لأنه لم يفرم للصغيره إلا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله

وقال أبو اسحاق : يجب في الرضاع نصف المهر وفي الشهادة يجب الجميع ، والفرق بينهما أن في الرضاع وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً وتلد البضع عليه . وقد رجع إليه بدل النصف فوجب له بدل المصنف . وفي الشهادة لم يتلف البضع في الحقيقة ، وإنما حيل بينه وبين ملكه فوجب ضمان جميعه ، والصحيح طريقة

أبي اسحاق وعليها التفريع . وإن كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة أنفس وأرضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج أو أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم في الإلتلاف ، وإن كانوا ثلاثة فأرضعها أحدهم رضعة وأرضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الإلتلاف فتساووا في الضمان ، كما لو طرح رجل في خل قدر دائق من نجاسة ، وآخر قدر درهم

(والثاني) يقسط على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر ، وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فيقسط الضمان عليه

(فصل) إذا ارتضعت الصغيرة من أم زوجها خمس رضعات والام نائمة سقط مهرها لأن الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه ، لأن الإلتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى ، فإن ارتضعت من أم الزوج رضعتين والام نائمة وأرضعتها الام تمام الخمس والزوجه نائمة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يسقط من نصف المسمى نصفه وهو الربع ، ويجب الربع . (والثاني) يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة أخماسه ووجهها ما ذكرناه في المسئلة قبلها وبالله التوفيق

(الشرح) إذا تزوج الرجل صغيرة فأرضعتها أمه أو أخته أو امرأة ينفسخ النكاح برضاها خمس رضعات متفرقات ، فإن كان قد سمى لها صداقاً فاسداً وجب لها نصف مهر المثل ، وإن سمى لها صداقاً صحيحاً وجب لها نصف المسمى ويرجع الزوج على المرزعة بضمان ما أتلفته من البضع ، سواء تعمدت فسخ النكاح أو لم تتعمد . وقال مالك لا يرجع عليها بشيء . وقال أبو حنيفة : ان تعمدت فسخ النكاح رجوع عليها ، وان لم تتعمد فسخ النكاح لم يرجع عليها .

دليلاً قوله تعالى « وإن فاتكم شيء من أزواجكم إلى الكفر فعاقبتم فآوا الذي ذهب أزواجهم مثل ما أنفقوا » ، وذلك أن النبي صلى الله عليه صالح قريشاً عام الحديبية على أن المرأة المسلمة إذا هاجرت ردها زوجها اليهم فنهاه الله عن ذلك وأمره برد مهورهن إلى أزواجهن لأنه حال بينهن وبين أزواجهن ، فدل على أن كل من حال بين الرجل وبين زوجته كان عليه ضمان الضع ، وهذه المرصعة قد حالت بينها وبين زوجها فكان عليها الضمان . وعند أبي حنيفة أن كل ما ضمن بالعهد ضمن بالخطأ كالأموال .

إذا ثبت هذا لحكم القدر الذي يرجع به على المرصعة نص الشافعي ههنا أنه يرجع عليها بنصف مهر المثل ، ونص في الشاهدين إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول وحكم بشاדתهما ثم رجعا عن الشهادة فإنها لا ترد اليه ، وبأذا يرجع الزوج عليهما ؟ فيه قولان . أحدهما يرجع عليهما بنصف المثل . والثاني يرجع عليهما بجميع مهر المثل ، لأنها أتلفت عليه البضع فرجع عليهما بقيمته . (والثاني) يرجع عليهما بنصف مهر المثل ، لأنه لم يفرم إلا نصيب بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله ، وحملها أبو اسحاق وأكثر أصحابنا على ظاهرهما فجعلوا في الشاهدين قواين ، وفي المرصعة للزوج يرجع عليها بنصف مهر المثل قولاً واحداً ، لأن الفرقة في الرضاع وقعت ظاهراً وباطناً ، والذي غرم الزوج نصف المهر فلم يرجع عليها بأكثر من بدله . وفي الشاهدين لم تقع الفرقة ظاهراً وباطناً ، وإنما وقعت في الظاهر وهما يقران أنها زوجته الآن ، وإنما حالاً بينه وبينها فرجع عليهما بقيمة جميع البضع . وقال أبو حنيفة : يرجع على المرصعة بنصف المسمى .

دليلنا أن هذا تعلق بالإتلاف فلم يضمن بالمسمى ، وإنما ضمن بقيمته كضمان الاموال ، فإذا قلنا يرجع عليها بنصف مهر المثل - وهو الاصح وعليه التفريع - فجاء خمسة أنفس وأرضعوا الصغيرة من أم الزوج كل واحد منهم رضعة ، فإن الزوج يرجع على كل واحد منهم بخمس نصف مهر المثل يساويهم في الإتلاف . وإن كانوا ثلاثة فأرضعها إثنان كل واحد منهما رضعة من لبن أم الزوج وأرضعها الثالث منها ثلاث رضعات ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب على كل واحد منهم ثلث نصف مهر المثل ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الإتيان فتساووا في الضمان ، كما لو كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف ولآخر السدس ولالثالث الثلث ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس نصيبهما في وقت واحد .

(والثاني) يقسط النصف على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة خمس نصف مهر المثل ، وعلى من أرضع ثلاث رضعات ثلاثة أخماس نصف مهر المثل ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فقسط الضمان عليهن

(فرع) وإن كان للرجل ثلاث زوجات كبيرة ، وللكبيرة ثلاث بنات من النسب أو الرضاع لمن لبن ، فأرضعت كل واحدة من بات الزوجة الكبيرة واحدة من الثلاث الزوجات الصغار نظرت — فإن وقع رضاعهن دفعة واحدة بأن اتفقن في الخامسة — انفسخ نكاح الكبيرة والصغار ، لأنه لا يجوز الجمع بينهن وبين جدتهن ، وإن كان الزوج لم يدخل بالكبيرة فإنهن يرجعن عليه بنصف المسمى ، ويرجع الزوج على كل واحدة من بنات الكبيرة بنصف مهر الصغيرة التي أرضعت ، ويرجع على الثلاث المرضعات بنصف مهر الكبيرة بينهن أثلاثاً . ومن أصحابنا من قال : يرجع بنصف مهر كل واحدة من الصغار على الثلاث المرضعات بينهن بالسوية كنصف مهر الكبيرة ، لأنهن اشتركن في إفاد نكاح كل واحدة منهن ، والاول أصح . وتحرم عليه الكبيرة على التأيد . وأما الصغار فلا يحرم عليه . بل يجوز له ابتداء عقد النكاح على كل واحدة منهن ، ويجوز له الجمع بينهن لأنهن بنات خالات ، وإن كان قد دخل بالكبيرة حرم من جميعاً على التأيد ، والكلام في مهر الصغار ما مضى

وأما مهر الكبيرة فإنه يرجع على الثلاث المرضعات بينهن أثلاثاً

وقال ابن الخداد : لا يرجع عليهن بمهر المثل لأنه قد وطئها ، فلو ثبت له الرجوع لكانت في معنى المرهونة ، وهذا ليس بصحيح ، لأن المهر يرجع به على غيرها فلا تكون في معنى المرهونة

وإن تقدم إرضاع بعضهن على بعض فإن الآولة من بنات الكبيرة لما أرضعت واحدة من الصغار انفسخ نكاح الصغيرة والكبيرة . ويرجع الزوج على المرضعة

بنصف مهر مثل الصغيرة وبنصف مهر الكبيرة. إن لم يدخل بها ، وبجميع مهرها إن دخل بها على الأصح وحرمت الكبيرة على التأيد ، فلما أرضعت الثانية الصغيرة وأرضعت الثالثة الصغيرة الثالثة ، فإن كان الزوج قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحها لأنهما بنتا ابنة امرأته المدخول بها والكلام في مهرهما على ما مضى ، وإن كان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنة امرأته التي لم يدخل بها .
 (فرع) إذا كان له ثلاث زوجات كبيرتان وصغيرة فأرضعتها كل واحدة من الكبيرتين أربع رضعات ثم حلبت كل واحدة منهما لبناً منها وخلطناه وسقناه الصغيرة معاً انفسخ نكاح الكبيرتين والصغيرة وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى وللزوج على الكبيرتين نصف مهر مثل الصغيرة بينهما نصفين .

وأما مهر الكبيرتين فإن كان قد دخل بهما فإيهما عليه المهر المسمى ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتهما ، لأن كل واحدة منهما أتلفت نصف بضع صاحبتهما ونكاح كل واحدة منهما انفسخ بفعل نفسها وفعل صاحبتهما فلا تضم كل واحدة منهما من مهر صاحبتهما إلا ما قابل فعلها ، وإن كان لم يدخل بهما فلذلك واحدة منهما ربع مهرها المسمى على الزوج ، لأنه لو لم يكن من جهتها سبب في فسخ النكاح لاستحققت نصف مهرها المسمى . ولو انفسخ نكاحها بفعلها سقط جميع مهرها ، فإذا انفسخ نكاحها قبل الدخول لا مهر لها ، وما قابل فعل صاحبتهما لا يسقط ، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما ربع مهر مثل صاحبتهما لأنه قيمة ما أتلفته من بضع صاحبتهما .

قال الشيخ أبو حامد : فإن كانت بحالها إلا أن إحداهما انفردت بإيجارها اللبن المخلوط منهن انفسخ نكاح الجميع وللصغيرة على الزوج نصف المسمى ، ويرجع الزوج على الموجرة بنصف مهر الصغيرة لأنها هي انفردت بالإتلاف
 وأما مهر الكبيرتين — فإن كان الزوج لم يدخل بالتي لم توجر — كان لها على الزوج نصف المسمى ويرجع الزوج على الموجرة بنصف مهر مثل التي لم توجر ، وإن كان قد دخل بالتي لم توجر فلها على الزوج جميع ما سمي لها ويرجع الزوج على الموجرة بجميع مهر مثل التي لم توجر
 وأما مهر الموجرة — فإن كان ذلك قبل الدخول بها — فلا شيء لها .

وإن كان بعد الدخول فلها عليه جميع المسمى ولا يسقط عنه شيء منه ، وتحرم
الكبيرتان عليه على التأييد بكل حال .

وأما الصغيرة - فإن دخل بالكبيرتين أو بإحدهما حرمت عليه على التأييد
وإن لم يدخل بإحدة منهما جاز له ابتداء العقد على الصغيرة .

(فرع) وإن تزوج صغيرة فارتضعت من أم الزوج خمس رضعات متفرقات
والأم نائمة انفسخ نكاحها وسقط مهرها ، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول
فإن ارتضعت من الأم رضعتين وهي نائمة ، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات
متفرقات انفسخ نكاحها .

قال الشيخ أبو إسحاق : وفي قدر ما يسقط عنه من نصف المسمى وجهان
(أحدهما) يسقط نصفه وهو الربع ويجب عليه الربع (والثاني) يسقط على عدد
الرضعات فيسقط من نصف المسمى الخمسان ويجب ثلاثة أخماسه ، فإذا قلنا
بالأول وجب على الأم للزوج ربع مهر المثل ، وإذا قلنا بالثاني وجب على الأم
ثلاثة أخماس نصف مهر المثل

وإن تقاطر من لبن أمه في حلق زوجته الصغيرة فوصل إلى جوفها خمس
رضعات انفسخ نكاحها فوجب عليه للصغيرة نصف المسمى ولا يرجع الزوج على
الأم بشيء لأنه ليس من جهة أحدهما فعل

(فرع) وإن ارتضعت زوجته الصغيرة من زوجته الكبيرة خمس رضعات
متفرقات والكبيرة نائمة انفسخ نكاحها وسقط مهر الصغيرة ، وإن كان لم يدخل
بالكبيرة رجعت على الزوج بنصف مهرها المسمى ورجع الزوج في مال الصغيرة
بجميع مهر مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ، ولا يرجع عليها بشيء على
قول ابن الحداد .

(فرع) وإن كان له زوجة صغيرة وزوجة كبيرة وللكبيرة ابن من غير هذا
الزوج له زوجة لها ابن من ابن الكبيرة فأرضعت به الصغيرة انفسخ نكاح الكبيرة
والصغيرة ، لأن الكبيرة صارت جـدة الصغيرة ، ولا يجوز الجمع بين المرأة
وجدها ، وتحرم الكبيرة على التأييد ، وأما الصغيرة - فإن كان قد دخل بالكبيرة -
حرمت عليه على التأييد ، وإن لم يدخل بالكبيرة لم تحرم عليه على التأييد ،

ويجب على الزوج للصغيرة نصف المسمى، ويرجع الزوج على زوجته الكبيرة بنصف مهر مثل الصغيرة. وأما الكبيرة فإن لم يدخل بها وجب لها نصف مهرها المسمى ويرجع على زوجة الإبن بنصف مهر مثل الكبيرة. وإن دخل بالكبيرة رجعت الكبيرة بجميع مهرها المسمى، ويرجع الزوج على زوجة ابنها بجميع مهر مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا، ولا يرجع عليها بشيء. وهنا على قول ابن الحداد والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب النفقات

(باب نفقة الزوجات)

إذا سلمت المرأة نفسها إلى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلها إلى حيث يريد، وهما من أهل الاستمتاع في نكاح صحيح، وجبت نفقتها، لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف،

وإن امتنعت من تسليم نفسها أو مكنت من استمتاع دون استمتاع أو في منزل دون منزل أو في بلد دون بلد لم تجب النفقة لأنه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كالا يجب ثمن المبيع إذا امتنع البائع من تسليم المبيع، أو سلم في موضع دون موضع، فإن عرضت عليه وبذلك له التمكين التام والنقل إلى حيث يريد وهو حاضر، وجبت عليه النفقة لأنه وجد التمكين التام.

وإن عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو أو وكيله، أو يمضي زمان لو أراد المسير كان يقدر على أخذها، لأنه لا يوجد التمكين التام إلا بذلك وإن لم تسلم إليه ولم تعرض عليه حتى يمضي على ذلك زمان لم تجب النفقة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين.

لم ينفق إلا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ، ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله ، كما لا يجب بدل ما كلف من المبيع في يد البائع قبل التسليم .

(فصل) وإن سلمت إلى الزوج أو عرضت عليه وهي صغيرة لا يجمع مثلها ففيه قولان: أحدهما تجب النفقة لأنها سلمت من غير منع. والثاني لا يجب وهو الصحيح لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع ، وإن كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان: أحدهما لا تجب لأنه لم يوجد التمكين من الاستمتاع . والثاني تجب وهو الصحيح ، لأن التمكين وجد من جهتها وإثما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة ، كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها ، وإن سلمت وهي مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو الزوج مريض أو محبوب أو حسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لأنه وجد التمكين من الاستمتاع ، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه إلى التفريط

(الشرح) حديث جابر جزء من حديث جابر الطويل في الحج ، وقد ورد بمعناه عن عمرو بن الاحوص عند أصحاب السنن كلهم بأنه شهد حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك ، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أظعنكم فلا تبعوا عليهن سبيلاً ؛ إن لكم من نساءكم حقاً ونساءكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نساءكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن ، أما خبر عائشة فقد أخرجه أحمد والبخاري ومسلم بلفظ عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم لم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين وما أتت عنده تسعاً ، وفي رواية لأحمد ومسلم تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت إليه وهي بنت تسع سنين ،

أما الأحكام فإن الأصل في وجوب نفقة الزوجات من الكتاب قوله تعالى

« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، والمولود له هو الزوج ، وإنما نص على وجوب نفقة الزوجات حال الولادة ليدل على أن النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس لئلا يتوهم متوهم أنه لا يجب لها

وقوله تعالى « فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعولوا ،

قال الشافعي : معناه أن لا يكثر عيالكم ومن تمونونه . وقيل إن أكثر السلف قاوا معنى أن لا تعولوا أن لا تجوروا ، يقال عال يعولوا عولا إذا جار . وعال يعيل إذا كثر عياله إلا زيد بن أسلم فإنه قال . معناه أن لا يكثر عيالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم يشهد لذلك حيث قال « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ، ويدل على نفقة الزوجات قوله تعالى « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم ، وقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته . ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا تكلف نفس إلا ما آتاها ، ومضى قوله تعالى « قدر عليه ، أى ضيق عليه

ومن السنة ما رواه حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال « قلت يا رسول الله ما حق الزوجة؟ فقال أن تطعمها إذا طعمت وأن تكسوها إذا اكتسبت ، أخرجه الذهبي وابن ماجه . وأبو داود وابن حبان والحاكم وصحاحه ، وعلق البخاري طرفا منه وصححه الدارقطني في العمل . وما قيده المصنف هنا عن جابر ، وقد وردت أحاديث منها حديث أبي هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا قال رجل عندي دينار ، قال تصدق به على نفسك . قال عندي دينار آخر . قال تصدق به على زوجتك . قال عندي دينار آخر ، قال تصدق به على ولدك ، قال عندي دينار آخر . قال تصدق به على خادمك ؛ قال عندي دينار آخر ، قال أنت أبصر به ، رواه أحمد والنسائي ، ورواه أبو داود بتقديم الولد على الزوجة . واحتج به أبو عبيد بتحديد الغنى بخمسة دنانير ذهباً ، تقوية بحديث ابن مسعود في الخمسين درهما .

إذا ثبت هذا فلا يخلو حال الزوجين من أربعة أقسام (١) أن يكونا بالغين
 (٢) أن يكون الزوج بالغاً والزوجة صغيرة (٣) أن يكون الزوج صغيراً
 والزوجة كبيرة (٤) أن يكونا صغيرين . فإن كانا بالغين وسلمت الزوجة
 نفسها إلى الزوج تسليماً تاماً بأن تقول : سلمت نفسي إليك وإن اخترت أن تصير
 إليّ وتستمع فذلك إليك . وإن اخترت جئت إليك حيث شئت فعلت ، وجبت
 نفقتها لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع فإذا وجد ذلك منها فقد وجد منها التمكين
 منه ، فوجب في مقابلته كالبايع إذا سلم المبيع وجب على المشتري تسليم الثمن .
 فإن سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك
 مدة وجبت عليه نفقتها كالبايع إذا سلم المبيع وجب على المشتري تسليم الثمن .
 فإن سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك
 مدة وجبت عليه نفقتها في تلك المادة .

وقال أبو حنيفة : لا تجب نفقة المدة الماضية إلا أن يحكم لها الحاكم ، ولأنه
 مال يجب للزوجة بالزوجة فلم يفتقر استقراره إلى حكم الحاكم كالمهر .
 وإن سلمت نفسها إلى الزوج تسليماً غير تام بأن قالت سلمت نفسي في هذا
 البيت دون غيره ، أو في هذه القرية دون غيرها لم تجب لها النفقة ، لأنه لم يوجد
 التسليم التام ، فهو كما لو قال البائع : أسلم هذه السيارة في هذا الموضع دون غيره .
 فإن عقد النكاح ولم تسلم المرأة نفسها ولا طالب الزوج بها وسكتا عن ذلك حتى
 مضى على ذلك سنة أو أكثر لم يجب لها النفقة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم
 تزوج عائشة وهي بنت سبع ، ودخل بها وهي ابنة تسع ، ولم ينقل أنه أنفق عليها
 إلا من حين دخل بها .

وإن عرض الولي الزوجة على الزوج بغير إذنها وهي بالغة عاقلة فلم يتسلمها
 الزوج ومضى على ذلك مدة لم تجب على الزوج النفقة لأنه لا ولاية له عليها في
 المال . وإن غاب الزوج عن بلد الزوجة نظرت - فإن غاب عنها بعد أن سلمت
 نفسها إليه تسليماً تاماً وامتنع من تسليمها فقد وجبت نفقتها بتسليمها نفسها فلم
 يسقط ذلك بغيثته . وإن غاب عنها قبل أن تسلم نفسها إليه وأرادت تسليم نفسها
 إليه فإنها إذا حاكم بلدها وقالت : أنا أسلمت نفسي إليه وأخلى بيني وبينه ، فإن

حاكم بلدها يكتب الى حاكم البلد الذي فيه الزوج ويعرفه ذلك ، فإذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه استدعى الزوج وعرض عليه الامر ، فإن سار اليها وتسلمها أو وكل من يتسلمها ، فقتلها الوكيل وجب عليه نفقتها من حين تسلمها هو أو وكيله . وان أمكنه السير فلم يسر ولا وكيله ، فإنه اذا مضت عليه مدة لو أراد المسير اليها أمكنه ذلك فإن الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم ، فإذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجب ذايه النفقة وان لم يمكنه المسير اليها أمكنه ذلك ، فإن الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم . فإذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجب عليه النفقة

وان لم يمكنه المسير لعدم الرفقة أو لخوف الطرفين لم تجب عليه النفقة حتى يمكنه المسير لأنه غير ممتنع من تسلمها . وان كان الزوج بالغا والزوجة صغيرة نظرت — فإن كانت مراعاة تصالح للاستمتاع — فإن الذي يجب عليه تسليمها وليها . فإن سلمها الولي تسليماً تاماً وجب على الزوج نفقتها . وان لم يكن لها ولي أو كان غائباً أو امتنع من تسليمها أو سكت عن تسليمها فسلمت نفسها الى الزوج وجبت النفقة على الزوج لأن التسليم قد حصل

وان كان ممن لا يصح تسليمه . كما لو اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن وقبضها المشتري بعير اذن البائع أو أقبضه اياها غلام البائع فان القبض يصح قال ابن الصباغ في الشامل: وينبغي أن لا تجب النفقة الا بعد أن يسلمها . ولا يجب بذلها لأن بذلها لا حكم له .

وان كانت صغيرة لا يتأتى جماعها ففيه قولان (أحدهما) يجب لها النفقة . لأن تغذّر وطئها عليه ليس بفعالها فلم تسقط بذلك نفقتها . كما لو مرضت (الثاني) لا تجب لها النفقة . وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزني . وهو الصحيح . لأن الاستمتاع متعذر عليه فلم تجب عليه النفقة . كما لو نشزت . وان كان الزوج طفلاً صغيراً والزوجة كبيرة ففيه قولان (أحدهما) لا تجب لها النفقة لأن النفقة إنما تجب بالتمكين والتسليم . وإنما

يصح ذلك إذا كان هناك متمكن ومتمسلم ، والصبي لا يتمكن ولا يتسلم فلم تجب لها النفقة كما لو كان غائباً .

(والثاني) يجب لها النفقة إذا سلمت نفسها - وهو الأصح - لأن التمكين والتسليم التام قد وجد منها وإنما تعذر من جهته فوجب نفقتها ، كما لو سلمت نفسها إلى البالغ ثم هرب . وأما إذا كانا صغيرين فسلمها الولي هل يجب لها النفقة فيه قولان ، وجههما ما ذكرناه في التي قبلها إلا أن الأصح ههنا أنه لا يجب لها النفقة ، لأن الاستمتاع متعذر من جهتها

(فرع) إذا تسلم الزوج زوجته وهي مريضة أو تسلمها صحيحة فرضت عنده أو تسلمها وهي رتقاء^(١) أو قرناء^(٢) أو أصابها ذلك بعد أن تسلمها ، أو أصاب الزوج مرض أو جنون أو جسم^(٣) وجبت عليه النفقة ، لأن الاستمتاع بها يمكن مع ذلك .

قال الشافعي رضي الله عنه : وإن كان في جماعها شدة ضرر منع من جماعها وأجبر بنفقتها . وجملة ذلك أن الرجل إذا كان عظيم الخلق والزوجة فضوة الخلق وعليها في جماعه ضرر يخاف منه الإفضاء أو المشقة الشديدة أو كان بفرجها جرح يضر بها وطؤه ، فإن وافقها الزوج على الضرر الذي يلحقها بوطنه لم يجز له وطؤها لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يمنع من وطئها فإن اختار طلاقها فطلاقها فلا كلام ، وإن لم يختر طلاقها وجبت عليه نفقتها لأنها محبوسة عليه ، ويمكنه الاستمتاع بها بنير الوطء . وإن لم يصدقها الزوج بل ادعى أنه يمكنه جماعها ، فإن ادعت تعذر الوطء اعظم خلقتة قال العمراني في البيان أمر الحاكم نساء ثقات يشاهدن ذلك بينهما حال الجماع من غير حائل .

(١) الرتقاء التي انسدت فرجها حتى لا يستطيع جماعها

(٢) القرناء التي نبت لها اللحم في فرجها كالنواة النلبيلة في مدخل الذكر .

وقد يكون عظماً كالقرن

(٣) والحسم أن يستأصل ذكره أو لا يكون له ذكر وهو ضد الجسم وهو

كبير الذكر جداً . « المطيعي »

فإن قلنا إنه يلحقها مشقة شديدة أو يخاف عليها من ذلك مشع من وطئها .
 وإن قلنا إنه لا يلحقها مشقة شديدة ولا يخاف عليها منه أمرت بتكليفه من
 الوطاء . وإن ادعت تعذر الوطاء بجراح في فرجها أمر الحاكم نساء ثقات يظن
 إلى فرجها لأن هذا موضع ضرورة فجوز النظر إلى العورة
 واختلاف أصحابنا في عدد النساء اللاتي ينظرن إليها حال الجماع ، أو ينظرن
 الجرح في فرجها ، فقال أبو اسحاق يكفي واحدة لأن طريق ذلك الإخبار والمشقة
 تلحق بظن الجماع منها لحاز الاقتصار على واحدة
 ومن أصحابنا من قال : لا يكفي أقل من أربع نسوة في ذلك ، لأن هذه شهادة
 ينفرد بها النساء فلم يقبل فيه أقل من أربع كسائر الشهادات

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان سلمت إليه ومكن من الاستمتاع بها في نكاح فاسد لم تجب
 النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ، ولا يستحق ما في مقابلته
 (فصل) وان انتقلت المرأة من منزل الزوج إلى منزل آخر بغير اذنه أو
 سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها ، حاضرًا كان الزوج أو غائبًا لأنها خرجت عن
 قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة . وان سافرت بإذنه فإن كان معها
 وجبت النفقة لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته . وان لم يكن معها فصبه
 قولان ذكرناهما في القسم .

(فصل) وان أحرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعا
 فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب ، وان كان واجبا فقد منعت
 حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخي ، وان أحرمت بإذنه فان خرجت
 معه لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن طاعته وقبضته ، وان خرجت وحدها فعلى
 القولين في سفرها بإذنه

(فصل) وان منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر في الذمة سقطت نفقتها
 لما ذكرناه في الحج ، وان كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لأن
 الزوج أذن فيه وأسقط حتمه فلا يسقط حقها ، وان كان عن نذر لم يأذن فيه :

فإن كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لأنها منعت حق الزوج بعد وجوبه ، وإن كان بذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج في زمانه ، كما لو أجزت نفسها ثم تزوجت ، وإن اعتكفت بإذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لأنها في قبضته وطاعته وإن لم يكن معها فعلى القولين في الحج .

(فصل) وإن منعت نفسها بالصوم فإن كان بتطوع ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط نفقتها لأنها في قبضته (والثاني) وهو الصحيح أنها تسقط لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة ، وإن منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج في زمانه . وإن منعت نفسها بصوم القضاء قبل أن يضيق وقته ، أو بصوم كفارة أو نذر في الذمة ، سقطت نفقتها ، لأنها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور

وإن كان بنذر معين — فإن كان النذر بإذن الزوج — لم تسقط نفقتها لأنه لزمها برضاه ، وإن كان بغير إذنه — فإن كان بنذر بعد النكاح — سقطت نفقتها وإن كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه في الاعتكاف

(فصل) وإن منعت نفسها بالصلاة — فإن كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة — لم تسقط نفقتها لأن ما ترتب بالشرع لا حق للزوج في زمانه ، وإن كان بقضاء فوائت — فإن قلنا إنها على الفور — لم تسقط نفقتها ، وإن قلنا إنها على التراخي سقطت نفقتها لما قلنا في قضاء رمضان ، وإن كانت بالصلوات المنذورة فعلى ما ذكرناه في الاعتكاف والصوم .

(الشرح) وإن سلمت المرأة نفسها إلى الزوج ومكنته من الاستمتاع بها في نكاح فاسد لم تجب لها النفقة ، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح فلم تستحق ما في مقابلته كما لا يستحق البائع الثمن في بيع فاسد

(فرع) إذا انتقلت الزوجة من منزل الزوج الذي أسكنها فيه إلى منزل غيره بغير إذنه وخرجت من البلد بغير إذنه فهي ناشزة وسقطت بذلك نفقتها ، وبه قال أهل العلم كافة إلا الحكيم بن عدي فإنه قال لا تسقط نفقتها ، كما لو لم تسلم نفسها

وان سافرت المرأة بغير اذن زوجها سقطت نفقتها لانها منعت استمتاعه بالسفر . وان سافرت باذنه نظرت ، فان سافر الزوج معها لم تسقط نفقتها لانها في قبضته وطاعته . وان سافرت وحدها ، فان كانت في حاجة للزوج وجبت عليه نفقتها لانها سافرت في شغله ومراده .

وان سافرت بحاجة نفسها فقد قال الشافعي في النفقات لها النفقة ، وقال في النكاح لا نفقة لها ، واختلف اصحابنا فيها ، فقال أبو اسحاق : ليست على قولين وانما هي على اختلاف حالين ، فحيث قال لها النفقة أراد اذا كان الزوج معها ، وحيث قال لا نفقة لها ، أراد اذا لم يكن الزوج معها . ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) لا نفقة لها . وبه قال أبو حنيفة وأحمد لانها غير ممكنة من نفسها فلم تجب لها النفقة ، كما لو سافرت بغير اذنه

(والثاني) تجب لها النفقة لانها سافرت باذنه فلم تسقط نفقتها ، كما لو سافرت في حاجته .

(فرع) وان أحرمت بالحج أو العمرة بغير اذنه سقطت نفقتها لانها ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج الواجب بالتطوع ، وان كان واجبا عليها فقد منعت حق الزوج وهو على الفور وحقها هي على التراخي . أفاده صاحب البيان . وان أحرمت باذنه وخرجت مع الزوج لم تسقط نفقتها لانها في قبضته ، وان أحرمت باذنه وخرجت وحدها ففيه طريقتان مضي ذكرهما في السفر

وان اعتكفت فلا يصح عندنا الا في المسجد ، فان كان بغير اذن الزوج سقطت نفقتها لانها ناشئة بالخروج الى المسجد بغير اذنه ، وان كان باذن الزوج — فان كان الزوج معها في المسجد — لم تسقط نفقتها لانها في قبضته وطاعته . وان لم يكن معها في المسجد فعلى الطريقين في السفر . قال أبو اسحاق لا نفقة لها قولا واحداً . ومن اصحابنا من قال فيه قولان

(فرع) فان صامت المرأة بغير اذن زوجها نظرت — فان كان تطوعا — فللزوجة منعها منه وله اجبارها على الفطار بالاكل والجماع ، لقوله صلى الله عليه وسلم لا تصومن المرأة التطوع وزوجها حاضر الا باذنه ، فان امتنعت من الوطء ولانها لم تفارق المنزل ففيه وجهان . قال أبو علي بن أبي هريرة هي ناشئة

تسقط نفقتها لأنها بمنعته عليه ، فلا فرق بين أن تمنع بالفراش أو بمفارقة المنزل
وقال المصنف : لا تسقط نفقتها ، لأنها ما لم تفارق المنزل فهي غير ناشزة . وهذا
قول الشيخ أبي حامد

ومن أصحابنا من قال : إذا منعته الوطء سقطت نفقتها وجهاً واحداً ، وإنما
الوجهان إذا صامت ولم تمنعه الوطء . وإن كان الصوم واجبا نظرت — فإن كان
صوم رمضان — فليس له منعها منه ولا تسقط نفقتها به لأنه مستحق بالشرع .
وإن كان قضاء رمضان قال صاحب البيان : فإن لم يضق وقت قضاؤه فله منعها منه
وإن دخلت فيه بغير إذنه كان كما لو دخلت في صوم التطوع بغير إذنه ، وإن ضاق
بوقت قضاؤه — بأن لم يبق من شعبان إلا قدر أيام القضاء — لم يكن له منعها
منه . وإن دخلت فيه بغير إذنه لم تسقط نفقتها بذلك ، لأنها لا يجوز لها تأخيرها
إلى دخول رمضان فصار مستحقاً للصوم كأيام رمضان

وإن كان الصوم عن كفارة كان للزوج منعها منه ، لأنه على التراخي وحق
الزوج على الفور . وإن كان الصوم نذراً — فإن كان في الذمة — كان له منعها
منه لأنه على التراخي وحق الزوج على الفور . وإن كان متعلقاً بزمان بعينه ،
فإن كان نذرته بإذن الزوج لم يكن له منعها منه لأن زمانه قد استحق عليها صومه باذن
الزوج فإن دخلت فيه بغير إذنه لم تسقط بذلك نفقتها . وإن نذرته بغير إذن الزوج بعد
النكاح كان للزوج منعها من الدخول فيها لأنها فرطت بإيجابه على نفسها بغير إذنه
وإن نذرت الصوم في زمان بعينه قبل عقد النكاح لم يكن للزوج منعها من الدخول
فيه . وإن دخلت فيه بغير إذنه لم تسقط بذلك نفقتها ، لأن زمانه قد استحق
صومه قبل عقد النكاح . وكل موضع قلنا للزوج منعها من الدخول فيه إذا
دخلت فيه بغير إذن الزوج فهل تسقط نفقتها بذلك ؟ فيه وجهان كما مضى في
الصوم التطوع .

(فرع) وإن منعت نفسها بالصلوات الخمس في أوقاتها لم تسقط نفقتها بذلك
لأن وقتها مستحق للصلاة وليس للزوج منعها من الدخول فيها في أول الوقت .
لأنها قد وجبت في أول وقتها ، ولأنه يفوت عليها فضيلة أول الوقت . وأما
قضاء الفائتة — فإن قلنا أنها تجب على الفور — لم يكن للزوج منعها منها .

وان قلنا انها لا تجب على الفور كان للزوج منعها من الدخول فيها . وأما الصلوات المنذورة فهي كالصوم المنذور على ما مضى . وأما صلاة التطوع ، فان كانت غير راتبة ، كان للزوج منعها منها ، لأن حق الزوج واجب فلا يسقط بما لا يجب عليها - فان دخلت فيها بغير اذن الزوج احتمل أن يكون في سقوط نفقتها في ذلك وجهان كما قلنا ذلك في الصوم التطوع ، وان كانت سنة راتبة فقبل الشيخ أبو اسحاق : لا تسقط نفقتها بها كما قلنا في الصلوات الخمس

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان الزوجان كافرين وأسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لأنه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على إزالته فلم تسقط نفقتها كالمسلم اذا غاب عن زوجته
وقال أبو علي بن خيران : فيه قول آخر إنها تسقط لأنه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها ، كما لو أحرمت المسلمة من غير اذن الزوج ، والصحيح هو الاول ، لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان

وإن أسلم الزوج بعد الدخول وهي مجوسية أو وثنية وتخلفت في الشرك سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمجوسية فسقطت نفقتها كالناشزة ، وان أسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التي تخلفت في الشرك ؟ فيه قولان : أحدهما تستحق لأن بالاسلام زال ما تشعت من النكاح ، فصار كأن لم يكن . والقول الثاني أنها لا تستحق لأنه تعذر التمسك من الاستمتاع فيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة اذا رجعت الى الطاعة

وان ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لأن امتناع الوطء بسبب من جهته وهو قادر على إزالته فلم تسقط النفقة ، وان ارتدت المرأة سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمجوسية فسقطت نفقتها كالناشزة ، فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة فهل تجب نفقة ما مضى في الردة ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت في الشرك ثم أسلمت . ومنهم من قال

لا تجب قولاً واحداً ، والفرق بينها وبين الكافرة أن الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها ، والمرتدة أحدثت منعاً بالردة فغلظ عليها . وإن ارتدت الزوجة وعادت إلى الإسلام والزوج غائب استحققت النفقة من حين عادت إلى الإسلام ، وإن نشزت الزوجة وعادت إلى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضي زمان لو سافر فيه لقدر على استمتاعها ، والفرق بينهما أن المرتدة سقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالإسلام ، والفاشزة سقطت نفقتها بالمنع من التمكين وذلك لا يزول بالعود إلى الطاعة

(فصل) وإن كانت للزوجة أمة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام . وإن سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجب لها نصف النفقة اعتباراً بما سلمت . والثاني وهو قول أبي إسحاق ، وظاهر المذهب أنه لا تجب لأنه لم يوجد التمكين التام . فلم يجب لها شيء من النفقة كالحررة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار . والله أعلم

(الشرح) إذا أسلمت الزوجة والزوج كافر — فإن كان قبل الدخول — فلا نفقة لها لأن الفرقة وقعت بينهما ، وإن كان بعد الدخول فإن النكاح موقوف على إسلام الزوج في عدتها ، ولها النفقة عليه مدة عدتها ، لأن تعذر الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج وهو امتناعه من الإسلام ، ويمكنه تلافى ذلك فلم تسقط نفقتها كما لو غاب عن زوجته .

وحكى ابن خيران قولاً آخر أن نفقتها تسقط لأن الاستمتاع سقط بمعنى من جهتها فسقطت به نفقتها ، كما لو أحرمت بالحج بغير إذن الزوج ، والمشهور هو الأول ، لأن الحج فرض موسع الوقت ، والإسلام فرض مضيق الوقت فلم تسقط به نفقتها كصوم رمضان ، فإن انقضت عدتها قبل أن يسلم الزوج بانتهت وسقطت نفقتها

(فرع) وإن أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية — فإن كان قبل الدخول — وقعت الفرقة بينهما ولا نفقة لها ، وإن كان بعد الدخول وقف النكاح على إسلامها قبل انقضاء عدتها فلا نفقة لها مدة عدتها ما لم تسلم ، لأنها منعت

الاستمتاع بمحصية، وهو اقامتها على الكفر، فهي كالإشارة، فان انقضت عدتها قبل أن تسلم فقد بان باخلاف الدين ولا نفقة لها.

وان أسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت لانهما قد اجتمعا على الزوجية، وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها في الكفر؟ فيه قولان. قال في القديم: تجب لها النفقة لأن اسلام الزوج شعث النكاح؛ فاذا أسلمت قبل انقضاء عدتها زال ذلك التشعث فصار كما لو لم يتشعث. وقال في الجديد: لا تجب لها النفقة لما مضى من عدتها وهو الاصح، لأن اقامتها على الكفر كدشوزها، ومعلوم أنها لو نشزت وأقامت مدة في النشوز ثم عادت الى طاعته لم تجب نفقتها مدة اقامتها في النشوز فكذلك هذا مثله

(فرع) وان كان الزوجان مسلمين فارتد الزوج بعد الدخول وجبت عليه نفقتها مدة عدتها، لأن امتناع الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج فلم تستطع نفقتها بذلك كما لو غاب. وان ارتدت الزوجة بعد الدخول فأمر النكاح موقوف على اسلامها قبل انقضاء عدتها ولا تجب لها النفقة مدة عدتها لأنها منعت الاستمتاع بمحصية من جهتها فهو كما لو نشزت، فان انقضت عدتها قبل أن تسلم فلا كلام. وان أسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت نفقتها من حين أسلمت لانهما قد اجتمعا على الزوجية. وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها قبل الاسلام؟ من أصحابنا من قال فيه قولان، كما قلنا في المشركة اذا تخلفت عن الاسلام ثم أسلمت قبل انقضاء عدتها.

ومنه من قال لا تجب لها النفقة قولاً واحداً، لأن في التي قبلها دخلاً على الكفر، وانما الزوج شعث النكاح باسلامه، ومهما دخلاً على الاسلام، وانما شعثت هي النكاح بردها فغلظ عليها.

وان ارتدت الزوجة والزوج غائب، أو غاب بعد ردها فرجعت الى الاسلام والزوج غائب وجبت لها النفقة من حين رجعت الى الاسلام، وكذلك لو أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية وتخلفت في الشرك وكان الزوج غائباً فأسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت ولو نشزت الزوجة من منزلها والزوج غائب أو غاب بعد نشوزها فعادت

إلى منزلها لم تجب نفقتها حتى يكون الزوج حاضراً فيتسلمها أو تجيء إلى الحاكم وتقول : أنا أعود إلى طاعته ، ثم يكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي فيه الزوج فيستدعيه المكتوب اليه ويقول له : إما أن تسير اليها لتتسلمها أو توكل من يتسلمها فإن لم يسر ولم يوكل مع قدرته على ذلك ومضى زمان يمكنه الوصول اليها وجبت النفقة لها من حينئذ ، والفرق بينهما أن نفقتها سقطت عنه بالنشوز لخروجها عن قبضته فلا يرجع إلى نفقتها إلا برجعها إلى قبضته ، وكذلك لا يحصل إلا بتسليمه لها أو بتسليمه من ذلك ؛ وليس كذلك المرتدة والمشركة ، فإن نفقتها انما سقطت بالردة أو بالإقامة على الشرك ، فاذا أسلمت زال المعنى الذي أوجب سقوطها فزال سقوطها .

(فرع) وان دفع الوثني إلى امرأته الوثنية أو المجوسى إلى امرأته المجوسية نفقة شهر بعد الدخول ثم أسلم الزوج ولم تسلم هي حتى انقضت عدتها وأراد الرجوع فيما دفع اليها من النفقة نظرت ، فإن دفعه اليها مطلقاً ، قال الشافعى : لم يرجع عليها بشيء ، لأن الظاهر أنه تطوع بدفعها اليها وان قال هذه نفقة مدة مستقبله كان له الرجوع فيها لأنه بان أنها لا تستحق عليه نفقة .

قال ابن الصباغ فى الشامل : وهذا يقتضى أن الهبة لا تغتفر إلى لفظ الإيجاب والقبول ، لأنه جعله تطوعاً مع الإطلاق . قال فان قيل : يحتتمل أن يريد أنه إباحة فليس بصحيح ، لأنه لو كان إباحة بشرط أن يكون قد أتلفته حتى يسقط حقه منها ، والله تعالى أعلم بالصواب

باب قدر^(١) نفقة الزوجات

إذا كان الزوج موسراً ، وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه ، لزمه في كل يوم مدان ، وإن كان معسراً وهو الذي لا يقدر على النفقة بماله ولا كسبه لزمه في كل يوم مد لقوله عز وجل « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، ففرق بين الموسر والمعسر ، وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار ، فوجب تقديره بالاجتهاد ، وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام في الكفارة ، لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوع ، وأكثر ما يجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الأذى ، وأقل ما يجب مد . وهو في كفارة الجماع في رمضان . فإن كان متوسطاً لزمه مد ونصف ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالموسر وهو دونه ، ولا بالمعسر وهو فوقه ، فجعل عليه مد ونصف .

وإن كان الزوج عبداً أو مكاتباً وجب عليه مد ، لأنه ليس بأحسن حالا من الحر المعسر ، فلا يجب عليه أكثر من مد . وإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً وجب عليه نفقة المعسر .

وقال المزني : إن كان موسراً بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف ، لأنه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف نفقة الموسر وهو مد ، ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد . وهذا خطأ . لأنه ناقض بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد (فصل) وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، والمعروف ما يقتاته الناس في البلد ، ويجب لها الحب ،

(١) في النسخة المطبوعة من المذهب ترجم الباب هكذا « باب قدر النفقة ، وقد تحققنا أن الصحيح ما أثبتناه مما ذكره قدامى الأصحاب ممن تناولوا المذهب بالشرح والتعليق .

« المطيعي ،

فإن دفع اليها سوياً أو دقيماً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، لأنه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام في الكفارة ، وإن اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز لأنه طعام وجب في الذمة بالشرع فلم يجز أخذ العوض فيه كالطعام في الكفارة .

والثاني : يجوز وهو الصحيح لأنه طعام يستقر في الذمة للأدمى ، لجاز أخذ العوض فيه كالطعام في القرض ، ويخالف الطعام في الكفارة فإن ذلك يجب لحق الله تعالى ، ولم يأذن في أخذ العوض عنه ، والنفقة تجب لحقها وقد رضيت بأخذ العوض .

(الشرح) الاحكام : نفقة الزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحال الزوجة ، فيجب لإبنة الوزير أو رئيس الدولة ما يجب لإبنة الحارس ، وهي مقدرة غير معتبرة بكفايتها . وقال مالك : نفقتها تجب على قدر كفايتها وسعتها ، فإن كانت ضعيفة الأكل فلها قدر ما تأكل ، وإن كانت أكلة فلا ما يكفيها

وقال أبو حنيفة : إن كانت معسرة فلها في الشهر من أربعة دراهم إلى خمسة . وإن كانت موسرة فن سبعة دراهم إلى ثمانية ، فإذا حولنا هذه المهادير إلى نقدنا المعاصر في مصر حرسها الله كان الدرهم يساوي خمسين قرشاً .

وقال أصحاب أبي حنيفة : إنما قال هذا حيث كان الرخص في وقته . فأما في وقتنا فيزداد على ذلك . ويعتبرون كفايتها كقول مالك . لما روى أن النبي (ص) قال لهند خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف ،

ودليلاً قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، وأراد أن الغنى ينفق على حسب حاله ، والفقير على حسب حاله ، وإقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، وأراد بالمعروف عند الناس ، والعرف والعادة عند الناس أن نفقة الغنى والفقير تختلف ، ولأننا لو قلنا ان نفقتها معتبرة بكفايتها لأدى ذلك إلى أن لا تنقطع الخصومة بينهما ولا يصل الحاكم إلى قدر كفايتها فكانت متبدرة

وأما خبر هند فهو حجة لنا لأنه قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »
والمعروف عند الناس يختاب بيسار الزوج وإعساره ، ولم يقل خذي ما يكفيك
ويطلق ، وعلى أننا نحمله على أنه علم من حالها أن كفايتها لا تزيد على نفقة المويبر
وكان أبو سفيان موسراً .

إذا ثبت هذا فإن نفقتها معتبرة بحال الزوج ، فإن كان الزوج موسراً — وهو
الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه — وجب لها كل يوم مـدان ، وإن كان
ممسراً ، وهو الذي لا يقدر على النفقة بماله ولا كسبه وجب كل يوم مد وهو
رطل وثلاث وهو نحو ستمائة جرام من الخنطة تقريباً ، لأن أكثر ما أوجب الله
تعالى في الكفارات للواحد مـدان . وهو في كفارة الأذى . وأقل ما أوجب
للوحد في الكفارة مد . فقسنا نفقة الزوجات على الكفارة ، لأن الله تعالى شبه
الكفارة بنفقة الأهل في الجنس بقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم »
فاعتبرنا الأكثر والأقل في الواجب للواحد في الكفارة . وأما المتوسط فإنه يجب
عليه كل يوم مد ونصف مد ، لأنه أعلى حالا من المعسر وأدنى حالا من الموسر
فوجب عليه من نفقة كل واحد منهما نصفها

(فرع) وإن كان الزوج عبداً أو مكاتباً أو مائراً أو معتقاً نصف وجب
عليه نفقة زوجته لقوله « وعلى المولود له رزقهن ، والح الآية . وهذا مولود له
ولا يجب عليه إلا نفقة المعسر لأنه أسوأ حالا من الحر المعسر

قوله « وتجب النفقة عليه من قوت البلد » وهذا صحيح فإنه يجب عليه أن
يدفع إليها من غالب قوت البلد . فإذا كلن غالب قوت البلد من البر أنفق منه .
وإن كان من الارز أنفق منه . وإن كان من التمر أنفق منه . ولأنه طعام يجب
على وجه الاتساع والكفاية فوجب من غالب قوت البلد كالكفارة . ويجب أن
يدفع إليها الحب . فإن دفع إليها الدقيق أو السويق أو الخبز . قال الشيخ أبو حامد
وابن الصباغ لم يجز

وذكر صاحب المذهب أنه لا يجوز وجهاً واحداً لقوله تعالى « فكفارتها أطعام
عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » فجعل الكفارة فرعا للنفقة
ومحمولا عليها .

فلذا كانت الكفارة الواجبة هي الحب نفسه ، فإنه لا يجزىء الدقيق والسويق والخبز فكذلك النفقة ، وإن أعطاهما قيمة الحب لم تجبر على قبولها ، لأن الواجب لها هو الحب فلا تجبر على أخذ قيمته ، كما لو كان لها طعام قرض ، وإن سألته أن يعطيها قيمته لم يجبر الزوج على دفع القيمة ، لأن الواجب عليه هو الحب فلا يجبر على دفع قيمته ، فإن تراضيا على القيمة فهل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه طعام واجب في الذمة بالشرع فلم يصح أخذ العوض عنه كالكفارة .

(والثاني) يصح وهو الصحيح لأنه طعام واجب على وجه الرضى فصح أخذ العوض عنه كالقرض . قال الصيمرى والمسهودى : وتلزمه مؤنة طحنه وخبزه حتى يكون مهياً لأنه هو العرف .

ولا نرى أن الحب أمر يطرد في جميع البلاد والمجتمعات ، بل إن في بعض المدن كالقاهرة والاسكندرية وغيرهما ما يكون الحب كالحصى والزرايا لا منفعة فيه ولا فائدة ، ويتعين أن يعطى الزوج النفقة بما يمكنها من الطعام ويسر لها أسباب العيش أسوة بغيرها من النساء ولا يتحقق هذا بالحب ، وإنما يتحقق بالقيمة ، ويكون إعطاء القيمة منه أمراً لازماً لا اختيار فيه لزوم النفقة نفسها . قال الشافعى رضى الله عنه : وجماع المعروف إعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه وأداؤه إليه بطيب النفس لا بضرورته الى طلبه ولا تأديته بإظهار الكراهية لتأديته ، وأيهما ترك فظلم : لأن مطل الغنى ظلم ومطله تأخير الحن . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحب لها الأدم بقدر ما يحتاج اليه من أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللحم ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : من أوسط ما تطعمون أهليكم . الخبز والزيت . وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال : الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز والتمر . ومن أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم ، ولأن ذلك من النفقة بالمعروف .

(فصل) ويجب لها ما تحتاج اليه من المشط والصدرة والدهن للرأس وأجرة الحمام ، ان كان عادتبا دخول الحمام ، لأن ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستأجر كدفن الدار وتنظيفها . وأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج لم يلزمه ، وإن طلبه منها لزمه لأنه للزينة . وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحمام فلا تجب عليه ، لأنه ليس من النفقة الثابتة ، وإنما يحتاج اليه لعارض وأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر إصلاح ما تهدم من الدار وأما الطبيب فإنه إن كان يراد لقطع السموكه لزمه لأنه يراد للتنظيف ، وإن كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه وأقل ما يعولها به وخادمها ما لا يقوم بدن أحد على أقل منه ، وذلك مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم لها في كل يوم من طعام البلد الذي يقتاتون ، حنطة كان أو شعيراً ، أو ذرة أو أرزاً أو سلتاً ، ولخادمها مثله ومكيلة من آدم بلادها زيتاً كان أو سمناً بقدر ما يكفي ما وصفت من ثلاثين مداً في الشهر ، ولخادمها شبيه به ، ويفرض لها في دهن ومشط أقل ما يكفيها ، ولا يكون ذلك لخادمها لأنه ليس بالمعروف

قال : وإن كانت يبلى يقتاتون فيه أصنافاً من الحبوب كان لها الاغلب من قوت مثلها في ذلك البلد . وقد قيل لها في الشهر أربعة أرطال في كل جمعة رطل وذلك المعروف لها . اهـ

قلت : وجملة ذلك أنه يجب للزوجة الإدام لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، ومن المعروف أن المرأة لا تأكل خبزها إلا بأدم ويروي عكرمة أن امرأة سألت ابن عباس وقالت له ما الذي لي من مال زوجي ؟ فقال الخبز والأدم . قالت أفأخذ من دراهمه شيئاً ؟ فقال أتحبين أن يأخذ من مالك فيتصدق به ؟ قالت لا ، فقال كذلك لا تأخذى من دراهمه شيئاً بغير أمره ، ويرجع في نفسه وقدره الى العرف فيجب في كل بلد من غالب أدمها وقال أصحابنا ان كان بالشام فالأدم الزيت ، وإن كان بالعراق فالشعيرج . وإن كان بخرا . ان فالسمن ، وإنما أوجب الشافعي الأدهان من بين سائر الإدام لأنها

أصلح للأبدان وهي مع البر تعطي طاقة حرارية للبدن عالية بما في الأدهان من البروتين ، قال في البيان وهي أخف منونة لأنه لا يحتاج في التأدم بها الى طبخ ويرجع في قدره إلى العرف ، فإن كان العرف أن يؤندم على المد أوقية دهن وحب لامرأة الموسر كل يوم أوقيتادهن ولامرأة المعسر أوقية ولامرأة المتوسط أوقية ونصف ، لأنه ليس للأدم أصل يرجع إليه في تقديره فرجع في تقديره إلى العرف بخلاف النفقة . قال وعندى أنها إذا كانت في بلد غالب آدم أهله اللبن كأهل اليمن فإنه يجب آدمها من اللبن . اهـ

(فرع) إذا كانت في بلد يتأدم أهله اللحم فإنه يجب عليه أن يدفع إليها في كل جمعة لحماً لأن العرف والعادة أن الناس يطبخون اللحم كل جمعة قال أصحابنا وإنما فرض الشافعي في كل جمعة رطل لحم لأنه كان بمصر واللحم فيها يقل ، فأما إذا كانت في موضع يكثر فيه اللحم ، فإن الحاكم يفرض لها على ما يراه من رطلين أو أكثر . وهذا لامرأة المعسر ، فأما امرأة الموسر فيجب لها من ذلك ضعف ما يجب لامرأة المعسر

قوله : الخضاب ، وهو ما يخضب به من حناء وكمم ومساحيق الشفاه الحمراء وسوائل الأظافر . قال الأعشى

أرى رجلاً منكم أسيفاً كأنما يضم إلى كشجه كفاً مخضبا

وخضب الرجل شبيهه بخضبه والخضاب الاسم ، قال السهيلي ، عبد المطلب أول من خضب بالسواد من العرب . وفي الحديث بكى حتى خضب دمه الحصى أي بلها من طريق الاستعارة

قال ابن الأثير . والأشبهه أن يكون أراد المبالغة في البكاء حتى احمر دمه بخضب الحصى .

وأما السهوكه فهي من السهك . قال في اللسان : ريح كريهة تجدها من الإنسان إذا عرق تقول انه له سهك الريح ، وقد سهك سهكا وهو سهك . قال النابغة :

سهكين من صدى الحديد كأنهم تحت النور جنة البقار

ولولا لبسهم الدروع التي قد صدأت ما وصفهم بالسهمك ، والسهمك والمشبك
قبح رائحة اللحم إذا خنز

وقال ابن بطال وأصله ريح السمك وصدأ الحديد

أما ما في هذا الفصل من الأحكام فهو أنه يجب لها ما تحتاج اليه من الدهن
والمشط ، لأن ذلك تحتاج اليه لزيئة شعرها فوجب عليه كنفقة بدننها ، ولأن فيه
تنظيفا فوجب عليه ، كما يجب على المسكنرى كدس الدار المستأجرة ، هكذا أفاده
المعمراني في البيان .

ويجب عليه ما تحتاج اليه من الصابون وأجرة الحمام ، أو توفير أسباب
الاستحمام في مسكنها لما ذكرناه في الدهن والمشط . قال الشيخ أبو إسحاق هنا
فأما الحضانة فإن لم يطلب الزوج منها لم يلزمه ، وإن طلبه منها لزمه ثمنه . وأما
الطيب ، فإن كان يراد لقطع السهوك لزمه لأنه ياد للتنظيف ، وإن كان يراد للتذذ
والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يلزمه ، ولا أجرة الحجامة
والفصادة ، ولا ثمن الادوية ولا أجرة الطبيب إن احتاجت اليه لأن ذلك يراد
لحفظ بدننها لعارض

ولنا وقفة عند هذا الامر الذي ينبغي النظر اليه من خلال ما طرأ على حياة
الناس من تغير ، وليس هذا الفرع بالشئ الثابت الذي لا يتأثر بالامال الانسانية
السائدة ، فإنه إذا كان الزوجان في مجتمع أو بيئة أو دولة تكفل للعامل والشغال
قدراً من الرعاية الصحية تحت اسم اصابة العمل أو المرض أثناء الخدمة فيتكفل
صاحب العمل ببعض نفقات العلاج أو كلها ، فإنه ليس من المعروف أن تضرب
المثل هنا بأجارة الدار مع الفارق بين الزوجة والدار ، والأقرب الى التشبيه أن
يكون المثل لإنسانيا فيضرب المثل بالعامل فإنه أولى

على أن الفصل في ذلك أن المرء فيها أمير نفسه ، فإن كان يحس في وجدانه
بقوله تعالى ، والله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة
ورحمة ، فإنه إن يشع عليها بما يزيل وضبها وعطبها في كنفه ، وهو أمر مستحب
يدخل في فضائل المروءة وحسن المعاشرة والايثار

وإذا كانت أجرة الحمام لتنظيف البدن . وكذلك فرض مقادير اللحم والأدم لحفظ بدنها، وأصحابنا يقولون بأن هذه كلها لحفظ البدن على الدوام فنحن قد استجبنا قياس ثمن الدواء لحفظ البدن مما يطرأ عليه على نفقة البدن الأخرى ، وفيما يأتي من مسائل ما يؤيد قياسنا هذا . وقد ذهبنا إلى استحبابه للاجماع على عدم وجوبه بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجب لها الكسوة لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، ولحديث جابر « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، ولأنه يحتاج إليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ، ويجب لامرأة الموسر من مرتفع ما يلبس في البلد من القطن والكتان والخز والابرسم ، ولامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان ، ولامرأة المتوسط ما بينهما ، وأقل ما يجب قبيص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل ، وإن كان في الشتاء أضاف إليه جبة ، لأن ذلك من الكسوة بالمعروف .

(فصل) ويجب لها ملحفة أو كساء ووسادة ومضربة محشوة للنوم ، وزلية أو ألبد أو حصير للنهار ، ويكون ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ، ولامرأة المعسر من غير المرتفع ، ولامرأة المتوسط ما بينهما لأن ذلك من المعروف (فصل) ويجب لها مسكن لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ، ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع ، ويكون المسكن على قدر يساره وإعساره وتوسطه كما قلنا في النفقة .

(فصل) وإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن تكون من ذوات الإقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ، ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ، ولا يجوز أن يكون

الخادم الا امرأة أو ذارحم محرم ، وهل يجوز أن يكون من اليهود والصارى؟
فيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنهم يصلحون للخدمة (والثاني) لا يجوز
لأن النفس تعاف من استخدامهم

وإن قالت المرأة : أنا أخدم نفسي وأخذ أجره الخادم لم يجبر الزوج عليه
لأن القصد بالخدمة ترفيها وتوفيرها على حقه ، وذلك لا يحصل بخدمتها . وإن
قال الزوج أنا أخدمها بنفسى ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أنى إسحاق انه يلزمها الرضا به ، لأنه تقع الكفاية
بخدمته (والثاني) لا يلزمها الرضا به لأنها تحشمه ولا تستوفى حقها من الخدمة
(فصل) وإن كان الخادم مملوكاً لها وانفقاً على خدمته لزمه نفقته ، فإن كان
موسراً لزمه للخادم مد وثلاث من قوت البلد ، وإن كان متوسطاً أو معسراً لزمه
مد لأنه لا تقع الكفاية بما دونه ، وفي أدمه وجهان

(أحدهما) أنه يجب من نوع أدمها كما يجب الطعام من جنس طعامها .

(والثاني) أنه يجب من دون أدمها وهو المنصوص ، لأن العرف في الادم
أن يكون من دون أدمها ، وفي الطعام العرف أن يكون من جنس طعامها ،
ويجب لخادم كل زوجة من الكسوة والفراش والديثار دون ما يجب للزوجة ،
ولا يجب له سراويل ولا يجب له المشط والسدر والدهن للرأس ، لأن ذلك
يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة ، وإن كانت خادمة تخرج للحاجات وجب لها
خف لحاجتها الى الخروج

(الشرح) قوله « الزلّية » ، بساط عراقى نحو الطنفسة ؛ والديثار الثوب الذى
يتدفأ به . قال الشافعى رضى الله عنه : وفرض لها من الكسوة ما يكسى مثلها
يبلدها عند المقتر ، وذلك من القطن الكوفى والبصرى وما أشبههما ، ولخادمها
كرباس وتبان وما أشبهه ، وفرض لها فى البلاد الباردة أقل ما يكفى من البرد
من جبهه محشوة وقطيفة أو لحاف وسراويل وقميص وخمار أو مقنعة ، ولخادمها
جبة صوف وكساء تلتحفه يدفىء مثلها ، وقميص ومقنعة وخف وما لا غنى بها
عنه ، وفرض لها للصيف قميصاً وملحفة ومقنعة . قال وتكفيها القطيفة سنين
ونحو ذلك الجبة المحشوة . اهـ

وجملة ذلك أن كسوة الزوجة تجب على الزوج لقوله تعالى « وعلى الموالي له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن الكسوة تحتاج إليها لحفظ البدن على الدوام ، فوجبت على الزوج كالنفقة .

إذا ثبت هذا فإن المرجع في عدد الكسوة وقدرها وجنسها إلى العرف والعادة لأن الشرع ورد بإيجاب الكسوة غير مقدرة ، وليس لها أصل يرد إليه ، فرجع في عددها وقدرها إلى العرف بخلاف النفقة ، فإن في الشرع لها أصلاً ، وهو الإطعام في الكفارة فردت النفقة إليها

فإن قيل فقد ورد الشرع بإيجاب الكسوة في الكفارة فهلا ردت كسوة الزوجة إلى ذلك ؟ فالجواب أن في الكسوة أو اجبة في كفارة اليمين ما يقع عليه اسم الكسوة ، وأجمعت الأمة على أنه لا يجب للزوجة من الكسوة ما يقع عليه اسم الكسوة ، فإذا منع الإجماع من قياس كسوتها على الكسوة في الكفارة لم يبق هناك أصل يرد إليه ، فرجع في ذلك إلى العرف .

فأما عدد الكسوة قال الشافعي : فيجب للمرأة قميص وسراويل وخمار أو مقنعة قال أصحابنا : ويجب لها شيء تلبسه في رجلها من نعل ونحوه . وأما قدرها فإنه يقطع لها ما يكفيها على قدر طولها وقصرها ، لأن عليه كفايتها في الكسوة ولا تحصل كفايتها إلا بقدرها . وأما جنسها فإن الشافعي قال أجعل لامرأة الموسر من لبن البصرى والكوفى والبغدادي ، ولامرأة المعسر من غليظ البصرى والكوفى — قال الشيخ أبو حامد إنما فرض الشافعي هذه الكسوة على عادة أهل زمانه . لأن العرف في وقته على ما ذكر . فأما في وقتنا فإن العرف قد اتسع فإن العرف أن امرأة الموسر تلبس الحرير والخز والانتان ، فيدفع إليها بما جرت عادة نساء بلدها بلبسه . وإن كان في الشتاء أضاف إلى ذلك جبة محشوة تتدفأ بها . انتهى .

وعندي أنها إذا كانت في بلد لا يكتفى نساؤهم إلا بثياب داخلية وثياب خارجية وثياب للنوم وجب كسوتها من ذلك ، ويجب لها نطاق وخمار ، فيجب لامرأة الموسر من مرتفع ذلك . وتسمى في زماننا بالطرحة أو الإشارب .

ولامرأة المعسر من خشن ذلك ، ولامرأة المتوسط بما بينهما . وإن كانت في بلد لا تختلف كسوة أهلها في زمان الحر والبرد لم تجب لها الملابس المحشوة كالبالطو للشتاء ، لأن ذلك هو العرف والعادة في حق أهل بلدها فلم يجب لها أكثر منه قال اشافعي « وإن كانت بدوية فما يأكل أهل البادية ومن الكسوة بقدر ما يكتسون - قال الشافعي « ولامرأة فراش ووسادة من غليظ مناع البصرة ، وجملة ذلك أنه يجب لها عليه فراش ، لأنها تحتاج الى ذلك كما تحتاج الى الكسوة فيجب لامرأة الموسر مضربه محشوة بالقطن ووسادة . وإن كان في الشتاء وجب لها لحاف أو قטיפنة للدفء . وإن كان في الصيف وجب لها ملحفة ، وهل يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذي تنام عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يجب لها غير الفراش الذي تنام عليه لأنها تكتفي بذلك

(والثاني) - وهو المذهب - أنه يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير

الفراش الذي تنام عليه كالحشية (الثلثة) أو كرسى أو سجادة أو ما أشبه ذلك لأن العرف في امرأة الموسر أنها تجلس في النهار على غير الفراش الذي تنام عليه ، وقد يحدد العرف مكاناً لجلوسها كما كان الاستقبال (الاثني عشر أو الصالون) فعلى الموسر أن يوفر لها مثل أحد هذين المكانين لاستراحتها

(مسألة) ويجب لها مسكن لقوله تعالى « أسكنونهن من حيث سكنتم من

وحدكم » وقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يسكنها بمسكن ولائها تحتاج اليه للاستئثار عن العيون عند الاستمتاع ، ويقبها من الحر والبرد ، فوجب عليه كالكسوة ويعتبر ذلك يساره وإعساره وتوسطه

(مسألة) وإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لمرض بها أو كانت من ذوات

الاقدار - قال ابن الصباغ فإن كانت لا تخدم نفسها في بيت أبيها وجب على الزوج أن يقيم لها من يخدمها وقال داود « لا يجب عليه لها خادم ،

دليلنا قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعاشرة بالمعروف أن يقيم

لها من يخدمها ؛ ولأن الزوج لما وجبت عليه نفقة الزوجة وجب عليه إخدمتها كالأب لما وجبت عليه نفقة الابن وجبت عليه أجره من يخدمه وهو من يحضنه .

إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه لها إلا خادم واحد ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد

وقال مالك : إذا كانت تخدم في بيت أبيها بخادمين أو أكثر ، أو كانت تحتاج إلى أكثر من خادم وجب عليه ذلك .

وقال أبو ثور : إذا احتل الزوج ذلك فرض للخادمين ، ودليلنا أن الزوج إنما يلزمه أن يقيم لها من يخدمها بنفسها دون مالها ، وما من امرأة إلا ويكفيها خادم واحد فلم يجب لها أكثر منه

(فرع) ولا يكون الخادم إلا امرأة أو رجلاً من ذوى محارمها لأنها تحتاج إلى نظر الخادم ، وقد تخلو به فلم يجز أن يكون رجلاً أجنبياً . وهل تجبر المرأة على أن يكون من اليهود والنصارى ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجبر على خدمتهم لأنهم يصلحون للخدمة (والثاني) لا تجبر على أحد منهم لأن النفس تعاف من استخدامهم ، فإن أخدمها خادماً يملكه ، أو أكثرى لها خادماً يخدمها ، أو كان لها خادم واتفقا أن يخدمها وينفق عليه أو خدما الزوج بنفسه ورضيت الزوجة بذلك جاز ، لأن المقصود خدمتها وذلك يحصل بجميع ذلك

وعند أصحاب أحمد في إخدام اليهود والنصارى وجهان كالوجهين عندنا الصحيح منها جوازه لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكر في المغنى لابن قدامة أن الصحيح إباحة النظر لهم . وإن أراد الزوج أن يقيم لها خادماً واختارت المرأة أن تقيم لها خادماً غيره فقيه وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب (أحدهما) يقدم اختيار الزوجة لأن الخدمة حق لها ، وربما كان من تختاره أقوم بخدمتها . (والثاني) يقدم اختيار الزوج ، لأن الخدمة حق عليه لها فقدمت جهة اختياره

كالنفقة ، ولأنه قد يتهم من تختاره الزوجة فقدم اختيار الزوج قال المسعودي وإن كان لها خادم فأراد الزوج إبداله بغيره فإن كان بالخادم عيب ، أو كان سارقاً ، فله ذلك وإلا فلا ، وإن أراد الزوج أن يخدمها بنفسه وامتنعت من ذلك فهل تجبر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجبر عليه ، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي والشيخ أبي حامد لأن المقصود إخدامها فكان له إخدامها بغيره وبنفسه ، كما يجوز أن يوصل إليها النفقة بوكيله أو بنفسه .

(والثاني) لا تجبر على قبول خدمته لأنها تحتشم أن تستخدمه في جميع حوائجها ، ولأن عليها عاراً في ذلك وغضاضة فلم تجبر عليه . هذا نقل أصحابنا البنداديين ، لأنها لا ترضى أن يكون زوجها خادماً ولو كان خادماً لها ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة

وقال المسمودي ان كانت خدمته مما لا تحتشم منه في مثلها ، مثل كس البيت والطبخ ونحوه أجبرت على قبول ذلك منه ، وان كانت خدمته تحتشم منه في مثلها كحمل الماء معها إلى المستحم ونحوه لم تجبر على قبول ذلك منه ، بل يجب عليه أن يأتيها بخادم يتولى ذلك لها

(فرع) وأما نفقة من يخدمها ، فإن أخذها بمملوك له فعليه نفقته وكسوته على الكفاية لحق الملك لا لخدمتها ، وإن استأجر من يخدمها فله أن يستأجره بالقليل والكثير ، وان وجد من يتطوع بخدمتها من غير عوض جاز ، لأن حقها في الخدمة وقد حصل ذلك ، وإن كان لها خادم مملوك لها وانفقاً على أن يخدمها وجب على الزوج نفقة خادمها وكسوته وزكاة فطره ، وتكون نفقته مقدرة ، وقد أوهم المرني أن في وجوب نفقة خادمها قولين . قال أصحابنا وليس بشيء

إذا ثبت هذا فإنه يجب لخادم امرأة الموسر والمتوسط ثلثا ما يجب لها من النفقة ، فيجب لخادم امرأة الموسر كل يوم مد وثلث لخادم امرأة المتوسط كل يوم مد ، لأن العرف أن نفقة خادم المرأة الموسر أكثر من نفقة خادم امرأة المعسر ، وأما نفقة خادم امرأة المعسر فيجب له كل يوم مد ، لأن البدن لا يقوم بدون ذلك ، ويجب ذلك من غالب قوت البلد ، لأن البدن لا يقوم بغير قوت البلد ، ويجب له الأدم لأن العرف أن الطعام لا يؤكل إلا بأدم ، وهل يكون من مثل أدم؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه يكون من مثل أدم كما يجب الطعام من مثل طعامها

(والثاني) لا يجب له من مثل أدم لأن العرف أن أدم الخادم دون أدم المخدم فلم يسو بينهما ، كما لا يسوى بينهما في قدر النفقة ، فعلى هذا يكون أدمها كما يقول العمراني وغيره من أصحابنا من الزيت الجيد ، ويكون أدم خادمها من

الذي دونه ، ولا يعدل بأدم الخادم عن جنس غالب آدم البلد ، لأن البدن لا يقوم إلا به .

وهل يجب لخادمها اللحم ؟ إن قلنا يجب له الأدم من مثل أدمها وجب له اللحم . ولا يجب له الدهن والمشط لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة . قال الشافعي : ويجب لخادمها قميص ومقنعة وخنق ، وأوجب لها الخف لأنها تحتاج إليه عند الخروج لقضاء الحاجات ، وإن كان في الشتاء وجب له جبة صوف أو كساء ليدفأ به من البرد ، قال : ولخادمها فروة ووسادة وما أشبههما من عباءة أو كساء .

قال أصحابنا ، أما الفراش فلا يجب لخادمها ، وإنما يجب له وسادة ؛ ويجب لخادم امرأة الموسر كساء ، ولخادم امرأة المعسر عباءة لأن ذلك هو العرف في حقهم ، فإن مات خادمها فهل يجب عليه كفنه ومؤنة تجهيزه ؟ فيه وجهان كما قلنا في كفن الزوجة ومؤنة تجهيزها . وإن خدمت المرأة نفسها لم يجب لها أجره ، لأن المقصود بإخدامها ترفيها ، فإذا حملت المشقة على نفسها لم تستحق الأجره كالعامل في الفراض إذا تولى من العمل ما له أن يستأجر عليه من مال الفراض . (فرع) فإذا كانت ممن لا يتخدم بأن كانت تخدم نفسها في بيت أبيها وهي صحيحة تقدر على خدمة نفسها لم يجب على الزوج أن يقيم لها من يتخدمها ، لأن العرف في حقها أن تخدم نفسها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب أن يدفع إليها نفقة كل يوم إذا طلعت الشمس ، لأنه أول وقت الحاجة ، ويجب أن يدفع إليها الكسوة في كل ستة أشهر لأن العرف في الكسوة أن تبدل في هذه المدة ، فإن دفع إليها الكسوة فبليت في أقل من هذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم إذا نفذ قبل انقضاء اليوم ، وإن انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه تجديدها لأن الكسوة مقدرة بالكفاية ، وهي مكفية . (والثاني) يلزمه تجديدها وهو الصحيح ، كما يلزمه الطعام في كل يوم . وإن بقي

عندها طهام اليوم الذي قبله ، ولأن الاعتبار بالمدة لا بالكفاية ، بدليل أنها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قد انقضت فوجب التجديد .
وأما ما يبقى سنة فأكثر كالبسطة والفراش وجبة الخبز والابريس فلا يجب تجديدها في كل فصل لأن العادة أن لا تجدد في كل فصل

(فصل) وإن دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بما بقي لأنه دفع ما يستحق دفعه ، وإن سلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها فله أن يرجع في نفقة ما بعد اليوم الذي بان فيه ، لأنه غير مستحق ، وإن دفع اليها كسوة الشتاء أو الصيف فبانت قبل انقضائه ففيه وجهان (أحدهما) له أن يرجع لأنه ذفع لزمان مستقبل فإذا طرأ ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو أسلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها (والثاني) لا يرجع لأنه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به ، كما لو دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه .

(فصل) وإن قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه . وقال أبو بكر ابن الحداد المصري لا يجوز . وقال أبو الحسن الماوردي البصري إن أريدت بيعها بما دونها في الجمال لم يجز ، لأن للزوج حظاً في جمالها وعليه ضرراً في نقصان جمالها ، والأول أظهر ، لأنه عوض مستحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر . وإن قبضت النفقة وأرادت أن تبيعها أو تبدلها بغيرها لم تمنع منه ، ومن أصحابنا من قال إن أبدلتها بما يستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر في الاستمتاع بمرضها ، والمذهب الأول لما ذكرناه في الكسوة والضرر في الأكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه

(الشرح) في متى تجب نفقة الزوجة قولان . قال في القديم يجب جميعها بالعقد . ولكن لا يجب عليه تسليم الجميع ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فوجب بالعقد كالمهر ، ولأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع فلما ملك الاستمتاع بها بالعقد وجب بأن تملك عليه بالعقد ما في مقابلته وهو النفقة كالتمن والمتمن

وقال في الجديد : لا تجب بالعقد وإنما تجب يوماً بيوم وهو الأصح . لأنها لو وجبت بالعقد لوجب عليه تسليم جميعها إذا سلّمت نفسها ، كما يجب على المستاجر تسليم جميع الأجرة إذا قبض العين المستأجرة ، فلما لم يجب عليه تسليم جميعها ثبت أن الجميع لم يجب ، وقول الأول أنها وجبت في مقابلة ملك الاستمتاع غير صحيح وإنما وجبت في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، فإذا قلنا بقوله القديم صح أن يضمن عن الزوج بعقد زمان مستقبل ، ولكن لا يضمن عنه إلا نفقة المعسر وإن كان موسراً ، لأن ذلك هو الواجب عليه بيقين . وإن قلنا بقوله الجديد لم يصح أن يضمن عليه إلا نفقة اليوم بعد طلوع الفجر . وأما وجوب التسليم فلا خلاف أنه لا يجب عليه إلا تسليم نفقة يوم بيوم ، لأنها إنما تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع وذلك لا يوجد إلا بوجود التمكين في اليوم ، فإذا جاء أول اليوم وهي ممكنة له من نفسها وجب عليه تسليم نفقة اليوم في أوله لأن الذي يجب لها هو الحب ، والحب يحتاج إلى طحن وعجن وخبز . وتحتاج إلى الغداء والعشاء . فلو قلنا لا يجب عليه تسليم ذلك إلا في وقت الغداء والعشاء أضربها الجوع إلى وقت فراغه .

قال الشيخ أبو حامد : فإن سلم لها خبزاً فارغاً فأخذته وأكلته كان ذلك قبضاً فاسداً ، لأن الذي تستحقه عليه الحب ، فيكون لها مطالبته بالحب وله مطالبته بقيمة الخبز

(فرع) فإن دفع إليها نفقة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بان منه بالطلاق قبل انقضاء الشهر لم يسترجع منها لأنه دفع إليها ما وجب عليه لها ، فلم يتغير بما طرأ بعده كما لو دفع الزكاة إلى فقير فمات أو استغنى . وإن دفع إليها نفقة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بان منه في أثناء الشهر استرجع منها نفقة ما بدأ اليوم الذي مات أحدهما فيه أو بان فيه . وبه قال أحمد ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجع منها لأنه ملكته بالقبض

ودليلنا أنه دفع ذلك إليها عما سيجب لها بالزوجية في المستقبل ، فإذا بان أنه لم يجب لها شيء استرجع منها ، كما لو قدم زكاة ماله قبل الحول إلى فقير فاستغنى الفقير من غير ما دفع إليه أو مات

(فرع) وان دفع اليها الكسوة أو النعل فبليت نظرت ، فإن بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها ، مثل أن يقال: مثل هذا يبق ستة أشهر ، فأبليت بأربعة أشهر أو دونها لم يلزمه أن يدفع اليها بدله ، لأنه قد دفع اليها ما تستحقه عليه ، فإذا بلى قبل ذلك لم يلزمه ابداله ؛ كما لو سرقت كسوتها أو احترقت ، وكما لو دفع اليها نفقة يوم فأكلتها قبل اليوم .

وان مضى الزمان الذي تبلى فيه مثل تلك الكسوة بالاستعمال المعتاد ولم تبلى تلك الكسوة بل يمكن لباسها ، فهل يلزمه أن يكسوها ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه لأنها غير محتاجة الى الكسوة (والثاني) يلزمه أن يكسوها قال الشيخان أبو اسحاق وأبو حامد : وهو الأصح لأن الاعتبار بالكسوة بالمدة لا بالبلاء . ألا ترى أن كسوتها لو بليت قبل وقت بلائها لم يلزمه ابدالها ، فإذا بقيت بعد مدة بلائها لم يلزمه ابدالها ، ولأنه لو دفع اليها نفقة يوم فلم أكلها حتى جاء اليوم الثاني لزمه نفقة لليوم الثاني ، وان كانت مستغنية فيه بنفقة اليوم الاول فكذلك في الكسوة مثله

وان دفع اليها كسوة مدة فمات أحدهما أو بانقضاءها قبل انقضاءها والكسوة لم تبلى ، فهل يسترجع من وارثها أو منها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسترجع منها ، كما لو دفع اليها نفقة ما بعد يوم الموت والبيئونة (والثاني) لا يسترجع لأنه دفع الكسوة اليها بعد وجوبها عليه فلم يسترجع منها كما لو دفع اليها نفقة يوم فمات أحدهما أو بانقضاءها ، ويخالف اذا دفع اليها نفقة الشهر ، فإنها لا تستحق عليه نفقة ما بعد يوم الموت والبيئونة . فلذلك استرجعت منها

(فرع) قال ابن الحداد اذا دفع الى امرأته كسوة فأرادت بيعها لم يكن لها ذلك لأنها لا تملكها ، ألا ترى أن له أن يأخذها منها ويبدلها بغيرها ، ولو دفع اليها طعاماً فباعته كان لها ذلك

واختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من وافق ابن الحداد وقال ، لا يصح لها بيع ما يدفع اليها من الكسوة لأنها تستحق عليه الانتفاع بالكسوة وهو استئثارها بها فلا تملكها بالقبض كالمسكن . وان أتلفت كسوتها لزمها قيمتها له ولزمه أن

يكسوها . ومنهم من خطأ ابن الحداد وقال : تملك الكسوة إذا قبضتها ويصح بيعها ؛ لأنه يجب عليه دفع الكسوة اليها ، فإذا قبضتها ملكتها وصح بيعها لها كالنفقة ويخالف المسكن فإنه لا يلزمه أن يسلم اليها المسكن وإنما له أن يسكن معها وقال أبو الحسن الماوردي صاحب الحاوي : إن أرادت بيعها بما دونها في الجمال لم يجز ، لأن للزوج حظاً في جمالها ، وعليه ضرر في نقصان جمالها . وإن أرادت بيعها بمنزلها أو أعلى منها كان لها ذلك لأنها ملكتها ولا ضرر على الزوج في ذلك قال ابن الصباغ : وعندى أنه لو أراد أن يكثرى لها ثياباً تلبسها لم يلزمها أن تستجيب الى ذلك ، ولو أراد أن يكثرى لها مسكناً لزمها الاستجابة الى ذلك . هذا نقل أصحابنا البغداديين أن الذي يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ، ولم يذكر أحد منهم أنه يجب عليه أن يملكها

وأما المسعودي فقال : يجب عليه أن يملكها الحب ، فلو رضيت أن يملكها الخبز فالظاهر أنه يصح ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح ، لأنه إبدال قبل القبض . وأيضا فإنه بيع الحب بالخبز . وذلك ربا .

وأما الكسوة فتجب عليه على طريق الكفاية ولا يجب عليه التمليك ، فلو سرقت أو تحرقت في الحال وجب عليه الإبدال . وفيه وجه آخر أنه يجب عليه التمليك تخریجاً من النفقة .

(فرع) وإن دفع اليها نفقتها وأرادت بيعها أو ابدالها بغيرها لم تمنع منها . ومن أصحابنا من قال : إنه إذا أرادت ابدالها بما تستضر بأكلها كان للزوج منعها لأن عليه ضرراً في الاستمتاع بها مريضاً ، والمذهب الأول ، لأن الضرر بأكلها لغيرها لا يتحقق ، فإن تحقق الضرر بذلك منعت منه ، لثلاث تقتل نفسها ، كما لو أرادت قتل نفسها .

قال الشافعي : وليس على الزوج أن يضحى عن امرأته لأنه لا يجب عليه أن يضحى عن نفسه ، فلأن لا يجب عليه أن يضحى عنها أولى . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب الإعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها)

إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما ، ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطاء - والضرر فيه أقل - فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى . وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لأن البدن لا يقوم بما دون المد ، وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ ، لأن ما زاد غير مستحق مع الإعسار . وإن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ ، لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم . وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ ، لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة ، كما لا يقوم بغير القوت .

وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لأن النفس تقوم بغير خادم . وإن أعسر بالمسكن ففيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم المسكن (والثاني) لا يثبت لأنها لا تعدم موضعاً تسكن فيه

(فصل) وان لم يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسخ ، لأنه لا يلزمه في كل يوم أكثر من نفقة يوم ، وان وجد في أول النهار ما يغديها وفي آخره ما يعشيبها ففيه وجهان (أحدهما) لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبع بعض . (والثاني) ليس لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها

وان كان يجد يوماً قدر الكفاية ولا يجد يوماً ثبت لها الفسخ لأنه لا يحصل لها في كل يوم إلا بعض النفقة .

وان كان نساها ينسج في كل أسبوع ثوباً تكفيه أجرته الاسبوع ، أو صافماً يعمل في كل ثلاثة أيام تكه يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ لأنه يقدر أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تقطع به النفقة . وإن كانت نفقته في عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت . فإن كان مرضاً يرجى زواله في اليومين والثلاثة

لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يمكنها أن تستقرض ما تنفق ثم تقضيه . وإن كان مريضا
 بما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة ، وإن كان له مال
 غائب — فإن كان في مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يحز لها الفسخ . وإن كان في
 مسافة تقصر فيها الصلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه في المرض ، وإن كان له دين
 على مؤسر لم يثبت لها الفسخ . وإن كان على معسر ثبت لها الفسخ : لأن يسار
 الغريم كإساره ، وإعساره كإعساره في تيسير النفقة وتيسيرها

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني والبيهقي في السنن الكبرى
 من طريق عاصم القاري عن أبي صالح عن أبي هريرة وأعله أبو حاتم ، ولكن
 للحديث شواهد عن سعيد بن المسيب عند سعيد بن منصور والشافعي وعبد الرزاق
 في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال « يفرق بينهما ، قال أبو الزناد : قلت لسعيد
 سنة ؟ قال سنة . وهذا مرسل قوى

وعن عمر عند عبد الرزاق والمنذرى والشافعي « أنه كتب إلى أمراء الأجناد
 في رجال غابوا عن نساءهم إما أن ينفقوا وإما أن يطلبوا ويبتغوا نفقة ما حبسوا ،
 وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خير الصدقة ما كان من ظهر
 غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول . فقيل من أعول يا رسول الله؟
 قال إمرأتك بمن تعول ، تقول إيطعمني وإلا فارقتي ، جاريتك تقول أطعمني
 واستعملني ، ولدك يقول إني من تركني ؟ ، رواه أحمد والدارقطني بإسناد صحيح
 وأخرجه الشيخان في الصحيحين وأحمد من طريق آخر ، وجعلوا الزيادة المفسرة
 فيه من قول أبي هريرة . وقد حسن إسناده الحافظ بن حجر مع كونه من رواية
 عاصم عن أبي صالح ، وفي حفظ عاصم مقال

والحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة لفظه قال « قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم : أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد
 السفلى وابدأ بمن تعول . تقول المرأة : أما أن تطعمني وأما أن تطلقني ، ويقول
 العبد أطعمني واستعملني . ويقول الابن أطعمني والى من تدعني؟ قالوا يا أبا هريرة
 سمعت هذا من رسول الله (ص) قال لا ، هذا من كيس أبي هريرة ،

أما الأحكام : فإنه إذا كان الزوج موسراً فصار معسراً فإنه ينفق على زوجته نفقة المعسر ، ولا يثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، لأن بدنها يقوم بنفقة المعسر وإن أعسر بنفقة المعسر كانت بالخيار بين أن تصبر وبين أن تفسخ النكاح ، وبه قال عمر وعلي وأبو هريرة وابن المسيب والحسن البصري وحماد بن أبي سيدة وربيعة ومالك وأحمد

وقال عطاء والزهرى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : لا يثبت لها الفسخ ، بل يرفع يده عنها لتكتسب . وحكاها المسعودى قولاً آخر لنا . وليس بمشهور . دليلنا قوله تعالى : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فغير الله الزوج بين الإمساك بالمعروف ، وهو أن يمسكها وينفق عليها ، وبين التسريح بإحسان . فإذا تعذر عليه الإمساك بمعروف تعين عليه التسريح

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أعسر الرجل بنفقة امرأته يفرق بينهما ، ولأنه روى ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة ولا يخالف لهم في الصحابة إلا ما رواه صاحب الفتح عن الكوفيين من أنه يلزم المرأة الصبر وتعلمن النفقة بذمة الزوج . وحكاها في البحر من كتب العترة عن عطاء والزهرى والثورى والقاسمية . وقاوا عن الأحاديث أنها ممتلة

وأما ما ورد في الصحيحين من حديث أبي هريرة فقالوا هو من قول أبي هريرة كما وقع التصريح به منه حيث قال : أنه من كبسه ، أى من استنباطة من المرفوع وقد وقع في رواية الأصيلي بفتح الكاف أى من فطنته

ونجيب عن ذلك بأن الأحاديث المذكورة يقوى بعضها بعضاً مع أنه لم يكن فيها قدح يوجب الضعف فضلاً عن السقوط . والآية : لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، وكذا قولهم : وإذا أعسر ولم يجد سبباً يملكه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآية ، فيجاب عنه بأننا لم نكلفه النفقة حال إعساره ، بل دفعنا الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر .

واحتجوا بها في صحيح مسلم من حديث جابر : أنه دخل أبو بكر وعمر علي النبي صلى الله عليه وسلم فوجداه حوله نساؤه واجماً - اكنأ - وهن يسألنه النفقة ،

فقام كل منهما إلى ابنته أبو بكر إلى عائشة وعمر إلى حفصة فوجأ أعناقهما فاعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك شهراً ، فضر بهما لإبنتيهما في حضرته صلى الله عليه وسلم لأجل مطالبتهما بالنفقة التي لا يجدها يدل على عدم التفرقة لمجرد الإعسار عنها . قالوا ولم يزل الصحابة فيهم الموسر والمعسر ومعسرهم أكثر

ويجاب عن هذا بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله (ص) لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الإعسار ، ولم يرو أنهم طلبته ولم يُجَبَّن إليه ، كيف ؟ وقد خيره صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فاختره .

ومحل النزاع هل يجوز الفسخ عند الإعسار أم لا ؟ وقد أُجيب عن هذا الحديث بأن أزواجه صلى الله عليه وسلم لم يعدمن النفقة بالكلية ، لأنه صلى الله عليه وسلم قد استعاذ من الفقر المدقع ، ولعل ذلك إنما كان فيما زاد على قوام البدن . قال الشوكاني في نيل الأوطار : وظاهر الأدلة أنه يثبت الفسخ للبرأة بمجرد عدم وجدان الزوج لنفقتها بحيث يحصل عليها ضرر من ذلك . اهـ

إذا ثبت هذا فإن كان لا يجد إلا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الخيار في الفسخ لأنه قادر على الواجب عليه ، وإن كان لا يجد في أول النهار إلا ما يغديها ووجد في آخره ما يعيشها فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف

(أحدهما) يثبت لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبع

(والثاني) لا يثبت لها الفسخ لأنها تصل إلى كفايتها . وإن كان يجد نفقة يوم ولا يجد نفقة يوم ثبت لها الفسخ لأنها لا يمكنها الصبر على ذلك . فهو كما لم يجد كل يوم إلا نصف مد

(فرع) وإن كان ناسجاً يفسخ في كل أسبوع ثوباً تكفيه أجرته الأسبوع لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يستطيع أن يستقرض لهذه الأيام ما تقتضيه لنفقتها فلا تنقطع به النفقة عليها ، لأن الأجر إذا كان يكفيه وحده بدونها فإنه يستطيع أن يقترض كما قررنا فلا يثبت لها الفسخ .

وإن كانت نفقته بالعمل فعجز عنه بمرض — فإن كان مرضاً يرجى زواله باليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لأنه لم يلحقها الضرر . وإن كان له مال غائب — فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة — لم يجز لها الفسخ والاثبت لها

الفسخ لما ذكرناه في المرض وان كان له دين على مليء لم يثبت لها الفسخ كما قلنا في الزكاة اذا كان بعض النصاب دين على مليء وجب على الدائن الزكاة فيه ، لأن يسار الغريم كيساره ، واعساره كإعساره في تيسير النفقة واعسارها (فرع) وان علمت المرأة بإعسار الرجل بالنفقة فتزوجته ثبت لها الفسخ . لأنه قد يكتسب بعد العقد أو يقترض أو يتهب ، فلها جاز أن يعتبر حاله لم يلزمها حكم عليها به ، وان تزوجته مع علمها به بإعساره بالمهر فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ كالنفقة (والثاني) لا يثبت لها الفسخ لأنها رضيت بتأخيرها لأنه معسر به بخلاف النفقة فإنها تجب بعد العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان الزوج موسراً وأمتنع من الإنفاق لم يثبت لها الفسخ لأنه يمكن الاستيفاء بالحاكم . وان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ يثبت بالغيب بالإعسار ، ولم يثبت الإعسار . ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالإعسار (فصل) اذا ثبت لها الفسخ بالإعسار واختارت المقام معه ثبت لها في ذمة ما يجب على المعسر من الطعام والادم والكسوة ونفقة الخادم ، فإذا أيسر طولب بها لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها ، فإذا قدر طولب بها كسائر الديون ، ولا يثبت لها في الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لأنه غير مستحق .

(فصل) وان اختارت المقام بعد الإعسار لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ولها أن تخرج من منزله ، لأن التمكين في مقابلة النفقة ، فلا يجب مع عدمها . وان اختارت المقام معه على الإعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها أن تفسخ ، لأن النفقة يتجدد وجوبها في كل يوم فتجدد حق الفسخ . وان تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ ، لأن حق الفسخ يتجدد بالإعسار بتجدد النفقة .

(فصل) وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لأنه فسخ مختلف

فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالنعنين، وفي وقت الفسخ قولان، أحدهما أن لها الفسخ في الحال، لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت في الحال كمنسوخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن. الثاني أنه يمهل ثلاثة أيام لأنه قد لا يقدر في اليوم ويقدر في غد ولا يمكن إمهاله أبداً لأنه يؤدي إلى الإضرار بالمرأة والثلاث في حد القلة فوجب إمهاله. وعلى هذا لا أن تخرج في هذه الأيام من منزل الزوج، لأنها لا يلزمها التمكين من غير نفقة.

(الشرح) الأحكام: إذا كان الزوج موسراً حاضراً، فطالبته بنفقتها فنمتها إياها لم يثبت لها الفسخ، لأنه يمكنها التوصل إلى استيفاء حقها بالحكم. وفيه وجه آخر حكاه المسعودي أنه يثبت لها الفسخ، لأن الضرر يلحقها بمنعه النفقة فهو كالمعسر، وليس بشيء. لأن العسرة عيب

وإن غاب عنها الزوج وانقطع خبره ولا مال له ينفق عليها منه فهل يثبت لها الفسخ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت كتعذرها بالإعسار (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد أنه لا يثبت لها الفسخ، لأن الفسخ إنما يثبت بالإعسار بالنفقة ولم يثبت إعساره.

(فرع) إذا ثبت إعسار الزوج وخيرت بين ثلاثة أشياء: بين أن تفسخ النكاح وبين أن تقيم معه وتمكنه من الاستمتاع بها ويثبت لها في ذمته ما يجب على المعسر من النفقة والادم والكسوة ونفقة الخادم إلى أن يوسر، وبين أن يقيم على النكاح ولكن لا يلزمها أن تمكنه من نفسها، بل تخرج من منزله، لأن التمكين إنما يجب عليها ببذل النفقة، ولا نفقة هناك، ولا تستحق في ذمته نفقة في وقت انفرادها عنه، لأن النفقة إنما تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تمكين منها له. فإن اختارت المقام معه ثم عن لها أن تفسخ النكاح كان لها ذلك. لأن وجوب النفقة لها يتجدد ساعة بساعة ويوماً بيوم، فإذا عفت عن النكاح وجب نفقة وقتها ورضيت به تجدد لها وجوب فيها بعد فثبت لها الفسخ بخلاف ذلك إذا عسرت به فرضيت بالمقام معه، فإن خيارها يسقط لأنه يجب دفعة واحدة ولا يتجدد وجوبه

وإن اختارت الفسخ قال الطبري في العدة : قولان . أحدهما قال : ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : لأنها لا تفسخ بنفسها ، بل ترفع الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بالطلاق أو يطلق عليه — لأنه موضع اجتهاد واختلاف — فكان إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ، والثاني أنها تفسخ بنفسها كالمعتقة تحت عيسد . وهل يؤجل ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يؤجل لأن الفسخ للاعسار وقد وجد الاعسار فثبت الفسخ في الحال كالغيب في الزوجين

(والثاني) يؤجل ثلاثة أيام لأن المكتسب قد ينقطع كسبه ثم يعود والثلاث في حد القلة فوجب إنظاره ثلاثاً ولا يلزمها المقام معه في هذه الثلاث في منزله ، لأنه لا يلزمها التمكين من غير نفقة ، فإذا قلنا بهذا فوجد في اليوم الثالث نفقتها وتعمرت عليه النفقة في اليوم الرابع فهل يجب أن يستأنف له إسهال ثلاثة أيام؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب لأن العجز الأول ارتفع (والثاني) لا يجب لأنها تستنصر بذلك .

(فرع)

وإن كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة فأعسر زوجها بالنفقة لم يكن لوليها أن يفسخ النكاح ، لأن ذلك يتعلق بشهوتها واختيارها ، والولي لا ينوب عنها في ذلك ، وإن زوج الرجل أمته من رجل فأعسر الزوج بنفقتها ، فإن كانت الزوجة معتوهة أو مجنونة قال ابن الحداد فلا يثبت الفسخ للسيد ، لأن الخيار إليها وليست من أهل الخيار فلا ينوب عنها السيد في الفسخ كما لو عن الزوج عنها ويلزم السيد أن ينفق عليها إن كان موسراً بحكم الملك ، وتكون نفقتها في ذمة زوجها إلى أن يوسر ، فإذا أوسر قال القاضي أبو الطيب : فإنها تطالب زوجها فإذا قبضتها أخذها اليد منها لأنها لا تملك المال ، وحاجتها قد زالت يانفاق السيد عليها . قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن الأمة إذا كانت لا تملك العين فكذلك الدين ، فيجب أن يكون ما ثبت من الدين للسيد وله المطالبة به دونها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة دياراً في ذمته ولا تسقط بمضى الزمان ، لانه مال يجب على سبيل البذل في عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والاجرة والمهر ، ويصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان ، كما يصح ضمان سائر الديون

وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان ؟ فيد قولان بناء على القولين في النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ؟ فيه قولان . قال في الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح ، لانها لو وجبت بال عقد للملكت المطالبة بالجميع كالمهر والاجرة . وعلى هذا لا يصح ضمانها لانه ضمان ما لم يجب

وقال في القديم : تجب بالعقد لانها في مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقة ، وعلى هذا يصح أن يضمن ماله نفقة موصوفة لمدة معلومة (فصل) اذا اختلف الزوجان في قبض النفقة فادعى الزوج أنها قبضت وأنكرت الزوجة فاقول قولها مع يمينها نقوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ، ولان الاصل عدم القبض .

وان مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة أنه كان موسراً فيلزمه نفقة الموسر ، وادعى الزوج أنه كان معسراً فلا يلزمه الا نفقة المعسر نظرت — فإن عرف له مال — فاقول قولها — لان الاصل بقاؤه ، وان لم يعرف له مال قبل ذلك فاقول قوله لان الاصل عدم المال .

وان اختلفا في التمكين فادعت المرأة أنها مكنت وأنكر الزوج فاقول قوله لان الاصل عدم التمكين وبرائة الذمة من النفقة ، وان طلق زوجته طلقه رجعية وهي حامل فوضعت وانفقا على وقت الطلاق واختلفا في وقت الولادة فقال الزوج طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لي عليك ولا نفقة لك على . وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الوضع فلك على الرجعة ولي عليك النفقة ، فاقول قول الزوج أنه لا رجعة لي عليك ، لانه حق له فقبل اقراره فيه . والقول قول المرأة في وجوب العدة لانه حق عليها فكان القول قولها ، والقول قولها مع يمينها في وجوب النفقة ، لان الاصل بقاؤها . والله أعلم

(الشرح) الأحكام : نفقة الزوجة لا تسقط بمضى الزمان ، فإذا مكنت المرأة الزوج من نفسها زماناً ولم ينفق عليها واجبت لها نفقة ذلك الزمان ، سواء فرضها الحاكم أو لم يفرضها ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يسقط عنه إلا أن يفرضها الحاكم . دليلنا أنه حق يجب مع اليسار والإعسار فلا يسقط بمضى الزمان كالدين . وفيه احتراز من نفقة الآقارب — فإن أعسر الزوج بنفقة ما مضى — لم يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ جعل ليرجع إليها ما في مقابلة النفقة ، والنفقة لازمان الماضي في مقابلة تمكين قد مضى . فلو فسخت النكاح لأجلها لم يرجع إليها ما في مقابلتها ، فهو كما لو أفلس المشتري والمبيع بألف ، فإنه لا يثبت للبائع الرجوع إلى المبيع . وإن أبرأت الزوج عنها صححت براءتها ، لأنه دين معلوم فصحت البراءة منه كسائر الديون .

(فرع) إذا تزوج الرجل امرأة ومكنته من نفسها زماناً ثم اختلفا في النفقة فادعى الزوج أنه قد أنفق عليها ، وقالت لم ينفق علي ولا بيرة للزوج فالقول قول الزوجة مع يمينها ، سواء كان الزوج معها أو غائباً عنها ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك إن كان الزوج غائباً عنها فالقول قولها ، وإن كان حاضراً معها فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أنها لا تسلم نفسها إليه إلا بعد أن تسلم النفقة وهكذا قال في الصداق

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : إنيته على المدعى واليمين على من أنكر ، والزوجه تنكر القبض فكان القول قولها ، ولأنهما زوجان اختلفا في قبض النفقة فكان القول قولها ، كما لو سلمت نفسها والزوجه غائب

وإن سلمت نفسها إليه زماناً ولم ينفق عليها فيه أو أنفق عليها فيه نفقة معسر وادعت أنه كان موسراً فيه ، وادعى أنه كان معسراً ولا بيرة لها على يساره ذلك الوقت ، فإن عرف له مال قبل ذلك فالقول قولها مع يمينها ، لأن الاصل بقاء المال ، وإن لم يعرف له مال فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم اليسار

(فرع) إن ادعت الزوجه أنها مكنت الزوج من نفسها وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم التمكين وإن طلق امرأته حليمة رجعيه وولدت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا في

الولادة فقال الزوج ولدت بعد الطلاق فلا رجعه لى ولا نفقه لك، وقالت المرأة بل ولدت قبل الطلاق فى العدة ولك الرجعه لى عليك النفقه فلا رجعه للزوج لانه أقر بسقوط حقه منها وله أن يتزوج بأختها وأربع سواها، وعلى الزوجه العدة لانها مقررة بوجودها عليها، وتختلف المرأة أنها ولدت قبل أن يطلقها وتستحق النفقه لانها اختلفا فى وقت ولادتها وهى أعلم بها، ولانهما اختلفا فى سقوط النفقه والاصل بقاءها حتى يعلم سقوطها، والله أعلم

قال للمصنف رحمه الله تعالى

باب نفقة المعتدة

إذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقاً رجعياً وجب لها السكنى والنفقة فى العدة لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود، فإن طلقها طلاقاً بائناً وجب لها السكنى فى العدة، حائلاً كانت أو حاملاً، لقوله عز وجل «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن» وأما النفقة فإنها ان كانت حائلاً لم تجب، وان كانت حاملاً وجبت لقوله عز وجل «وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن»، فأوجب النفقه مع الحمل، فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل، وهل تجب النفقه للحمل؟ أو للحامل بسبب الحمل؟ فيه قولان

قال فى القديم تجب للحمل لانها تجب بوجوده وتسقط بعدمه

وقال فى الام تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح — لانها لو وجبت

للحمل لتقدرت بكفايته، وذلك يحصل بما دون المد

فإن قلنا تجب للحمل لم تجب الا على من تجب عليه نفقة الولد، فإن كانت الزوجه أمه والزوج حراً وجبت نفقتها على مولاه، لأن الولد يملك له. وان قلنا تجب النفقه للحامل وجبت على الزوج، لأن نفقتها تجب عليه وان كان الزوج عبداً وقلنا ان النفقة للحامل وجبت عليه. وان قلنا تجب للحمل لم تجب لأن العبد لا يلزمه نفقة ولده

(فصل) إذا وجبت النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل ففي وجوب الدفع قولان (أحدهما) لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز أن يكون ربحاً فانقش ، فلا يجب الدفع مع الشك (والثاني) يجب الدفع يوماً بيوم ، لأن الظاهر وجود الحمل ، ولأنه جعل كالمحقق في منع الكاح وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الاخذ في الزكاة ووجوب الدفع في الدية فجعل كالمحقق في دفع النفقة فإن دفع اليها ثم بان أنه لم يكن بها حمل - فإن قلنا تجب يوماً بيوم - فله أن يرجع عليها لأنه دفعها على أنها واجبه ، وقد بان أنها لم تجب فثبت له الرجوع . وإن قلنا أنها لا تجب إلا باوضع ، فإن دفعها بأمر الحاكم فله أن يرجع لأنه إذا أمره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع ، وإن دفع من غير أمره فإن شرط أن ذلك عن نفقتها إن كانت حاملاً فله أن يرجع لأنه دفع عما يجب وقد بان أنه لم يجب . وإن لم يشرط لم يرجع لأن الظاهر أنه متبرع

(الشرح) الأحكام : إذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقاً رجعياً فإنها تستحق على الزوج جميع ما تستحق الزوجة إلا التمسك إلى أن تنقض عدها ، وهو لإجماع وإن كان الطلاق بائناً وجب لها السكنى حائلاً كانت أو حاملاً . وأما النفقة فإن كانت حاملاً لم يجب لها . وإن كانت حاملاً وجبت . وقال ابن عباس وجابر : لا سكنى للبائن وبه قال أحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة تجب النفقة للبائن سواء كانت حاملاً أو حائلاً .

ودليلنا قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقنا عليهن » ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فأوجب السكنى للمطلقات بكل حال ، وأوجب لهن النفقة بشرط أن كن أولات حمل . فدل على أنهن إذا لم يكن أولات حمل لا نفقة لهن .

وروى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثاً وهو غائب بالشام فحمل إليها وكيله كفا من شير فسخطته ، فقال لها لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً ، إنما هو متطوع عليك ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال لها لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً ، واعتدى عند أم شريك

إذا ثبت هذا فهل يجب النفقة للحمل أو للحامل لأجل الحمل ؟ فيه قولان .
(أحدهما) أنها يجب للحمل لأنها يجب عليه بوجوده ولا تجب عليه مع عدمه
فدل على أنها تجب له .

(والثاني) أنها تجب للحامل لأجل الحمل وهو الأصح ، لأنه تجب عليه نفقة
الزوجة مقاراة . ولو وجبت للحمل لتقدرت بقدر كفايته كنفقة الاقارب .
والجنين يكتفى بدون المدد .

وان تزوج الحر أمة فطلقها طلاقاً بائناً وهي حامل ، فإن قلنا ان النفقة تجب
للحمل لم تجب عليه النفقة لأن ولده منها مملوك لسيدها ، ونفقة المملوك على
سيده . وان قلنا ان النفقة للحامل وجب على الزوج نفقتها ، وان تزوج العبد
بمحررة أو أمة فأبائها وهي حامل — فإن قلنا ان النفقة للحمل — لم تجب عليه
النفقة ، لأن ولده من الأمة مملوك لسيد الأمة ، وولده من الحر لا تجب عليه
نفقته لان العبد لا تجب عليه نفقة ولده ولا والده ، وان قلنا ان النفقة للحامل
وجبت عليه النفقة . وان كان الحمل غنياً وقلنا ان النفقة للحمل فهل تجب على
أبيه ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى فى كتاب الخنائى

قال الشاشى من أصحابنا : ويصح ابراء الزوجة عنها على القولين .
وان طلق امرأه طلاقاً بائناً وهي حامل فارتدت الزوجة فقد قال ابن الحداد
تسقط نفقتها ، فن أصحابنا من وافقه وقال تسقط نفقتها قولاً واحداً لأنها تتعلق
بمصلحتها وهي المستحقة لها فسقطت برديتها .

ومنهم من خالفه وقال : اذا قلنا ان النفقة للحامل سقطت برديتها ، وان قلنا
ان النفقة للحمل فلا تسقط برديتها لان الحمل محكوم بإسلامه فلا يسقط حقه برديتها
وان أسلمت الزوجة وتخلت الزوج فى الشرك فعليه نفقتها الى أن تنقضى عدتها
حائلاً كانت أو حاملاً ، فن أصحابنا من وافقه ومنهم من خالفه وقال : هذا اذا
قلنا ان النفقة للحامل . فأما اذا قلنا ان النفقة للحمل وجبت له النفقة ، لانه
محكوم بإسلامه .

وان مات الزوج قبل وضع الحمل وخلف أباً فند قال أبو اسحاق المروزى
تسقط النفقة لانه محكوم بإسلامه ، وان مات الزوج قبل وضع الحمل وخلف أباً

فقد قال أبو حامد إذا قلنا ان النفقة تجب للحمل أو جبت على جده ، لأنه تجب عليه نفقة ولده .

(مسألة) إذا طلق امرأته وهي حامل فهل يجب عليه أن يدفع اليها النفقة يوماً بيوم أو لا يجب عليه الدفع حتى تضع ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه دفع النفقة حتى تضع ، فإذا وضعت الولد وجب عليه دفع نفقتها لما مضى لأنه لا يجب عليه الدفع بالشك والحمل غير متحقق الوجود قبل الوضع ، بل يجوز أن يكون ربحاً فينفس .

والقول الثاني : أنه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة يوم بيوم وهو الأصح ، لقوله تعالى « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملن ، فأمرنا بالإنفاق عليهن حتى يضعن حملن ، وهذا يقتضى وجوب الدفع ، ولأن للحمل أمارات وعلامات ، فإذا وجدت تعلق الحكم بها في وجوب دفع النفقة ، كما تعلق الحكم بها في منع أخذ الحمل في الزكاة ، وفي جواز رد الجارية المبيعة ، وفي منع وطء الجارية المسبية والمشتراة وفي جواز أخذ الخلفة في الدية

فإذا قلنا لا يجب الدفع حتى تضع لم تحتج الى علامة وأمارة بل تعتد ، فإذا وضعت ولداً يجوز أن يكون منه لزمه أن يدفع اليها النفقة من حين الطلاق الى حين الوضع ، فإن ادعت أنها وضعت وصدقها فلا كلام . وان كذبها فعليها أن تقيم البينة على الوضع شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو أربع نسوة ، لأنه يمكنها إقامة البينة على ذلك .

وان قلنا يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم فادعت أنها حامل فان صدقها الزوج وجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم من وقت الطلاق الى حين الحكم بقولهن انها حامل دفعة واحدة ، ووجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم من حين الحكم بقولهن الى حين الوضع

ولو سألته أن يحلف لها ما يعلم أنها حامل ؛ فالذى يقتضى المذهب أنه يلزمه أن يحلف لجواز أن يخاف من اليمين فيقر أنها حامل أو ينكل عن اليمين فيرد عليها ، فإذا حلفت وجب عليه الدفع ، لأن يمينها مع نكوله كإقراره في أحد القولين ، وكبينة يقيمها في القول الآخر . والجميع يجب به الدفع

(فرع) فإن طلقها طلاقاً بائناً فقال القوابل إن بها حملاً فأنفق عليها فبان أنه لا حمل بها ، أو ولدت ولداً لا يجوز أن يكون منه — فان قلنا إنه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم كان له أن يرجع عليها بما دفع اليها من النفقة سواء دفعه بأمر الحاكم أو بغير أمره ، وسواء شرط أنه نفقة أو أطلق ، لأنه دفع اليها النفقة على أنها واجبة عليه ، وقد بان أنه لا نفقة عليه لها وإن قلنا إنه لا يجب عليه الدفع إلا بعد الوضع نظرت — فان كان قد دفع اليها بحكم الحاكم — كان له الرجوع ، لأن الحاكم أوجب عليه الدفع وقد بان أنها لم تكن واجبة عليه ، وإن دفعها بغير حكم الحاكم ، فان كان قد شرط أن ذلك عن نفقتها ان كانت حاملاً ، فله أن يرجع عليها لأنه بان أنها ليست بحامل ولا نفقة عليه . وإن دفعها من غير شرط لم يرجع عليها بشيء ، لأن الظاهر أنه تطوع بالإفناق عليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب ، وجب لها السكنى في العدة . وأما النفقة فانها — إن كانت حائلاً — لم تجب : وإن كانت حاملاً وجبت ، لأنها ممتدة عن فرقة في حال الحياة ، فكان حكمها في النفقة والسكنى ما ذكرناه كالمطلقة .

وإن لاعنها بعد الدخول — فان لم ينف الحمل — وجبت النفقة ، وإن نفى الحمل لم تجب النفقة ، لأن النفقة تجب في أحد القولين للحمل . والثاني تجب لها بسبب الحمل والحمل منتف عنه فلم تجب بسببه نفقة . وأما السكنى ففيها وجهان (أحدهما) تجب لأنها ممتدة عن فرقة في حال الحياة ، فوجب لها السكنى كالمطلقة (والثاني) لا تجب لما روى ابن عباس رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن لا تثبت لها ، من أجل أنها يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها . ولأنها لم تحصن مائة فلم يلزمه سكناها

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البزار ، أن رجلا طلق امرأته فجاءت الى

النبي صلى الله عليه وسلم فقال : لا نفقة لك ولا سكنى ،

قال البيهقي في مجمع الزوائد : وفيه ابراهيم بن اسماعيل بن أبي حنيفة وهو متروك

أما الاحكام فقد قال الشافعي : وان كان يملك رجعتها فلم تعد بثلاث حيض

أو كان - يضيها مختلفا فيطول ويقصر لم أجعل لها إلا الاقصر . هـ

واختلف أصحابنا في تأويلها ، فقال أبو إسحاق تأويلها هو أن يطلق امرأته

طلاقا رجعيا فأنتق عليها وظهر بها حمل في العدة ، ووضع لا أكثر من أربع

سنين من وقت الطلاق - فان قلنا انه يلحقه - فعليه نفقتها الى أن وضعت فلا

كلام . وان قلنا انه لا يلحقه وينتفى عنه بغير امان فانها لا تكون معتدة به عنه

ولا نفقة عليه لها مدة حملها ، وانما عدتها بالاقراء ، وتساءل من أين الحمل ؟ فان

قالت هو من غيره بشبهة أو زنا قلنا لها أى وقت حملت به ؟ فان قالت بعد انقضاء

عدتي بالاقراء على الاول فعلى الاول نفقتها مدة عدتها بالاقراء لا غير . وان

قالت حملت به بعد أن مضى من عدته قرء ان كان على الزوج نفقتها مدة عدتها في

القرءين قبل الحمل ، ومدة عدتها بالقرء الثالث بعد الحمل

وان قالت (هذا الولد من هذا الزوج وطئني في عدتي ، أو راجعني ثم وطئني

فان أنكرها حلت ، لان الاصل عدم ذلك ، فاذا حلفت بطل أن تعد بالحمل منه

وقلنا له فسر أنت كيف اعتدت منك ، فان قال حملت به قبل أن يمضى لها شيء

من الاقراء فانها تعد بثلاثة أقراء عنه بعد الوضع ولها عليه نفقة ذلك الوقت .

وان قال انقضت عدتها منى بالاقراء ثم حملت به بعد ذلك فقد اعترفت أنها

اعتدت عنه بالاقراء ، فان كان حيضها لا يختلف فلا نفقة مدة ثلاثة أقراء ، وان

كان حيضها يختلف فتارة تمضى أقراء في سنة وتارة في ستة أشهر وتارة في ثلاثة

أشهر واختلفنا في عدتها كان لها نفقة ثلاثة أشهر لانه اليقين

ومن أصحابنا من قال : تأويلها أن يطلقها طلاقا رجعيا ، وأنت بولد لا أكثر

من أربع سنين من وقت الطلاق وقلنا لا يلحقه - فان عدتها بالاقراء عنه ،

فيرجع اليها كيف الاعتداد منها بالاقراء ، فاذا ذكرت - فان كان حيضها

لا يختلف — كانت لها نفقة ثلاثة أقراء ، وإن كان يختلف فيطول ويقصر لم يكن لها إلا نفقة الاقصر لأنه اليقين . وبهذا قال أحمد

ومن أصحابنا من قال : تأويلها إذا طلقها طلاقاً رجعياً وحكمتها لها بالنفقة وأنت بولد لا أكثر من أربع سنين من وقت الطلاق — وقلنا لا يلحقه وكانت تجبض على الحمل ، وقلنا إنه حيض — فانها تعتد عنه بالاقرء الموجودة على الحمل ، فان كان حيضها لا يختلف فلها نفقة ثلاثة أقراء . وإن كان يختلف لم يكن لها إلا نفقة الاقصر لأنه اليقين .

قال العمراني في البيان : وهذا ضعيف جداً وعلل ذلك بأنها على هذا القول يكون لها نفقة الاقرء على الحمل طالعت أو قصرت

ومن أصحابنا من قال : تأويلها إذا طلقها طلاقاً رجعياً فقد كرت أن حيضها ارتفع بغير عارض ، فانها ترهبص على ما مضى ، فاذا زعمت أن حيضها ارتفع بغير عارض فقد اعترفت بتحقيق حق لها وهو العدة والرجعة فيقبل قولها فيه ، وحق ما وهو النفقة فلا يقبل قولها فيه بل يجعل لها نفقة الاقصر لأنه اليقين والتأويل الاول أصح فأما إذا طلقها طلاقاً فظهر بها أمارات الحمل فأنفق عليها ثم بان أنه لم يكن حملاً وإنما كان ريحاً فانفك فانه يسترجع نفقة ما زاد على ثلاثة أقراء ، فيقال لها كم كانت مدة أقراءك — فان أخبرت بذلك — كان القول قولها مع يمينها

وإن قالت : لا أعلم في كم انقضت عدتي إلا أن عادتي في الحيض كذا وعادتي في الطهر كذا حسبنا ذلك ورجع الزوج بنفقة ما بعد ذلك .

وإن قالت : حيضى يختلف ولا أعلم قدر الثلاثة الاقرء نظرنا الى أقل ما تذكره من الحيض والطهر حسبنا لها ثلاثة أقراء ورجع عليها بما زاد على ذلك وإن قالت لا أعلم قدر حيضى وطهرى ، فحكي ابن الصباغ أن الشافعى قال ، جعلنا الاقرء ثلاثة أشهر لان ذلك هو الغالب في النساء ورجع بالباقي

(فرع) قال أبو اسحاق المروزي ، ولا يجب للباين الكدوة ، وإن وجبت لها النفقة ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن نكح امرأة نكاحاً فاسداً ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى ، لأنها إذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح ، فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى ، وأما النفقة فانها إن كانت حائلاً لم تجب لأنها إذا لم تجب في العدة عن نكاح صحيح فلأن لا تجب في العدة عن النكاح الفاسد أولى وإن كانت حاملاً فعلى القولين ، إن قلنا ان النفقة للحامل لم تجب ، لأن حرمتها في النكاح الفاسد غير كاملة ، وإن قلنا انها تجب للحمل وجبت ، لأن الحمل في النكاح الفاسد كالحمل في النكاح الصحيح

(فصل) وإن كانت الزوجة معتدة عن الوفاة لم تجب لها النفقة ، لأن النفقة إنما تجب للتمكن من الاستمتاع ، وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل ، والميت لا يستحق عليه حق لأجل الولد ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان . (أحدهما) لا تجب ، وهو اختيار المزني ، لأنه حق يجزى يوماً بيوم فلم تجب في عدة الوفاة كالنفقة

(والثاني) تجب ، لما روت فريفة بنت مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اعتدى في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك ، حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً ، ولائها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة .

(الشرح) حديث فريفة بنت مالك مضمون في العدد تخريجهم . قال ابن عبد البر في الاستيعاب : فريفة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري ، كان يقال لها الفارعة شهدت بيعة الرضوان ، وأمها أم حبيبة بنت عبد الله بن أبي بن سلول . روت عن الفريفة هذه زينب بنت كعب بن عجرة حديثها في سكنى المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله . استعمله أكثر فقهاء الامصار اه

أما الاحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه وكل ما وصفنا من متعة أو نفقة أو سكنى فليست الا في نكاح صحيح
وجملة ذلك أنه إذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً ، كالنكاح بلا ولي ولا شهود

أو في عدتها فإنه يفرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول فإنه لا يتعلق بالنكاح حكم
وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل ، وعليها العدة ولا سكنى لها ؛ لأن السكنى
يجب عن نكاح صحيح ولا نكاح ههنا .

وأما النفقة فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها ، لأنه إذا لم تجب النفقة للبائن
الحائل في النكاح الصحيح فلأن لا تجب لها في النكاح الفاسد أولى . وان كانت
حاملًا — فإن قلنا ان النفقة تجب للحامل — لم تجب لها ههنا نفقة لان النفقة إنما
تجب عن نكاح صحيح له حرمة ، وهذا النكاح لا حرمة له . وان قلنا ان النفقة
للحمل وجب لها النفقة ، لأن هذا الولد لاحق به ، فهو كما لو حملت منه
في نكاح صحيح .

وأما اذا وقع النكاح صحيحاً ثم انفسخ برضاع أو عيب بعد الدخول فإنه يجب
عليها العدة . قال الشيخ أبو اسحاق ويجب لها السكنى في العدة

وأما النفقة — فإن كانت حائلاً — لم تجب وان كانت حاملًا وجبت لأنها
ممتدة عن فرقة في حال الحياة ، فكان حكمها ما ذكرناه كالطلاق . وقال الشيخ
أبو حامد وابن الصباغ حكمها في السكنى والنفقة حكم النكاح الفاسد ، لان حكم
النكاح الذى ينفسخ بعد الدخول حكم النكاح الذى يقع فاسداً

(فرع) وان كذب امرأته وهى حامل ونفى حملها فلاعنها انفسخ النكاح بينهما
فاعتدت بوضع الحمل ولا نفقة لها في حال العدة ، لأن النفقة للحمل في أحد
القولين ولها لأجل الزوجية في الثانى والحمل غير لاحق به فلم تجب لها النفقة ،
وهل تجب لها السكنى ؟

حكى القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق فيه وجهين (أحدهما) لا يجب
لها السكنى لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المتلاعنين أن
يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً ولا نفقة لها ولا بيت لأنهما يفتقران بغير طلاق
(والثانى) أن لها السكنى . قال ابن الصباغ ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأنها
ممتدة عن فرقة في حال الحياة فهى كالمطلقة . قال ابن الصباغ : وقد ذكرنا فيما
مضى أن الفسخ الطارىء بمنزلة النكاح الفاسد ، وهذا فسخ ، وإيجاب السكنى
يناقضه ، غير أنه يتعلق بقول الزوج ، فجرى مجرى قطع النكاح بغير الطلاق .

وكما قلنا في الخلع إذا قلنا إنه فسخ . وإن لاعنها ولم ينف الحبل قال الشيخ أبو إسحاق هنا وجبت لها النفقة . وإن أبان زوجته بالثلاث وبالخلع وظهر بها حمل فنفاه — وقلنا يصح لعانه قبل الوضع فلا عن — سقطت عنه النفقة ، وهل يسقط عنه السكنى — ان قلنا للداعنة السكنى في التي قبلها — فهمنا أولى . وإن قلنا في التي قبلها : لا سكنى لها قال القاضي أبو الطيب : احتمال ههنا وجهين . (أحدهما) لها سكنى لأنها اعتدت عن الطلاق (والثاني) لا سكنى لها لأن نفقتها سقطت لأجل اللعان فكذلك السكنى ، فإن أكذب الزوج بعد اللعان لحقه نسب الولد وكان عليه النفقة لها لما مضى وإلى أن تضع

فان قيل فما قلتم إنه لا نفقة لها لما مضى على القول الذي يقول إن النفقة للحمل ، لأن نفقة الاقارب تسقط بمضى الزمان ؟

قلنا إنما نقول ذلك اذا كان القريب هو المستوفى لنفقته ، وهمنا المستوفى لها هي الزوجة فصارت كنفقة الزوجة ، فلا تسقط بمضى الزمان .

وأما المعتدة المتوفى عنها زوجها فلا يجب لها النفقة حائلا كانت أو حاملا ، وبه قال ابن عباس وجابر . وروى أنهما قالا لا نفقة لها . حسبها الميراث . وذهب بعض الصحابة الى أنها اذا كانت حاملا فلها النفقة . وعند أحمد أن المعتدة من الوفاة ان كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى . وان كانت حاملا فبها روايتان (احدهما) لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة .

(والثانية) لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكنائها إنما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة ، لأنه ان كان الميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة

قال القاضي وهذه الرواية أصح عند ابن قدامة وغيره .

ودليلنا أنه لا يخلو اما أن يقال هذه النفقة للحامل أو للحمل فبطل أن يقال انها للحامل لأنها لا تستحق النفقة اذا كانت حائلا ، وبطل أن يقال انها للحمل

لأن الميت لا يستحق عليه نفقة الاقارب فلم يجب ، وهل يجب لها السكنى ؟ فيه قولان مضى ببيانها في المدد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لأنها محبوسة عليه في بيته ، فإن طلبت الزينة بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما ، فإن قلنا بتوله القديم إن التفريق صحيح فهي كالميتوفى عنها زوجها لأنها ممتدة عن وفاة فلا يجب لها النفقة ، وفي السكنى قولان ، فإن رجع الزوج فإن قلنا تسلم اليه عادت إلى نفقته في المستقبل ، وإن قلنا لا تسلم اليه لم يكن لها عليه نفقة ، فإن قلنا بقوله الجديد وأن التفريق باطل ، فلها النفقة في مدة النربص ومدة العدة لأنها محبوسة عليه في بيته ، وإن تزوجت سقطت نفقتها لأنها صارت كالناشئة ، وإن لم يرجع الزوج ورجعت إلى بيتها وقعدت فيه ، — فإن قلنا بقوله القديم — لم تعد النفقة ، وإن قلنا بقوله الجديد ، فهل تعود نفقتها بعودها إلى البيت ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تعود لأنها سقطت بنشوزها ، فعادت بعودها

(والثاني) لا تعود لأن التسليم الأول قد بطل فلا تعود إلا بتسليم مستأنف كما أن الوديعة إذا تعدى فيها ثم ردها إلى المكان لم تعد الأمانة . ومن أصحابنا من قال : إن كان الحاكم فرق بينهما وأمرها بالاعتداد ، واعتدت وفارقت البيت ، ثم عادت إليه لم تعد نفقتها لأن التسليم الأول قد بطل لحكم الحاكم . وإن كانه تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت إليه عادت النفقة لأن التسليم الأول لم يبطل من غير حكم الحاكم . والله أعلم

(الشرح) الأحكام : إذا غاب الرجل عن امرأته وهي في مسكنه الذي أسكنها فيه وانقطع خبره عنها ، فإن اختارت المقام على حالتها فالنفقة واجبة على الزوج لأنها مسلمة لنفسها ، وإن رفعت الأمر إلى الحاكم وأمرها بالنربص أربع سنين فلها النفقة على زوجها ، لأن النفقة إنما تسقط بالنشوز أو بالبنونة ولم

يوجد واحد منهما ، فإن حكم الحاكم بالفرقة بينهما بعد أربع سنين واعتدت أربعة أشهر وعشراً ، فإن قلنا بقوله القديم وأن الفرقة قد وقعت ظاهراً وباطناً ، أو ظاهراً فإنها كالمعتدة عن الوفاة فلا يجب لها النفقة فيها ، وهل يجب لها السكنى؟ فيه قولان ، فإن رجع زوجها ، فإن قلنا : ان الفرقة وقعت ظاهراً وباطناً فهي أجنبية منه ولا يجب لها عليه نفقة ولا سكنى . وان قلنا ان الفرقة وقعت في الظاهر دون الباطن ردت اليه ووجب لها النفقة من حين ردت اليه . وان قلنا بقوله وأن حكم الحاكم لا ينفذ ، فإنها ما لم تتزوج فنفتها على الاول لأنها محبوسة عليه ، وإنما تعتقد هي أن الفرقة قد وقعت ، وهذا الاعتقاد لا يؤثر في سقوط نفقتها ، فإن تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر سقطت نفقتها عن الاول لأنها كالتاشرة عن الاول فسقطت نفقتها عنه ، فإن دخل الثاني بها وفرق بينهما فعليها أن تمتد عنه ولا نفقة لها على الاول لأنها معتدة عن الثاني ، فإن رجعت الى منزل الاول بعد انقضاء عدة الثاني أو قبل أن يدخل بها الثاني ، فهل تستحق النفقة على الاول ؟

قال الشافعي في المختصر : لا نفقة لها في حال الزوجية ولا في حال العدة . وهذا يقتضى أن لها النفقة بعد انقضاء العدة

وقال في الأُم : لا نفقة لها في حال الزوجية ولا في حال العدة ولا بعدها . واختلف أصحابنا فيها على طريقين . قال العمراني من أصحابنا من قال فيها قولان وحكماها الشيخ أبو اسحاق (يعنى الشيرازى) وجهين (أحدهما) يجب لها النفقة من حين عادت الى منزله ، لأن النفقة سقطت بنشوزها ، وقد زال النشوز فعادت نفقتها

(والثاني) لا يجب لها النفقة لأن التسليم الاول قد سقط بنشوزها فلم تعد الا بتسليم ثان ، وليس ههنا من يتسلمها ، فلي هذا الطريق اذا خرجت امرأة الحاضر من منزلها ناشزة ثم عادت اليه ، فهل تعود نفقتها من غير أن يتسلمها الزوج فيه وجهان بناء على هذين الوجهين

ومن أصحابنا من قال ليست على قوانين ، وإنما هي على اختلاف حالين فالموضع الذى دل عليه مفهوم كلامه أن النفقة لها أراد اذا تزوجت بالثاني من غير أن

يحكم لها الحاكم بالفرقة فإذا عادت إلى منزل الزوج عادت نفقتها ، لأن نفقتها سقطت بأمرك ضعيف وهو نشوزها فمعدت برجوعها ، وحيث قال في الأم لانفقة لها ، أراد إذا حكم لها الحاكم بالفرقة وتزوجت بآخر ، لأن نفقتها سقطت بأمرك قوي وهو حكم الحاكم فلا تعود إلا بأمرك قوي ، وهو أن يتسلها الزوج ، فبلى هذا الطريق إذا فشرت امرأة الحاضر من منزلها وعادت إليه وجبت لها النفقة ، وإن لم يتسلها الزوج .

وأما وجوب نفقتها على الثاني ، فإن قلنا بقوله القديم ، فإن التفريق صحيح فأنها تستحق عليه النفقة بنفس المقد في قوله القديم ، ونفقة كل يوم بيومه في قوله الجديد لأن نكاحه صحيح .

وإن قلنا بقوله الجديد وإن التفريق غير صحيح فإنها لا تستحق عليه النفقة ولا السكنى في حال الزوجية ، لأنه لا زوجية بينهما ، فإذا فرق بينهما بعد الدخول فلا سكنى لها في حال العدة . وأما النفقة فإن كانت حاملا لم تجب لها ، وإن كانت حاملا — فإن قلنا النفقة للحمل — وجبت ، وإن قلنا للحامل لم تجب (فرع) إذا تربصت امرأة المفقود وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها فرجع الأول — فإن قلنا بقوله الجديد — لا تقع الفرقة ، أو قلنا تقع الفرقة في الظاهر دون الباطن فانت بولد يمكن أن يكون من الثاني ولا يمكن أن يكون من الأول فإن عدتها تنقضي من الثاني بوضعه ، وترد إلى الأول بعد وضع الولد .

وإن أنت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما — فإن قلنا بقوله القديم وأن الفرقة تقع ظاهرا وباطنا فأولد للثاني . وإن قلنا بقوله الجديد وقلنا الفرقة تقع في الظاهر دون الباطن ، فإن لم يدعه الأول فهو للثاني ، لأنها قد استبرأت رحمها يقينا عن الأول . وإن ادعاه الأول سئل عن وجه دعواه ، فإن قال هذا الولد مني لأنها زوجتي وغبت عنها والزوجية لم تنقطع فهو ولدي ، لأنها أنت به على فراشي ، لم يلتفت إلى هذه الدعوى ولحق بالثاني ، لأنها قد تبقتنا براءة رحمها من ماء الأول فلا يمكن أن يكون منه .

وإن قال : تكنت عدتنيها في الحنفية ووطنتها وهذا الولد مني وأمكن أن

يكون صادقاً عرض الولد على القافة ، فإذا أحقوه بأحدهما لحقه . وكل موضع أحق الولد بالثاني ، فليس للزوج الاول أن يمنعها من أن تسقيه اللبن لأنه لا يعيش الا بذلك ، فإذا سقته اللبن — فإن لم توجد امرأة ترضعه وتكفله — لم يكن له منعها من ذلك لأن ذلك يؤدي الى اتلافه . وان وجد له امرأة ترضعه وتكفله كان له منعها لأنها متطوعة بارضاعه ، وللزوج منع زوجته من فعل التطوع كالصلاة والصوم فلأن يمنعها من الرضاع أولى

فان أرضعته في موضع منعناها من ارضاعه فيه ، فان أرضعته في بيت زوجها فلها النفقة عليه ، لأنها في قبضته . وان أخرجت من منزله الى غيره بغير اذنه وأرضعته سقطت نفقتها لانها ناشرة ، وان خرجت الى غيره باذن زوجها وأرضعته — فان كان زوجها معها لم تسقط نفقتها — وان لم يكن معها فبینه وجهان بناء على القولين في السفر بأذنه

(فرع) وان تربصت امرأة المفقود وفرق الحاكم بينهما وتزوجت بأخر بعد انقضاء عدتها ، ودخل بها ثم مات الثاني ، وبان أن زوجها الاول كان حياً عند نكاحها للثاني وأن الاول مات بعد ذلك — فان قلنا بقوله القديم ، وأن الحكم بالفرقة صحيح ظاهراً وباطناً — فقد بان من الاول ، ونكاح الثاني صحيح ، وقد بان عنه بموته واعتدت عنه ، ولا تأثير لحياة الاول . وان قلنا بقوله الجديد ان الحكم بالفرقة لا يصح أو قلنا تنع الفرقة في النكاح دون الباطن ، فعلى هذا نكاح الثاني باطل وعليها العدة بموت الاول أربعة أشهر وعشراً . وعليها عدة وطء الشبهة للثاني ثلاثة أفرام ، ولا يصح أن تعتمد من أحدهما الا بعد أن يفرق بينهما وبين الثاني . وفيه ثلاث مسائل

(احدها) أن يعلم موت كل واحد من الزوجين في وقت بعينه ، ويعلم غير ذلك الزوج .

(الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات في وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر

(الثالثة) أن لا يعلم موت كل واحد منهما بعينه

(فأما الاولى) وهو اذا علم موت كل واحد منهما في وقت بعينه ففيه مسألان

احدهما أن يعلم أن الاول مات في أول شهر رمضان ، والثاني مات في أول شوال

فيجب عليها أن تعتد ههنا عن الأول أربعة أشهر وعشراً ، وابتدؤها من أول شوال بعد زوال فراش الثاني ، لأنه لا يمكن أن تكون فراشاً للثاني معتدة عن الأول ، فإذا انقضت عدتها عن الأول اعتدت عن الثاني بثلاثة أقران لأن عدة الأول أسبق فقدمت ، ولأنها أقوى لأنها وجبت بسبب مباح والثانية وجبت بسبب محظور .

وإن مات الثاني في أول رمضان والأول في أول شوال ، فإن الثاني لما مات شرعت في عدته ، وإن كانت زوجة الأول ، لأن النكاح يتأبد فراشه فلا يمكن قطعه لاجل العدة ، بخلاف الفراش في النكاح الثاني فإنه لا يتأبد ، فلذلك وجب قطعه للعدة ولم تصح العدة مع وجوده ، فإن مات الأول في أثناء عدة الثاني انتقلت إلى عدة الأول لأنها أكد ، فإذا أكلت عدة الأول أربعة أشهر وعشراً أكلت عدة الثاني بالأقران .

(المسألة الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات في وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر : مثل أن يعلم أن الثاني مات في أول شوال ، ثم جاء الخبر أن الأول حي في بلد كذا ومات فلم يعلم وقت موته ، فإنه يقال أقل وقت يمكن أن يصل فيه الخبر من الموضع الذي كان فيه كم هو ؟

فإن قيل مثلاً عشرة أيام ، جمل في التفسير كأنه مات قبل مجيء خبره بعشرة أيام ، فإن وافق ذلك وقت موت الثاني بأن كان الخبر ورد لعشر خلون من شوال فقد اتفق موتهما في وقت واحد ، فتعدت عن الأول بأربعة أشهر وعشر ، وتعدت بعد ذلك عن الثاني بثلاثة أقران . وإن تقدم موت الثاني أو تأخر عنه فالحكم فيه على ما ذكرناه في المسألة الأولى .

(المسألة الثالثة) أن لا يعلم وقت موت كل واحد منهما بعينه ، مثل أن يعلم أن أحدهما مات في أول شهر رمضان ، والآخر مات في أول شوال ولا يعلم أيهما مات أولاً ، فيجب عليها ييقين ، هذا إذا لم تحبل من الثاني ، فإذا حبلت من الثاني ثم ظهر موت الأول فإن الولد لاحق بالثاني ، لأنها قد اعتدت عن الأول واسترأت رحمها منه . وقد مات الأول قبل أن يدعيه فلم يلحق به ،

فتعتد بوضع الحمل عن الثاني ، فإذا أوضعته اعتدت عن الأول بأربعة أشهر وعشر ، ومتى تبتدىء بها ؟ فيه وجهان (أحدهما) من حين انقطاع دم النفاس ، لأن دم النفاس تابع للحمل من الاول فهو كدرة الحمل .

(والثاني) وهو المذهب أن ابتداءها من بعد وضع الحمل ، لأن هذا عادة من وفاة ، وعادة الوفاة لا يراعى فيها الدم وزواله ، ولأن وقت دم النفاس ليس من عادة الثاني فاحتسب به من عادة الاول والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ باب نفقة الاقارب والرفيق والبهائم }

والفرابة التي تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا ، وقرابة الاولاد وإن سفلوا ، فتجب على الولد نفقة الاب والام ، والدليل عليه قوله تعالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبأوالدين إحساناً » ومن الإحسان أن ينفق عليهما . وروى عائشة رضی الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » ويجب عليه نفقة الأجداد والجدات ، لأن اسم الوالدين يقع على الجميع . والدليل عليه قوله تعالى « ملة أبيكم إبراهيم ، فسمى الله تعالى إبراهيم أباً وهو جد ، ولأن الجد كالاب ، والجددة كالام في أحكام الولادة ، من رد الشهادة وغيرها . وكذلك في إيجاب النفقة . ويجب على الاب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضی الله عنه « أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله عندي دينار ؟ فقال أنفقه على نفسك . قال عندي آخر ؟ فقال أنفقه على ولدك ، قال عندي آخر ، فقال أنفقه على أهلك . قال عندي آخر ، قال أنفقه على خادمك . قال عندي آخر . قال أنت أعلم به ، ويجب عليه نفقة واد الوالد وإن سفل ، لأن اسم الوالد يقع عليه ، والدليل عليه قوله عز وجل « يا بني آدم ، وتجب على الام نفقة الوالد لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها ، ولائته إذا وجدت على الاب وولادته من جهة الظاهر

فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى ، وتجب عليها نفقة ولذ الوالد لما ذكرناه في الأب ، ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالأخوة والأعمام وغيرهما ، لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكام الولادة ، فلم يلحق بهم في وجوب النفقة .

(الشرح) نبدأ بأشرف ما في الفصل من كلام ربنا تبارك وتعالى ، فقوله تعالى «وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وباروا بالدين إحساناً ، أى أمر وألزم وأوجب . قال ابن عباس والحسن وقتادة : ليس هذا قضاء حكم بل هو قضاء أمر . وقال ابن تيمية : القضاء قضاءان ، قضاء كوني وقضاء شرعى ، والقضاء الشرعى كقوله تعالى «وقضى ربك» ، وفي مصحف ابن مسعود «ووصى» ، وهى قراءة ، وقرأه ابن عباس وأبى

قال ابن عباس إنما هو «ووصى» ، فالتصقت لإحدى الواو من فقرئت «وقضى» ، إذ لو كان على القضاء ما عصى الله أحد . وأنكر أبو حاتم أن يكون ابن عباس قال ذلك وقال : لو قلنا ذلك لطحن الرنادقة فى مصحفنا

قلت : يخ بى لأبى حاتم ، إذ كيف تلتصق الواو فى جميع المصاحف بالصناد فتتحول من ووصى إلى وقضى .

قال علماء الكلام : القضاء يستعمل فى اللغة على وجوه ، فالقضاء بمعنى الأمر كقوله تعالى «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه» ، والقضاء بمعنى الخلق كقوله تعالى «فقضاهن سبع سموات فى يومين» ، والقضاء بمعنى الحكم كقوله تعالى «فاقض ما أنت قاض» ، والقضاء بمعنى الفراغ كقوله تعالى «وقضى الأمر الذى فيه تستفتيان» ، وقوله تعالى «فاذا قضيت مناسبتكم» ، وقوله «فاذا قضيت الصلاة» ، والقضاء بمعنى الإرادة ؛ كقوله تعالى «إذا قضى أمراً فإنما يقول له كن فيكون» ، والقضاء بمعنى العد كقوله تعالى «وما كنت بجانب الغرب إذ قضينا الى موسى الأمر» ،

وأما قوله تعالى «ملة أياكم إبراهيم» ، قال القرطبي : وإبراهيم هو أبو الرب قاطبة . وقيل الخطاب لجميع المسلمين وإن لم يكن الكل من واده ، لأن حرمة

ابراهيم على المسلمين كحرمة الوالد على الولد . يدل على ذلك قوله « هو سماكم المسلمين من قبل »

قال ابن زيد : وهو معنى قوله « ربنا واجملنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك » قال ابن زيد والحسن « هو » راجع الى ابراهيم . والمعنى هو سماكم المسلمين من قبل محمد صلى الله عليه وسلم . قال النحاس وهذا القول مخالف لقول عظماء الأمة . وروى على بن أبي طلحة عن ابن عباس قال : سماكم الله تعالى المسلمين من قبل ، أى فى الكتب المتقدمة وفى هذا القرآن

وأما قوله تعالى « يا بنى آدم » قال القرطبي هو خطاب لجميع العالم . وأما قوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » قال ابن بطال يجوز أن يكون معناه لا تضار على تفاعل ، وهو أن ينزع ولدها منها ويدفع الى مرضعة أخرى ، ويجوز أن يكون معناه لا تضار الأم الاب فلا ترضعه . أى لا تأبى الأم أن ترضعه لإضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها .

وقرأ نافع وعاصم وحزمة والكسائي « تضار » بفتح الراء المشددة ، وموضعه الجزم على النهى .

وقرأ أبو عمرو وابن كثير وأبان عن عاصم وجماعة « تضار » بالرفع عطفاً على قوله « تكلف نفس » وهو خبر والمراد به الأمر

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قرأ « لا تضارر » برأى من الأولى مفتوحة ، وروى عن ابن عباس « لا تضارر » بكسر ما قبل آخره وهى الراء الأولى وأما حديث عائشة فقد مضى فى الفرائض ، وقد ساقه الذهبى فى سير أعلام النبلاء وفيه « إن أطيب ما أكل الرجل من كسب يمينه » وقد أخرجه أبو داود والحاكم بإفظ « ولد الرجل من أطيب كسبه » فكلوا من أموالهم ، وإسناده صحيح وأما حديث أبي هريرة فقد أخرجه الشافعى وأبو داود واللفظ له وأخرجه النسائى والحاكم بتقديم الزوجة على الولد ، وفى صحيح مجمل من رواية جابر تقديم الزوجة على الولد من غير تردد .

وقال الحافظ بن حجر : اختلف على يحيى القطان والثورى ، فقدم يحيى الزوجة على الولد . وقدام سفيان الوالد على الزوجة ، فينبغى أن لا يقدم أحدهما على

الآخر بل يكونان سواء ، لأنه قد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا تكلم تكلم ثلاثاً ، فيحتمل أن يكون في إعادته قدم الولد مرة ، ومرة قدم الزوجة ، فصارا سواء .

قال الصنعاني في سبيل السلام : هذا حمل بعيد ، فليس تكريره لما يقوله ثلاثاً بظرد ، بل عدم التكرير غالب ، وإنما يكرر إذا لم يفهم عنه . ومثل هذا الحديث جواب سؤال لا يجرى فيه التكرير لعدم الحاجة إليه لفهم السائل للجواب ، ثم رواية جابر التي لا تردد فيها تقوى رواية تقديم الأهل اهـ

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه : في كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام بيان أن علي الأب أن يقوم بالنفقة في إصلاح صغار ولده من رضاع ونفقة وكسوة وخدمة اهـ

وجملة ذلك أنه يجب على الأب أن ينفق على ولده ، والأصل فيه قوله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق) فمنع الله قتل الأولاد خشية الإملاق وهو الفقر ، فلولا أن نفقة الأولاد عليهم لما خافوا الفقر . وقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأوجب أجره رضاع الولد على الأب ، فدل على أن نفقته يجب عليه .

وحديث أبي هريرة عن الرجل الذي أتى النبي صلى الله عليه وسلم يقول عندي دينار والرسول يجيبه فيقول عندي آخر وأخذ يردد الأسئلة ، وقد خرجناه آنفاً وكذلك حديث هند بنت عتبة أن أبا سفيان رجل شحيح . وقول النبي صلى الله عليه وسلم لها خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ، ولأن الولد بعض من الأب فكما يلزمه أن ينفق على نفسه فكذلك يلزمه أن ينفق على ولده ، فإن لم يكن هناك أب أو كان ولكنه معسر وهناك جد موسر وجبت عليه نفقة ولد الولد وإن سفل . وبه قال أبو حنيفة

وقال مالك : لا تجب نفقة ولد الولد على الجد . دليلنا قوله تعالى (يا بني آدم ، فسمى الناس بنى آدم ، وإنما هو جدم . وكذلك قوله تعالى (واتبع ملة آباء إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ، فسماهم آباء ، وإنما هم أجداد ، أو لأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة وجبت النفقة على الام ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ،

وقال مالك ، لا تجب النفقة على الام ، وقال أبو يوسف ومحمد ، تجب على الام ولكن ترجع بها على الاب إذا أيسر

دليلنا على مالك أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة ، ولأن النفقة إذا وجبت على الجد وولادته من طريق الظاهر ، فلأن تجب على الام وولادتها من طريق المصطح أولى فلم ترجع

ودليلنا على أبي يوسف وعمد أنها نفقة واجبة على من تيقن نسبه فلم يرجع بها كالجدة لا يرجع بما أنفق على الاب ، وقولنا على من تيقن نسبه احتراز ممن ولد على فراشين وأشكل الاب منهما ، فإن لم يكن هناك أم وهناك أبو أم أو أم أم وجبت عليه نفقة ولد الولد وإن سفل ، فنجب نفقة الولد على من يقع عليه اسم الاب أو الام حقيقة أو مجازاً ، سواء كان من قبل الاب أو الام ، ويشترك في وجوبها العصباء وذوو الارحام ، لأنها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى العصباء وذوو الارحام ، لأنها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى للعصباء وذوو الارحام من جهة الوالدين ، كما قلنا في منع الشهادة والخصاص والعتق .

* * *

قوله : فتجب على الولد الخ ، فجملة ذلك أنه يجب على الولد نفقة الاب لقوله تعالى «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً» وقوله تعالى «وصاحبها في الدنيا معروفاً» ومن الإحسان والمعروف أن ينفق عليه

وروى ابن المنكدر ، أن رجلاً قال : يا رسول الله إن لي مالا وعيالا ولا أبا مال وعيال ويريد أن يأخذ من مالي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك » وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه »

وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أولادكم هبة من الله لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، وأموالهم لكم إذا احتجتم اليها ،

وساق العمري رواية نسوقها لطرافتها ، ولنا عليها نظر^(١) . قال روى عن جابر أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله إن أبي يأخذ مالي فينفقه فقال الأب : إنما أنفقه يا رسول الله على إحدى عماته أو إحدى خالاته ، فبهبط جبريل وقال : يا رسول الله سل الأب عن شعر قاله ، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال الأب إن الله وله الحمد يزيدنا بك بياناً يا رسول الله كل يوم لقد قلت هذا الشعر في نفسي فلم تسمعه أذنأي ثم أنشأ يقول :

غذوتك مولوداً وعلتك يافعاً	'تعل' بما أذنى اليك وتنهل
إذا ليلة نابتك بالشكوى لم أبت	لشكوك إلا ساهراً أتمل
كأنى أنا المطروق دونك بالذي	طرقت به دوني وعيني تهمل
فلما بلغت السن والغاية التي	اليها مدى ما كنت فيك أومل
جعلت جزائي منك جبراً أو غلظة	كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك إذ لم ترع حق أبوتي	فعلت كما الجار المجاور يفعل
تراه معدداً للخلاف كأنه	برد على أهل الصواب موكل اه

(فرع) ويجب على الولد نفقة الأم . وقال مالك لا يجب . دليلنا ما ذكرناه من القرآن والسنة آنفاً . وما روي أنه أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله من أبر ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أمك ، إلى أن قال في الرابعة ثم أباك . ومن البر أن تنفق عليها . ولأنها تعتق عليه إذا ملكها ، ولا يجب عليها القصاص بجنائيتها عليه ، ولا تقبل شهادته لها . فوجبت لها النفقة عليه كالأب ، ويجب على الولد نفقة الاجداد والجدات وإن علوا من قبل الاب والام . وبهذا قال أحمد والثوري وأصحاب الرأي

(١) ذلك أن أبا القاسم الطبراني قد رواها بإسناد فيه نظر . وقد روى هذه الآيات أبو تمام في ديوان الحماسة عزاها لأمية بن أبي الصلت في ابنه . وقال بعضهم هي لغيره . وقال أبو رياش هي لأبي العباس الاعشى ، وقال التبريزي : وتروى لابن عبد الأعلى — قال أبو هلال « أوردها أبو عبيدة في أخبار الحقيقة والبررة » .

وقال مالك : لا تجب النفقة عليهم ولا لهم ، لأن الجد ليس بأب حقيق .
 دليلنا أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجب النفقة كالأبوه .
 (فرع) نفقة القرابة تجب مع اتفاق الدين ومع اختلافه ، فإن كان أحدهما
 مسلماً والآخر كافراً لم يمنع ذلك من وجوب النفقة ، لأنه حق يتعلق بالولادة
 فوجب مع اتفاق الدين واختلافه كالعتق بالملك ، ولا تجب النفقة لغير الوالدين
 والمولودين من القرابة كالأخ وابن الإخ والعم وابن العم
 وقال أبو حنيفة تجب لسكل ذى رحم محرم ، فتجب عليه نفقة الإخ وأولاده
 والعم والعمة والحال والحالة ، ولا تجب عليه نفقة أولاد العم ولا أولاد الحال
 ولا أولاد الحالة .

وتفصيل قول أحد أنه تجب عليه نفقة كل من كان وارثاً كالأخ وابن الإخ
 والعم وابن العم ولا تجب عليه نفقة ابنة الإخ والعمة وابنة العم وابنة العم .
 وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه تجب عليه نفقة كل قريب معروف النسب منه
 ودليلنا حديث أبي هريرة فى الرجل الذى منه دينار وآخر حتى قال أنت أعلم ،
 ولم يأمره أن ينفق على أقاربه ، فدل على أنها لا تجب عليه نفقة - أقاربه ، فإن
 قيل فلم يذكر الولد ومع ذلك فنفقته واجبه . قلنا قد نص على نفقة الولد فنبه
 بذلك على نفقة الوالد ، لأنه أكد حرمة من أولاد ، ولأن من سوى الوالدين
 والمولودين من القرابة لا يلحق بهم فى الحرمة فلم يلحق بهم بوجوب نفقتهم ،
 ولأنها قرابة لا تستحق بها نفقة مع اختلاف الدين فلم يستحق بها نفقة مع
 اتفاق الدين كابن العم مع أبي حنيفة وكغير الوارث مع أحمد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجب نفقة القريب إلا على موسر أو مكتسب يفضل عن
 حاجته ما ينفق على قريبه ، وأما من لا يفضل عن نفقته شيء فلا تجب عليه
 لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا كان أحدكم
 فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن كان فضل فعلى عياله ، فإن كان فضل فعلى قرابته ، فإن لم
 يكن فضل غير ما ينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب ، لحديث جابر رضى الله

عنه ، ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض ، فقدمت على المواساة ،
ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه

(فصل) ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة ، فإن كان
موسراً لم يستحق لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة ،
وإن كان معسراً عاجزاً عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة
استحق النفقة على قريبه ؛ لأنه محتاج لعدم المال وعدم الكسب .
وإن كان قادراً على الكسب بالصحة والقوة — فإن كان من الوالدين — ففيه
قولان (أحدهما) يستحق لأنه محتاج فاستحق النفقة على القريب كالزمن .
(والثاني) لا يستحق لأن القوة كاليسار ، ولهذا سوى رسول الله صلى الله عليه
وسلم بينهما في تحريم الزكاة فقال : لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوی ،
وإن كان من المولودين ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين
ومنهم من قال لا يستحق قولاً واحداً لأن حرمة الوالد آكد فاستحق بها مع
القوة وحرمة الولد أضعف فلم يستحق بها مع القوة

(الشرح) حديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي بلفظ : أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء
فلاهلك ، فإن فضل عن أهلك شيء فلذی قرابتك ، فإن فضل عن ذی قرابتك
شيء فمكذأ وهكذا ،

أما حديث : لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوی ، فقد أخرجه النسائي
عن أبي هريرة في الزكاة عن هناد بن السري وابن ماجه فيه أيضاً عن محمد بن
الصباح ، وأخرجه أبو داود عن عباد بن موسى الخثلي في الزكاة من حديث عبد الله بن
عمرو والترمذي في الزكاة عن محمد بن بشار من حديث عبد الله بن عمرو أيضاً
وحسنه ، وذكر أن شعبة لم يرفعه ، وفي إسناده ريجان بن يزيد وثقه يحيى بن
معين . وقال أبو حاتم الرازي شيخ مجهول ، وقال بعضهم : لم يصح إسناد هذا
الحديث ، وإنما هو موقوف على عبد الله بن عمرو
وقال أبو داود : الأحاديث الأخر عن النبي صلى الله عليه وسلم بعضها لذي

مرة سوى ، وبعضها ، ولذى مرة قوى ، — أما اللغات : فالمره القوة والشدة .
قال تعالى ذو مرة فاستوى ، والسوى الصحيح الأعضاء . وأخرجه أحمد من
طريق أبي هريرة ومن طريق ابن عمر .

أما الاحكام فإنه لا يستحق القريب على قريبه حتى يكون المنفق منهما موسراً
بنفقة قريبه ، وهو أن يفضل عن قوت نفسه وقوت زوجته في يومه وليلته ،
لحديث جابر الذى ساقه المصنف . وإنما قدمت نفقة الزوجة على نفقة القريب ،
لأنها تجب لحاجته اليها ، ونفقة القريب مواساة ، فقدمت نفقتها عليه كما تقدم
نفسه ، ولأن نفقة الزوجة تجب بحكم المعاوضة فقدمت على نفقة القريب كما يقام
الدين ، فإن كان مكتسباً ما ينفق على نفسه وزوجته ويفضل عن قوت يومه
وليته لزمه أن ينفق على قرابته ، لأن الكسب فى الاتفاق يجرى بجرى الغنى .
ولهذا روى أن رجلين سألا النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيها من الصدقة ،
فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أعطيكما بعد أن أعلمكما أنه لا حظ فيها لغنى قوى
ولا لقوى مكتسب ، فجعل الاكتساب بمنزلة الغنى والمال . وان كان المنفق عقال
وجب بيعه للاتفاق على قريبه .

دلينا أن نفقة القريب تجب فيما فضل عن قوت المنفق فى يومه وليته ،
والعقال يفضل عن قوت يومه وليته فوجب بيعه للاتفاق على القريب كالأب .
ولا يستحق القريب النفقة على قريبه حتى يكون المنفق عليه معسراً غير قادر على
الكسب اصغر أو جنون أو زمانة أو كبر — فإن كان له مال يكفيه — لم تجب
نفقته على قريبه ، لأن ايجاب نفقة القريب على قريبه مواساة ، والغنى بماله
لا يستحق المواساة .

وإن كان له كسب وهو قادر على أن يكتسب ما يكفيه لم تجب له نفقة على
قريبه ، لأن الكسب فى باب الاتفاق يجرى بجرى الغنى بالمال .
وان كان صحيحاً إلا أنه غير مكتسب — فإن كان من الوالدين ففيه قولان :
أحدهما : تجب نفقته على الولد الموسر ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، لأنه محتاج
الى الاتفاق فأشبه الزم من . والثانى : لا تجب نفقته على الولد لأنه قادر على
الاكتساب فأشبهه المكتسب .

وإن كان الولد بانغاً صحيحاً محتاجاً غير مكسب ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كأول الدين . ومنهم من قال لا تجب نفقته قولاً واحداً ، لأن حرمة الوالد أكد فاستحق مع الصحة ، والولد أضعف حرمة فلا يستحق مع الصحة . هذا مذهبنا

وقال أبو حنيفة : إذا بلغت الابنة لم تسقط نفقتها حتى تزوج لأنه لا يمكنها الاكتساب فهي كالصغيرة . ودليلنا إن كان معنى أسقط نفقة الابن أسقط نفقة الابنة كاليسار ، وما ذكره فلا يصح لأنه يمكنها أن تعمل كاتبة أو حائكة أو عاملة في مصانع الدواء أو مدرسة أطفال أو ما إلى ذلك من أعمال مع التصون والتحشم وطلب الرزق الحلال ، وقد كانت المرأة على عهد أبي حنيفة تشتغل بالغزل وتبيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن كان للذي يستحق النفقة أب وجد أو جد وأبو جد وهما موسران ، كانت النفقة على الأقرب منهما ، لأنه أحق بالمواساة من الأبعد ، وإن كان له أب وابن موسران ففيه وجهان (أحدهما) أن النفقة على الأب لأن وجوب النفقة عليه منصوص عليه . وهو قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ووجوبها على الولد ثبت بالاجتهاد .

(والثاني) أنهما سواء لتساويهما في القرب والذكورية . وإن كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الأب لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) لجعل أجره الرضاغ على الأب . وروى عائشة رضي الله عنها ، أن هنداً أم معاوية جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سراً وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف ، ولأن الأب ساوى الام في الولادة وانفرد بالتصيب فقدم .

وإن كان له أم وجد أبو الأب وهما موسران فالنفقة على الجد لأن له ولادة وتعصياً فقدم على الأم كالأب ، وإن كانت له بنت وابن بنت ففيه قولان (أحدهما) أن النفقة على البنت لأنها أقرب (والثاني) أنها على ابن البنت لأنه أقوى وأقدر على النفقة بالذكورية ، وإن كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على ابن الابن ، لأن له ولادة وتعصياً ، فقدم كما قدم الجد على الأم . وإن كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت ، لأن للبنت تعصياً وليس للأم تعصياً ، وإن كان له أم وأم وأبو أم فهما سواء ، لأنها يتساويان في القرب وعدم التعصيب ، وإن كان له أم وأم وأم أب ففيه وجهان (أحدهما) أنهما سواء للتساويهما في الدرجة (والثاني) أن النفقة على أم الأب لأنها تدلى بالعصبة

(الشرح) حديث عائشة أن هنذاً بنت عتبة الخ أخرجته البخاري في النفقات عن محمد بن مقاتل وعن محمد بن يوسف ، وفي الأيمان والندور عن يحيى بن بكير وفي الأحكام عن محمد بن كثير ، وفي المظالم عن أبي اليمان ، وفي البيوع عن أبي نعيم وفي صحيح مسلم في الأحكام عن علي بن حجر وعن عبد بن حميد ، وفي الإقضية عن زهير بن حرب ، وأخرجه أبو داود في البيوع عن خشيش بن أصرم وعن أحمد بن يونس . وأخرجه النسائي في القضاء عن إسحاق بن إبراهيم وابن ماجه في التجارات عن أبي بكر وعلي بن محمد وأبي عمر الضمير

أما الأحكام فإن كان هناك قريب يستحق النفقة واجتمع قريبان موسران كانت نفقته عليهما أو على الأقرب منهما على ما سنوضحه ، فإن كان هالك ولد صغير فقير وله أبوان موسران كانت نفقته على الأب لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل أجره الرضاع على الأب ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لهنسأ امرأة أبي سفيان دخذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ، ولأنهما تساويا في الولادة وانزرد الأب بالتعصيب فقدم على الأم ، فإن اجتمع الأب والجد وهما موسران واجتمعت الأم وأما أو الأم وأم الأب وهما موسرتان قدم الأب على الجد ، وقدمت الأم على أمها وأم الأب لأنها أقرب .

وإن اجتمعت الام والجد أبو الأب وهما موسران كانت النفقة على الجد دون الام ، وبه قال أبو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة : ينفقان عليه على قدر ميراثهما ، فيكون على الام ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان . دليلنا أنه اجتمع عصابة مع ذات رحم ينفق كل واحد منهما على الانفراد ، فقدم العصابة كالأب إذا اجتمع مع الام ، فإن اجتمع الجد أبو الأب وإن علا مع الجد أبي الام وهما موسران وجبت النفقة على الجد أبي الاب ، لأن الجد يقدم على الام ، فلأن يقدم على أبي الام أولى . وإن اجتمعت أم الام وأبو الام وهما موسران كانت النفقة عليهما نصفين لانهما متساويان في الدرجة ولا مزية لأحدهما على الآخر في التعصيب فاستويا في الإنفاق . وإن اجتمعت أم الام وأم الاب وهما موسران ففيه وجهان (أحدهما) تجب النفقة عليهما نصفين وهو الاصح لانهما مستويتان في الدرجة ولا مزية لإحدهما على الاخرى بالتعصيب

(والثاني) تجب النفقة على أم الاب لانها تدلى بعصبه ، ولأن الاب لو اجتمع هو والام تقدم الاب في إيجاب النفقة فقدم من يدلى به على من يدلى بها . وهكذا الوجهان إذا اجتمعت أم الاب وأم وأبو الام ، فإن اجتمعت الام وأم الاب وهما موسران ، قال الشيخ أبو حامد - فإن قلنا - إن أم الام وأم الاب اذا اجتمعتا - تقدم أم الاب لانها تدلى بعصابة قدمت ههنا أم الاب على الام لانها كالعصابة ، وإن قلنا هناك : إنهما سواء ، قدمت الام على أم الاب لانها أقرب منها .

(فرع) وإن كان الرجل فقيراً زمناً وله أب وابن موسران ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تجب نفقته على الاب لان وجوب النفقة على الاب منصوص عليها في القرآن ، ووجوب النفقة على الابن مجتهد فيها

(والثاني) أن نفقته على الابن لانه أقوى تعصيباً من الاب

(والثالث) تجب نفقته عليهما لانهما متساويان بالدرجة منه والتعصيب . فإذا قلنا بهذا فهل تجب عليهما نصفين أو تعتبر بميراثهما منه ؟ فيه وجهان . قال الامرائي : الاصح أنها عليهما نصفان .

وان اجتمع ابن وجد فن أصحابنا من قال : دو كمالو اجتمع الابن والاب .
 ومنهم من قال تجب على الابن وجهاً واحداً لأنه أقرب ، وان كان فقيراً زمننا
 وله إبنان موسران وبنان موسرتان وجبت نفقته بينهما نصفين ، لأنه لا مزية
 لأحدهما على الآخر . وإن كان له ابن وابنة موسرة فقال الماوردي ، قال أصحابنا
 البغداديون تجب جميع النفقة على الابن ، لأنهما متساويان في الدرجة ، وللابن
 مزية بالتعصيب فقدم في وجوب النفقة عليه كالأب إذا اجتمع مع الأم . وقال
 الخراسانيون من أصحابنا تجب النفقة عليهما ؛ وكيف تجب عليهما ؟ فيه وجهان
 (أحدهما) قال المسعودي وهو الأصح تجب عليهما نصفين ، وبه قال أبو حنيفة
 (والثاني) تجب عليهما على قدر ميراثهما ، فيجب على الابن ثلثا النفقة وعلى الابنة
 ثلثها ، وبه قال أحمد

إذا ثبت هذا فذكر ابن الصباغ إذا كان له ابن ذكر وخنثى مشكل موسران
 فإن النفقة على الابن لأن الخنثى يجوز أن تكون أنثى فلا تجب عليه النفقة . فإن
 بان الخنثى رجلاً رجوع عليه ابن بنصف ما أنفق ، لأنه بان أنه كان مستحقاً عليه
 وهذا على طريقة أصحابنا لمطلبه داديين . فأما على طريقة الخراسانيين فكم يجب على
 الخنثى ؟ فيه وجهان

أحدهما النصف وهو الأصح ، فعلى هذا لا فرق بين أن يبين أنه رجل أو امرأة
 ولثاني . يجب عليه بمقدار ميراثه ، فعلى هذا يجب عليه الثلث وعلى الذكر النصف
 ويبقى سدس النفقة .

فإن قال أحدهما أدفع السدس لأرجع به على من بان أنه عليه : جاز . وان
 يدفعه أحدهما برضاه دفعاه بينهما نصفين ، فإذا بان حال الخنثى رجوع من بان أنه
 غير مستحق عليه بما دفع منه . قال ابن الصباغ ، وان كان له بنت وخنثى مشكل
 ففيه وجهان . أحدهما تجب النفقة على الخنثى لجواز أن يكون رجلاً ، فإذا أنفق
 ثم بان أنه رجل لم يرجع على أخته بشيء ، وان بان أنه أنثى رجعت على أختها
 بنصف ما أنفقت .

والثاني أن النفقة بينهما نصفان ، قال وهو الأقيس ، لأننا لا نعلم كونه رجلاً
 فإن بان أنه ذكر رجعت عليه البنت بما أنفقت ، وان بان أنه أنثى لم ترجع عليها

أختها بشيء . وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين . وأما على طريقة الخراسانيين
فعلی أصح أوجهين تجب النفقة عليهما نصفين ، ولا يرجع الخنثى بما أنفق على
أخته بشيء ، سواء بان رجلا أو امرأة ، وعلى الوجه الذي يقول يجب النفقة
عليهما على قدر ميراثهما يجب على كل منهما ثلث النفقة ويبقى الثلث ، فإن اختار
أحدهما أن ينفقه ليرجع به على من بان عليه جاز ، وإن لم يختار أحدهما دفعه دفعاه
بينهما ، فيدفع كل منهما نصف النفقة ، فإن بان الخنثى امرأة لم ترجع لإحدهما على
الأخرى بشيء ، وإن بان رجلا رجعت عليه المرأة بثلث ما دفعت

(فرع) وإن كان له ثلاثة أولاد : ذكر وخنثيان ، فعلى طريقة أصحابنا
البغداديين تجب النفقة على الذكر ، فإن بان الخنثيان امرأتين لم يرجع عليهما
بشيء وإن بانا رجلين رجع على كل واحد منهما بثلث ما أنفق ، وإن بان أحدهما
رجلا والآخر امرأة رجع على الرجل بنصف ما أنفق ، وعلى طريقة الخراسانيين
تجب النفقة على الجميع ، وكيب تجب عليه ؟ فيه وجهان

أحدهما - وهو الأصح عندهم - تجب بينهم بالسوية ، فعلى هذا لا تراجع
بينهم بحال . والثاني تجب بينهم على قدر موارثهم ، فعلى هذا يجب على الرجل
ثلث النفقة ، وعلى كل واحد من الخنثيين خمس النفقة لأن ذلك هو الباقين .

قال القاضي أبو الفتوح من أصحابنا ونقله صاحب البيان : ويبقى من النفقة
ربهما تفرس عليهم ، قال وهذا غلط بل تبقى من النفقة أربعة أسهم من خمسة
عشر سهما . فإن قال أحدهم : أدفعها على أن أرجع بها على من بان عليه عنده
ودفعها ، كان له الرجوع على من بان عليه ؛ وإن لم يرض أحدهم بدفعها قسمت
عليهم أثلاثا فتقسم النفقة على خمسة وأربعين سهما فيدفع الذكر منها سبعة عشر
سهما ويدفع كل خنثى ثلاثة عشر سهما ، فإن بان امرأتين رجعا على الذكر بتام
النصف ، فترجع عليه كل واحدة منهما بسهم وثلاثة أرباع سهم مما دفعت ، وإن
بان رجلا رجعت عليه كل واحدة منهما بسهمين وهو تمام الثلث . وإن بان
أحدهما ذكرا والآخر امرأة رجعت المرأة على الذي بان رجلا بأربعة أسهم
ورجع الذكر عليه بسهم

(فرع) فإن كان لرجل بنت وولدان خنثيان مشكلان فعلى طريقة أصحابنا البغداديين في النفقة وجهان .

(أحدهما) أن جميع النفقة على الخنثيين ، فإن بانا رجلين فلا رجوع لهما وإن بانا امرأتين رجعتا كل واحدة منهما على أختها التي لم تنفق معها تلك ما أنفقت . وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت التي بانت امرأة على الذي بان رجلا بجميع ما أنفقت

والوجه الثاني : أن النفقة تجب عليهم أثلاثا - فإن بانا امرأتين فلا تراجع وإن بانا رجلين رجعت البنت بما أنفقت عليهما نصفين ، وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت المرأتان على الذي بان رجلا بجميع ما أنفقاها . وعلى طريقة الخراسانيين يقول العمراني في البيان والماوردي في الحاوي وابن الصباغ في الشامل يكون في النفقة أيضا وجهان . أحدهما - وهو الأصح عندهم - أن النفقة تجب على الجميع بالسوية ، فعلى هذا لا تراجع بينهم بحال (والثاني) تجب بينهم على قدر مواريتهم ، فعلى هذا تجب على البنت خمس النفقة وهي أربعة من عشرين ، وعلى كل واحد من الخنثيين ربع النفقة وهو خمسة من عشرين ، لأن هذا هو اليقين وتبقى ستة أسهم إن دفعها أحدهم ليرجع بها على من بانت عنده جاز والاقسمت عليهم أثلاثا ، فإن بانا امرأتين رجعت كل واحدة من الخنثيين على البنت بثلاث سهم . وإن بانا رجلين رجعت البنت على كل واحد منهما بسهم وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت البنت الأصلية عليه بسهم ورجعت عليه البنت الخنثى بسهمين ، والمشهور طريقة البغداديين

(فرع) وإن كان له بنت وابن بنت موسران فحكى الشيخ المصنف هنا أن فيه قولين ، وحكماهما ابن الصباغ عن القاضي أبي حامد وجهين (أحدهما) تجب النفقة على البنت لأنهما يستويان في عدم التصيب والبنت أقرب فكانت أولى بالأبحاج عليهما .

(والثاني) تجب على ابن البنت لأنه أقدر على النفقة بالذكورية ، وإن كان له بنت ابن بنت ففيه ثلاثة أوجه حكاهما ابن الصباغ (أحدها) تجب النفقة على بنت الابن لأنها تدلى بعصه وقد تكون عصه مع أختها

(والثاني) تجب النفقة على ابن البنت لأنه أقوى على النفقة بالذكورية
 (والثالث) تجب النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويان في الدرجة وعدم
 التعصيب . وإن كان له أم وبنت موسرتان كانت النفقة عليهما بالسوية لأنهما
 متساويان في الدرجة وعدم التعصيب ، وإن كان له أم وبنت موسرتان كانت
 النفقة على البنت . وقال أبو حنيفة وأحمد : يكون على الأم ربع النفقة
 والباقي على البنت .

(فرع) . وإن كان له قريبان موسران أحدهما أبعد من الآخر فحضر الأبعد
 وغاب الأقرب — قال المسعودي — وجب على الحاضر أن ينفق ، فإذا حضر
 الأقرب فهل يرجع عليه بما أنفق ؟ فيه وجهان الأصح له أن يرجع عليه ، وهذا
 إذا لم يوجد للغائب مال ينفق عليه منه . وإن كان له مال حاضر أنفق عليه منه ،
 وإن لم يكن له مال — وأمكن أن يقترض الحاكم عليه من بيت المال أو من
 إنسان — اقترض عليه ووجب عليه القضاء إذا حضر ، وإن لم يمكن كان على
 الحاضر أن ينفق ، فإن بان أن الغائب كان مسرأ أو ميتاً وقت النفقة لم يرجع
 عليه بشيء بل تكون نفقته على الحاضر . وهكذا إن كان له ابان موسران
 فحضر أحدهما وغاب الآخر كان على الحاضر نصف النفقة ، فإن كان للغائب
 مال أنفق منه نصف النفقة ، وإن لم يكن له مال وأمكن أن يقترض عليه من
 بيت المال أو من إنسان اقترض عليه الحاكم . وإن لم يكن ذلك قال ابن الصباغ
 لزم الحاضر أن يقترض لأن نفقته عليه إذا انفرد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) . وإن كان الذي تجب عليه النفقة يتعذر على نفقة قريب واحد
 وله أب وأم يستحقان النفقة فنيبه ثلاثة أوجه
 (أحدها) أن الأم أحق لما روى أن رجلاً قال يا رسول الله من أبر ؟ قال
 أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أبك ،
 ولأنها تساوي الأب في الولادة وتتفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية .
 (والثاني) أن الأب أحق لأنه يساويها في الولادة وينفرد بالتعصيب .

ولأنهما لو كانا موسرين والابن ممسراً قدم الأب في وجوب النفقة عليهما
فقدم في النفقة له .

(والثالث) أنهما سواء ، لأن النفقة بالقرابة لا بالتعصيب ، وهما في القرابة
سواء ، وإن كان له أب وابن ففيه وجهان ، أحدهما أن الابن أحق لأن نفقته
ثبتت بنص الكتاب . والثاني أن الأب أحق لأن حرمة آكد ، ولهذا لا يقاد
بالابن ويقاد به الابن ، وإن كان له ابن وابن ابن أو أب وجد ، ففيه وجهان
(أحدهما) أن الابن أحق من ابن الابن والأب أحق من الجد لأنهما أقرب ،
ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على أقربهما ، فكذلك في نفقته
عليهما (والثاني) أنهما سواء لأن النفقة بالقرابة ، ولهذا لا يسقط أحدهما
بالآخر إذا قدر على نفقتهما .

(فصل) ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية
لأنها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية ، وإن احتاج إلى من يخدمه وجبت نفقته
خادمه ، وإن كانت له زوجة وجبت نفقته زوجته ، لأن ذلك من تمام الكفاية
وإن مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الأقارب لم يصر ديناً عليه ،
لأنها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجة ، وقد زالت الحاجة لما
مضى فسقطت .

(الشرح) الحديث أخرجه أحمد والبخاري ومسلم من حديث أبي هريرة
رضي الله عنه بلفظ قال رجل : يا رسول الله أي الناس أحق مني بحسن الصحبة؟
قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال
أبوك ، ولمسلم في روايه من أبر؟ قال أمك ، وأخرجه أحمد وأبو داود والترمذي
عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : قلت : يا رسول الله من أبر؟ قال أمك
قال قلت ثم من ؟ قال أمك ، قال قلت يا رسول الله ثم من ؟ قال أمك ؛ قال قلت
ثم من ؟ قال أباك ثم الأقرب فالأقرب ، وأخرجه أيضا الحاكم وحسنه أبو داود
عن بهز بن أبان ، ويتخذ علي المصنف قوله لما روى ، لما لم يسم فاعله وهي صبغة

التمريض التي أخذها عليه النووي وأخذناها عليه اتباعاً للنووي في غير ما موضع من المجموع ، لأن الحديث متفق عليه ولا يسوغ التعبير عنه بروى أما الأحكام فإن كان من تجب عليه النفقة له قريبان معسران فإن فضل عن قوت يومه وليلته وما يكفيهما لزمه أن ينفق عليهما ، وإن لم يفضل عن قوته إلا ما يكفي أحدهما بأن كان له أبوان معسران ولا يجد إلا نفقة أحدهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تقدم لإمام الحديث أبي هريرة وبهز بن حكيم الذي ساقه المصنف في الفصل وقد كرر الام ثلاثاً وقال في الرابعة أباك ، ولأن الام عورة ليس لها بطش والاب ليس بعورة فكان تقديم الام أولى

(والثاني) أن الاب يقدم لانهما متساويان في الولاده وانفرد الاب بالتعصيب فكان أولى ، كما لو تقدم بدرجة ، ولانهما لو كانا موسرين وهو معسر لكانت نفقته على الاب فوجب أن يقدم الاب في وجوب تقديم نفقته ، كما يقدم في وجوب نفقة الابن عليه

(والثالث) انها سواء فيقسط ذلك بينهما لاسوائهما في الولاده والإدلاء (فرع) وإن كان له أب وابن معسران ولا يقدر هلى نفقة أحدهما ، فاختلف أصحابنا ، فقال الشيخ أبو حامد : إن كان الابن طفلاً فهو أولى بالتقديم لانه ناقص الحلقة والأحكام ، والاب إما أن يكون زماً أو مجنوناً فيكون ناقص الحلقة أو ناقص الأحكام دون الحلقة ، فإن تساوبا بأن يكون الابن بالغاً زماً فيكون ناقص الحلقة دون الأحكام أو مراهما صحيحاً فيكون ناقص الحلقة والاب زمن أو مجنون ففيه وجهان

(أحدهما) أن الابن أحق بالتقديم ، لأن وجوب نفقة الابن ثبت بنص القرآن ، ووجوب نفقة الاب على الابن مجتهد فيه

(والثاني) أن الاب مقدم لأن حرمة أكد من حرمة الابن ، بدليل أن الاب لا يقاد من ابنه والابن يقاد بالاب ، قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان من غير تفصيل . أحدهما الابن أولاً . والثاني الاب أولاً . وذكر العمراني وجهها ثالثاً انها سواء فقسّم بينهما لاسوائهما في الدرجة

(فرع) وان كان له أب وجد معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما ففيه وجهان

(أحدهما) يقدم الأب لأنه أقرب ، ولأنه يقدم في وجوب النفقة عليه
فقدم في وجوب النفقة له

(والثاني) أنهما سواء فيقسم بينهما لأن الأب لا يمنع وجوب نفقة الجد
وضاق ما في يد الجد عن نفقتها فيقسم ما بينهما كالذنين ، وهكذا إذا اجتمع ابن
وابن ابن أو أم وأم ولم يقر إلا على نفقة أحدهما فدل وجهين

(مسألة) قوله : ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة الخ — فجملة ذلك أنه إذا
وجبت عليه نفقة القريب فإنها تجب غير مقدره ، بل يجب له ما يكفيه لأنها تجب
للحاجة فتقدرت بالكفاية ، وإن احتاج القريب إلى من يخدمه وجبت عليه نفقة
خادمه ، وإن كانت له زوجة وجبت عليه نفقتها ، لأن ذلك من تمام الكفاية .
ويجب عليه الكسوة لأن كل من وجبت عليه نفقة شخص وجبت عليه كسوته
كالزوجة ، وإن احتاج إلى مسكن وجب عليه سكناه لأن عليه كفايته ، وذلك من
كفايته ، وإن مضت مدة ولم ينفق فيها على قريبه سقطت بمضى الزمان لأنها تجب
للحاجة وقد زالت الحاجة .

(فرع) وإن وجبت عليه نفقة زوجته أو قريبه فامتنع من إخراجها أو هرب
فإن الحاكم ينظر في ماله — فإن كان فيه من جنس النفقة — دفع النفقة منه .
وإن كان من غير جنس النفقة — فإن كانت كالدراهم والدنانير اشترى منها الحاكم
الطعام والادام وصرفه إلى من وجبت نفقته ، وإن وجد له متاعا باعه عليه .
وقال أبو حنيفة : لا يباع عليه المتاع والعقار إلا في موضع واحد ، وهو إذا جاء
الرجل إلى الحاكم وقال : إن لفلان الغائب عندي سلعة أو عقار أو هذه زوجته لم
ينفق عليها — فإن الحاكم يبيع عليه السلعة والعقار وينفق على زوجته
من ثمن ذلك .

دلينا أن ما جاز يبيع الناض فيه بغير إذن من عليه الحق جاز يبيع المتاع
والعقار فيه بغير إذنه كنفقة الزوجه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان له أب فقيراً مجنوناً أو فقيراً زماً ، واحتاج إلى

الاعفاف وجب على الولد إعفائه على المنصوص ، وخرج أبو علي بن خيران
قولا آخر أنه لا يجب لأنه قريب يستحق النفقة ، فلا يستحق الاعفاف كالابن
والمذهب الاول ، لأنه معنى يحتاج الاب اليه ويلحقه الضرر بفقده ، فوجب
كالنفقة ، وإن كان صحيحاً قويا وقائماً فإنه تجب نفقته وجب إعفائه وإن قلنا
لا تجب نفقته ففي إعفائه وجهان

(أحدهما) لا يجب ، لأنه لا تجب نفقته فلا يجب إعفائه

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه يجب إعفائه ، لأن نفقته ان لم تجب
على القريب أنفق عليه من بيت المال ، والاعفاف لا يجب في بيت المال فوجب
على القريب . ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين
أن يسره بجارية ، ولا يجوز أن يزوجه بأمة لأنه بالإعفاف يستغنى عن تكاح
الأمة ، ولا يعفه بعجوز ولا بصبية ، لأن الأصل من العفة هو الاستمتاع ،
ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا الصبيحة ، فإن زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم
استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ، ولا رد الجارية ، لأن ما استحق للحاجة لم يجب
رده بزوال الحاجة ، كما لو قبض نفقة يوم ثم أسر

وإن أعفه بحرة فطلتها أو سراه بجارية فأعتقها لم يجب عليه بدلها ، لأن ذلك
مواساة لدفع الضرر ، فلو أوجبا البدل خرج من حد المواساة وأدى الى الضرر
والضرر لا يزال بالضرر . وإن مات عنده فقيه وجهان (أحدهما) لا يجب
البدل لأنه يخرج عن حد المواساة (والثاني) يجب لأنه زال ملكه عنها بغير
تفريط فوجب بدله ، كما لو دفع اليه نفقة يوم فسرت منه

(فصل) وإن احتاج الولد الى الرضاع وجب على القريب ارضاعه ، لأن
الرضاع في حق الصغير كالنفقة في حق التكبير ، ولا يجب الا في حولين كاملين ،
لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة »
فإن كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر .

وقال أبو ثور : تجبر لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين
لمن أراد أن يتم الرضاعة » وهذا خطأ لأنها إذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود
الاب لم تجبر على الرضاع ، وإن أرادت ارضاعه كره للزوج منعها ، لأن لبنها

أوفق له ، وان أراد منعها منه كان له ذلك ، لأنه يستحق الاستمتاع بها في كل وقت الا في وقت العادة ، فلا يجوز لها نفويته عليه بالرضاع وان رضيا يارضاه فهل تلزمه زيادة على نفقتها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تلزمه ، وهو قول أبي سعيد وأبي اسحاق ، لأنها تحتاج في حال الرضاع الى أكثر مما تحتاج في غيره

(والثاني) لا تلزمه الزيادة على نفقتها في النفقة ، لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها ، كما لا تجب الزيادة في نفقة الاكولة لحاجتها ، وان أرادت ارضاعه بأجرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز ، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفريابي رحمه الله عليه ، لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج بيدل وهو النفقة ، فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر (والثاني) أنه يجوز ، لأنه عمل يجوز أخذ الاجرة عليه بعد البيئونة ، فجاز أخذ الاجرة عليه قبل البيئونة كالنسخ وان بانت لم يملك اجارها على ارضاعه كما لا يملك قبل البيئونة ، فان طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للأب من يرضع بدون الاجرة كانت الام أحق به ، لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، وان طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انزاعه منها . وتسليمه الى غيرها لقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى » ، ولأن ما يوجد بأكثر من عوض المثل كالمعدوم ، ولهذا لو وجد الماء بأكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم في الانتقال الى التيمم فكذلك هنا . وان طلبت أجرة المثل وللأب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل ، ففيه قولان :

أحدهما : أن الام أحق بأجرة المثل ، لان الرضاع لحق الولد ، ولان لبن الام أصلح له وأنفع ، وقد رضيت بعوض المثل فكان أحق
والثاني : أن الاب أحق ، لان الرضاع في حق الصغير كالنفقة في حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفخته لم يستحق على الاب النفقة ، فكذلك اذا وجد من يتبرع يارضاه لم تستحق على الاب أجرة الرضاع ، وان ادعت المرأة أن الاب لا يجد غيرها فالقول قول الاب ؛ لانها تدعى استحقات أجرة المثل والاصل عدمه .

(الشرح) الأحكام : إذا وجدت على الولد نفقة الأب والجد قبل الأب أو من قبل الأم واحتاج الأب أو الجد إلى الاعفاف بزوجة وجب على الولد أن يعفه بذلك إذا قدر على ذلك .

قال ابن خيران : وفيها قول آخر أنه لا يجب عليه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه قريب فلم يستحق الاعفاف كالإبن ، والاول أصح لأنه معنى يحتاج إليه ، ويستضر بفقده فلزمه كالنفقة والكسوة ، ويخالف الابن فإن الأب أكد حرمة منه فوجب له ما لا يجب له ، وإن كان الوالد معسراً صحيحاً غير مكنتسب — فإن قلنا يجب نفقته على الولد — وجب عليه إعفاهه ، وإن قلنا لا تجب نفقته عليه ففي إعفاهه وجهان .

(أحدهما) لا يجب عليه إعفاهه لأنه لا يجب عليه نفقته فلم يجب عليه إعفاهه كالموسر .

(والثاني) يجب عليه إعفاهه لأن نفقته يمكن إيجابها في بيت المال بخلاف الاعفاف ، وإذا وجب على الولد الاعفاف فهو بالخيار بين أن يملكه جارية يحمل له وطؤها أو يدفع إليه مالا يشتري به جارية أو يشتريها له بإذنه ، وفي عصرنا هذا لم يبق إلا وجه واحد وهو أن يدفع إليه مالا ليتزوج به أو يتزوج له بإذنه ، ولا يجوز أن يزوجه أمة لأنه صار مستثنياً به ، ولا يعفه بتبليحة ولا بعجز لا استمتاع بها ، لأنه لا يحصل المقصود بذلك ، فإن ملكه جارية أو دفع إليه مالا فتزوج به امرأة ثم أيسر الأب لم يلزمه رد ذلك ، لأنه قبض ذلك وهو يستحقه ، فإن طلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يلزم الولد أن يعفه ثانياً ، لأنه فوت ذلك على نفسه ، وإن ماتت الزوجة أو الأمة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه اعفاهه ثانياً ، لأنه إنما يجب عليه اعفاهه مرة وقد فعل

(والثاني) يلزمه وهو الأصح لأنه لا يصنع له في تفويت ذلك

(مسألة) قوله : وإن احتاج الولد إلى الرضاع الخ ، جملة ذلك أنها إذا ولدت ولداً وجب عليها أن تسميه للبا حتى يروى ، لأنه لا يعيش إلا بذلك ، فإن كان للطفل مال وجبت أجره رضاعه في ماله كما تجب نفقته إذا كان كبيراً في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت أجره ارضاعه على من تجب عليه نفقته أو كان كبيراً لقواه تعالى

« فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، ولا يجب أرضاعه الا في حولين ، لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وان كان الولد من زوجته والاب ممن يجب عليه نفقته لم تجبر الام على أرضاعه وبه قال أبو حنيفة واحمد .

وقال أبو ثور : تجبر على أرضاعه ، وعن مالك روايتان احدهما كقول أبي ثور ، والثانية وهي المشهورة عنه ان كانت شريفة لم تجبر على أرضاعه وان كانت دنية أجبرت على أرضاعه .

دليلنا قوله تعالى « فان تعاسرتهم فسترضع له أخرى ، واذا امتنعت فقد تعاسرت ، ولانها لا تجبر على نفقة الولد مع وجود الاب فكذلك الرضاع . اذا ثبت هذا — فان تطوعت بإرضاعه — فالاولى للأب ألا يمنعها من ذلك ، لان الرضاع حق للولد ، والام أشفق عليه ، ولينها أصلح له ، وهل يلزمه أن يزيدا على نفقتها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه لان نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج ، فلو قلنا يجب عليه الزيادة لاجل الرضاع لمكانت نفقتها مقدرة بحالها فلم يلزمه ذلك ، كما لو كانت رغبة في الاكل فانه لا يلزمه الزيادة في نفقتها

(والثاني) يلزمه الزيادة على نفقتها — وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي اسحاق المروزي لقوله تعالى « وعلى الموالد له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، نخص حال الولادة بذكر ايجاب النفقة ولا فائدة بذكر وجوبها في الولادة الا وجوب الزيادة ، ولان العادة جرت أن المرضعة تحتاج من الطعام أكثر من غيرها فعلى هذا يبحث الحاكم في قدر الزيادة على ما يراه

وان استأجر امرأته على الرضاع فهل يصح عقد الإجارة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ، وبه قال أحمد ، لان كل عقد صح أن يعقده الزوج مع غير الزوجة صح أن يعقده مع الزوجة كالبيع

(والثاني) لا يصح وهو المشهور ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره ، وكذلك لو استأجرها لخدمة نفسه ، لان الزوج يملك الاستمتاع بها في جميع الاوقات الا في الاوقات المستحقة للعبادات . واذا أجرت نفسها لم تتمكن

من إيفاء حقه إلا بتعطيل حقه من الاستمتاع فلم يصح ، كما لو أجر العبد نفسه
 من سيده ، فإذا قلا بهذا واستأجرها على إرضاعه بموضع فأرضعته ، فهل تستحق
 أجره المثل ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ
 (أحدهما) لا تستحق ذلك لأنها لو استحققت أجره في ذلك لجاز لها عقد
 الإجارة لذلك .

(والثاني) تستحق أجره المثل ، لأن هذه منفعة لا يجب عليها بذلها ، فإذا
 بذلتها بعوض ولم يحصل لها العوض وجب لها عوض المثل كسائر منافعها
 (فرع) وإن أبان الرجل امرأته وله منها ولد يرضع لم يملك إجبارها على
 إرضاعه لأنه إذا لم يملك إجبارها على إرضاعه حال الزوجية لم يملك إجبارها
 بعد الزوجية ، فإن تطوعت بإرضاعه لم يجز للأب انتزاعه منها ، لأنه لا حق
 له في استمتاعها ، وإن استأجرها على إرضاعه صح ذلك لقوله تعالى : فإن أرضعن
 لكم فآتوهن أجورهن ، ولأنه لا يملك الاستمتاع بها بخلاف ما لو استأجرها
 في حال الزوجية ، فإن طلبت منه أجره المثل ولا يجد الأب من يرضعه بغير
 أجره أو بدون أجره المثل وجب عليه بذل ذلك لها ، ولم يجز له انتزاعه منها
 لأن الإرضاع حق للولد ، وابن الأم أنفع له من ابن غيرها ، وإن طلبت منه
 أكثر من أجره المثل كان له انتزاعه منها لقوله تعالى : وإن تعاسرتم فمترضع
 له أخرى ، وإذا طلبت منه أكثر من أجره المثل فقدت تعاسرت . وإن طلبت
 أجره المثل ووجد الأب من يرضعه بدون أجره المثل أو من يرضعه بغير أجره
 فاختلف أصحابنا ، فمنهم من قال فيه قولان

(أحدهما) أن الأم أحق برضاها بأجره المثل لقوله تعالى : فإن أرضعنكم
 فآتوهن أجورهن ، ولم يفرق ، ولأنه روى في الحديث : الأم أحق بكفالة ولدها
 ما لم تزوج ، ولأن الرضاع حق للولد وابن الأم أنفع له وأصلح فكانت أولى
 (والثاني) أن للأب أن ينتزعه لقوله تعالى : فإن تعاسرتم فمترضع له أخرى ،
 والتعاسر هو الشدة والتضايق

قال القرطبي : « وإن تعاسرتم » أي في أجره الرضاع فأبى الزوج أن يعطى
 الأم رضاعها وأبى الأم أن ترضعه فليس له إكراهها ، وليست أجره مرضعة غير

أمه . وقيل معناه وان تضايقتم وتشا كستم فليسترضع لولده غيرها ، وهو خير في معنى الأمر .

وقال الضحاك : ان أبت الام أن ترضع استأجر لولده أخرى ، فان لم يقبل أجبرت أمه على الرضاع بالأجر .

وذكر اختلاف الفقهاء على ثلاثة أقوال : فأورد قول علمائهم من المالكية أن رضاع الولد على الزوجة ما دامت الزوجية — الا لشرفها وموضعها — فعلى الاب أن رضاعه يومئذ في ماله . والثاني قال أبو حنيفة : لا يجب على الام بحال الثالث : يجب عليها في كل حال اهـ

قال القاضي العمراني من أصحابنا : واذا وجد الرجل من يرضعه بدون أجره المثل أو بغير أجره وطلب الام أجره المثل فقد تعاسرت فمكأن له نزعها منها ، ولأن نفقة ارضاع الطفل كنفقة المراهق ، ولو وجد من يتطوع بالإلتحاق على المراهق لم يجب على الأب نفقته ، فكذلك اذا وجد من يتطوع بارضاع الطفل لا يجب عليه أجره المثل .

وقال أبو إسحاق المروزي : للأب انتزاعه قولا واحداً ، والقول الآخر لا يعرف في شيء من كتب الشافعي . وقال أبو حنيفة : للأب انتزاعه ولكن لا يسقط حق الأم من الحضانة ، فتأتي المرضعة وترضعه عند الأم . دليلنا أن الحضانة تابعة للرضاع ، فاذا سقط حقها من الرضاع سقط حقها من الحضانه . اذا ثبت هذا فان ادعى الاب أنه يجد من يرضعه بغير أجره أو بدون أجره المثل — وقلنا له انتزاعه ، فان صدقته الام أنه يجد ذلك كان له انتزاعه منها ، وان كذبتة فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حمل انتزاعه من يد الأم وسلم الى المرضعة ولا يمنع الام من زيارته لقوله صلى الله عليه وسلم « لا توله والدته بولدها »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب على المولى نفقة عبده وأمه وكسوتهما لما روى أبو هريرة رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : للمملوك طعامه وكسوته ولا يكاف من العمل الا ما يطيق ، ويجب عليه نفقته من قوت البلد لأنه هو المتعارف

فإن تولى طعامه استحجب أن يطعمه منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم : إذا جاء أحدكم خادمه بطعام فليجلسه معه ، فإن لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين ، فإنه تولى علاجه وحره ، فإن كانت له جارية للسرى استحجب أن تكون كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة ، لأن العرف أن تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة .

(فصل) ولا يكلف عبده وأمته من الخدمة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم : ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية إلا ما فضل عن ولدها ، لأن في ذلك إضراراً بولدها ، وإن كان لعبده زوجة أذن له في الاستمتاع بالليل ، لأن إذنه بالنكاح يتضمن الإذن في الاستمتاع بالليل ، وإن مرض العبد أو الأمة أو عمياً أو زماً لزمه نفقتهما ، لأن نفقتهما بالملك ، ولهذا تجب مع الصنرفوجيت مع العمن والزمانة ، ولا يجوز أن يجبر عبده على المخارجه لأنه معارضة فلم يملك إجباره عليها كالكتابة . وإن طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر إذا طلب الكتابة ، فإن اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حججه أبو طيبة فأعطاه أجره ، وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه ، وإن لم يمكن له كسب لم يجز لأنه لا يقدر على أن يدفع اليه من جهة تحمل فلم يجز .

(الشرح) حديث أبي هريرة الأول أخرجه أحمد في المسند ومسلم في العتق عن حجاج ، وفي الأئطعمة عن حفص بن عمر ، وقال : ولا يكلف من العمل ما لا يطيق ،

وحديث أبي هريرة الثاني أخرجه البخارى ومسلم في النذور والأئطعمة وأبو داود في الأئطعمة عن عبد الله بن مسلمة النعني ، وكذا أخرجه أحمد في مسنده وبقية أصحاب السنن بلفظ : إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه — فإن لم يجلسه معه — فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين ، فإنه ولي حره وعلاجه . وحديث أبي طيبة الحجام واسمه دينار وهو مولى بني حارثة ، وحديثه هذا أخرجه البخارى في الإيوع عن عبد الله بن يوسف ، وفي الإجارة عن محمد بن

يوسف وعن آدم ، وفي الطب عن محمد بن مقاتل ، وأخرجه مسلم في البيوع عن أحمد بن الحسن وعن يحيى بن أيوب وقتيبة وعلى بن حجر ، وعن محمد بن يحيى بن أبي عمر وأخرجه أبو داود في البيوع عن القمبي ، وأخرجه الترمذي عن علي بن حجر والطبراني في الجامع عن حميد الطويل

أما اللغات فقوله « إذا أتى أحدكم خادمه ، بنصب أخدمك على المفعولية ونصب خادمه على الفاعلية ، والخادم يطلق على الذكر والاشئ والحر والمملوك . وقوله « علاجه ، أي مزاولته لما امتعضى من أموره ، ويقال لجبال الرمل علاج ، والحر جمع الحرّة وهو الأرض ذات الحجارة النخرة السرداء ، وهي أثر من آثار البراكين ، وهو كناية عن تحمله أموره الشاقة في أبلغ تعبير لأنه يعالج له إعداد الطعام ويعالجه له ويتحمل حرارة النار في إفضاء به

أما الأحكام فانه يجب على المرء نفقة خادمه وكسوته لحديث أبي هريرة في الرجل الذي قال معى دينار ، قال انفقته على نفسك ، قال معى آخر ، قال انفقته على ولدك ، قال معى آخر ، قال انفقته على أهلك ، قال معى آخر ، قال انفقته على خادمك . ولحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق ، وهو اجماع لا خلاف فيه فان كان الخادم غير مكنتب ، بأن كان صغيراً أو مريضاً أو كبيراً أو زماً فنفقته على سيده .

ويجب أن يكون طعامه من قوت أهل البلد لقوله صلى الله عليه وسلم « أظعموهم بما تأكلون وألبسوهم بما تلبسون »

وإن كان الخادم يندم الطعام لسيده أو يلى إعداده واصلاحه ، فيستحب للسيد أن يجلسه معه ويطعمه منه لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « فليجلسه معه أو يطعمه منه لقمة أو لقمتين ، ولأن الانسان اذا تولى طعاماً اشتهى أن يأكل منه فاستحب أن يطعم منه كما يستحب لمن قسم الميراث أن يرزق من حضر القسمة منها ، وأيهما أفضل ؟

(أحدهما) أن الأفضل أن يجلسه معه ليأكل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ به ، ولأنه اذا أكل معه أكل قدر كفايته ومنهم من قال : ليس أحدهما

أفضل من الآخر ، بل إن شاء أجلسه معه وإن شاء أطعمه ، لأن النبي (ص) خيره بين أن يجلسه معه وبين أن يغمس له لقمته أو لقمته في الأدم ، والاول أصح . هكذا أفاده أصحابنا في كتبهم ، وما بقي من الفصل فعلى وجهه ، وينبغي ألا يكلفه إلا ما يطبق الدوام عليه لا ما يطبق يوماً أو يومين أو ثلاثة ثم يعجز هكذا قال الشافعي في الام والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلمها لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «عذبت امرأة في هرة ، حبستها حتى ماتت جوعاً فدخلت فيها النار - فقليل لها والله أعلم - لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ، ولا أنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت جوعاً ، ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع أن يكلف العبد ما لا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ، ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن ولدها لأنه غذاء للولد فلا يجوز منعه

(فصل) وإن امتنع من الاتحاق على رقيقه أو على بهيمته أجزبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته ، وإن لم يكن له مال أكرى عليه إن أمكن اكراؤه ، فإن لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه في امرأته إذا عسر بنفسه ، والله أعلم

(الشرح) الحديث الاول أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي كريب في الحيوان من حديث أبي هريرة ، وأخرجه أيضاً في التوبة عن محمد بن رافع ، وعبد بن حميد من حديث أبي هريرة بلفظ المصنف مضى في الفصل قبله .
أما اللغات فقوله « من خشاش الأرض » أي من حشرات الأرض ومادته خش ، وخش في الشيء دخل فيه .

قال زهير : فخششت بها خلال الفدفد

وفي حديث عبد الله بن أنيس ، فخرج يمشي حتى خش فيهم ، ومنه يقال لما يدخل في أنف البعير خشاش ، وقال ابن شميل الخشاش حبة صغيرة سمراء أصغر

من الارقم . وقال أبو خيرة ، الخشاش حية بيضاء قلبا تؤذى ، وقال أبو عبيد
في حديثه أن امرأة ربطت هرة فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الارض ،
قال يعنى من هوام الارض وحشراتهما ودوابها وما أشبهها . قال فى النهاية فى
الحديث ، أى هوامها وحشراتهما الواحدة خشاشة ، وفى رواية من خشيشها .
وهى بمعناه ، ويروى بالخاء المهملة وهو يابس النبات ، وهو وهم . وقيل انما هو
خشيش بعجم الخاء المعجمة تصغير خشاش على الحذف وخشيش من غير حذف
ومنه حديث العصفور ، لم ينتفع بي ولم يدعنى أختش من الارض ، أى آكل
من خشاشها .

أما الاحكام فان من ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها سواء كانت مما تؤكل أو مما
لا تؤكل ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، اطلعنا فى النار ليلة أسرى
بى فرأيت امرأة فيها ، فسألت عنها فقيل انها ربطت هرة لم تطعمها ولم تسقها ،
ولم تدعها تأكل من خشاش الارض حتى ماتت فعذبها الله بذلك ، واطلعت فى
الجنة فرأيت امرأة مومسة (يعنى زانية) فسألت عنها فقيل انها مرت بك
يلهث من العطش فأرسلت ازارها فى بئر ثم عصرته فى حلقه فغفر الله لها بذلك ،
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان . وقال فى كل كبد
حرى أجر ،

فلو قلنا لا يجب الانفاق عليها أسقطنا حرمتها ، فان كانت فى المصر لزمه
الانفاق عليها ؛ وان كان فى الصحراء — فان كان بها من الكلاء ما يقوم بكفائها
فغلاها للرعى — لم يجب عليه العلف لانها تجترى على عادة أهل مصر ، لأن
صحاريها يقل فيها العلف .

وقال الخراسانيون : ان كانت البهيمة مشقوقة الشفة العليا فإنها تجترى
بالكلاء عن العلف ، وان كانت غير مشقوقة الشفة العليا فلا تجترى بالرعى ولا
بد من علفها ، وان لم يكن بها من الكلاء ما يقوم بها لزمه من العلف ما يقوم بها
فان لم يعلفها — فان كانت مما يؤكل — كان له أن يذبحها وله أن يبيعها ، وان كانت
مما لا يؤكل كان له بيعها — فان امتنع من ذلك أجبره السلطان على علفها أو بيعها
أو ذبحها ان كانت مما يؤكل ، ولولى الامر أن يخصص مراحا يعلفها فيه ويداوى

مرضها على نفقة صاحبها ، وله أن يخصص من البيطرة من ينزعون الدواب من أيدي المقصرين في حقها وردّها إليهم بعد شفائها عليهم أو أجبره على بيعها . وقال أبو حنيفة لا يجبره على ذلك بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر ودليلنا أنها نفقة واجبة فإذا امتنع منها أجبره ولي الأمر على أدائها كنفقة العبد وإن كان للبيمة ولد لم يجلب من لبنها إلا ما فضل من ولدها ، لأن لبنها غذاء للولد فلا يجوز منعه منه كما قلنا في الجارية . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الحضانة

إذا اقترق الزوجان ولهما ولد بالغ رشيد فله أن يتفرد عن أبويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة ، والمستحب أن لا يتفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما . وإن كانت جارية كره لها أن تتفرد ، لأنها إذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ، وإن كان لها ولد مجنون أو صغير لا يعيز ، وهو الذي له دون سبع سنين ، وجبت حضانتها ، لأنه إن ترك حضانتها ضاع وهلك (فصل) ولا تثبت الحضانة لرقيق لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ، ولا تثبت لمعتوه لأنه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق ، لأنه لا يوفي الحضانة حقها ، ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا تثبت للكافر على مسلم .

وقال أبو سعيد الاصطخري : تثبت للكافر على المسلم ؛ لما روى عبد الحميد ابن سلمة ^(١) عن أبيه أنه قال : أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام ، فاخصما

(١) هكذا بالمتن المطبوع ، والصواب عبد الحميد بن جعفر ، وهو ما اعتمدهنا في الشرح ، وقد وجدنا كثيراً من الفقهاء يتابعون أبا إسحاق في كونه ابن سلمة كالعمراني في البيان ، وهذا خطأ ، والصواب ما اعتمدهنا هنا . أما عبد الحميد بن سلمة الأنصاري فيقال هو ابن يزيد بن سلمة وهو مجهول المطبعي

إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا غلام اذهب إلى أيهما شئت ، إن شئت إلى أهلك ، وإن شئت إلى أمك ، فتوجهت إلى أمي ، فلما رآني النبي صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم أهده فقلت إلى أبي فقعدت في حجره ، والمذهب الأول ، لأن الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر ، لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر ، والحديث منسوخ ، لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبي المسلم إلى الكافر ، ولا حضانة للمرأة إذا تزوجت ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي ، ولأنها إذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة . فإن أعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق ، وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ، لأنها زالت لعل فعمادت بزوال العلة ، وإذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة

وقال المزني إن كان الطلاق رجعياً لم يعد لأن النكاح باق ، وهذا خطأ لأنه إنما سقط حقها بالنكاح لاستغالتها باستمتاع الزوج ، وبالطلاق الرجعي يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن ، فعمادت الحضانة

(فصل) ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الارحام وهم ابن البنت وابن الاخ والام وأبو الام والحال والعم من الام لأن الحضانة إنما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجد في ذوى الارحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والاناث ، لأنه إذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهن فلأن لا يثبت لمن يدلى بهم أولى

(الشرح) حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان ، وهو أبو الحكم الانصاري الاوسى . أخرجه أبو داود في الطلاق عن ابراهيم بن موسى الرازي والنسائي في الطلاق أيضا عن محمود بن غيلان . ورواه أحمد بلفظ قال أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبيهه ، وقال رافع ابنتي ، فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم أقعد ناحية ، وقال لها أقعدى ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعوها فالت إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم أهدها فالت إلى أبيها فأخذها ،

ووقعت هذه الصيغة في رواية عند أبي داود ، كما وردت بلفظ « لجاء بآب له صغير ، وأخرجه بلفظ الأثى النسائي وابن ماجه والدارقطني وفي إسناده اختلاف كثير وألفاظه مختلفة مضطربة ، وقد رجح ابن القطان رواية الإبن . وقال ابن المنذر : لا يثبت أهل النقل وفي إسناده مقال .

قلت : قد صححه الحاكم وذكر الدراقطني أن البنت المخيرة اسمها عميرة .
وقال ابن الجوزي : رواية من روى أنه كان غلاماً أصح . وقال ابن القطان : لو صححت رواية من روى أنها بنت لاحتل أنهما قصتان لاختلاف المخرجين وقد اختلف النقاد في عبد الحميد بن جعفر ، فقال ابن حجر في التقريب صدوق روى بالقدر وربما وهم . وقال الذهبي في الميزان : عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ونافع ومحمد بن عمرو بن عطاء وعنه يحيى القطان وأبو عاصم وعدة . قال النسائي ليس به بأس ، وكذا قال أحمد . وقال ابن معين ثقة ، وقد نقم عليه الثوري خروجه مع محمد بن عبد الله . وقال أبو حاتم لا يحتج به ، وقيل كان يرى القدر والله أعلم ، نعم قال علي بن المديني : كان يقول بالقدر ، وهو عندنا ثقة ، وكان سفيان يضعفه . اهـ .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد رواه أحمد بلفظ « أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال أنت أحق به ما لم تنسكحي ، وأخرجه أبو داود في الطلاق عن محمد بن خالد ولكن في لفظه « وأن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني ، وأخرجه البيهقي والحاكم وصححه ، وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

أما اللغات فإن الحضانة مشتقة من الحضن وهو مادون الابط إلى الكشح . وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما ، والجمع أحضان ومنه الاحتضان ، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها

وفي الحديث أنه خرج محضنا أحد ابني ابنته ، أى حاملا له في حضنه ، والحضن الجنب وهما حضنان . وفي حديث أسيد بن الحضير أنه قال لعامر بن الطفيل أخرج بدمتك لئلا أفذ حضنيك ؛ والمحضن الحضن . قال الكمي

كما خامت في حضنها أم عامر لدى الجبل حتى غال أوس عياها

وحضنا الليل جانباه ، وحضن الجبل ما يطيف به ، وفي حديث علي كرم الله وجهه «عليكم بالحضنين» يريد بجنبي العسكر ، وحضن الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حضناً وحضانة وحضاناً وحضوناً رجن عليه للتفريخ . قال الجوهري حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها ، وحمامة حاضن بغير هاء ؛ واسم المكان المحضن ، والمحضنة المعمولة للحمامة كالقصة الروحاء من الطين . وحضن الصبي يحضنه حضناً رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه . وفي حديث عروة بن الزبير ومجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نارا منه صاروا حضناً لأبائ الملوك ، أى مربين وكافلين ، وحضان جمع حاضن ، لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه وبه سميت الحاضنة ، وهي التي تربي الطفل ، والحضانة بالفتح فعلها ، والحجر بمعنى وحواء أى يحويه ويحيط به .

أما الأحكام فإذا بانت الزوجة وبينهما ولد — فإن كان بالغاً رشيداً لم يجبر على الكون مع أحدهما ، بل يجوز له أن ينفرد عنهما ، إلا أن المستحب له أن لا ينفرد عنهما لئلا ينقطع بره وخدمته عنهما . وهل يكره له الانفرد عنهما ؟ ينظر فيه — فإن كان رجلاً — لم يكره له الانفرد عنهما وإن كانت امرأة ، فإن كانت بكراً ، كره لها الانفصال عنهما لأنها لم تجرب الرجال ولا يؤمن أن تحدد وإن كانت ثيباً فارقها زوجها لم يكره لها الانفرد عنهما لأنها قد جربت الرجال ولا يخشى عليها أن تحدد .

وقال مالك يجب على الابنة أن لا تفارق أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج دليلنا أنها إذا بلغت رشيدة فقد ارتفع الحجر عنها ؛ فكان لها أن تنفرد بنفسها ولا اعتراض عليها ، كما لو تزوجت ثم بازت عنه ، وإن كان الولد صغيراً لا يميز

وهو الذي له دون سبع سنين أو كبيراً إلا أنه مجنون أو ضعيف العقل وجبت حضنته ، لأنه إذا ترك منفرداً ضاع .

ولا تثبت الحضانة لمعتوه - وهو ناقص العقل - ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة ، ولا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يؤمن أن ينشأ الطفل على منزعه ، وإن كان أحد الأبوين مسلماً فالولد مسلم ولا تثبت عليه الحضانة للكافر . وقال أبو سعيد الاصطخري تثبت الحضانة للكافر على المسلم لحديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ، وقد أوردنا طرقة آتياً ، وقد قال المصنف إنه منسوخ ، وتقول : إن هذا الحديث استدل به القائلون بثبوت الحضانة للأم الكافرة كأبي حنيفة وأصحابه وابن القاسم المالكي وأبو ثور ، وذهب الجمهور إلى أنه لا حضانة للكافرة على ولدها المسلم .

وأجابوا عن الحديث بما تقدم من المقال فيه وبما فيه من الاضطراب ، ولكن الحديث بأسانيد وطرقه يصلح الاحتجاج به ، والاضطراب منوع باعتبار محل الحجة ، وهو كفر الام وثبوت التخيير . وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم . ولعل المصنف يحتج في النسخ بأدلة عامة ، كقوله تعالى « ولأن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » وبنحو « الاسلام يعلو » وقد استدل ابن القيم بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً ، على أن المراعى أولاً في التخيير أو الاستهام بالقرعة ما هو أصلح للصغير ، وأن أياً ما كان الامر من التخيير أو التعيين أو الاقتراع ، فإن أولئك مقيد بقوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم ناراً »

وحكى عن شيخه ابن تيمية أنه قال : تنازع أبوان صبيماً عند الحاكم بخير الولد بينهما فاختر أباه ، فقالت أمه سله لأى شىء يختاره ؟ فسأله فقال : أسمى تبغثنى كل يوم للكاتب والفقير يضربانى وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان فقضى به للأم . ورجح هذا ابن تيمية

فإذا كانت روح الشرع تقضى بمراعاة صالح الصغير ، فإن بما لا شك فيه أن إلقاءه في أحضان الكافر قضاء على صلاحه دنياً وأخرى . ومن ثم يتعين خطأ أبي سعيد الاصطخري وأبي حنيفة وأصحابه وابن القاسم وأبي ثور

وقال العمراني ان الحضانة لحظ الولد ولا حظ له في حضانة الكافر ، لانه لا يؤمن أن يفتن عن دينه . ثم قال ، أما الحديث فغير معروف عند أهل النقل وإن صح فيحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه يختار أباه ، فلهذا خيره ، فيكون ذلك خاصاً لذلك الولد دون غيره اهـ

(فرع) وإذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الحسن البصري لا يسقط حقها لقوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها .

وروى ابن عباس أن علياً وجعفر ابني أبي طالب وزيد بن حارثة تنازعا في حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب ، واختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال جعفر أنا أحق بها أنا ابن عمها وخالتها تحتي ، وقال علي أنا أحق بها أنا ابن عمها وابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحتي - يعني ابنة ابن عمها . وقال زيد أنا أحق بها لأنها ابنة أخي - وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخي بين زيد بن حارثة - فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة أم . فقضى بها للخالة وهي مزوجة

ودليلنا ما روى عبد الله بن عمرو أنه امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثدي له سقاء ، وإن أباه طلقني ويريد أن ينزعه مني ، فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي ،

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الاتم أحق بولدها ما لم تزوج ، ولانها إذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها إلا في وقت العبادة ، فلا تقوم بحضانة الولد . وأما الآية فلراد بها إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى وأما زينب وابنة حمزة فلأنه لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الأزواج .

إذا ثبت هذا فإن طلقت الزوجة طلاقاً بائناً أو رجعيًا عاد حقها من الحضانة وقال مالك لا يعود حقها من الحضانة بحال

وقال أبو حنيفة والمزني : ان كان الطلاق بائناً عاد حقها ، وإن كان رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية باقية بينهما ، ودليلنا أن حقها إنما سقط لاشتغالها عن الحضانة باستمتاع الزوج ، ولا يملك الزوج الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن والرجعي ، فعاد حقها من الحضانة .

وإن أعتق الرقيق ، أو عقل المجنون والمعتوه ، أو عدل الفاسق ، أو أسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ، لأن الحضانة زالت بمعنى ، وقد زال المعنى فعادت الحضانة .

(مسألة) قوله « ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام ، وهذا صحيح مثل ابن الأخت وابن الأخ للأم وأبي الأم والخال وابن العم لأنه ذكر لا يرث فأشبهه الأجنبي . وقال المصنف هنا : ولا تثبت الحضانة لابن البنت . وهذا الذي قاله لا يتصور في حضانة الصغير ، وإنما يتصور في الكبير والمجنون لأننا قد قلنا يجب حضانته كما يجب حضانة الصغير ، ولا تثبت الحضانة لمن أدلى من النساء والرجال بهؤلاء الرجال ، لأن الحضانة إذا لم تثبت لهم بأنفسهم لم تثبت لمن أدلى بهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالأم أحق من غيرها ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أنت أحق به ما لم تنكحى ، ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ، ثم تنتقل إلى من يرث من أمهاتها ، لمشاركتهن آدم في الولادة والارث ، ويقدم الأقرب فالأقرب ، ويقدم من على أمهات الأب ، وإن قرين لتحقق ولادتهن ، ولأنهن أقوى في الميراث من أمهات الأب ، لأنهن لا يسقطن بالأب ، وتسقط أمهات الأب بالأم ، فإذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم فقيه قولان . قال في القديم تنتقل إلى الأخت والخال ، ويقدمان على أم الأب ، لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بنت حمزة لخالها وقال الخالة بمنزلة الأم ، ولأن الخالة تدل بالأم ، وأم الأب تدل بالأب ، والأم تقدم

على الاب فقدم من يدلى بها على من يدلى به ، ولأن الاخت ركضت مع الولد في الرحم ، ولم تركض أم الاب مومه في الرحم ، فقدمت عليها ، فعلى هذا تكون الحضانة للأخت من الاب والام ، ثم الاخت من الام ثم الحالة ثم لام الاب ثم للأخت من الاب ثم للعممة

وقال في الجديد : اذا عدت أمهات الام انتقلت الحضانة الى أم الاب وهو الصحيح ، لانها جدة وارثة فقدمت على الأخت والحالة كأم الام . فعلى هذا تكون الحضانة لام الاب ثم لامهاتها وان علون ، الاقرب فالاقرب ، ويقدمن على أم الجد كما يقدم الاب على الجد ، فإن عدت أمهات الاب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهاتها وان علون ، ثم تنتقل الى أمهات أب الجد ، فإذا عدم أمهات الابوين انتقلت الى الاخوات ويقدمن على الخالات والعمات ، لانهن راكضن الولد في الرحم وشاركته في النسب ، وتقدم الاخت من الاب والام ثم الاخت للآب ثم الاخت للأم .

وقال أبو العباس ابن سريج ، تقدم الاخت للآم على الاخت للآب ، لان إحداهما تدلى بالام والاخرى تدلى بالاب ، فقدم المدلى بالام على المدلى بالاب كما قدمت الام على الاب ، وهذا خطأ ، لان الاخت من الاب أقوى من الاخت من الام في الميراث والتعصيب مع البنات ، ولان الاخت من الاب تقوم مقام الاخت من الاب والام في الميراث ، فقامت مقامها في الحضانة . فإن عدت الاخوات انتقلت الى الخالات ، ويقدمن على العمات ، لان الحالة تساوى العممة في الدرجة وعدم الإرث وتدلى بالام والعممة تدلى بالاب ؛ والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بها ، وتقدم الحالة من الاب والام على الحالة من الاب ، ثم الحالة من الاب ثم الحالة من الام ، ثم تنتقل الى العمات لانهن يدلين بالاب ، وتقدم العممة من الاب والام ثم العممة من الاب ثم العممة من الام ، وعلى قياس قول المزني وأبي العباس تقدم الحالة والعممة من الام على الحالة والعممة من الاب

(الشرح) حديث عبد الله بن عمرو مضى تخريجه آنفاً . أما حديث البراء بن عازب فقد أخرجه البخاري في الحج وفيه : اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم في

ذى القعدة قبل أن يحج ، وفيه قوله لجعفر ، أشبهت خلقي وخلقي ، وفيه صلح
المشركين يوم الحديبية ، وأخرجه في الجزية عن أحمد بن عثمان بن حكيم ، وفي
الصلح عن عبيد الله بن موسى وعن محمد بن بشار . وأخرجه مسلم في المغازي عن
محمد بن المنني ومحمد بن بشار وعن عبيد الله بن معاذ وعن إسحاق بن إبراهيم وأحمد
ابن حنبل وأبو داود في الحج عن أحمد بن حنبل والنرمذى في الحج عن عباس
ابن محمد الدورى وفي البر عن سفيان بن وكيع وعن محمد بن أحمد بن بدوية وفي
المناقب عن محمد بن اسماعيل البخارى . ورواه أحمد من حديث علي وفيه هو الجارية
عند خالتها فإن الخالة والدة ، وأخرجه عن علي أبو داود والحاكم والبيهقى بمعناه
واللفظ المنفق عليه في رواية أحمد والبخارى ومسلم ، أن ابنة حمزة اختهم فيها
علي وجعفر وزيد ، فقال علي أنا أحق بها هي ابنة عمي ، وقال جعفر بنت عمي
وخالتها تحي . وقال زيد ابنة أخي ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم
لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم .

قوله : وخالتها تحي ، يعني أسماء بنت عميس . وقد طعن ابن حزم في حديث
البراء في كتابه المحلى وقال في إسناده اسرائيل وقد ضعفه علي بن المديني ، وقد رد
عليه بأنه قد وثقه سائر أهل الحديث ، ولا يضره أن ينفرد ابن المديني بتضعيفه
وقد تعجب أحمد بن حنبل من حفظه وقال ثقة

وقال أبو حاتم هو أتمن أصحاب أبي إسحاق ، وكفى بانفصاق الشيخين علي
إخراج هذا الحديث دليلا

أما الأحكام فإذا اجتمع النساء من القرابة وهن يصلحن للحضانة ، أو لا
رجل مهن وتنازعن في حضانة المولود قدمت الام على غيرها لقوله صلى الله عليه
وسلم : الام أحق بولدها ما لم تتزوج ، ولأنها أقرب اليه وأشفق عليه ، فإن عدمت
الام انتقلت الحضانة إلى أمها ثم إلى أم أمها وإن علت ، فأما أمهات أبيها فلا
مدخل لهن في الحضانة ، فإن عدمت الجدات من قبل الام ففيه قولان .

قال في القديم تنتقل الحضانة إلى الأخوات والحالات وتقدم على أمهات
الاب لأنهن يدلن بالام ، وأمهات الاب يدلن بالاب ، والام تقدم على الاب
فقدم من يدل بها على من يدل بالاب ، فعلى هذا تكون الحضانة للأخت للأب

والام ويقدمان على الخالة لانهما أقرب لكونهما ركضا مع الولد في رحم واحد ثم ينتقل إلى الخالة لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة أم ، فتكون الحضانة للخالة الأب والام ثم للخالة للأب ، فإذا عدمت الاخوات للاب والام أو للأم والحالات انتقلت الحضانة إلى أم الاب ثم إلى أمها ثم تنتقل إلى الأخت للاب ثم إلى العمّة ، ويقدمان على أمهات الجد ، لأن الاب أقرب من الجد فتقدم من يدلى به على من يدلى بالجد . ثم تنتقل إلى أمهات الجد وأرثاء الاقرب فالأقرب وكذا ذكر الشيخ أبو إسحاق هنا .

قال الشوكاني في النبيل ، واستشكل كثير من الفقهاء وقوع القضاء منه صلى الله عليه وسلم لجعفر وقاوا ان كان القضاء له فليس بمحرم لها ، وهو وعلى سواء في قرابتها ، وان كان القضاء للخالة فهي مزوجة والزواج مسقط لحقها من الحضانة فسقوط حق الخالة بالزواج أولى .

وأجيب عن ذلك بأن القضاء للخالة والزواج لا يسقط حقها من الحضانة مع رضا الزوج كما ذهب إليه أحمد والحسن البصرى والإمام يحيى وابن حزم . وقيل ان النكاح إنما يسقط حضانة الام وحدها حيث كان المنازع لها الاب ، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الام حيث كان المنازع لها غير الاب ، وبهذا يجمع بين حديث البراء وحديث عبد الله بن عمرو . اهـ

قال ابن الصباغ والطبري تقدم الأخت للاب على الأخت للام على هذا أيضا وقال في الجديد اذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم انتقلت الحضانة إلى أمهات الاب الوارثات ، فإن عدم من يصلح لها من أمهات الاب انتقلت إلى أمهات الجد ثم إلى أمهات أبي الجد ، فإن عدم من يصلح لها من الجدات من قبل الاب انتقلت إلى الاخوات . وبه قال أبو حنيفة - وهو الاصح - لأنهن جدات وارثات فقدمن على الاخوات كالجدا من قبل الام ، ويقدم الأخوات على الحالات والعمات لأنهن أقرب فتكون الحضانة للأخت للاب والام ثم الأخت للاب ثم للأخت للام لأنهن أقرب

وقال أبو حنيفة والمزني وأبو العباس بن سريج تقدم الأخت للام على الأخت للاب لأنها تدلى بالام ، والأخت للاب تدلى بالاب ، فقدم من تدلى بالام على

من تدلى بالأب ، كما تقدم الأم على الأب والمذهب الأول ، لأن الأخت للاب
تقوم مقام الأخت للاب والأم في التعصيب فقامت مقامها في الحضانة ، ثم تنتقل
إلى الخالات ويقدمن على العمات لأنهن يدلين بالأم فتكون الحضانة للخالة للأب
والأم ثم للخالة للاب ثم للخالة للأم ثم للعممة للأب والأم ثم للعممة للاب ثم للعممة
للأم . وعلى قول من قدم الأخت للأم على الأخت للأب تقدم الخالة والعممة
للأم على الخالة والعممة للأب . والذي يقتضى المذهب أن الحضانة لا تنتقل إلى
الخالات إلا بعد عدم بنات الأخ وبنات الأخت لأنهن أقرب ، ولا تنتقل
الحضانة إلى العمات إلا بعد عدم بنات الخالات

قال المصنف رحمه الله تعالى

{ فصل } وإن اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم
الأب ، لأن له ولادة وفضل شفقة ، ثم تنتقل إلى آباءه الأقرب فالأقرب
لمشاركتهم الأب في الولادة والتعصيب ، فإن عدم الاجداد انتقلت إلى من بعدهم
من العصبات . ومن أصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والاجداد من العصبات
لأنه لا معرفة لهم في الحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالأجانب
والمخصوص هو الأول . والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضى الله عنه
أنه اختصم في بنت حمزة على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم ، فقال على
عليه السلام أنا أحق بها وهي بنت عمى . وقال جعفر ابنة عمى وخالتها عندى
وقال زيد بنت أخى ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها ، وقال
الخاتمة بمنزلة الأم ، ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لانكر النبي صلى الله
عليه وسلم على جعفر ، وعلى على رضى الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ، ولأن
له تعصبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد ، فعلى هذا تنتقل إلى الأخ من
الأب والأم ، ثم إلى الأخ من الأب ، ثم إلى ابن الأخ من الأب والأم ، ثم إلى
ابن الأخ من الأب ، ثم إلى العم من الأب والأم ، ثم إلى العم من الأب ثم إلى
ابن العم من الأب والأم ، ثم إلى ابن العم من الأب ، لأن الحضانة تثبت لهم
بقوة قرابتهم بالإرث فتقدم من تقدم في الإرث

(الشرح) الاحكام إذا اجتمع الرجال ولا نساء معهم وهم من أهل الحضانة قدم الاب على غيره من الرجال لأن له ولاية عليه ثم تنتقل إلى آبائه الوارثين الاقرب فالاقرب ؛ لانهم يلون عليه بأنفسهم فقاموا مقام الاب ، وهل تثبت الحضانة لغيرهم من العمات ؟ فيه وجهان . من أصحابنا من قال لا تثبت لهم الحضانة لانه لا معرفة لهم في الحضانة ولا يلون عن ماله بأنفسهم فلم يكن لهم حق الحضانة كالأجانب إلا أن لهم تأديب الولد وتعليمه .

ومنهم من قال تثبت لهم الحضانة وهو المنصوص ، لأن علياً وجعفر ادعيا حضانة ابنة حمزة بكونهما ابني عم بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر النبي عليه السلام عليهما دعواهما بذلك

وروى عمارة الجرمي قال : خيرني على رضى الله عنه بين عمى وأمى ، ولأن له تعصبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالاب والجد ، فعلى هذا إذا عدم الاجداد - قال المصنف - انتقلت الحضانة إلى الاخ للاب والام ثم إلى الاخ للاب ثم إلى ابن الاخ للاب والام ثم إلى ابن الام ثم إلى العم للاب والام ثم إلى العم للاب ثم إلى ابني العم

وقال ابن الصباغ: تنتقل إلى الاخ للاب والام ثم إلى الاخ للاب ثم إلى الام . قال وعلى قول أبي العباس حيث قدم الاخت للام على الاخت للاب يكون ههنا وجهان :

أحدهما لا يقدم الاخ للام على الاخ للاب لانه ليس من أهل الحضانة بنفسه وإنما يستحق بقرابته بالام والاخ للاب أقوى فقدم عليه

والثاني يقدم لإدلائه بالام وهي أقرب من الاب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالاب ثم بنوه الإخوة وإن سفلوا ثم العم ثم بنو العم ثم عم الاب ثم بنوه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن اجتمع الرجال والنساء والجيم من أهل الحضانة نظرت ؛ فإن اجتمع الاب مع الام كانت الحضانة للام ، لأن ولادتها متحققة وولادة الاب مظنونة ، ولأن لها فضلا بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على

الآب ، فإن اجتمع مع أم الأم وإن علمت كانت الحضانة لأم الام لأنها كالام
 في تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة ، وإن اجتمع مع أم نفسه أو مع
 الاخت من الاب أو مع العمّة قدم عليهن لانهن يدلين به فقدم عليهن ، وإن
 اجتمع الاب مع الاخت من الام أو الخالة ففيه وجهان
 (أحدهما) أن الاب أحق ، وهو ظاهر النص ، لان الاب له ولادة وارث
 فقدم على الاخت والخالة كالام .

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يقدم الاخت والخالة على
 الاب لانهما من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالام فقدمتا على الاب كأمهات
 الام . وإن اجتمع الأب وأم الاب والأخت من الأم أو الخالة بيننا على القولين
 في الأخت من الأم والخالة إذا اجتمعا مع أم الاب ، فإن قلنا بقوله القديم ان
 الأخت والخالة يقدمان على أم الأب ، قدمت الاخت والخالة على الاب وأم
 الاب ، وإن قلنا بقوله الجديد ان أم الاب تقدم على الاخت والخالة ، بيننا على
 الوجهين في الاب إذا اجتمع مع الاخت من الام أو الخالة ، فإن قلنا بظاهر
 النص ان الأب يقدم عليهما كانت الحضانه للاب لانه يسقط الاخت والخالة
 وأم نفسه فانفرد بالحضانة ، وإن قلنا باوجه الآخر ان الحضانة للاخت والخالة
 ففي هذه المسئلة وجهان

(أحدهما) أن الحضانة للأخت والخالة ، لان أم الاب تسقط بالاب ،
 والاب يسقط بالاخت والخالة

(والثاني) أن الحضانة للاب ، وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله
 عليه لان الاخت والخالة يسقطان بأم الاب ثم تسقط أم الاب بالاب فتصير
 الحضانة للاب ، ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له ما منع
 منه غيره كالاخوين مع الابوين فإنهما يجبان الام من الثلث الى السدس ثم
 لا يحصل لهما ما منعه بل يصير الجميع للاب

وإن اجتمع الجد أب الاب مع الام أو مع أم الام وإن علمت قدمت عليه
 كما تقدم على الاب ، وإن اجتمع مع أم الاب قدمت عليه لانها تساويه في الدرجة
 وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الام على الاب

وان اجتمع مع الحائلة أو مع الاخت من الأم ففيه وجهان ، كالو اجتماع مع الاب ، وإن اجتمع مع الاخت من الاب ففيه وجهان (أحدهما) أن الجد أحق لانه كالاب في الولادة والتنصيب ، فكذلك في التقدم على الاخت

(والثاني) أن الاخت أحق لانها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة

(الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه : ولا حق لأحد مع الاب غير الام وأمهاتها . وجملة ذلك أنه إذا اجتمع الرجال والنساء وهم من أهل الحضانة نظرت - فان اجتمع الاب والام - قدمنا الام على الاب لما روى عبد الله بن عمرو د أن امرأة قالت يا رسول إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثدي له سقاء ، وإن أباه طلقني وأراد أن يزرعه مني ، فقال صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى ، ولان الام أشفق عليه ، وولادتها له من طريق القطع فقدمت عليه ، وان اجتمع الاب مع أم الام وان علت قدمن على الاب لانهن يقمن مقام الام في تحقق الولادة ومعرفة الحضانة فقدمن على الاب كلام ، فإن امتنعت الام من الحضانة ولها أم ففيه وجهان

أحدهما - وهو قول ابن الحداد - ان الحضانة تنتقل إلى الاب ولا تنتقل إلى أم الام ، لانه لا حق لام الام مع بقاء الام ، فلم تنتقل اليها ، كالولي إذا عضل عن النكاح فإن الولاية لا تنتقل إلى من دونه من الاولياء

(والثاني) أن الحضانة تكون لام الام ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب وابن الصباغ ، لانه لا حق الاب في الحضانة مع وجود أم الام ، فإذا امتنعت الام من الحضانة انتقلت إلى أمها كالو ماتت أو فسقت أو جنت ، ويخالف ولاية النكاح فإن الحاكم يقوم مقام العاضل ، وهمنا لا مدخل للحاكم في الحضانة بنفسه فلم يقم مقام غيره .

وان اجتمع الاب وأم نفسه قدم الاب . ومن أصحابنا من قال : تقدم أم الاب وأمهاتها عليه (أفاده في البيان) لان حضانة النساء أصلح للصغير وأوفق له وقال القاضي أبو الطيب : وهذا يقتضى أن تكون حضانة الاخوات والحالات

والعمات أولى من الأب ، وهو خلاف النص ، لأن الشافعي قال : ولا حق
 لأحد مع الاب غير الائم وأمها ، ولائها تدلى به فلم تقدم عليه . وإن اجتمع
 الاب مع الاخت للام أو مع الحالة ففيه وجهان
 (أحدهما) يقدمان على الاب ، وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي سعيد
 الاصطخري وأبي حنيفة ، لأن لها معرفة بالحضانة ويدليان بالام فقدمتا على
 الاب كأمهات الام
 (والثاني) وهو المنصوص ، أن الاب يقدم عليهما ، لأن له ولادة وإذناً
 فقدم عليهما كالام .

(فرع) وان اجتمع الاب وأم الاب والاخت للام أو الحالة — فإن قلنا
 بقوله القديم : إن أمر الاب يسقط بالاخوات أو الحالات بنينا همنا على الوجهين
 في الاب هل يسقط الاخت للام والحالة ؟ فإن قلنا إنه يسقطها كانت الحضانة
 للاب . وان قلنا إنهما يتقدمان عليه كانت الحضانة للاخت للام ثم للحالة ثم للاب
 ثم لأمه ، وان قلنا بقوله الجديد وأن أم الاب تسقط بالاخوات والحالات بنينا
 على الوجهين أيضا في الاب إذا اجتمع مع الاخت للام أو الحالة . فإن قلنا
 بالمنصوص أن الاب يسقطها كانت الحضانة للاب لانه يسقطهما ويسقط أم نفسه
 فكانت الحضانة له . وإن قلنا بقول أبي العباس وأبي سعيد أنهما يسقطان
 الاب فهنا وجهان .

قال أبو سعيد الاصطخري ، تكون الحضانة للاب ، لأن الاخت والحالة
 تسقطان بأم الاب ، وأم الاب تسقط بالاب ، فصارت الحضانة له ، وقد يجب
 الشخص غيره من شيء . ثم يحصل ذلك الشيء لغير الشخص الحاجب ، كما يجب
 الاخوان الام من الثلث إلى السدس ويكون للاب
 وقال أبو العباس تكون الحضانة للاخت أو للحالة ، لأن الاب يسقط أم نفسه
 والاب يسقط بالاخت أو بالحالة فبقيت الحضانة لها . وان اجتمع الاب
 والاخت للاب والام — فإن قلنا ان الاب يقدم على الحالة — قدم الاب على
 الاخت للاب والام . وان قلنا ان الحالة تقدم على الاب فهنا وجهان حكاهما
 الشيخ أبو حامد عن أبي سعيد الاصطخري

(أحدهما) أن الأخت أحق لأن الأخت تسقط الحالة ، والحالة تسقط الأب
 فإذا سقط الأب مع من تسقطه الأخت فلأن لا يسقط معها أولى .
 (والثاني) وهو الأصح أن الأب أحق ، لأن الأخت تدلى به فلا يجوز أن
 يكون المدلى أولى من المدلى به ^(١) ، وإن اجتمع أب وأخت لاب وخالة ، فإن قلنا
 إن الأب يسقط الحالة ، كانت الحضانة للأب ، وإن قلنا : إن الحالة تسقط الأب
 ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن الحضانة للأخت ، لأن الأخت تسقط الحالة ، والأب يسقط
 بالحالة ، فإذا أسقطت الحالة ، فلأن يسقطه من يسقط الحالة أولى .
 (والثاني) أن الحضانة للأب لأن الأخت تسقط الحالة والأخت تسقط
 بالأب لأنها تدلى به فتصير الحضانة للأب ، ولا يمتنع أن يسقط الشخص غيره
 من شيء ثم يحصل ذلك الشيء بغيره ، كما قلنا في حجب الأخوين للأم عن
 الثلث إلى السادس .

(والثالث) أن الحضانة للخالة ، لأن الخالة تسقط الأب والأب يسقط
 الأخت ، وإذا سقطت بقيت الحضانة للخالة ، فإن لم يكن أب واجتمع الجد والام
 وأم الام وإن علت قدم من على الجد كما يقدم من على الأب ، وإن اجتمع الجد وأم
 الأب قدمت عليه لأنها تساويه في الدرجة ، ولها ولادة ، فقدمت كما قدمت الام
 على الأب ، وإن اجتمع الجد والأخت للام أو الخالة فيه وجهان كما لو اجتمع
 مع الأب ، وإن اجتمع الجد والأخت للام أو الخالة ففيه وجهان كما لو اجتمع
 مع الأب ، وإن اجتمع الجد والأخت للأب ففيه وجهان (أحدهما) يقدم
 عليها ، لأن له ولادة وتعصياً فقدم عليها كالأب (والثاني) تقدم عليه لأنها
 تساويه في الولاية وتفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما تقدم الام على الأب .
 قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن عدم الامهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن
 النساء أحق بالحضانة من العصابات ، فتكون الأخوات والخالات ومن أدلى

(١) المدلى الأولى بصيغة الفاعل والثانية بصيغة المفعول .

بين من البنات أحق من الإخوة وبنيتهم ، والأعمام وبنيتهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والزريبة .

(والثاني) أن العصبات أحق من الأخوات والحالات والعمات ومن يدلى بين لاختصاصهم بالنسب ، والقيام بتأديب الولد (والثالث) أنه إن كان العصبات أقرب قدموا ، وإن كان النساء أقرب قدمن وإن استويا في القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالزريبة . وإن استوى إثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أو العماتين أقرع بينهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا مزية لاحداهما على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة . وإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء وله أقارب من رجال ذوى الأرحام ومن يدلى بهم فتمه وجهان

(أحدهما) أنهم أحق من السلطان لأن لهم رحما فكانوا أحق من السلطان كالعصبات (والثاني) أن السلطان أبق بالحضانة لأنه لاحق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا في الميراث . وإن كان للطفل أبوان فتنتت الحضانة للأم فامتعت منها فقد ذكر أبو سعيد الاصطخرى فيه وجهين (أحدهما) أن الحضانة تنتقل إلى أم الام كما تنتقل إليها بموت الأم أو جنونها أو فسدها أو كفرها (والثاني) أنها تكون للأب ، لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة ، لأنها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل إلى من يدلى بها

(الشرح) الأحكام : ان اجتمع رجل من العصبات غير لاب والجد مع من يساويه في الدرجة من النساء ، كالأخ والاخت والعم والعمة وابن العم وابنة العم ، وقلنا إن لهم حقاً في الحضانة فأيهما أحق بالتقديم ؟ فيه وجهان (أحدهما) أن الرجل أحق بالحضانة لأنه أحق بتأديبه وتعليمه ، فكان أحق بحضانته (والثاني) أن المرأة أحق بالحضانة ، لأنها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الأب ، وان اجتمع شخصان في درجة واحدة كالأختين أقرع بينهما لأنه لا مزية لاحداهما على الأخرى

والرجال من ذوى اذرحام كالحال والاخ من الام وأبى الام وابن الأخت لا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ، لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة وليس له قوة قرابة كالعصبات ، ولا حضانة إلا بمن يدل بهم كأم أبى الام وإبنة الخال وإبنة الاخ من الام لأنهن يدلين بمن لا حضانة له ، فإذا لم تثبت للدلى فللدلين به أولى ؛ فإن لم يكن هناك غيرهم فعلى وجهين (أحدهما) هم أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أدنى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم (والثانى) لا حق لهم فى الحضانة وينتقل الامر الى الحاكم . وقد رجح أصحاب أحمد بن حنبل الوجه الاول وان كان الوجهان محتملين عندهم ، وإن كان فيه من عليه النفقة خشي مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الانفاق ؛ وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالاته خير بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعتى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به ، فإن اختارهما أقرع بينهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالاته ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة ، وان لم يختار واحداً منهما أقرع بينهما لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لانه يضيع ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجبت القرعة ، وإن اختار أحدهما فظرت -- فإن كان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل ، ويأخذها الاب بالنهار ويسلمه فى مكتب أو صنعة لان القصد حظ الولد ، وحظ الولد فيما كرهناه ، وان اختار الاب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم ، فإن

مرض كانت الأم أحق بتمريضه ، لأن بالمرض صار كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به ، وإن كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير إطالة وتبسط ، لأن الفرفة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما في دار الآخر ، وإن مرضت كانت الأم أحق بتمريضها في بيتها . وإن مرض أحد الأبوين وأولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه ، وإن اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر حول إليه ، وإن عاد فاختار الأول أعيد إليه لأن الاختيار إلى شهوده وقد يشتهى المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت فانبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من مأكول ومشروب ، وإن لم يكن له أب وله أم وجد خير بينهما ، لأن الجد كالأب في الحضانة في حق الصغير فكان كالأب في التخيير في الكفالة ، فإن لم يكن له أب ولا جد — فإن قلنا إنه لا حق لغير الأب والجد في الحضانة — ترك مع الام إلى أن يبلغ ، وإن قلنا بالمنصوص إن الحضانة تثبت للعصبة ، فإن كانت العصبة محرما كالعم والاخ وابن الاخ خير بهم وبين الام ، لما روى عاصم ابن عبد الله قال : خاصم عمي أمي وأراد أن يأخذني فاخصمنا إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ، فخيرني علي ثلاث مرات فاخترت أمي ، فدفعني إليها ، فإن كان العصبة ابن عم . فإن كان الولد ابنا خير بينه وبين الام ، وإن كانت بنتاً كانت عند الام إلى أن تبلغ ، ولا تخير بينهما ، لأن ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز أن تسلم إليه .

(الشرح) حديث أبي هريرة باللفظ الذي ساقه المصنف رواه النسائي وأخرجه أبو داود بلفظ فيه زيادة فقال استهما عليه ، ولا أحد مناه لكنه قال فيه جاءت امرأة قد طلقها زوجها ، ولم يذكر فيه قولها وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نعتني ، ورواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه مختصراً بلفظ « أن النبي (ص) خير غلاماً بين أبيه وأمه ، ورواه بلانظ المصنف أيضاً بقية أهل السنن وابن أبي شيبة وصححه الترمذي وابن حبان

وأما خبر عاصم بن عبد الله فقد أخرجه الشافعي في الام في باب أي الوالدين

أحق باولده وأخبرنا الربيع أخبرنا الشافعي أخبرنا ابن عيينة عن يونس بن عبد الله الجرمي عن عمارة قال : خيرني علي بين أمي وعمي ، ثم قال لا تخ لي أصغر مني : وهذا أيضا لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته ، وأخرجه من طريق إبراهيم بن محمد عن يونس بن عبد الله عن عمارة : خيرني علي بين أمي وعمي وقال لا تخ لي أصغر مني وهذا لو بلغ مبلغ هذا خيرته ، قال إبراهيم : وفي الحديث « كنت ابن سبع أو ثمان سنين » ومن ثم تدرك أن الرواية ليست عن عامر بن عبد الله وإنما هي عن عمارة ، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وقال : عمارة الجذامي ، والصواب ما في الأم .

أما اللغات ، فبئر أبي عنبة على ميل من المدينة . قال ابن الجوزي : أبو عنبة عبد الله بن عنبة من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره .

قال في المؤلفات والمختلف : أبو عنبة الخولاني له صحبة . وفي الاستيعاب : قيل إنه من صلي القبلتين ، قديم الاسلام ، وقيل إنه من أسلم قبل موت النبي صلي الله عليه وسلم ولم يسجد به ، وأنه صحب معاذ بن جبل وسكن الشام ، روى عنه محمد بن زياد الالطاني وبكر بن زرعة وشريح بن مسروق

وقوله في مكتب أو صنعة ، قال الجوهرى : الكُتَّاب والمكتب واحد ، والجمع الكُتَّاب والمكاتب وهو موضع تعليم الكتابة . وقوله « اغراء بالعقوق » من غرى غرى من باب تعب أولع به من حيث لا يحمله عليه فإذا تعدى بالهمز فقبل أغريته به اغراء فأغرى به بالبناء للمفعول والاسم الغراء بالفتح والمد والغراء مثل كتاب ما يلصق به ، فكأنه يقول أغراء بالعقوق كأنه لصقه بالغراء فجعله سببا لوقوع العقوق واصوقا به .

وقوله « وتبسط » التبسط والانبساط ترك الاحتشام ، وتبسط في البلاد سافر فيها طولا وعرضا ، وأصله السعة وذلك محرم على من طلق

أما الاحكام ، فإن الشافعي رضى الله عنه يقول : فإذا افترق الابوان وعمما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تنزوج وما كانوا صغاراً ، فإذا بلغ أحدهم سماعاً أو ثمانى سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار ، فإن اختار أمه فعلى أبيه ثقته ولا يمنع من تأديبه ، قال وسواء في ذلك الذكر والانثى

ويخرج الغلام إلى الكنشاب والصناعة إن كان من أهلها ويأوى عند أمه وعلى أبيه نفقته ، وإن اختار أباه لم يكن لأبيه منه من أن يأتي أمه وتأتيه في الأيام وإن كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها ، ولا أعلم على أبيها إخراجها إليها إلا من مرض فيؤمر بإخراجها عائدة .

قال وإن ماتت البنت لم تمنع الأم من أن تليها حتى تدفن ، ولا تمنع في مرضها من أن تلي ترضعها في منزل أبيها . قال وإن كان الولد محبوباً فهو كالصغير ، وكذلك إن كان غير محبوب ثم خبل فهو كالصغير الأم أحق به ولا يخير أبداً . قال وإنما أخير الولد بين أبيه وأمه إذا كانا معاً ثقة للولد ، فإن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة فالثقة أولاهما به بخير تخيير . قال وإذا خير الولد فاختر أن يكون عند أحد الأبوين ثم عاد فاختر الآخر حول إلى الذي اختار بعد اختياره الأول ، قال وإذا نكحت المرأة فلاحق لها في كينونة ولدها عندها صغيراً كان أو كبيراً ، ولو اختارها ما كانت ناكحاً ، فإذا طافت طلاقاً يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها رجعت على حقها فيهم اهـ

إذا ثبت هذا فإن الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه ، فن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلي وشرح ، وهو مذهب أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ولبس بنفسه فالأب أحق به . ومالك يقول الأم أحق به . قالوا وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلبس عنده ويترك تأديبه ويكفه من شهوته فيؤدى إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع ودليلنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه ، وفي لفظ « جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بإبني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به ، ولأنه اجتمع الصحابة كما أوضحنا ذلك عن علي وعمر ولا معارض

فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الأكرام وضده قال إلى أحد

الابوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ، فقدم بذلك ، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالامر بالاصلاة . ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه ، فإن عاد فاختار الاول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه ، وإن خيرناه فلم يختار واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ، لأنه لا مزية لاحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضائنه فقدم أحدهما بالقرعة

(فرع) فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الغلام بين أمه وخصته فأشبهه الأب ، وكذلك ان كانت أمه معدومه أو من غير أهل الحضانة فسلم الى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الابوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم الى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصاته للبعنى الذى ذكرناه فى الابوين

(فرع) وان كان عند الأب كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك اغراء له بالعقوق وقليلة الرحم ، وان مرض كانت الأم أحق بتعريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به كالصغير ، وان مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشى الى ولده ، فشئ ولده اليه أولى ، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ، والام تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج الى صيانة — وستر الجارية أولى — لأن الأم قد تخرجت وعقات بخلاف الجارية .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان اقترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد — فإن كان السفر مخوفاً أو البلد الذى يسافر اليه مخوفاً — فالمقيم أحق به ، فإن كان ميمزاً لم يخير بينهما ، لأن فى السفر تخريراً بالولد ، وان كان السفر مسافة

لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين في حضنة الصغير ويخير المميز بينهما ، لانهما يستويان في انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح ، فصارا كالمقيمين في محلتين في بلد واحد ، وإن كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحق بالولد ، لأنه لا حظ للولد في حمله ورده ، وإن كان السفر للنقلة إلى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المسافر . لأن في السكون مع الام حضنة ، وفي السكون مع الأب حفظ النسب والتأديب ، وفي الحضنة يقوم غير الام مقامها ، وفي حفظ النسب لا يقوم غير الاب مقامه فكان الاب أحق . وإن كان المسافر هو الاب ، فقالت الام يسافر لحاجة فأنا أحق ، وقال الاب أسافر للنقلة فأنا أحق ، فالقول قول الاب لأنه أعرف بنيته . وبالله التوفيق

(الشرح) إذا أراد أحد الابوين السفر مسافة تقصر فيها الصلاة لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ، فالمقيم أولى بالحضنة ، لأن في المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان متنقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً ، أو البلد الذي ينتقل اليه مخوفاً فالمقيم أولى بالحضنة ، لأن في السفر به خطراً عليه ، وأو اختار الولد السفر في هذه الحالة لم يجب اليه لأن فيه تغريباً به . وإن كان البلد الذي ينتقل اليه آمناً وطريقه آمناً فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، لأن في كون الولد مع الاب حفظ النسب والتأديب . وإن كان السفر دون مسافة قصر الصلاة كانا كالمقيمين . وبهذا قال بعض أصحاب أحمد ، والمنصوص عن أحمد سريان ما قررنا من الحكم على اطلاق السفر ، سواء كان دون القصر أم لا . لأن البعد الذي يمنع من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله ، فأشبهه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الاب عند افتراق الدار بهما . قال شريح ومالك وأحمد . وقال أصحاب الرأي : إن انتقل الاب فالام أحق به ، وإن انتقلت الام إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق .

وحكى عن أبي حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهي أحق ، لأن في المدينة يمكن تعليمه وتخريج

(فرع) إذا اختلف الاب والام في أمر السفر فقالت الام: يسافر مشغولاً بمصالحه وحاجياته فلن يذفعه الى رعاية الولد فأنا أحق به، وقال الاب: أسافر للثقلة والاستيطان فأنا أحق كان القول قول الاب لأنه أعلم بقصده والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الجنائيات

(الشرح) الجنائيات جمع جناية . وفي القاموس: جنى الذنب عليه يجنيه جناية جره اليه ، والثمرة اجنتها كجنتها وهو جان والجمع جناة وجنات وأجناء . نادر ، اه . وفي اللسان قال أبو حية الميمري :

وان دمالو تعلقين جنيتيه على الحى جاني مثله غير سالم
فأما قولهم في المثل : أبناؤها أجنأؤها ، فرعم أبو عبيد أن أبناء جمع بان
وأجناء جمع جان كشاهد وأشهاد وصاحب وأصحاب . قال ابن سيده في المختص
وأراهم لم يكسروا بانبا على أبناء ولا جانبا على أجناء الا في هذا المثل ، المعنى أن
الذى جنى وهدم الدار هذه هو الذى بناها . قال الجوهري وأنا أظن أن المثل
مجناتها بناتها ، لان فاعل لا تجمع على أفعال ، ثم استطرده خطأ فقال: ان اشهادا
وأصحاباً جمع شهد وصحب وهو خطأ فإن فعل لا تجمع على أفعال الا اذا كانت
عينها واو أو ياء كقول وشيخ تجمع على أقوال وأشياخ الا جمعاً شاذاً ، وقد
رأيتهم في كتب الفقه والحديث والتفسير واللغة يجمعون بحث على أبحاث فإذا جاز
فهو شاذ وصوابه بحوث .

وهذا المثل يضرب لمن عمل شيئاً بغير روية فأخطأ فيه ثم استدركه فنقض
ما عمله . وأصله أن بمض ملوك اليمن غزا واستخلف ابنته فبنت بمشورة قوم
بنياناً كرهه أبوها ، فلما قدم أمر المشيرين ببنيانته أن يهدموه ، والمعنى أن الذين
جنوا على هذه الدار بالهدم هم الذين بنوها ، والمدينة التي هدمت اسمها براقش ،
ومن ثم قيل : على نفسها جنت براقش ، وفي الحديث : لا يحنى جان الا على نفسه ،

والجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو الإقصاص في الدنيا والاخرة ، والمدنى أنه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه وأباعدته ، فإذا جنى أحدهم جناية لا يطالب بها الاخر لقوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وجنى فلان على نفسه إذا جر جريرة يجنى جناية على قومه ، وتجنى فلان على فلان ذنباً ، إذا تقوله عليه وهو يرى ، وتجنى عليه وجانى ادعى جناية . قال شمر :
حنيت لك وعليك ومنه قوله :

جانيك من يجنى عليك وقد تعدى الصحاح - فتجرب - الجرب
وجنيت الثمرة أجنبيها جنى ، واجتنيها بمعنى . قال ابن سيده : جنى الثمرة ونحوها
وتجناها كل ذلك تناولها من شجرتها . قال الشاعر

إذا دعيت بما في البيت قالت تجن من الجذال وما جنيت
قال أبو حنيفة ، هذا شاعر نزل بقوم فقروه صمناً ولم يأتوه به ولا يكن دلوه
على موضعه وقالوا اذهب فاجنه ، فقال هذا البيت ينم به أم منواه واستعاره
أبو ذؤيب للشرف فقال

وكلاهما قد عاش عيشة ماجد وجنى العلاء لو أن شيئاً ينفع
وفي الحديث إن أمير المؤمنين على بن أبي طالب عليه السلام دخل بيت المال
فقال يا حراء ويا بيضاء احمرى ويايضى وجرى غيرى
هذا جنائى وخياره فيه إذ كل جان يده الى فيه

وأراد على أن يتمثل بهذا البيت الذى قاله فى الجاهلية عمرو بن عدى اللحمى
ابن أخت جذيمة ، أى أنه لم يتلطح بشيء من فى المسلمين بل وضعه بمواضعه .
والجنى الثمر المجتنى ما دام طرياً ، وفى التنزيل العزيز (تساقط عليك رطباً جنياً)
وقال القائل : إنك لا تجنى من العنوك العنب ، وفى حديث أبى بكر رضى الله
عنه أنه رأى أباً ذر رضى الله عنه فدعاه فجنى عليه فسارّه . جنى عليه أكب عليه
والاصل فيه من جنأ يجنأ اذا مال عليه وعطف ، ثم خفف . هذا بعض ما ألمت
به من مادة جنانية ، لغة واستعمالاً ، وشواهد وأمثالا ، وآثاراً وقرآناً تضفى على
البحث كمالاً ، والله الموفق حالاً ومآلاً .

﴿ باب تحريم القتل ﴾

ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه

القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظام ، والدليل عليه قوله عز وجل
(ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها و غضب الله عليه ولعنه وأعد
له عذاباً عظيماً) وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
« لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » وروى ابن عباس رضى الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو أن أهل السموات والأرض اشركوا في
قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل إلا أن لا يشاء ذلك »

(الشرح) قوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها)
الآية . في صحيح البخارى عن ابن جبير قال ، اختلف فيها أهل الكوفة فرحلت
الى ابن عباس فسأته عنها فقال نزلت هذه الآية (ومن يقتل مؤمناً متعمداً
فجزاؤه جهنم) هي آخر ما نزل وما نسخها شيء ، وكذا رواه مسلم والنسائي من
طرق عن شعبة به ورواه أبو داود عن أحمد بن حنبل بسنده عن سعيد بن جبير
عن ابن عباس في الآية فقال ما نسخها شيء

وقال ابن جرير بإسناده عن يحيى الجابري عن سالم بن أبي الجعد قال « كنا
عند ابن عباس بعد ما كف بصره فأتاه رجل فناداه يا عبد الله ما ترى في رجل
قتل مؤمناً متعمداً ؟ فقال جزاؤه جهنم خالداً فيها الخ آخر الآية ، قال أف رأيت
إن تاب وعمل صالحاً ثم اهتدى ؟ قال ابن عباس « ثكلته أمه ، وأنتى له التوبة
والهدى ؟ والذى نفسى بيده لقد سمعت نبيكم صلى الله عليه وسلم يقول : ثكلته
أمه قاتل مؤمن متعمداً جاء يوم القيامة أخذه يمينه أو شماله . تشخب أوداجه
من قبل عرش الرحمن يلزم قاتله شماله ، وييده الاخرى رأسه يقول يارب سل
هذا فيم قتلنى ؟ » وايم الذى نفس عبد الله بيده لقد أنزلت هذه الآية فما نسخها
من آية حتى قبض نبيكم صلى الله عليه وسلم وما نزل بعدها من برهان . وقد رواه

أحمد في مسنده . أما حديث « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم » فإني لم أعر عليه من حديث أبي هريرة ، ولا اتهم المصنف بالخطأ في عزوه إليه فلست أهلاً لذلك ، وإنما وجدت الحديث في سنن النسائي من حديث بريدة رضي الله عنه . وعنده أيضاً من حديث ابن عمر ولفظه « لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » وكذلك الترمذي . وعند ابن ماجه من حديث البراء . أما حديث ابن عباس فقد أخرجه الترمذي من حديث أبي سعيد وأبي هريرة بلفظ « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لسكبهم الله في النار » في الدييات .

أما الأحكام فإن القتل بغير حق حرام ، والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » وقوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ » فأخبر أنه ليس للؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ولم يرد بقوله « إلا خطأ » أن قتله خطأ يجوز ، وإنما أراد لئلا يكتن إذا قتله خطأ فعليه الدية والكفارة .

وقوله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم » الآية ، أما السنة فعلى ما مضى من الأحاديث ، وما سيأتي مما يجاوز الحصر . وأما الاجماع فإنه لا خلاف بين الأمة في تحريم القتل بغير حق . إذا ثبت هذا فن قتل مؤمناً متعمداً بغير حق فسق واستوجب النار ، إلا أن يتوب .

وحكى عن ابن عباس قوله « لا تقبل توبة القاتل » . ودليلنا قوله تعالى (والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يمتثلون النفس التي حرم الله إلا بالحق — الى قوله تعالى — الا من تاب) الآية . ولقوله صلى الله عليه وسلم « التوبة تجب ما قبلها » ولأن التوبة اذا صححت من الكفر فلأن تصح من القتل أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويحب القصاص بجنابة العبد ، وهو أن يقصد الاصابة بما يقتل غالباً فينتله ، والدليل عليه قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس

والعين بالعين والاذن بالاذن والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) الآية . وقوله تعالى (ولكم في القصاص حياة يا أولى الالباب)

وروى عثمان رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا يحل دم امرئ مسلم الا بإحدى ثلاث : الزانى المحصن والمتردد عن دينه وقائل النفس ، ولأنه لو لم يجب القصاص أدى ذلك الى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بحماية الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله عليه السلام ورفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب في عمد الخطأ ، وهو أن يقصد الاصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل ، كما لا يجب حد الزنا في وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا .

(الشرح) قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الخ الايات . أخرج أحمد في مسنده عن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبد الله ابن عباس عن أبيه قال ان الله أنزل ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون وأولئك هم الظالمون وأولئك هم الفاسقون . أنزلها الله في الطائفين من اليهود ، وكانت احدهما قد قهرت الاخرى في الجاهلية حتى ارتضوا واصطلحوا على أن كل قتيل قتلته العزيزة من الذليلة فديته خمسون وسقاً ، وكل قتيل قتلته الذليلة من العزيزة فديته مائة وسق ، فكانوا على ذلك حتى قدم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقتلت الذليلة من العزيزة قتيلاً ، فأرسلت العزيزة الى الذليلة تطلب مائة وسق ، فقالت الذليلة وهل كان في حين دينهما واحد ونسبهما واحد وبلدهما واحد دية بعضهم نصف دية بعض ؟ انما أعطياكم هذا ضيماً منكم لنا وفرقاً منكم . فأما إذ قدم محمد فلا نعطيكم ، فكادت الحرب تهيج بينهما (وهما قريظة والنضير) ثم ارتضوا على أن يجعلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، ثم ذكرت العزيزة فقالت والله ما محمد بمعطيكم منهم ضعف ما يطيبهم منكم ، ولقد صدقوا ما أعطونا هذا الا ضيماً منا وقهراً لهم ؛ فهدسوا الى محمد من يخبر لكم رأيه ان أعطاكم ما تريدون

حكمتوه وإن لم يعطكم حذر ثم فلم تحكوه . فندسوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ناساً من المنافقين ليخبروا لهم رأى النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما جاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر الله رسوله بأمرهم كله وما أرادوا ، فأنزل الله تعالى (يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون - الى قوله تعالى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - إلى قوله تعالى - ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون)

وروى الامام أحمد بإسناده عن الزهري عن أنس أن رسول الله (ص) قرأها (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) نصب النفس ورفع العين . وكذا رواه أبو داود والترمذي والحاكم في مستدرکه من حديث عبد الله ابن المبارك . وقال الترمذي حسن غريب . وقال البخاري تفرد ابن المبارك بهذا الحديث . وقد استدلل كثير ممن ذهب من الاصوليين والفقهاء إلى أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا حكى مقررًا ولم ينسخ كما هو المشهور عند الجمهور ، وكما حكاه الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني عن نص الشافعي وأكثر الأصحاب بهذه الآية حيث كان الحكم عندنا على وفقها في الجنایات .

وقال الحسن البصرى : هي عليهم وعلى الناس عامة . رواه ابن أبي حاتم ، وقد حكى الامام الووى في كتاب الصوم من المجموع في هذه المسئلة ثلاثة أوجه ثالثها : أن شرع ابراهيم حجة دون غيره وصحح منها عدم الحجية . ونقلها الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني أقوالا عن الشافعي وأكثر الأصحاب . ورجح أنه حجة عند الجمهور من أصحابنا . وقد حكى الامام أبو نعمر بن الصباغ في الشامل لإجماع العلماء على الاحتجاج بهذه الآية على ما دلت عليه .

أما حديث عثمان رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود في الدييات عن سليمان ابن حرب والترمذي في الفتن عن أحمد بن الضبي والنسائي في المحاربة عن ابراهيم ابن يعقوب وعن مؤمل بن إهلب وعن أبي الازهر أحمد بن الازهر وابن ماجه في الحدود عن أحمد بن عبدة ، ولفظه أن عثمان أشرف يوم الدار فقال أنشدكم الله أتعلبون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم إلا يأخذى ثلاث ، زنا بعد إحصان ، أو ارتداد بعد اسلام ، أو قتل نفسا بغير حق

فقتل به ، فوالله ما زنت في جاهلية ولا في إسلام ، ولا ارتدت منذ بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا قتلت النفس التي حرم الله ، فبم تقتلونني ؟ قال الترمذي ورواه حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد فرفعه

وروى يحيى بن سعيد القطان وغير واحد عن يحيى بن سعيد هذا الحديث فأوقفوه ولم يرفعوه ، وقد روى هذا الحديث من غير وجه عن عثمان عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا

ورواه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث ، الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة ، وروى أحمد والنسائي عن عائشة مرفوعا : لا يحل دم امرئ مسلم إلا من ثلاثة إلا من زنى بعد ما أحسن ، أو كفر بعد ما أسلم ، أو قتل نسفا فقتل بها ، ورواه مسلم عنها بمعناه .

وفي لفظ رواه النسائي عنها : لا يحل قتل مسلم إلا في إحدى ثلاث خصال زان محصن فيرجم ، ورجل يقتل مسلما متعمدا ، ورجل يخرج من الإسلام فيحارب الله عز وجل فيقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض ، وأخرجه بهذا اللفظ أبو داود والحاكم وصححه .

أما الأحكام فإنه إذا قتل من يكافئه عامداً — وهو أن يقصد قتله بما يقتل غالبا فيموت منه — وجب عليه القصاص لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الآية . وهذه الآية حجة لنا بلا خلاف ، لأن من أصحابنا يقول شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يتصل به تكبير . ومن قال منهم ليس بشرع لنا ، فإن الشرع قد ورد به ثبوت حكم هذه الآية في حقنا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للربيع بنت معوذ حين كسرت سن جارية من الانصار : كتاب الله القصاص ، وليس للسنة ذكر في القصاص إلا في هذه الآية . وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر ، والعبد بالعبد) الآية . وقوله تعالى (ولكم في القصاص حياة)

ومعنى ذلك أن الإنسان إذا علم أنه يقتل إذا قتل لم يقتل ، فكان في ذلك

حياة لها ، وكانت العرب تقول في الجاهلية القتل أنقى ^(١) للقتل ، وكان ما ورد به القرآن أحسن لفظاً وأشمل معنى . وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) والسلطان ههنا القصاص .

وروى عثمان رضى الله عنه وأرضاه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث إلخ ، وقد خرجناه آنفاً ، ولا يجب القصاص للقتل الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولا يجب القصاص في عمد الخطأ وهو أن يقصد إصابته بما لا يقتل غالباً فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلم يجب عليه عقوبة القتل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجب القصاص على صبي ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ، ولأنه عتوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كالحدود والقتل بالكفر . وفي السكران طريقتان ، من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولاً واحداً ، ومنهم من قال فيه قولان ، وقد بيناه في كتاب الطلاق

(فصل) ويقتل المسلم بالمسلم ، والذي بالذمي ، والحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والذكر بالذكر ، والائثى بالائثى ، لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والائثى بالائثى) ويقتل الذمي بالمسلم ، والعبد بالحر ، والائثى بالذكر ، لأنه إذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلا ينال بمن هو أفضل منه أولى ، ويقتل الذكر بالائثى لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن أن الرجل يقتل بالمرأة ، ولأن المرأة كالرجل في حد القذف فكانت كالرجل في القصاص .

(١) ورد هذا المثل بعد دخول الترقيم في الحروف بصيغ مختلفة، مثل القتل

أقى للقتل ، والقتل أبقى للقتل . والقتل أنقى للقتل

(الشرح) قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) الآية . ذكر سبب نزولها العلامة ابن كثير في تفسيره فنقل ما رواه ابن أبي حاتم بالاسناد عن سعيد ابن جبير قال يعني إذا كان عمداً الحر بالحر . وذلك أن حين من الحرب اقتتلوا في الجاهلية قبل الاسلام بقليل ، فكان بينهم قتل وجراحات حتى قتلوا العبيد والنساء ، فلم يأخذ بمضمون من بعض حتى أسلموا ، فكان أحد الحيين يتناول على الآخر في العدة والأموال خلفوا ألا يرضوا حتى يقتل بالعبد منا الحر منهم ، والمرأة منا الرجل منهم ، فنزل فيهم (الحر بالحر والعبد بالعبد والاثني بالاثني) منها منسوخة نسختها النفس بالنفس ، اهـ

أما حديث رفع القلم عن ثلاثة ، فقد أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم في المستدرک عن علي وعمر رضي الله عنهما ، وقد مضى في غير ما موضع . وأما حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده فقد أخرجه مالك في الموطأ والشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتابه إلى أهل اليمن أن الذکر يقتل بالاثني . وهو عندهما عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم أن الذکر يقتل بالاثني . ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن جده ، وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولكنه لم يسمع منه . وكذا أخرجه عبد الرزق عن معمر ومن طريقه الدارقطني . ورواه أبو داود والنسائي من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهري مرسل . ورواه أبو داود في المراسيل عن ابن شهاب قال قرأت في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم حين بعثه إلى نجران وكان الكتاب عند أبي بكر بن حزم .

ورواه النسائي وابن حبان والحاكم والبيهقي موصولا مطولا من حديث الحكم ابن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثني الزهري عن أبي بكر بن أبيه عن جده ، وفرقه الدارمي في مسنده عن الحكم مقطعا .
قال الحافظ بن حجر ؛ وقد اختلف أهل الحديث في صحة هذا الحديث فقال أبو داود في المراسيل . قد أسند هذا الحديث ولا يصح ، والذي في اسناد سليمان

ابن داود وهم إنما هو سليمان بن أرقم . وقال في موضع آخر لا أحدث به ، وقد
 وهم الحكم بن موسى في قوله سليمان بن داود ، وقد حدثني محمد بن الوليد الدمشقي
 أنه قرأ في أصل يحيى بن حمزة بن سليمان بن أرقم ، وهكذا قال أبو زرعة الدمشقي
 أنه الصواب وتبعه صالح جزرة وأبو الحسن الهروي وغيرهما
 وقال صالح جزرة حدثنا دحيم ، قال قرأت في كتاب يحيى بن حمزة حديث
 عمرو بن حزم فإذا هو عن سليمان بن أرقم ، قال صالح كتب عنى هذه الحكاية
 مسلم بن الحجاج .

قال الحافظ : ويؤيد هذه الحكاية ما رواه النسائي عن الهيثم بن مروان
 عن محمد بن بكر عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهري وقال هذا
 أشبه بالصواب . وقال ابن حزم في المحلى صحيفة عمرو بن حزم منقطعة لا تقوم
 بها حجة وسليمان بن داود متفق على تركه .

وقال عبد الحق ، سليمان بن داود الذي يروى هذه النسخة عن الزهري
 ضعيف ، ويقال انه سليمان بن أرقم وتعبه ابن عدي فقال ، هذا خطأ إنما هو
 سليمان بن داود وقد جوده الحكم بن موسى . وقال أبو زرعة عرضت على أحمد
 فقال سليمان بن داود اليمامي ضعيف ، وسليمان بن داود الخولاني ثقة ، وكلاهما
 يروى عن الزهري ؛ والذي روى حديث الصدقات هو الخولاني ، فمن ضعفه
 فإنما ظن أنه اليمامي ، وقد أثبت على سليمان بن داود الخولاني هذا أبو زرعة
 وأبو حاتم وعثمان بن سعيد وجماعة من الحفاظ ، وصححه من حيث الشهرة لا من
 حيث الإسناد الامام الشافعي في رسالته حيث قال لم يتبلوا هذا الحديث حتى
 ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقال ابن عبد البر هذا كتاب مشهور عند أهل السير معروف ما فيه عند
 أهل العلم يستغنى بشهرته عن الاسناد لانه أشبه التواتر في مجيئه ، لتلقى الناس
 له بالقبول والمعرفة .

وقال يعقوب بن أبي سفيان لا أعلم في جميع الكتب المنقولة كتابا أصح من
 كتاب عمرو بن حزم فإن الصحابة والتابعين يرجعون اليه ويدعون رأيهم .

قال الحاكم : قد شهد عمر بن عبد العزيز وإمام عصره الزهري بالصحة لهذا الكتاب .

أما الأحكام فإنه لا يجب على الصبي والمجنون قصاص لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، ولأن القصاص من حقوق الأبدان ، وحقوق الأبدان لا تجب على الصبي والمجنون كما قلنا في الصلاة والصوم ، وإن قتل السكران من يكافئه عمداً فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، ومنهم من قال يجب فيه القصاص قولاً واحداً ، وقد مضى ذكر ذلك في الطلاق .

وان قتل رجلاً وهو عاقل ثم جن أو سكر لم يسقط عنه القصاص ، لأن القصاص قد وجب عليه فلا يسقط بالمجنون والسكر كما لا يسقط عنه ذلك بالانوم وقال الحنابلة في القصاص على السكران إذا قتل حال سكره بناء على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان

(أحدهما) أنه أشبه بالمجنون لزوال عقله ، ولأنه غير مكلف أشبه بالصبي والمجنون . ورجح ابن قدامة منهم القصاص ، لأن الصحابة رضوا الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف ، فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بخطيئته . وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حتى آدمى أولى ، ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لا فضى الى أن من أراد أن يصحى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ، ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ، ولا والله لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل .

فأما ان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم — فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً فلا قصاص عليه ؛ وان كان يزول قريباً ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

(مسألة) وان كان الجاني والمجنى ممن يحد أحدهما بتدفع الآخر فقد ذكرنا أنه يجب القصاص على الجاني فإن قتل المسلم مسلماً والكافر كافراً ، سواء كانا على دين واحد أو على دينين ، أو قتل الرجل رجلاً أو المرأة امرأة ، وقتل الحر حراً

أو العبد عبداً وجب الفصاص على القاتل لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) الخ الآية . ولأن كل واحد منهما مساو لصاحبه فقتل به ، ويقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والأثني بالذكر لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ولأنه إذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أعلا منه أولى ، ويقتل الذكر بالأثني ، وهو قول أكثر العلماء .

وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا يقتل بها ، وقال عطاء يكون ولي المرأة بالخيارين أن يأخذ ديتها وبين أن يقتل الرجل بها ويدفع الى وليه نصف الدية . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، ودليلنا قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة) وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) وهذا عام الا فيما خصه الدليل ، ولحديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بقتل الرجل بالمرأة ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فجرى القصاص بينهما كالرجلين والمرأتين ، ويقتل الخنثى بالرجل والمرأة ، ويقتل الرجل والمرأة بالخنثى لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس)

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ، ولا على الحر بقتل العبد ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة أن لا يقتل حر بعبد . فإن رح ذمي ذمياً ثم أسلم الجاني أو جرح عبد عبداً ثم أعتق الجاني اقتص منه لأنهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لأن الاتصاف كالحد ، والحد يعتبر بحال الوجوب ، بدليل أنه إذا ذني وهو بكر ثم أحسن أقيم عليه حد البكر ولو ذني وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد ، فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب .

وإن قطع مسلم يد ذمي ثم أسلم ثم مات ، أو قطع حر يد عبداً ثم أعتق ثم مات ، لم يجب القصاص ، لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجنابة ، فإن جرح

مسلم مسلماً ثم ارتد الجروح ثم أسلم ثم مات ، فإن أقام في الردة زماناً يسرى الجرح في مثله لم يجب القصاص ، لأن الجناية في الاسلام توجب القصاص ، والردية في الردة تسقط القصاص ، فغلب الاسقاط ، كما لو جرح جرحاً عمداً وجرحاً خطأ ، فإن لم يقم في الردة زماناً يسرى فيه الجرح ففيه قولان أحدهما : لا يجب فيه القصاص ، لأنه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص تسقط . والثاني : يجب القصاص وهو الصحيح ، لأن الجناية والموت وجدوا في حال الاسلام ، وزمان الردة لم يسر فيه الجرح ، فكان وجوده كعدمه وإن قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان :

(أحدهما) يسقط القصاص في الطرف ، لأنه تابع للنفس ، فإذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف

(والثاني) وهو الصحيح أنه يجب ، لأن القصاص في الطرف يجب مستقراً فلا يسقط بسقوطه في النفس ، والدليل عليه أنه لو قطع طرف إنسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وإن سقط في النفس (فصل) وإن قتل مرتد ذمياً ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب القصاص ،

وهو اختيار المزني لأنهما كافران ، فجرى القصاص إيهما كالذميين (والثاني) أنه لا يجب لأن حرمة الاسلام باقية في المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات ، ويحرم استرقاقه ، وإن كانت امرأة لم يجز للذمي نكاحها ، فلا يجوز قتله بالذمي ، وإن جرح مسلم ذمياً ثم ارتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولاً واحداً لأنه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك ، كما لو جرح حر عبداً ثم أعتق العبد وإن قتل ذمياً مرتداً فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمداً ، والدية إن كان خطأ ، لأن الذمي لا يقتل المرتد تديناً . وإنما يقتله عناداً ، فأشبهه إذا قتل مسلماً

وقال أبو اسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية ، وهو الصحيح ، لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل ، كما لو قتله مسلم . وقال أبو سعيد الاصطخري : إن قتله عمداً وجب القصاص لأنه قتله عناداً ؛ وإن قتله خطأ لم يلزمه الدية لأنه لا حرمة له

(فصل) وإن حبس السلطان مرتداً فأسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم بإسلامه فإنه قولان (أحدهما) لا قصاص عليه لأنه لم يقصد قتل من يكافئه (والثاني) يجب عليه القصاص ، لأن المرتد لا يخلى إلا بعد الإسلام ، فالظاهر أنه مسلم فوجب القصاص بقتله . وإن قتل المسلم الزاني المحصن ففيه وجهان (أحدهما) يجب عليه القصاص ، لأن قتله لغيره فوجب عليه القصاص بقتله ، كما لو قتل رجل رجلاً فقتله غير ولي الدم (والثاني) لا يجب ، وهو المنصوص ، لأنه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كما لمرتد .

(الشرح) حديث على كرم الله وجهه رواه أحمد والبخاري والنسائي وأبو داود والترمذي عن أبي جحيفة قال : قلت لعلي هل عندكم شيء من الوحي ما ليس في القرآن؟ فقال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا فهماً يعطيه الله رجلاً في القرآن وما في هذه الصحيفة . قلت : وما في هذه الصحيفة؟ قال العقل وفكك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر .

وأخرج أحمد والنسائي وأبو داود والحاكم وصححه عن علي أن النبي (ص) قال : المؤمنون تنكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، ألا لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده .

أما الأحكام فقد قال الشافعي في الام : وخطبته صلى الله عليه وسلم يوم الفتح كانت بسبب القتيل الذي قتلته خزاعة وكان له عهد ، فخطب النبي (ص) فقال : لو قتلت مسلماً بكافر لقتلته به . وقال : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده .

إذا ثبت هذا فإنه لا يقتل المسلم بالكافر ، سواء كان الكافر ذمياً أو مستأمناً أو معاهداً ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية ، وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى والثوري وابن شبرمة وأحمد وإسحاق وعطاء وعكرمة والاوزاعي ومالك ، وقال الشعبي والنخعي وأبو حنيفة يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل بالمستأمن ، وهو المشهور عن أبي يوسف ، وروى عن أبي يوسف أنه قال يقتل بالمستأمن

وقال أحد ، الشامي والنخعي قالا : دية المجوسى واليهودى كدية المسلم وان قتله يقتل به ، هذا عجب ! يصير اليهودى مثل المسلم ؟ سبحان الله ! ! ما هذا القول ؟ واسدشه .

ودليلنا على أصحاب الراى ما روى أبو جحيفة قال ، قلت لأمى رضى الله عنه يا أمير المؤمنين هل عندكم سوداء فى بياض ليس فى كتاب الله ؟ قال لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ما علمته ، إلا فهمأ يعطيه الله رجالا للقرآن وما فى هذه الصحيفة ، قلت وما فى هذه الصحيفة ؟ قال فيها العقل وفكك الأسير وألا يقتل مسلم بكافر .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده .

ومعنى قوله لا يقتل ذو عهد فى عهده . أى لا يجوز قتل أهل الذمة ، ولأنه مسلم قتل كافراً فلم يقتل به كالمستأمن .

(فرع) وإن قتل الكافر كافراً ثم أسلم القتال ، أو جرح الكافر كافراً مات المجرور وأسلم الجراح قتل به . وقال الاوزاعى لا يقتل به . ودليلنا ما روى البيهقى من حديث عبد الرحمن بن اليماني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلماً بعهده وقال أنا أكرم من وفى بدمته . وتأويله أنه قتله كافراً ثم أسلم ، ولأن القصاص حد والاعتبار بالحد حال الوجوب دون حال الاستيفاء ، بدليل أنه لو زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن ، أو زنى وهو عبد فلم يحد حتى أعتق اعتبر حال الوجوب ، وهذا كان مكافئاً له حال الوجوب فلم يتغير بما طرأ بعده وإن جرح الكافر كافراً فأسلم الجراح ثم مات المجرور فتميه وجهان .

(أحدهما) لا قصاص عليه لأنه قد أنت عليه حالة أو قتله فيها لم يجب عليه القصاص (والثانى) يجب عليه القصاص وهو المشهور اعتباراً بحالة الاصابة ، كالو مات المجرور ثم أسلم الجراح

(مسألة) ان قتل حر عبداً لم يقتل به ، سواء كان عبده أو عبد غيره . وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى وزيد بن ثابت وابن الزبير ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال النخعي يقتل به ، سواء كان عبده أم عبد غيره .

وقال أبو حنيفة : يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه ، فإن قتل حر كافر عبداً مسلماً لم يقتل به ، لأن الحر لا يقتل بالعبد ، وإن قتل عبد مسلم حرّاً كافراً لم يقتل به ، لأن المسلم لا يقتل بالكافر . وإن قتل عبد عبداً ثم أعتق القاتل وجرح عبد عبداً فمات المجروح ثم أعتق الجرح قتل به لأنه كان مساوياً له حال الجناية ، وإن أعتق الجرح ثم مات المجروح فهل يجب عليه القصاص؟ فيه وجهان كما قلنا في الكافر إذا جرح كافراً فأسلم الجرح ثم مات المجروح . وإن قتل ذمي عبداً ثم لحق الذمي بدار الحرب وأخذ المسلمون واسترقوه لم يقتل به ، لأنه كان حين وجوب القصاص حرّاً فلم يتغير حكمه .

(فرع) وإن قطع مسلم يد ذمي ثم أسلم الذمي ثم مات فلا قصاص على المسلم وكذلك إذا قطع حر يد عبد ثم أعتق العبد ثم مات فلا قصاص على الحر ، لأن القصاص لما سقط في القطع سقط في سرايته ، ولأن القصاص - معتبراً بحال الجناية - هو غير كاف له ، فلم يجب عليه القصاص كما قلنا في الكافر إذا قطع يد الكافر ثم مات المقطوع وأسلم القاطع ، وإن قطع مسلم يد مرتد أو يد حربى ثم أسلم المقطوع ثم مات لم يجب على القاطع قود ولا دية ، لأنه لم يكن مضموناً حال الجناية . ومن أصحابنا من قال يجب فيه دية مسلم لأنه مسلم حال استقرار الجناية ، والأول أصح .

وإن رمى مسلم إلى ذمي سهماً فأسلم ثم وقع به السهم فمات لم يجب به القود ووجب فيه دية مسلم ، وفارق جزاء الصيد لأنه مال فاعتبر فيه حال الإصابة لأنه حال الاستقرار والقود ليس بمال فاعتبر فيه حال الإرسال ، فإذا أوجبتنا الدية في المرتد والحربي إذا أسلما قبل الإصابة وبعد الإرسال ، فإن أبا إسحاق المروزي قال لا تجب الدية في الحربي وتجب في المرتد ، لأن الحربي كان له رميه والمرتد ليس له قتله وإنما قتله إلى الامام . ومن أصحابنا من قال لا دية فيهما ، والأول هو المنصوص .

وإن قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات من الجراحة فهل يجب على الجرح القود؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال ينظر فيه فإن أقام في الردة زماناً تسرى فيه الجراحة لم تجب وعليه القود في النفس قولاً واحداً لأن

الجنائية في الإسلام. توجب القصاص والسراية في حال الردة لا وجب القصاص وقد خرجت الروح منهما فلم يجب القصاص كما لو جرحه بجراحة عمد أو جراحة خطأ ومات منها. وإن أقام في الردة زماناً لا تسرى فيه الجراحة فهل يجب عليه القصاص في النفس؟ فيه قولان :

أحدهما : يجب القصاص لأن الجاية والسراية في حال الإسلام ، وزمان الردة لا تأثير له .

والثاني : لا يجب القصاص لأنه كما لو طلق امرأته ثلاثاً في مرض موته ثم ارتدت ثم مات فإنها لا ترثه . ومن أصحابنا من قال القولان في الحالين ، لأن الشافعي رحمه الله قال في الأم : لو قطع ذمي يد مستأمن فنقض العهد في عهد المستأمن ولحق بدار الحرب ثم عاد بأمان ثم سرت إلى نفسه ، فهل على القاطع القود؟ فيه قولان ، ونقض المستأمن العهد كالردة للمسلم

(مسألة) وإن قتل المرتد ذمياً فهل يجب عليه القود؟ فيه قولان :

أحدهما : يجب عليه القود ، وهو اختيار الشافعي والمزني لأنهما بكافران فجرى القصاص بينهما كالذميين ، ولأن الذي أحسن حالا من المرتد ، لأنه مقر على دينه والمرتد غير مقر على دينه ، فعلى هذا يجب عليه القصاص سواء رجع إلى الإسلام أو لم يرجع ، لأن القصاص قد وجب عليه حال الجنائية فلم يسقط بالإسلام كالذمي إذا جرح الذمي ثم أسلم الجراح ثم مات .

(وإثاني) لا يجب عليه القصاص ، لأنه شخص يجب في ماله الزكاة فلم يقتل بالذمي كالمسلم ، فعلى هذا يجب عليه الدية ، فإن رجع إلى الإسلام تعلقت الدية بدمته . وإن مات أو قتل على الردة تعلقت بماله ، وإن جرح المسلم ذمياً ثم ارتد الجراح ثم مات المجرور لم يجب القصاص قولاً واحداً ، وإن قتل الذمي مرتداً فهل يجب عليه القود؟

قال الحراسانيون من أصحابنا يبنى على القولين في المرتد إذا قتل الذمي .

وقال البغداديون من أصحابنا فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة - أنه يجب عليه القود ، فإن عفا عنه أو كانت الجنائية طأً وجبت فيه الدية ، لأن قتله بالردة للمسلمين ، فإذا قتله غيرهم وجب عليه الضمان

كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثاني) وهو قول أبي الطيب وأبي سعيد
 الاصطخري أنه يجب عليه القود ، فإن عفا عنه أو كانت الجاية خطأ لم يجب
 عليه الدية ، لأن القود إنما يجب عليه لاعتقائه الذي أنه مثله وأنه مكافئ له ولا
 يجب عليه الدية ، لأنه لا قيمة لديته (والثالث) وهو قول أبي اسحاق - وهو
 الأصح - أنه لا يجب عليه القود ولا الدية ، لأن كل من لا يضمه المسلم بقود
 ولا دية لم يضمه الذي كالحربي . وإن قتل المرتد مرتدأ فهل يجب عليه القصاص
 فيه وجهان حكاهما الصيمري ، أحدهما يجب عليه القصاص لأنه ربما يسلم القاتل
 (مسألة) إذا حبس السلطان مرتدأ فأسلم وخلاه فقتله رجل قبل أن يعلم

بإسلامه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لم يقصد قتل من يكافئه ، فعلى هذا يجب

عليه دية مسلم .

(والثاني) يجب عليه القود ، لأن الظاهر من المرتد أنه لا يخلى من حبس
 السلطان وفي دار الاسلام إلا بعد إسلامه ، وقال الطبري : وإن أسلم الذي
 وقتله المسلم قبل أن يعلم بإسلامه أو أعتق العبد فقتله حر قبل أن يعلم بعتقه
 فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان كالتالي قبلها . وأما الزاني المحسن إذا قتله رجل
 بغير إذن الإمام فقيه وجهان :

(أحدهما) أن عليه القود لأن قتل المحسن إلى الإمام ، فإذا قتله غيره بغير

إذنه وجب عليه القود كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم

(والثاني) لا يجب عليه القود - وهو المنصوص - ما روى أن رجلا

قال يا رسول الله وجدت مع امرأتى رجلا أقامه حتى أقيم البيعة ؟ قال نعم ،
 فدل على أنه إذا أقام البيعة لا يمهله بل له أن يقتله .

وروى ابن المسيب أن رجلا وجد مع امرأته رجلا فقتله فأشكل فيه الأمر
 على معاوية رضي الله عنه فكتب في ذلك إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه
 فسأله أن يسأل علياً رضي الله عنه عن ذلك فقال علي رضي الله عنه : ما هذا شيء
 وقع بأرضنا عزمنا عليك إلا أخبرني ، فقال له : كتب إلي بذلك معاوية ،

فقال علي : أنا أبو الحسن لها ، إن أقام البيعة وإلا أعطى برمته (والزمة الحبل الذي يربط به الرجل اذا قدم للقتل)

ويروى العمري في البيان أن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه خرج في غزوة وترك يهودياً في بيته يخدم امرأته فلما كان في بعض الليالي خرج رجل من المسلمين في سحر فسمع اليهودى يقول :

وأشعث غره الاسلام من خلوت بعرسه ليل النمام

أبيت على ترائبها ويمسى على حرد . . . الخ ما قال

فدخل عليه الرجل وقتله ، فأخبر بذلك عمر رضى الله عنه فأهدر دم اليهودى ولم تثبت عندي هذه الواقعة لأمور كثيرة ، لأنه في حاجة إلى إثبات إحصان اليهودى وإلى أربعة شهود على الإقرار بالشعر إذا قلنا بصحة الشهادة على الإقرار وقلنا بصحة كونه شعرا ، وقلنا بدم الرجوع الى الامام هل يصح ، وسيأتى في الحدود ، وأخيراً صحة إسناد الرواية

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجب القصاص على الاب يقتل ولده ، ولا على الام يقتل ولدها ، لما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الاب من إبه ، فإذا ثبت هذا في الاب ثبت في الأم ، لأنها كالاب في اولادة ، ولا يجب على الجد وان علا ، ولا على الجدة وان علت يقتل ولد الولد وان سفل لمشاركهم الاب والام في الولادة وأحكامها

وإن ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل أن يلحق نسبه بأحدهما لم يجب القصاص لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الاب ، وإن رجعا في الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حن ويجب عليهما ، فلا يقبل رجوعهما فيه بعد الإقرار . وإن رجع أحدهما وجب عليه القصاص ، لأنه ثبتت الأبوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع .

وان اشترك رجلان في وطء امرأة وأنت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب القصاص ، وإن أنكرا أحدهما النسب

لم يقبل إنكاره ولم يحب عليه القصاص ، لأن بإنكاره لا يقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها ، فإن هناك لحق النسب بالآخر وانقطع عن الرجوع ، وإن قتل زوجته وله منها ابن لم يحب عليه القصاص ، لأنه إذا لم يحب له عليه بجنائته عليه فلا يحب له عليه بجنائته على أمه ، وإن كان لها إبنان أحدهما منه والآخر من غيره لم يحب عليه القصاص ، لأن القصاص لا يقطع ، فإذا سقط نصيب إبنه سقط نصيب الآخر ، كما لو وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا أحدهما عن حقه ، وإن اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل أبوه المبدل لم يحز للمكاتب أن يقتص منه ، لأنه إذا لم يحب له القصاص عليه بجنائته عليه لم يحب بجنائته على عبده .

(فصل) ويقتل الابن بالاب لأنه إذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ، وإن جنى المكاتب على أبيه وهو في ملكه ففيه وجهان (أحدهما) لا يقتص منه ، لأن المولى لا يقتص منه لعمده

(والثاني) يقتص منه ، واليه أو ما الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ، لأن المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة ، وأبوه ثبت له حق الحرية بالإين ، ولهذا لا يملك بيعه فصار كالإبن الحر إذا جنى على أبيه الحر

(فصل) وإن قتل مسلم ذمياً أو قتل حر عبداً أو قتل الاب ابنه في المحاربة ففيه قولان (أحدهما) لا يحب عليه القصاص لما ذكرناه من الاخبار ، ولأن من لا يقتل بغيره إذا قتله في غير المحاربة لم يقتل به إذا قتله في المحاربة كالمنحط . (والثاني) أنه يحب لأن المتل في المحاربة تأكد لحق الله تعالى ، حتى لا يجوز فيه عفو المولى ، فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا .

(الشرح) حديث عمر بن الخطاب نازع في صحته ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر وقالوا - واللفظ لابن المنذر - قد رووا في هذا أخباراً قلت : والحديث أخرجه الترمذي في الدييات عن أبي سعيد الأشج وابن ماجه في الدييات عن أبي بكر بن أبي شيبه ، كما أخرجه الترمذي فيه عن ابن بشار من حديث ابن عباس وانظروا لا تقام الحدود في المساجد ولا يقتل الوالد بالولد ، وأخرجه

ابن ماجه عن ابن عباس أيضا في الحدود عن هرون بن محمد بن بكار . وزعم ابن قدامة في المغني^(١) رواية النسائي له عن عمر ولم أجده هناك . وقد ذكر الحديثين (أعنى حديث عمر وحديث ابن عباس) ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته عن الاسناد فيه ، حتى يكون الاسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ، ولأن النبي (ص) قال : أنت ومالك لأبيك ، وقضية هذه الاضافة تليكه اياه ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الاضافة شبهة في درء القصاص لأنه يدرأ بالشبهات ، ولأنه سبب ايجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على أعدامه . وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الاب سائر الناس

أما الاحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يقتل والد بولد لأنه اجماع ولا حد من قبل أم ولا أب .

وجملة ذلك أن الاب إذا قتل ولده لم يجب عليه القصاص ، وبه قال عمر وابن عباس من الصحابة ، ومن الفقهاء ربيعة والاوزاعي وأبو حنيفة وأحمد واسحاق . وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر : يقتل به اظاهر الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين

وقال مالك : ان رماه بالسيف فقتله لم يقتل لأنه قد يريد بذلك التأديب . وان أضجعه وذبحه قتل به . دليلنا ما روى عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يقاد والد بولده ، ولأن كل من لا يقتل به اذا رماه بالسيف لم يقتل به ، وان أضجعه وذبحه كالمسلم اذا ذبح الكافر

فإن قيل : ما معنى قول الشافعي لأنه اجماع ، ومالك يخالف ؟ فله تأويلان أحدهما أنه أراد به اجماع الصحابة ، لأنه روى عن عمر وابن عباس ولا يخالف لهما في الصحابة ، والثاني أنه أراد اذا رماه بالسيف فإنه اجماع ، ولا تقتل الأم

(١) من أمهات الكتب في الشريعة على مذهب أحمد ولم يعن أحد بتحقيق

أحاديثه وتحرير أقواله في هوامش دقيقة مدروسة ، وقد حاولنا ذلك في هامش نسختنا .
المطبعي .

ولا أحد من الجدات من قبل الأم أو الأب ، ولا أحد من الاجداد من قبل
الأب والأم باولاد وان سفل

قال الطبري : وذكر صاحب التلخيص قولاً آخر أن غير الأب من الأمهات
والاجداد يقتلون بالولد . قال أصحابنا ولا يعرف هذا للشافعي ، ولعله قاس على
رجوعهم في هبتهم له فإن فيه قولين عند الخراسانيين . والدليل عليه الحديث
« لا يقاد والد بولده ، والوالد يتمع على الجميع ، ولأن ذلك حكم يتملق باولادة
نشاركوا فيه الأب كالعق بالملك ووجوب النفقة

(فرع) وإن ادعى رجلان نسب لفيط ولا بينة لأحدهما عرض على القافة
— فإن قتلاه قبل أن يلحق بأحدهما — لم يجب على أحدهما قود لأن كل واحد
منهما يجوز أن يكون أباه ، فإن رجعا عن الاقرار بنسبه لم يسقط نسبه عن
أحدهما ، لأن معنى من أقر بنسب احتمال صدقه لم يحز إسقاطه برجوعه ، فإن
رجع أحدهما وأقام الآخر بينة على دعواه انتفى نسبه عن الراجع ولحق بالآخر
لأن رجوع الراجع لا يسقط نسبه ، ويسقط القصاص عن الذي لحق نسبه به ،
ويجب القصاص على الراجع ، لأنه شارك الأب ، ولا يكون القصاص للأب
لأنه قاتل ، بل يكون لورثة القاتل ، ويجب على الأب لهم نصيب الدية

وإن تزوج رجل امرأة في عدتها من غيره ووطنها جاهلاً بالتحريم وأتت
بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما فقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب
على أحدهما قود لجواز أن يكون كل واحد منهما أباه ، فإن رجعا لم يقبل رجوعهما
فإن رجع أحدهما وأقدم الآخر على الدعوى لم يسقط نسبه عن الراجع ولم يجب
عليه القود ، ويفارق التي قبلها لأن الابوة هناك ثبتت بالاعتراف فقبل رجوعه
مع إقامة الآخر على الدعوى ، وهما الابوة ثبتت بالفراش فلم تسقط بالرجوع
(فرع) وإن قتل رجل زوجته وله منها ابن لم يجب له على الأب القود ،

لأنه إذا لم يقد به إذا قتله لم يجب عليه القود بالارث من أمه ، وإن كان لها ابنان
أحدهما من زوجها الماتل لها والثاني من آخر لم يجب على الزوج القود ، لأن القود
يكون مشتركاً بين الاثنين ، والابن لا يثبت له القود على أبيه ، فإذا سقط حقه
من القود سقط حق شريكه ، كما لو ثبت القود على رجلين فعنى أحدهما

(مسألة) قوله «ويقتل الابن بالاب إخ» فجملة ذلك أن اولد يقتل بالوالد لأن الوالد أكمل منه فقتل به ، كما يقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والمرأة بالرجل وذلك كله إجماع ، فإن كان هناك رجل له زوجة وهما متوارثان وبينهما إنسان فقتل أحد الاثنين أباهما عمداً ثم قتل الابن الآخر أمهما عمداً فإن القصاص يجب على قاتل الأم ويسقط. عن قاتل الأب ، لأنه لما قتل الابن الاب لم يرثه ، وإنما ترث الزوجة الثمن وقاتل الأم الباقي وملكا عليه القود ، فلما قتل الابن الآخر الأم لم يرثها وإنما يرثها قاتل الاب وقد كانت تملك عليه ثمن القود وانتقل ذلك اليه ، فإذا ملك بعض ما عليه من القود سقط عنه القود لأنه لا يتبعض فسقط الجميع ، وكان لقاتل الأب القود على قاتل الأم ، لأنه لا وارث لها سواء ، ولقاتل الأم على قاتل الأب سبعة أثمان دية الاب ، فإن عفا قاتل الاب عن قاتل الام وجب له عليه دية الام ، وهل يسقط عن كل واحد منهما ما يساوى ماله على الآخر ؟ على الاقوال الاربعة في المعاصصة .

فإذا قلنا يسقط بقى على قاتل الاب ثلاثة أثمان دية الاب ، فإذا قلنا لا يسقط أدى كل واحد منهما ما عليه للآخر ، وإن اقتضى قاتل الاب من قاتل الام ، فإن كان لقاتل الام ورثة غير قاتل الاب طالبوه بسبعة أثمان دية الاب ، وإن لم يكن له وارث غيره فهل يرثه ؟ فيه وجهان في القاتل بالقصاص هل يرث ؟ الصحيح أنه لا يرثه ، فأما إذا لم يرث الزوجة من الزوج — فإن كانت بائنا منه أو كانت غير بائن منه إلا أن أحدهما جرح أباه وجرح الآخر أمه ثم خرجت روحهما في حالة واحدة ، فإن كل واحد من الإثنين لا يرث من قتله ، ولكنه يرث الابن الآخر. واختلص أصحابنا هل يثبت القود في ذلك ؟ فقال ، أكثرهما يجب لكل واحد منهما القود على أخيه ، لأن كل واحد منهما ورث من قتله أخوه فوجب له على أخيه القود ، فعلى هذا إن كان قاتل الاب قتله أو لا اقتص منه قاتل الام ، فإن كان لقاتل الاب وارث غير قاتل الام اقتص من قاتل الام ، وإن لم يكن له وارث غير قاتل الام ، فإن قلنا ان القتل بالقصاص لا يمنع الميراث — ورث القود على نفسه وسقط . وإن قلنا إن القتل بالقصاص يمنع الميراث انتقل القصاص إلى من يده من العصابات ، فإن لم تكن عصابة كان القصاص إلى الامام ، وإن قتلاهما

حالة واحدة أو جرحاها وخرجت روحاها في حالة واحدة ثبت لكل واحد
منهما القصاص على صاحبه ولا يقدم أحدهما على الآخر بل إن تشاحا في البادية
منهما أقرع بينهما . فإذا خرجت القرعة لأحدهما فاقص ، أو بادر أحدهما فقتل
الآخر من غير قرعة فقد استوفى حقه ولو ارث المقتول أن يقتل الابن المقتص ،
وإن كان المقتص من ورثته فهل يرثه ، على الوجهين ، الصحيح لا يرثه .

وقال ابن اللبان : القصاص لا يثبت ههنا لانه لا سبيل الى أن يستوفى كل
واحد منهما القصاص من صاحبه ، فلو بدأ أحدهما فاقصص من أخيه بطل حق
المقتص منه من القصاص ، لأن حقه ينتقل الى وارثه إن شاء قتل وإن شاء
ترك . وأما القرعة فلا تستعمل في إثبات القصاص ، فعلى هذا يكون على قاتل
الاب دية الام لقاتل الاب

قال ابن اللبان : فإن مات أحد القاتلين قبل أن يتحاكما كان لورثة الميت أن
يقتلوا الآخر ، ويرجع الآخر أو وارثه في تركه الميت بدية الذي قتله الميت من
الابوين ، ولا يقال إن القصاص سقط ثم وجب لانه لم يثبت لانه لم يجب
واكن لم يثبت لتعذر الاستيفاء ، وإذا أمكن الاستيفاء ثبت والاول هو المشهور
بقي أن تعرف أن الشريعة السمحة جعلت لولى الدم الحق في استيفاء حقه أو
العفو عن القصاص اكتفاء بالدية أو العفو عنهما ، وما جر الى انتشار جرائم
النار في ديارنا المصرية لا سيما في الصيد الا إغفال القوانين الوضعية هذا الجانب
الاصلي في استقرار الامن في البلاد ، فان ركون المرء الى من يتولى الحكم في قضيته
بما أنزل الله بحمله قابلا كل حكم يصدر ، وقد ينشر التسامح والعفو بينهم (فمن
عنى له من أخيه شيء فانباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان) ومن ثم تتلاشى أسباب
الغمر والسخائم والاحقاد التي تنمو بنمو النار . وقد نبه على هذا المستشار أحمد
موافى النائب العام الاسبق في كتابه بحث مقارن بين الشريعة والقوانين الرضعية
ولا شك أن مراعاة شعور ولى الدم له أثره في امتصاص غضبه وتهدئة ثائرتة .
وحرص الشرع على ألا يهدر دم في الاسلام يطبقه الإحن بين الناس ويحسم
ما بينهم من نزاع وأضغان (ومن أصدق من الله حكما لقوم يوقنون)
(فرع) إذا كان هناك أربعة أخوة يرث بعضهم بعضا فقتل الذكر الذي يليه

وقتل الثالث الصغير ، وجب القصاص على الثالث وعلى الكبير نصف الدية لأن الكبير لما قتل الثاني وجب عليه القصاص للثالث والرابع ، فلما قتل الثالث الرابع وجب القصاص على الثالث للكبير وسقط القصاص عن الكبير لأنه وارث بمض دم نفسه عن الرابع فسقط عنه القصاص ووجب عليه للثالث نصف دية الثاني . وإن قتل رجل ابن أخيه وورث المقتول أبوه ثم مات أبو المقتول ولم يخلف وارثاً غير القاتل فإنه يرثه ويسقط عنه القصاص لأنه ملك جميع ما ملكه أبو المقتول فكانه ملك دم نفسه فسقط عنه القصاص

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتقتل الجماعة باوحد إذا اشتركوا في قتله ، وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل اليه ووجب القصاص عليه ، والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلاً ، وقال لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلتهم ، ولأننا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقاً إلى إسقاط القصاص وسفك الدماء .

فإن اشترك جماعة في القتل وجناية بعضهم عمداً وجناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمحض قتل العمد فلم يجب القصاص وإن اشترك الأب والاجنبي في قتل الإبن وجب القصاص على الاجنبي ، لأن مشاركة الأب لم تغير صفة العمد في القتل فلم يسقط القود عن شريكه . كمشاركة غير الأب

وإن اشترك صبي وبالغ في القتل — فإن قلنا إن عمد الصبي خطأ — لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطئ . وإن قلنا إن عمده عمد وجب ، لأن شريكه عامد فهو كشريك الأب

وإن جرح رجل نفسه وجرحه آخر أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات . ففيه قولان :

(أحدهما) يجب القصاص على الجرح لأنه شاركة في القتل عامداً فوجب

عليه القصاص كشرىك الأب (والثاني) لا يجب لأنه إذا لم يجب على شريك الخطي .
وجنايته مضمونة فلأن لا يجب على شريك الجرح نفسه والسبع وجنايتهما غير
مضمونة أولى . وإن جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص
عليهما ، لأن الجرح له سراية في البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من
جراحات فلم تمكن إضافة القتل إلى واحد بعينه ولا يمكن إسقاط القصاص فوجب
على الجميع . وإن قطع أحدهما يده وحز الآخر رقبته أو قطع حلقومه ومريئه أو
شق بطنه فأخرج حشوته ، فالأول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثاني
قاتل لأن الثاني قطع سراية القصاص فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الآخر . وإن
قطع أحدهما حلقومه ومريئه أو شق بطنه وأخرج حشوته ثم حر الآخر رقبته
فالقاتل هو الأول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وإنما يتحرك حركة مذبح
ولهذا يسقط حكم كلامه في الإقرار والوصية والاسلام والتوبة . وإن أجافه جافة
يتحقق الموت منها إلا أن الحياة فيه مستقرة ثم قتله الآخر كان القاتل هو الثاني ،
لأن حكم الحياة باق . ولهذا أوصى عمر رضي الله عنه بعد ماسق اللبن وخرج من
الجرح ووقع الأيباس منه فعمل وصيته فجرى مجرى المريض المأبوس منه إذا قتل
وإن جرحه رجل فداوى جرحه بسم غير موح إلا أنه يقتل في الغالب ، أو خاط
جرحه في لحم حى أو خاف التآكل فقطعه فمات ففي وجوب القتل على الجاني طريقان
من أصحابنا من قال فيه قولان ، أحدهما يجب عليه القتل . والثاني لا يجب لأنه
شاركه في القتل من لاضمان عليه فكان في قتله قولان ، كالجرح إذا شاركه المجرع
أو السبع في الجرح ومنهم من قال لا يجب عليه القتل قولاً واحداً لأن المجرع مهنالم يقصد
الجناية وإنما قصد المداواة فكان فعله عمداً خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمجرع
هناك والسبع قصد الجناية فوجب القتل على شريكهما ، وإن كان على رأس مولى
عليه سلامة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولي بسم غير موح أو خاط جرحه
في لحم حى ومات ففيه قولان ، أحدهما يجب على الولي القصاص لأنه جرح جرحاً مخوفاً
فوجب عليه القصاص كما فعله غير الولي والثاني لا قصاص عليه لأنه لم يقصد الجناية وإنما
قصد المداواة وله نظر في مداواته فلم يجب عليه القصاص ، فإن قلنا يجب عليه القصاص

وجب على الجارح لانهما شريكان في القتل ، وان قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لانه شارك من فعله عمد خطأ

(الشرح) في هذا الفصل لغات ، فقوله حشوته هي يقال حشوة بالكسر والضم . وحافومه مجرى النفس ، وهو القصبة والمرىء مدخل الطعام والشراب وقوله غير موح ، أى غير مسرع ، والوحا السرعة ؛ وقوله عليه سلعة ، فالسلعة بالكسر زيادة في البدن كالجزوة وتكون في مقدار حمصة إلى بطيخة ، والساعة بالفتح الجراحة ، والجائفة الطئنة التي تبلغ الجوف ، وجافه الدواء فهو بجوف إذا دخل جوفه ، وفي الحديث : في الجائفة ثلث الدية ،

أما الاحكام فإن الجماعة تقتل باواحد ، وهو أن يجنى عليه كل واحد منهم جنابة لو انفرد بها مات منها وجب عليه القصاص ، وبه قال من الصحابة عمر وعلي وابن عباس والمغيرة بن شعبة . ومن التابعين ابن المسيب وعطاء والحسن وأبو سلمة . ومن الفقهاء الاوزاعي والثوري ومالك وأحمد وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور . وقال محمد بن الحسن ليس هذا بقياس وإنما صرنا اليه من طريق الاثر والسنة . وقال ابن الزبير ومعاذ بن جبل والزهرى وابن سيرين : لا يقتل الجماعة بالواحد بل للولى أن يختار واحداً منهم فيقتله ويأخذ من الباقي حصتهم من الدية وقال ربيعة وداود : يسقط القصاص ، وبه قال حبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وابن المنذر ، وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس

ووجه قول ابن الزبير ومن قال مثله أن كل واحد منهم مكافئ له فلا تستوفى أبدالاً بمثل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) فقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ، ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت في العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

دليلنا قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة) فأوجب القصاص لاستيفاء الحياة ، وذلك أنه متى علم الانسان أنه إذا قتل غيره قتل به لم يقدم على القتل ، فلو قلنا لا تقتل الجماعة باواحد لكان الاشتراك يسقط القصاص ، وسقط هذا

المعنى . وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) والسلطان القصاص ، ولم يفرق بين أن يقتله واحد أو جماعة . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله فمن قتل بدمه قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، وقد أخرج مالك في الموطأ أن عمر رضى الله عنه قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً ، وقال لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً ، وموضع الدليل « فمن ، ومن يستغرق الجماعة والواحد

(فرع) وإن اشترك اثنان في قتل رجل وأحدهما يجب عليه القود ، ولو انفرد دون الآخر نظرت — فإن كان سقوط القود عن أحدهما لمعنى في فعله ، مثل أن كان أحدهما مخطئاً والآخر عامداً — لم يجب القصاص على واحد منهما ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك يجب القصاص على العامد منهما . دليلنا أن الروح لم تخرج عن عمد الاثني فلم يجب عليه القصاص ، كما لو جرحه خطأ فمات منه .

وان شارك الصبي والمجنون — وهما عامدان — في الجناية بنى ذلك على عمدها ، وفيه قولان أحدهما أن عمدتهما في حكم الخطأ ؛ وبه قال مالك وأبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفتق » فأخبر أن القلم مرفوع عنهما فدل على أن عمدتهما في حكم الخطأ ، ولأن عمدتهما لو كان في حكم العمد لوجب عليهما القصاص ، فملى هذا لا يجب على من شاركهما في الجناية ، وإنما سقط القصاص عنهما لمعنى في أنفسهما كشريك الأب ، ولأن الصبي أو أكل في الصوم عامداً لبطال صومه ، فلو أن لعمده حكماً لما بطل صومه . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقال المسعودي : المجنون الذي لا يميز ، والطفل الذي لا يعقل مثله عمدتها خطأ قولاً واحداً ، فلا يجب على شريكها القصاص ، وان شارك من لا ضمان عليه مثل أن جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر أو قطعت يده بقصاص أو سرقة وجرحه آخر ومات فهل يجب القصاص على الشريك الذي عليه الضمان ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب عليه القصاص ،

لأنه شارك في القتل عامداً فوجب عليه القصاص كشريك الأب (والثاني) لا يجب عليه الفصاعس إذا شارك من لا ضمان عليه أولاً

(فرع) وإن جرحه رجل جراحة يقتل منها عامداً فداوى نفسه بسم فمات نظرت - فإن كان سماً مرحياً يقتل في الحال لم يجب على الجراح قصاص في النفس لأنه قطع سراية جرحه بالسم ، فصار كما لو جرحه رجل ثم ذبح نفسه وإن كان السم قد يقتل وقد لا يقتل ، والغالب أنه لا يقتل لم يجب على الجراح قصاص في النفس لأنه مات من فعلين ، وأحدهما عمد خطأ ، فهو كما لو شارك العامد مخطئاً ، وإن كان المسم قد يقتل وقد لا يقتل والغالب أنه يقتل بأن وضع سيانیه البوتاسيوم على الجرح فهل يجب القصاص على الجراح في النفس ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان ، لأنه شارك قاصداً إلى الجنابة ولا يجب عليه الضمان ، فهو كما لو جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر ، ومنهم من قال لا يجب عليه القصاص قولاً واحداً ، لأنه لم يقصد الجنابة على نفسه وإنما قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ بخلاف شريك السبع وشريك من جرح نفسه وأنهما قصداً الجنابة

(فرع) وإن جرحه رجل فخطب جرحه فمات نظرت - فإن خيط في اللحم ميت كاللحم إذا قطعه السيف فإن القود يجب على الجراح لأنه لا سراية للخباطة في اللحم الميت ، وإن خيط في اللحم الحي نظرت - فإن خاطه المروح بنفسه أو خاطه غيره بأمره - فهل يجب القود على الجراح في النفس ؟ فيه طريقتان كما قلنا فيه إذا داوى جرحه بسم قد يقتل وقد لا يقتل ، إلا أنه يقتل في الغالب ، وإن خاطه أجنبي بغير إذنه أو أكرهه على ذلك وجب القود على الجراح والذي خاط الجراحة لأنهما قاتلان ، وإن خاطه السلطان وأكرهه على ذلك ، فإن كان لا ولاية له عليه كان كغيره من الرعية فيجب عليه القود في النفس مع الجراح وإن كان له على المروح ولاية بأن كان صغيراً أو مجنوناً أو خاطها أولى عليه غير السلطان أو كان على المولى عليه سبعة فقطعها ولبه فمات ، فهل يجب عليه القود فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه جرح جرحاً مخوفاً فوجب عليه القود ،

فعلى هذا يجب على شريكه وهو الجارح القود (والثاني) لا يجب عليه القود لانه لم يقصد الجاية وانما قصد المداواة فصار فوله عمد خطأ ، فعلى هذا لا يجب عليه أو على شريكه القود فى النفس . ويجب على كل واحد منهما نصف دية مغالطة ، وهل يكون ما وجب على الامام من ذلك فى ماله أو فى بيت المال ؟ فيه قولان يأتى بيانها إن شاء الله تعالى

(فرع) وإن جرح رجل رجلاً جرحاً وجرحه آخر مائة جرح ثم مات فهما شريكان فى القتل ، فيجب عليهما القود ، لانه يجوز أن يموت من الجرح الواحد كما يجوز أن يموت من المائة ، وإذا تساوى الجميع فى الجواز فالظاهر أنه مات من الجميع فصارا قاتلين فيجب عليهما القود ، وإن عفا عنهما وجبت الدية عليهما نصفين ولا تقسط الدية على عدد الجراحات كما قلنا فى الجلاذ اذا زاد جلده على ما أمر به فى أحد القولين ، لان الاسواط متماثلة والجراحات لها مؤثر فى البدن أى قطع . وقد يجوز الواحدة منها هى القاتلة وحدها دون غيرها ، وإن أجافه رجل جائفة وجرحه آخر جراحة غير جائفة ثم مات منها فهما سواء ، وكون احدهما أعمق من الاخرى لا يمنع من تساويهما كما لا يمنع زيادة جراحات احدهما فى العدد التساوى بينهما

(فرع) اذا قطع رجل حلقوم رجل أو ضربه ثم جاء آخر فقطعه نصفين أو خرق بطنه وقطع أمعاه وأبانها ثم جاء آخر فذبحه فالاول قاتل يجب عليه القود ولا يجب على الثانى الا التعزير ، لأن بعد جنابة الاول لا يبقى فيه حياة مستقرة ، وانما يتحرك كما يتحرك المذبوح ، ولانه قد صار فى حكم الموتى بدليل أنه لا يصح اسلامه ولا توبته ، ولا يصح بيعه ولا شراؤه ولا وصيته ولا يرث وأن جنى لم يجب عليه شىء . فصار كما لو جنى على ميت

وان قطع الاول يده أو رجله ثم حزن الاخر رقبته أو أجافه الاول ثم قطع الثانى رقبته فالاول جرح يجب عليه ما يجب على الجارح والثانى قاتل ، لان بعد جنابة الاول فيه حياة مستقرة ، لانه قد يعيش اليوم واليومين وقد لا يموت من هذه الجنابة ، بدليل أنه يصح اسلامه وتوبته وبيعه وشراؤه ووصيته ؛

ولهذا لما طعن أبو أوزة المجوسى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى بطنه فجاءه الطيب وسقاء لبنا فخرج اللبن من بطنه ، فقال له اعمد إلى الناس ، فعمد عمر رضى الله عنه ثم مات فعملت الصحابة رضوان الله عليهم بعمده فصار كالصحيح ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب ما يجب به الفصاص من الجنايات)

إذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان ، أو بما حدد من الخشب والحجر والزجاج وغيرها أو بما له مَورٌ وُبعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب ومات منه وجب عليه القود ، لأنه قتله بما يقتل غالباً ، وإن غر فيه إبرة — فإن كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين وأصول الأذن فمات منه — وجب عليه القود ، لأن الإصابة بها فى المقتل ، كالإصابة بالسكين والمسلة فى الخوف عليه ، وإن كان فى غير مقتل كالالية والفخذ فظرت — فإن بقى منه ضمناً إلى أن مات — وجب عليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه وإن مات فى الحال فقيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق أنه يجب عليه القود لأن له غوراً وسراية فى البدن . وفى البدن مقاتل خفية .

(والثانى) وهو قول أبى العباس وأبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب لأنه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود ، كما لو ضربه بمثقل صغير ، ولأن فى المقتل فرقاً بين الصغير والكبير ، فكذلك فى المحدد

(الشرح) اللغات : المور الموج والاضطراب والجريان ، ومار الدم يمور موراً جرى ، وأماره أساله ، ومار السنان فى المطمون إذا قطعه ودخل فيه . قال الشاعر :

وأنم أناس تغمضون من القنا إذا مار فى أكتافكم وتأطرا
ويقولون : فلان لا يدري ما سائر من مائر ، فالماّر السيف القاطع الذى يمور

في الضريبة موراً ، والسنائر بيت الشعر المروى المشهور . أما الغوز فهو قعر كل شيء . وقوله « ضمنا » هو الذي به الزمانة في جسده من بلاء أو كسر أو غيره . أما الاحكام فإنه اذا جرح رجل رجلاً بما يجرح بجمده كالسيف والسكين أو بما حده من الرصاص والقصب والذهب والخشب أو بالليطة وهي القصبه المشقوقة أو بما له مور في البدن كالسنان والسهم والمغراز الذي يثقب به الاسكافي النعل والمسلة - وهي المخيط - فمات منها - وجب على الجراح القود ، سواء كان الجراح صغيراً أو كبيراً أو سواء مات في الحال أو بقي متألماً الى أن مات ، وسواء كان في مقتل أو في غير مقتل ، لأن جميع ذلك يشق اللحم ويبضعه ويقتل غالباً وأما اذا غرز فيه إبرة فمات نظرت - فإن غرزها في مقتل مثل أصول الاذنين والعين والقلب والاثنيين وجب عليه القود لأنها تقتل غالباً اذا غرزت في هذه المواضع ، وان غرزت في غير ممتل كالالية والفخذ ، قال ابن الصباغ فإن بالغ في ادخالها فيها وجب عليه القود ، وان لم يبالغ في ادخالها بل غرزها فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المروزي : ان بقى من ذلك متألماً الى أن مات فعليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه

وان مات في الحال ففيه وجهان . قال أبو اسحاق يجب عليه القود لأن الشافعي رحمه الله قال سواء صغر الجرح أو كبر فمات المجروح فإن القود يجب فيه . ولأنه جرحه بجديدة لها مورة في البدن فوجب فيها القود كالمسلة

وقال أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخري : لا يجب به القود لأن الغالب أن الانسان لا يموت من غرز ابرة ، فإذا مات علمنا أن موته وافق غرزها فهو كما لو رماه ببعرة أو ثوب فمات ، كالذي يموت بالسكينة القلبية في اللحظة التي يضربه آخر بعضاً لا يموت من مثلها ، وقد دخل علم الطب الشرعي والتشريح الدارس لأسباب الجناية في مثل هذه الحالات فحدد أسباب الوفاة بطرق قطعية أو شبيهة بالقطعية هي أقرب الوسائل للوصول الى ما هو الحق ، اذا تولى ذلك اثنان من الاطباء الشرعيين النقات العدول ، لأننا نقول فيهما ما سبق أن قلناه في القافة في اتفاقهما واختلافهما وتطابقهما وتناقضهما

واعترض ابن الصباغ على هذا فقال لا وجه لهذا التفصيل عداي ، لأنه إذا كانت العلة لا تقتل غالبا فلا وصل بين أن يبقى ضمنا منه أو يموت في الحال ، فإن قيل لأنه إذا لم يزل ضمنا منه فمات منه ، وإذا مات في الحال فلا يعلم أنه مات منه ، قال فكان ينبغي أن يكون الوجهان في وجوب الضمان دون القود ، فيراعى في الفعل أن يكون بحيث يقتل في الغالب ، ألا ترى أن الناس يحتجمون ويفتصدون ؟ أفترى ذلك يقتل في الغالب وهم يقدمون عليه ؟ وقال المسعودي : هل يجب عليه القود ؟ فيه وجهان من غير تفصيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان ضربه بمنقل نظرت فإن كان كيرا من حديد أو حشب أو حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضي الله عنه أن يهوديا قتل جارية على أوضح لها بحجر ، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين ، ولأنه يقتل غالبا فلو لم يجب فيه القود جعل طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء . وان قتله بمنقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية ، لأننا نعلم أنه لم يموت من ذلك ، وان كان بمنقل قديموت منه وقد لا يموت كالعصا . فإن كان في مقتل وفي مريض أو في صغير أو في حر شديد أو في برد شديد أو والى عليه الضرب فمات وجب عليه القود ، لأن ذلك يقتل غالبا فوجب القود فيه .

وان رماه من شاهق أو رمى عليه حائطا فمات وجب القود فيه ، لأن ذلك يقتل في الغالب ، وان خنقه خنقا شديدا أو عصر خصيته عصرا شديدا أو غمه بمخدة أو وضع يده على فيه ومنعه التنفس الى أن مات وجب القود لأن ذلك يقتل في الغالب ، وان خنقه ثم خلاه وبقي منه متألما الى أن مات وجب القود ، لأنه مات من سراية جنايته ، فهو كما لو جرحه وتألّم منه الى أن مات ، وان تنفس وصح ثم مات لم يجب القود ، لأن الظاهر أنه لم يموت منه فلم يجب القود ، كما لو جرحه وأبدمل الجرح ثم مات

(فصل) وان طرحه في نار أو ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة الماء

والنار أو لعجزه عن التخلص بالضعف ، أو بأن كنفه وألقاه فيه ومات وجب القود لأنه يقتل غالبا ، وإن ألقاه في ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لم يجب القود ، لأن الذي فعله لا يقتل غالبا ، وإن كان في لجة لا يتخلص منها فالتقمه حوت قبل أن يصل إلى الماء ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأنه ألقاه في مهلكه فهلك (والثاني) لا يجب لأن هلاكه لم يكن بفعاله

(الشرح) حديث أنس أخرجه البخاري في الديات عن محمد وعن حجاج ابن منهل وعن اسحاق وعن مسدد وعن محمد بن بشار ، وفي الطلاق وفي الوصايا عن حسان بن أبي عباد وفي الاشخاص عن موسى بن اسماعيل وأخرجه مسلم في الديات عن محمد بن المنبجى ومحمد بن بشار وعن هدايا وعن عبد بن حميد وأخرجه أبو داود في الديات عن عثمان بن أبي شيبة وأحمد بن صالح ومحمد بن كثير وأخرجه الترمذى في الديات عن علي بن حجر والنسائي في القود عن علي بن حجر وعن اسحاق بن ابراهيم ، وعن محمد بن عبد الله وعن اسماعيل بن مسعود ، وفي المحاربة عن أحمد بن عمرو بن المرح والحارث بن مسكين وابن ماجه في الديات عن علي بن محمد وعن محمد بن بشار وأخرجه أيضا أحمد والدارقطنى أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين ، فقيل لها من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان حتى سمى اليهودى ، فأومات برأسها ، فجىء به فاعترف ، فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فرض رأسه بحجرين ،

وفي رواية لمسلم « فقتلها بحجر فجىء بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبها رمق ، وفي رواية أخرى « قتل جارية من الانصار على حلى لها ثم ألقاها في قلب ورضخ رأسها بالحجارة ، فأمر به أن يرجم حتى يموت ، فرجم حتى مات ،

أما اللغات فالتنقل بضم الميم وفتح التاء المثناة وتشد القاف المفتوح بصيغة المفعول والمثقلة بالتأنيث كلاهما رخامة ونحوها يتنقل بها البساط

أما الاوضح فهي جمع وضح ، يقال درهم وضح ، نقي أبيض على النسب ، والوضح الدرهم الصحيح والواضح حلى من الدراهم الصحاح . وحكى ابن الاعرابي أعطيته دراهم أوضاحا كأنها ألبان شوك رعت بدكداك مالك ؛ مالك رمل بعينه

وقلما ترعى الإبل هنالك إلا الحلي وهو أبيض ، فشبهه الدراهم في بياضها بالبان
الابل التي لا ترعى إلا الحلي وضح القدم بياض أخضه
وقوله « غمه بمخدة ، غمته غطيته فانغم .

أما الأحكام فإنه إن ضربه بمثقل فمات منه — فإن كان يقتل مثل الحجر
الكبير أو الخشبة أو الدبوس أو رمى عليه حائطا أو سقفاً وما أشبهه — وجب
عليه القود . وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد . وقال النخعي والشعبي
والحسن البصرى وأبو حنيفة : لا يجب القصاص بالمثل
دليلنا ما روى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال « العمدة قود إلا أن يعفو ولي المقتول ، والخطأ دية لا قود فيه ولم يفرق
وروى أنس الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل وخرجه أنفأ . قال العمرانى
وفى هذا الخبر فوائد

إحداها أن القود يجب بالمثل . الثانية أنه يستقاده . الثالثة أن
اليهودى يقتل بالاسلم . الرابع أن الرجل يقتل بالمرأة . الخامس أن الإشارة حكم
لأنه لو لم يكن لها حكم لا نكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم
(قلعة) مذهبتنا ومذهب الجمهور . وحكى ابن المنذر الإجماع عليه إلا رواية
عن على . وعن الحسن وعطاء أن الرجل يقتل بالمرأة ، وزواء البخارى
عن أهل العلم .

قال الشوكانى فى النيل : وروى فى البحر عن عمر بن عبد العزيز والحسن
البصرى وعكرمة وعطاء ومالك وأحد قولى الشافعى أنه لا يقتل الرجل بالمرأة ،
وإنما تجب الدية ، وقد رواه عن الحسن البصرى أبو الوليد الباجى والخطابى .
وحكى هذا القول صاحب الكشاف عن الجماعة الذين حكاه صاحب البحر عنهم ،
ولكنه قال : وهو مذهب مالك والشافعى ، ولم يقل وهو أحد قولى الشافعى ،
كقول صاحب البحر ، وقد أشار السمدى فى حاشيته على الكشاف الى أن الرواية
التي ذكرها الزمخشرى وهم محض . قال ولا يوجد فى كتب المذهبين — يعنى
مذهب مالك والشافعى — تردد فى قتل الذكر بالانثى
وأخرج البيهقى عن أبى الزناد أنه قال : كان من أدركته من فقهاءنا الذين ينتهى

إلى قولهم ، منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وسليمان بن يسار في جلة من سواهم من نظرأهم أهل فقه وفضل أن المرأة تقاد من الرجل عيناً بعين وأذناً بأذن وكل شيء من الجراح على ذلك ، وإن قتلها قتل بها ، وروينا عن الزهري وغيره وعن النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز . قال البيهقي وروينا عن الشعبي وإبراهيم خلافة فيما دون النفس

وعن حم بن مالك (وهو ابن النابغة الهذلي وهو يعد في بصري الصحابة ، وحديثه الآتي مخرج عند المدنيين والبصريين) قال رضى الله عنه : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، فقضى النبي (ص) في جنينها بغرة وأن تقتل بها ، رواه أبو داود في الديات والنسائي في القود وابن ماجه في الديات والدارقطني ، وليس لحم حديث سواه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والمسطح الخشبة الكبيرة تركز في وسط الخيمة .

وإن ضرب بمثقل لا يقتل مثله غالباً كالقلم والحصى فمات لم يجب عليه القود ولا الدية ولا الكفارة ، لأننا نعلم أنه لا يموت منه ، وإنما وافق موته ضربته ، وإن ضربه بمثقل قد يقتل وقد لا يقتل كالسوط والعصا الخفيف فمات ، فإن والى عليه الضرب إلى أن بلغ عدداً يقتل مثله في الغالب على حسب حال المضروب ، أو رمى به بأن يضربه خمسمائة أو ألفاً ، فإن ذلك يقتل في الغالب ، وكذلك إذا كان المضروب نضو الخلق أو في حر شديد أو في برد شديد فضربه دون ذلك فمات لم يجب عليه القود لأنه عمد خطأ ويجب عليه الدية .

(فرع) وإن خنقه بيده أو بحبل أو طرح على وجهه مخدة أو منديلاً وانكأ عليه حتى مات — فإن فعل ذلك مدة يموت المخنوق من مثلها غالباً ويجب على قاتله القود ، لأنه تعمد قتله بما يقتل مثله غالباً . وإن كان في مدة يجوز أن يموت مثله من مثلها ، ويجوز أن لا يموت لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة ، لأن فعله عمد خطأ .

وإن خنقه خنقاً يموت مثله من مثله ثم أرسله حياً ثم مات — فإن كان قد أورثه الخنق شيئاً حتى لا يخرج نفسه ، أو بقى متألماً إلى أن مات ، وجب على الخانق القود

لأنه مات بسراية فعله . وإن جعل في رقبتة خراطة جبل وتحت رجله كرسياً
وشد الحبل إلى سقف بيت وما أشبهه ونزع الكرسي من تحته فانخفق ومات وجب
عليه القود لأنه أوحى الخنق

(مسألة) وإن طرحه في نار في حفير فلم يمكنه الخروج منها حتى مات وجب
عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً . وإن كانت النار في بسط من الأرض ،
فإن كان لا يمكنه الخروج منها لكثرتها أو لشدة التهابها ، أو بأن كنفه وألقاه
فيها ، أو بأن كان ضعيفاً لا يقدر على الخروج وجب عليه القود لأنه قتله بما
يقتل غالباً ، وإن أمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ، ويعلم إمكان الخروج
بأن يقول أنا أقدر على الخروج ولا أخرج لم يجب القود ، وهل يجب عليه الدية
فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الدية ، لأنه ضمنه بطرحه في النار ، فلم يسقط عنه
الضمان بتركة الخروج مع قدرته عليه ، كما لو جرحه جراحة وأمكنه مداواتها فلم
يदाوها حتى مات .

(والثاني) لا يجب عليه الدية ، لأن النفس لم يخرج بالطرح بالنار ، وإنما
خرجت ببقائه فيها باختباره ، فهو كما لو خرج منها ثم عاد إليها ، ويهارق ترك
المداداة لأنه لم يحدث أمراً كان به التلف بخلاف بقاءه في النار فإنه أحدث أمراً
حصل به التلف ، ولأن البرء في الدواء أمر مظنون فلم تسقط به الدية ، والسلامة
بالخروج أمر متحقق فسقط بتركة الضمان ، فإذا قلنا بهذا وجب على الطارح أرش
ما عملت فيه النار من حين طرحه فيها إلى أن أمكنه الخروج فلم يخرج

(فرع) قال الشافعي رحمه الله : لو طرحه في لجة بحر وهو يحسن العوم أو
لا يحسن العوم فغرق فيها فعليه القود . وجملة ذلك أنه إذا طرحه في لجة البحر
فهلك فعليه القود ، سواء كان يحسن السباحة أو لا يحسن ، لأن لجة البحر مهلكة
وإن طرحه بقرب الساحل فغرق فمات — فإن كان مكتوفاً أو غير مكتوف وهو
لا يحسن السباحة — فعليه القود ، وإن كان يحسن السباحة وأمكنه أن يخرج فلم
يخرج حتى غرق ومات أو طرحه فيما يمكنه الخروج منه فلم يخرج منه حتى مات
فلا يجب عليه القود ، وهل يجب عليه الدية؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال

فيه قولان كما لو طرحه في نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج منها حتى مات ، ومنهم من قال لا يجب عليه الدية قولاً واحداً ، لأن العادة لم تجر بأن يخوض النار في النار ، والعادة بأن الاس يخوضون في الماء .

وإن طرحه في البحر بقرب الساحل وهو ممن يمكنه الخروج منه فابتلعه حوت فلا قود عليه لأنه كان يمكنه الخروج لو لم يبلعه الحوت ، وقيل عليه القود لأنه لو لم يبتلعه الحوت لما كان يتخلص . والثاني لا يجب عليه القود بل عليه الدية ، لأن الهلاك لم يكن بفعله ، والاول أصح

وإن طرحه في ساحل بحر قد يزيد اليه الماء وقد لا يزيد ، فزاد الماء وأغرقه لم يجب عليه القود لأنه لا يقصد قتله ، ويجب عليه دية مغاظة لأنه عمد خطأ وإن كان الموضع لا يزيد الماء اليه فزاد وغرق لم يجب عليه القود ، ويجب عليه دية مخففة لأنه خطأ عمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود ، لأنه يقتل غالباً ، وإن أمسكه على رجل ليقتله فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك ، لما روى أبو شريح الخزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن من أعتى الناس على الله عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية في الاسلام أو بعمر عينيه في النوم ما لم تبصره ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليقتل القاتل ويصبر الصابر ، ولأنه سبب غير ملجئ ضامنه مباشرة فتعلن الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو حفر بئراً فدفن فيها آخر رجلاً فمات .

(فصل) وإن كتف رجلاً وطرحه في أرض مسبعة أو بين يدي سبع فقتله لم يجب القود لأنه سبب غير ملجئ فصار كمن أمسكه على من يقتله فقتله . وإن جمع بينه وبين السبع في زبية أو بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لأن السبع يقتل إذا اجتمع مع الادمي في موضع ضيق

وإن كتفه وتركه في موضع فيه حبات فنهسته فمات لم يجب القود ، ضيقاً كان

المكان أو واسعاً ، لأن الحية تهرب من الأذى فلم يكن تركه معها ملجئاً الى قتله وان أنشه سبغاً أو حية يقتل مثلها غالباً فمات منه وجب عليه القود لأنه ألجأه الى قتله ، وإن كانت حية لا يقتل مثلها غالباً ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأن جنس الحيات يقتل غالباً (والثاني) لا يجب لأن الذي ألسمه لا يقتل غالباً

(الشرح) حديث أبي شريح الخزاعي رواه أحمد وأخرجه الدارقطني والطبراني والحاكم ، ورواه الطبراني والحاكم من حديث عائشة بمعناه ، وروى البخاري في صحيحه عن ابن عباس مرفوعاً أبغض الناس إلى الله ثلاثة : ملحد في الحرم ، ومتبع في الاسلام سنة جاهلية ، ومطلب دم بغير حق ليهريق دمه ، وأخرجه أحمد أيضاً عن عبد الله بن عمر . وكذلك ابن حبان في صحيحه بلفظ « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن أعدى الناس على الله عز وجل من قتل في الحرم ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل بذحول الجاهلية ،

وأخرج عمر بن أبي شبة عن عطاء بن يزيد قال : قتل رجل بالمزدلفة — يعني في غزوة الفتح — فذكر النصة وفيها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : وما أعلم أحداً أعتى على الله من ثلاثة : رجل قتل في الحرم ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل بذحل الجاهلية ،

وأبو شريح الخزاعي اسمه خويلد بن عمرو ، وقيل عمرو بن خويلد ، وقيل كعب بن عمرو ، وقيل هاني بن عمرو وأصحها خويلد بن عمرو ، أسلم قبل فتح مكة وكان يحمل أحد ألوية بني كعب بن خزاعة يوم النتمج ، وكانت وفاته بالمدينة سنة ثمان وستين يعد في أهل الحجاز . روى عنه عطاء بن يزيد اللبثي وأبو سعيد المقبري وسفيان بن أبي العوجاء .

وقال مصعب : سمعت الواقدي يقول : كان أبو شريح الخزاعي من عقلاء أهل المدينة فكان يقول : إذا رأيتموني أبلغ من أنسكحتة أو نكحت إليه الى السلطان فاعلموا إلى مجون فاكووني ، وإذا رأيتموني أمتع جاري أن يضع خشبته في حائطى فاعلموا أنى مجنون فاكووني ، ومن وجد لائى شريح سبغاً أو لبناً أو جداية فهو له حل فليأكله ويشربه . اتفق له الشيخان على حديثين .

وروى له الترمذى ثلاثة أحاديث وأبو داود ثلاثة أحاديث وابن ماجه حديثان وقوله « ان أعتى » وفي رواية : إن أعدى الناس وهما تفضيل ، أى الزائد فى التعدى أو العتو على غيره ، والعتو الشكبر والتجبر

وقد أخرج البيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أنه قال : وجد فى قائم سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب : إن أعدى الناس على الله . الحديث قال تعالى « وعتوا عتواً كبيراً ، أى تجبروا وعصوا

أما حديث « ليقتل القاتل ويصبر الصابر » فقد رواه ابن المبارك عن معمر عن سفينان عن اسماعيل يرفعه قال « اقتلوا القاتل واصبروا الصابر » ورواه الدارقطنى عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ، يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ورواه الشافعى من فعل على رضى الله عنه « أنه قضى فى رجل قتل رجلاً متعمداً وأمسكه آخر ؛ قال يقتل القاتل ويحبس الآخر فى السجن حتى يموت » وأخرجه الدارقطنى من طريق الثورى عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ، ورواه معمر وغيره عن اسماعيل . قال الدارقطنى والإرسال أكثر . وأخرجه أيضاً البيهقى ورجح المرسل وقال إنه موصول غير محفوظ

وقال فى بلوغ المرام ورجالہ ثقات وصححه ابن القطان

وقد روى أيضاً عن اسماعيل عن سعيد بن المسيب مرفوعاً ، والصواب عن اسماعيل قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الحديث وقوله « ويصبر الصابر » معناه يحبس الحابس . وفى أسماء الله تعالى الصبور وهو الذى لا يماجل الدصاة بالانتقام وهو من أبنية المبالغة ، ومعناه قريب من معنى الحلم ، والفرق بينهما أن المذنب لا يأمن العقوبة فى صفة الصبور كما يأمنها فى صفة الحلم وصبره عن الشيء حبسه . قال الخطيبه :

قلت لها أصبرها جاهداً ويحك أمثال طريف قليل

والصبر نصب نفس الانسان للقتل ، وقد مضى فى كتاب الايمان معنى البين الصبر ومعان فى كلمة الصبر ، ومنه صبر النفس أى حبسها عند الجزع . قال تعالى

(واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم) وقوله «أرض مسبعة» بالاضافة وفتح الميم أى ذات سباع ، والزبية حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبا . قال ابن بطال فيها لغتان الضم والكسر ، ونهسته بالسمن المهملة ، أى أخذته بمقدم أسنانها ، ونهس الحية عضها . قال الراجز :

وذات قرنين طحون الضرس تنهس لو تمكنت من نهس
ويقال نهسته بالشين . قال الزمخشري فى الأساس : الفرق أن النهس بأطراف
الأسنان والنهش بالأضراس .

أما الأحكام فإنه إذا حبس حراً وأطعمه وسقاه فمات وهو فى الحبس فلا قود عليه ولا دية ، سواء مات حتف أمته أو بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط وما أشبهه . وقال أبو حنيفة إن كان صغيراً فمات حتف أمته فلا شيء عليه ، وإن مات بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط فعليه الدية . دليلنا أنه حر فلا يضمه باليد كما لو مات حتف أمته ، وأما إذا حبسه ومنعه الطعام والشراب أو أحدهما حتى مات نظرت — فإن حبسه عن ذلك مدة يموت مثله فى مثلهما غالباً — ووجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً ، فهو كما لو قتله بالسيف ، وإن كان مدة لا يموت مثله فى مثلهما بمنع الطعام والشراب فلا قود عليه ولا دية لأننا نعلم أنه مات بسبب آخر ، ويعتبر حال المحبوس ؛ فإن حبسه وهو جائع فإنه لا يصبر عن الطعام إلا المدة القليلة ، وإن كان شبهه إن فإنه يصبر أكثر من مدة صبر الجائع ويعتبر الطعام على انفراده والشراب على انفراده لأن الإنسان يصبر عن الطعام أكثر مما يصبر عن الشراب .

وإن أمكنه الخروج إلى الطعام والشراب فلم يخرج حتى مات قال الطبري فلا قود . أما إذا أمسك رجل رجلاً فجاء آخر فقتله وحب القود على القاتل دون الممسك إلا أن الممسك إن كان أمسكه مداعبة أو ليضربه فلا إثم عليه ولا تعزير وإن أمسكه ليقته الآخر إثم بذلك وعزر . هذا مذهبهما وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال ربيعة يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت . وقال مالك إن حبسه ليضربه الآخر أو أمسكه ليضربه أو أمسكه مداعبة فجاء الآخر فقتله فلا قود عليه ولا دية ، وإن أمسكه ليقته الآخر فعليه القود ، ومذهب أحمد أنه

لا خلاف في أن القاتل يقتل ، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق . وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به ، وإن أمسكه له ليقته مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية عن أحمد ، فروى عنه أنه يجبس حتى يموت ، وهو قول عطاء وربيعة ، وروى ذلك عن علي ، وروى عن أحمد أنه يقتل أيضاً ، وهو قول مالك .

قال سليمان بن موسى الاجتماع فيما أنه يقتل لأنه لو لم يمسه ما قدر على قتله ويامساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما فكانا شريكين فوجب عليهما القصاص كما لو جرحاه .

دلينا حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويجبس الذي أمسك ، ولأنه حبسه حتى الموت فيجبس حتى الموت ، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت .

وقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فلو أوجبنا على الممسك القود كنا قد اعتدينا عليه بأكثر مما اعتدى ، وهذا يدخل تحت طائلة وعيده صلى الله عليه وسلم حيث يقول : إن من أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله ، أو طالب بدم الجاهلية في الإسلام ، أو بصر عينه في النوم ما لم تبصره ، فلو قتل الولي الممسك لكان قتل غير قاتله ، وقد أراد النبي (ص) بصبر الصابر التعزير بالحبس ، لأنه سبب غير ملجئ . اجتمع مع المباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، كما لو حفر بئراً أو نصب سكيناً فدفع آخر عليها رجلاً فمات ، ولأنه لو كان بالامسك شريكاً لكان إذا أمسك الرجل امرأة وزنى بها آخر أنه يجب عليهما الحد ، فلما لم يجب الحد على الممسك لم يجب القود على الممسك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن سقاه سماً مكرهاً فمات وجب عليه القود لأنه سبب يقتل

غالباً فهو كما لو جرحه جرحاً يقتل غالباً ، وان خلطه بطعام وتركه في بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كما لو حفر بئراً في داره فدخل رجل بنير اذنه فوقع فيها ومات ، وان قدمه اليه أو خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره فصار كما لو قتل نفسه بسكين (والثاني) يجب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ، فأهدت اليه يهودية بخير شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، ثم قال ارفعوا أيديكم فإنها قد أخبرتني أنها مسمومة ، فأرسل الى اليهودية فقال ما حملك على ما صنعت قالت قلت : ان تكن نبيا لم يضرك الذي صنعت ، وان كنت ملكاً أرحمت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فأرسل اليها فقتلها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما زلت أجد من الأكلة التي أكلت بخير ، فهذا أو انقطاع أبري ، ولأنه سبب يفضي الى القتل غالباً كالقتل بالسلاح وإن سقاه سما وادعى أنه لم يعلم أنه قاتل ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليه القود لأن السم يقتل غالباً (والثاني) لا يجب لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود

(فصل) وان قتله بسحر يقتل غالباً وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً فأشبهه اذا قتله بسكين ، وان كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لأنه عمد خطأ فهو كما لو ضربه بعصا فمات .

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود حدثنا وهب بن بقية حدثنا خالد عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدت له يهودية بخير . الحديث هكذا جاء مرسلًا . ورواه حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة متصلًا .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أن زينب بنت الحرث اليهودية امرأة سلام بن مشكم أهدت للنبي (ص) شاة مشوية قد سميتها وسألت أى اللحم أحب إليه ؟ فقالت الذراع ، فأكثر من السم في الذراع ، فلما انتمش من ذراعها

أخبره الذراع بأنه مسموم فلفظ الأكلة ، ثم قال : اجمعوا لي من ههنا من اليهود
فجمعوا له فقال لهم : إني سألتكم عن شيء فهل أنتم صادق فيه ؟ قالوا نعم يا أبا القاسم
فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أبوكم ؟ قالوا أبونا فلان ، قال كذبتكم
أبوكم فلان ، قالوا صدقت وبررت . قال هل أنتم صادقي عن شيء إن سألتكم عنه
قالوا نعم يا أبا القاسم وإن كذبتك عرفت كذبتنا كما عرفت في أيها ، فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم : من أهل النار ؟ فقالوا نكون فيها يسيراً ثم تخلفوننا فيها
فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : اغسثوا فيها فر الله لا تخلفكم فيها أبداً
ثم قال : هل أنتم صادقي عن شيء إن سألتكم عنه ؟ قالوا نعم ؛ قال أ جعلتم في هذه
الشاة سما ؟ قالوا نعم ، قال فما حملكم على ذلك ؟ قالوا أردنا إن كنت كاذباً نستريح
منك ، وإن كنت نبياً لم يضرك ، وجرىء بالمرأة الى رسول الله (ص) فقالت :
أردت قتلك ، فقال ما كان الله ليلسطك على . قالوا ألا تقتلها ؟ قال لا ، ولم
يتعرض لها ولم يعاقبها ، واحتجم على المكاهل ، وأمر من أكل منها فاحتجم ،
فمات بعضهم .

واختلف في قتل المرأة ، فقال الزهري أسلمت فتركها ، ثم قال معمر : والناس
تقول قتلها النبي صلى الله عليه وسلم ، إلا رواية حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو
عن أبي سلمة عن أبي هريرة أنه قتلها لمسامات بشر بن البراء ، ويمكن التوفيق بين
الروايتين بأنه صلى الله عليه وسلم لم يقتلها أولاً فلما مات بشر بن البراء قتلها .
وقد اختلفت الروايات في هل أكل النبي صلى الله عليه وسلم منها أم لا ؟
فأكثر الروايات أنه صلى الله عليه وسلم أكل منها وبقى بعد ذلك ثلاث سنين ،
حتى قال في وجهه الذي مات فيه ما زلت أجد من الأكلة التي أكلت من الشاة
يوم خيبر ، فهذا أو انقطاع الأبر مني . قال الزهري : فتوفى رسول الله
صلى الله عليه وسلم شهيداً .

أما اللغات فالمصلية هي المشوية ، والصلا والسلام ، بفتح الصاد مقصوراً
وكسرها ممدوداً ، ومنه قوله تعالى : سيصلى ناراً ذات لهب ، وقوله : جهنم يصلونها
فبئس القرار ،

وقوله : ما زلت أجد من الأكلة ، أي أشتكى ، والأكلة بضم الهمزة هي اللقمة

والأبهر عرق إذا انقطع مات صاحبه ؛ وهو أبهران يخرجان من القلب ثم
تتشعب منهما سائر الشرايين . هكذا يقول ابن بطال ، وبالرجوع إلى علم التشريح
يحد أن القلب يمتد من أحد جانبيه من أعلاه شريان رئوي يدفع الدم إلى الرئتين
لأحداث عملية تبادل الغازات وهو يمتد من البطن الأيمن إلى الرئتين ، والعرق
الآخر وهو يسمى الاورطى ، ويمتد من البطن الأيسر إلى أجزاء الجسم ويمتد
منها الشرايين والاوردة التي هي مجار للدم .

أما الاحكام فإن كتف رجلا أو قيده فأكله السبع ففيه ثلاث مسائل ذكرها
الشيخ أبو حامد . إحداهن إذا قيده وكتفه وطرحه في أرض مسبعة فجاء السبع
فأكله فإنه لا قود على الطارح له ولا دية ، لأن السبع أكله باختياره ، ولأن له
اختياراً ، كما لو مسكه فقتله آخر

(الثانية) إذا قيده في صحراء ثم رمى بالسبع عليه أو رمى به على السبع فأكله
فلا قود عليه ولا دية ، لأن من طبع السبع إذا رمى به على انسان أو رمى انسان
عليه أن ينفر عنه ، فإذا لم ينفر عنه كان أكله له باختياره

(الثالثة) إذا كان السبع في مضيق أو بيت أو بر أو زبية فرمى بالإنسان
عليه ، أو كان الانسان في المضيق أو في البيت أو في البر أو في الزبية فرمى بالسبع
عليه فضربه السبع فمات — فإن ضربه السبع ضرباً يمتل مثله في الغالب — وجب
على الرامي القود لأنه قد اضطر السبع الى قتله ، وإن ضربه ضرباً لا يقتل مثله
في الغالب فمات لم يجب على الرامي القود لأن الغالب منه السلامة ، ويجب عليه
الدية في ماله . وكذلك حكم النمر وما في معاه . وإن أمسك السبع أو النمر وأفرسه
إياه فأكله فعليه القود ، لأنه قد اضطره الى ذلك

(مسألة) إذا قيد رجلا وطرحه في أرض ذات حيات فنهسته حية منها فمات
فلا قود عليه ولا دية ، سواء كان في موضع واسع أو ضيق ، وكذلك إذا
رمى به على الحية أو رمى بالحية عليه ، لأن الحيات والعقارب من طبعها
النفور من الإنسان . وإن أخذ الحية أو العقرب بيده وأهشها انسانا .
قال الشافعي رحمه الله ضنظها أو لم يضنظها فنهسته ومات — فإن كان من

الحيات التي تقتل في الغالب كحيات الكوبرا أو الحيات السامة ذات الرأس المدببة
 ويجب عليه القود، لأنه توصل إلى قتله بما يقتل غالبا، فهو كما لو قتله بالسيف .
 وإن كان مما لا يقتل غالبا كنعابين مكة والحجاز وأفاعي مصر التي تبتلع الدواجن
 أو التي تعيش تحت قضبان السكك الحديدية وتميش على ابتلاع العظام^(١) والصفدع
 ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لا يقتل غالبا، ويجب عليه دية مغلظة
 لأنه شبه همد .

(والثاني) يجب عليه القود لأن حبسها يقتل غالبا فهو بمنزلة الجراح
 (فائدة) الحيات منها السام وتعرف بدقة رأسها وغلظ عنقها وغير السام
 وتعرف بدقة عنقها وفرطحة رأسها أشبه بالابهام، ونصف السام وهي ما يكون
 شكلها وسطا بين السام وغير السام، وبعض من يدعى التصوف يأكلون الثعابين
 وهي من النوع غير السام لادعاء الكرامة، وهي لعمر الله مخزقة وإلحاد لأنهم
 يعملون من أكل الخبائث المحرمة مظهراً من مظاهر الرضوان والاكرام

(مسألة) إذا سقى رجلاً سماً أغاث المسقى فلا يجلو إما أن يكرهه أو لا يكرهه
 فإن أكرهه على شربه بأن صبه في حلقة مكرها له على ذلك نظرت - فإن أقر
 الساقى أنه سم يقتل مثله غالبا - ويجب عليه القود، لأن قتله بما يقتل غالبا،
 فهو كما لو قتله بالسيف . وإن ادعى ولى المقتول أنه يقتل غالبا وأنكر الساقى أنه
 يقتل غالبا - فإن أقام ولى المقتول بينة أنه يقتل غالبا - ويجب القود على الساقى
 لأنه ثبت أنه يقتل غالبا

وإن أقام ولى المقتول بينة أنه يقتل نحيب الخلق ولا يقتل قوى الخلق لم يجب
 عليه القود وإنما يجب عليه دية مغلظة، وإن لم تكن هناك بينة فالقول قول الساقى
 مع يمينه أنه لم يكن يقتل غالبا، لأن الاصل عدم القود، فإذا حلف لم يجب
 عليه القود وعليه دية مغلظة .

(١) وهي ما يسمى بالسحالي عند العامة

وإن قامت البيينة أنه كان يقتل غالباً أو اعترف السابق بذلك إلا أنه ادعى أنه لم يعلم أنه يقتل غالباً وقت السقي ؛ فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود لأن ما ادعاه محتمل ، وذلك شبهة توجب سقوط القود عنه .

(والثاني) يجب عايه لأنه قتله بما يقتل غالباً فلا يصدق في دعواه كما لو جرحه وإن خلط السم بطعام أو شراب وأكرهه فأوقره في حلقه فمات ، فإن كان الطعام أو الشراب قد كسر حدة السم تلقائياً ، فإن لم يكرهه على ذلك وإنما ناوله إياه فشربه ، نظرت فإن كان الشراب صدياً لا يميز أو كبيراً مجنوناً أو أنجمياً ينتقد وجوب طاعة الامر ، فعلى الرافع اليه الضمان ، لأنه كالآلة حيث اعتقد طاعته فيه ، وإن كان عاقلاً يميز فلا ضمان على الرافع لأنه قتل نفسه باختياره وتفريطه وإن خلطه به ولم يكسر الطعام حدة السم فأكله انسان ومات نظرت — فإن كان الطعام الذي خلط فيه السم وقدمه إلى انسان وقال كله فأكله ، فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لما روى أبو هريرة أن يهودية بخير أهدت للنبي صلى الله عليه وسلم شاة مصلية فأكل منها رسول الله (ص) وأصحابه رضوا الله عنهم ، ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : ارفعوا أيديكم فإن هذه الذراع تخبرني أن بها سما ، فأرسل إلى اليهودية وقال : ما حملك على ما صنعت ؟ فقالت : قلت ان كنت نبياً لم يضرك الذي صنعت ، وإن كنت ملكاً أرحت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليهودية فقتلها ، فقال صلى الله عليه وسلم ما زالت أكلة خبير تداودني ، فهذا أو ان قطعت أهرى ، ولأن العادة جرت أن من قدم إليه طعام فإنه يأكل منه ، فصار كأنه أجهأ إلى أكله فوجب عليه القود ، كما لو أكرهه عليه .

(والثاني) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره ، فصار كما لو قتل نفسه بسكين ، فاذا قلنا بهذا فهل يجب عليه الدية ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال القاضي أبو الطيب فيه قولان ، أحدهما لا يجب عليه الدية لأنه هو الجاني على نفسه . والثاني يجب عليه الدية لأن التلف حصل بسبب منه فصار كما لو حفر بئراً في

طريق الناس فهلك به انسان . وقال الشيخ أبو حامد : يجب عليه الدية قولاً واحداً لما ذكرناه ولا يعرف ههنا قولان ، وإن خلط السم بطعامه وقدمه إلى رجل وقال فيه سم يقتل غالباً فأكله فمات فلا قود عليه ولا دية لأنه قتل نفسه . وإن خلط السم بطعام وقدمه إلى صبي لا يميز أو إلى بالغ مجنون أو إلى أعمى لا يعقل ولا يميز وقال : كله فإن فيه سما قاتلاً فأكله فمات وجب عليه القود لأنه بمنزلة ما لو قتله بيده .

وإن خلط سما بطعام له في بيته فدخل بيته رجل وأكل الطعام ومات لم يجب عليه قود ولا دية . لأن الأكل فرط وتعدى بأكل طعام غيره بغير إذنه . وإن خلط السم بطعام لغيره فجاء صاحب الطعام فأكل طعامه ولم يعلم بالسم ومات ، وجب على الذي خلط السم قيمة الطعام لأنه أفسده ، وهل يجب عليه القود في الذي أكله ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان ، كما لو خلطه بطعام نفسه وقدمه إلى من أكله ، لأن الإنسان يأكل الطعام بحكم العادة والحاجة ، فصار كما لو خلطه بطعام ودعاه إلى أكله . ومنهم من قال لا يجب عليه قولاً واحداً لأنه لم يوجد منه أكثر من افساد الطعام .

(فرع) إذا سحر رجل رجلاً فمات المسحور سئل الساحر عن سحره ، فإن قال سحر يقتل غالباً وقد قتلت به وجب عليه القود . وقال أبو حنيفة لا يجب عليه القود . دليلنا أنه قتل بما يقتل به غالباً . قال العمراني هو كما لو قتله بالسيف وإن قال سحر لا يقتل وجب عليه دية مخففة لأنه أخطأ . وإن قال قد يقتل وقد لا يقتل والغالب منه السلامة ، وجبت عليه دية مغالطة في ماله .

وإن قال الساحر قتلت بسحري جماعة ولم يعين من قتل لم يقتل . وقال أبو حنيفة يقتل حداً ، لأنه سعى في الأرض بالفساد هو اظهار السلاح واخافة الطريق . وأما القتل فليس منه وللجراية حكمها على ما سياتي إن شاء الله وأمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أكره رجل على قتل لرجل بغير حق فقتله ، وجب القود على المكره ، لأنه تسبب إلى قتله بمعنى ينضى إلى القتل غالباً ، فأشبهه إذا رماه

بسمه فقتله . وأما المنكره ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقته فقتله للدفع عن نفسه (والثاني) أنه يجب عليه القود وهو الصحيح ، لأنه قتله ظلما لاستبتمام نفسه ، فأشبهه إذا اضطر الى الأكل فقتله لياكاه .

وان أمر الإمام بقتل رجل بغير حق — فإن كان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حق — وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الامام ، لأن المأمور معذور في قتله ، لأن الظاهر أن الامام لا يأمر الا بالحق ، وان كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص أو الدية على المأمور لأنه لا يجوز طاعته فيما لا يحل . والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ،

وقد روى الشافعي رحمه الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أمركم من الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه ، فصار كما لو قتله من غير أمره ، وان أمره ببعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود ، علم أنه يقتله بغير حق أو لم يعلم ، لأنه لا تلزمه طاعته ، فليس الظاهر أنه يأمره بحق فلم يكن له عذر في قتله ، فوجب عليه القود .

وان أمر بالقتل صبيلا لا يميز أو أعمى لا يعلم أن طاعته لا تجوز في القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الأمر ، لأن المأمور همنا كالآلة للأمر ، ولو أمره بسرقة مال فسرقه لم يجب الحد على الأمر ، لأن الحد لا يجب الا بالمباشرة ، والقصاص يجب بالتسبب والمباشرة

(فصل) وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ، ثم رجعا عن شهادتهما ، وجب القود على الشهود ، لما روى القاسم بن عبد الرحمن : أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال لو أعلم أنكما تعدتما القطعت أيديكما ، وأغرهما دية يده ، ولائهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود ، كما لو جرحاه فمات .

(الشرح) الحديث الأول أخرجه أحمد ، عن عبد الله بن الصامت قال : أراد زياد أن يبعث عمران بن حصين على خراسان فأبى عليه فقال له أصحابه : أتركت خراسان أن تكون عايبا ؛ قال فقال إني والله ما يسرنى أن أصلى بحرّها ويصلون ببردّها ، إني أخاف إذا كنت في بحر العدو أن يأتيني بكتساب من زياد فإن أنا مضيت هلكت ، وإن رجوت ضربت عنق ، قال فأراد الحكم بن عمرو الغفاري عليها ، قال فانقاد لأمره ، قال فقال عمران : ألا أحد يدعو لي بالحكم ؟ قال فانطلق الرسول ، قال فأقبل الحكم إليه فدخل عليه فقال عمران للحكم : أسمعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاطاعة لأحد في معصية الله تبارك وتعالى ؟ قال نعم ، فقال عمران الحمد لله أو الله أكبر ،

وفي رواية عن الحسن أن زيادا استعمل الحكم الغفاري على جيش ، فأتاه عمران بن حصين فلقبه بين الناس ، فقال أتدري لم جئتك ؟ فقال له لم ؟ فقال أتذكر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجل الذي قال له أميره ارم نفسك في النار فأدرك فاحتبس ، فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو وقع فيها لدخلا النار جميعا ، لاطاعة في معصية الله تبارك وتعالى ، قال نعم ، قال إنما أردت أن أذكرك هذا الحديث . رواه أحمد بالفاظ ، والطبراني باختصار وفي بعض طرقه ، لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق ، قال الهيثمي ، ورجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه الحاكم في المستدرک عن عمران والحكم الغفاري أيضا . قال السيوطي وإسناده حسن .

وأخرجه أحمد وأبو يعلى عن أنس ، أن معاذ بن جبل قال يا رسول الله أرأيت إن كان علينا أمراء لا يستنون بسنتك ولا يأخذون بأمرك ، فما تأمرنا في أمرهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا طاعة لمن لم يطع الله عز وجل ، وفيه عمرو بن زينب ولا يعرف وبقية رجاله رجال الصحيح .

وأخرج أحمد والبخاري ومسلم من حديث علي رضي الله عنه قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية واستعمل عليهم رجلا من الأنصار وأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا فمضوا في شيء ، فإل اجتمعوا إلى خطبا ، فجمعوا ، ثم قال أوقدوا نارا فأوقدوا ، ثم قال ألم بأمركم رسول الله أن تسمعوا واطيعوا ؟ قالوا بلى

قال فادخلوها ، فنظر بعضهم الى بعض وقالوا إنما فررنا الى رسول الله (ص) من النار ، فكانوا كذلك حتى سكن غضبه وطفئت النار ، فلما رجعوا ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لو دخلوها لم يخرجوا منها أبداً ، وقال : لا طاعة في معصية الله ، إنما الطاعة في المعروف .

وفي حديث ماذ بن جبل عند أحمد : لا طاعة لمن لم يطع الله ، وفي حديث عبادة بن الصامت عند أحمد والطبراني : لا طاعة لمن عصى الله ، ولفظ البخاري : فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة ، وخبر القاسم بن عبد الرحمن مضمي في الايمان .

أما الأحكام فإذا أمر الامام رجلاً أن يقتل رجلاً بغير حق فقتله فلا يحل له إيمان أن يكرهه على قتله أو لا يكرهه ، فان لم يكرهه بل قال له اقتله ، فان كان المأمور يعلم أنه أمر بقتله بغير حق لم يحل له قتله ، لعوايه صلى الله عليه وسلم لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق ، وقال صلى الله عليه وسلم : من أمركم من إزالة بغير طاعة الله فلا تطيعوه ، فان خالف وقتله المأمور بذلك وجب عليه القود والكفارة لأنه قتله بغير حق ، ولا يلحق الامام الإثم لقوله صلى الله عليه وسلم : من أعان على قتل امرئ مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى ،

هذا نقل البغداديين ، وقال الخراسانيون هل يكون مجرد الامر من الامام أو السلطان إكراهاً ؟ فيه وجهان .

وأما اذا كان المأمور لا يعلم أنه أمر بقتله بغير حق وجب على الامام القود والكفارة ، لأن الامام لا يباشر القتل بنفسه ، وإنما يأمر به غيره ، فاذا أمر غيره وقتله بغير حق تعلق الحكم بالإمام كما لو قتله بيده . وأما المأمور فلا يجب عليه إثم ولا قود ولا كفارة لان اتباع أمر الامام واجب عليه ، لان الظاهر أنه لا يأمر الا بحق .

قال الشافعي رضي الله عنه وأرضاه وأحب له او كفتّر ، وأما اذا أمره أو أكرهه الامام على القتل وعلم المأمور أنه يقتل بغير حق فلا يجوز للمأمور القتل لما ذكرناه اذ لم يكرهه ، فان قتل فانه يأثم بذلك ويفسق ، ويجب على الامام القود

والكفارة في ماله ، وأما المكروه المأمور فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، وهو قول أبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم ورفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنه قتله لاستبقاء نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصد رجل نفسه فلم يمكنه دفعه إلا بقتله (والثاني) يجب عليه القود ، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم : فمن قتل بعمده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، وهذا قاتل ، ولأنه قصد قتل من يكافئه لاستبقاء نفسه فوجب عليه القود كما لو جاع وقتله ليا كاه ، ولأنه لو كان رجلا في مضيق أو بيت فدخل عليهما أسد أو سبع فدفع أحدهما صاحبه إليه خوفا على نفسه فأكله السبع أو الأسد لوجب القصاص على الدافع ، وكذلك لو كان جماعة في البحر فخافوا الغرق فدفعوا واحدا منهم في البحر لتخف السفينة وغرق ومات وجب عليهم القود ، وإن كان ذلك لاستبقاء أنفسهم . وكذلك هذا مثله .

فإذا قلنا يجب على المأمور القود كان الولي بالخيار بين أن يقتل المكروه والمكروه وبين أن يعفو عنهما ويأخذ منهما الدية . وإن قلنا لا يجب على المأمور المكروه القود فعليه نصف الدية لأنه قد باشر القتل ، ويجب على كل واحد منهما كفارة على القولين معاً .

هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون إذا قلنا لا يجب على المأمور القود فهل يجب عليه نصف الدية ؟ فيه وجهان . فإن قلنا عليه نصف الدية كان عليه الكفارة وإن قلنا لا يجب عليه وعليه نصف الدية فهل يجب عليه الكفارة فيه وجهان .

إذا ثبت هذا فإنه لا فرق بين الامام وبين النائب عنه في ذلك ، لأن طاعته يجب كما يجب طاعة الامام ، وكذلك إذا تغلب رجل على بلد أو إقليم بتأويل . وادعى أنه الامام كالامام الذي نصبه الخوارج ، فحكمه حكم الامام في ذلك ، لأن الشافعي رضي الله عنه لا يرد من أفعاله الا ما يرد من أفعال امام العدل وكذلك قاضيه ، فإذا تغلب رجل على بلد بغير تأويل بل باللصوص وأمر رجلا بقتل رجل بغير حق ، أو أمره رجل من الرعية بقتل رجل بغير حق فان لم يكرهه

الأمر على القتل فقتله وجب على المأمور القاتل القود والكفارة سواء علم أنه أمره بقتله بحق أو بنير حق ، لأنه لا يجب عليه طاعته بخلاف الامام ، ولا يلحق الآخر الا الاثم للمشاركة بالقول . وأما القود والكفارة والدية فلا يجب عليه ، لأنه لم يلجئه الى قتله . وأما إذا أكرهه على قتله وجب على الأمر القود والكفارة لأنه توصل الى قتله بالاكره ، فهو كما لو قتله بيده ، وأما المأمور فان كان يمكنه أن يدفع الامر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ، وان قتله فعليه القود والكفارة ، وان لم يمكنه أن يدفع الامر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ، وان قتله فعليه القود والكفارة ، وان قتل فعليه القود والكفارة ، وان لم يمكنه أن يدفع الامر فقتل فهل يجب عليه القود ؟ فاختلاف أصحابنا فيه ، فقال أكثرهم فيه قولان كما قلنا في الذي أكرهه الامام . ومنهم من قال يجب عليه القود قولاً واحداً ، لأن الذي أكرهه الامام له شبهة في أمر الامام لجواز أن يكون الامام قد علم بأمر يوجب القتل على المقتول ، وان لم يعلم به المأمور .

وطاعة الامام تجب بخلاف المنعاب بالصوصية وآحاد الرعية - فانه لا يجوز له ذلك ، ولا يجب على المأمور طاعته

ومن أصحابنا الحراسانيين من قال لا يجب القود على من أكرهه الامام قولاً واحداً ، ويجب القود على من أكرهه غير الامام قولاً واحداً لما ذكرناه من الفرق بينهما ، والطريق الاول أصح

إذا ثبت هذا فان الشافعي رحمه الله قال في الاثم ، ولو أمر الامام بقتل رجل ظلمها ففعل المأمور ذلك كان عايباً القود

واختلف أصحابنا في تأويله فقال أبو اسحاق أراد اذا أكرهه وأجاب على أحد القولين . ومنهم من قال لم يرد بذلك إذا أكرهه لأنه ذكر الاكره بعد ذلك ، وانما تأويله أن يقتل مسلماً بكافر والامام والمأمور يعتقدان أنه لا يقتل به الا أن المأمور اعتقد أن الامام قد بدأه اجتهاده الى ذلك فيجب عليهما القود أما الامام فلأنه ألجأ الى قتله بأمر لأن طاعته أمر واجب ، وأما المأمور فلأن القتل اذا كان محرماً لم يحز له أن يفعله ، وان كان الامام يرى إباحته فبإمره القود

(فرع) واختلف أصحابنا في كيفية الاكراه على القتل ، فقال ابن الصباغ لا يكون الاكراه عليه إلا بالقتل أو بجرح يخاف منه التلف ، فأما إذا أكرهه بضرب لا يموت منه أو بأخذ مال فلا يكون إكراهها ، لأن ذلك لا يكون عذراً في إتلاف النفس بجرمتها ، ولهذا يجب عليه الدفع عن نفسه في أحد الوجهين ، ولا يجب عليه الدفع عن ماله ، بل يجب عليه بذله لأحياء نفس غيره

وقال الشيخ أبو حامد في التعليلين : إذا أكرهه بأخذ المال على القتل كان إكراهها كما قلنا في الاكراه على الطلاق
وقال الطبري : إذا أكرهه على القتل بما لا تحتمله نفسه كان إكراهها ، كما قلنا في الطلاق .

(فرع) وان أمر خادمه الصغير الذي لا يميز ، أو كان أعجمياً لا يميز ويعتقد طاعته في كل ما يأمره به بقتل رجل بغير حق فقتله وجب القود والكفارة على الأمر ولا يجب على المأمور شيء ؛ لأن المأمور كالألة فصار كما لو قتله بيده . وكذلك إذا كان المأمور يعتقد طاعة كل من أمره فالحكم فيه وفيما سبقه واحد . ولو أمر بسرقة نصاب لغيره من حرز مثله فسرقه لم يجب على الأمر القطع ، لأن وجوب القصاص أكد من وجوب القطع في السرقة ، ولهذا يجب القصاص في السبب ولا يجب القطع في السبب .

وان قال للصغير الذي لا يميز أو الأعجمي الذي يعتقد طاعته في كل ما يأمره به اقتلى فقتله ، كان دمه هدر لأنه آله له فهو كما لو قتل نفسه ، وتجب عليه الكفارة وان أمر الصغير الذي لا يميز أو البالغ المجنون أن يذبح نفسه فذبحها أو يخرج مقتلاً من نفسه فأخرجه فمات — فإن كان عبده — لم يجب عليه ضمانه لأنه مملوك ، ولكنه يأثم وتجب عليه الكفارة ، وان كان عبداً لغيره وجبت عليه قيمته والكفارة ويجب عليه القود .

وان قال للأعجمي الذي يعتقد طاعة كل من يأمره اذبح نفسك فذبحها لم يجب على الأمر الضمان ، لأنه لا يجوز أن يخفى عليه بأن قتل نفسه لا يجوز ، وان جاز أن يخفى عليه أن قتل غيره يجوز . وان أمره أن يخرج مقتلاً من نفسه فخرجه ومات فإن الشيخ أبا حامد ذكر أن حكمه حكم ماله لو أمر بقتل نفسه . وذكر

ابن الصباغ في الشامل أنه يجب على الامر الضمان لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه يقتله بخلاف أمره له بقتله لنفسه

وإن أكره رجلا على اتلاف مال لغيره فإن الضمان ينفرد على الامر، وهل على المالك أن يطالب المأمور؟ فيه وجهان حكاهما الطبري (أحدهما) له أن يطالبه لأنه باشر الاتلاف، فعلى هذا يرجع المأمور على الامر (والثاني) ليس للمالك مطالبة المأمور لأنه آلة للامر

(مسئلة) قوله «وان شهد شاهدان الخ» فجملة ذلك أنه اذا شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل بغير حق فقتل بشهادتهما وعمد الشهادة عليه وعلما أنه يقتل بشهادتهما وجب عليهما القود، لما روى أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما، فقال أو أعلم أنكما تعمدا الشهادة عليه لقطع أيديكما، وغرمها الدية في اليد، ولأنهما توصلا الى قله بسبب يقتل غالبا فهو كما لو جرحاه فمات

(فرع) لو قال لرجل اقطع يدي فقطع يده فلا قود على القاطع ولا دية، لأنه أذن له في اتلافها، فهو كما لو أذن له في اتلاف ماله فأتلفه، وان قال له اقتلني فقتله أو أذن له في قطع يده فقطعها فسرى القطع الى نفسه فمات لم يجب عليه القود. وأما الدية فقال أكثر أصحابنا يبنى على القولين متى تجب دية المقتول فإن قلنا تجب في آخر جزء من أجزاء حياته لم تجب ههنا، وان قلنا انها تجب بعد موته وجهت ديته لورثته.

قال ابن الصباغ. وعندى في هذا نظر لأن هذا الاذن ليس بإسقاط لما يجب بالجنابة، ولو كان إسقاطا لما سقط، كما لا يصح أن يقول له أسقطت عنك ما يجب لي بالجنابة أو اتلاف المال، وإنما سقط لوجود الاذن فيه، ولا فرق بين النفس فيه والاطراف، وهذا يدل أن الدية تسقط عنده قولاً واحداً، وان قصده فمات - فإن كان بغيره أمره - وجب عليه القود، وان كان بأمره لم يجب عليه قود ولا دية قولاً واحداً لأن القصد مباح بخلاف القتل. والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب القصاص في الجروح والأعضاء)

يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والأعضاء ، والدليل عليه قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص)

وروى أنس رضى الله عنه ، أن الربيع بذت النضر بن أنس كسر ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبو ، وطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص . فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : كتاب الله القصاص ، قال فما القوم ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبر قسمه ، ولأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوب القصاص

(فصل) ومن لا يقاد بغيره في النفس لا يقاد به فيما دون النفس ، ومن اقتيد بغيره في النفس اقتيد به فيما دون النفس لأنه لا كان مادون النفس كالنفس في وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه

(فصل) وإن اشترك جماعة في إبادة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص ، لأنه أحد نوع القصاص ، فجاز أن يجب على الجماعة بالجنابة ما يجب على واحد كالقصاص في النفس

وإن تفرقت جناباتهم بأن قطع واحد بعض العضو وأبانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما ، لأن جنابة كل واحد منهما في بعض العضو ، فلا يجوز أن يقتص منه في جميع العضو

(الشرح) حديث أنس رضى الله عنه أخرجه البخارى في التفسير عن عبد الله ابن منير وفي الصلح وفي الدييات عن الانصارى وعن محمد بن سلام وأخرجه مسلم في الخوذة عن أبي بكر وأخرجه أبو داود في الدييات عن مسدد وأخرجه النسائى

في القود عن محمد بن المنثني وعن أحمد بن سليمان وعن حميد بن مسعود وإسماعيل بن مسعود؛ وأخرجه ابن ماجه في الدييات عن محمد بن المنثني وعن ابن أبي عدي والريبع مضى ضبطها في الريع بنت معوذ وهو بالتصغير وهي أم حارثة بنت سراقه المستشهد بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي صاحبة حديث: أخبرني عن حارثة إن كان في الجنة صبرت الخ الحديث

أما الاحكام فقد قال الشافعي رحمه الله: والقصاص فيما دون النفس سار . جرح يستوفي، وطرف يقطع

وقال العمراني ان القصاص يجب فيما دون النفس من الجروح والاعضاء، لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) — الى قوله تعالى — والجروح قصاص (اه). ولما روت الريع أنها كسرت ثنية جارية من الانصار فعرضوا عليهم الارش فلم يقبلوا، فطلبوا العفو فأبوا، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص، فقال أنس بن النضر: والذي بعثك بالحق لا يكسر ثنتها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره، ولأن القصاص في النفس إنما جعل لحفظ النفس، وهذا موجود فيما دون النفس

إذا ثبت هذا فكل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس جرى القصاص بينهما فيما دون النفس، فتنقطع يد الحر المسلم بيد الحر المسلم ويد الكافر بيد الكافر ويد المرأة بيد المرأة، وهذا إجماع وتقطع يد المرأة بيد الرجل، ويد الرجل بيد المرأة، ويد العبيد بيد الحر والعبد عندنا. وبه قال مالك وأحمد

وقال أبو حنيفة إذا اختلف الشخصان في الدية لم يجر القصاص بينهما فيما دونهما كالحرين المسلمين .

وان اشترك جماعة في ابانة عضو أو جراحة يثبت بها القصاص ولم يتميز فعل بعضهم عن بعض، مثل أن أجرى جماعة سيفاً في أيديهم على يد رجل أو رجله فقطعوها أو على رأسه فأوضحوه^(١) قطعت يد كل واحد منهم وأوضح كل واحد منهم

(١) أوضحوه أي أوضحوا بياض العظم

وبه قال ربيعة ومالك وأحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة : لا يقتص منهم بل ينتقل
 حق المجنى عليه إلى الدية . دليلنا ما روى أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه
 على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا برجل آخر وقالوا : هذا الذي سرق وأخطأنا
 في ذلك ، فلم يقبل شهادتهما على الثاني وغرمهما دية يد وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما
 لقطعت أيديكما ، وروى لقطعتكما ، ولا مخالف له في الصحابة ، ولأن كل جنابة
 وجب بها القصاص على الواحد وجب بها على الجماعة كالنفس ، وإن قطع أحدهما
 بعض العضو وأبانه الثاني ، أو وضع أحدهما السكين على المنصل ووضع الآخر
 عليه السكين من الجانب الآخر ثم قطعاه وأباناه لم يجب على أحدهما قصاص في
 إبانة العضو ، لأن جنابة كل واحد منهما قطعة مميزة في بعض العضو فلا يقتص
 منه في جميعه .

(فرع) ويعتبر في المجنى به على ما دون النفس ما يعتبر في النفس ، فإن رماه
 بحجر كبير يوضحه مثله في الغالب فأوضحه وجب عليه القود ، وإن لطمه وورم
 وانتفخ فصار موضحة فلا قود فيها وفيها الدية . وإن رماه بحجر صغير لا يوضح
 مثله في الغالب فأوضحه لم يجب عليه القود ووجب عليه الدية كما قلنا في النفس .
 وحكى ابن الصباغ في الشامل أن الشيخ أبا حامد قال إذا كان الحجر مما يوضح
 غالباً فإنه يجب القصاص في الموضحة ، فإذا مات لم يجب القصاص . قال ابن الصباغ
 وهذا فيه نظر لأن من أوضح غيره بحديدة فمات منها وجب عليه القود ، فإذا
 كانت هذه الالة توضح في الغالب كانت كالحرید .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) والقصاص فيما دون النفس في شئيين في الجروح وفي الاطراف ،
 فأما الجروح فينظر فيها فإن كانت لا تنتهي إلى عظم كالجائفة وما دون الموضحة من
 الشجاج ، أو كانت الجنابة على عظم ككسر الساعد والمضد والهاشمة والمنقلة ، لم
 يجب فيها القصاص ، لأنه لا يمكن المائلة فيه ولا يؤمن أن يستوفي أكثر من
 الحق فسقط ، فإن كانت الجنابة تنتهي إلى عظم — فإن كانت موضحة في الرأس أو

أوجه - وجب فيها القصاص ، لأنه تمكن المماثلة فيه ، ويؤمن أن يستوفى أكثر من حقه ، وإن كانت فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص .

ومن أصحابنا من قال لا يجب لأنه لما خالف موضحة الرأس والوجه في تقدير الارش خالفهما في وجوب القصاص والمنصوص هو الأول ، لأنه يمكن استيفاء القصاص فيها من غير حيف لانتهاها الى العظم ، فوجب فيها القصاص كالموضحة في الرأس والوجه .

(فصل) وإن كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقدرها طولا وعرضا لقوله عز وجل « والجروح قصاص » والقصاص هو المماثلة ، ولا تمكن المماثلة في الموضحة الا بالمساحة في الطول والعرض ، فإن كانت في الرأس حلق موضعها من رأس الجاني وعلم على القدر المستحق بسواد أو غيره ، ويقتص منها ، فإن كانت الموضحة في مقدم الرأس أو مؤخره أو في قرعته وأمكن أن يستوفى قدرها في موضعها من رأس الجاني لم يستوف في غيرها ، وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الجاني استوفى بقدرها ، وإن جاوز الموضع الذي شجعه في مثله لأن الجميع رأس . وإن كان قدرها يزيد على رأس الجاني لم يجوز أن ينزل الى الوجه والقفا لأنه قصاص في غير العضو الذي جنى عليه ويجب فيما بقي اد رش لانه تعذر فيه القصاص فوجب البدل ، فإن أوضح جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فللمجنى عليه أن يتبدى بالقصاص من أي جانب شاء . من رأس الجاني ، لأن الجميع محل للجنابة .

وإن أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره فقد قال بعض أصحابنا انه لا يجوز ، لأنه يأخذ موضحتين بموضحة . قال الشيخ الامام ويحتمل عندي أنه يجوز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول أهل الخبرة ان في ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع لذلك .

وإن كانت الموضحة في غير الوجه والرأس وقلنا بانصوص انه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ما ذكرناه في الرأس ، فإن كانت في الساعد فزاد قدرها على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد ، وإن كانت في الساق

فزادت على قدر ساق الجاني لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ كما لا ينزل في موضحة الرأس إلى الوجه والقفا .

(فصل) وإن كانت الجناية هاشمة أو منقولة أو مأمومة فله أن يقتصر في الموضحة لانتها داخله في الجناية يمكن القصاص فيها ، ويأخذ الأرش في الباقي ، لأنه تعذر فيه القصاص فانتقل إلى البدل .

(الشرح) الأحكام : يجب الفصاص فيما دون النفس في شيتين : الجروح والأعضاء ، والجروح ضربان ، جرح في الرأس والوجه وجرح فيما سواهما من البدن ، فأما الجروح في الرأس والوجه ويسمى الشجاج . قال الشافعي رضي الله عنه وهي عشرة .

(أولها) الحارصة وهي التي تفشط الجلد قشطا لا يدمي ، ومنه يقال حرص التصار الثوب إذا قشط درنه ووسخه ، وبعدها الدامية وهي التي قشطت الجلد وخرج منها الدم ، وبعدها الباضعة وهي التي تبضع اللحم ، أي تشقه بعد الجلد وبعدها المتلاحمة وهي التي تنزل في اللحم ولا تصدع العظم ، وبعدها السمحاق وهي التي وصلت إلى جلدة رقيقة بين اللحم والعظم وتسمى تلك الجلدة السمحاق وبعدها الموضحة وهي التي أوضحت عن العظم وكشفت عنه ، وبعدها الهاشمة وهي التي هشمت العظم ، وبعدها المقلعة — قال الشيخ أبو حامد ولها تأويلان

(أحدهما) أن ينقل العظم من موضع إلى موضع (والثاني) أنه في تدابره لا بد من إخراج شيء من العظم منه ، وبعدها المأمومة وتسمى الأمة بالمد اسم فاعل والمأمومة اسم مفعول ، وجمع الأمة أوام ، مثل دابة ودواب ، وجمع المأمومة على لفظها مأمومات وهي التي تصل إلى أم الدماغ وقال في البيان : وهي التي قطعت العظم وبلغت إلى قشرة رقيقة فوق الدماغ وبعدها الدامغة وهي التي بلغت الدماغ .

وحكى عن أبي العباس بن سريج أنه زاد الدامغة بد الدامية وقال الدامية التي يخرج منها

(١) في المصباح : حرص القصاصر الثوب شقه ، ومنه قيل للشجة تشق

الجلد حارصة .

الدم ولا يجرى ، والدامغة ما يخرج منها الدم ويجرى . قال الأزهرى : الدامغة قبل الدامية ، وهى التى يخرج منها الدم بقطعه والدامية هى التى يخرج منها أكثر إذا ثبت هذا فإن الشافعى رضى الله عنه قال فى الأم لا قصاص فيما دون الموضحة من الشجاج

ونقل المزنى ، لو جرحه فلم يوضحه اقتضى منه بقدر عاشق من الموضحة . واختلف أصحابنا فيه فقال الخراسانيون هل يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج ؟ فيه قولان ، قال أكثر أصحابنا البغداديين ، لا يجب القصاص فيما دون الموضحة ، وما نقله المرنى فيه سهو ، لأن القصاص هو المائلة ولا يمكن المائلة فيما دون الموضحة ، فلو أوجبنا فيها القصاص لم يأم أن تؤخذ موضحة بمتلاحة ، لأنه قد يكون رأس المجنى عليه غليظ الجلد كثير اللحم ، ويكون رأس الجانى رقيق الجلد قليل اللحم ، فإذا قدرنا العمق فى المتلاحتين ورأس المجنى عليه وأوجبنا قدره فى رأس الجانى فرما بلغت إلى العظم وذلك لا يجوز

وقال الشيخ أبو حامد يمكن عندى القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج على ما نقله المزنى بأن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة وفى رأس الجانى موضحة فينظر الى المتلاحة التى فى رأس المجنى عليه ، وينظر كم قدرها من الموضحة ، فإن كان قدر نصفها نظر كم قدر الموضحة التى فى رأس الجانى فنقص منه نصف موضحته التى فى رأسه ، والمشهور أنه لا قصاص فى ذلك ، وأما الموضحة فيجب فيها القصاص لأن المائلة فيها ممكنة من غير حيف ، فيقدر الموضحة بالطول والعرض ويعلم عليه بحيط أو سواد ولا يعتبر العمق ، لأنه يأخذ الى العظم . وان كانت الشجة فى الرأس وعلى موضعها فى رأس الجانى شعر فالمستحب أن يخلق ذلك الشعر لأنه أسهل فى الاستيفاء ، وإن اقتص ولم يخلق الشعر جاز ، لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه .

(فرع) إذا شج رجل رجلا فى رأسه شجة فلا يخلو إما أن يستوى رأساهما فى الصغر والكبر أو يختلفا — فإن استوى رأساهما فى الصغر أو الكبر — فإنه يستوفى مثل موضحته بالطول والعرض فى موضعها إما فى مقدم الرأس أو مؤخره

أو بين قرنيه ، وان اختلفا نظرت - فإن كان رأس الجاني أكبر ورأس المجنى عليه أصغر لجنى عليه موهجة الى منبت الشعر فوق الأذن وكان قدر طولها وعرضها في رأس الجاني ينتهي الى أعلا من ذلك الموضع لسعته ، فليس للجنى عليه أن يأخذ الا قدر موضحته طولاً وعرضاً لا يزيد عليه ، ولكن له أن يتدبىء بالقصاص من أى الجانبين شاء .

وإن أوضح جميع رأسه فللمجنى عليه أن يقتصر قدر موضحته طولاً وعرضاً في أى وقت شاء من رأس الجاني لأنه قد جنى عليه في ذلك الموضع في رأسه . فإن أراد أن يقتصر بعضها في مقدم رأس الجاني وبعضها في مؤخر رأس الجاني ويكون بينهما فاصل ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز له ذلك لأنه يأخذ موضحتين بموضحة

(والثاني) وهو قول المصنف أنه يجوز لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه إلا ان قال أهل الخبرة ان في ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع من ذلك ، وإن كان رأس المجنى عليه أكبر من رأس الجاني فأوضحه موضحة في مقدم رأسه وكان قدر طولها وعرضها في رأس الجاني يزيد على ذلك الموضع ففيه وجهان

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقتصر في مقدم رأس الجاني ويستكمل قدر طول موضحته وعرضها بما يلي ذلك من مؤخر رأس الجاني لأنه عوض واحد فإن زادت موضحته على قدر الرأس لم يكن له أن يستوفى باقيها في الوجه ولا في القفا وهو ما نزل عن منبت شعر الرأس من العين لأنهما موضعان آخران والوجه الثاني أنه لا يجوز له أن يتجاوز عن سمى موضع الشجة لأنه غير موضع الشجة فلم يتجاوزه ، كما لا يجوز أن يتجاوز عن موضع الرأس الى الوجه والقفا فعلى هذا ان كانت الموضحة في مقدم الرأس وزاد قدرها على مقدم رأس الجاني لم ينزل الى مؤخره ، وان كانت بين قرنى الرأس وهما جانباه وزاد قدرها على ما بين قرنى رأس الجاني فللمجنى عليه أن يقتصر الى ما فوق الأذنين لأنه في سمتهما وليس له أن يستوفى في مقدم الرأس ولا في مؤخره لأنه في غير سمته

(فرع) وأما الهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتصر في الموضحة وليس له أن يقتصر فيما زاد عليها لأن كسر العظم لا يمكن المائلة فيه لأنه يخاف فيه الحيف

وإتلاف النفس . وأما الجراحة في غير الرأس والوجه فينظر فيها - فإن وصلت إلى عظم ووجب فيها القصاص . ومن أمحابتنا من قال لا يجب فيها القصاص لأنها لما خالفت موضحة الرأس والوجه في تقدير الأرش خالفتها في وجوب القصاص والمنصوص هو الأول ، لأنه يمكن القصاص فيها من غير حيف فهي كالموضحة في الرأس والوجه .

فعل هذا إن كانت في موضع عليه شعر كثير ، فالمستحب أن يُحلق موضعها ويعلم على موضعها سواد أو غيره ، ويقدر الطول والعرض على ما ذكرناه في موضحة الرأس .

وإن كانت الجراحة في العضد فزاد قدرها على عضد الجاني لم ينزل في الزيادة على أعلى الساعد ، وإن كانت في الفخذ وزاد قدرها على فخذ الجاني لم ينزل في الزيادة إلى الساق ، وإن كانت في الساق وزاد قدرها على ساق الجاني لم ينزل في الزيادة إلى القدم كما لا ينزل في موضحة الرأس إلى الوجه والقفا ، وإن كانت فيما دون الموضحة لم يجب فيها القصاص على المشهور من المذهب ، لأنه لا يمكن المماثلة فيه وعلى ما اعتبره الشيخ أبو حامد وحكاه الخراسانيون فيما دون الموضحة من الجراحات على الرأس في أوجه يكون ههنا مثله

وإن كانت الجراحة جائفة أو كسر عظم لم يجب القصاص فيها ، لأنه لا يمكن المماثلة فيها ويخاف فيها الحيف ، بل إن كانت في موضع وصلت إلى عظم ثم كسرت أو أجافت ووجب القصاص فيها إلى العظم ووجب الأرش فيما زاد

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الأطراف فيجب فيها القصاص في كل ما ينتهي منها إلى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى ، وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ، ولأنه يمكن المماثلة فيها لانتهائها إلى مفصل فوجب فيها القصاص ، ولا يجوز أن يأخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لأنه يأخذ دون حقه . وإن أوضح رأسه فذهب ضوء عينه ، فالمنصوص أنه يجب فيه القصاص ،

وقال فيمن قطع أصبع رجل فتأكل كفه إنه لا قصاص في الكف ، فنقل أبو إسحاق قوله في الكف - الى العين ولم ينقل قوله في الدين الى الكف ، فقال في ضوء العين قولان (أحدهما) لا يجب فيه القصاص لأنه سرية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتأكل الكف (والثاني) يجب لأنه لا يمكن إتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسرية كالنفس

ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال يجب القصاص في الضوء قولاً واحداً ولا يجب في الكف ، لأن الكف يمكن إتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسرية بخلاف الضوء .

(فصل) ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهاؤه الى مفصل فوجب فيه القصاص ويؤخذ جفن البصير بجفن الضريب وجفن الضريب بجفن البصير لأنهما متساويان في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره .

(فصل) ويؤخذ الأنف بالأنف لقوله تعالى « والأنف بالأنف » ولا يجب القصاص فيه إلا في المارن لأنه ينتهي الى مفصل ، ويؤخذ الشام بالأخشم ، والأخشم بالشام لأنهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم الشم نقص في غيره ، ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث مـ مارن الجاني ، ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأنه قد يكون أنف الجاني صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً ، فإذا اعتبرت المائلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض ، وهذا لا يجوز . ويؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهاؤه الى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام أو انخرام لأنه يأخذ أكثر من حقه ، فإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً فـ للمجنى عليه أن يأخذ الموجود وينقل في الباقي الى البديل لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل في الباقي الى البديل وان قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل في الجناية يمكن القصاص فيه ، وينقل في الباقي الى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص فيه فانتقل فيه الى البديل

(الشرح) قوله «بقائمة» ، وهي التي يابضها وسوادها صحيجان غير أن سماحها لا يبصر ولعلها اراقفة ، من قولهم . قام زيد إذا وقف وقوله «المارن» ، أى ما لان من الأنف وموصل الى القصب ، والاختيم من الخشم ، أى أصيب بداء فى أنفه منه الشم .

أما الاحكام فإن الإطراف يجب فيها القصاص فى كل ما يذهب منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى (والعين بالعين) الآية . ولائها تنهى الى مفصل إذا ثبت هذا فإنه تؤخذ العين الصحيحة بالعين الصحيحة والقائمة بالقائمة ، وهي التي ذهب ضوءها وبقيت حدقتها - وهي التي انفصلت شبكيتها - وهو الطبقة المبطنة لككرة العين من أسفل أو التي انفصل أو ضمير العصب البصرى لها وهو الذى يتلقى المرئيات من الشبكية لنقلها الى المخ ، أو المياه الزرقاء التي تتكون فى العدسة الداخلية للعين ، أو ماشابه ذلك مما لا يظهر على شكل العين فتبدو كأنها مبصرة وليس فيها ابصار ، فإنه لا تؤخذ صحيجة بقائمة ، وهي التي وصفناها طبقة اعلم التشرح المصرى ان شاء الله ، وذلك لانه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لانه يأخذ أقل من حقه باختياره

(فرع) اذا وضع رأسه فذهب ضوء العين ، أى انفصلت الشبكية أو نهتك عصب الابصار ، فالمنصوص أنه يجب القصاص فى الضوء .

وقال الشافعى رضى الله عنه فيمن قطع أصبع رجل فتأكل الكف وسقط انه لا يجب عليه القصاص فى الكف . واختلاف أصحابنا فى ضوء العين ، فنقل أبو اسحاق جوابه فى الكف الى العين ، وجعل فى ضوء العين قولين (أحدهما) أنه لا يجب فيه القصاص لانه سراية فيها دون النفس فلم يجب فيه القصاص كالكف .

(والثانى) يجب فيه القصاص بالسراية كالنفس ، وقال أكثر أصحابنا لا يجب القصاص فى الكف بالسراية قولاً واحداً ، والفرق بينهما أن الكف يمكن إتلافه بالباشرة فلم يجب فيه القصاص بالسراية ، والضوء لا يمكن إتلافه بالباشرة بالجناية ، وإنما يتلف بالجناية على غيره فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس . (فرع) قال المصنف ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى «والجروح قصاص»

وهذا صحيح لأنه ينتهي إلى مفصل فيؤخذ جفن البصير بجفن الضريب وجفن الضريب بجفن البصير لأنهما متساويان في السلامة ، وعدم البصر نقص في غيره
 (مسألة) قوله تعالى « والعين بالعين والآنف بالآنف » قرأ نافع وعاصم والأعمش وحمزة بالنصب في جميعها على الرفع ، ويجوز تخفيف (أن) ورفع الكل بالابتداء والرفع ، وقرأ ابن كثير وابن عامر وأبو عمرو وأبو جعفر بنصب الكل إلا الجروح ، وكان الكسائي وأبو عبيد يقرءان « والعين بالعين » وهكذا بالرفع فيها كلها .

قال أبو عبيد : حدثنا حجاج عن هرون عن عباد بن كثير عن عقيل عن الزهري عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والآنف بالآنف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » والرفع من ثلاث جهات بالابتداء والخبر وعلى معنى « أن موضع » أن النفس ، لأن المعنى قلنا لهم « النفس بالنفس » .

والوجه الثالث قاله الزجاج يكون عطفاً على المضمر في النفس ، لأن الضمير في النفس في موضع رفع لأن التقدير أن النفس هي مأخوذة بالنفس ، فالاسماء معطوفة على هي .

قال ابن المنذر : ومن قرأ بالرفع جمل ذلك ابتداء كلام حكم في المسلمين ، وهذا أصح القولين عند القرطبي في جامعه ، وذلك أنها قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخطاب للمسلمين أمروا بهذا . ومن خص الجروح بالرفع فعلى القطع مما قبلها والاستئناف بها ، كأن المسلمين أمروا بهذا خاصة ، وما قبله لم يواجهوا به إذا ثبت هذا فإن الآنف الكبير يؤخذ بالصغير والغليظ بالرفيق والاقنى بالافطس لأن الاطراف يجب القصاص فيها وإن اختلفت بالصغر والكبر . ولا يجب القصاص في المارن وهو اللبن .

وأما القصة فلا يجب فيها القصاص لأنها عظم ، ويؤخذ أنف الشام بأنف الاخشم ، وأنف الاخشم بأنف الشام ، لأن الخشم ليس ينقص في الأنف ، وإنما هو ائمة في الدماغ والاذنان يتساويان في السلامة ، ويؤخذ الا - الصحيح بالآنف المجذوم ما لم يسقط بالجزام شيء منه ، لأن الطرف الصحيح يؤخذ

بالطرف العليل، فإن سقط من الأنف شيء لم يؤخذ به الصحيح لأنه يأخذ أكثر من حقه، فإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً قطع جميع ما بقى من مارن الجاني وأخذ منه من الدية بقدر ما كان ذهب من مارنه، فإن قطع بعض مارن غيره نظر كم القدر التي قطع - فإن كان نصف المارن أو ثلثه أو ربه اقتصر من مارنه نصفه أو ثلثه أو ربه، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض كما قلنا في الموصحة، لأنه قد يكون أنف الجاني صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً، فلو قلنا يقطع من أنف الجاني قدر ما قطع من أنف المجنى عليه بالمساحة طولاً وعرضاً لم يأمن أن يقطع جميع أنفه ببعض أنف المجنى عليه، ويؤخذ المتحد بالمتحد، والحاجر بينهما بالحاجر، فإن قطع المارن والقصة اقتصر من المارن وأخذ الحكومة في القصة لأنه لا يمكن القصاص فيها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتؤخذ الأذن بالأذن لقوله عز وجل ، والأذن بالأذن ، ولأنه يمكن استيقاء القصاص فيه لانتهاه إلى حد فاصل ، وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لانهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص في غيره . ويؤخذ الصحيح بالمتقوب ، والمتقوب بالصحيح ، لأن الثقب ليس بنقص ، وإنما تثقب للزينة . ويؤخذ البعض ببعض على ما ذكرناه في الأنف ، ولا يؤخذ صحيح بمخزوم ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المخزوم بالصحيح ، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما سقط منه بما ذكرناه في الأنف .

وهل يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه لا يؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلأ .

(والثاني) يؤخذ لانهما متساويان في المنفعة ، بخلاف اليد الشلأ فإنها لا تساوى الصحيحة في المنفعة ، فإن قطع بعض أذنه وأصقه المقطوع فالتصق لم يجب القصاص ، لأنه لا يمكن المائلة فيما قطع منه ، وإن قطع أذنه حتى جعلها معلقة على حده وجب القصاص ، لأن المائلة فيه ممكنة بأن يقطع أذنه حتى تصير

معلقة على خده ، وإن أبان أذنه فأخذه المقطوع وألصقه فالتصق لم يسقط القصاص لأن القصاص يجب بالإبانة ، وما حصل من الإلصاق لا حكم له لأنه يجب إزالته ولا تجوز الصلاة معه . وإن قطع أذنه فاقنص منه وأخذ الجاني أذنه فالصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بقطعه ، لأنه اقتنص منه بالإبانة ، وما فعله من الإلصاق لا حكم له لأنه يستحق إزالته للصلاة ، وذلك إلى السلطان وإن قطع أذنه فقطع المجنى عليه بعض أذن الجاني فالصقه الجاني فالتصق للمجنى عليه أن يعود فيقطعه لأنه يستحق الإبانة ولم يوجد ذلك . وإن جنى على رأسه فذهب عقله أو على أنفه فذهب شمه أو على أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص في العقل والشم والسمع ، لأن هذه المعاني في غير محل الجنابة فلم يمكن القصاص فيها .

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة وهو ما بين جلد الذقن والحدين علوا وسفلا ومن أصحابنا من قال لا يجب فيه القصاص لانه قطع لحم لا ينتهي إلى عظم فلم يجب فيه القصاص كالباضعة والمتلاخمة والضجيج هو الاول لقوله تعالى والجروح قصاص ، ولانه ينتهي إلى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص

(الشرح) الصمم فقدان السمع بسبب من الاسباب الآتية :

١ - انسداد القناة السمعية وهي المدخل الظاهري في فتحة الاذن

٢ - تهتك الغشاء الرقيق المسمى (الطبلة) وهو الذي يستقبل الذبذبات الصوتية الداخلة من القناة السمعية فينقلها بدوره الى ثلاث عظام في الصماخ وهذه العظييات (بالتصغير لصغرها ودقتها) تكبر الصوت بالذبذبات التي تحدث عن طريق تحريك هذه العظييات عند اصطدام الذبذبات الصوتية بها

٣ - توقف العظييات عن الحركة

٤ - انفصال العصب السمعي أو تيبسه أو تهتكه ، وهو الذي يأخذ الصوت من مكبر الصوت (العظييات) لينقله الى المخ . والاخرم المنقوب الاذن ، وقد انخرم ثقبه أى انشق ، والمستحشف المنقبض اليابس ، مأخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الحارصة ، سميت حارصة لانها تشق الجلد ، يقال حرم القصار الثوب

إذا شقه ، وحرص المطر الأرض إذا قشرها . والباضعة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدعى : من بضعت اللحم إذا قطعتة قطعا صغارا ، والبضعة القطعة وقد سقناها آنفا في عشرة أنواع وفيها المتلاحمة والسمحاق والهاشمة . أما الاندمال فهو براء الجرح . يقال اندمل الجرح إذا تماثل ، وأصله الإصلاح ، ودمت بين القوم أصاحت ، ودملت الأرض بالسرحين أصلحتها

أما الأحكام فإنه يجب القصاص في الأذن لقوله تعالى « والأذن بالأذن ، ويؤخذ منها الكبير بالصغير والعكس لما ذكرناه في الاثف ، ويؤخذ المثقوب بالصحيح والعكس ، والاصم بالسميع وبالعكس ، وإن قطع مَنْ أذنه مخرومة أذنا صحيحة اقتص منه الجني عليه في المخرومة وأخذ من دية أذنه بقدر ما انخرم من أذن الجاني ، وتؤخذ الأذن المستحشفة وهي الأذن اليابسة بالأذن الصحيحة لأنه يأخذ أنقص من حقه باختياره ، وهل تؤخذ الأذن الصحيحة بالأذن المستحشفة ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يؤخذ بها كما لا يجوز أخذ اليد الصحيحة باليد الشلاء .

(والثاني) تؤخذ بها لأن الأذن المستحشفة تساوى الأذن الصحيحة في المنفعة فأخذت الصحيحة بها بخلاف اليد الشلاء فإنها لا تساوى الصحيحة في المنفعة (فرع) وإن قطع بعض أذنه اقتص منه ، ويقدر ذلك بالجزء كالنصف والثلث والرابع ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض لما ذكرناه في الاثف . وحكى ابن الصباغ عن القاضي أبي الطيب أنه لا يثبت القصاص في بعض الأذن والاول أصح لأنه يمكنه القصاص فيها

وقول المصنف هنا : إذا قطع بعض أذنه وأصقه فالتصق لم يجب القصاص لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه . ولعله أراد إذا اندمل القطع بنحو خياطة طبية فاختنى القطع .

وإن قطع أذنه حتى جعلها معلقة فله أن يقطع كذلك لأن المماثلة ممكنة . وإن قطع أذنه وأبانها فأخذها الجني عليه فالصقها فالتصقت لم يكن للجني عليه أن يطالبه بإزالتها ، لأنه قد استوفى حقه ، والإزالة إلى السلطان ، وإن قطع أذنه وأبانها وقطع الجني عليه بعض أذن الجاني فالصقه الجاني فالتصق فللمجني عليه أن

يعود ويقطعه ، لان حقه الابانة ولم يوجد . وإن جنى على رأسه فذهب عقله أو شبهه أو سمعه أو ذوقه أو فكاحه أو إزاله لم يجب القصاص ، لان هذه الاشياء ليست في موضع الجناية فيمكن القصاص فيها .

(مسألة) يجب في الشفتين القصاص ، ومن أصحابنا من قال : لا قصاص فيهما لانه قطع لحما من لحم غير منفصل ، والاول هو المنصوص لقوله تعالى والجروح قصاص ، ولان الشفتين هما اللحم الجافى من لحم الذقن والشدق ، مستدير على الفم طولا وعرضا ، وطولها ما تجافى عن لحم الذقن الى أصل الانف وذلك من لحم له حد معلوم فوجب القصاص فيه

واختلف أصحابنا في القصاص في اللسان ، فمنهم من قال يجب القصاص في جميعها وفي بعضها ، لان له حداً ينتهى اليه فهو كالانف والاذن . وقال أبو اسحاق لا قصاص فيه ، واليه ذهب بعض أصحاب أبي حنيفة ، واختاره ابن الصباغ ، وأما المصنف فذكر أن القصاص يثبت في جميعها على وجهين

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى (والسن بالسن) ولما روينا في أول الباب في حديث الربيع بنت النضر بن أنس ، ولانه محدود في نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لانه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المكسور بالصحيح ، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه في الانف والاذن ، ويؤخذ الزائد اذا اتفق محلها لانها متساويان ، وان قلع سنا زائدة وليس للجاني مثلها وجبت عليه الحكومة لانه تعذر المثل فوجب البدل ، وان كان له مثلها في غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن أصلى بسن أخرى . وان كسر نصف سنه وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه ، فإن لم يمكن وجب بقدره من دية السن ، وان وجب له القصاص في السن فاقصص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان

(أحدهما) أن النابت هو المقلوع من جهة الحكم لانه مثله في محله فصار كما

لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجاني لأنه قلع سنه بغير سن .

والقول الثاني : إن النابت هبة مجددة لأن الغالب أنه لا يستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شيء للجاني ، وإن قلع سن رجل فاقتص منه ثم نبت للجاني سن في مكان السن الذي اقتص منه . فإن قلنا إن النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعها لأنه استوفى ما كان له . وإن قلنا إن النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعها ؟ فيه وجهان (أحدهما) أن له أن يقلعه . ولو نبت ألف مرة . لأنه أعدمه السن فاستحق أن يعدم سنه .

(والثاني) ليس له قلعها لأنه يجوز أن يكون هبة مجددة ويجوز أن يكون هو المقلوع فلم يجوز قلعها مع الشك

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن له حداً ينزى إليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلسان الآخرس لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الآخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه . وإن قطع نصف لسانه أو ثلثه اقتص من لسان الجاني في نصفه أو ثلثه . وقال أبو إسحاق لا يقتص منه لأنه لا يأمن أن يجاوز القدر المستحق ، والمذهب أنه يقتص منه للآية ولأنه إذا أمكن القصاص في جميعه أمكن في بعضه

(الشرح) حديث الربيع بنت النضر مضى تخريجه في فصل قبله ، أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وإن قلع سن من أثغر قلع سنه ، وإن كان المقلوع سنه لم ينغر أو وقف حتى ينغر

وجملة ذلك أن القصاص يجب في السن لقوله تعالى والسن بالسن ، ولما روى أن الربيع كسر سن جارية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر سنهما ، فقال أنس بن النضر أتكسر سن الربيع ؟ لا والله لا تكسر ، فقال رسول الله (ص) القصاص فعفا الانصاري فقال رسول الله إن من عاد الله من أن أقسم على الله لأبره . إذا ثبت هذا فإنه يقال للصبي إذا سقطت رواجه ، وهي الأسنان التي تثبت له

وقت رضاعه ثغر فهو مشغور ، فإذا نبت له مكانها قبل له أثمر واتغر لغتان .
هكذا أفاده العمراني

وقال الفيومي : والثغر المبسم ثم أطلق على الشايا ، وإذا كسر ثغر الصبي
قيل : ثغر ثغورا بالبناء للضعول ، وثغرته أثمره من باب نفع كسرتة ، وإذا
نبتت بعد السقوط قيل أثمر اثغارا مثل أكرم إكراماً ، وإذا ألقى أسنانه قيل
اثغر على افتعل .

وقال في كفاية المتحفظ : إذا سقطت أسنان الصبي قبل ثغر ، فإذا نبتت قيل
اثغر واتغر بالتاء والتاء مع التشديد .

فإذا قلع سن غيره فلا يخلو المقطوع إما أن يكون لم يثغر أو كان قد ثغر ، فإن
كان لم يثغر فإن القصاص لا يجب على الجاني في الحال ، لأن العادة جرت أن سن
من لم يثغر تعود إذا قلعته ، وما كان يعود إذا قلع لا يجب فيه القصاص كالشعر
ويسأل الأطباء كم المدة التي تعود هذه السن في مثلها ، وينظر إلى تلك المدة ، فإذا
جاءت تلك المدة ولم يعد السن وجب على الجاني القصاص ، لأنه قد أيس من
عودها ، فإن نبتت للجنى عليه سن مكابها في تلك المدة أو أقل منها - فإن كانت
الثانية مثل الأولى من غير زيادة ولا نقصان لم يجب على الجاني قصاص ولا دية .
وهل يجب عليه حكومة الجراح الذي حمل بقلعه ؟ ينظر فيه ، فإن جرح موضعاً
آخر غير الموضع الذي فيه السن بالقلع وجبت عليه فيه الحكومة ، وإن لم يجرح
إلا الموضع الذي قلع منه السن ففيه وجهان
(أحدهما) يجب عليه الحكومة ؛ لأنه لما قلع السن أدمى ، فإذا أدمى
وجبت فيه الحكومة .

(والثاني) لا تجب عليه الحكومة ، لأن الحكومة إنما تجب إذا جرح وأدمى
فأما إذا أدمى من غير جرح فلا حكومة عليه ، كالمولود لطمه فرعف ، فإنه لا تجب
عليه لخروج الدم بالرعا فحكومة . وإن كانت السن التي نبتت مكان المقموعة
أنقص من التي تليها ، وجب على الجاني من ديتها بقدر ما نقص منها لأن الظاهر
أنها نقصت لجأيته .

وإن كانت السن التي نبتت أزيد من التي قبلها ففيه وجهان : من أصحابنا من قال

لا يجب على الجاني شين ، لأن الزيادة لانكون من الجناية . وقال المصنف يلزمه حكومة الشين الحاصل بالزيادة كما يلزمه الشين الحاصل بالنقصان ، لأن الظاهر أن ذلك من جنائته .

وإن كانت النابتة خارجة من صف الأسنان ، فإن كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت عليه حكومة بالشين الحاصل بها ، وإن نبت له سن صغير أو خضراء أو سوداء — وكانت المقلوعة بيضاء — وجب على الجاني للشين الحاصل باللون ، وإن مات المجنى عليه بعد مضي المدة التي يرجى فيها عود السن قبل أن يعود ، فلوليه أن يقتص من الجاني ، لأنه مات بعد استقرار القصاص .

وهل تجب له دية سن ؟ حكى الشيخ أبو إسحاق فيها قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين :

(أحدهما) تجب دية السن ، لأنه قلع سنًا لم تعد ، والأصل عدم العود . (والثاني) لا يجب لأن الغالب أنها قد كانت تعود ، وإنما قطعها الموت ، وأما إذا قلع سن من ثغر — فإن قال الأطباء انها لا تعود — وجب له القصاص في الحال ، وإن قالوا انها تعود الى مدة فهل له القصاص قبل مضي تلك المدة ؟ فيه وجهان بناء على أنه هل يسقط القصاص أو الدية إذا عاد سنه فيه قولان ، فإن قلنا يسقط ينتظر والا فلا .

وقال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يقتص قبل مضي تلك المدة كما قلنا فيمن قلع سن صبي لم يشغره . وقال ابن الصباغ : له أن يقتص بكل حال ، أو أقص منه بعد الإياس من عودها ثم نبتت للمجنى عليه سن في موضع السن المقلوع ففيه قولان (أحدهما) أن هذا السن من نبات السن المقلوع من هذا الموضع ، لأن مثله في موضعه فصار كما لو نتف شعره ثم نبت ، كما لو قلع سن صبي لم يشغره ثم نبت مكانه سن ، وكما لو لطم عينه فذهب ضوءها ثم عاد ، فعلى هذا لا يجب على المجنى عليه القصاص للجاني في السن التي اقتص منه بها لأنه قلعها ، وكان يجوز له قلعها ، وإنما يجب عليه دية سن الجاني . وإن كان المجنى عليه عفا عن القصاص وأخذ دية سنه وجب عليه رد الدية الى الجاني .

والقول الثاني أن السن النابت هبة مجددة من الله تعالى للمجنى عليه ، لأن

العادة أن سن من ثغر اذا قلعت لا تعود ، فإذا عادت علمنا أن ذلك هبة من الله له ، فعلى هذا ان كان المجنى عليه قد اقتضى من الجاني أو أخذ منه الارش فقد وقع ما فعله موقعه ولا شيء عليه للجاني . وان قلع سن رجل فقلع المجنى عليه سن الجاني ثم نبت للجاني سن مكان سنه الذي اقتص منه ولم تعد للمجنى عليه مثلها — فإن قلنا ان النابت هبة من الله مجددة — فلا شيء للمجنى عليه ، وان قلنا ان النابت هو من الاول ففيه وجهان

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقلعه ، ولو نبت مراراً ، لأنه أعدم سنه فاستحق أن يعدم سنه .

(والثاني) ليس له أن يقلع سنه لأنه يجوز أن يكون من المقلوع ، ويجوز أن يكون هبة مجددة ، وذلك شبهة فسقط بها القصاص ، فعلى هذا للمجنى عليه دية سن على الجاني ، فإن خالف المجنى عليه وقلع هذا السن للجاني وجب عليه ديتها ويتقاصن ، وان قلع سنه فاقتص منه فعاد للمجنى عليه سن مكان سنه ولم يعد للجاني ثم عاد الجاني فقلعها وجب عليه ديتها لأنه ليس له مثلها ، فإن قلنا انه من الاول فقد قلنا ان على المجنى عليه دية سن الجاني فيتقاصن . وان قلنا ان النابت هبة مجددة فلا شيء على المجنى عليه للجاني

هذا ويؤخذ السن الكبير بالصغير والصغير بالكبير كما قلنا في الانف والاذن ولا يؤخذ سن صحيح بمكسور لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المكسور بالصحيح ، لأنه أنقص منه ، ويأخذ من دية سنه بقدر ما ذهب من سن الجاني وان كسر بعض سنه من نصفها أو ربعها فهل يجب بها القصاص ؟ اختلف الشيخان ، فقال الشيخ أبو اسحاق ان أمكن أن يقتص اقتص ، وان لم يمكن لم يقتص وقال الشيخ أبو حامد لا يقتص منه لان القصاص بالكسر لا يجب باتفاق الامة وما روى في خبر الربيع أنها كسرت ثنية جارية فعاد النبي صلى الله عليه وسلم : تكسر ثنيتها ، أراد بالكسر القلع لا الكسر من بعضها

(فرع) وان قلع لرجل سنأ زائداً وللجاني سن زائد في ذلك الموضع يساوي السن الذي قلع وجب فيها القصاص لانهما متساويان ، وان لم يكن للجاني سن

زائد لم يجب عليه القصاص ، لأنه ليس له مثلها ، وإن كان له سن زائد في غير ذلك الموضوع لم يجب فيه القصاص لأنه ليس له مثلها ، وإن كان له سن زائد في ذلك الموضوع إلا أنه أكبر من سن المجنى عليه ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أكثر أصحابنا لا يجب فيها القصاص ، لأن القصاص في العضو الزائد إنما يجب بالاجتهاد ، فإذا كانت سن الجاني أزيد كانى حكومتها أكثر فلم يجب قطعها بالتى هى أنقص منها ، بخلاف السن الأصلية فإن القصاص يثبت بالنص فلا يعتبر فيها التساوى ، والثانى حكاة ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد واختاره أنه يجب فيها القصاص ، لأن ما ثبت بالاجتهاد يجب اعتباره بما ثبت بالنص ، والاول هو المصوص

(مسألة) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص منه كالعين ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه بدنى حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لأنه أمكن القصاص فى جميعه فأمكن فى بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب . هذا وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهى ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلاً ، لقول الله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص ، وإن قطع يده من الكوع اقتص منه لأنه مفصل ، وإن قطع من نصب الساعد فله أن يقتص من الكوع لأنه داخل فى جنابة يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لأنه كسر عظم لا يمكن المماثلة فيه فانتقل فيه إلى البدل . وإن قطع من المرفق فله أن يقتص منه لأنه مفصل ، وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لأنه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجنابة فلا يجوز أن يأخذ القصاص

في غيره ، وان قطع يده من نصف العضد فله أن يقتصر من المرفق ويأخذ الحكومة في الباقي وله أن يقتصر في الكوع ويأخذ الحكومة في الباقي لان الجميع مفصل داخل في الجنابة ويخالف اذا قطعها من المرفق وأراد أن يقتصر من الكوع لان هناك مكانه أن يقتصر في الجميع في محل الجنابة وههنا لا يمكنه أن يقتصر في موضع الجنابة .

وان قطع يده من الكتف وقال أهل الخبرة انه يمكنه أن يقتصر منه من غير جانفة اقتصر منه لانه مفصل يمكن القصاص فيه من غير -يف ، وان أراد أن يقتصر من المرفق أو الكوع لم يجوز لانه يمكنه أن يقتصر من محل الجنابة فلا يجوز أن يقتصر في غيره .

وان قال أهل الخبرة انه يخاف أن يحصل به جانفة لم يجوز أن يقتصر فيه ، لانه لا يأمن أن يأخذ زيادة على حقه ، وله أن يقتصر في المرفق ويأخذ الحكومة في الباقي ، وله أن يقتصر في الكوع ويأخذ الحكومة في الباقي لما ذكرناه ، وحكم الرجل في القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك ، وما يجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه

(فصل) ولا تؤخذ يد صحيحة بيد سلاء ، ولا رجل صحيحة برجل سلاء لانه يأخذ فوق حقه ، وان أراد المجنى عليه أن يأخذ السلاء بالصحيحة نظرت فإن قال أهل الخبرة انه ان قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن وخيف عليه لم يجوز أن يقتصر منه ، لانه يأخذ نفساً بطرف

وان قالوا لا يخاف عليه فله أن يقتصر لانه يأخذ دون حقه ، فإن طلب مع القصاص الارش لنقص الشلل لم يكن له ، لان السلاء كالصحيحة في الحلقة ، وانما تنقص عنها في الصفة فلم يؤخذ الارش للنقص مع القصاص ، كما لا يأخذ ولي المسلم من الذمي مع القصاص أرشاً لنقص الكفر .

وفي أخذ الاشل بالاشل وجهان :

أحدهما : انه يجوز لانهما متساويان

والثاني : لا يجوز ، وهو قول أبي اسحاق ، لان الشلل علة والعلل يختلف

تأثيرها في البدن فلا تنحقق المائلة بينهما

(الشرح) تقطع اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والانامل بالانامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف .

إذا ثبت هذا فإن قطع أصابعه من مفاصلها فله أن يقتصر ، وإن قطع يده من وسط الكف فليس له أن يقتصر من وسط الكف لأن كسر العظم لا يثبت فيه القصاص لإجماع الامة ، فإن أراد أن يقتصر من الاصابع من أصولها كان له ذلك ، لأن الاصابع يمكن القصاص فيها .

فإن قيل فكيف يضع السكين في غير الموضع الذي وضعه الجاني عليه ؟ قلنا لأنه لا يمكن وضعها في الموضع الذي وضعها الجاني فيه ، فإذا اقتصر من الاصابع فهل له أن يأخذ حكومة فيما زاد على الاصابع من الكف ؟ فيه وجهان يأتي بيانهما وإن قطع يده من الكوع كان له أن يقتصر من ذلك الموضع لأنه مفصل ، وإن قطع يده من بعض الذراع فليس له أن يقتصر من بعض الذراع لأنه كسر عظم وإن أراد أن يقتصر من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد عليه كان له ذلك لأنه داخل في الجناية يمكن القصاص فيه ، وإن قطع يده من المرفق فله أن يقتصر من المرفق فإن أراد أن يقتصر من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك .

وإن أراد أن يقتصر من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق له ذلك لأن الجميع مفصل داخل في الجناية وقال ابن الصباغ في الشامل والطبرى في العدة : ليس له ذلك لأنه يمكنه أن يقطع من المرفق ، متى أمكنه استيفاء حقه قصاصاً لم يكن له أن يستوفي بعضه قصاصاً وبعضه أرشاً ، كما لو قطع يده من الكوع وأراد أن يقتصر من الاصابع ويأخذ الحكومة فيما زاد فليس له ذلك لأنه يمكنه استيفاء حقه قصاصاً وإن قالوا أنه يخاف من الاقتصار الجائفة^(١) لم يكن له أن يقتصر من

(١) قال في اللسان : وفي الحديث ، في الجائفة ثلث الدية ، هي الطعنة التي تنفذ الى الجوف ، يقال جفته إذا أصبت جوفه وأجفته الطعنة وجفته بها . وقال ابن الاثير : والمراد بالجوف ههنا كل ما له قوة محيطة كالبطن والدماغ

الكذب لأنه لا يؤمن أن يأخذ زيادة على حقه ، فإن أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك ، وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد على ذلك فقال الشيخ أبو إسحاق له ذلك . وعلى ما قال ابن الصباغ إذا قطع يده من بعض العضو وأراد أن يقتص من المرفق ليس له أن يقتص ههنا من الكوع لأنه يمكن استيفاء حقه قصاصاً من المرفق ، ومتى أمكنه أن يأخذ حقه قصاصاً فليس له أن يستوفى بعضه قصاصاً وبعضه أرشاً ، وحكم الرجل إذا قطعت أصابعها أو من مفصل القدم أو الركبة أو الورك أو ما بين ذلك حكم اليد في القصاص على ما مضى .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا قطع يده من المفصل فتعلقت بالجلد وجب القصاص فتقطع إلى أن تبقى معلقة بمثل ذلك . ويستل أهل الطب ، فإن قالوا المصلحة في قطعها قطعناها ، وإن قالوا المصلحة في تركه تركناها .

(مسألة) إذا قطع من له يد صحيحة يداً שלא لم يكن للجنى عليه أن يقتص بل له الحكومة .

وقال داود بن علي له أن يقتص . دليلنا أن اليد الشلاء لا منفعة فيها ، وإنما فيها مجرد جمال فلا يأخذ بها يداً فيها منفعة ، وإن قطع من له يد شلاء يداً صحيحة فاختر المحنى عليه أن يقطع الشلاء بالصحيحة . قال الشافعي رضي الله عنه القصاص قال أصحابنا يرجع إلى عدلين من المسلمين من أهل الخبرة ، فإن قالوا : إذا قطعت هذه الشلاء لم يخف أكثر مما يخاف عليه إذا قطعت لو كانت صحيحة فللمجنى عليه أن يقتص ، وإن قالوا يخاف عليه أكثر من ذلك بأن تبقى أفواه العروق منتفخة فتتخللها الجراثيم فيحدث من جراء ذلك تسمم كامل فتتلف النفس لم يكن له أن يقتص لأنه أخذ نفس ييد ، وهذا لا يجوز . وهل يجوز أخذ اليد الشلاء باليد الشلاء ؟ والرجل الشلاء بالرجل الشلاء ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنهما متماثلان (والثاني) لا يجوز لأن الشلل علة ، والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما ولا يتصور ارجحان إلا إذا قال أهل الخبرة إنه لا يخاف على الجاني ، واتخذ الأطباء أسباب الوقاية من

تلوث الدم أو حدوث نزيف فيه يفضى الى وقف القلب عن النبض ، فإذا لم يمكن الاحتياط وخيف على الجاني فلا يجوز القصاص وجماً واحداً على ما مضى في أخذ الشلاء بالصحبة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع ، فان قطع من له خمس اصابع كفف من له أربع اصابع ، أو قطع من له ست اصابع كفف من له خمس اصابع ، لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لأنه يأخذ أكثر من حقه وله أن يقطع من اصابع الجاني مثل اصابعه لأنها داخلة في الجاية ويمكن استئناء القصاص فيها . وهل يدخل أرش ما تحت الاصابع من الكف في القصاص؟ فيه وجهان (أحدهما) يدخل كما يدخل في ديتها (والثاني) وهو قول أبي اسحاق انه لا يدخل بل يأخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها ، والفرق بين القصاص والدية أن الكف يتبع الاصابع في الدية ولا يتبعها في القصاص ، ولهذا لو قطع اصابعه وتأكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الاصابع ، ولو طلب القصاص قطع الاصابع وأخذ الحكومة في الكف ، وتؤخذ يد ناقصة الاصابع بيد كاملة الاصابع ، فان قطع من له أربع اصابع كفف من له خمس اصابع ، أو قطع من له خمس اصابع كفف من له ست اصابع فلمجنى عليه أن يقتص من الكف ويأخذ دية الاصبع الخامسة أو الحكومة في الاصبع السادسة لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل في المعدوم الى البديل ، كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما

(فصل) ولا يؤخذ أصلي بزائد ، فان قطع من له خمس اصابع أصلية كفف من له أربع اصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يقتص من الاصابع الأصلية لأنها داخلة في الجناية ، ويأخذ الحكومة في الاصبع الزائدة وما تحت الزائدة من الكف يدخل في حكومتها . وهل يدخل ما تحت الاصابع التي اقتص منها في قصاصها؟ على الأرجحين ، ويجوز أن يأخذ الزائد بالأصلي ، فان قطع من له أربع اصابع أصلية

وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فللمجنى عليه أن يقتصر من الكف لأنه دون حقه ولا شيء له لنقصان الأصبع الزائدة ، لأن الزائدة كالأصلية في الخلقة . وإن كان لكل واحد منهما أصبع زائدة نظرت فإن لم يختلف محلهما أخذ إحدهما بالآخرى لأنها متساويان . وإن اختلف محلهما لم تؤخذ إحدهما بالآخرى لأنهما مختلفان في أصل الخلقة .

(الشرح) إذا كان لرجل يد لها ستة أصابع فقطع كف رجل لها خمس أصابع نظرت في الأصبع الزائدة للجاني ، فإن كانت خارجة عن عظم الكف كان للمجنى أن يقتصر من كف الجاني ، لأنه يمكنه أن يأخذ مثل كفه من غير أن يتناول الزائدة وإن كانت ثابتة على الكف أو ملتزقة بإحدى الأصابع أو على إحدى أصابع اليد لم يكن له أن يقتصر من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه فيكون المجنى بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتصر من الأصابع الخمس إذا كانت الزائدة على سن الأصابع غير ملتزقة بواحدة منهن ولا ثابتة على إحدها ، فإذا اقتصر منها فهل يتبعها ما تحتها من الكف في القصاص ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يتبعها كما يتبعها في ديتها

(والثاني) لا يتبعها ، بل يأخذ مع القصاص الحكومة ، لأن الكف تتبع الأصابع في الدية ، ولا تتبعها في القصاص ، ولهذا لو قطع أصابعه فتأكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الأصابع . ولو طلب القصاص قطعت الأصابع وأخذ الحكومة في الكف . وإن كانت الأصبع الزائدة ثابتة على أئمة من الأصابع الخمس ، فليس للمجنى عليه أن يقتصر من الكف ، وله أن يقتصر من الأصابع التي ليس عليها الزائدة

وأما الأصابع التي عليها الزائدة - فإن كانت على الأئمة العليا لم يكن له أن يقتصر منها ، وإن كانت على الوسطى فله أن يقتصر من الأئمة العليا ، ويجب له ثلثا دية أصبع ، وإن كانت على الأئمة السفلى فله أن يقتصر من الأئمة العلويتين وله ثلث دية أصبع ويتبعها ما تحتها من الكف ، وهل يتبع ما تحت الأصابع الأربع ما تحتها من الكف في القصاص ؟ على الوجهين

وان قطع من له خمس أصابع كف يدها أربع أصابع لم يكن له أن يقتصر من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وإنه أن يقتصر من أصابع الجاني الأربع المائلة لأصابعه المقطوعة ، وهل يتبعها ماتحتها من الكف في القصاص ؟ أو يجب له مع ذلك حكومة ؟ على الوجهين .

(فرع) إذا كان لرجل كف فيه خمس أصابع أصلية فقطع كف يده فيه أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة ، وإنما يحكم بأنها زائدة إذا كانت مائلة عن بقية الأصابع ضعيفة ، فليس للمجنى عليه أن يقتصر من كف الجاني لأنه ليس له أن يأخذ أكمل من يده ، فإن اختار الأرش كان له دية الأربع الأصابع الأصلية وحكومة في الزائدة وإن أراد أن يقتصر من الأربع الأصابع الأصلية كان له ذلك ويأخذ مع ذلك حكومة في الزائدة ويتبعها ماتحتها من الكف في الحكومة ، وهل يتبع ماتحت الأصابع الأصلية ماتحتها من الكف في القصاص ؟ أو يجب له فيه حكومة على الوجهين . وإن قطع كفاً له خمس أصابع أصلية ويد القاطع لها أربع أصابع أصابعاً وأصبع زائدة فإن اختار المجنى عليه أن يقطع كف الجاني كان له ذلك ، لأنه أنقص من كفه .

قال المزني في جامعه . إنما يجوز له ذلك إذا كانه الزائدة في محل الأصلية . فأما إذا كانت في غير محلها فليس له أخذها وهذا صحيح وكذلك إذا كانت الزائدة أكثر أنامل لم يؤخذ بالأصلية . وإن قطع يداً وعليها أصبع زائد ولله اطع يدها أصبع زائدة فإن اتفق محل الزائدين وقدرهما كان للمجنى عليه أن يقتصر من الكف لتساويهما ، وإن اختلفا في المحل لم يكن له أن يقتصر من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وإن كانت أقل أنامل كان له أن يقتصر ويأخذ في الزيادة الحكومة ويكمل ما قلنا قال العلماء كافة إلا ما ذكرناه من خلاف داود بن علي

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قطع من له يد صحيحة كف رجل له أصبعان شلوان لم يقتصر منه في الكف لأنه يأخذ كاملاً بناقص ويجوز أن يقتصر في الأصابع الثلاث الصحيحة لأنها مساوية لأصابعه ويأخذ الحكومة في الشلوان لأنه

لا يجرد ما يأخذ به ويدخل في حكومة الشلاوين أرش ما تحتها من الكف وهل يدخل أرش ما تحت الثلاثة في قـ اصها على الوجهين .

(فصل) ولا تؤخذ يد ذات أظفار بيد لا أظفار لها لأن اليد بلا أظفار ناقصة فلا تؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد لا أظفار لها بيد لها أظفار لأنه يأخذ بعض حقه .

(فصل) فإن قطع أصبع رجل فتأكل منه الكف وجب القصاص في الأصبع ، لأنه أتلفه بجناية عمد ، ولا يجب في الكف ، لأنه لم يتلفه بجناية عمد لأن العمد فيه أن يباشره بالاتلاف ولم يوجد ذلك ويجب عليه دية كل أصبع من الأصابع لأنها تلفت بسبب جنائته ويدخل في دية كل أصبع أرش ما تحتها من الكف لأن الكف أبع الاصابع في الدية وهل يدخل ما تحت الاصابع التي اقتص منها في قصاصها على الوجهين

(الشرح) إذا قطع كفا له ثلاث أصابع صحيحة وأصبعان شلاً وإن وكان كف القاطع صحيحة الاصابع فليس للجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكمل من يده ، وإن رضى الجاني بذلك لم يجز لأن القصاص لم يجب فيها فلم يجز بالبدل كما لو قتل حر عبداً ورضى أن يقتل به ، وللجنى عليه أن يقتص من الأصابع الثلاث الصحيحة ، فإذا اقتص منها فهل يتبعها ما تحتها من الكف في القصاص ؟ أو تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان .

وأما الاصبعان الشلاوان فله فيهما حكومة ، وإن كانت كف المقطوع صحيحة الأصابع وكف القاطع فيها أصبعان شلاوان فالجنى عليه بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من كف الجاني ، لأنها أتقص من كفه ، ولا شيء للجنى عليه لتقصان كف الجاني بالشلل ، أما إذا اختار الدية فله دية يده لا تعلم فيه خلافاً لأنه عجز عن استيفاء حقه على السكال بالقصاص فسكأت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد ، وهذا قول أن حنيفة ومالك وأحمد .

وإن قطع كفا له خمس أصابع وكف القاطع فيها ثلاث أصابع لا غير وأصبعان مفقودان فالجنى عليه أن يقتص من كف الجاني ويأخذ منه دية الأصبعين ،

وقال أبو حنيفة : هو بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من يد الجاني ولا شيء له . دليلنا قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ويد الجاني ليست مثل يد المجنى عليه ، ولأنه استوفى بعض حقه فكان له أرش ما لم يستوفه كما لو قطع له أصبعين ولم يجد له إلا واحدة .
(فرع) وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ، فإن سقطت أظفاره قطعت ولو لم يكن لواحد منهما أظفار حالة القطع يقتص منه ، فلو ثبت للقاطع أظافر قبل أن يقتص منه لا يقتص لطروء الزيادة ، ويجوز أن يأخذ اليد التي لا أظفار لها باليد التي لها أظفار ، لأنها أنقص من يده .

(فرع) وإن قطع أئمة لها طرفان — فإن كانت أئمة القاطع لها طرفان من تلك الأصبع بتلك اليد فللمجنى عليه قطعها لأنها مثل حقه ، وإن كانت أئمة القاطع لها طرف واحد فللمجنى عليه أرش الأئمة ، فإن قال المجنى عليه أنا أصبر على القصاص إلى أن تسقط الأئمة الزائدة وأقتص في الأصلية — كان له ذلك ، لأن له تأخير القصاص . هذا ترتيب البغداديين كما أفاده صاحب البيان

وقال المسعودي : إن علمت الأصلية منها قطعت إحداهما ويغرم الجاني التفاوت ما بين سدس دية أصبع وثلاثها

(فرع) وإن قطع أئمة من سبابة رجل و قطع الأئمة الوسطى من تلك الأصبع من رجل آخر — فإن جاء المجنى عليهما — قطعت العليا لصاحب العليا و قطعت الوسطى لصاحب الوسطى ، وإن جاء صاحب الوسطى أولا وطلب القصاص لم يكن له ذلك ، لأنه لا يمكن قطعها من غير قطع العليا ، ويكون بالخيار بين أن يأخذ دية الأئمة وبين أن يصبر إلى أن يقتص صاحب العليا لو سقط بأكلة — وهي ما تسمى بالخنزيرية — وهكذا إن عفا صاحب العليا عن القود ولم يقطع الأئمة العليا من إنسان لكن قطع الأئمة الوسطى من رجل وجاء صاحب الوسطى يطلب القصاص وللجاني الأئمة العليا والوسطى ، فللمجنى عليه أن يصبر إلى أن تقطع العليا أو تسقط ثم يقتص من الوسطى .

وقال أبو حنيفة لا قصاص له لأنه حين قطعها لم يجب القصاص عليه فيها

لتعذر استيفائها ، فإذا لم تجب حال الجنابة لم تجب بهد ذلك . دليلنا أن القصاص إنما تعذر لمتصل به ، فإذا زال ذلك المتصل كان له استيفاء القصاص كما لو قتلت حامل غيرها ثم ولدت - فإن لم يصر صاحب الوسطى وقطع الوسطى والعليا فقد فعل ما لا يجوز له على المقتص منه فيجب عليه ديته ، وقد استوفى القصاص في الوسطى ، فإن قطع العليا من أصبع زيد ، وقطع العليا والوسطى من تلك الأصبع من عمرو ، فإن حضر معاً وطلب القصاص اقتصر زيد من العليا لأنه سبق واقتصر عمرو من الوسطى وأخذ دية العليا . وكذلك إن حضر زيد وحده فله أن يقتصر من العليا ، وإن حضر عمرو فليس له أن يقتصر لأن حق زيد تعلق في العليا قبله ، وإن خالف واقتصر من العليا والوسطى فقد أساء بذلك ، ولكنه يصر مستوفياً لحقه ، ويكون لزيد دية الانملة العليا على الجاني .
(فرع) ذكر الطبري في العدة : لو كان للرجل عليه أربع أنامل في أصبع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يقطع من له ثلاث أنامل أنملة من الأربع فلا قصاص عليه .
وان قطع أنمليتين من الأربع قطع من الجاني أنملة ويغرم الجاني التفاوت فيما بين النصف والثالث من دية الأصبع ، وان قطع له ثلاث أنامل قطع منه أنمليتين ويغرم ما بين ثلثي دية الأصبع وبين ثلاثة أرباع ديته ، وإن قطع له أربع أنامل قطعت أنامل القاطع الثلاث ووجب عليه مع ذلك زيادة حكومة ، فأما إذا كان للقاطع أربع أنامل وللمقطوع ثلاث أنامل فله ثلاثة أحوال ، ان قطعت أنملة منه قطعت أنملة منه ويغرم الجاني ما بين ثلث دية أصبع وبين ربعها ، وهو خمسة أسداس بعير ، وان قطع أنمليتين قطع منه أنمليتين ويغرم التفاوت بين نصف دية الأصبع وثلثها . وان قطع جميع أنامله قطع منه ثلاث أنامل ويغرم التفاوت بين ثلاثة أرباع دية الأصبع وجميع ديته - وهو بعيران ونصف - فعمل هذا لو بادر فقطع أصبعه عزروا لاشيء عليه من الدية . وفيه وجه أن له قطع أصبعه بخلاف اليد التي لها ست أصابع ، لأن تلك الزيادة ظاهرة في منفصلات كاليدين .

(مسألة) إذا قطع أصبع رجل فتأكل منها الكف وسقط فلمجنى عليه القصاص للأصبع المقطوعة وله دية الأصابع الأربع وما تحت الأصابع الأربع من الكف يتبعها في الدية وما تحت الأصبع التي اقتص فيها، هل يتبعها في القصاص أو يجب له حكومة؟ فيه وجهان. هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة: لا يجب له القصاص في الأصبع المقطوعة

دللنا قوله تعالى (والجروح قصاص) وقوله تعالى (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقد اعتدى بقطع الأصبع فوجب أن يقطع منه. ولأنها جنابة لو لم يستوجب فيها القصاص فوجب إذا سرت إلى الاقتصاص فيه أن لا يسقط القصاص كالمرأة إذا قطعت يد المرأة فأسقطت جناباً فلا يسقط القصاص في اليد.

(فرع) قال القفال: لو كان له قدمان هلي ساق واحد يمشى عليها أو يمشى على إحداهما والآخرى زائلة عن سنن منبت القدم فقطعها رجل له قدم قطعت رجله وطولب بحكومة للزيادة، وإن قطع إحداهما - فإن قطع الزائدة - فعليه حكومة، وإن استويا في المنبت وكان يمشى عليها في المقطوعة ربع الدية وزيادة حكومة، وإن كان الجاني هو صاحب القدمين - فإن عرفنا الزائدة من الأصلية وأمكن قطعها من غير أن تتلف الزائدة - قطعت وإن لم تعرف أو عرفت؛ ولا يمكن قطعها إلا بإتلاف الأخرى لم تقطع وعليه دية الرجل المقطوعة

قال المصنف - رحمه الله تعالى:

(فصل) وتؤخذ الإلتيان بالليتين وهما النانتيان بين الظهر والفخذ. وقال بعض أصحابنا لا تؤخذ، وهو قول المرئي رحمه الله عليه لأنه لحم متصل بلحم فأشبهه لحم الفخذ، والمذهب الأول لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأنها ينتهيان إلى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كاليدين

(فصل) ويقطع الذكر بالذكر بالذكر لقوله تعالى (والجروح قصاص)، ولأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص ويؤخذ بعضه ببعضه.

وقال أبو إسحاق : لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال في اللسان والمذهب الأول لأنه إذا أمكن القصاص في جميعه أمكن في بعضه ، ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل في الجماع وعدم الانزال لمعنى في غيره ، ويقطع الاغلف بالختون لأنه يزيد على الختون بجلدة يستحق إزالتها بالختان ، ولا يؤخذ صحيح بأشل لأن الأشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل

(فصل) ويقطع الاثنان بالاثنيين لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص . فإن قطع إحدى الاثنيين وقال أهل الخبرة إنه يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتضاه ، وإن قالوا أنه يؤدي قطعها إلى إتلاف الأخرى لم يقتض منه ، لأنه يقتض من أثنيين بواحدة

(الشرح) قول المصنف رضى الله عنه ، وتؤخذ الالبان بالاليتين ، وهما اللحمان الناتان بين الظهر والفخذين وقد صنعهما الله تعالى كالمخبطين لحماية مآعتهما من مفاصل الفخذ والحقوف وفتحة الدبر وعجب الذنب ومنبت الفقرات الظهرية ، وهما كالمقعد يعتمد عليهما الانسان في قعوده فتبارك الله أحسن الخالقين ، فكان على من حرم أخاه هذه النعمة أن يحرم منها قصاصا . هذا ومن أصحابنا من قال لا تؤخذ ، وهو قول المزني لأنه لحم متصل بلحم فأشبهه لحم الفخذين ، والمذهب الأول لأنهما ينتهيان إلى حد فاصل فهما كاليدين

(مسألة) يقطع الذكر بالذكر بالذكور لقوله تعالى (والجروح قصاص) ، ولأنه عضو ينتهي إلى مفصل فوجب فيه القصاص كاليد

إذا ثبت هذا فيقطع ذكر الرجل بذكر الصبي ، ويقطع ذكر الشاب بذكر الشيخ لأن كل عضو جرى القصاص فيه بين الرجل والرجل جرى فيه القصاص بين الصبي والرجل كاليد والرجل ، ويقطع ذكر الفحل بذكر الخصى والمنين . وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما لا يقطع به

ولنا أنهما متساويان في السلامة ، وإنما عدم الانزال والجماع لمعنى في غيره فلم يمنع القصاص ، كأذن السميع بأذن الأصم ، ولا يقطع الذكر الصحيح

بالذكر الاثني لانه لا يساويه ، مثل أن كان لا ينمو بنمو صاحبه فبقى كما هو ،
فلق شل وصاحبه في العاشرة من عمره أو قف نموه ولا ينتصب ولا يجامع وقد
تفسد فتحتة فلا يبول ويعمل له الاطباء فتحة أخرى يبول منها فثل هذا لا يقطع
به ذكر سليم ، وان قطع بعض ذكره اقتص منه

وقال أبو اسحاق لا يقتص منه كما قال في اللسان ، والاول أصح ، لانه اذا
أمكن في جميعه أمكن في بعضه ؛ فعلى هذا يعتبر المقطوع بالحد كالنصف والثلث
والربع كما قلنا في الاذن والانف .

قال الشافعي : ويقاد ذكر الاغلف بذكر المختون ، كما تقطع اليد السمينة
بالمهزولة ، ولأن تلك الجلدة مستحقة بالقطع فلا يمدح من القصاص
(فرع) وان قطع أنثيه اقتص منه لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولانه
طرف يمكن اعتار المائلة في أخذ القصاص به فشابه سائر الاطراف ، فإن قطع
احدى أنثيه قال الشافعي رضى الله عنه : سألت أهل الخبرة — فإن قاوا يمكن
أن يمتص من احدى البيضتين من القاطع ولا تتلف الاخرى — اقتص منه ،
وان قيل تتلف الاخرى لم يقتص منه — لانه لا يجوز أخذ اثنتين بواحدة —
ويجب له نصف الدية . وهل يتبعها جلدها أو تفرد بحكم ؟ فيه وجهان حكاهما
في الفروع .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا في الشفرين ، فمنهم من قال لا قصاص فيهما .
وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني رحمه الله لانه لحم وليس له مفصل ينتهي
اليه فلم يجب فيه القصاص كالحجم الفخذ . ومنهم من قال يجب فيه القصاص ، وهو
المنصوص في الامم ، لانهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انهما وهما
فوجب فيهما القصاص .

(فصل) وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثيه وشفريه وطلب حقه
قبل أن يتبين حاله أنه ذكر أو أنثى نظرت فإن طلب القصاص لم يكن له الجواز
أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه في شيء من ذلك قصاص ، وان طلب المال

نظرت فإن عفا عن القصاص أعطى أقل حقيه وهو حق امرأة ، فيعطى دية عن الشفرين وحكومة في الذكر والأنثيين ، فإن بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وإن بان أنه رجل تتم له الباقي من دية الذكر والأنثيين وحكومة عن الشفرين ، فإن لم يعف عن القصاص وقف القصاص الى أن يتبين لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص .

وأما المال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يعطى لأن دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسهطت المطالبة بالمال . والوجه الثاني وهو قول أكثر أصحابنا بأنه يعطى أقل ما يستحق مع القود لأنه يستحق القود في عضو والمال في غيره فلم يكن دفع المال عفواً عن القود فيعطى حكومة في الشفرين ويوقف القود في الذكر والأنثيين

وقال القاضي أبو حامد المرورودي في جامع ٤ : يعطى دية الشفرين . وهذا خطأ ، لأنه ربما بان أنه رجل فيجب القود في الذكر والأنثيين ، والحكومة في الشفرين .

(الشرح) هذا البحث قائم على سؤال : هل يجب القصاص في الشفرين ؟ وهما اللحم المحيط بالفرج ، فيه وجهان (أحدهما) يجب . لقوله تعالى « والجروح قصاص ، ولائهما لحمان محيطان بالفرج من الجنين يعرف اتهاؤهما فوجب فيهما القصاص (والثاني) لا يجب ، وهو قول الشيخ أبي حامد لأنه لحم وليس له مفصل ينتهي إليه فلم يجب فيه القصاص كالحجم الفخذ ، والاول هو المنصوص في الآم .

(فرع) إذا قطع قاطع ذكر خنثى مشكل وأنثيه وشفرية فلا يخلو القاطع إما أن يكون رجلاً أو امرأة أو خنثى مشكلاً — فإن كان القاطع رجلاً — لم يجب عليه القصاص في الحال لجواز أن يكون الخنثى امرأة والذكر والأنثيان فيه زائدات ، فلا تؤخذ الاصلان بالزائدين . وقيل له أنت بالخيار بين أن تصبر الى أن يبين حالك فيجب لك القصاص إن بان أنك رجل ، وبين أن تعفو وتأخذ المال . فإن قال أعطوني ما يجب لي من المال نظرت — فإن عفا عن القصاص

في الذكر والاثنيين ، أو لم يكن للجاني ذكر ولا اثنيين إن كان قد قطعاً . قال أصحابنا البغداديون : فإنه يعطى دية الشفرين ، وحكم الذكر والاثنيين لا يبلغ ديتها لأنه يستحق ذلك بيتهن ويشك في الزيادة .

وإن قال : لا أفت ولا أعفو عن القصاص وطلب المال فهل يعطى شيئاً ؟ فيه وجهان . قال أبو علي بن أبي هريرة . لا يعطى لأنه مطالب بالقود ، ولا يجوز أن يأخذ المال وهو مطالب بالقود . وقال أكثر أصحابنا يعطى ، وهو الأصح لأنه يستحقه يتيقن ، فإذا قلنا بهذا فكم القدر الذي يعطى ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال القفال يعطى حكومة في الشفرين لأنه يستحق ذلك يتيقن . وقال القاضي أبو حامد : يعطى دية الشفرين ؛ لأننا لا نتوهم وجوب القصاص فيهما . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يعطى أقل الحكومتين في آلة الرجال أو آلة النساء . لأن ذلك هو اليقين . ومن أصحابنا من قال : يعطى الحكومة في الذي قطعته آخر . والاول أصح .

وإن كان القاطع امرأة — فإن قلنا بقول الشيخ أبي حامد وأنه لا قصاص في الشفرين — فإننا لا نتوهم وجوب القصاص ، فيعطى حكمة في آلة الرجل وحكومة في آلة النساء ، فإن بان رجلاً تم له دية الذكر والاثنيين وحكومة الشفرين ، وإن بان امرأة تم له دية الشفرين وحكومة للذكر والاثنيين . وإن قلنا بالمنصوص وأنه يجب القصاص فيهما فإنه لا يجب للخنثى القصاص في الحال لجواز أن يكون رجلاً فلا يجب القصاص على المرأة في الفرج الزائد ، فإن طلب المال نظرت — فإن عفا عن القصاص أو لم يعف ولا كان ليس للقاطعة شفران فإن فعلى قول البغداديين من أصحابنا يعطى دية الشفرين وحكومة عن الذكر والاثنيين فإن بان امرأة فقد استوفت حقها وإن بان رجلاً تم له دية الذكر ودية الاثنيين وحكومة الشفرين ، وعلى قول الخراسانيين يعطى حكومة للشفرين وحكومة للذكر والاثنيين .

وإن لم يعف عن القصاص وكان للقاطعة شفرتان فعلى قول أبي علي بن هريرة لا يعطى وعلى قول أكثر أصحابنا يعطى ، فإذا قلنا بهذا فكم يعطى ؟ وعلى قول القفال يعطى حكومة في الذكر والاثنيين وعلى قول القاضي أبي حامد يعطى دية الذكر

والأنثيين ، وعلى قول بعض أصحابنا الخراسانيين يعطى أقل الحكومتين في آلة الرجال وآلة النساء ، وإن كان القاطع خنثى مشكلا فإنه لا يجب القصاص في الحال لأننا لا نتيقن عين الزائد من الإليتين فيهما ولا عين الأصلي ، فلو أوجبنا القصاص في الحال لم نأمن أن يأخذ أصليا بزائد وذلك لا يجوز ، فإن طلب حقه من المال نظرت - فإن عفا عن القصاص - قال أصحابنا البغداديون : أعطى دية الشفرين وحكومة للذكر والإليتين لأنه يستحق ذلك ييقين

وقال الخراسانيون : يعطى الحكومة في الذكر والأنثيين والشفرين ، وإن لم يعف عن القصاص فهل يعطى شيئا ؟ إن قلنا بقول علي بن أبي هريرة لا يعطى شيئا إذا كان القاطع رجلا أو امرأة فهمنا أولى أن لا يعطى . وإن قلنا هناك يعطى فيها وجهان :

(أحدهما) لا يعطى وهو قول القفال لأن القصاص متوهم في جميع الآلات (والثاني) يعطى أقل الحكومتين في آلة الرجال والنساء ، والصحيح أنه لا يعطى شيئا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما وجب فيه القصاص من الاعضاء وجب فيه القصاص ، وإن اختلف العضوان في الصغر والكبر والطول والقصر والصحة والمرض ، لأننا لو اعتبرنا المساواة في هذه المعاني سقطت القصاص في الاعضاء ، لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان في هذه الصفات فسقط اعتبارها

(فصل) وما انقسم من الاعضاء الى يمين ويسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين ، وما انقسم الى أعلى وأسفل كالشفة والجنف لم يؤخذ الأعلى بالأعلى ولا الأسفل بالأسفل ، ولا يؤخذ سن بسن غيرها ولا أصبع بأصبع غيرها ولا أذن بأذن غيرها لأنها جوارح مختلفة المنافع والاماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض ، كالعين بالانف واليد بالرجل وما لا يؤخذ

بعضه ببعض مما ذكرناه لا يؤخذ : وان رضى الجاني والمجنى عليه ، وكذلك ما لا يؤخذ من الأعضاء الكاملة بالأعضاء الناقصة ، كالعين الصحيحة بالقائمة ، واليد الصحيحة بالشلاء ، لا يؤخذ وإن رضى الجاني والمجنى عليه بأخذها ، لأن الدماء لا تستباح بالاباحة .

(فصل) وإن جنى على رجل جنائية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لأنهما جنائتان يجب القصاص في كل واحدة منهما ، فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل

(الشرح) كل عضو وجب فيه القصاص فإنه يجب فيه ، وان اختلف العضوان في الصغر والكبر ، والصحة والمرض ، والسمن والهزال ، لقوله تعالى (والعين بالعين والاذن بالاذن والسن بالسن) ولم يفرق ، ولأننا لو اعتبرنا هذه الاشياء لشق وضاق فسقط اعتباره كما سقط اعتار ذلك في النفس ، وما كان من الأعضاء منقسما إلى يمين ويسار كالعينين والاذنين واليدين والرجلين لا يجوز أخذ اليمنى منه باليسرى ولا اليسرى منه باليمنى . وقال ابن شبرمة يجوز .

ولنا أن كل واحد منهما يختص باسم ينفرد به فلا يؤخذ بغيره ، كما لا يؤخذ اليد بالرجل ، وكذا لا يؤخذ الجفن الأعلى بالجفن الأسفل ، ولا العكس ، وكذلك الشفتان مثله ، ولا يؤخذ سن بسن غيرها ، ولا أصبع بأصبع غيرها ، ولا أظلمة بأظلمة غيرها ، كما لا تؤخذ نفس بجنابة نفس غيرها ، ولا يؤخذ أى شىء من ذلك وإن رضى كل من الجاني والمجنى عليه ، وكذلك إذا رضى الجاني بأن يؤخذ العضو الكامل بالناقص ، والصحيح بالأشمل ، لم يجز لأن الدماء لا تستباح بالاباحة

(مسألة) إذا قطع يد رجل ثم عاد فقتله كان له أن يقطع يده ثم يقتله ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : ليس له إلا القتل . دليلنا قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وهذا قد اعتدى بقطع اليد فلم يمنع من قطع يده ، ولأنهما جنائتان يجب القصاص في كل واحدة منهما إذا انفردت فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قتل واحد جماعة أو قطع عضواً من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لأدميين فلم تتداخل كالديون ، فإن قتل أو قطع واحداً بحد واحد اقتصر منه للأول ، لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الأول بالعفو اقتصر للثاني ، وإن سقط حق الثاني اقتصر للثالث ، وعلى هذا . وإذا اقتصر منه لواحد بعينه تعين حق الباقي في الدية ، لأنه فاتهم القود بغير رضاهم ، فانتقل حقهم إلى الدية ، كما لو مات القاتل أو زال طرفه ، وإن قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتصر له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه ، فإن خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقي لتساويهم وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو بالقرعة فبدر غيره واقتصر صار مستوفياً لحقه . وإن أساء في التقدم على من هو أحق منه ، كما قلنا فيمن قتل مرتداً بغير إذن الإمام أنه يصير مستوفياً لقتل الردة ، وإن أساء في الافتيات على الإمام . وإن قتل رجل جماعة في المحاربة ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم ما لو قتلهم في غير المحاربة (والثاني) أنه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ، ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى

(فصل) وإن قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع أو تأخر ، لأننا إذا قدمنا القتل سقط حق المقتوع ، وإذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول ، وإذا أمكن الجمع بين الحيين من غير نقص لم يجوز إسقاط أحدهما ، ويخالف إذا قتل اثنين لأنه لا يمكن إيفاء الحيين فقدم السابق ، وإن قطع أصبعاً من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الاصبع للأول ثم قطعت اليد للثاني ويدفع إليه أرش الاصبع ، ويخالف إذا قطع ثم قتل حيث قلنا إنه يقطع للأول ويقتل للثاني ولا يلزمه لنقصان اليد شيء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد ، واليد تنقص بنقصان الاصبع ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الاصابع .

وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعاً من يده رجل آخر قطعت يمينه للأول لأن حقه سابق ، ويخالف إذا قتل رجل ثم قطع يده آخر حيث أخرنا القتل ، وإن كان سابقاً ، لأن هناك يمكن إيفاء الحقين من غير نقص يدخل على ولي المقتول بقطع اليد ، وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الأصبع .

(فصل) وإن قتل رجلاً وارثه ، أو قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الأدمى من القتل والقطع ، وسقط حق الله تعالى ، لأن حق الأدمى مبني على التشديد ، فقدم على حق الله تعالى

(الشرح) إذا قتل واحد جماعة قتل بواحد وأخذ الباقيون الدية ، وقال أبو حنيفة ومالك يقتل بالجماعة — فإن بادر واحد وقتله — سقط حق الباقيين ، وبه قال أصحابنا الخراسانيون .

وقال أحمد رحمه الله : إن طلبوا القصاص قتل بجماعتهم ، وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصاص وأعطى الدية من طلبها . وقال عثمان البتي : يقتل بجماعتهم ثم يعطون الدية في باقيهم فيقسمونها بينهم ، مثل أن يقتل عشرة ، فإنه يقتل ويعطون تسع ديات ويقسمونها بين العشرة . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية ، ولأنها حقوق مقصودة لأدميين يمكن استيفائها فوجب أن لا يتداخل كالديون

وقولنا مقصودة إحتراز من آجال الدين . وقولنا لأدميين إحتراز من حقوق الله تعالى وهي الحدود في الزنا وشرب الخمر

إذا ثبت هذا فإن قتل واحداً بعد واحد اقتص للأول ، فإن عفا الأول اقتص للثاني ، وإن عفا الثاني اقتص للثالث . وإن كان ولي الأول غائباً أو صغيراً انتظر قدوم الغائب وبلوغ الصغير . وإن قتلهم دفعة واحدة بأن هدم عليهم بيتاً أو جرحهم فأتوا معاً أقرع بينهم ، فمن خرجت له القرعة قتل به وكان للباقيين الدية . وقال بعض أصحابنا الخراسانيين : يقتل بالجميع ويرجع كل واحد من الأولياء بحصته من الدية . وإن قتلهم واحداً بعد واحد إلا أنه أشكل الأول منهم

فإن أقر القاتل لأحدهم أنه الأول قبل إقراره وقتل به ، وإن لم يقر أقرعنا بينهم
لاستواء حقوقهم ، فإن بادر أحدهم وقتله فقد استوفى حقه وانتقل حق الباقي
إلى الدية .

وحكى الخراسانيون من أصحابنا أنه إذا قتل واحداً بعد واحد ، وكان ولي
الأول غائباً أو مجنوناً أو صغيراً قولين : أحدهما يستوفى ولي الثاني والثاني لا يستوفى
بل ينتظر حضور الغائب وإفاقة المجنون وبلوغ الصغير . وإن قتل جماعة في قطع
الطريق وقتلنا بالمشهور من المذهب أنه يقتل بواحد في غير قطع الطريق فما هنا
وجهان ، وحكاهما الخراسانيون قولين (أحدهما) حكمه حكم ما لو قتلهم في غير
قطع الطريق لما ذكرناه هناك (والثاني) يقتل بالجميع ولا شيء للباقيين لأنه يقتل
حداً ، بدليل أنه لا يصح العفو فيه ، وإن قطع عضواً من جماعة فحكمه حكم ما لو
قتل جماعة على ما مضى

(مسألة) وإن قطع يد رجل وقتل آخر ، قطعت يده للمقطوع ثم قتل للمقتول
سواء تقدم قطع اليد أو تأخر ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك يقتل
للمقتول ولا تقطع يده للمقطوع ، دليلنا قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس
بالنفس والعين بالعين) الآية .

فأخبر أن النفس تؤخذ بالنفس والطرف بالطرف ، فمن قال غير هذا فقد
خالف الآية ، ولأنهما جنايتان على شخصين فلا يتداخلان كما لو قطع يدي
رجلين ، وإنما قدمنا القطع ههنا ، وإن كان متأخراً لأنه يمكن إيفاء الحقين من
غير نقص على أحدهما ، ومتى أمكن إيفاء الحقين لم يجز إسقاط أحدهما . وإن
قطع أصبعاً من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطعت أصبعه للأول ، ثم قطعت
يده للثاني ولزمه أن يغرم للثاني دية أصبعه التي لم يقتصر منها ، ويخالف إذا قتل
رجل مقطوع اليد لرجل غير مقطوع اليد — فإنه لا يغرم شيئاً له — لأن اليد
تنقص بنقصان الأصبع ، ولهذا لا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع
والنفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل من له يدان إيمان له يد واحدة ،
وإن قطع يمين رجل ثم قطع أصبعاً من يمين آخر قطعت يمينه للأول ، وأخذ
الآخر دية أصبعه المقطوعة ، ويخالف إذا قطع يمين رجل ثم قتل آخر حيث قلنا

يقدم القطع ، وان كان متأخراً ، لأن اليد ينقص بنقصان الاعبوع ؛ والنفس لا تنقص بنقصان اليد

(فرع) إذا قتل رجلا وارثا أو قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الادعى من القتل والقطع لأنه مبنى على التشديد ، وحق الله مبنى على المسامحة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ باب استيفاء القصاص }

من ورث المال وورث الدية ، لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب قال : كان عمر رضى الله عنه يقول : لا ترث المرأة من دية زوجها ، حتى قال له الضحاك ابن قيس : كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فرجع عمر رضى الله عنه عن ذلك ، ويقضى من الدية دينه وينفذ منها وصيته .

وقال أبو ثور . لا يقضى منها الدين ولا ينفذ منها الوصية ، لأنها تجب بعد الموت ، والمذهب الاول ، لأنه مال يملكه الوارث من جهة فقضى منه دينه ، ونفذت منه وصيته كسائر أمواله . ومن ورث المال وورث القصاص ، والدليل عليه ما روى أبو شريح الكعبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثم أتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القليل من هذيل وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ،

وإن قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات في الردة ، وقلنا بأصح القولين انه يجب القصاص في طرفه ، فقد نقل المزي أنه قال يقتص وليه المسلم ، وقال المزي رحمه الله : لا يقتص غير الامام لأن المسلم لا يرثه ، فمن أصحابنا من قال لا يقتص غير الامام كما قال المزي ، وحمل قول الشافعي رحمة الله عليه على الامام وقال عامة أصحابنا يقتص المناسب ، لأن القصد من القصاص التشنق ودرء النيط والذي يتشنى هو المناسب ، ويجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيئا ،

كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة ، فإن القصاص للوارث وان لم يرث شيئاً ؛ وإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً لم يستوف له الولي ، لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ ، وذلك لا يحصل باستيفاء الولي ، ويحبس القاتل الى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون ، لأن فيه حظاً للقاتل بأن لا يقتل ، وفيه حظاً للولي عليه ليحصل له التشفي ، فإن أقام القاتل كفيلاً ليحلى لم يجز تخليته لأن فيه تغريراً بحق المولى عليه بأن يهرب فيضيع الحق .

وإن وثب الصبي أو المجنون على العاتل فهتله ففيه وجهان : أحدهما أنه يصير مستوفياً لحقه ، كما لو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها . والثاني لا يصير مستوفياً لحقه وهو الصحيح ، لأنه ليس من أهل استيفاء الحقوق ويخالف الوديعة ، فإنها لو تلفت من غير فعل برىء منها المودع . ولو هلك الجاني من غير فعل لم يبرأ من الجناية . وإن كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفى ، وإن كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفى لأنه مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به ، فإن قتل من لا وارث له كان القصاص للسليين واستيفاؤه الى السلطان ، وإن كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه الى الوارث والسلطان ، ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد به لما ذكرناه

(الشرح) خبر الضحاک بن قيس الذي أسنده المصنف لم يرو أن الذي كتب اليه النبي صلى الله عليه وسلم هو الضحاک بن قيس لأنه ولد قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بسبع سنين . فهو الضحاک بن قيس بن خالد الأكبر ابن وهب بن ثعلبة يكنى أبا أنيس ، وقيل أبو عبد الرحمن ، والاول أفاده الواقدي ، وهو أخو فاطمة بنت قيس وكان أصغر سنأ منها ، ويرجح أنه لم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم فضلاً عن أن يوليه ويكتب اليه . وقد كان الضحاک بن قيس على شرطة معاوية ثم صار عاملاً على الكوفة بعد زياد ، وقد قتل الضحاک بن قيس بمرج راهط لأنه كان يأخذ البيعة لابن الزبير قتله جنود يزيد .

أما الذي ولاه النبي صلى الله عليه وسلم وكتب اليه أن يورث امرأة أشيم الضبابي فهو الضحاک بن سفيان الكلابي ، فهو الذي ولاه النبي صلى الله عليه وسلم

أمر من أسلم من قومه ، وقد ثبت أن الرسول أمره على سرية فذكره الجباس
ابن مرداس في شعره فقال :

ان الذين وفرأ بما عاهدتهم جيش بعثت عليهم الضحاكا
أمرته ذرب السنان كأنه لما تمكثفه العدو يراكا
طوراً يعانق باليدن وتارة يفرى المهاجم صارماً بتاكا
وكان رضى الله عنه أحد الأبطال ، وكان يقوم على رأس رسول الله (ص)
متوشحاً سيفه ، وكان يعد بمائة فارس

قال ابن عبد البر : وله خبر عجيب مع بنى سليم ذكره أهل الاخبار : روى
الزبير بن بكار : حدثني ظمياء بنت عبد العزيز حاتني أبي عن جدى موآلة بن
كثيف أن الضحاك بن سفيان الكلابي كان سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكانت بنو سليم فى تسعمائة ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم
فى رجل يعدل مائة يوفىكم ألفاً ؟ فوافقهم بالضحاك بن سفيان وكان رئيسهم .
ولابن مرداس :

عشية ضحاك بن سفيان معتص سيف رسول الله والموت واقع
روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصرى ، فإذا ثبت هذا فإن الحديث
أخرجه أبو داود فى الفرائض عن أحمد بن صالح والترمذى عنه فى الفرائض ،
وعن قتيبة وأحمد بن منيع وغير أوأحد ، وفى الدييات عن قتيبة وأبى عمار بن
الحسين بن حريث وابن ماجه فى الدييات عن أبى بكر بن أبى شيبة ومالك فى
الموطأ فى العقول عن ابن شهاب . والضبابى وهو بطن من كلاب منهم شمر بن
ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام

وأما حديث أبى شريح الكعبى فقد أخرجه أبو داود فى الدييات عن مسدد ،
والترمذى فى الدييات عن محمد بن بشار ، وقد أخرجه بمعناه أحمد والشيخان
وابن ماجه والدارمى . وأبو شريح اسمه خويلد بن عمرو ، وقد مضى تحقيق نسبه
وشىء من مناقبه آنفا .

وقواه « بين خيرتين ، الخيرة وزان عنبة الاسم من قولك : اختاره الله تعالى
وخيرة بالتسكين أيضا ، والاهل يقع على الذكر والانثى .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولم يختلفوا في أن النقل موروث كالمال . وجملة ذلك أنه إذا قتل رجل رجلا خطأ أو عمداً وعنى عنه على المال ، فإن الدية تكون لجميع ورثة المقتول لقوله تعالى : ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله . ولقوله صلى الله عليه وسلم : فمن قتل بـدنه قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية . لا فرق بين الذكران والإناث إجماعاً لا خلاف فيه . وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه لم يورث المرأة من دية زوجها ، فقال له الضحاك بن سفيان : كتب إلى رسول الله (ص) أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فرجع عمر رضي الله عنه وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يتوارث ملتان شتى ، وترث المرأة من دية زوجها ،

قال المصنف : ويقضى من الدية دينه وتنفذ منه وصاياه . وقال أبو ثور : لا يقضى منها دينه ولا تنفذ وصاياه ، والذي يقتضى المذهب أن يبني على القولين متى تجب الدية ؟ فإن قلنا بآخر جزء من أجزاء حياة المقتول قضى منها دينه ونفذت منها وصاياه . وإن قلنا يجب بعد موته لم يقض منها دينه ولم تنفذ منها وصاياه ولعله ذكر ذلك على الأصح عنده

وأما إذا كان القتل يقتضى القصاص فإن القصاص موروث وفيمن يرثه من الورثة ثلاثة أوجه حكاه ابن الصباغ أحدها أنه لا يرثه إلا العصبة من الرجال ، وبه قال مالك والزهري ، لأن القصاص يدفع العار عن النسب فاختص به العصبات كولاية الكاح . فإن اقتصوا فلا كلام ، وإن عفووا على مال كان لجميع الورثة

(والثاني) أنه يرثه من يرث بنسب دون سبب ، فيخرج بذلك من يرث بالزوجية ، وبه قال ابن شبرمة ، لأن القصاص يراد للتشفي ، والزوجية تزول بالموت .

(والثالث) وهو المنصوص ، ولم يذكر الشيخان أبو اسحاق الإفرايني وأبو حامد المروروذى غيره أنه يرثه جميع الورثة من يرث بنسب ومن يرث بسبب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم : فمن قتل بعد قتيلاً

فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، والأهل لغة يقع على الرجال والنساء ، ولأنه جعل القود لمن جعل له الدية ، ولا خلاف أن الدية لجميع الورثة فكذلك القود ، وروى عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لأهل القتل أن ينحجزوا الأول فالأول ، وإن كانت امرأة ، رواه أبو داود والنسائي .

قال أبو عبيد . معنى أن ينحجزوا يكفوا عن القصاص ، ولو لم يكن للمرأة حق في القصاص لما جعل لها الكف عنه . وروى أن رجلا قتل رجلا ، فأراد أولياء الدم القود ، فقالت أخته المقتول — وكانت زوجة القاتل — عفوت عن نصيبي من القود ، فقال عمر رضى الله عنه الله أكبر عتق من القتل (فرع) إذا قطع طرف مسلم فارتد المقطوع ثم مات على الردة — وقتلنا يجب القصاص في الطرف — فمن الذى يستوفيه ؟ قال الشافعى رضى الله عنه . لوليه المسلم أن يقتص ، واعترض المزنى عليه فقال كيف يجوز لوليه أن يقتص وهو لا يرثه . واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا يقتص ولية المسلم كما قال المزنى ، لأنه لا يرثه — ولم يرد الشافعى الولي ههنا المناسب ، وإنما أراد الامام . وقال أكثرهم بل يجوز لوليه المناسب أن يقتص لأن القصاص للتشفي وذلك الى المناسب لا إلى الامام . وقول الأول غير صحيح لأنه قد يثبت القصاص لمن لا يرث ، وهو إذا قتل رجل وعليه دين يحيط بتركته — فإذا قلنا إن الامام هو الذى يقتص كان بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو على مال ، فإذا عفا على مال كان بها ، وإذا قلنا يقتص الولي المناسب — فإن اقتص — فلا كلام ، وإن عفا على مال فهل يثبت ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

(أحدهما) لا يثبت لأن أرش الطرف يدخل في أرش النفس فلما لم يجب أرش النفس لم يجب أرش الطرف

(والثاني) يجب الأرش وهو الاصح لأن الجناية وقعت في حال مضمونة فلم يسقط حكمها بسقوط حكم السراية ، فإذا قلنا بهذا فكم الأرش الذى يجب ؟ فيه وجهان ، قال عامة أصحابنا يجب أقل الامرين من أرش الطرف أو دية النفس لأن دية النفس اذا كانت أكثر من أرش الطرف لم تجب الزيادة على أرش الطرف .

لأن الزيادة وجبت بالسراية ، وإن كان أرش الطرف أكثر لم يجب ما زاد على دية النفس ، لأنه لو مات وهو مسلم لم يجب عليه أكثر من دية مسلم فكذلك ها هنا مثله .

وقال أبو سعيد الاصطخري : يجب أرش الطرف بالغاً ما بلغ ، لأن الدية إنما تجب في النفس في الموضع الذي لو كان دون الدية وصار نفساً وجبت الدية وها هنا لا حكم للسراية في الزيادة فكذلك في النقصان . والأول أصح

(فرع) إذا كان القصاص لصغير أو مجنون أو لغير رشيد لم يستوفى الولي له ، وبه قال أحمد وأبو يوسف . وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد يجوز للأب والجد أن يستوفى له القصاص في النفس والطرف ، ويجوز للوصى والحاكم أن يستوفى إلا في الطرف دون النفس . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، فجعل الخيرة للأهل ، فلو جئنا للولي استيفاءه لفوتنا ماخير فيه ، ولأنه لا يملك إيقاع طلاق زوجته فلا يملك استيفاء القصاص في النفس كالوصى .

فإذا ثبت هذا فإن القاتل يجبس إلى أن يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويصلح المفسد — لأن في ذلك مصلحة للقاتل بأن يعيش إلى مدة ويتأخر قتله — وفيه مصلحة لولي المقتول لئلا يهرب القاتل وينتوت القصاص ، فإن أراد الولي أن يعفو عن القود على مال ، فإن كان المولى عليه له كفاية لم يجز ، وإن كان محتاجاً إلى ذلك المال للنفقة ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنه محتاج إلى ذلك

(والثاني) لا يجوز لأنه لا يملك استيفاء حقه من القصاص ، ونفقته في بيت المال . وإن وثب الصبي أو المجنون فاقترض فهل يصير مستوفياً ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصير مستوفياً كما لو كانت له ودية فألتفها (والثاني) لا يصير مستوفياً وهو الأصح ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، وإن كان القصاص لغائب حبس القاتل إلى أن يقدم كإقتنا فيه إذا كان لصغير أو مجنون . فإن قتل فهلا قلتم لا يجبس للغائب لأنه لا ولاية للحاكم على الغائب ، كما لو كان لغائب مال منغسوب فليس للحاكم أن يجبس الغائب وينزع ماله المنغسوب ؟ فالجواب أن القود ثبت للبيت

وللحاكم على الميت ولاية ، وليس كذلك الغائب إذا غصب ماله لأنه لا ولاية له عليه وهو رشيد ، فوزانه أن يموت رجل ويخلف مالا وله وارث غائب ، فجاء رجل وغصب ماله فللأم حبس الغاصب إلى أن يقدم الغائب

(فرع) فإن كان القصاص جماعة وبعضهم حاضر وبعضهم غائب لم يحجز للحاضر أن يستوفى بغير إذن الغائب بلا خلاف ، وإن كان الخلاف بين صغير وكبير أو بين عاقل ومجنون لم يحجز للكبير والعاقل أن يستوفى القصاص حتى يبلغ الصغير ، ويفيق المجنون ، ويأذن في الاستيفاء . وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو يوسف وأحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يحوز للكبير والعاقل أن يستوفى قبل بلوغ الصغير وإفاقة المجنون ، إلا أن أصحاب أبي حنيفة اختلفوا فيما يستوفيه ، فمنهم من قال يستوفى حقه وحق الصغير والمجنون ، ومنهم من قال يستوفى حقه ويسقط حق الصغير والمجنون ، دليلنا أنه قصاص موروث فوجب أن لا يختص باستيفائه بعض ورثته ، كما لو كان لحاضر وغائب

وإذا ثبت هذا فإن القاتل يحبس إلى أن يبلغ الصغير ويفيق المجنون ، وقد حبس معاوية هذبة بن خشرم في قصاص حتى يبلغ ابن القاتل ، وذلك في عصر الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكر ذلك . وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القاتل سبع ديات فلم يقبلها

فإن قيل لم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين . قلنا لأن تخليته تضيق فإنه لا يؤمن هربه ، والفرق بينه وبين المعسر من وجوه

١ - أن قضاء الدين لا يجب مع الاعسار فلا يحبس بما لا يجب ، والقصاص ههنا واجب وإنما تعذر المستوفى

٢ - أن المعسر إذا حسنته تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين . وها هنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس

٣ - أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه ، فإن قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ، ولذلك لو وجد بعض ماله مفصوباً لم يملك

اتزاعه ؟ قلنا لأن في القصاص حقاً للميت ، وللحاكم عليه ولاية ، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها ، فنظيره أن يحد الحاكم من تركة الميت في يد إنسان شيئاً غصبا والوارث غائب فإنه يأخذه ، ولو كان القصاص لحي في طرفه لم يتعرض لمن هو عليه ، فإن أقام القاتل كفيلاً بنفسه ليخلى سبيله لم يحز لأن الكفالة لا تصح في القصاص فإن فاندتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ، ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به كالحد ، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه ، فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق فإن وجب القصاص في قتل من لا وارث له غير المسلمين كان القصاص إلى الإمام لأنه نائب عنهم ، وإن كان هناك من يرث البعض ويرث المسلمون الباقي كان استيفاء القصاص إلى الإمام وإلى ارارث

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر أحدهما وقتل القاتل من غير اذن أخيه ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القصاص ، وهو الصحيح ، لأن له في قتله حقاً فلا يجب عليه القصاص بقتله ، كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة (والثاني) يجب عليه القصاص لأنه اقتص في أكثر من حقه فوجب عليه القصاص ، كما لو وجب له القصاص في طرفه فقتله ، ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عرى عن الشبهة ، ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين في القتل . وإن كان قاتلاً لبعض النفس والنصف الذي لأخيه لا شبهة فيه فوجب القصاص عليه بقتله

وان عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو نظرت فإن كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص ، لأنه لم يبق له شبهة ، وإن كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فإن قلنا يجب عليه القود إذا قتله قبل العفو فلأن يجب عليه إذا قتله بعد العفو أولى ، وإن قلنا لا يجب عليه قبل العفو ففيما بعد العفو قولان (أحدهما) يجب عليه لأنه لا حق له في قتله فصار كما لو عفا ثم قتله أحدهما

(والثاني) لا يجب ، لأن على مذهب مالك رحمة الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك ، فيصير ذلك شبهة في سقوط القود ، فإذا قلنا انه يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الأب في تركه قاتله . نصفها للأخ الذي لم يقتل ، ونصفها للأخ القاتل ولورثته بعده ، وإذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول ، لأنه قتله وهو يستحق نصف النفس وللأخ الذي لم يقتل نصف الدية ، وفيمن يجب عليه قولان

(أحدهما) يجب على الابن القاتل ، لأن نفس القاتل كانت مستحقة لها ، فإذا أتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الآخر كما لو كانت لها وذبة عند رجل فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ الابن الذي لم يقتل ورثة قاتل أبيه من نصفه لم يصح ابرأؤه ، لأنه أبرأ من لا حق له عليه . وان أبرأ أخاه صح ابرأؤه لأنه أبرأ من عليه الحق .

والقول الآخر أنه يجب ذلك في تركه قاتل أبيه لأنه قود ستط الى مال فوجب في تركه القاتل كما لو قتله أجنبي ، ويخالف الوديعه ، فانه لو أتلفها أجنبي وجب حقه عليه ، والقاتل لو قتله أجنبي لم يجب حقه عليه ، فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح ابرأؤه ، وان أبرأ ورثة قاتل أبيه صح ابرأؤه . ولورثة قاتل الأب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية ، لأن ذلك حق لهم عليه فلا يسقط ببرأوتهم عن الابن الآخر .

(الشرح) اذا قتل رجل وله أخوان وابنان من أهل استيفاء القصاص لم يكن لهما أن يستوفيا القصاص جميعا ، لأن في ذلك تعديبا للقاتل ، فإما أن يوكل رجلان ليستوفيا لهما القصاص ، وأما أن يوكل أحدهما الآخر في الاستيفاء ، فإن طلب كل واحد منهما أن يوكله الآخر أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، فإذا خرجت القرعة لأحدهما أمر الآخر أن يوكله ، وان بادر أحدهما وقتل القاتل بغير اذن أخيه نظرت — فإن كان الذي لم يقتل لم يدف عن حقه من القصاص — فهل يجب على القاتل منهما القود ؟ فيه قولان

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه ممنوع من قتله وقد يجب القتل بإتلاف

بعض النفس كما إذا قتل جماعة واحداً (والثاني) لا يجب عليه القود، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وهو الأصح، لأن له في قتله حقاً فلم يجب عليه القود، كما لو وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة، وإن قتله بعد أن عفا أخوه عن القود فظرت - فإن كان قد حكم الحاكم بسقوط القود - وجب القود على القاتل قولاً واحداً. قال ابن الصباغ سواء علم القاتل بذلك أو لم يعلم، لأن بحكم الحاكم زالت الشبهة وحرّم عليه قتله، فهو كما لو قتل غير القاتل، وإن كان بعد عفو أخيه وقبل حكم الحاكم بسقوط القود نظرت - فإن لم يعلم بعفو أخيه - فهل يجب القود على القاتل؟ فيه قولان، كما لو لم يعف أخوه

قال الشيخ الامام أبو حامد: إلا أن الأصح هناك لا يجب عليه القود، والأصح هنا أن عليه القود، وإن قتله بعد أن علم بعفو أخيه - فإن قلنا يجب عليه القود إذا لم يعف أخوه فما هنا أولى، وإن كان قلنا هناك لا يجب عليه القود لأنه على قول مالك لا يسقط القود هكذا صور المصنف المسألة، ولكننا ننازعه في عدم سقوط القود عند مالك، لأن أهل العلم أجمعوا على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل، بالكتاب والسنة لقوله تعالى « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان، وقوله تعالى « فمن تصدق به فهو كفارة له، قيل في التفسير: فهو كفارة للجاني يعفو صاحب الحق عنه. وقيل هو كفارة للعافي بصدقته.

وأما السنة ففي سنن أبي داود عن أنس قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو، فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الانساب والاسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوهم وسقط القصاص، ولم يبق لأحد إليه سبيل، بهذا قال عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة وأحمد. وروى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي. وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والاوزاعي: ليس للنساء عفو. والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة، وهو وجه لأصحابنا لأنه ثبت لدفع المار فاخص به العصبات كولاية النكاح ولنا وجه ثالث أنه لذوى الانساب دون الزوجين لحديث أبي شريح الكعبي

« فأهله بين خيرتين الخ ، وذهب بعض أهل المدينة الى أن القصاص لا يستقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العاني لا يرضى بإسقاطه ، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة باواحد . وبعد أن تحررت المسألة على هذا النحو نقول : انه على قول بعض أهل المدينة لا يسقط القود بعفو أحد الشريكين فصار ذلك شهة في سقوط القود عنه . وهذا ترتيب الشيخ أبي حامد .

وقال المسعودي : اذا قتله قبل عفو أخيه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان فإذا قلنا لا يجب فله معنيان (أحدهما) لاختلاف العلماء في استيفاء أحدهم (والثاني) لأنجل حقه في القصاص ، وان قتله بعد عفو أخيه ، وهو عالم بعفوه فإن قلنا هناك لا يجب فيها هنا قولان — ان قلنا العلة هناك اختلاف العلماء فلا قود ها هنا ، لأن الاختلاف موجود . وان قلنا العلة هناك حقه في القصاص وجب عليه ها هنا القود . وان قتله جاهلا بعفو أخيه . فإن قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فما هنا أولى ، وان قلنا هاك لا يجب فيها هنا قولان ، ان قلنا العلة هناك اختلاف العلماء فلا قود ها هنا ، لأن الاختلاف موجود . وان قلنا العلة هناك حقه في القصاص وجب عليه ها هنا القود ، وان قتله جاهلا بعفو أخيه ، فإن قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فما هنا أولى أن لا يجب . وان قلنا هناك يجب القود على القتيل فلوايه أن يقتص منه ، فإذا قتله وجب دية المقتول الاول في تركة القاتل الاول ، نصفها للأخ الذي لم يقتل ونصفها لورثة أخيه المقتول

وان قلنا لا يجب القود على الاخ القاتل فقد استوفى حقه وبقي حق أخيه ، وقد تعذر استيفاء حقه من القصاص فتكون له نصف دية أبيه ؛ وعلى من يرجع بها ؟ فيه قولان

(أحدهما) يرجع بها على أخيه القاتل ، لأن نفس قاتل أبيه كانت لهما وديعة فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ أخاه صح ابراؤه ، وان أبرأ قاتل أبيه لم يصح ابراؤه .

والقول الثاني انه يرجع بها في تركه قاتل أبيه لأنه قود سقط إلى مال فوجب المال في تركه قاتل الأب كما لو قتله أجنبي ، ويخالف الوديعه فإنه لو أتلفها أجنبي لرجعا عليه بضمها ، وههنا لو قتله أجنبي لم يرجعا عليه بشيء .
 فلي هذا إن أرا أخاه لم يصح لإبائه ، وإن أبرا قاتل أبيه صح لإبائه ويكون لورثة قاتل الأب أن يرجعوا على القاتل بنصف دية موروثهم لأنه لا يستحق إلا نصف نفسه ، ومن أصحابنا من قال : لا يطالبون الأخ القاتل بشيء ، لأنهم ما غرموا ، وليس بشيء ، لأن الحق قد لزمتهم في الاصل ولزم القاتل له في الاصل فإذا سقط عنهم لم يسقط عنه على الوارث في تركه . ولوجه آخر أن الدية لمن له القصاص ، كما لو قتل المرهون كانت الدية مرهونة ، ولو عفا وارثه عن القصاص على الدية فالدية للوارث على الصحيح من المذهب وحق من له القصاص ، ولو وجب القصاص على رجل فقتله أجنبي عنه عليه القصاص لأنه ترك القبض للورثة .

وإن عفا الاخوان جميعاً عنه ثم عادا فقتلاه أو عفا عنه أحدهما ثم عاد فقتله وجب القود قولا واحداً ، لأنه لم يبين لهما قتل حق بعد عفوه ، فصار كما لو قتل أجنبياً ، فإن كان القصاص لجماعة واختلفوا فيمن يقتص منهم أقرع بينهم . وهل يدخل في القرعة من لا يحسن ؟ فيه وجهان حكاهما في العدة ، أحدهما لا يدخل لأنه لا فائدة فيه . والثاني يدخل لأنه يستناب من شاء ، ومتى خرجت القرعة لأحدهم لم يستوف القصاص إلا بتوكيل الباقيين له

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان لأنه يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الخيف مع قصد التشني ، فإن استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك .

ومن أصحابنا من قال لا يعزر لأنه استوفى حقه والمنصوص أنه يعزر لأنه افتيات على السلطان ، والمستحب أن يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكر المجنى

عليه الاستيفاء ، وعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها القصاص ، فإن كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله كتب الاحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة . وليجد أحدكم سفرتة وليرح ذبيحته ، وإن كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لأنه يفسد البدن ويمنع من غسله ، فإن عجل واستوفى بآلة كالة أو بآلة مسمومة عزر ، فإن طلب من له القصاص أن يستوفى بنفسه ، فإن كان في الطرف لم يمكن منه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإن كان في النفس فإن كان يكمل للاستيفاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعدة قتيلا فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » ، ولأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ فمكن منه ، وإن لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل ، فإن لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى ، لأن ذلك من المصالح ، وإن لم يكن خمس أو كان ولكنه يحتاج اليه لما هو أهم منه وحيث الأجرة على الجاني ، لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع في كيل الطعام المبيع

فإن قال الجاني أنا أقتص لك بنفسى ولا أودى الأجرة لم يجب تمكينه منه ، لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ ، ولأن من لزمه ايفاء حق لغيره لم يجوز أن يكون هو المستوفى كالبائع في كيل الطعام المبيع ، فإن كان القصاص لجماعة وهم من أهل الاستيفاء وتشاحوا أقرع بينهم ، لأنه لا يجوز اجتماعهم على القصاص ، لأن في ذلك تعديا للجاني ، ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالفرعة .

(فصل) وإن كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع ، لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل » ، وفي قتل الحامل إسراف في القتل ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل . وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه « أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم

وقالت إنها زنت وهي حبلية ، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال له : أحسن إليها فإذا وضعت لبنها ، فلما أن وضعت جاء بها ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وآله وسلم فرجمت ، ثم أمرهم فصلوا عليها ، وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى إرلد اللبأ لأنه لا يعيش إلا به ، وإن لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترصعه حولين كاملين لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للعامة : اذهبي حتى ترضعيه ، ولأنه لما أخرج القتل لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه وهو مولود أولى ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لآنه يستغنى بها عن الأُم . وإن وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها ، فالمستحب لولي الدم أن لا يقتص حتى ترضعه ، لأن اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه ، فإن لم يصبر اقتص منها لأن الولد يعيش بالالبن المختلفة وبلبن البهيمة . وإن ادعت الحمل قال الشافعي رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها .

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخري رحمه الله عليه : لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل ، لأن القصاص وجب فلا يؤخر بقولها . وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها ، لأن الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه .

(الشرح) حديث شداد بن أوس أخرجه مسلم في الذبائح عن أبي بكر بن أبي شيبة ، وأبو داود في الاضاحى عن مسلم بن إبراهيم والترمذى في الدييات عن أحمد بن منيع ، والنسائي في الضحايا عن علي بن حجر ، وعن الحسين بن حريب وعن محمد بن عبد الله بن بزيع وعن محمد بن رافع وعن إبراهيم بن يعقوب وابن ماجه في الذبائح عن محمد بن المنثى ، وأحمد في مسنده ج ٢ ص ١٠٨ ، ومسنده أبي داود الطيالسى الحديث ١١١٩ ، وحديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم في الحدود عن أبي غسان مالك بن عبد الواحد المسمعى ، وأبو داود فيه عن مسلم بن إبراهيم ، والترمذى فيه عن الحسن بن علي ، والنسائي في الجنائز عن اسماعيل بن مسعود ، وابن ماجه في الحدود عن العاس بن عثمان . وحديث العامة مضى في الرضاع .

أما اللغات : فالقِتلة بكسر القاف هي الهينة وكذا الذَّبْحَة ، والآلة السكّالة التي لا حد لها ماض والسيف السكّيل منه .

أما الاحكام فمن وجب له القصاص لم يجز أن يقتص بغير اذن السلطان وبغير حضوره لاختلاف العلماء في وجوب القصاص في مواضع ، فلو قلنا له أن يستوفيه من غير اذن السلطان لم يؤمن أن يقتص بمن لا يستحق فيه القصاص ، فإن خالف واقتص بغير اذن السلطان فقد استوفى حقه .

قال الشافعي رضي الله عنه : ويعزر ولا شيء عليه . وهو مذهب أحمد . ومن أصحابنا من قال لا يعزر لأنه استوفى حقه ، والأول أصح ، لأنه افات على السلطان ، والمستحب أن يكون ذلك بحضرة شاهدين لئلا ينكر المقتص الاستيفاء ، فإن اقتص بغير حضور شاهدين جاز لأنه استيفاء حق ، فلم يكن من شرطه حضور الشهود كالدين ، ويتفقد السلطان الآلة التي يستوفى بها القصاص فإن كانت كالة منع من الاستيفاء بها لقوله صلى الله عليه وآله إذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، فإن استوفى فقد أساء ولا تعزير عليه . وإن أراد الاستيفاء بآلة مسمومة . قال الشيخ أبو حامد : منع من ذلك ، سواء كان في الطرف أو في النفس ، لأنه إذا كان في الطرف سرى الى نفسه ، وإن كان في النفس هرى بدنه ومنع من غسله فإن خالف واقتص بآلة مسمومة عزر .

وقال القفال : إن كان الاستيفاء في الطرف منع منه ، وإن كان في النفس لم يمنع منه ، فإن اقتص في الطرف بآلة مسمومة وسرى ذلك الى نفسه وجب على المقتص نصف الدية ، لأنه مات من مباح ومحذور .

(فرع) إذا طلب من له القصاص أن يقتص بنفسه — فإن كان القصاص في النفس ، وكان يصلح الاستيفاء — مكنه السلطان من الاستيفاء لقوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ، الآية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده فأهله بين خيرتين أن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » ، وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمر بالتوكيل — فإن لم يوجد من يتطوع بالاستيفاء عنه بغير عوض — استأجر من يستوفى له القصاص وقال أبو حنيفة لا تصح الاجارة على القصاص في النفس وتصح في الطرف

دليلاً أنه عمل معلوم فصحت الإجارة عليه كالقصاص في الطرف ، وإن كان المصاص في الطرف فمال أصحابنا البغداديون : لا يمكن المجنى عليه أن يقتص بنفسه بل يؤمر بالتوكيل ، لأن الاقتصاص في الطرف يحتاج إلى التحفظ لئلا يستوفى أكثر من حقه ، وقال الخراسانيون فيه وجهان (أحدهما) لا يمكن من ذلك لما ذكرناه (والثاني) يمكن منه كما يمكن من استيفاء القصاص في النفس ، والأول أصح ، لأن المقصود بالقتل إزهاق الروح ، ولا معنى للتحفظ بخلاف الطرف .

(فرع) يستحب للإمام أن يقيم رجلاً يقيم الحدود ويقتص للناس بإذنهم ويرزقه من الأموال المعدة للخدمات العامة (ميزانية الخدمات) لأن هذا من المصالح والخدمات التي توفرها الدولة لنشر الأمن وإقرار العدل ، وقد شبهه أصحابنا بأجرة الكيال والوزان في الأسواق ، فإن لم يكن هناك شيء من سهم المصالح أو كانت ميزانية الخدمات لا تسمح للاحتياج لما هو أهم كبناء المستشفى أو تسليح المجاهدين كانت الأجرة على المقتص منه هذا ما يفيد النظر في نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي : نص الشافعي رحمه الله على أن أجرة القصاص على المقتص منه ، ونص أن أجرة الجلاد في بيت المال ، وهو قول أبي حنيفة لأنه استيفاء حق فكانت أجرة الاستيفاء على المستوفى ، كما لو اشترى طعاماً وأراد نقله ، والأول أصح ، ومنهم من قال يجب أجرة القصاص على المقتص منه ، وأجرة الجلاد في بيت المال ، لأن في القصاص الجاني مأمور بالإقرار بالجناية ليقتص منه ، وفي الحد هو مأمور بالستر على نفسه .

فإن قال الجاني : أنا أقطع طرفي ولا أودى الأجرة فقيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أ. دهما) يجب إجابته إلى ذلك لأن المقصود قطع طرفه فلا تلحقه تهمة في ذلك (والثاني) لا يجب إجابته إلى ذلك ، ولم يذكر المصنف غيره ، لأن المقصود بالقصاص التشنيف وذلك لا يحصل بفعل الجاني وإنما يحصل بفعل المجنى عليه أو من ينوب عنه غير الجاني (فرع) إذا وجب القصاص على امرأة حامل لم يجز قتلها قبل أن تضع ،

لقوله تعالى «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل» ، وفي قتلها في هذه الحالة إسراء ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل ، الحديث عمران بن الحصين أن امرأة من حبيشة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته أنها زنت وهي حبلى ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم وليها أن يحدن إليها حتى تضع فلما وضعت جرى بها فرجعت وأمرهم فصلوا عليها .

وروى أن عمر رضي الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهي حامل ؛ فقال له معاذ بن جبل رضي الله عنه «ان كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما في بطنها ، يعني حملها ، فترك عمر قتلها . وقال كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ .

فإذا ثبت هذا فولدت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبن ، لأنه لا يعيش إلا به فإذا سقته اللبن نظرت ، فإن لم توجد امرأة راتبة ترضعه ، وإنما وجد جماعة نساء يتداوونه في الرضاع ، أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها ، فالمستحب ألا يقتص حتى ترضعه أمه حولين ، لأن على الولد ضرراً باختلاف لبن المرضعات ، ولبن البهيمة يغير طبعه ، فإن اقتص منها جاز ، لأن بدنه يقوم بذلك ، فإن لم يوجد من يرضعه ولا وجدت بهيمة يسقى لبنها لم يجز للولي أن يقتص منها إلى وقت يستغنى عن لبنها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للعامة «أذهبي حتى ترضيه» ، ولأنه إذا وجب تأخير القصاص لأجله وهو حمل ، فلأن يجب تأخيره لأجله بعد ارضع أولى .

قال الشيخ أبو حامد . قال أصحابنا فإن خالف الولي واقتص من الام في هذه الحالة ثم مات الطفل فهو قاتل عمد ، وعليه القود ، لأنه بمثابة من حبس رجلاً ومنعه الطعام والشراب حتى مات ، فانه قاتل عمد ويجب عليه القود ، هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي إذا وجد من ترضعه فإن كان القتل لله كالرجم في الزنا لم تقتل حتى تنقضي مدة الرضاع ، وان كان للأدمى قتلت

(فرع) إذا وجب على المرأة القتل فادعت أنها حامل قال الشافعي رحمه الله محبين حتى يتبين أمرها . واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو سعيد الاصطخري

لا تحبس حتى يشهد أربع قوايل أنها حبيلى ، فان لم يشهدن بأنها حبيلى قتلت فى الحال
 لأن القصاص قد وجب فلا يؤخر بقولها . وقال أكثر أصحابنا تحبس وان لم
 يشهدن أنها حبيلى ، لأن للحمل أمارات ظاهرة يشاهدنها القوايل ، وأمارات
 خفية لا يعلم ذلك منها الا نفسها ، فوجب حبسها الى أن يقين أمرها

(فرع) فان مكن الإمام أو الحاكم المقتص من الحامل فقتلها بالكلام فى الإثم
 والضمن والكفارة ، فأما الإثم فان كان الحاكم والمقتص عالين بأنها حامل أمما .
 وان كانا جاهلين بحملها لم يأثما . وان كان أحدهما عالما بحملها والآخر جاهلا به
 أم العالم منهما دون الجاهل

وأما الضمان والكفارة فننظر فيه فان كان لما قتلت الحامل لم يخرج الجنين من
 بطنها جنين ، وان خرج من بطنها ، فان خرج حيا ثم مات ففيه دية كاملة وكفارة
 وان خرج ميتا ففيه غرة عبد أو أمة وكفارة ، وأما من يجب عليه الضمان والكفارة
 فان كانا عالين بحملها فالضمان والكفارة على الامام والحاكم دون الولى ، لانه هو
 الذى مكنه من الاستيفاء ، ولأن الحاكم هو الذى يعرف الاحكام وانما يرجع
 الولى الى اجتهاده . وهكذا ان كان الحاكم هو العالم بحملها دون الولى فالضمان
 والكفارة على الولى دون الحاكم اذا لم يعلم فلم يسلطه على اتلاف الحمل ، وان كانا
 جاهلين بحملها ففيه وجهان

(أحدهما) أن الضمان والكفارة على اولى لأن الحاكم اذا لم يعلم سقط عنه
 حكم الاجتهاد فيه والولى هو المباشر فلزمه الضمان . هكذا ذكر ابن الصباغ .
 وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق وصاحب الفروع اذا كانا جاهلين بأن ذلك
 لا يجوز فالضمان والكفارة على الامام قولا واحدا ، وان كانا عالين بأن ذلك
 لا يجوز ففيه وجهان .

قال أبو اسحاق الضمان والكفارة على الامام لانهما فى العلم سواء ، وللإمام
 مزية فى التمكين .

وقال غيره من أصحابنا يكون الضمان والكفارة على الولى لانه هو المباشر
 وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا ، فالضمان على العالم منهما دون الجاهل .

وقال المزني : فالضمان على عاقلة ، سواء علم القاضى أو جهل ، وإن كان الولي جاهلاً ففيه وجهان ، سواء علم القاضى أو جهل بناء على القولين في إطعام الطعام فإن قلنا إن ضمانه على الطاعم فالضمان ههنا على العاقل ، وإن قلنا على المطعم كان الضمان ههنا على الحاكم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان القصاص في الطرف فالمستحب أن لا يستوفى الا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية الى النفس ، لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال : طعن رجل رجلاً بقرن في رجله ، فجاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال أقدنى ، فقال دعه حتى يبرأ ، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً ، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول حتى يبرأ ، فأبى فأقاده منه ، ثم عرج المستقيد فجاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال برىء صاحبي وعرجت رجلى ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حق لك ، فذلك حين نهي أن يستقيد أحد من جرح حتى يبرأ صاحبه ، فإن استوفى قبل الاندمال جاز للخبر . وهل يجوز أخذ الأرش قبل الاندمال ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال

(والثاني) لا يجوز لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى الى النفس ويدخل في دية النفس ، وقد يشاركه غيره في الجناية فينقص بخلاف القصاص ، فإنه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة ، فإذا قلنا يجوز ففي التدر الذي يجوز أخذه وجهان

(أحدهما) يجوز أخذه بالغاً ما بلغ لأنه قد وجب في الظاهر لجواز أخذه . (والثاني) وهو قول أبي اسحاق انه يأخذ أقل الأمرين من أرش الجناية أو دية النفس ، لأن ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره ، لأنه ربما سقط ، فعلى هذا ان قطع يديه ورجليه وجب في الظاهر ديتان وربما سرت الجناية الى النفس فرجع الى دية فيأخذ دية ، فإن سرت الجناية الى النفس فقد أخذ حقه ، وان اندملت أخذ دية أخرى .

(فصل) وان قلع سن صغير لم ينغر أو سن كبير قد أنغر ، وقال أهل الخبرة انه يرجى أن ينبت الى مدة لم يقتص منه قبل الاياس من نبائه ، لانه لا يتحقق الإتلاف فيه قبل الاياس كالا يتحقق إتلاف الشعر قبل الاياس من نبائه فان مات قبل الاياس لم يجب القصاص ، لانه لم يتحقق الإتلاف فلم يقتص مع الشك

(الشرح) حديث عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة أخرجه الشافعي والبيهقي في السنن الكبرى هكذا مرسل ، ومحمد بن طلحة ثقة محتج به ولا عبرة بقول النسائي ، ليس بالغوى ، أو قول بن معين : ثلاثة يتقى حديثهم محمد بن طلحة الخ ذلك لانه صادق مشهور محتج به في الصحيحين

وقال أبو زرعة ، صدوق ، على أن هذا الخبر قد ورد متصلاً ومرسلاً من طرق بعضها بلفظ المصنف وبعضها بمعناه ، فمنك أحمد والدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أقدني ، فقال حتى تبرأ ، ثم جاء اليه فقال أقدني فأقاده ثم جاء اليه فقال يا رسول الله عرجت ؟ قال - نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك ، ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه ،

وروى الدارقطني عن جابر ، أن رجلاً جرح فأراد أن يستقيده فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يستقاد من الجرح حتى يبرأ المجروح ، وأخرجه أبو بكر ابن أبي شيبة عن ابن علي عن عمرو بن دينار عن جابر ، وأخرجه عثمان بن أبي شيبة بهذا الاسناد .

وقال الدارقطني : أخطأ فيه ابنا أبي شيبة وخالفهما أحمد بن حنبل وغيره ، فرووه عن ابن علي عن أيوب عن عمرو مرسل . وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه وهو المحفوظ ، يعنى المرسل ، وأخرجه أيضا البيهقي من حديث جابر مرسل يأسناد آخر وقال تفرد به عبد الله الأموي عن ابن جريج وعنه يعقوب ابن حميد ، وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن جابر قال : قال رسول الله (ص)

« تقاس الجراحات ثم يتأني بها سنة ثم يقضى فيها بقدر ما انتهت إليه ، وفي إسناده ابن لهيعة . وكذا رواه جماعة من الضعفاء عن أبي الزبير وقد استدلل بهذه الأحاديث القائلون بوجود الانتظار إلى أن يبرأ الجرح ويندمل ثم يقتص الجروح بعد ذلك ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والمذهب عندنا أنه مندوب إليه فقط

دليلنا حديث محمد بن طلحة الذي سقنا طرقه آنفاً ، وهو يدل بمفهومه من تمكنه صلى الله عليه وسلم الرجل المطعون بالقرن قبل البرء .

واستدل القائلون بالوجوب بحديث « اصبروا حتى يسفر الجرح ، عندما طعن رجل حسان بن ثابت فاجتمعت الأنصار ليأخذ لهم النبي صلى الله عليه وسلم القصاص ، فقال انتظروا حتى يبرأ صاحبكم ثم أقتص لكم ، فبرئ حسان ثم عفا قال العلامة الشوكاني : وهذا الحديث إن صح فحديث عمرو بن شعيب قرينة لصفه عن معناه الحقيقي إلى معناه المجازي ، كما أنه قرينة لصفه النهي المذكور في حديث جابر إلى الكراهة .

وأما ما قيل من أن ظهور مفسدة التعجيل للنبي صلى الله عليه وسلم قرينة أن أمره الأنصار بالانتظار للوجوب ، لأن دفع المفاد واجب ، كما قال في ضوء النهار ، فيجاب عنه بأن محل الحججة هو إذنه صلى الله عليه وسلم بالاقتصاص قبل الاندمال ، وهو لا يأذن إلا بما كان جائزاً ، وظهور المفسدة غير قادح في الجواز المذكور ، وليس ظاهرهما بكلي ولا أكثرى حتى تكون معلومة عند الاقتصاص قبل الاندمال ، لأن لفظ « ثم » يقتضى البرتيب ، فيكون النهي الواقع بعدها ناسخاً للاذن الواقع قبلها اهـ .

إذا ثبت هذا فإنه إذا قطع طرفه وأراد المجنى عليه أن يقتص فلمستحب له أن لا يقتص حتى تستقر الجنابة بالاندمال أو السراية إلى النفس ، فإن عفا عن القود وطلب الأرش قبل الاستقرار فهل يعطى الأرش ؟ فيه قولان . أحدهما يعطى كما يجوز له استيفاء القصاص . والثاني لا يعطى لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال لأنه ربما سرى إلى النفس فدخل في دينها أو يشارك غيره في الجنابة فأت من الجميع ، فإذا قلنا يعطى قبل الاندمال فكيف يعطى ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يعطى أقل الأمرين من أرش الجناية أو دية النفس ، لأن ما زاد على دية النفس لا يثيق استقراره قبل الاندمال
 (والثاني) يعطى أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، لأنه قد وجب له في الظاهر ، فإن اقتصر المجنى عليه قبل الاندمال ، ثم سرت الجناية على المجنى عليه إلى عضو آخر واندمل ، كانت السراية مضمونة بالدية
 وقال أحمد رحمه الله : لا تكون مضمونة لقوله صلى الله عليه وسلم ، اذهب فلاحق لك ، ودليلنا أن هذه جناية مضمونة كما لو لم يقتص ، والحديث محمول على أنه أراد صلى الله عليه وسلم لاحق لك في القصاص .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى ، فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، ولأن السيف أرجى الآلات ، فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه ، لأن حقه في القتل وقد قتل وعذب ، فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر ، أو رماه من شاهق أو ضربه بخشب ، أو حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات ، فللولي أن يقتص بذلك لقوله تعالى ، وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ، ولما روى البراء رضى الله عنه ، أن النبي (ص) قال : من حرق حرقتاه ومن غرق غرقاه ، ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الأسباب ، فجاز أن يستوفى بها القصاص ، وله أن يقتص منه بالسيف ، لأنه قد وجب له القتل والتعذيب ، فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز . فإن قتله بالسحر قتل بالسيف ، لأن عمل السحر محرم فسقط وبقى القتل فقتل بالسيف .

وان قتله باللواط أو بسقى الخرف فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه ان قتله بسقى الخرف قتله بسقى الماء .
 وان قتله باللواط فعل به مثل ما فعله بخشبة ، لأنه تعذر مثله حقيقة ففعل به ما هو أشبه بفعله .

(والثاني) أنه يقتل بالسيف لأنه قتله بما هو محرم في نفسه فاقتص بالسيف .

كما لو قتله بالسحر ، وإن ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يموت
 كرر عليه الضرب بالسيف ، لأن قتله مستحق وليس ههنا ما هو أرجى من
 السيف فقتل به ، وإن قتله بمثقل أو رماء من شاهق أو منعه الطعام والشراب
 مدة ففعل به مثل ذلك فلم يموت ففيه قولان
 (أحدهما) يكرر عليه ذلك إلى أن يموت كما قلنا في السيف

(والثاني) أنه يقتل بالسيف ، لأنه فعل به مثل ما فعل وبقي ازهاق الروح
 فوجب بالسيف ، وإن جنى عليه جنابة يجب فيها القصاص بأن قطع كفه أو
 أوضح رأسه فمات فللولي أن يستوفي القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه
 لقوله تعالى (والجروح قصاص) فإن مات به فقد استوفي حقه ، وإن لم يموت
 بالسيف ، لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضواً آخر ، لأنه يصير قطع عضوين
 بعضو وإيضاح موضحين بموضحة . وإن جنى عليه جنابة لا يجب فيها القصاص ،
 كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان

(أحدهما) يقتل بالسيف ولا يقتص منه في الجائفة ولا في قطع اليد من
 الساعد ، لأنه جنابة لا يجب فيها القصاص فلا يستوفي بها القصاص كاللواط
 (والثاني) يقتص منه في الجائفة وقطع اليد من الساعد ، لأنه جهة يجوز
 القتل بها في غير القصاص ، فجاز القتل بها في القصاص ، كالقطع من المفصل
 وحز الرقبة ، فإن اقتص بالجائفة أو قطع اليد من الساعد فلم يموت قتله بالسيف
 لأنه لا يمكن أن يجام جائفة أخرى ، ولا أن يقطع منه عضو آخر فتصير
 جائفتان بجائفة ، و قطع عضوين بعضو

(الشرح) حديث البراء بن عازب ذكره الحافظ في تلخيص الحبير في كتاب
 الجراح من باب ما جاء في التشديد في القتل الحديث ١٦٣١ د من حرق حرقناه
 ومن غرق أغرقناه ، هكذا بالهمز في المضارع وقال أخرجه البيهقي في المعرفة من
 حديث عمران بن نوفل بن زيد بن البراء عن أبيه عن جده ، وقال في الاستناد :
 بعض من يجهل ، وإنما قاله زياد في خطبته اه
 وقال في المدراية في تخريج أحاديث الهداية : حديث من غرق غرقناه .

اليسبق من رواية عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده بهذا وفيه : من حرق
حرقناه ومن عرض عرضنا له . وفي إسناده من لا يعرف اه
(قلت) وقد رجعت إلى كتب الرجال فلم أجد ذكراً لعمران بن نوفل ، ولا
نوفل بن زيد ولا زيد بن البراء ، ثم عدت إلى الرواية الأخرى التي ذكرها في
الدراية فلم أجد إلا ذكر عمران بن يزيد موصوفاً بالجمالة ، أما يزيد بن البراء
فتمد قال في التقريب « صدوق من الثالثة »

أما الأحكام فإنه إذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى « فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، ولأنه أوحى الآلات ، وإن
حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو من شاق فمات أو صر به بخشبة أو حبسه ومنعه
الطعام والشراب حتى مات ، فللولي أن يقتص منه بهذه الأشياء ، وبه قال مالك
وأما أبو حنيفة فإنه يقول : هذه الجنايات لا توجب القصاص إلا التحريق بالنار
فإنه يوجب القصاص ، ولكن لا يجوز أن يقتص منه إلا بالسيف ، دليلنا قوله
تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، ولحديث « أن يهودياً
رض رأس جارية من الأنصار بين حجرين فوجدت زبها رمق ، فقيل من فعل
بك هذا ؟ فلان ؟ فأومأت أن لا إلى أن سئلت عن اليهودي فأومأت برأسها أي
نعم ، فأخذوا اليهودي فاعترف ، فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فرضخ رأسه
بين حجرين ، ولأنها آلة يجوز بها قتل المشركين فجاز استيفاء القصاص بها كالسيف
وللولي أن يقتله بالسيف لأنه أوحى وأروح من التعذيب

أما إذا قتله بالسحر فإنه يقتله بالسيف لأن السحر ليس سلاحاً في الإسلام
لقنال المشركين ، وليس آلة للقصاص وليس له مثل

أما إذا قتله باللواط فهل يجب فيه القصاص ؟ فيه وجهان حكاهما أصحابنا
الخراسانيون (أحدهما) لا يجب فيه القصاص ، لأن المقصود به طلب اللذة فكان
عمد خطأ (والثاني) وهو قول البغداديين - وهو الأصح - أنه يجب به القصاص
لأنه قتله بما يقتل مثله غالباً فوجب عليه القصاص ، كما لو قتله بالسيف . فعلى هذا
في كيفية استيفاء القصاص منه وجهان

(أحدهما) يقتل بسيف لأن اللواط محرم فقتل بالسيف كالسحر

(والثاني) يعمل به مثل ما عمل بخشبة إلى أن يموت ، لأنه أقرب إلى فعله .
وإن قتله بشرب الخمر وجب عليه القصاص ، وكيف يستوفى منه القصاص ؟
فيه وجهان (أحدهما) يقتل بالسيب لأن الخمر محرمة فهو كالسحر (والثاني) يتل
بشرب الماء لأنه أقرب إلى فعله .

فأما حديثه لا قود إلا بالسيب ، فقال أحمد ليس لإسناده بحيد ، هكذا نقله
ابن قدامة في المغنى .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ضربه بالسيب فلم يمت فإنه يوالى عليه الصرب إلى أن
يموت لأنه أوحى الآلات ، وإن فعل به مثل ما فعل به من الضرب بالمثل
والرمى من شاق أو منعه من الطعام والشراب مثل الذي منعه فلم يمت ففيه
قولان (أحدهما) يكرر عليه ذلك إلى أن يموت ، كما قلنا في السيف

(والثاني) لا يكرر عليه ذلك بل يقتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل
به ؛ ولم يبق إلا إزهاق الروح فوجب بالسيف ، وإن جنى عليه جنابة يجب فيها
القصاص بأن أوضح رأسه أو قطع يده أو رجله من المفصل فمات فللمجنى عليه
أن يوضح رأسه ويقطع يده .

وقال أبو حنيفة . ليس له قطع الطرف ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ،
لأن ذلك ينضى إلى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمات
خيف فيه الزيادة سقط ، كما لو قطع يده من نصف الذراع . والرواية الثانية عن
أحمد يجب القصاص في الطرف فإن مات به والا ضربت عنقه

(قلت) هذا هو مذهبنا لأنه ليس بزيادة لأن فوات النفس بسراية فعله
وسراية فعله كفعله ، فأشبه ما و قطعته ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل في الصورة
متمم في الاستيفاء ، كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين ،
فإن جنى عليه جنابة مثل أن هشم رأسه أو أجافه أو قطع يده من بض الساعد
أو العقدة فمات ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز له الاقتصار بهذه الجنائيات بل يقتله بالسيب لما روى
العباس بن عبد المطلب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس في المنقلة قصاص ،
ولأنها جنابة لا يجب بها القصاص إذا لم تسر إلى النفس ، فلم يجب بها القصاص

وإن سرت إلى النفس كاللواط (والثاني) يجوز له الاقتصاص به لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، ولقوله تعالى « والجروح قصاص ، ولأنها جراحة يجوز لها قتل المشرك فجاز استيفاء القصاص بها كالقتل بالسيف ، فعلى هذا إذا فعل به مثل ما فعل به فلم يمت قتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به ، ولم يبق إلا إزهاق الروح فكان بالسيف

(فرع) إذا أوجعه بالضرب بالسيف أو بالرمي بالحجر لم يوجعه بضرب السيف ولا بالرمي بالحجر ، بل يوجعه بحديدة ماضية بعد أن يضبط الجاني ، لأنه يستوفى منه أكثر مما جناه .

(مسألة) إذا جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين فظرت فإن كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهشمة والمنقلة لم يقتص منه بالهشمة والمنقلة لأنه لا يجب فيها القصاص ، ولكن يذهب ضوء العين بكافور يذرح في العين أو بإدناء حديدية حامية اليها ، لأن ذلك أسهل ما يمكن ، ولا يقلع الحدقة لأنه لم يقلع حدقته ، وإن كانت جناية يجب فيها القصاص كالموضحة اقتص منه في الموضحة ، فإن ذهب ضوء العين فقد استوفى حقه ، وإن لم يذهب الضوء عوج الضوء بما يذهب به بالكافور أو بإدناء الحديدية الحامية من العين على ما مضى

وإن لطمه فأذهب ضوء عينيه فهل له أن يلطمه ؟ اختلف أصحابنا فيها فقال الشيخ الإمام أبو إسحاق الإسفراييني ^(١) ليس له أن يلطمه ، وإنما يعالج إذهاب الضوء بما ذكرناه لما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة (وهو ما يجلب للبيع من بعيد وضبطها بعض الفقهاء بجلوبة) له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان فنازعه فلطمه ففقه عينه ، فقال له عثمان هل لك أن أضحك لك الدية وتعفو ؟ فأبى فرفعهما إلى علي فقضى بما حكاه المصنف . وقد كانت المرايات تصنع من الحديد المصقول يترأى فيها الإنسان وجهه ، ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المائلة فيه .

(١) إذا قال النووي (الإمام) وأطلق انصرف إلى إمام الحرمين أبي المعالي الجويني ، وإذا قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي (الإمام أو الشيخ الإمام) وأطلق انصرف ذلك إلى الشيخ أبي إسحاق الإسفراييني

ولهذا لو انفرد بإذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص وقال الشيخ أبو حامد :
يلطمه كما لطمه ، وهو المنصوص في الام ، فإن ذهب ضوء عينه فند استوفى حقه
وان لم يذهب الضوء عولج بما يذهب الضوء لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ،

قال الشافعي فإن لطمه الجاني فأذهب ضوء عينه وابيضت عينه وشخصت ،
يعنى ارتفعت ، فإنه يلطمه مثله ، فإن أذهب ضوء عينه فابيضت وشخصت فقد
استوفى حقه ، وان لم تبيض ولم يشخص — فإن أمكن معالجة العين حتى يبيض
ويشخص — فعل ، وان لم يمكن فلا شيء عليه ، لأن الجنابة انما هي ذهاب
العين . فأما البياض والشخص فأنما هو شين ، والشين لا يوجب شينا ، كما لو
شجه موضحة فاقتص منه مثلها ثم برىء — أى المجنى عليه — وبقي عليه شين
وبرىء رأس الشاج ولا شين عليه ، فإنه لا يجب له شيء فكذلك هذا مثله .
وان قلع عينه بأصبعه — فإن قلع المجنى عليه عينه بحديدة جاز — لأنه أوحى
وان أراد أن يطلع عينه بأصبعه ففيه وجهان
(أحدهما) له ذلك لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ،

(والثاني) ليس له ذلك لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالوسى
ونحوه ، ولا يقتص منه بالسيف لأنه لا يؤمن أن يهشم العظم .

(فصل) وان جنى عليه جنابة ذهب منها ضوء عينيه نظرت — فإن كانت
جنابة لا يجب فيها القصاص كالهائمة — عولج بما يزيل ضوء العين من كافور
يطرح في العين أو حديدة حامية تقرب منها ، لأنه تعذر استئناء القصاص فيه
بالهائمة ولا يقطع الحديقة لأنه قصاص في غير محل الجنابة فدل الى أسهل ما يمكن
كما قلنا في القتل باللواط . وان كانت جنابة يمكن فيها القصاص كالوضحة اقتص منه

فإن ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وإن لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ما ذكرناه في الهاشمية ، وإن لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض أصحابنا انه يلطم كما لطم فإن ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وإن لم يذهب عولج على ما ذكرناه . وقال الشيخ الامام : ويحتمل عندي إنه لا يقتص منه باللطم بل يعالج بما يذهب الضوء على ما ذكرناه في الهاشمية . والدليل عليه ما روى يحيى بن جعدة أن أعرابياً قدم بجلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه ، فنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان هل لك أن أضد لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما إلى على ، فدعا على رضى الله عنه بمرأة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم أخذ المرأة بكلتيني فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه ، ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المائلة فيه ، ولهذا لو انقرد من إذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص ، فلا يستوفى به القصاص في الضوء كالهاشمية .

وإن قلع عين رجل بالأصبع فأراد المجنى عليه أن يقتص بالأصبع ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه يأتي على ما أتى عليه الحديدية مع المائلة (والثاني) لا يجوز لأن الحديد أرجح فلا يجوز بغيره

(الشرح) إذا وجب له القصاص بالسيف فإن الحاكم يمكن الولي من ضرب عتق الجاني ، فإن ضرب عتقه بالسيف فأبانه فقد استوفى حقه ، وإن ضربه في غير العتق ، فإن مات فقد استوفى حقه ، وإن لم يميت سئل عن ذلك ، فإن قال تعمد ضرب ذلك الموضع عزره الحاكم لقوله تعالى « فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً ، معناه لا يمثل به في القتل ، وقيل معناه لا يقتل غير قاتله ويؤمر أن يوكل من يقتص له ولا يلزمه ضمان ، لأن له إتلاف جملته .

وإن قال أخطأت — فإن ضرب موضعاً يجوز أن يخطيء في مثله ، مثل أن يصاب الكتف وما يلي الرأس من العنق فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه يمكن ولا تعزير عليه ، وإن أصاب موضعاً لا يجوز أن يخطيء في مثله ، مثل أن ضرب وسط رأسه وظهره أو رجله لم يقبل قوله ، لأنه خلاف الظاهر ويعزر

ولا يضمن أيضا . فان قال لا أحسن الاقتصاص أمرنا بالتوكيل . وان قال أنا أحسن وطلب أن يقتص بنفسه فقد قال الشافعي رضى الله عنه في موضع ليس له ذلك ويؤمر بالتوكيل . وقال في موضع يمكن نائبا من الاقتصاص ، فاختلاف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان : أحدهما لا يمكن لأنه لا يؤمن مثل ذلك منه ، والثاني يمكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ، ومنهم من قال ليست على قولين ، وانما هي على اختلاف حالين ، فحيث قال يؤمر بالتوكيل أراد إذا كان لا يحسن ولا يوجد منه قبل ذلك ، وحيث قال يمكن أراد به اذا علم منه أنه يحسن الاستيفاء .

(فرع) وان وجب له القصاص في أنملة فاقصص في أنملتين — فان كان عامداً — وجب عليه القصاص ، وان كان مخطئا وجب عليه الارش دون القود وان استوفى أكثر من حقه باعطراب الجاني لم يلزم المقتص شيء ، لأنه حصل بفعل الجاني فهدر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وجب له القصاص بالسيف فضربه فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ — فان كان يجوز في مثله الخطأ — فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه محتمل . وان كان لا يجوز في مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه ، لأنه لا يحتمل ما يدعيه ، وان أراد أن يعود ويقتص فقد قال في موضع لا يمكن ، وقال في موضع يمكن .

ومن أصحابنا من قال هما قولان (أحدهما) لا يمكن لأنه لا يؤمن مثله في الثاني (والثاني) أنه يمكن لأن الحق له ، والظاهر أنه لا يعود الى مثله . ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن 'مكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ، وان لم يحسن لم يمكن لأنه لا يؤمن أن يعود الى مثله . وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص في موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص في أنملة فهطع أنملتين — فان كان عامداً — وجب عليه القود في الزيادة ، وان كان خطأ وجب عليه الارش ، كما لو فعل ذلك في غير القصاص ، وان استوفى

أكثر من حقه بأعطراب الجاني لم يلزمه شيء ، لأنه حصل بفعله فهدر .
 (فصل) وإن اقتص من الطرف بمحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص
 لأنه تلاف من جائز وغير جائز ، ويجب نصف الدية لأنه هلك من مضمون وغير
 مضمون ، فسقط النصف ووجب النصف

(الشرح) إذا وجب له القصاص في اليمين فقال المقتص للجاني أخرج يمينك
 لا قطعها ، فأخرج الجاني يساره فقطعها المقتص ، نظرت في الجاني — فإن قال
 تعمدت إخراج اليسار وعلمت أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فلا قود على المقتص
 ولا دية ، سواء علم المقتص أنها اليسار أو لم يعلم ، لأنه قطعها ببذل صاحبها فهو
 كما لو قال أقطع يدي فقطعها ، غير أن المقتص إن كان عالماً بأنها اليسار عزز لأنه
 فعل فعلاً محرماً ، وإن لم يعلم لم يعزر ، وسواء أذن الجاني في قطعها بالقول أو
 قال له المقتص أخرج يمينك لا قطعها فأخرج يساره وهو ساكت ومدّها فقطعها
 المقتص لأنه بذلها له بإخراجها إليه لا على سبيل العوض ، والفعل في ذلك يقوم
 مقام النطق ، كما لو دفع إلى رجل صرة وقال أرمها في البحر فأخذها ورماها فلا
 ضمان عليه : وكذلك لو قال : ادفع إلى صرتك لا رميها في البحر فدفعها إليه وهو
 ساكت فرماها فلا ضمان عليه ، وكما لو قدم إليه طعاماً وقال كله ، هو كما لو
 استدعى منه الطعام فقدمه إليه فأكله ، فإن مات المقطوع يساره من قطعها ،
 فلا قود على المقتص

وقال ابن الصباغ : ولا يجب عليه دية النفس ، وهل يجب الكفارة على
 المقطوعة يساره ؟ قال المسمودي فيه وجهان ، بناء على الوجهين فيمن قتل نفسه
 وطريقة أصحابنا البغداديين أن من قتل نفسه يجب عليه الكفارة وجهاً واحداً
 فعلى هذا يجب عليه الكفارة هاهنا

وإن قال المقتص منه وقع في سمي أنه قال أخرج يسارك فأخرجتها ، أو
 سمعت أنه قال أخرج يمينك ، ولكن دهشت فأخرجت اليسار وظننتها اليمين ،
 وأخرجت اليسار عامداً ولكن ظننت أن قطعها يجزىء عن اليمين نظرت في
 المقتص فإن لم يعلم أنها اليسار فلا قود عليه للشبهة . وهل يجب عليه الدية ؟

فيه وجهان (أحدهما) لا تجب عليه الدية لأنه قطعها بيذل صاحبها ، فهو كالو
قال اقطع يدي فقطعها (والثاني) تجب عليه الدية ، وهو الاصح لأن الجاني
بذل لتكون يساره عوضاً عن اليمين ، فإذا لم يقع عنها وجب له قيمتها ، كما لو باع
سلعة يبعاً فاسداً وسلمها إلى المشتري وتلفت

وإن كان المقتص عالماً بأنها اليسار فهل يجب عليه القود في يساره؟ فيه وجهان
قال أبو حفص بن الوكيل يجب عليه القصاص لأنه قطع يداً غير مستحقة له مع
العلم بتحريمها .

وقال أكثر أصحابنا لا يجب عليه القصاص — وهو الاصح — لأنه قطعها
بيذل صاحبها ، ويجب عليه دية ، لأن صاحبها بذلها لتكون عوضاً عن اليمين
فإذا لم يقع وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة فاسدة وقبضها المشتري وتلفت منه .
إذا ثبت هذا فإن القصاص باق للمقتص في يمين الجاني لأنه لم يسقط حقه عنها .
قال الشافعي رحمه الله : لا يقتص منه في اليمين حتى يندمل يساره ؛ وقال فيمن
قطع يدي رجل أو رجله دفعة واحدة أنه تفتع يده به أو رجله في وقت
واحد ، فمن أصحابنا الخراسانيين من جهل المسألتين على قولين ، ومنهم من حملهما
على ظاهرهما ، ولم يذكر أصحابنا البغداديون غيره ، وفرق بينهما بأنه إذا قطع
يد رجل أو رجله فقد جمع عليه بين أيمين فجاز له أن يجمع عليه بينهما .
وها هنا الجاني لم يجمع عليه بين أيمين فلا يجوز له أن يجمع عليه بينهما .
فإن قيل : أليس لو قطع يمين ويسار آخر يؤخذ القصاص عليه في إحداهما
إلى انذمال الأخرى

قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلماذا جمعنا بينهما . وها هنا
أحدهما غير مستحق عليه فلم يجمع بينهما ، وإن سرى قطع اليسار إلى نفس الجاني
في الموضع الذي قال ظننتها اليمين وظننت أن قطعها يحزى عن اليمين .

قال ابن الصباغ فإنه يجب على المقتص دية كاملة ، وقد تعذر عليه القصاص
في اليمين فيجب دية يده فيقاص بها بما عليه

قال : وحكى عن الشيخ أبي حامد أنه قال : عندي أنه استوفى حقه من اليمين
بتلفه ، كما لو كان قصاص في اليد فقطعها ثم قتله

ووجه الأول أن حقه في قطع اليد ولم يحصل ، وإنما قتله فقد ضمنها مع النفس بالدية .

قال ابن الصباغ ويلزمه أن يقول فيه : إذا بذلها مع العلم بها وسرت أيضا ، أن يكون مستوفياً لليمين ، لأن البدل فيما استحق إتلافه لا يمنع استيفاء الحق ، وإنما تكون سرايتها هدرأ فيما لا يستحقه

(مسألة) إذا اختلفا فقال المقتص : بذلك اليسار وأنت عالم بأنها اليسار ، وأنه لا يجرى قطعها عن اليمين ، وقال الجاني بذلتها ولم أعلم أنها اليسار أو لم أعلم أن قطعها لا يجرى عن اليمين فالقول قول الجاني مع يمينه لأنه أعلم بنفسه ، وإن حلف كان الحكم فيه حكم ما لو صادقه المقتص على أنه بذلها ولم يعلم أنها اليمين ؛ وإن نكل الجاني حلف المقتص وكان الحكم فيه حكم ما لو أقر الجاني أنه بذلها مع علمه أنها اليسار وأنه لا يجرى قطعها عن اليمين ، فإذا وجب له القصاص في اليمين فانفقا على أن يقتص منه باليسار بدلا عنها لم يقع عن اليمين ، لأن ما لا يجوز قطعه بالشرع لا يجوز بالتراضي ، كما لو قتل غير القاتل برضاه ولا قصاص على المقتص لأنه قطعها ببذل صاحبها ويجب عليه دية اليسار ، فإن كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز أتما ، وإن كانا جاهلين لم يأتما ، وإن كان أحدهما عالما والآخر جاهلا أتم العالم منهما . وهل يسقط حق المقتص من القصاص في اليمين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه لما رضى بأخذ اليسار عن اليمين صار ذلك عفواً منه عن اليمين . فعلى هذا يجب عليه دية يد وله دية يد فيتقاصان إن استويا ، وإن تفاضلا بأن كان أحدهما رجلا والآخر امرأة ، أو كان المقتص مسلما والجاني كافرا أرجع من له الفضل بماله من الفضل

(والثاني) لا يسقط حقه من القصاص في اليمين ، لأنه إنما رضى بإسقاط حقه من القصاص بأن يكون اليسار بدل اليمين ، فإذا لم يصحح أن يكون بدلا عنها كان حقه باقياً في المبدل كما لو صالح على الإنكار ؛ فعلى هذا ليس له أن يقتص في اليمين إلا بعد اندمال اليسار ، قال ابن الصباغ : والإول أصح لأن غرضه قد حصل له وهو القطع .

(فرع) إذا كان المقتص منه مجنوناً والمقتص عاقلاً فالله : أخرج يمينك فأخرجها المجنون فقطعها فقد استوفى حقه ، لأن المقتص من أهل الاستيفاء ، وإن كان المقتص منه ليس من أهل البذل والاعتبار بالمقتص ، فإن قال المقتص أخرج يمينك فأخرج المجنون يساره فقطعها المقتص - فإن كان المقتص عالماً بأنها اليسار - وجب عليه القصاص في اليمين ، وإن كان المقتص غير عالم بأنها اليسار لم يجب عليه القصاص في اليسار للشبهة ولكن عليه دية اليسار ، لأن بذل المجنون لا يصح ، وله القصاص في اليمين فلا يقطعها حتى تندمل يساره ، وإن كان المقتص منه عاقلاً والمقتص مجنوناً ، فقال له المجنون أخرج يمينك لا قطعها فأخرجها العاقل باختياره فقطعها المجنون لم يصير مستوفياً ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ولا ضمان عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها ووجب للمجنون على العاقل دية يمينه لأن يمينه قد زالت .

وإن أخرج إليه العاقل يساره فقطعها المجنون هدرت اليسار وكان حق المجنون باقياً في القصاص في اليمين .

وأما إذا أكرهه المجنون فقطع يمينه فهل يصير مستوفياً لحقه ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في الصبي الصحيح ، لأنه لا يصير مستوفياً ، فإن قلنا أنه يصير مستوفياً فلا كلام . وإن قلنا لا يصير مستوفياً كان للمجنون دية يده على الجاني ووجب للجاني دية يده

فإن قلنا إن عمد المجنون عمد وجبت الدية في ماله ، وإن قلنا إن عمده خطأ وجبت على عاقلته . وإن كان المقتص والمقتص منه مجنونين وكان القصاص في اليمين فقطع المقتص يمين المقتص منه فهل يصير مستوفياً لحقه ؟ على الوجهين ، سواء قطعها ببذل المقتص منه أو أكرهه ، لأن بذله لا يصح ، فإن قلنا يصير مستوفياً فلا كلام . وإن قلنا لا يصير مستوفياً وجب للمقتص دية يده في مال الجاني ، ويجب للجاني دية يده

فإن قلنا إن عمد المجنون عمد وجبت في ماله ، وإن قلنا إن عمده خطأ وجبت على عاقلته . وإن قطع المقتص يسار الجاني وجب ضمانها بالدية ، سواء قطعها

بيئذ صاحبها أو بغير بذله لأنه لا يصح بذلك ؛ وفي محل وجوبها القولان في جنابته هل هي عمد أو خطأ ؛ ويبقى للمقتص القصاص في اليمين ولا يقتص من الجاني حتى تندمل يساره

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا وجب له القصاص في يمينه فقال . أخرج يمينك فأخرج اليسار من كم اليمين فقطعها ، فإن قال تعمدت لإخراج اليسار وعلمت أنه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القاطع ضمان ، لأنه قطعها ببذله ورضاه . وإن قال ظننتها اليمين أو ظننت أنه يجوز قطعها عن اليمين نظرت في المستوفى ، فإن جهل أنها اليسار لم يجب عليه القصاص لأنه موضع شبهة ، وهل يجب عليه الدية؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تجب عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها .

(والثاني) يجب وهو المذهب ، لأنه بذل على أن يكون عوضاً عن اليمين ، فإذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بداه ، كما لو اشترى سلعة بعوض فاسد وتلفت عنده ، فإن علم أنه اليسار وجب عليه ضمانه ، وفيما يضمن وجهان (أحدهما) وهو قول أبي حفص بن الوكيل أنه يضمن بالقود لأنه تعمد قطع يد محرمة .

(والثاني) وهو المذهب أنه لا يجب القود ، لأنه قطعها ببذل الجاني ورضاه وتلزمه الدية لأنه قطع يداً لا يستحقها مع العلم به ، فإن وجب له القود في اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح ، لأن الدماء لا تستباح بالعوض ، وهل يسقط القصاص في اليمين؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسقط لأن عدوله إلى اليسار رضا بترك القصاص في اليمين . (والثاني) أنه لا يسقط لأنه أخذ اليسار على أن يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقي حقه في المبدل . فإذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار ، وللمقتص عليه القصاص في اليمين . وإن قلنا انه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار

وإن كان القصاص على مجنون فقال له المجنى عليه أخرج يمينك فأخرج يساره

فقطعها وجب عليه القصاص ان كان عالماً أو الدية إن كان جاهلاً ، لأن بذل
المجنون لا يصح فصار كما لو بدأ بقطعه

(الشرح) إذا قطع رجل يد رجل فاقتص المجنى عليه من الجاني فاندملت يد
المجنى عليه ومات الجاني هدر دمه . وبه قال الحسن وابن سيرين ومالك وأحمد
وإسحاق وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد . وقال عطاء وطاوس والزهري وأبو حنيفة
يكون على المجنى عليه دية كاملة .

دليلنا ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما قالوا : من مات من حد
أو قصاص فلا دية له (١) ولا يخالف لهما في الصحابة رضي الله عنهم . ويثبت أنه
إجماع ، ولأنه جرح مباح غير مجتهد فيه فلم تكن سرايته مضمونة كالقطع في
السرقه ، فقوالا مباح احتراز من القطع^١ بنير حق

وقوالا غير مجتهد فيه ، احتراز من المولى عليه إذا كانت به أكلة أو سلعة
فاجتهد الامام في قطعها فقطعها فمات منه

وان قال يد رجل فقطع المجنى عليه يد الجاني ثم سرى القطع الى نفس المجنى
عليه كانت السراية الى نفس الجاني قصاصاً ، لأن السراية في النفس لما كانت
كالجناية في إيجاب القصاص كانت كالجناية في استيفاء القصاص ، فإن كان بجأها
إلا أن الجاني مات من القطع أو لا ثم مات المجنى عليه بعده من القطع ففيه وجهان
(أحدهما) أن السراية الى نفس الجاني تكون قصاصاً لأن نفسه خرجت مخرج
القصاص فكانت قصاصاً ، كما لو مات المجنى عليه ثم مات الجاني (والثاني) أن
السراية الى نفس الجاني لا تكون قصاصاً ، وهو الاصح لأن السراية بمقت وجوب
القصاص فلم يقع قصاصاً ، وإنما تكون السراية هدرًا ، نهى هذا بحج المجنى عليه
في مال الجاني نصف الدية ، لأنه قد أخذ ياباً بنصف الدية . وان كانت الدية
موضحة أخذ منه تسعة أعشار الدية ونصف عشرها لانه أخذ منه ما يساوي
نصف عشر الدية .

(مسألة) قوله من وجب عليه قتل بكفر أو ردة الخ ، لمجلة ذلك أنه إذا وجب عليه قتل بقصاص أو كفر أو زنا أو التجأ الى الحرم قتل ولم يمنع الحرم منه . وقال أبو حنيفة . لا يستوفى منه الفصاص ولا الرجم في الحرم ، ولا يباع ولا يشتري ولا يئلم حتى يخرج من الحرم ويستوفى منه القصاص والحد دليلنا قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » ولم يفرق ، وقوله تعالى « فاقتلوهم حيث تقفتموهم » وهذا عام لأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب فيه احتراز من قتل الصيد

(فرع) إذا قتل رجل رجلاً عمداً فقاتل القاتل قبل أن يقتص منه ولى المقتول أو قتله رجل غير ولى المقتول وجبت دية المقتول في مال القاتل ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة يسقط حقه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية »

وقوله « بين خيرتين » أى شيتين إذا تعذر أحدهما تدين له الآخر ، كما قلنا في كفارة اليمين . وإن وجب له القصاص في طرف فزال الطرف قبل استيفاء القصاص كان له أرش الطرف في مال الجاني لما ذكرناه في النفس والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب العفو عن القصاص)

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله أن يقتص وله أن يعفو على الممال ، لما روى أبو شريح السكعي « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثم أتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، فإن عفا مطلقاً بنينا على ما يجب بقتل العمد . وفيه قولان

(أحدهما) أن موجب قتل العمد القصاص وحده ، ولا تجب الدية الا بالاختيار . والدليل عليه قوله عز وجل « كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد ، ولأن ما ضمن بالبدل في حق الأدمى ضمن يبدل معين كالمال

والقول الثاني أن موجه أحد الأمرين من القصاص أو الدية . والدليل عليه أن له أن يختار ما شاء منهما ، فكان الواجب أحدهما كالهدي والطعام في جزاء الصيد ، فإذا قلنا إن الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية ، لأنه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو ، وإن قلنا إنه يجب أحد الأمرين فعفا عن القصاص وجبت الدية ، لأن الواجب أحدهما ، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وإن اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع إلى القصاص وإن قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع إلى الدية ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له يرجع لأن القصاص أعلى ، فجاز أن ينتقل عنه إلى الأدنى .
(والثاني) ليس له أن يرجع إلى الدية لأنه تركها فلم يرجع إليها كالقصاص ، فإن جنى عبد على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بأرش الجناية سقط القصاص لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال . وهل يصح الشراء ؟ ينظر فيه ، فإن كانا لا يعرفان عدد الإبل وأسنانها لم يصح الشراء لأنه يبيع مجهول ، فإن كانا يعرفان العدد والأسنان ففيه قولان

(أحدهما) لا يصح الشراء ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن ، كما قلنا في السلم .

(والثاني) أنه يصح لأنه مال مستقر في الذمة تصح المطالبة به ، فجاز البيع به كالعوض في القرض

(فصل) فإن كان القصاص لصغير لم يجوز للولي أن يعفو عنه على غير مال . لأنه تصرف لا حظ للصغير فيه ، فلا يملكه الولي كهبه ماله ، وإن أراد أن يعفو على مال — فإن كان له مال أو له من ينفق عليه — لم يجوز العفو لأنه يفوت عليه القصاص من غير حاجة ، وإن لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيه وجهان .
(أحدهما) يجوز العفو على مال لحاجته إلى المال ليحفظ به حياته (والثاني) لا يجوز وهو المنصوص لأنه يستحق النفقة في بيت المال ، ولا حاجة به إلى العفو عن القصاص ، وإن كان المقتول لا وارث له غير المسلمين كان الأمر إلى السلطان ،

فإن رأى القه اصر اقتص ، وإن رأى العفو على مال عفا ، لأن الحق للمسلمين فوجب على الإمام أن يفعل ما يراه من المصلحة ، فإن أراد أن يعفو على غير مال لم يجز لأنه تصرف لا حظ فيه للمسلمين فلم يملكه

(الشرح) حديث أبي شرح السكبي مضى تخريجهم مع ترجمة راويه آنفاً .
أما الأحكام فإنه إذا قتل غيره عمداً وهما متكافئان فما الذي يجب على القاتل ؟ فيه قولان (أحدهما) أن الواجب عليه هو القود وحده ، وإنما الدية تجب بالعفو بدلا عنه ، وهو قول أبي حنيفة ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب لقوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتلى » إلى قوله « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » فوضع الدليل أنه قال « كتب عليكم القصاص » ولم يذكر الدية فعلم أنها لم تجب بالقتل ، وأيضاً فإنه قال « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف » فأمره باتباع الدية إذا عفا عن القود فعلم أن الدية تجب بالعفو لا بالقتل ، ولأن ما ضمن بالبدل في حق الآدمي ضمن يبدل معين كالمال وقولنا ضمن يبدل احتراز من العين المغصوبة إذا كانت باقية ، وقولنا في حق الآدمي احتراز من جزاء الصيد

والقول الثاني : أن الواجب عليه أحد شيئين : القود أو الدية ، فإن استقاد الولي علمنا أن الواجب كان هو القود ، وإن عفا عن القود على الدية علمنا أن الواجب كان هو الدية ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين ، أن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » فخيرهم بين القود والدية ، فعلم أنهما سواء في الوجوب .

إذا تقرر هذا فقال الولي عفوت عن القود على الدية سقط القود ووجب الدية على القواين .

وإن قال عفوت عن القود والدية سقطاً جميعاً على القولين ، وإن قال عفوت عن القود وأطلق ، فإن قلنا إن الواجب بقتل العمدة أحد شيئين وجبت الدية لأنها واجبة لم يعف عنها . وإن قلنا الواجب القود وحده ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، فمنهم من يحكم بهما وجهين (أحدهما) لا تجب الدية

لأنها لا تجب على هذا إلا باختياره لها ولم يختارها فلم تجب (والثاني) تجب الدية
لئلا تهدر الدماء ، والأول أصح ، ومنهم من قال لا تجب الدية قولاً واحداً ،
وهو قول أبي إسحاق المروزي والمصنف لما ذكرناه للأول ، فإن قال عفوت
عن القود إلى الدية ، أو قال عفوت عن القود ولم يقل إلى الدية . وقلنا تجب الدية
ثم أراد أن يطالبه بالقود لم يكن له ، لأنه قد سقط ، وإن قال عفوت عن الدية .
فإن قلنا إن الواجب هو القصاص وحده لم يصح عفوه ، وكان له أن يقتص ،
فإن عفى عن القود بعد ذلك أو على الدية أو عفا مطلقاً وقلنا تجب الدية بالإطلاق
استحق الدية ، لأن عفوه الأول عنها كان قبل وجوبها .

فإن قلنا إن الواجب أحد الشيتين - سقطت الدية وتعين حقه في القصاص -
فإن اقتص منه فلا كلام ، وإن مات القاتل قبل أن يقتص منه ، قال الشافعي
رضي الله عنه له أن يأخذ الدية لأنه لما سقط القود بغير اختياره كان له الرجوع
إلى بدله ، وإن كان القاتل حياً وأراد الولي أن يعفو عن القود إلى الدية . قال
الشافعي : ليس له ذلك ، لأنه كان له أن يختار الدية فلما لم يختارها وتركها لم يكن
له العود إليها .

وقال أبو إسحاق : له أن يعفو عن القود ويختار الدية لأنه انتقال من البدل
الأغلظ إلى الأخف . وإن قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع ويعفو عنه
إلى الدية ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يرجع إلى الدية لأنه تركها فلم يرجع
إليها كالقصاص .

إذا ثبت هذا فللولي أن يعفو عن القود إلى الدية ، سواء رضي القاتل به أو
لم يرض ، وبه قال ابن المسيب وعطاء والحسن وأحمد وإسحاق . وقال مالك
وأبو حنيفة : لا يستحق الولي الدية إلا برضا القاتل . دليلنا قوله تعالى « كتب
عليكم القصاص في القتلى ، إلى قوله « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف
وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ،

قيل في التفسير : معناه فمن عفى له ، يريد به القاتل من أخيه المقتول شيء ،
أي على شيء فاتباع بالمعروف ، يريد به على مال فاتباع ، لأنه كان في شريعة موسى
الذي يجب بالقتل هو القصاص فقط ، وفي شريعة عيسى الدية فقط ، فجعل الله

تعالى لهذه الأمة القود في القتل ، وجعل لهم العفو عنه على مال تخفيفاً منه ورحمة
ومن الدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : فمن قتل بعد قتيلاً فأهله بين خيرتين
ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ، ولم يعتبر رضى القاتل . وروى عن
ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : اربى مخير في ذلك بين القتل والدية ، ولا
مخالف له في الصحابة فدل على أنه اجماع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان القصاص لجماة فعفا بعضهم سقط حق الباقيين من القصاص
لما روى زيد بن وهب أن عمر رضى الله عنه أتى برجل قتل رجلاً ، فجاء ورثة
المقتول ليفتلوه ، فقالت أخت المقتول وهى امرأة القاتل قد عفوت عن حقى ،
فقال عمر رضى الله عنه عتق من القتل ،

وروى قتادة رضى الله عنه : أن عمر رضى الله عنه رفع اليه رجل قتل رجلاً
فجاء أولاد المقتول وقد عفا أحدهم ، فقال عمر لابن مسعود رضى الله عنهما وهو
الى جنبه ماتقول ؟ فقال انه قد أحرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كُشَيْفٌ
ملىء علماء ، ولأن القصاص مشترك بينهم وهو بما لا يتبعض ، ومبناه على الاسقاط
فاذا أسقط بعضهم حقه سرى الى الباقي كالعق في نصيب أحد الشريكين وينتقل
حق الباقيين الى الدية لما روى زيد بن وهب قال دخل رجل على امرأته فوجد
عندها رجلاً فقتلها ، فاستعدى اخوتها عمر ، فقال بعض اخوتها قد صدقت بحقى
فقضى لسائرهم بالدية ، ولأنه سقط حق من لم يعف عن القصاص بنير رضاه
فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين الى القيمة
(فصل) وان وكل من له القصاص من يستوفى له ثم عفا وقتل الوكيل
ولم يعلم بالعفو ، ففيه قولان

(أحدهما) لا يصح العفو ، لأنه عفا في حال لا يقدر الوكيل على تلافى
ما وكل فيه ، فلم يصح العفو ، كما لو عفا بعد ما رمى الحربة الى الجاني
(والثاني) يصح لأنه حق له فلا يفتقر عفو عنه الى علم غيره كالإبراء من
الدين ، ولا يجب القصاص على الوكيل ، لأنه قتله وهو جاهل بتحريم القتل .

وأما الدية فعلى القولين ، إن قلنا إن العفو لا يصح لم تجب الدية ، كما لا تجب إذا عفا عنه بعد القتل ، وإن قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل ، لأنه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل . وخرج أبو العباس قولاً آخر أنه يرجع عليه لأنه غره حين لم يعمله بالعفو ، كما قلنا فيمن وطئ أمة غر بمربتها في النكاح ، وقلنا إن النكاح باطل أنه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره في أحد القولين ، وهذا خطأ لأن الذي غره في النكاح مسمى مفرط فرجع عليه والموكل همنا محسن في العفو غير مفرط

(فصل) فإن جنى على رجل جنابة فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجنابة الى النفس ، فإن كانت الجنابة مما يجب فيها القصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص في النفس ، لأن القصاص لا يتبعض ، فإذا سقط في البعض سقط في الجميع ، وإن كانت الجنابة مما لا قصاص فيها كالجنابة ونحوها وجب القصاص في النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو

(الشرح) خبر زيد بن وهب أخرجه أبو داود في سننه ، وخبر عبد الله بن مسعود وقول عمر له د كنيف مليء علمياً . ساقه الذهبي في سير أعلام النبلاء عن الاعمش عن زيد بن وهب وساق له شاهداً آخر عن معن بن عيسى ، حدثنا معاوية ابن صالح عن أسد بن وداعة أن عمر ذكر ابن مسعود فقال : كنيف مليء علمياً آثرت به أهل القادسية .

وقوله د كنيف ، تصغير كنف ، والكنف وعاء من آدم يكون فيه أداة الراعى وتصغيره للتعظيم كما قالوا ذؤيبية ، والاحسن في هذا أنه يعنى الصغر والحقارة لأن ابن مسعود رضى الله عنه كان دميم الحلقة قميماً . قيل يكاد الجلوس يوارونه من قصره . هكذا أفاده ابن بطال

أما الأحكام فإذا كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم عن القود سقط القود عن القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم د فأهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ، وهؤلاء لم يحبوا لأن فيهم من لم يحب . وروى أن رجلاً قتل رجلاً وأراد ورثة المقتول أن يقتصوا فقاتل زوجة القاتل وكانت أخت المتولى

قد عفوت عن نصيبي من القود ، فقال عمر رضى الله عنه : نجا من القتل ، وكذلك روى عن ابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة فدل على أنه اجماع ، ولأن القصاص يقع مشتركا لا يتبعض ، فإذا سقط بعضه سقط الجميع ، وينقل حق الباقي الى الدية ، لما أن رجلا دخل على امرأته فوجد معها رجلا فقتلها ، فقال بعض اخوتها قد تصدقت ، فقضى عمر لسائرهم بالدية ، ولأن حقم سقط من القصاص بغير اختيارهم فانتقل حقمهم الى البدل مع وجوده كما ينقل حق الشريك في العبد اذا أعتقه شريكه الى القيمة .

(فرع) اذا وجب له القصاص على رجل فرمى اليه بسهم أو بحربة ثم عفا عنه بعد الرمي وقبل الاصابة لم يصح العفو لأنه لا معنى لهذا العفو كما لو جرحه ثم عفا عنه ، وان وجب له القصاص فقد ذكرنا أنه يجوز له أن يوكل من يستوفى له القصاص بحضرة الموكل . وهل يصح أن يوكل من يستوفى له القصاص ، فيه ثلاث طرق سبق لنا بيانها في الوكالة ، وقلنا الصحيح أنه يصح

قال ابن الصباغ : الا أنا اذا قلنا لا تضح الوكالة فاستوفى الوكيل القصاص فتمد حصل به الاستيفاء ، لأنه استوفاه بإذنه كما تقول فيه اذا باع الوكيل في الوكالة الفاسدة ، وانما يقيد فسادها هاهنا أن الحاكم لا يمكن اوكيل من الاستيفاء فلو وكل في الاستيفاء ثم عفا الموكل عن القصاص ، فإن عفا بعد أن قتله الوكيل لم يصح عفوه ، فإن عفا قبل أن يقتله الوكيل ثم قتله الوكيل بعد علمه بالعفو فعلى الوكيل القود ، وان لم يعلم هل كان العفو قبل القتل أو بعده ؟ فلا شيء على الوكيل ، لأن الاصل أن لا عفو ، وان عفا الموكل عن القصاص ثم قتله الوكيل ولم يعلم بالعفو فهل يصح العفو ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يصح العفو لأنه عفا في وقت لا يمكن تلافيه فلم يصح ، كما لو عفا بعد رمى الحربة الى الجاني

(والثاني) يصح لأنه عفا عن قود غير متحتم قبل أن يشرع فيه الوكيل .

فصح كما لو علم الوكيل بالعفو قبل القتل

واختلف أصحابنا في مأخذ القولين ، فمنهم من قال أصلهما القولان في الوكيل هل ينزل قبل أن يعلم بالعزل ، ولم يذ ~~سكّر~~ ابن الصباغ غيره ، ومن أصحابنا

الخراسانيين من قال أصلهما إذا رأى رجلا في دار الحرب فظنه حرياً فرماه بسهم ثم بان أنه كان مسلماً ومات هل تجب الدية؟ فيه قولان

وقال الشيخ أبو حامد: القولان ها هنا أصل بأنفسهما ومنهما أخذ الوجان في أوكيل، هل ينزل قبل أن يعلم بالعزل، فإذا قلنا إن عفوه لا يصح فلا شيء. على الموكل والوكيل، فإذا قلنا إن عفوه يصح فلا شيء. على الموكل وأما الوكيل فلا قصاص عليه لأن له شبهة في قتله ويجب عليه الدية. وإن قلنا لا تجب عليه الدية فهل تجب عليه الكفارة؟ فيه وجهان حكاهما الطبري في العدة - إن قلنا إن مأخوذ القولين في الدية من الرمي إلى من ظنه حرياً - فتجب الكفارة، لأن الدية ها هنا لم تجب

فإن قلنا مأخوذها من عزل أوكيل فلا تجب عليه الكفارة وتكون الدية مغلظة لأنها إما دية عمد محض أو دية عمد خطأ، وهل تجب في مال أوكيل أو على عاقلته؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي واختيار الشيخ أبي حامد أنها تجب في ماله لأنه قصد قتله، وإنما سقط القصاص لمعنى آخر، وقال أبو علي بن أبي هريرة هو دية عمد خطأ فتجب دية مؤجلة على العاقلة، لأنه قتله وهو معذور، فإن قلنا إنها على العاقلة لم يرجع بها الوكيل على الموكل لذلك.

وقال أبو العباس بن سريج: فيه قول آخر: أنه يرجع عليه كما قلنا فيمن قدم طعماً مغضوباً إلى رجل فأكله ولم يعلم أنه مغضوب فإنه يرجع على المقدم إليه في أحد القولين، وكما قلنا فيمن غر بحرية امرأة، والمذهب الأول، لأن العفو مندوب إليه والغرور محرم.

إذا تقرر هذا فإن كان الموكل قد عفا عن القود والدية أو عفا مطلقاً وقلنا لا تجب له الدية فلا كلام، وإن عفا عن القود إلى الدية أو عفا مطلقاً - وقلنا يجب له الدية وجبت له الدية في مال الجاني، وتكون أمانة الجاني مطالبة الوكيل بدية الجاني، وليس كالآخرين إذا قتل أحدهما قاتل أبيه بغير إذن أخيه حيث قلنا في محل نصيب الأخ الذي لم يقتل من الدية قولان (أحدهما) في تركة قاتل أبيه (والثاني) في ذمة أخيه، والفرق بينهما أن الأخ أتلف حق أخيه فوجبت عليه

بدله . وها هنا أتلفه التوكيل بعد سقوط حق الموكل عليه بالعفو ، هذا ترتيب
 البتدادين . وقال الخراسانيون : إن قلنا لا دية على اركيل فلا دية الموكل على
 الجاني ، وكان اركيل استوفى القصاص ، فإن قلنا عليه الدية فله الدية في
 مال المجنى عليه .

(مسألة) إذا جنا عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قلع عينه أو قطع يده
 أو رجليه فعفا المجنى عليه عن القصاص ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه لم
 يجب القصاص . وحكى عن مالك أنه قال : يجب القصاص ، لأن الجناية صارت
 نفساً . ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط
 القصاص في النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يجب فيها
 القصاص لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم مات

إذا ثبت هذا فإن كان المجنى عليه قد عفا على مال وجبت فيه دية كاملة ، فإن
 كان قد أخذ دية العضو المقلوع استوفى أولى باقي دية النفس . وإن لم يأخذ شيئاً
 من الدية أخذ الولي بجميع الدية ، وإن كان المجنى عليه عفا عن العين واليد والرجل
 على غير مال وجب لوليه نصف الدية . وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة . وقال
 أبو يوسف ومحمد لا شيء على الجاني . دليلنا أنه بالجناية وجب عليه نصف الدية
 فإذا عفا عن الدية سقط ما وجب دون ما لم يجب ، فإذا صارت نفساً وجب
 بالسراية نصف الدية فلم يسقط أرشها بسرايتها ، وإنما دخل في أرش النفس ،
 وإن كان قد جنا عليه جناية لا قصاص فيها كالجائفة وكسر الظهر فعفا المجنى
 عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه فمات كان لوليه أن
 يقتص في النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه ، فلم يؤثر العفو فيه .
 (فرع) وإن قلع يد رجل فعفا المجنى عليه عن القصاص على مال أو على
 غير مال ثم عاد الجاني فقتله قبل الاندمال ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها وهو قول
 أبي سعيد الاصطخري أن للولي القصاص في النفس ، لأن الجناية الثانية متفردة
 عن الأولى فلم يدخل حكمها في حكمها ، كما لو قتله آخر ، فإن عفا عنه على مال كان
 له كمال الدية ، لأن الجناية على الطرف إذا وردت عليها الجناية على النفس صارت

في حكم المندممة فلم يدخل أرش أحدهما في أرش الآخر . وأرجحه الثاني أنه لا يجب القصاص لأن الجناية والقتل كالجناية أو احدهما ، فإذا سقط القصاص في بعضها سقط في جميعها ؛ كما وسرى قطع اليد إلى النفس ، فإن عفا عنه على مال كان له نصيب الدية ، لأنه قد وجب له جميع الدية وقد أخذ نصفها أو سقط حقه عنه فبقى حقه في نصف الدية . والثالث هو المنصوص أن للولي أن يقتص في النفس لأنهما جنايتان عفا عن إحدهما ولم يعف عن الأخرى فصار كما لو قتله الآخر ، وإن عفا عنه الولي كان له نصف الدية ، لأن أرش الطرف يدخل في أرش النفس فإذا أخذه أو سقط حقه عنه بالعفو بقي الباقي له من الدية

قال المصنف رحمه الله تعالى ::

(فصل) وإن قطع أصبع رجل عمداً فعفا المجنى عليه عن القصاص والدية ثم اندممت سقط القصاص والدية

وقال المزني رحمه الله : يسقط القصاص ولا تسقط الدية ، لأنه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط ، وعفا عن الدية قبل وجوبها ، لأن الدية لا تجب إلا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط ، وهذا خطأ لأن الدية تجب بالجناية والدليل عليه أنه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندملم كان أرش الطرف له دون المشتري ، فدل على أن وجب بالجناية ، وإنما تأخرت المطالبة إلى ما بعد الإدمان فصار كما لو عفا عن دين مؤجل

فإن سرت الجناية إلى الكف واندملت سقط القصاص في الأصبع بالعفو ، ولم يجب في الكف ، لأنه تلت بالسراية ، والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الأصبع لأنه عفا عنها بعد وجوب ، ولا يسقط أرش ما تسرى إليه لأنه عفا عنه قبل وجوب

وإن سرت الجناية إلى النفس نظرت فإن قال عفوت عن هذه الجناية فودها وديتها وما يحث منها ، سقط القود في الأصبع والنفس لأنه سقط في الأصبع بالعفو بعد وجوب ، وسقط في النفس لأنها لا تنبعض .

وأما إليه فإنه إن كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل ، وفيها قولان

فإن قلنا لا تصح وجبت دية النفس ، وإن قلنا تصح وخرجت من الثلث سقطت
وإن خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقي . وإن كان ينير
لنظ الوصية فهل هو وصية في الحكم أم لا ؟ فيه قولان
(أحدهما) أنه وصية لأنه يعتبر من الثلث

(والثاني) أنه ليس بوصية لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا إسقاط
في حال الحياة ، فإذا قلنا أنه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين في الوصية للقائل
وإن قلنا أنه ليس بوصية صح العفو عن ية الاصبغ لأنه عفا عنها بعد الوجوب
ولا يصح عما زاد لأنه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصح
وأما اذا قال عفوت عن هذه الجنايا قودها وعقلها ولم يقل وما يحدث منها ،
سقط القود في الجميع لما ذكرناه ولا تستط دية النفس لأنه أبرأ منها قبل الوجوب
وأما دية الاصبغ فإنه إن كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا أنه
وصية فهو وصية للقائل — وفيها قولان — وإن كان بلفظ العفو وقلنا أنه ليس
بوصية فن خرج من الثلث سقط ، وإن خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب
الباقي لأنه أبرأ عما وجب

(فصل) فإن جنى جنائية يجب فيها القصاص كقطع اليد فدفنا عن القصاص
وأخذ نصف الدية ثم عاد فقتله ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فذهب أبو سعيد
الاعطخري رحمة الله عليه الى أنه يلزمه القصاص في النفس أو الدية الكاملة إن
عفى عن القصاص ، لأن القتل منفرده عن الجنائية ، فلم يدخل حكمه في حكمها
فوجب لأجله القصاص أو الية

ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لأن الجنائية والقتل
كالجنائية الواحدة ، فإذا سقط القصاص في بعضها سقط في جميعها ويجب نصف الدية
لأنه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف
ومنهم من قال يجب له العاص في الذم وهو الصحيح ، لأن القتل انفراد
عن الجنائية ، نعوذ عن الجنائية لا يوجب سقوط ما يلزمه بالقتل ويجب له نصف
الدية لأن القتل اذا تعقب الجنائية قبل الادمال صار بمنزلة ما لو سرت الى النفس
وأوسرت ووجب فيها الدية ، وقد أخذ النصف وبقى النصف

(الشرح) إذا قطع رجل أصبع رجل ، فقال المجنى عليه عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها نظرت - فإن اندمل الجرح ولم يسر إلى عضو ولا نفس - سقط القود والدية ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال أبو يوسف ومحمد : إن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . ومن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وظاوس والحسن وقتادة والأوزاعي .

وقال المزني لا يصح العفو عن الارش لأنه أسقطه قبل وجوبه ، بدليل أنه لا يملك المطالبة به قبل الاندمال . وهذا خطأ لأنه وجب بالجراحة فصح إسقاطه وأما المطالبة به فإنه يملك المطالبة به في أحد القولين ، ولا يملك في الآخر فيكون كالدين المؤجل يصح إسقاطه قبل محل دفعه . وإن سرت الجناية إلى كفه واندمل سقط القود والدية في الاصبع لما ذكرناه . وأما الكف فلا قود فيه ، لأن القود في العضو لا يجب بالسراية ، ولا تصح البراءة من دية ما زاد على الاصبع . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يصح لأنه سراية جرح غير مضمون ، والأول أصح لأنه إبراء عما لم يجب .

وإن سرت الجناية إلى النفس نظرت - فإن قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها ولم يقل وما يحدث منها - فإن القصاص لا يجب في الاصبع لأنه عفا عنه بعد الوجوب ، ولا يجب التصاص في النفس لأن القصاص إذا سقط في الاصبع سقط في النفس لأنه يتبعض .

وحكى الخراسانيون عن ابن سريج قولاً آخر مخرجا أنه يجب لأنه عفا عن القود في الطرف لا في النفس . وهذا ليس بمشهور . وأما الأرش فقد عفا عن أرش الاصبع بعد وجوبه ، فينظر فيه - فإن كان ذلك بلفظ الوصية بأن قال عفوت عن الجاني عن قود هذه الجناية وأوصيت له بأرشها فقد وجد منه ذلك في مرض موته .

فإن قلنا لا تصح الوصية للقاتل لم تصح هذه الوصية ، وإن قلنا تصح الوصية للقاتل اعتبر أرش الاصبع من ثلث نركته . فإن خرج من الثلث صححت الوصية فيه للقاتل ، وإن لم يخرج من الثلث لم تصح ، وإن كان بلفظ العفو والإبراء بأن قال عفوت عن قود هذه الجناية وديتها ، أو قال أبرأتها من أرشها ، ففيه قولان

(أحدهما) حكمه حكم الوصية لأنه يعتبر من الثلث ، فعلى هذا يكون على قولين كالوصية للقاتل بلفظ الوصية (والثاني) ليس بوصية ، لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا إسقاط في حال الحياة . فعلى هذا يصح الإبراء عن أرش الاصبع ، ويجب عليه تسعة أعشار دية النفس لأنه لم يبرأ منها .

وأما إذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها ، فإن القود سقط في الاصبع والنفس ، لأن العفو يصح عن القصاص الذي لم يجب بدليل أنه لو قال لرجل اقتلني ولا شيء عليك فقتله لم يجب عليه قصاص لما تقدم ذكره . وأما الأرش — فإن كان ذلك بلفظ الوصية بأن قال أوصيت له بأرش الجناية وأرش ما يحدث منها — فإن قلنا تصح الوصية للقاتل وخرج جميع الدية من الثلث — صححت الوصية ، وإن خرج بعضها من الثلث صح ما خرج من الثلث ووجب الباقي . وإن قلنا لا تصح الوصية للقاتل وجبت جميع الدية . وإن قال أبرأته عن أرش هذه الجناية وأرش ما يحدث منها — فإن قلنا إن حكم الإبراء حكم الوصية — كان على قولين كما لو كان بلفظ الوصية . وإن قلنا إن حكم الإبراء ليس كالوصية صححت البراءة في دية الاصبع لأنها إبراء عنها بعد الوجوب ، ولم تصح البراءة فيما زاد على دية الاصبع ، لأنه إبراء عنها قبل الوجوب . هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق

وقال ابن الصباغ : في صحة براءته من أرش ما زاد على دية الاصبع قولان من غير بناء على حكم الوصية (أحدهما) لا تصح البراءة لأنه إبراء عما لم يجب ، فأشبهه إذا عفى عما يتولد من الجناية فسرت إلى الكف

(والثاني) تصح لأن الجناية على الطرف جناية على النفس ، لأن النفس لا تباشر بالجناية ، وإنما يجنى على أطرافها ، فإذا عفى بعد الجناية عليها صح ، ويفارق الكف لأن الجناية على الاصبع ليس بجناية على النفس ، لأنه يباشر بالجناية ، فإذا قلنا يصح بنى على القولين في الوصية للقاتل على ما مضى (فرع) لو قطع يدي رجل عمداً فبرئت اليدين فقطع المجنى عليه إحدى يدي الجاني وعفا عن الأخرى على الدية وقبضها ثم انتقضت يد المجنى عليه ومات

لم يكن لورثته القصاص ، لأنه مات من جراحتين إحداهما لا قصاص فيها وهي المعفو عنها ، ولا يستحق شدياً من الدية ، لأنه قد استوفى نصف الدية وما قيمته نصف الدية ، فإن لم يموت المجنى عليه ولكن الجاني انتقضت عليه يده ومات لم يرجع ورثته على المجنى عليه بشيء ، لأن القصاص لا يضم سرايته ، وإن قطع إحدى يدي الجاني فمات من قطعها ، ولم يأخذ بدل اليد الأخرى كان له أن يأخذه لأنه وجب له القصاص في اليدين ، وقد فاتته القصاص في أحدهما بما لا ضمان عليه فيه ، فهو كما لو سقطت بأكلة ومات - تنف أنفه

وإن مات المجنى عليه من قطع اليدين ولم تبرأ فقطع الوارث إحدى يدي الجاني فمات من قطع يده قبل أن تقطع الأخرى لم يرجع بدية اليد الأخرى ، لأن الجناية إذا صارت نفساً سقط حكم الأطراف ، وقد سرى قطع يد الجاني إلى النفس فاستوفى النفس بالنفس ، وليس كذلك إذا برى اليدان ولم يموت ، فإن الاعتبار بالطرفين ولا يسقط بدل أحدهما باستيناء بدل الأخرى ، وهذا حكم كل طرفين متميزين مثل الرجلين والعينين

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قطع يد رجل فسرى القسطع إلى النفس فاقصص في اليد ثم عني عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لأنه قطعها في حال لا يضمنها ، فأشبهه إذا قطع يد مرتد فأسلم ، ولأن العفو رجع إلى ما بقي دون ما استوفى ، كما قبض من دينه بعضه ثم أبرأه . وإن عني على مال وجب له نصف الدية لأنه بالعفو صار حقه في الدية ، وقد أخذ ما يساوي نصف الدية فوجب له النصف ، فإن قطع يدي رجل فسرى إلى نفسه فقطع الولي يدي الجاني ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لأنه لم يجب له أكثر من دية ، وقد أخذ ما يساوي دية فلم يجب له شيء . وإن قطع نصراني يد مسلم فاقصص منه في الطرف ثم سرى القسطع إلى نفس المسلم فلولي أن يقتله ، لأنه صارت الجناية نفساً وإن اختار أن يعفو على الدية فقيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجب عشرة آلاف درهم ، لأن دية المسلم اثنا عشر ألفاً

وقد أخذ ما يساوي ألفي درهم فوجب الباقى (والثانى) أنه يجب له نصف دينه وهو ستة آلاف درهم ، لأنه رضى أن يأخذ يداً ناقصةً بيداً كاملةً ديته ستة آلاف درهم فوجب الباقي ، وإن قطع يديه فاقتص منه ، ثم سرى القاطع إلى نفس المسلم فللولى أن يقتله لأنه ضاربت الجناية نفسها ، فإن عفى على الدية أخذ على الوجه الاول ثمانية آلاف درهم لأنه أخذ ما يساوى أربعة آلاف درهم وبقي له ثمانية آلاف درهم ، وعلى الوجه الثانى لا شيء له لأنه رضى أن يأخذ نفسه بنفسه ، فيصير كما لو استوفى دينه .

وإن قلع امرأة يد رجل فاقتص منها ، ثم سرى القاطع إلى نفس الرجل ، فلولى أن يقتلها لما ذكرناه ، فإن عفا على مال وجب على الوجه الاول تسعة آلاف درهم ، لأن الذى أخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقي تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثانى يجب ستة آلاف لأنه رضى أن يأخذ يدها بيده ، وذلك بقدر نصف دينه وبقي النصف

(الشرح) إذا قطع يد رجل فسرى القاطع إلى نفسه فقطع الولى يده ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد ، وكذلك لو قتل رجل رجلاً فبادر الولى فقطع يد الجاني ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد . وكذلك لو قتل رجل رجلاً فبادر الولى فقطع يد الجاني ثم عفا عنه فلا ضمان عليه . وقال أبو حنيفة يلزمه دية اليد .

ولنا أنه قطع يده فى حال أبيع له قطعها فلم يلزمه ضمانه كما لو قطع يد مرتد فأسلم . وأما العفو فإما ينصرف إلى ما بقى دون ما استوفى ، وإن قطع يهودى يد مسلم فاقتص المسلم من اليهودى ثم مات المسلم فلولىه أن يقتل اليهودى ، فإن عفا عنه على مال ففيه وجهان .

(أحدهما) يجب له نصف الدية ، لأن المجنى عليه قد أخذ اليهودى بيده واليد تقوم بنصف الدية فكأنه رضى أن يأخذ يداً ناقصةً بيداً كاملةً

(والثانى) يستحق خمسة أسداس دية المسلم ، لأن دية يد اليهودى سدس يد المسلم . وإن قطع اليهودى يدى المسلم فاقتص المسلم وقطع يدى اليهودى ثم مات المسلم واختار وليه العفو على مال لم يستحق شيئاً على الوجه الاول ويستحق

على الثاني ثلثي دية المسلم . وإن قطعت امرأة يد رجل فاقنص منها ثم مات المحنى عليه فوليه أن يقتلها ، فإن عني عنها على مال استحق على وجه الأول نصف الدية وعلى الثاني ثلاثة أرباع الدية ، فإن قطعت يديه فاقنص منها ثم مات من الجناية ولم يقتلها ولية لكن عفا عنها على مال لم يستحق شيئاً على وجه الأول ، وعلى الثاني يستحق نصف الدية .

وإن قطع رجل يد رجل وهما متساويان في الدية منه في اليدين ثم مات المحنى عليه ولم يخبر وليه قتله ، لكن عفا عنه على مال لم يستحق شيئاً وجهاً واحداً لأنه يستحق الدية وقد أخذ ما يساوي الدية .

(فرع) إذا جرح رجل رجلاً مرتداً جراحة ، فأسلم المرتد ثم جاء الجراح ومعه ثلاثة رجال وحرقه كل واحد منهم جراحة يموت من مثلها ومات من الجراحات الخمس لم يجب القصاص في النفس لأنه مات من جراحة مضمونة وغير مضمونة فيجب فيها سبعة أثمان الدية وعلى الذي جرحه في الردة ثمن الدية ، وعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ، لأنه مات من خمس جراحات إلا أن الذي جرحه في حال الردة يسقط عنه ما خص الجراحة في حال الردة ، لأن الدية تقسم على عدد الجارحين لا على عدد الجراحات ، فكان الذي يخص الجاني الأول ربع الدية فسقط عنه الثمن ، وإن جنى عليه ثلاثة رجال في رده فأسلم ثم جنى عليه أحد من غيرهم ومات من الجراحات وجب على الذي جرحه بعد أن أسلم ربع دية ويسقط عنه ثلاثة أرباع دية . وإن كان الذي جنى عليه بعد الإسلام أحد الثلاثة وجب عليه سدس الدية ، ولم يجب على الباقيين شيء .

وإن جرحه ثلاثة في حال رده ثم عاد إلى الإسلام وجاء أحد الثلاثة مع أربعة غير الثلاثة وجرحوه ومات من الجراحات ، فقد مات من جراحة سبعة فيسقط سبعة الدية ، وهما ما يخص الرجلين الجارحين في الردة ويجب على الأربعة الذين انفردوا بالجراحة في الإسلام أربعة أسباع الدية ويجب على الذي جرحه في الردة والإسلام نصف سبع الدية . وإن جرحه أربعة في رده ثم عاد أحدهم وجرحه بعد إسلامه ومات من الجراحات وجب على الذي جرحه بعد إسلامه ثمن الدية ويسقط باقي دية ، والله تعالى أعلم

- ٣ يمينه وما تصح به اليمين ٧ ما هو اللغو ، يمين السكران هل ينعقد
- ٩ يمين المسكره ١٠ يصح اليمين على الماضي والمستقبل
- ١٢ من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فتركها كفرتها أو يكفرها . ومن
- تعهد اليمين بالكذب فهو الغموس وهل له كفارة ١٥ ويكره اليمين بغير
- الله فمن حلف بغيره فلا كفارة ٢٠ من قال أ كفر بالله ان فعلت كذا
- ثم فعل ٢٢ ويجوز اليمين بأسماء الله وصفاته
- ٢٣ من قال على عهد الله وميثاقه وكفالاته ٣٠ من قال بالله لأفعلن كذا ،
- فإن أراد أنه يستعين بالله ٣٢ صفحة من مفاخر شباب الاسلام
- ٣٦ من قال لعمر الله ٣٧ من قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله ، من
- قال والله لأفعلن كذا ان شاء الله زيد أن أفعله
- ٤١ الحلف بالقرآن وبحق القرآن ٤٢ باب جامع الأيمان ، اذا حلف لا يسكن
- داراً وهو فيها ٤٥ من حلف لا يتزوج وهو متزوج
- ٤٦ من حلف لا يسأكن فلاناً وهما في مسكن واحد . من حلف لا يدخل دارا
- فحصل في سطحها ٤٨ من حلف لا يخرج من دار فأخرج يده أو . .
- ٤٩ ان حلف لا يدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنت
- ٥١ ان حلف لا يدخل من هذا الباب فقلع الباب ووضع في مكان آخر فدخل
- من مكان الباب الأول
- ٥٤ ان حلف لا يأكل هذه الخنطة فصارت دقيقاً ٥٨ ان حلف لا يأكل
- اللحم لا يحنت بأكل السمك ٦٢ ان حلف لا يأكل الرءوس انصرف
- الى رءوس المواشى دون الطير
- ٦٤ ان حلف لا يأكل اللبن لا يحنت بأكل اللبن ٦٦ ان حلف لا يأكل اداما
- فأكل لبناً حنت . وان حلف لا يأكل فاكهة فأكل الخيار أو القناء لم يحنت
- ٧٦ ان حلف لا يلبس شيئاً فلبس درعاً أو نعلاً
- ٧٧ ان حلف لا يشرب لفلان داء فأكل له خبزاً ٨٠ ان حلف لا يضرب
- امراً به فضربها ضرباً غير مؤلم حنت . وان عضها لم يحنت ٨٤ وان حلف
- لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنت ٨٦ ان حلف لا يكلم فلاناً فكتب اليه

- ٩١ ان حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ٩٦ ان حلف نه لا مال له وله دين قد أحل أجله حنث ٩٧ ان حلف لا يرفع أمرا الى فلان الناخي فعزل القاضي ١٠٠ ان حلف لا يكلم فلانا حيناً أو دهرًا بر بأدنى وقت
- ١٠١ ان حلف لا يدخل دارين فدخل أحدهما ، وان حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو ١٠٧ من حلف أن لا يأكل هذا الرغيف غدا فأكله اليوم حنث ١٠٩ من حلف لا يذارق غيره حتى يأخذ حقه منه فرب الغريم أو .. أو ١١٣ الكفارة إطعام عشرة مساكين أو .. ١١٩ التكفير بالكسوة وبيانها
- ١٢٠ التكفير بالصوم ثلاثة أيام متتابعة
- ١٢٤ كتاب العدد — اذا طلق الرجل قبل الدخول فلا عدة ١٢٥ المدخول بها اذا طلقت وهي حامل تنتهي عدتها بوضع الحمل طالقت المدة أو قصرت
- ١٣٠ بيان عدة المطلقة غير الحامل ان كانت تحيض أولا ١٣٥ أقل مدة العدة بادقراء ١٤٤ اذا بلغت سن الحيض ولم تحض وما هو سن اليأس
- ١٤٧ ومن وطئت بشبهة وجبت عليها العدة . . من مات عنها زوجها قبل الدخول وجبت عليها عدة المتوفى عنها
- ١٥٥ اذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره وأرادت الزواج
- ١٥٦ وان رجع المفقود ١٦٠ اذا قدم زوجها الاوّل قبل أن تتزوج
- ١٦٢ باب مقام المعتدة والمكان الذي تمتد فيه ، إن كان الطلاق رجعيا كان سكنها حيث يختار لها الزوج وإن كان بائنا ما العمل
- ١٦٤ المطلقة ثلاثا هل لها النفقة والسكنى ١٦٧ المرأة لا تخرج أيام العدة
- ١٦٨ أحوال للمعتدة إذا مات زوجها ١٧٤ المعتدة إذا آذت أهل زوجها بلسانها نقلت عنهم ١٧٧ للمعتدة الخروج في حوائجها
- ١٨١ باب الاحداد وهو ترك الزينة ، وذلك في عدة الوفاة ٢ أشهر و١٠
- ١٨٢ من كانت في عدة الوفاة لا تتكحل وان مرضت عينها
- ١٨٦ ويحرم عليها استعمال الطيب ولبس الحلي ولبس الثياب الملونة المطرزة

- ١٩٠ باب اجتماع العدتين ، وذلك إذا تزوجت في عدتها بأخر وفرق بينهما
- ١٩١ إذا تزوج رجل بامرأة في عدة غيره هل تحرم عليه الى الابد ، وإذا طلق طلاقاً رجعياً ثم وطئها في العدة ما العمل
- ١٩٤ إذا خالغ زوجته بعد الدخول فله أن يتزوجها في العدة
- ١٩٧ إذا خلا الرجل بامرأته ثم اختلفا في الاصابة . . وان اختلفا في انقضاء العدة . . وصور أخرى من الاختلافات ٢٠١ باب استبراء الأمة ، أحوال لا يصح الاستبراء فيها ٢٠٥ ما جاء عن النبي في معاملة الاماء من الرحمة ٢٠٧ كتاب الرضاع وعدد الرضعات المحرمة والسن والآثار المترتبة على الرضاعة ٢١٤ ما هي الرضعة
- ٢١٨ إذا وقع الشك في العدد . وإذا وصل اللبن الى جوف الرضيع بطريقة غير الرضاعة ، وإذا حلبت المرضع لبناً كثيراً في دفعة واحدة وشربه الرضيع في خمسة أوقات ، ما العمل ، وإذا حلبت خمس مرات وشربه في دفعة واحدة ٢٢٠ ما حكم الحقة باللبن للرضيع ٢٢١ إذا صار لبن المرأة جبناً وأكله الرضيع وإذا خلط لبن المرأة بماء ٢٢٤ إذا كان لامرأة لبن لولد من زوج طلقها وتزوجت من غيره فاللبن للأول الى أن تحبل من الثاني
- ٢٢١ إذا وطئ رجلان امرأة فأتت بولد وأرضعت بلبنه طفلاً كان الطفل ابناً لمن يلحقه نسب الولد ٢٢٩ إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا لزمهما مهر المثل
- ٢٣٥ كتاب النفقات . نفقة الزوجات بماذا تجب ومتى تسقط
- ٢٣٩ نفقة الزوجة الصغيرة التي لا يجامع مثلها هل تسقط
- ٢٤٠ إذا مرضت المرأة بمرض يمنع جماعها لا تسقط النفقة
- ٢٤٢ إذا انتقلت المرأة من منزل زوج إلى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت ولو للحج بغير اذنه سقطت نفقتها ٢٤٣ ان صامت متطوعة بغير اذن سقطت نفقتها ٢٤٥ صور من اسلام الرجل قبل زوجته أو الزوجة قبله وحال النفقة في كل ٢٤٩ باب قدر نفقة الزوجات . النفقة على الرجل بحسب البسر والعسر ٢٥٢ يجب لها الادم واللحم والمشط حسب الحاجة

- ٢٥٦ ويجب لها الكسوة ومقدارها ومسكن وخادم ان كانت من أسرة أو مريضة
- ٢٦٢ بيان ولاة تسليم النفقة والكسوة
- ٢٦٧ باب الإعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها ٢٦٩ اذا لم يستطع الزوج أن ينفق فرق بينهما ٢٧١ اذا كان الزوج موسراً وامتنع عن الاتفاق ما العمل ٢٧٤ اذا لم ينفق الزوج ومضت مدة صارت ديناً عليه ، واذا اختلف الزوجان في قبض النفقة ، واذا اختلفا في قبض مدة مضت فزعمت انه كان موسراً وادعى انه كان معسراً
- ٢٧٦ باب نفقة المعتدة . اذا طلق بعد الدخول طلاقاً رجعياً فلم يسكنى والنفقة اذا وجبت النفقة للحمل
- ٢٨٠ اذا انفسخ النكاح بغيب وجب لها السكنى في العدة
- ٢٨٣ اذا اعتدت للوفاة فلا نفقة لها ٢٨٧ اذا غاب الرجل ٤ سنوات فلها النفقة ؛ واذا تزوجت بأخر ثم عاد الاول
- ٢٩١ باب نفقة الاقارب والرقيق والبهائم وبيان الاقارب هنا وترتيبهم
- ٢٩٧ ولا تجب نفقة القريب الا على موسر عنده زيادة عن حاجة أولاده
- ٣٠٠ ترتيب من تجب عليهم النفقة الأول فالاول
- ٣٠٦ اذا كان الولد يستطيع أن ينفق على واحد من الابوين فأيهما
- ٣١٠ إذا كان الولد يحتاج إلى زوجة فهل على ولده ذلك ٣١٥ وجوب نفقة المملوك على السيد ولا يكلفه ما يشق عليه ٣٢٨ وجوب نفقة البهيمة والرحمة بها ٣٢٠ باب الحضانة ، إذا افترق الزوجان ولهما ولد بالغ أو صغير أو بنت ما العمل ٣٢١ ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال
- ٣٢٦ ولا حضانة لمعتوه ولا لمجنون ولا لفاقد ٣٢٤ ترتيب من لمن الحضانة والام أحق ٣٣٠ ترتيب من لهم الحضانة والاب أحق
- ٣٣١ إذا اجتمع الأب والام فالام أحق ٣٣٥ إذا انعدم الأب والاب فمن ؟
- ٣٣٧ وإن افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين ما العمل ٣٤١ وإن افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد ما العمل

٣٤٣ كتاب الجنائيات

- ٣٤٥ باب تحريم القتل ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب ، ابن عباس يقول بتخليد القاتل في النار ٣٤٦ قتل المؤمن أعظم من زوال الدنيا
- ٣٤٧ ما يحل به دم المسلم ٣٤٨ ومن لم يحكم بما أنزل الله
- ٣٥٠ لا يجب القتل بالقتل الخطأ ، ولا يجب على صبي ولا مجنون
- ٣٥٣ يقتل المسلم بالمسلم والرجل بالمرأة
- ٣٥٦ لا يقتل مسلم بكافر ٣٦١ لا يقتل والد بولده ويقتل الولد بالوالد
- ٣٦٦ ما إذا عاجلت الشريعة جريمة النار ٣٦٧ تقتل الجماعة باواحد إذا اشتركوا في قتله ٣٧١ إذا جرح رجل رجلا ثم جرحه آخر فمات المجرع
- ٣٧٣ باب ما يجب به القصاص من الجنائيات . إذا جرحه بما يقطع كالسكين أو بغيره ٣٧٥ وان ضربه بمثقل ، وان رماه من شاهق ، وان طرحه في ماء ٣٧٨ وان خنقه بيده أو بجبل أو . . .
- ٣٨٠ وان حبسه ومنعه الطعام والشراب حتى مات ٣٨٢ وان قتله بعد ان أمسكه له ما العمل ٣٨٤ القتل بالسم والسحر
- ٣٩٠ إذا أكره رجل رجلا على قتل آخر ٣٩١ إذا أمر الامام بقتل رجل بغير حق فما العمل في المأمور ، وإذا شهد الشهود على رجل بما يوجب القتل فقتل ثم رجعوا عن الشهادة .
- ٣٩٨ باب القصاص في المجرع ٤٠٢ القصاص في المجرع والاعضاء وكيف يكون ٤٠٥ القصاص في الاطراف ٤٠٩ الاذن بالاذن
- ٤١٢ السن بالسن واللسان باللسان وهل يؤخذ الاخرس بالسليم
- ٤١٨ ولا تؤخذ يد صحيح بيد سلاء ٤٢١ ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة ولا يؤخذ أصلي بزائد ٤٢٧ يقطع الإليتان بالإليتين والذكر بالذكر والاثنيان بالاثنيين ٤٣٢ ولا تؤخذ يسار يمين ولا يمين يسار ولا السفلى بالعلوى ولا العكس ٤٣٤ إذا قتل واحد جماعة لم تسقط حقوقهن بل يقتل بواحد وبأخذ كل واحد من الباقيين دية

- ٤٣٧ باب استيفاء القصاص وهل تزت المرأة من دية زوجها ٤٤٨ لايحوز
استيفاء القصاص إلا بحضور السلطان ، وعلى السلطان أن يتفقد الآلة
وانها صالحة للقصاص ، فان طلب من له القصاص ان يستوفى بنفسه
ما العمل ، وان كان القصاص على امرأة حامل تأجل حتى تضع
٤٥٥ إذا كان القصاص في الطرف فهي ؟ ٤٥٨ القصاص بمثل الآلة التي
قتل بها ٤٦٣ إذا جنى عليه جنابة ذهب منها ضوء عينه
٤٦٥ اذا ضرب المقتص في غير موضع القصاص
٤٧٢ باب المغو عن القصاص بالدية وبلونها
٤٧٦ المغو عن القصاص من بعض الورثة يسقط القصاص
٤٨٥ اذا جنى جنابة كقطع يد أو رجل فعمدا المجنى عليه ثم تطورت الجنابة
ومات منها ما العمل

تمّ الجزء الثامن عشر ويليه الجزء التاسع عشر
وأوله كتاب الديات

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المجموع

شرح المهدب

الجزء التاسع عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

كتاب الديات

(باب من تجب الدية بقتله ، وما تجب به الدية من الجنائيات)

تجب الدية بقتل المسلم لقوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » وتجب بقتل الذمي والمستأمن ، ومن بيننا وبينهم هدنة ، لقوله تعالى « وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ، وتحرير رقبة مؤمنة ، وتجب بقتل من لم تبلغه الدعوة لأنه محقون الدم مع كونه من أهل القتال ، فكان مضموناً بالقتل كالذمي .

(فصل) وإن قطع طرف مسلم ثم ارتد ومات على الردة وقلنا انه لا يجب القصاص في طرفه ، أو قلنا يجب فعنى عن القصاص على مال ، ففيه قولان (أحدهما) لا تجب دية الطرف ، لأنه تابع للنفس في الدية ، فإذا لم تجب دية النفس لم تجب دية الطرف (والثاني) أنه تجب وهو الصحيح ، لأن الجنائية أوجبت دية الطرف ، والردة قطعت سراية الجرح فلا تسقط ما تندم وجوهه ، كما لو قطع يد رجل ثم قتل الرجل نفسه ، فإن جرح مسلماً ثم ارتد ثم أسلم ومات فإن أقام في الردة زماناً تسرى فيه الجنائية ففيه قولان

(أحدهما) تجب دية كاملة لأن الاعتبار في الدية بحال استقرار الجنائية . والدليل عليه أنه لو قطع يديه ورجليه واندملت وجبت له ديتان ، ولو سرت إلى النفس وجبت دية ، وهذا مسلم في حال استقرار الجنائية ، فوجب فيه دية مسلم (والثاني) يجب نصف الدية ، لأن الجنائية في حال الإسلام توجب ، والسراية في حال الردة تسقط ، فوجب النصف ، كما لو جرحه رجل وجرح نفسه فمات . وإن لم يقم في الردة زماناً تسرى فيه الجنائية وجبت دية مسلم ، لأنه مسلم في حال الجنائية ، وفي حال استقرار الجنائية ، ولا تأثير لما مضى في حال الردة ، فلم يكن له حكم .

(فصل) وإن قطع يد مرتد ثم أسلم ومات لم يضمن . ومن أصحابنا من قال

تجب فيه دية مسلم لأنه مسلم في حال استقرار الجناية فوجبته دينته والمذهب الاول لأنها سرية قطع غير مضمون فلم يضمن كسر اية القصاص و قطع السرقة
 (فصل) وإن أرسل سهما على حربى فأصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه دية مسلم .

وقال أبو جعفر البرمذى : لا يلزمه شيء لأنه وجد السبب من جهة في حال هو مأمور بقتله ولا يمكنه تلافى فعله عند الاسلام فلا يجب ضمانه ، كما لو جرحه ثم أسلم ومات ، والمذهب الاول ، لأن الاعتبار بحال الاصابة دون حال الارسال لأن الإرسال سبب والاصابة جناية ، والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب ، والدليل عليه أنه لو حفر بئراً في الطريق وهناك حربى فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه ، وإن كان عند السبب حربياً ، ويخالف اذا جرحه ثم أسلم ومات ، لأن الجناية هناك حصلت وهو غير مضمون ، وإن أرسل سهما على مسلم فوقع به وهو مرتد فمات لم يضمن ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون فلم يضمنه ، كما لو أرسله على حربى فوقع به وهو ميت

(الشرح) قوله تعالى د ومن يقتل مؤمناً مخلص الآفة ، نزات هذه الآفة بسبب قتل عياش بن أبى ربيعة الحارث بن يزيد بن أبى أنيسة العامرى لحنة (أى لحنة وحقده) كانت بينهما ، حيث كان يعذبه في مكة بسبب إسلامه ، فلما هاجر الحارث منسلياً لقيه عياش فقتله ولم يشعر بإسلامه ، فلما أخبر أنى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انه كان من أمرى وأمر الحارث ما قد علمت ، ولم أشعر بإسلامه حتى قتلته ، فنزات الآفة . أخرجه ابن جرير عن عكرمة ، وأخرج نحوه عن مجاهد والسدى

وأخرج ابن إسحاق وأبو يعلى والحارث بن أبى أسامة وأبو مسلم الكجى عن القاسم بن محمد نحوه ، وأخرج بن أبى حاتم من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس نحوه .

أما قوله تعالى د وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق الخ الآفة ، فقد اختلف فيها أهل العلم فذهب ابن عباس والشعبي والتخفى والشافعى . واختاره الطبرى

في تفسيره أن هذا في الذمي والمناهد يقتل خطأ فتجب الدية والكفارة . وقال الحسن وجابر بن زيد وإبراهيم أيضاً : إن كان المقتول خطأ مؤمناً من قوم معاهدين لكم فعهدهم . يوجب أنهم أحق بدية صاحبهم فكفارته التحرير وأداء الدية ، وقرأها الحسن « وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق وهو مؤمن » قال الحسن : إذا قتل المؤمن الذمي فلا كفارة عليه . قال ابن العربي . والجملة عندى محمولة حمل المطلق على المقيد .

وجملة ذلك أن الدية تجب بقتل المسلم والذمي . قال العمراني : معنى قوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » إذا قتله في دار الإسلام . ومعنى قوله تعالى « وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة » أي إذا كان رجل من المسلمين في بلاد المشركين فحضر معهم الحرب ورماه رجل من المسلمين فقتله . تقديره في قوم عدو لكم . ومعنى قوله تعالى « وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق » أهل الذمة .

ومن السنة ما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن « وفي النفس مائة من الإبل ، وهو إجماع ألا خلاف في وجوب الدية » اهـ قلت والخلاف في وجوب الكفارة .

فإذا ثبت هذا فإن القتل ثلاثة أنواع : خطأ محض وعمد محض وشبه عمد . ويقال عمد الخطأ ، فتجب الدية في الخطأ المحض ، وهو أن يكون مخطئاً في الفعل والقصد ، مثل أن يقصد طيراً فيصيب إنساناً للآية . وأما العمد المحض فهو أن يكون عامداً في الفعل عامداً في القصد ، فهل يجب فيه القود ، والدية بدل عنه ؟ أو يجب فيه أحدهما لا بعينه ؟ فيه قولان مضى ذكرهما آنفاً .

وأما شبه العمد وهو أن يكون عامداً في الفعل مخطئاً في القصد ، مثل أن يقصد ضربه بما لا يقتل مثله غالباً فيموت منه فتجب فيه الدية . وقال مالك رحمه الله : القتل يتنوع نوعين : خطأ محض وعمد محض . وأما عمد الخطأ فلا يتصور لأنه يستحيل أن يكون القائم قاعداً . دليلنا ما أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي من حديث عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ألا إن قتل

الخطأ شبه العمد ، قتل السوط أو العصا فيه مائة من الابل ، منها أربعون في بطونها ، وعندهم مثله عن عبد الله بن عمر وما بقي من الفصول فعلى وجهها وقد تضمنت فصولنا السابقة إيضاحاً لها وبياناً لمذاهب المسلمين في باب العفو عن القصاص . وسيأتي في الفصل مزيد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قتل مسلماً تترس به الكفار لم يجب القصاص ، لأنه لا يجوز أن يجب القصاص مع جواز الرمي ، وأما الدية فقد قال في موضع يجب . وقال في موضع إن علمه مسلماً وجبت ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين (أحدهما) أنها يجب ، لأنه ليس من جهته تفريط في الإقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه .

(والثاني) أنه لا يجب لأن القاتل مضطر إلى رميه ، ومنهم من قال إن علم أنه مسلم لزمه ضمانه ، وإن لم يعلم لم يلزمه ضمانه ، لأن مع العلم بإسلامه يلزمه أن يتوقاه ، ومع الجهل بإسلامه لا يلزمه أن يتوقاه : وحمل القولين على هذين الحالين وقال أبو إسحاق : إن عينه بالرمي ضمنه ، وإن لم يعنه لم يضمه ، وحمل القولين على هذين الحالين .

(فصل) وتجب الدية بقتل الخطأ لقوله عز وجل « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » وتجب بقتل العمد في أحد القولين ، وبالعفو على الدية في القول الآخر ، وقد بيناه في الجنايات ، وتجب بشبه العمد لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل ، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها ، فإن غرز ابرة في غير مقتل فمات ، وقلنا أنه لا يجب عليه القصاص في الدية وجهان (أحدهما) أنها يجب لأنه قد يفضى إلى القتل . (والثاني) لا يجب لأنه لما لم يجب بأقل المتقل وهو الضرب بالقلم والرمي بالحصاة لم يجب بأقل المحدد .

(الشرح) إذا أسر المشركون مسلماً فترسوا به في القتال يتوقون به الرمي
ويخفون وراءه في رميهم فقتله رجل من المسلمين بالرمي لم يجب عليه الفصاح ،
لأنه يجوز له رميهم . وأما الدية فقد قال الشافعي رحمه الله في موضع يجب .
وقال في موضع لا يجب . فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) يجب لأنه
ليس من جهته تفريط في الإقامة بينهم فلم يستطع ضمانه (والثاني) لا يجب لأن
القاتل مضطر إلى رميه ، ومنهم من علق ضمانه على علم الرامي بأنه مسلم ، وإن
لم يعلم لم يلزمه ضمانه ، لأنه يلزمه أن يتوقاه عن الرمي إذا علمه . ولا يلزمه أن
يتوقاه إذا لم يعلم .

وقال أبو إسحاق المروزي : إن عنيه بالرمي - أي قصده - ضمنه ، وإن
لم يقصده لم يضمه ، وحملهما على هذين الحالين ، وما أخذ الشافعي في قوله بأوجوب
ما رواه عن عروة بن الزبير قال كان أبو حذيفة اليماني شيخاً كبيراً فرجع في
الآكام مع النساء يوم أحد فخرج يتعرض للشهادة فجاء من ناحية المشركين فابتدره
المسلمون فتوشقوه بأسيافهم وحذيفة يقول «أبي أبي» ، فلا يسمعون من شغل الحرب
حتى قالوه ، فقال حذيفة : يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين ، فقضى النبي
صلى الله عليه وسلم بديته ،

(مسألة) وجوب الدية في كلا الحالين العمد والخطأ سبق لنا شرحه في
الجنائيات . أما شبه العمد فقد تقرر وجوبها بحديث ابن عمر رضي الله عنهما
مرفوعاً «ألا إن في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل
منها أربعون خلفة في بطونها أولادها» ، وقد أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل
في الدية ، وأن دية الحر مائة منها ، وقد دلت الأحاديث الواردة كحديث ابن
عمر وحديث عمرو بن حزم وحديث ابن مسعود . وظاهر كلام الخرق من الخنابلة
أن الأصل في الدية الإبل لا غير ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو قول
طاوس وابن المنذر .

وقال بعض أصحاب أحمد لا يختلف المذهب أصول الدية الإبل والذهب
والنضضة والقر والغنم ، وهو قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة .

وبه قال الثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد ، لأن عمرو بن حزم روى في
 كتابة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن ، وأن في دية النفس
 المؤمنة مائة من الإبل ، وعلى أهل الورق ألف دينار ، رواه النسائي .
 وروى ابن عباس ، أن رجلا من بني عدى قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم
 دية اثني عشر ألفا ، رواه أبو داود وابن ماجه . وروى الشعبي أن عمر جعل
 على أهل الذهب ألف دينار .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : ألا ان
 الإبل قد غلت فقوّم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الرق ثني عشر
 ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحبل
 مائتي حلة ، رواه أبو داود ، ورواه أبو داود من حديث جابر مرفوعاً . قال
 الشوكاني : في هذه الأحاديث رد على من قال إن الأصل في الدية الإبل ، وبقيّة
 الإصناف مصالحة لا تقدير شرعي اه . والمعروف أن أبا حنيفة والشافعي في
 قول له أن الدية من الإبل للخص ، ومن النقادين تقرّباً إذ فيها قيم المتلفات .
 وقال مالك والشافعي في قول له : إلى أنها إثنا عشر ألف درهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتجب على الجماعة إذا اشتركوا في القتل وتقسم بينهم على عددهم
 لأنه بدل متلف يتجزأ ، فقسم بين الجماعة على عددهم ، كغرامة المال ، فإن اشترك
 في القتل إثنان وهما من أهل القود فللولي أن يقتص من أحدهما ويأخذ من الآخر
 نصف الدية ، وإن كان أحدهما من أهل القود والآخر من أهل الدية فله أن
 يقتص من عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية

(فصل) وتجب الدية بالاسباب ، فإن شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل
 بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن الشهادة كان حكمهما في الدية حكم الشريكين ،
 لما روى أن شاهدين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه
 ثم رجعا عن شهادتهما : فقال لو أعلم أنكما نعمدتما لقتلعت أيديكما ،
 وأغرهما دية يده .

١
(فصل) وإن أكره رجل على قتل رجل فقتله — فإن قلنا إنه يجب القود
عليهما — فللولى أن يقتل من شاء منهما ، ويأخذ نصف الدية من الآخر لأنهما
كالشريكين في القتل إذا كانا من أهل القود ، وإن قلنا لا يجب القود إلا على
المكره الآخر دون المكره ، فللولى أن يقتل المكره ، ويأخذ من الآخر نصف
الدية لأنهما كالشريكين ، غير أن القصاص يسقط بالشبهة فسقط عنه ، والدية
لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها .

(الشرح) إذا اشترك جماعة في قتل رجل وجبت عليه دية ، ويقسم بينهم
على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ فقسم بينهم على عددهم كغرامة المتلف فإن كان
القتل موجبا للقود — واختار الولى أن يقتل بعضهم ويعفو عن الباقي على
حصتهم من الدية — كان له ذلك .

وإن شهد رجلان على رجل بما وجب القتل والقطع بغير حق محظنين وجب
عليهما الدية لما ذكرناه قبل هذا في الشاهدين عند على رضى الله عنه على رجل
في السرقة . وإن أكره رجل رجلا على قتل إنسان فقتله فصار الأمر إلى الدية
فهي عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا إن قلنا يجب القود عليهما فللولى أن يقتل
من شاء منهما ويأخذ نصف الدية من الثاني . وإن قلنا إن القود لا يجب إلا على
المكره — بكسر الراء — وهو الأمر دون المكره — بفتح الراء — كان
القصاص على الأمر ونصف الدية على المأمور ، لأنهما وإن كانا كالشريكين إلا
أن القصاص إذا سقط بالشبهة عنه فلا تسقط الدية بالشبهة فلزمه نصفها

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن طرح رجلا في نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ،
ففيه قولان (أحدهما) أنه تجب الدية ، لأن ترك التخلص من الهلاك لا يسقط
به ضمان الجناية ، كما لو جرحه جراحة وقدر المجروح على مداواتها فترك المداواة
حتى مات . والقول الثاني أنها لا تجب — وهو الصحيح — لأن طرحه في النار
لا يحصل به التلف ، وإنما يحصل ببقائه فيها باختياره ، فسقط ضمانه كما لو جرحه

جرحا يسيراً لا يخاف منه فوسمه حتى مات . وان طرحه في ماء يمكنه الخروج منه فلم يخرج حتى مات ففيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالنار . ومنهم من قال لا تجب قولاً واحداً ، لأن الطرح في الماء ليس بسبب للهلاك ، لأن الناس يطرحون أنفسهم في الماء للسباحة وغيرها ، وإنما حصل الهلاك بمقامه فيه فسقط ضمانه بخلاف النار .

(فصل) وان شد يديه ورجليه وطرحه في ساحل فزاد الماء وهلك فيه نظرت - فإن كانت الزيادة معلومة الوجود كالمذ بالبصرة فهو عمد محض وتجب به القصاص ، لأنه قصداً بتعريفه . وان كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو عمد خطأ وتجب به الدية المغلظة ، فإن كان في موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخففة ، وان شد يديه ورجليه وطرحه في أرض مسبعة فقتله السبع فهو عمد خطأ وتجب فيه دية مغلظة ، وان كان في أرض غير مسبعة فقتله السبع فهو خطأ محض وتجب فيه دية مخففة

(الشرح) مضى في الجنائيات حكم من ألقى آخر في نار أو ماء يغرقه ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء أو النار ، واما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه مربوطاً أو منعه الخروج أو كونه في حفرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا ، أو ألقاه في بئر ذات نفث فمات به عاباً بذلك ، فهذا كله عمد لأنه يقتل غالباً ، وان ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فليكن فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية ، لأن هذا الفعل لم يقتله ، وإنما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره ، وكذلك اذا تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو لكونه في طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود وهل يضمنه ؟ فيه طريقان لأصحابنا ووجهان لأصحاب أحماء .

(أحدهما) لا يضمنه لأنه مهلك لنفسه بإقامته فلا يضمنه ، كما لو ألقاه في ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه

(والثاني) يضمنه لأنه جان باللقاء المفضي الى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان ، كما لو فصد فترك شد فصاده مع امكانه ، أو جرحه فترك

مداواة جرحه ، وفارق الماء لأنه لا يهلك بنفسه ، ولهذا يدخله الناس للغسل
والسياحة والصيد ، وأما النار فيسيرها يهلك ، وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله
أنا قادر على التخلص أو نحو هذا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان سلم صبيا الى سباح ليعلمه السباحة ففرق ضمنه السباح ، لأنه
سلبه اليه ليحتاط في حفظه ، فإذا هلك بالتعليم نسب الى التفريط فضمنه كالمعلم
إذا ضرب الصبي فمات ، وان سلم البالغ نفسه الى السباح ففرق لم يضمنه ، لأنه
في يد نفسه فلا ينسب الى التفريط في هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه

(فصل) وان كان صبي على طرف سطح فصاح رجل ففرغ فوقه من السطح
ومات ضمنه لأن الصراح سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه فهو عمد خطأ
وان لم يكن صياحه عليه فهو خطأ ، وان كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة
في حال غفلته فخر ميتا فقيه وجمان (أحدهما) انه كالصبي لأن البالغ في حال
غفلته يفرغ من الصيحة كما يفرغ الصبي (والثاني) لا يضمن لأن معه من الضبط
ما لا يقع به مع الغفلة

(فصل) وان بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء ففرغت فألقت
جنينا ميتا وجب ضمانه لما روى « أن عمر رضى الله عنه أرسل الى امرأة مغبية
كان يدخل عليها ، فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هي في الطريق اذ فرغت
فضر بها الطلق ، فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر رضى
الله عنه أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما
أنت وال ومؤدب ، وصمت علي رضى الله عنه ، فأقبل عليه فقال : ما تقول
يا أبا الحسن ؟ فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا
هواك فلم ينصحوا لك ، ان ديتك عليك ، لأنك أنت أفرعتها فألقت ، وان
فرغت المرأة فماتت لم تضمن لأن ذلك ليس بسبب هلاكها في العادة

(الشرح) اذا دفع ولده الصغير الى ساج ليعلمه السباحة فغرق الصبي فعلى عاقلة الساج ديته وعليه الكفارة في ماله لأنه أخذه للتعليم ، فإذا تلف في طريق التعليم كان عليه ضمانه كالمعلم إذا ضرب ضيافات ، ولأن هذا في الغالب لم يفرق إلا بتفريط من الساج فيكون عمد خطأ ، وإن سلم البالغ نفسه الى الساج ليعلمه السباحة فغرق لم يجب ضمانه ، لأنه في يد نفسه ، ولا ينسب التفريط في هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه .

(مسألة) إذا كان صبي أو بالغ معتوه على حائط أو حافة نهر فصاح رجل صياحاً شديداً ففرغ من الصياح فسقط ومات أو زال عقله وجبت ديته على عاقلة الصائح ، لأن صياحه سبب لوقوعه ، وإن كان صياحه عليه فهو عمد خطأ ، وإن كان صياحه على غيره فهو خطأ محض .

وإن كان الرجل بالغاً عاقلاً فسمع الصيحة وسقط ومات أو زال عقله ، فإن كان متيقظاً لم يجب ضمانه لأن الله تعالى لم يجر العادة لا معتاداً ولا نادراً أن يقع الرجل الكبير العاقل من الصياح ، فإذا مات علياً أن صياحه وافق موته ، فهو كما لو رماه بثوب فمات ، وإن كان في حال غفلته فسمع الصيحة فمات أو زال عقله ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يجب ضمانه لما ذكرناه
(والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، أنه يجب ضمانه ، لأن الانسان قد يفرغ من ذلك في حال غفلته . وإن شمر السيف على بالغ عاقل فزال عقله لم يجب ضمانه ، وإن شمره على صبي أو معتوه فزال عقله وجب ضمانه . وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه .

ولنا أن هذا سبب في تلفه — فإن كان متعدياً — ضمن كما لو حفر بئراً فوق وقع فيها . وقال أحمد : لو شمر سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من الروع أو ذهب عقله بذلك الفعل فعليه ديته ، ثم وافقنا أحمد في الصبي والبالغ عنده قول واحد وكذلك عند سائر أصحابه

(مسألة) إذا بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء وكانت حاملاً ففرغت فأسقطت جنينها وجب على الامام ضمانه . وقال أبو حنيفة لا يجب .

دليلنا ما روى أن امرأة ذكرت عند عمر رضى الله عنه بسوء فبعث اليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هي في الطريق إذ فرغت فضربها الطلق فألقت ولدأ فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر رضى الله عنه أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقال له عثمان وعبد الرحمن : لا شيء عليك إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت علي رضى الله عنه ، فقال له ما تقول ؟ فقال علي : إن اجتهدا فقد أخطأ وإن لم يجتهدا فقد غشاك ، إن ديتك عليك لا نك أنك أفرغتها فألقت ، فقال عمر عزمت عليك لا برحت حتى تفرقها على قومك — يعنى قوم عمر — ولم ينكر عثمان وعبد الرحمن ذلك فدل على أنهما رجعا إلى قوله وصار إجماعا . وإن فرغت فماتت لم يجب ضمها ، لأن ذلك ليس بسبب هلاكها

وقال أحمد : تجب الدية في المرأة أيضا لأنها نس هلكت بإرساله اليها فضمنها كجنينها ، أو نس هلكت بسببه فغرما ، كما لو ضربها فماتت ، ولا يتعين في الضمان كونه سبباً معتاداً فإن الضربة والضربتين ليست سبباً للسلاك في العادة ، ومتى أفضت اليه وجب الضمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن طالب رجلا بصيراً بالسيف ، فوقع في بئر أو ألقى نفسه من شاهق فمات لم يضمن ، لأن الطلب سبب والإلقاء مباشرة فإذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة . ولأن الطالب لم يلجئه إلى الوقوع لأنه لو أدركه جاز أن لا يجنى عليه ، فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجروح نفسه ، وإن طلب ضريراً فوقع في بئر أو من شاهق ومات فإن كان عالماً بالشاهق أو بالبئر لم يضمن ، لأنه كالبعير ، وإن لم يعلم وجب ضمائه ، لأنه أُلجأ إليه فتعلق به الضمان ، كأن شهود إذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا ؛ وإن كان المطلوب صيباً أو مجنوناً فقيه وجهان بناء على القولين في عمدهما . هل هو عمد أو خطأ ؟ فإن قلنا ان عمدهما عمد لم يضمن الطالب الدية . وإن قلنا انه خطأ ضمن .

وإن طلب رجل رجلاً فاقتربه سبع في طريقه نظرت ، فإن أُلجأ الطالب إلى موضع السبع ، ضمنه كما لو ألقاه عليه ، وإن لم يلجئه إليه لم يضمنه ، لأنه لم

يلجئه اليه ، وان انخسف من تحته سقط ومات ففيه وجهان . أحدهما لا يضمن كما لا يضمن اذا افرسه سبع . والثاني : يضمن لأنه ألجأه الى ما لا يمكنه الاحتراز منه .

(فصل) وان رماه من شاهق فاستقبله رجل بسيف ففقد نصفين فظرت ، فان كان من شاهق يحوز أن يسلم الواقع منه ، وحب الضمان على القاطع لأن الرامي كالجارح والقاطع كالذابح ، وان كان من شاهق لا يسلم الواقع منه ففيه وجهان (أحدهما) انه يجب الضمان عليهما ؛ لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف فصار كما لو جرحاه (والثاني) أن الضمان على القاطع ، لأن الرامي انما يكون سبباً للتلف اذا وقع المرمى على الأرض ، وهنالم يقع على الأرض وصار الرامي صاحب سبب ، والقاطع مباشراً فوجب الضمان على القاطع .

(فصل) اذا زنى بامرأة وهي مكرهة وأجلها وماتت من الولادة ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه ديتها لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى به فضمنها . (والثاني) لا يجب لأن السبب انقطع حكمه بنفي النسب عنه .

(الشرح) اذا طلب رجل رجلاً بصيراً بالسيف ففر منه فألقى نفسه من سطح وهو يراه أو تردى في بئر أو نار وهو يراها فمات لم يجب على الطالب ضمانه لأنه حصل من الطالب بسبب غير ملجىء ، ومن المطلوب مباشرة فتعلق الحكم بالمباشرة دون السبب ، كما او خاف منه فقتل نفسه .

وان طلب أعمى بالسيف ففر منه ووقع من سطح أو في بئر أو نار فمات فان كان عالماً بالسطح والبئر والنار فلا ضمان على الطالب لما ذكرنا في البصير . وان كان المطلوب غير عالم بالسطح والبئر والنار فلا ضمان على الطالب لما ذكرنا في البصير ، وان كان المطلوب غير عالم بالسطح والبئر والنار ، أو كان المطلوب بصيراً ولم يعلم السطح والبئر والنار وفر منه على سطح يحسبه قوياً فانخسف من تحته وجبت الدية على عاقلة الطالب لأنه ألجأه الى الحرب ، وان فر منه فافترسه سبع في طريقه لم يجب على الطالب ضمانه لأنه لم يلجىء السبع الى قتله . وان ألجأ المطلوب الى الفرار ، وذلك سبب وأكل السبع فعل ، فإذا اجتمع السبب في

الفعل تعلق الضمان بالفعل دون السبب . وإن طلب صديقاً أو مجنوناً بالسيف ففر منه وألقى نفسه من سطح فمات - فإن قلنا إن عمدتها عمد - لم يضمن الطالب الدية وإن قلنا إن عمدتها خطأ ضمن

(مسألة) قوله : وإن رماه من شاهق فاستقبله الخ . فجملة ذلك أنه إذا رمى رجلاً من شاهق مرتفع يموت منه غالباً إذا وقع فقطعه رجل نصفين قبل أن يقع فقيه وجهان :

(أحدهما) أنهما قاتلان فيجب عليهما القود أو الدية ، لأن كل واحد منهما قد فعل فعلاً لو انفرد به لمات منه غالباً فصارا كالجارحين

(والثاني) أن القاتل هو القاطع ، لأن التلف إنما حصل بفعله فصار كالجرحه رجل وذبحه الآخر ويعزر الأول ، وإن كان الشاهق مما لا يموت منه غالباً كان القاتل هو القاطع وجهاً واحداً ، لأن ما فعله الأول لا يجوز أن يموت منه ، وإن زنى بإسرة وهي مكروهة فحملت منه وماتت من الولادة فقيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه ديتها ، لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى فيه فضمنها (والثاني) لا يجب عليه ، لأن السبب انقطع حكمه بنفي النسب عنه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن حفر بئراً في طريق الناس أو وضع فيه حجراً أو طرح فيه ماء أو قشر بطيخ ، فمك به إنسان وجب الضمان عليه لأنه تعدى به فضمن من هلك به ، كما لو جنى عليه .

وإن حفر بئراً في الطريق ووضع آخر حجراً فعثر رجل بالحجر ووقع في البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر ، لأنه هو الذي ألقاه في البئر ، فصار كما لو ألقاه فيها بيده . وإن وضع رجل حجراً في الطريق فدفعه رجل على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع لأن الدافع مباشر وواضع الحجر صاحب سبب ، فوجب الضمان على المباشر

وإن وضع رجل حجراً في الطريق ووضع آخر حديدية بقربه ، فعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدية فمات . وجب الضمان على واضع الحجر

وقال أبو الفياض البصرى : إن كانت الحديدية سكيناً قاطعة وجب الضمان على واضع السكين ، دون واضع الحجر ، لأن السكين القاطع موح ، وإن كانت غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر ، والأول هو الصحيح ، لأن الواضع هو المباشر . وإن حفر بئراً في طريق لا يستضر به الناس — فإن حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذى يستضر الناس بحفر البئر فيه ، لأنه لا يجوز أن يختص بشيء من طريق المسلمين ، وإن حفرها لمصلحة الناس — فإن كان بإذن الإمام فهلك به إنسان — لم يضمن ، لأن ما فعله بإذن الإمام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان ، وإن كان بغير إذنه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يضمن لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير إضرار فصار كما لو حفرها بإذن الإمام

(والثانى) أنه يضمن لأن ما يتعلق بمصلحة المسلمين يختص به الإمام ، فمن افتات عليه فيه كان متعمداً فضمن من هلك به . وإن بنى مسجداً فى موضع لا ضرر فيه ، أو على قنديل فى مسجد أو فرش فيه حصيراً من غير إذن الإمام فهلك به إن كان فهو كالبئر التى حفرها للمسلمين .

وإن حفر بئراً فى موات ليملكها أو لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها لأنه غير متعمد فى حفرها ، وإن كان فى داره بئر قد غلى رأسها أو كلب عقور فدخل رجل داره بغير إذنه فوقع فى البئر فمات أو عقره الكلب فمات لم يضمنه لأنه ليس من جهته تفريط فى هلاكه ، فإن دخلها بإذنه فوقع فى البئر ومات أو عقره الكلب فمات ففي ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعاماً مسموماً إلى رجل فأكله فمات . وإن قدم صبيلاً إلى هدف فأصابه سهم فمات ضمنه ، لأن الراعى كالحافر للبئر ، والذى قدمه كالملقى فيها فكان الضمان عليه

وإن ترك على حائط جرة ماء فرمتها الريح على إنسان فمات لم يضمنه لأنه وضعها فى ملكه ووقعت من غير فعله ، وإن بنى حائطاً فى ملكه فقال الحائط إلى الطريق ووقع على إنسان فقتله ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق : أنه يضمن لأنه لما مال إلى الطريق لزمه إزالته ، فإذا لم يزله صار متعمداً بتركه فضمن من هلك به ، كما لو أوقع حائطاً ما إلا

الى الطريق وترك نقضه حتى هلك به انسان (والثاني) وهو قول أبي سعيد
الاصطخري انه لا يضمن ، وهو المذهب ، لانه بناه في ملكه ووقع من غير فواته
فأشبهه اذا وقع من غير ميل

(فصل) وان أخرج جناحا الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف
ديته ، لأن بعضه في ملكه وبعضه خارج عن ملكه فسقط نصف الدية لما في ملكه
وضمن نصفها للخارج عن ملكه ، وان انكسرت خشبة من الخارج ف وقعت على
انسان فمات ضمن جميع الدية لانه هلك بالخارج من ملكه ، وان نصب ميزاباً فوقع
على انسان فمات به فقيه قولان :

قال في القديم : لا يضمن لانه مضطر اليه ولا يجد بدأ منه بخلاف الجناح .
وقال في الجديد يضمن لانه غير مضطر اليه لانه كان يمكنه أن يحفر في ملكه بئراً
يجري الماء اليها فكان كالجناح

(فصل) وان كان معه دابة فأتلقت انساناً أو مالا بيدها أو رجلها أو ناهها
أو بالكت في الطريق فزلق بيولها انسان فوقع ومات ضمنه ، لأنها في يده وتصرفه
فكانت جنايتها كجنايته

(الشرح) اذا وضع رجل حجراً — وهذا أحد مفهومات الفصل — وذلك
في طريق المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه فعثر بها انسان لم يعلم بها ومات منها
وجب دية على عاقلة واضع الحجر ووجب الكفارة في ماله ، لأنه مات بسبب
تعدى به فوجب ضمانه . وهكذا ان نصب سكيناً فعثر رجل ووقع عليها فمات
وجب عليه الدية لما ذكرناه في الحجر .

فأما اذا وضع الحجر أو السكين فدفعت آخر عليهما رجلاً ومات كان الضمان
على الدافع ، لأن الواضع صاحب سبب والدافع مباشر . فتعلق الحكم بالمباشرة
وان وضع رجل حجراً في طريق المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه ووضع
آخر سكيناً بقرب الحجر فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين ومات منها وجب
الضمان على واضع الحجر

وقال أبو الفياض البصرى : ان كان السكين قاطعاً وجب الضمان على واضع

السكين دون واضع الحجر ، وإن كان غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر لأن السكين القاطع موح ، والأول هو المشهور ، لأن واضع الحجر كالدافع له على السكين فوجب عليه ضمانه ، كما نصب رجل سكيناً ودفع عليها آخر ومات فإن وضع رجل حجراً في طريق المسلمين ووضع إثنان حجراً إلى جنبه فعثر بهما رجل ومات فليس فيها نص لأصحابنا ، إلا أن أصحاب أبي حنيفة اختلفوا فيها ، فتال زفر يكون على الرجل الواضع للحجر وحده نصف الدية لأن فعله مساو لتعلمها وعلى الرجلين الواضعين للحجر الآخر النصف

وقال أبو يوسف : تجب الدية عليهم أثلاثاً فوجب الضمان عليهم . قال ابن قدامة من الحنابلة : وهو قياس المذهب . وقال ابن الصباغ من أصحابنا : وهو قياس المذهب ، وأقره الأعرابي في البيان لأن السبب حصل من الثلاثة فوجب الضمان عليهم — وإن اختلفت أفعالهم — كما لو جرحه رجل جراحة وآخر جرحتين ومات منها .

(فرع) إذا وضع رجل في ملك نفسه حجراً أو نصب سكيناً فعثر به إنسان ومات لم يجب على واضع السكين ولا على عاقلته ضمان ، لأنه غير متعدد بوضع الحجر والسكين . وإن وضع رجل في ملك غيره حجراً بغير إذنه ووضع صاحب الملك بقرب الحجر سكيناً فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين ومات ، وجب الضمان على عاقلة الواضع للحجر لأنه كالدافع للعائر على السكين . وإن وضع رجل في ملكه حجراً ووضع أجنبي سكيناً بقرب الحجر فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين فمات ، وجبت الدية على عاقلة واضع السكين دون واضع الحجر ، لأن المتهدى هو واضع السكين دون واضع الحجر

(فرع) إذا حفر رجل بئراً فوق وقع فيها إنسان ومات لم يخبر بما أنه حفر في ملكه أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين أو في موات — فإن حفرها في ملكه — فإن كانت ظاهرة فدخل ملكه فوق وقع فيها فمات — لم يجب على الحافر ضمانه سواء دخل بإذنه أو بغير إذنه ، لأنه غير متعدد بالحفر وإن كانت غير ظاهرة بأن غطى رأسها فوق وقع فيها إنسان فمات — فإن دخل إلى ملكه بغير إذنه — لم يجب ضمانه ، لأنه متعدد بالدخول . وهكذا لو كان في داره كلب عقور فدخل داره

بغير اذنه فعقره الكلب لم يجب ضمانه لما ذكرناه ، وان استدعاه للدخول — ولم يعلم بالبئر والكلب — فوقع فيها أو عقره الكلب ومات — فهو كما لو قدم الى غيره طهاماً مسموماً فأكله على قولين . وقد مضى دليلهما . فأما اذا حفرها في ملك غيره — فان كان ياذنه — لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، لانه غير متعد بالحفر ، وان حفرها بغير اذنه وجب عليه ضمان من يقع فيها لانه متعد بالحفر فان أبرأه صاحب الملك عن ضمان من يقع فيها فهل يبرأ؟ فيه وجهان ، أحدهما لا يبرأ لانه متعد بالحفر ، فان أبرأه صاحب الملك عن ضمان من يقع فيها فهل يبرأ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يبرأ لانه أبرأ عما لم يجب (والثاني) يبرأ كما لو أذن له في حفرها قال أبو علي الطبري ، فان قال صاحب الملك : كان حفرها ياذني لم يصدق خلافاً لأبي حنيفة ووافقا لقول أحمد . وان حفرها في طريق المسلمين ، فإن كان ضيقاً وجب عليه ضمان من يقع فيها لانه تعدى بذلك ، وسواء أذن له الامام في ذلك أو لم ياذن لانه ليس للامام أن ياذن له فيما فيه ضرر على المسلمين . وان كان الطريق واسعاً لا يستتضر المسلمون بحفر البئر فيه كالطريق في الصحارى ، فإن حفرها ياذن الامام لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، سواء حفرها لينتفع بها أو لينتفع بها المسلمون ، لأن الامام أن يقطع من الطريق اذا كان واسعاً ، كما له أن يقطع من الموات . وكذلك ان حفرها بغير اذن الامام فأجاز له الامام ذلك سقط عنه الضمان .

وقال أحمد وأصحابه : ان كان الطريق واسعاً فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان . وان حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا ، فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها ، سواء حفرها ياذن الامام أو غير اذنه . قالوا لانه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصلحتهم فضمن ، كما لو لم ياذن له الامام بخلاف الحفر .

ولنا أنه ان حفرها ياذن الامام لم يضمن لأن للامام أن ياذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز له أن ياذن في اشغال جانيه ، ويُقطع من طواريقه لمن يشاء ممن يتعاطون البيع والشراء

وإن حفرها بغير إذن الإمام — فإن حفرها لينتفع هو بها وجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه ليس له أن ينفرد بما هو حق لجماعة المسلمين بغير إذن الامام لأن ذلك موضع اجتهاد الامام وإن حفرها لينتفع بها المسلمون فهل يجب عليه ضمان من يقع فيها ؟

حكى الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق فيها وجهين ، وحكاهما غيرهما قولين ، أحدهما حكاه القاضى أبو حامد المروروذى عن القديم يجب عليه الضمان ، لأنه حفرها بغير إذن الامام فهو كما لو حفرها لنفسه ، والثاني حكاه القاضى أبو الطيب عن الجديد أنه لا يجب عليه الضمان لأنه حفرها لمصلحة المسلمين وقد يحتاجون إلى ذلك فهو كما لو حفرها بإذن الامام . وإن حفرها في موات لئتملكها لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه يملكها بالاحياء ، فتصير كما لو حفرها في ملكه ، وهكذا إن حفرها في الموات لا لئتملكها ولكن لينتفع بها مدة مقامه ، فإذا ارتحل عنها كانت للمسلمين فلا ضمان عليه ، لأن له أن ينتفع بالموات ، فلا يكون متعدياً بالحفر .

(فرع) إذا حفر بئراً في طريق المسلمين ووضع آخر حجراً في تلك الطريق فمثر بها انسان ووقع في البئر ومات ، وجب الضمان على واضع الحجر لأنه كالدافع له في البئر . وإن حمل السيل حجراً الى رأس البئر وعثر بها انسان فوقع في البئر ومات ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجب ضمانه لأنه إنما تلاف بعثرته في الحجر ، ولا تفريط من الحافر في الحجر .

(والثاني) وهو قول أبي حنيفة أن الضمان على حافر البئر لأنه هو المعتدى فوجب عليه الضمان كما لو وضع رجل في ملكه حجراً ووضع آخر سكيناً بقربها وعثر بالحجر فوقع على السكين ومات ، فإن الضمان على واضع السكين ، وإن حفر بئراً في طريق المسلمين ووضع آخر في أسفلها سكيناً فتردى رجل في البئر ووقع على السكين فقتله ففيه وجهان

(أحدهما) يجب الضمان على الحافر ، وهو قول أبي حنيفة كما قلنا في رجلين

وضع أحدهما حجرا والآخر سكيناً وعثر بالحجر على السكين فإن الضمان على واضع الحجر .

(والثاني) أن الضمان على واضع السكين ، لأن تلفه حصل بوقوعه على السكين قبل وقوعه في البئر ، وإن حفر رجل بئراً في طريق المسلمين فطمها فجاء آخر وأخرج ما طم به ففيه وجهان (أحدهما) يجب الضمان على الحافر لأنه المبتدئ . بالتعدي (والثاني) أن الضمان على الثاني لأن تعدي الأول قد زال بالطم .

(فرع) إذا حفر بئراً في ملك مشترك بينه وبين رجلين بغير إذنهما وتلف بها انسان ، قال ابن الصباغ فقياس المذهب أن جميع الدية على الحافر ، وبه قال أحمد وأصحابه . وقال أبو حنيفة يضمن ما قابل نصيب شريكه ، فلو كان له شريكان يضمن ثلثي التالف لأنه تعدي في نصيب شريكه ، وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان ، لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين ، كما لو جرحه واحد جرحاً وجرحه آخر جرحين .

دليلنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان في ملك غيره ، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر ، فكان موجبا لجميع الضمان ، ويطلق ما ذكر أبو يوسف بما أو حفره في طريق مشترك ، فإن له فيها حقاً ومع ذلك يضمن ، والحكم فيما إذا أذن له بمض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع (فرع) وإن بنى مسجداً في طريق لا يضرر على المسلمين فيه بضيق الطريق — فإن بناه لنفسه — لم يجر ، وإن سقط على انسان ضمنه ، وإن بناه للمسلمين فإن كان يأذن الامام جاز ولا ضمان عليه ، وإن بناه بغير إذن الامام فهو كما لو حفر فيها بئراً للمسلمين على ما ذكرناه هناك من الخلاف

وإن كان هناك مسجد للمسلمين فسقط ستمفه فأعاده رجل من المسلمين بآلته أو بغير آله وسقط على انسان لم يجب عليه ضمانه لأنه للمسلمين . وإن فرش في مسجد للمسلمين حصيراً أو علق فيه قنديلاً فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات — فإن فعل ذلك يأذن الامام — فلا ضمان عليه ، وإن فعله بغير

إذن الامام فهو كما لو حفر البئر في الطريق الواسع للمسلمين بغير إذن الامام على الخلاف المذكور فيها

وقال أحمد : لا ضمان عليه ، سواء كان بإذن الإمام أو بغير إذنه . وقال أبو حنيفة : إن فرش الحصير وعلق القنديل يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران . دليلنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد ، وإن عمارة المسجد من أعظم القربات ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف ، ولأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقاً

(فرع) إذا بنى حائطاً في ملكه مستويًا ، فسقط على إنسان من غير أن يبق مائلاً ولا مستهدماً فلا ضمان عليه ، لأنه لم يفرط ، وإن بناه معتدلاً قال إلى ملكه أو بناه مائلاً إلى ملكه فسقط على إنسان وقتله لم يجب عليه الضمان لأن له أن يتصرف في ملكه كيف شاء . وإن بناه مائلاً إلى الشارع فسقط على إنسان وقتله وجب على عاقلته الدية والكفارة في ماله ، لأن له أن يرتفق بهو الشارع بشرط السلامة ، فإذا تلف به إنسان وجب ضمانه . وإن بناه معتدلاً في ملكه ومال إلى الشارع ثم وقع على إنسان فقتله ففيه وجهان

قال أبو اسحاق : يجب ضمانه على عاقلته لأنه فرط بتركه مائلاً فوجب عليه الضمان كما لو بناه مائلاً إلى الشارع

وقال أبو سعيد الاصطخري : لا يجب ضمانه وهو المنصوص ، لأن الميلان حدث من غير فعله فهو كما لو سقط على إنسان من غير ميل فإن مال حائطه إلى هواء دار غيره فلجاره مطالبته بإزالته ، لأن الهواء ملك لجاره فكان له مطالبته بإزالة بنائه عنه ؛ كما قلنا في الشجرة ، فإن لم يزل حتى سقط على إنسان فقتله فهل يجب عليه ضمانه ؟ على الوجهين إذا مال إلى الشارع

وإن استهدم من غير ميل فقد قال أبو سعيد الاصطخري والشيخ أبو حامد ليس للجار مطالبته في نقضه لانه في ملكه ، فإن وقع على إنسان فلا ضمان عليه قال ابن الصباغ وهذا فيه نظر لانه ممنوع من أن يضع في ملكه ما يعلم أنه يتعدى إلى ملك غيره كما ليس له أن يوجب ناراً في ملكه تصل إلى ملك غيره مع وجود الريح ولا يطرح في داره ما يتعدى إلى دار غيره . كذلك هنا مثله ، لأن الظاهر إذا كان

فستهدماً أنه يتعدى إلى ملك غيره . هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة إذا بنى الحائط معتدلاً ثم مال إلى دار الغير ، فإن طال به الغير بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه حتى سقط فقتل إنساناً فعليه الضمان ، وإن ذهب ليأتى بالعمال لنقضه فسقط وأتلف شيئاً فلا ضمان عليه .

وتوقف أحمد عن الاجابة . وذهب أصحابه إلى أنه يضمن ، وقالوا أو ما أحمد اليه ، وبه قال الحسن والنخعي والثوري .
 دليلنا أنه بناء وضوءه في ملكه فلم يجب عليه ضمان من يقع عليه ، كما لو وقع من غير ميل . أو كما لو مال ووقع من غير أن يطالب بنقضه ويشهد عليه . وإن وضع على حائطه وطاباً فوقه في دار غيره أو في الشارع أو سقط حائطه في الشارع أو في دار غيره فعثر به إنسان ومات فهل يجب عليه الضمان ؟ على الوجهين . وإذا أخرج إلى الشارع جناحاً أو روثناً يضر بالمارة منع منه وأمر بإزالته ، فإن لم يزله حتى سقط على إنسان فقتله وجب عليه الضمان لأنه متعد بذلك . وإن أخرج جناحاً أو روثناً إلى الشارع لا يضر بالمارة لم يمنع منه خلافاً لابن حنيفة وقد مضى في الصلح .

فإن وقع على إنسان وقتله نظرت — فإن لم يسقط شيء من طرف الخشبة المركبة على حائط ، بل انقصت من الطرف الخارج عن الحائط ووقعت على إنسان وقتلته — وجب على عاقلته جميع الدية ، لأنه إنما يجوز له الارتفاق بهواء الشارع بشرط السلامة . وإن سقطت أطراف الخشب الموضوعة على حائط له وقتلت إنساناً وجبت على عاقلته نصف الدية ، لأنه هلك بما وضعه في ملكه وفي هواء الشارع ، فانقسم الضمان عليهما ، وسقط ما قابل في ملكه ووجب ما في هواء الشارع .

وحكى القاضي أبو الطيب قولاً آخر أنه ينظر كم على الحائط من الخشب ، وكم على الهواء أو الطرف الخارج منها ، فالحكم فيه واحد ، لأنه تلف بجميعها ، والاول هو المشهور .

وقال أصحاب أحمد : على المخرج الضمان لأنه تلف بما أخرج به إلى حق الطرفين .

فضمنه كالمو بني حائطا مائلا الى الطرين فأتلف ، أو أقام خشبة في ملكه مائلة ،
ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل بناء على أصله

(فرع) إذا أخرج ميزاباً الى الشارع حاز لما سقناه في كتاب الضمان من أن
عمر رضى الله عنه مر تحت ميزاب العباس رضى الله عنه فقطرت عليه قطرة ،
فأمر بقلعه فخرج العباس وقال : قلعت ميزاباً نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال عمر : لا ينصبه إلا من يرقى على ظهري ، فأنحنى عمر وصعد العباس على ظهره
فوضعه ، وهو إجماع لا خلاف فيه ، فإن سقط على إنسان فقتله أو بهيمة فأتلفها
فحكى المصنف وأصحابنا فيه قولين :

قال في القديم : لا يجب ضمانه ، وبه قال مالك ، لأنه غير متعد بإخراجه فلم
يضمن ما تلف به ، كالمو أخرجه إلى ملكه ، ولأنه مضطر اليه لا يجد بداً منه فلم
يلزمه ضمان ما تلف به .

وقال في الجديد : يجب ضمانه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو المذهب عند أحمد
بلا خلاف بين أصحابه ، لأنه ارتفق بهواء طريق المسلمين فإذا تلف به إنسان
وجب عليه ضمانه كما قلنا في الجناح ، وقول الاول لا يجد بداً منه غير صحيح ،
لأنه يمكنه أن يحفر في ملكه بئراً يجرى الماء اليها ، فإذا قلنا بهذا وسقط جميع
الميزاب الذى على ملكه والخارج منه وقتل إنساناً وجب ضمانه ، وكما يجب من
ديته ؟ على المشهور من المذهب يجب نصف الدية . وعلى القول الثانى الذى حكاه
القاضى أبو الطيب تقسط الدية على الميزاب فيسقط منها بقدر ما على ملكه من
الميزاب ثم يجب بقدر الخارج منه عن ملكه .

وقال أبو حنيفة : إن أصابه بالطرف الذى فى الهواء وجبت جميع ديته ،
وإن أصابه بالطرف الذى على الحائط لم يجب ضمانه . ودليلنا أنه تلف بنقل
الجميع دون بعضه ، وإن انصف الميزاب فسقط منه ما كان خارجاً عن ملكه
وقتل إنساناً وجبت جميع ديته على عاقلته ، فيقال فى هذه وفى التى قبلها رجل قتل
رجلاً بخشبة فوجبت بعض دية المقتول ، ولو قتله ببعض تلك الخشبة لوجبت
جميع دية المقتول .

وقال الشيخ أبو حامد : إذا وقع الميزاب على انسان فقتله فقيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن عليه الضمان (والثاني) لا ضمان عليه (والثالث) على عاقلته نصف الدية من غير تفصيل .

(فرع) قال الشيخ أبو حامد : وان طرح على باب داره قشور البطيخ أو الباقلا الرطب أو الموز أو رشه بالماء فزلق به إنسان فمات كانت ديته على عاقلته والكفارة في ماله ، لأن له أن يرتفق بالمباح بشرط السلامة ، فإذا أدى الى التلف كان عليه الضمان ، وان ركب دابة فبالت في الطريق أو راثت وزلق به إنسان ومات كان عليه الضمان ، وكذلك لو أنلفت إنسانا بيدها أو رجلها أو نابها فعليه ضمانه لأن يده عليها ، فإذا تلف شيء بفعلها كان كما لو تلف بفعله أو سبب فعله وان ترك على حائطه جرة فرمتها الريح على انسان فمات لم يجب عليه الضمان لأنه غير متعمد بوضعها على ملكه ووقعت من غير فعله ، وكذلك اذا سجر تنورا في ملكه وارتفعت شرارة الى دار غيره فأحرقته فلا ضمان عليه لما ذكرناه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان اصطدم فارسان أو راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر . وقال المزني ان استلقى أحدهما فانكسب الآخر على وجهه وجب على المنكسب دية المستلقى وهدر دمه ، لأن الظاهر أن المنكسب هو القاتل والمستلقى هو المقتول ، وهذا خطأ لأن كل واحد منهما هلك بفعله وفعل صاحبه فهدر النصف بفعله ووجب النصف بفعل صاحبه ، كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه .

ووجه قول المزني لا يصح ، لأنه يجوز أن يكون المستلقى صدم صدمة شديدة فوق مستلقيا من شدة صدمته ، وإن ركب صبيان أو أركبهما وليهما واصطدما وماتا فهما كالبالغين ، وان أركبهما من لا ولاية له عليهما فاصطدما وماتا وجب على الذي أركبهما دية كل واحد منهما النصف ، بسبب ما جنى كل واحد من الصبيين على نفسه ، والنصف بسبب إماء جناه الآخر عليه .

وان اصطدمت امرأتان حاملان فماتا ومات جنيناهما كان حكمهما في ضمانهما

حكم الرجلين ، فأما الحمل فإنه يجب على كل واحدة منهما نصف دية جنبها ونصف دية جنين الأخرى لجنايتهما عليهما .

(فصل) وإن وقف رجل في ملكه أو في طريق واسع فصدمه رجل فماتا هدر دم الصادم ، لأنه هلك بفعل هو مفرط فيه فسقط نصيبه ، كما لو دخل دار رجل فيها بر فوقع فيها ، وتجب دية المصدوم على عاقلة الصادم ، لأنه قتله بصدمة هو متعمد فيها ، وإن وقف في طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، لأن الصادم قتل أو أوقف بصدمة هو مفرط فيها ، والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه ، وهو وقوفه في الطريق الضيق ، وإن قعد في طريق ضيق فعثر به رجل فماتا كان الحكم فيه كالحكم في الصادم والمصدوم وقد بيناه .

(الشرح) إذا اصطدم راكبان أو راجلان فماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر وسقط النصف ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة وصاحباة وأحمد وإسحاق : يجب على عاقلة كل واحد منهما جميع دية الآخر ، وروى عن علي رضي الله عنه المذهبان . دليلنا أنهما استويا في الاصطدام ، وكل واحد منهما مات بفعل نفسه وفعل غيره ، فسقط نصف دية بفعل نفسه ووجب النصف بفعل غيره ، كما لو شارك غيره في قتل نفسه .

قال الشافعي رضي الله عنه ، وسواء غلبتهما دابتهما أو لم تغلبهما أو أخطأ ذلك أو تعمد ، أو رجعت دابتهما القهقري فاصطدما ، أو كان أحدهما راجعاً والآخر مقبلاً . اهـ

وجملة ذلك أنها إذا غلبتهما دابتهما أو لم تغلبهما إلا أنها أخطأ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مخففة ، وإن قصد الاصطدام فلا يكون عمداً محضاً ، وإنما يكون عمداً خطأ ، فيكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلظة .

وقال أبو إسحاق المروزي : يكون في مال كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلظة لأنه عمداً محض . وإنما لم يجب القصاص لأنه شارك من فعله غير مضمون

والأول هو المنصوص ، لأن الصدمة لا تقتل غالبا . ولو كان كذلك لكان في القصاص قولان ، ولا فرق بين أن يكونا مقبلين أو مدبرين ، أو أحدهما مقبلا والآخر مدبرا ، إلا أن الاصطدام قد وجد ، وإن كان فعل المقبل أقوى . وكذلك لا فرق بين أن يكونا فرسين أو حمارين أو بغلين ، أو أحدهما على فرس والآخر على بغل أو حمار ، لأن الاصطدام قد وجد منهما ، وإن كان فعل أحدهما أقوى من فعل الآخر ، كما لو جرح رجل رجلا جراحات وجرحه الآخر جراحة ومات منها .

قال الشافعي رضى الله عنه : ولا فرق بين أن يكونا بصيرين أو أعميين ، أو أحدهما أعمى والآخر بصيرا لأن الاصطدام قد وجد منهما ، ولا فرق بين أن يقعا مكبوبين أو مستقلقين ، أو أحدهما مكبوباً والآخر مستلقيا . وقال المزني : إذا وقع أحدهما مكبوباً على وجهه والآخر مستلقيا على ظهره ، فإن القاتل هو المكبوب على وجهه ، فعلى عاقلته جميع الدية المستلقة ولا شيء على عاقلة المستلقي والمنصوص هو الأول ، لأنهما قد اصطدما ، ويجوز أن يقع مستلقيا على ظهره من شدة صدمته . ألا ترى أن رجلا إذا طرح حجرا على حجر رجع الحجر الى خلف من شدة وقوعه وثبوت الآخر ، فكذلك هذا مثله . وإن مات الدابتان وجب على كل واحد منهما نصف قيمة دابة الآخر ، لأنها تلقت بفعله وفعل صاحبه ، ولا تحمله العاقلة ، لأن العاقلة لا تحمل المال ، وإن كان أحدهما راكبا والآخر ماشيا فالحكم فيهما كما لو كانا راكبين أو ماشيين وإنما يتصور هذا إذا كان الماشي طويلا والراكب أقصر

(فرع) إذا اصطدم صغيران راكبان نظرت — فإن ركبا بأنفسهما أو أركبهما ولياهما — فهما كالبالغين ، لأن لولى أن يركب الصغير ليعلمه ، وإن أركبهما أجنبيان فعلى عاقلة كل واحد منهما من المركبين نصف دية كل واحد منهما لأن كل واحد من المركبين هو الجاني على الذي أركبه وعلى الذي جنى عليه . وإن كان المصطدمتان حاملتين فماتت جنيتهما وجبت على عاقلة كل واحد

منهما نصف دية الأخرى ، وكذلك تجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الأخرى ، لأن كل واحدة منهما قتلت جنينها وجنين الأخرى . وان خرج جنين إحداهما منها قبل موتها لم ترث من ديته لأنها قاتلة له ، ويجب على كل واحدة منهما أربع كفارات ، لأن كل واحدة منهما قاتلة لنفسها وجنينها ، والأخرى وجنينها فوجب عليهم أربع كفارات ، ولو كانتا أمى ولد أو أمتين فلمما أحكام أخرى لا مكان لها هنا ، حيث التزمنا الاختصار على المسائل والفروع العملية واختصار ما عدا ذلك أو المرور عليه كراما (مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : وان كان أحدهما واقفاً فصدمه الآخر

فأنا ، فدية الصادم هدر ودية صاحبه على عاقلة الصادم ، اهـ
وجملة ذلك أن الرجل إذا كان واقفاً في موضع فصدمه آخر فأنا نظرت ،
— فإن كان الواقف وقف في ملكه أو في طريق واسع لا يتضرر الناس بوقوفه فيه ، فإن دية المصطدم وهو الواقف تجب على عاقلة الصادم ، لأنه مات بفعله ، وتهدر دية الصادم ، لأن الواقف غير مفرط بالوقوف في موضعه ، وسواء كان الواقف قائماً أو قاعداً أو مضطجعا أو نائماً ، وسواء كان بصيراً أو أعمى يمكنه أن يحتز فلم يفعل ، أو لا يمكنه لأن فعل الصادم مضمون ، وان أمكن المصدوم الاحتراز منه ، كما لو طلب رجلاً ليقنتله وأمكن المطلوب الاحتراز منه فلم يفعل حتى قتله ، فإن انحرف الواقف فوافق انحرافه صدمة الصادم فأنا فقد مات كل واحد منهما بفعله وفعل صاحبه فيكونان كالمتصادمتين فيجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ونصف قيمة السيارة إذا كان كل منهما يقود سيارة . فإذا كان أحدهما يقود سيارة والآخر راجلاً وصدم الراكب الراجل ، فإن كان الراجل مخطئاً في تعرضه للسيارة وكان يمكن للراكب أن يتوقى الصدم فلم يفعل كان عليه نصف دية الراجل لأنه مات بفعله وفعل الراكب ، فإن لم يكن يمكنه الاحتراز منه لسبب لا يرجع إلى تقصير منه أو خلل في (فرامل السيارة) فليس على الراكب دية ، فإن كان الراكب غير مقصر في آداب الطريق إلا أنه أراد أن يتوقى خطراً لاحقاً له فترتب على وقوفه المفاجيء اصطدام من الخلف بسيارة مسرعة وراه فمات سائقها ، فإن كان يمكنه أن يعطى إشارة حمراء لمن خلفه فلم

يفعل كانت الدية مخففة ، أما إذا أعطى إشارة حمراء فليس عليه دية لأن الذي خلفه مات بفعل نفسه فلم يستحق دية .

قال الشافعي رضي الله عنه ، فإن انحرف مولياً فمات فعلى عاقلة الصادم دية كاملة ، وصورته أن يكون وجهه واقف إلى المقبل فلما رآه انحرف مولياً ليتنجى عن طريقه فأصابه فمات ، فجميع ديته على عاقلة الصادم ، لأنه لا فعل له في قتل نفسه ودية الصادم هدر . وأما إذا كان واقفاً في طريق ضيق للمسلمين فعلى عاقلة كل واحد منهما جميع دية الآخر . أما الصادم فلأنه قاتل ، وأما المصدوم فلأنه كان السبب في قتل الصادم ، وهو وقوفه في الطريق الضيق ، لأنه ليس له الوقوف هناك ، والفرق بين هذا وبين المتصادمين أن كل واحد من المتصادمين مات بفعله وفعل صاحبه . وها هنا كل واحد منهما قاتل لصاحبه منفرد بقتله ، لأن الصادم انفرد بالاصابة والمصدوم انفرد بالسبب الذي مات به الصادم . ومن أصحابنا من قال ليس على عاقلة المصدوم شيء بحال ، والأول أصح . هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي ، نص الشافعي رحمه الله إذا كان الرجل واقفاً في الطريق فصدمه آخر فما أن دية الصادم هدر ودية الواقف على عاقلة الصادم . وقال فيمن نام في الطريق فصدمه آخر فماتنا أن دم النائم هدر ودية الصادم على عاقلة النائم ، فمن أصحابنا من جعل المسألتين على قولين ، ومنهم من أجراهما على ظاهرهما وفرق بينهما بأن الإنسان قد يقف في الطريق ليجيب داعياً وما أشبهه ، فأما النوم والقعود فليس له ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن اصطدمت سفينتان وهلكتا وما فيهما ، فإن كان بتفريط من القيمين بأن قصر في آلتها أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا ، أو سيرا في ريح شديدة لا تسير السفن في مثلها . وإن كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها . ويهدر النصف . وإن كانتا لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيها .

ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها ، لما بيناه في الفارسين ، فإن كان في السفن رجال فملكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه ، فان قصدا الاصطدام وشهد أهل الخبرة أن مثل هذا يوجب التلف ، وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه ، وان لم يفرطاً ففي الضمان قولان

(أحدهما) يجب كما يجب في اصطدام الفارسين إذا عجزا عن ضبط الفرسين .
(والثاني) لا يجب لأنها تلفت من غير تفريط منهما ، فأشبه إذا تلفت بصاعقة واختلف أصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال القولان إذا لم يكن من جهةهما فعل ، بأن كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها
فأما إذا سيرا ثم جاءت الريح فغلبتها ثم اصطدما وجب الضمان قولاً واحداً لأن ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان كالفارسين

وقال أبو اسحاق وأبو سعيد القولان في الحالين ، وفرقوا بينهما وبين الفارسين بأن الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام ، والقيم لا يمكنه ضبط السفينة ، فان قلنا إنه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم فيه إذا فرطاً إلا في القصاص ، فإنه لا يجب مع عدم التفريط . وان قلنا أنه لا يجب الضمان نظرت فإن كانت السفن وما فيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضمان . وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذي فيها أمانة كأوديعة وما المصارفة لم يضمن ، لأن الجميع أمانة فلا تضمن مع عدم التفريط .

وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذي فيها يحمل بأجرة لم يجب ضمان السفن لأنها أمانة . وأما المال فهو مال في يد أجير مشترك ، فإن كان معه صاحبه لم يضمن ، وان لم يكن معه صاحبه فعلى القولين في الاجير المشترك ، وان كان أحدهما مفرطاً والآخر غير مفرط ، كان الحكم في المفرط ما ذكرناه اذا كانا مفرطين . والحكم في غير المفرط ما ذكرناه اذا كانا غير مفرطين

(فصل) إذا كان في السفينة متاع لرجل فثقلت السفينة ، فقال رجل لصاحب المتاع ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه فألقاه وجب عليه الضمان . وقال أبو ثور لا يجب لأنه ضمان ما لم يجب ، وهذا خطأ لأن ذلك ليس بضمان ، لأن

الضمان يفتقر إلى مضمون عنه وليس ههنا مضمون عنه وإنما هو استدعاء لإتلاف
بعوض لغرض صحيح ؛ فإن قال ألقى متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ألف فألقاه
لزمه بمحضته ، فإن كاد عشرة لزمه مائة ، وإن كادوا خمسة لزمه مائتان لأنه جعل
الألف على الجميع فلم يلزمه أكثر من الحصة ، فإن قال أنا ألقيه على أتى وهم نعمناه
فألقاه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجب عليه الحصة لما ذكرناه (والثاني) يجب
عليه ضمان الجميع لأنه باشر الإتلاف

(الشرح) إذا اصطدمت سفينتان فانكسرتا وتلف ما فيهما فلا يخلو الربانان
وهما القسيمان أما أن يكونا مفرطين في الاصطدام أو غير مفرطين . أو أحدهما
مفرطاً والآخر غير مفرط ، فإن كانا مفرطين بأن أمكدهما ضبطهما أو الانحراف
فلم يفعلوا فقد صارا جانبيين ، فإن كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل
واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيها ونصف قيمة سفينة صاحبه
ونصف قيمة ما فيها ، لأن كل واحد منهما تلف بفعلها ، وسواء كانت السفينتان
وديعة أو عارية أو بأجرة ، وسواء كان المال فيهما وديعة أو قراضاً أو يحمل
بأجرة لأن الجميع يضمن بالتفريط ، وإن كان فيهما أحرار وماتوا وقصدوا
الاصطدام . وقال أهل الخبرة : إن مثل ما قصدوا اليه وفدلاه يقتل غالباً ، فإنها
جناية عمد محض ، فقد وجب عليهما القود للجماعة في حالة واحدة ، فيقرع بين
أولياء المقتولين ، فإذا خرجت عليهما القرعة بواحد قتلا بواحد ووجب للباقيين
الدية في أموالهما .

وإن قارا لا يقتل مثله غالباً أو لم يقصد الاصطدام وإنما فرطاً وجب على عاقلة
كل واحد منهما نصف ديات ركاب السفينتين .

وإذا لم يفرط الربانان أو القيمان مثل أن اشتدت الرياح واضطربت الامواج
فلم يمكنهما إمساكهما بطرح الانجد ، ولا بأن يعدل أحدهما عن سمت الأخرى
حتى اصطدمتا وهلكتا ففيه قولان :

(أحدهما) أن عليهما الضمان لأنهما في أيديهما ، فما تولد من ذلك كان عليهما
ضمانه ، وإن لم يفرطاً كالنارسين إذا تصادما وغلب عليهما الفرسان ، ولأن

كل من ابتداء الفعل منه فإنه بضمن ذلك الفعل اذا صار جنائياً ، وان كان بمعونة غيره كما لو رمى سهماً الى عرض فحمل الريح السهم الى انسان وقتله
(والثاني) لا ضمان عليهما لانه لا فعل لهما ابتداء ولا انتهاء ، وانما ذلك من فعل الريح فهو كما لو نزلت صاعقة فأحرقت السفينتين . واختلف أصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان اذا لم يكن للريان فعل لا ابتداء ولا انتهاء وهو في المراكب التي ينصب الريان الشراع ويمد الحبال ويقبضه نحو الريح حتى اذا هبت الريح دفعه . فأما السفن البخارية فإن اندفاعها ماخرة في عباب البحر بمحركاتها التي تقوم مقام المجداف في الزوارق الصغيرة ، وهذه السفن يمكن التحكم في سيرها الى مسافة تحدها علوم البحار التي تقرر لكل سفينة قوة وحمولة وسرعة يمكن التحكم في سيرها وتوقى الاصطدام بغيرها الى مسافة معينة ، فاذا تعذر فلا ضمان .

أما السفن الصغار التي تسير بالمجداف أو الزوارق البخارية فانه يجب الضمان قولاً واحداً ، لأن ابتداء الفعل منهما . ومنهم من قال القولان اذا لم يكن منهما فعل بأن كانتا واقفتين أو لم يسيرهما رباناهما فجاءت الريح فقلعتها فأما اذا سيرا فقلعتها فيجب الضمان قولاً واحداً ، ولم نفرق بين السفن التي تسير بنصب الشراع أو التي تسير بالبخار أو الصغار التي تسير بالمجداف .

ومنهم من قال القولان في الجميع سواء كانتا واقفتين أو سيرا هما ؛ وسواء كانتا تسيران بالشراع أو البخار أو المجداف ، لأن الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام ، والسفينتان لا يمكنه أن يسيرها سيرا لا يغلبه الريح عليها ؛ لأن العوامل الجوية وهياج البحر له تأثير على ضبط القيادة وتفادى المخاطر

فاذا قلنا يجب عليهما الضمان ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما فلا يجب عليهما الضمان . وكذلك اذا كانت السفينتان معهما وديعة ، والمال الذي فيهما حملاه بأجرة فلا ضمان عليهما في السفينة . وأما المال — فان كان رب المال معه لم يضمنه الاجير ، لأن يد صاحبه عليه . وان لم يكن رب المال معه فعلى قوانين لأن أجيره مشترك . وكذلك اذا استأجر على القيام بالسفينتين وما فيهما فهما أجيران مشتركان . فان كان رب السفينة والمال معه فلا ضمان . وان لم يكن معه

ففي القولين ، وإن كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط . قال الشيخ أبو حامد
 فإن المفرط جان والآخر غير جان ، فإن كانت السفينتان وما فيهما لهما كان علي
 المفرط قيمة سفينة صاحبه وما فيها ، لأنها تلفت بفعله ، أما سفينته وما فيها فلا
 يرجع به علي أحد ؛ لأنها هلكتا بفعله ، وإن كانتا وما فيهما لغيرهما فإن علي
 المفرط قيمة سفينته وقيمة ما فيها ، وعليه قيمة سفينة صاحبه وقيمة ما فيها ،
 ولصاحب السفينة الذي لم يفرض قيمتها وله أن يطالب المفرط بذلك ، وإن أراد
 أن يطالب الربان الذي لم يفرض — فإن قلنا ان الربان يضمن وإن لم يفرض —
 فما هنا له أن يضمنه ثم يرجع الذي لم يفرض بما غرمه علي المفرط ، وإن قلنا ان
 الربان لا يضمن إذا لم يفرض — فإن كانت السفينة معه وديعة أو المال معه
 قراض — فلا ضمان عليه . وإن كان ذلك بيده استؤجر علي حمله — فهو أجير
 مشترك ؛ وإن لم يكن صاحبه معه — فإن قلنا لا يضمن لم يكن له مطالبته ، وإن
 قلنا يضمن فله أن يطالبه ثم يرجع بما غرمه علي المفرط ، فإن انكسرت إحداهما
 دون الأخرى فالحكم في المسكسرة حكمهما إذا انكسرتا

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا صدمت سفينته من غير أن يتعمد

بها الصدم لم يضمن شيئا مما في سفينته بحال

واختلف أصحابنا في صورتها فنهم من قال صورتها أن يكون الربان قد عدل
 سفينته الي الشط وربطها فطرح الأجد فجاءت سفينة أخرى فصدمتها فتلفت وما
 فيها فلا ضمان عليه ، لأنه لا فعل له يلزمه به الضمان . وهذا القائل يقول : قول
 الشافعي 'صدمت سفينته؟' إنها هو بضم الصاد فعل لما لم يسم فاعله ، ومنهم من قال
 صورتها إذا لم يكن منه تفريط ، وأجاب بأحد القولين وهو الأصح لأنه قال :
 صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم ، ولا يقال ذلك للبصدم . وإنما
 يقال مثله للصادم .

(مسألة) قوله : إذا كان في السفينة متاع الخ . فان جملة ذلك إذا كان قوم

في سفينة وفيها متاع فتلفت السفينة من المتاع ونزات في الماء وخافوا الغرق فإن
 ألقى بعضهم متاعه في البحر لتخف السفينة وسلموا لم يرجع به علي أحد لأنه أتلف
 ماله باختباره من غير أن يضمن له غيره عوضا . فهو كالو أعتق عبده . وإن طرح

مالا لغيره من غير إذنه لتخف السفينة وجب عليه ضمانه لانه أتلف مال غيره بغير
إذنه فوجب عليه ضمانه كما رخرق ثوبه وإن قال لغيره ألق متاعك في البحر ولم يضمن
له عوضاً فألقاه فقد قال المسعودي هل يجب على الذي أمره بالإلقاء ضمانه ؟ فيه
وجهان كما قلنا فيه إذا قال لغيره اقض عني ديني ولم يضمن له ثم توضحه

وقال سائر أصحابنا لا يلزمه ضمانه ، وهو المنصوص ، لانه لم يضمن له بدله
فلم يلزمه ، كما لو قال : اعتق عبدك فأعتقه ، والفرق بينه وبين قضاء الدين متحقق
نفعه للطالب لأن ذمته تبرأ بالقضاء ، وما هنا لا يتحقق النفع بذلك ، بل يجوز
أن يسلموا ويجوز أن لا يسلموا

وإن قال له ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه أو على أني أضمن لك قيمته ،
فألقاه ، وجب على الطالب ضمانه ، وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا ثور فإنه قال
لا يلزمه لانه ضمان ما لم يجب ، وهذا خطأ ، لانه استدعى إتلاف مال لغرض
صحيح فصح ، كما لو قال أعتق عبدك وعلى قيمته أو طلق امرأتك وعلى ألف .

(فرع) وإن قال لغيره ألق متاعك في البحر وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه
فألقاه ، وجب على الطالب حصته ، فإن كانوا عشرة لزمه ضمان عشرة . وإن قال
ألقه على أن أضمنه وكل واحد من ركاب السفينة ، فألقاه ، وجب على الطالب
ضمان جميعه لانه شرط أن يكون كل واحد منهم ضامناً له

وإن قال ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه ، وقد أذنوا لي في ذلك
فإن صدقوه لزم كل واحد منهم بحصته وإن أنكروا حلفوا ولزم الطالب ضمانه
جميعه ، وإن قال ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه وعلى تحصيله منهم
فألقاه وجب على الطالب ضمان جميعه .

وإن قال صاحب المتاع لآخر ألق متاعى وعليك ضمانه ، فقال نعم فألقاه ،
وجب عليه ضمانه لأن ذلك بمنزلة الاستدعاء منه . وإن قال ألق متاعك وعلى
نصف قيمته وعلى فلان ثلثه وعلى فلان سدسه ، فألقاه ، فإن صدقه الاخران
أثمها أذنا للطالب في ذلك — لزمه نصف قيمته ولزم الاخران النصف ، وإن
أنكر الاخران حلفوا ووجب الجميع على الطالب ، فإن قال الطالب ألق أنا متاعك
وعلى ضمانه ، فقال صاحب المتاع نعم ، فألقاه لم يكن مأثوماً ووجب عليه ضمانه .

فإن قال الطالب : ألقى أنا متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه . فقال صاحب المتاع نعم فألقاه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزم الملقى الا بحصته لأنه قدر ما ضمن (والثاني) يلزمه الجميع لأنه باشر الاتلاف . وان كان لغيره : ألقى متاع فلان وأنا ضامن لك او طالبك لم يصح هذا الضمان ، ويلزم الضمان على الملقى لأنه هو المباشر .

(مسألة) استحدثت في عصرنا هذا شركات تقوم بالتزام دفع ضمان ما يهلك من السفن أو السيارات وتصدر القوانين من الحكومات لالزام أصحاب السيارات والسفن والمصانع أداء قدر من المال الى هذه الشركات الضامنة وتسمى شركات التأمين ، فأما من جهة الضمان فلا خلاف في جوازه بناء على ما قلنا فبمن قال : ألقى متاعك وأنا ضامن فإنه يلزمه الضمان . وأما ما يؤدي الى هذه الشركات فهل يجرى مجرى الأجر على الضمان ؟ أم أنها أموال معونة ورفق ترصد لتكون على أهبة الاستعداد دائماً لدفع الضمان عند حدوث التلف ؟ أم أنها صور ربوية محظورة ؟ أم هي من القهار المحرم ؟ هذا ما سأفرده ببحث خاص في كتاب على حدة ان شاء الله .

(فرع) وان خرق رجل السفينة ففرق ما فيها ، فإن كان مالا ، لزمه ضمانه ، سواء خرقها عمداً أو خطأ ، لأن المال يضمن بالعمد والخطأ ، وان كان فيه أحرار ففرقوا وماتوا — فإن كان عامداً مثل أن يقطع منها لوحا يغرق مثلها من قلعه في الغالب — وجب عليه القود بهم ، فيقتل بأحدهم وتجب للباقيين الدية في ماله ، وان كان مخطئاً بأن سقط من يده حجر أو فأس فخرق موضعاً فيها ففرقوا كان على عاقلته ديانهم مخففة ، وان كان عمداً خطأ مثل أن فيها ثقب فأراد صلاحه فانخرق عليه كان على عاقلته ديانهم مغلظة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن رمى عشرة أنفس حجراً بالمنجنيق فرجع الحجر وقتل أحدهم سقط من ديته العشر ووجب تسعة أعشار الدية على الباقيين لأنه مات من فعله وفعلهم ، فهدر بفعله العشر ، ووجب الباقي على التسعة

(فصل) وإذا وقع رجل في بئر ووقع آخر خلفه من غير جذب ولا دفع ، فإن مات الأول وجبت دية علي الثاني لما روى علي بن رباح اللخمي أن بصيراً كان يقود أعمى فوقع في بئر فوقع الأعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر رضي الله عنه بعقل البصير علي الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم

يا أيها الناس لقيت منكراً هل يعقل الأعمى الصحيح المبصر
خراً معاً كلاهما تكسراً

ولأن الأول مات بوقوع الثاني عليه فوجبت دية عليه ، وإن مات الثاني هدرت دية ، لأنه لا صنع لغيره في هلاكه ، وإن ماتا جميعاً وجبت دية الأول علي الثاني ، وهدرت دية الثاني لما ذكرناه ، فإن جذب الأول الثاني ومات الأول هدرت دية ، لأنه مات بفعل نفسه ، وإن مات الثاني وجبت دية علي الأول لأنه مات بجذبه ، وإن وقع الأول ثم وقع الثاني ثم وقع الثالث ، فإن كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع وجبت دية الأول علي الثاني والثالث ، لأنه مات بوقوعها عليه ، وتجب دية الثاني علي الثالث ، لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته ، وتهدر دية الثالث لأنه مات من وقوعه ، فإن جذب بعضهم بعضاً بأن وقع الأول وجذب الثاني وجذب الثاني الثالث وماتوا وجب للأول نصف الدية علي الثاني ، لأنه مات من فعله بجذب الثاني ، ومن فعل الثاني بجذب الثالث ، فهدر النصف بفعله ووجب النصف ، ويجب للثاني نصف الدية علي الأول لأنه جذبته ويسقط نصفها لأنه جذب الثالث ، ويجب للثالث الدية لأنه لا فعل له في هلاك نفسه ، وعلي من تجب ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنها تجب علي الثاني لأنه هو الذي جذبته

والوجه الثاني أنها تجب علي الأول والثاني نصفين ، لأن الثاني جذبته والأول جذب الثاني فاضطره الي جذب الثالث ، وكان كل واحد منهما سبباً في هلاكه فوجبت الدية عليهما .

(فصل) وإن تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما علي صاحبه أنه قصد قتله لجرحه دفعاً عن نفسه فالقول قول كل واحد منهما ، مع يمينه أنه ما قصد

قتل صاحبه ، فإذا حلقا وجب على كل واحد منهما ضمان جرحه ، لأن الجرح قد وجد وما يدعيه كل واحد منهما من قصد الدفع عن نفسه لم يثبت فوجب الضمان

(الشرح) خبر على بن رباح اللخمي أخرجه الدارقطني عن اسماعيل المحاملي نازيد بن الحباب نا موسى بن علي بن رباح اللخمي ، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من رواية موسى بن علي بن رباح عن أبيه . قال الحافظ بن حجر : وفيه انقطاع ، ولفظه : فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى ، فذكر أن الأعمى كان يفشد ، ثم ذكر الآيات .

أما المنجنيق فإنه آلة يرمى عنها بالحجارة ، يقال بفتح الميم وجاء كسرهما عن ابن قتيبة وجمعه مجناق وهي معربة ، وأصلها بالفارسية من جي نيك ، أي ما أجودني ، وهو بمثابة المدافع التي تقذف قذائف النيران في عصرنا هذا ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم حاصر الطائف بالمنجنيق . أما علي بن رباح أبو عبد الله المصري قال علي بن عمر الحافظ : لقبه علي بالضم وثقه النسائي وفي الخلاصة مات بعد العشر ومائة ، وفي التهذيب سنة سبع عشرة

أما الأحكام فإنه إذا رمى عشرة أنفس حجراً بالمنجنيق فأصابوا رجلاً من غيرهم فقتلوه فقد اشتركوا في قتله — فإن لم يقصدوا بالرمي أحداً — وجبت ديته مخففة على عاقلة كل واحد منهم عشرها ، وإن كانوا قصدوه بالرمي فأصابوه لم يكن عمد خطأ ، لأنه لا يمكن قصد رجل بعينه بالمنجنيق ، وإنما يتفق وقوعه ممن وقع به ، فتجب ديته مغلظة على عاقلة كل واحد منهم عشرها ، وإن رجع الحجر على أحدهم فقتله سقط من ديته العشر ووجب على عاقلة كل واحد من التسعة عشر ديته لأنه مات بفعله وفعلهم ، فمدر ما يقابل فعله ووجب ما يقابل فعلهم . وإنما تجب الدية على من مد منهم الحبال ورمى الحجر ، كمن وضع القذيفة في المدفع والآخر ضبط الهدف وغيره ضغط الزناد ، فإذا أحضر أحدهم القذيفة ثم تنحى فلا شيء عليه لأنه صاحب سبب والمباشر غيره فتعلق الحكم بالمباشر

قوله « وإذا وقع في بئر الخ » بجملة ذلك أنه إذا وقع رجل في بئر أو زبية — وهي حفرة في موضع عال يصاد فيها الأسد ونحوه — والجمع زبي مثل مدينة

ومدى . ومن إطلاق الزبية على المحل المرتفع قول عثمان لعلى أيام الحصار في
المدار : قد بلغ السيل الزبي - فوقع عليه آخر فوات الاول وجب ضمان الاول
على الثاني للأثر الذي سقناه عن الأعمى الذي قضى عمر رضى الله عنه عليه أن
يعقل البصير ثم ينظر فيه ، فإن كان الثاني رعى بنفسه عليه عمداً وكان وقوعه عليه
يقتله في الغالب وجب على الثاني القود ، وان رعى بنفسه عليه وكان وقوعه عليه
لا يقتله غالباً وجبت فيه دية مغلظة على عاقلة الثاني . وان وقع عليه مخطئاً وجبت
على عاقلة دية مخففة وتهدر دية الثاني بكل حال ، لأنه لم يمت بفعل أحد ، وان
وقع الاول ووقع عليه ثان ووقع فوقهما ثالث وماتوا يقال ابن الصباغ ، فقد
ذكر الشيخ أبو حامد أن ضمان الاول على الثاني والثالث لأنه مات بوقوعهما عليه
و ضمان الثاني على الثالث لأنه انفرد بالوقوع عليه ويهدر دم الثالث لأنه لم يمت بفعل أحد
وذكر القاضي أبو الطيب أن الثالث يضمن نصف دية الثاني ويهدر النصف
لأن الثاني تلف بوقوعه على الاول وبوقوع الثالث عليه . قال ابن الصباغ :
وهذا أقيس لأن وقوعه على غيره كسبب في تلفه كوقوع غيره عليه . قال ابن
الصباغ : فعلى قياس هذا إذا وقع على الاول ثان ومات أن يهدر نصف دية الاول
لأنه مات بوقوعه وبوقوع الثاني عليه .

وان وقع رجل في بئر وجذب ثانياً وماتاً هدرت دم الاول لأنه مات بجذبه
الثاني على نفسه ووجبت دية الثاني على الاول لأنه مات بجذبه ، وان جذب
الاول ثانياً وجذب الثاني ثالثاً وماتوا فقد مات الاول بفعله وهو جذب الثاني على
نفسه وبفعل الثاني وهو جذب الثالث فسقط نصف دية الاول ، ويجب نصفها
على الثاني ، ويجب للثاني نصف دية الثاني على الاول وسقط نصفها لأنه مات بجذبه
الاول له وبجذبه الثالث على نفسه ، ويجب للثالث جميع دية الثاني لأنه لا صنع له في
قتل نفسه وعلى من يجب فيه وجهان

(أحدهما) يجب على الثاني لأنه جذب (والثاني) يجب على الاول والثاني
نصفين ، لان الاول جذب الثاني والثاني جذب الثالث فكان الثالث مات بجذبها
فإن كانت بجالها وجذب الثالث رابعاً وماتوا فقد حصل ما هنا ثلاث جذبات ،
فأما الاول فقد مات بفعله وفعل الثاني وفعل الثالث فسقط ثلث الدية لأنه جذب

الثاني على نفسه ، ويجب له على الثاني ثلث الدية لجذبه الثالث عليه ، وعلى الثالث ثلث الدية بجذبه الرابع عليه . وأما الثاني فقد مات بفعله وفعل الأول وفعل الثالث ، فيجب له على الأول ثلث الدية وعلى الثالث ثلث الدية ويسقط الثالث وأما الثالث ففيه وجهان :

(أحدهما) يسقط من دية النصف ويجب له على الثاني النصف لأنه مات بفعله وهو جذبه الرابع فسقط النصف لذلك ، وبفعل الثاني وهو جذبه له (والثاني) يسقط من دية الثلث لأنه مات بثلاثة أفعال بجذبه للرابع وبجذب الثاني له وبجذب الأول للثاني ، فيجب له على الأول ثلث الدية وعلى الثاني ثلث الدية ، فأما الرابع فيجب له جميع الدية لأنه لا صنع له في قتل نفسه وعلى من يجب ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجب على الثالث لأنه هو الذى جذبه (والثاني) يجب على الأول والثاني والثالث لأن وقوعه حصل بالجذبات ، فإن قيل فقد روى سماك بن حرب عن حنش بن المعتمر عن علي رضي الله عنه أن قوماً باليمن حفروا زبية ليصطادوا بها الاسد فوقع فيها الاسد فاجتمع الناس على رأسها يبصرونه فتردى رجل فيها فتعلق بثان وتعلق الثاني بثالث وتعلق الثالث برابع فوقعوا فيها فقتلهم الاسد ، فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه ، فقضى للأول بربع الدية لأن فوقه ثلاثة وقضى للثاني بثلث الدية لأن فوقه اثنين ، وللثالث بنصف الدية ، ولأن فوقه واحداً ، وللرابع بكال الدية ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو كما قضى .

قال أصحابنا : هذا الحديث لا يثبت به أهل النقل فهو في مسند أحمد وسنن البيهقي والبخاري ، قال ولا نعلمه يروى إلا عن علي ولا نعلم له إلا هذه الطريق ، وحنش ضعيف ، وقد وثقه أبو داود . قال في مجمع الزوائد : وبقية رجاله رجال الصحيح وحكم الفقه هو ما قدمنا

(فرع) وإن حفر رجل بترأ في موضع ليس له الحفر فيه فتردى فيها رجل وجذب آخر فوقه ومات ففيه وجهان حكاهما الطبري في العدة (أحدهما) يجب للأول على الحافر نصف الدية ويهدر النصف لأنه مات بسببين : حفر البئر وجذبه

لثاني على نفسه فانقسمت الدية عليهما وسقط ما قابل فعله (والثاني) حكاه أبو الطيب عن أبي عبد الله الجوني أنه لا يجب له شيء على الحافر لان جذبه الثاني على نفسه مباشرة والحفر سبب وحكم السبب يسقط بالمباشرة كما قدمنا فيمن أحضر قذيفة المدفع وتنحى . قال الطبري والاول أصح لان الجذب سبب أيضا لانه لم يقصد به إلقاءه على نفسه ، وإنما قصد به التحرز من الوقوع فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الديات

دية الحر المسلم مائة من الإبل لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات ، وقرئ به على أهل اليمن أن في النفس مائة من الإبل فإن كانت الدية في عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثاً ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفه .

وقال أبو ثور : دية شبه العمد أخصاً عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، لانه لما كانت كدية الخطأ في التأجيل والحمل على العاقلة كانت كدية الخطأ في التخميم ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : ألا إن دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا ، دية مغلظة مائة من الإبل ، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها ،

وروى مجاهد عن عمر رضي الله عنه « أن دية شبه العمد ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفه ، ويخالف الخطأ فإنه لم يقصد القتل ولا الجنابة تخفف من كل وجه ، وفي شبه العمد لم يقصد القتل ، فجعل كخطأ في التأجيل ، والحمل على العاقلة وقصد الجنابة ، فجعل كالعمد في التغليظ بالاسنان ، وهل يعتبر في الخلفات السن مع الحمل؟ فيه قولان . أحدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم

منها أربعون خلفه في بطونها أولادها ، ولم يفرق (والثاني) يعتبر أن تكون نيات فما فوقها لأنه أحد أقسام أعداد إبل الدية ، فاخص بسن كالثلاثين ، وإن كانت في قتل الخطأ والقتل في غير الحرم وفي غير الأشهر الحرم ، والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل ، وجبت دية مخففة أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : في الخطأ عشرون جذعة ، وعشرون حقة ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض ،

وعن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون : دية الخطأ مائة من الإبل ، عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة . وإن كان القتل في الحرم أو في أشهر الحرم وهي : ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل ، وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو محرماً بالدية وثلاث الدية ،

وروى أبو النجيع عن عثمان رضى الله عنه أنه قضى في امرأة قتلت في الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ، ستة آلاف الدية وألفين للحرم ، وروى نافع ابن جبير أن رجلاً قتل في البلد الحرام في شهر حرام ، فقال ابن عباس ديبته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف ، فأكملها عشرين ألفاً ، فإن كان القتل في المدينة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يغلظ لأنها كالحرم في تحريم الصيد ، فكذلك في تغليظ الدية (والثاني) لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها في تحريم القتل بخلاف الحرم . واختلاف قوله في عمد الصبي والمجنون ، فقال في أحد القولين : عمدهما خطأ لأنه لو كان عمداً لأوجب القصاص ، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة (والثاني) أن عمدهما عمد لأنه يجوز تأديتهما على القتل فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل ، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة ، وما يجب فيه الدية من

الاطراف فهو كالنفس في الدية المغلظة والدية المخففة لأنه كالنفس في وجوب القصاص والدية ، فكان كالنفس في الدية المغلظة والدية المخففة

(الشرح) حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أخرجه النسائي وقال : وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهري مرسلًا . وأخرجه أيضا أبو داود في المراسيل ، وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولًا . قال الشوكاني : وقد صححه جماعة من أئمة الحديث ، منهم الحاكم وأحمد وابن حبان والبيهقي وأخرجه مالك والشافعي . وقد مضى الكلام على هذا الحديث عند الكلام على قتل الرجل بالمرأة

وحديث ابن عمر أخرجه أبو داود بلفظه ، خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح على درجة البيت أو الكعبة ، وأخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي ولهم من حديث عبد الله بن عمرو مثله . وأثر مجاهد عن عمر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وهو منقطع ، وفي إسناده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف . قال البيهقي وروى عن عكرمة عن عمر بن الخطاب ما يدل على التاميم في الشهر الحرام . وقال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه قال : من قتل في الحرم أو قتل محرماً أو قتل في الشهر الحرام فعليه الدية وثلث الدية ،

وروى الشافعي والبيهقي عن عمر أيضا من طريق ابن أبي نجيح عن أبيه أن رجلاً أوطأ امرأة بمكة فقتلها ففرض فيها ثمانية آلاف درهم وثلث . وأثر ابن مسعود أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه مرفوعاً عن الحجاج ابن أرطاة عن زيد بن جبيرة عن حشف بن مالك الطائي عن ابن مسعود قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت ابون وعشرون ابن مخاض ذكره ،

وقال ابن ماجه في إسناده عن الحجاج ، حدثنا زيد بن جبيرة قال أبو حاتم الرازي ، الحجاج يدلس عن الضعفاء فإذا قال حدثنا فلان فلا يرتاب به . وأخرجه أيضا البزار والبيهقي والدارقطني وقال عشرون بنو ابون مكان قوله عشرون ابن مخاض . وأما الموقوف الذي صاقه المصنف فإن إسناده في سنن الدارقطني

من طريق أبي عبيدة عن أبيه ، يعنى عبد الله بن مسعود موقوفاً ، وقال هذا إسناد حسن ، وضعف المرفوع من أوجه عديدة ، ولعل المصنف قد تأثر بتضعيف الدارقطى للمرفوع وتحسينه للموقوف فاختره شاهداً ، ولكن البيهقي تعقب الدارقطى فأنهم بالوهم وقال : والجواد قد يعثر . قال وقد رأيت في جامع سفينان الثوري عن منصور عن ابراهيم عن عبد الله وعن ابن اسحاق عن هلقمة عن عبد الله . وعن عبد الرحمن بن مهدي عن يزيد بن هرون عن سليمان التيمي عن أبي مجلز عن أبي عبيدة عن عبد الله ، ويؤيد المصنف أن دافع الحافظ بن حجر عن الدارقطى ، لأنه كان يضعف الرواية المرفوعة لبعض عباراتها ، كعبارة « بنو مخاض ، فقال فانتفى أن يكون الدارقطى عشر ، وقد تكلم الترمذى على حديث ابن مسعود فقال : لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه ؛ وقد روى عن عبد الله موقوفاً . وقال أبو بكر الزار : وهذا الحديث لا نعلمه روى عن عبد الله مرفوعاً إلا بهذا الإسناد .

وذكر الخطابي أن حشف بن مالك مجهول لا يعرف إلا بهذا الحديث وعدل الشافعى عن القول به لهذه العلة ، ولأن فيه بنى مخاض ولا مدخل ابني المخاض في شيء من أسنان الصدقات . وأثر عثمان قال الشافعى : أخبرنا سفينان عن ابن أبي نجيح عن أبيه أن رجلاً أوطأ امرأة بمكة ففضى فيها عثمان بثمانمائة ألف درهم وثلاث . وقد روى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من لك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظر أنهم أن ناساً كانوا يقولون : إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألف درهم ، فألقى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما

قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابة في هذا ، ولو صح فقول عمر يخالفه ، وقوله أولى من قول من خالفه ، وهو أصح في الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس . وسيأتى في شرح الاحكام الراجح من الخلاف ويؤخذ من كتاب عمرو بن حزم أن دية الحر المسلم مائة من الابل ، وهو

إجماع ، فإن كانت الدية في العمد المحض أو في شبه العمد وجبت مائة مغلظة وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه (والخلفة الحامل) وبه قال عمر وعلي وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة وعطاء ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يجب أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة .

وقال أبو ثور دية قتيل شبه العمد مخففة يجبر به الخطأ ، دليلنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح : ألا إن في قتيل العمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الأبل منها أربعون خلفه في بطونها أو أولادها ، وعن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن في الدية العظمى مائة من الأبل منها أربعون خلفه في بطونها أو أولادها ،

قال في البيان ، فإن قيل فما معنى قوله أربعون خلفه في بطونها أو أولادها؟ وقد علم أن الخلفة لا تكون إلا حاملاً . قلنا له تأويلان ، أحدهما أنه أراد التأكيد في الكلام وذلك جائز كقوله تعالى (فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة ،

(والثاني) أن الخلفة اسم للحامل التي لم تضع واسم للتي وضعت ويتبعها ولدها فأراد أن يميز بينها . اهـ

إذا ثبت هذا فهل تختص الخلفة بسن أم لا ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يختص بسن ، بل إذا كانت حاملاً فأى سن كانت جاز (والثاني) يختص بسن هو أن تكون ثلاثة فما فوقها لحديث عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبي (ص) أنه صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن في قتيل شبه العمد بالسوط والعصا مائة من الأبل منها أربعون خلفه في بطونها أو أولادها ما بين الثنية إلى بازل عامها كلهن خلفه ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني والبخاري في تاريخه الكبير ، ومراسيل الصحابة رضى الله عنهم حجة لأنهم ثقات لا يتهمون

(مسألة) إذا كانت الجنسية خطأ ولم يكن القتل في الحرم ولا في الأشهر الحرم ، ولكن المقتول ذو رحم محرم للقاتل ، فإن الدية تكون مخففة أخيراً وهي مائة من الأبل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون

وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وبه قال من الصحابة ابن مسعود ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهرى ومن الفقهاء مالك وربيعة والليث والثورى . وقال أبو حنيفة وأصحابه ، هي أخماس ، إلا أنه يجب أن يكون بنو ابون عشرون ابن مخاض .

وروى عن عثمان وزيد بن ثابت أنهما قالتا يجب من أربعة أنواع ثلاثين جذعة وثلاثين حقة وعشرين بنت لبون وعشرين بنت مخاض . وقال الشيبى والحسن البصرى يجب أربعاً وخمسة وعشرين جذعة وخمسة وعشرين حقة وخمسة وعشرين بنت لبون وخمسة وعشرين بنت مخاض . وروى مثل ذلك عن علي رضي الله عنه دليلنا ما روى الحجاج عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية الخطأ مائة من الإبل عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذى وابن ماجه وقتضى الكلام فيه . وقد روى موقوفاً على ابن مسعود قال المنذرى بعد أن ذكر الخلاف فيه على الحجاج : والحجاج غير محتج به . وكذا قال البيهقى ، والصحيح أنه موقوف على عبد الله .

وروى عن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون : دية الخطأ مائة من الإبل عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة .

أما إذا كان قتل الخطأ في الحرم أو في الأشهر الحرم وهي رجب وذو القعدة وذو الحجة والمحرم ، أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل كانت دية الخطأ مغلظة كدية العمد ، فيجب ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه ، وبه قال عمر رضي الله عنه فيما أخرجه البيهقى من طريق مجاهد عنه أنه قضى فيمن قتل في الحرم أو في الشهر الحرام أو وهو محرّم بالدية وثلاث الدية ، وهو مقطوع وفي سنده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف .

قال البيهقى : وروى عن عكرمة عن عمر ما يدل على التخليط في الشهر الحرام وقال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه قال فيمن قتل في الحرم أو قتل في الشهر الحرام أو قتل محرّماً فبليه الدية وثلاث الدية . وروى الشافعى والبيهقى من

طريق ابن أبي نجيح عن أبيه أن رجلاً أوطأ امرأة بمكة فقتلها فقتضى فيها بثمانية آلاف درهم دية وثلاثاً .

وروى البيهقي وابن حزم عن ابن عباس من طريق نافع بن جبير عنه قال :
يزاد في دية المقتول في الأشهر الحرم أربعة آلاف ، وفي دية المقتول في الحرم
أربعة آلاف . وروى ابن حزم في المحلى عن ابن عباس أن رجلاً قتل في البلد
الحرام في الشهر الحرام ، فقال إن ديته إثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام والبلاد الحرام
أربعة آلاف فكلها عشرون ألفاً .

وإن قتل خطأ في حرم المدينة فهل يتغلظ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يتغلظ
لأنه كالحرم في تحريم الصيد ، فكان كالحرم في تغليظ دية الخطأ (والثاني) لا تغلظ
وهو الأصح لأنه دون الحرم في الحرمة ، بدليل أنه يجزه قصده بغير إحرام فلم
يلحق به في الحرمة تغليظ

وإن قتل محرماً خطأ فهل تغلظ ديته ؟ فيه وجهان (أحدهما) تغلظ كما تغلظ
في القتل بالحرم ، وبه قال أحمد لأن الأحرام يتعلق به صمان الصيد فغلظت به
الدية كالحرم (والثاني) لا تغلظ به لأن الشرع ورد بتغليظ القتل في الحرم دون
الأحرام بدليل ما روى أحمد في رواية الأثرم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : إن أعدى الناس على الله عز وجل من قتل في الحرم أو قتل غير قاتله
أو قتل بذحول الجاهلية ، والأحرام لا يلحق الحرم في الحرمة

إذا ثبت هذا فإن تغليظ دية الخطأ عندنا بالحرم أو في الأشهر الحرم أو إذا
قتل ذا رحم محرم إنما هو بأسنان الأبل كما قلنا في دية العمى ، ولا يجمع بين
تغليظين . وقال أحمد : يغلظ بثلاث الدية ، ويجمع بين تغليظين لما روينا عن
الصحابة رضی الله عنهم . ولكن دليلنا على أنه لا يغلظ إلا بالأسنان أن ما أوجب
التغليظ في دية القتل أوجبه بالأسنان كدية العمى ، ودليلنا على أنه لا يجمع بين
تغليظين أن ما أوجب التغليظ في أوجه الضمان إذا اجتمع سببان يقتضيان
التغليظ لم يجمع بينهما كما لو قتل المحرم صيداً في الحرم فإنه لا يجب عليه إلا جزاء
واحد ، وأما ما روى عن الصحابة أنهم قضوا بالدية وثلاث الدية في ذلك وجمعوا
بين تغليظين محمولاً على أنهم قضوا بدية مغلظة بالأسنان ، إلا أنها قومت فبلغت

قيمتها دية وثلاثا من دية مخففة ، أو كانت الابل قد أعوزت فأوجبوا قيمة الابل فبلغت قيمتها ذلك .

(فرع) إذا قتل الصبي أو المجنون عمداً — فإن قلنا ان عمدهما عمد —
وجب بقتلهما دية مغلظة ، وان قلنا عمدهما خطأ وجب بقتلهما دية مخففة ، وإن
كانت الجناية على ما دون النفس كان الحكم في التغليظ بديتها حكم دية النفس ،
قياسا على دية النفس .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجب الدية من الصنف الذي يملكه من تجب عليه الدية من القتال
أو العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذي يملكه من تجب عليه الزكاة ، وان كان
عند بعض العاقلة من البخاتي وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم
من الصنف الذي عنده ، وان اجتمع في ملك كل واحد منهم عتقان فقيه وجهان
(أحدهما) انه يؤخذ من الصنف الاكثر ، فإن استويا دفع مما شاء منهما
(والثاني) يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه
الزكاة وماله أصناف وإن لم يكن عند من تجب عليه الدية إبل وجب من غالب
إبل البلد ، فإن لم يكن في البلد إبل وجب من غالب أقرب البلاد اليه ، كما قلنا في
زكاة الفطر .

وإن كانت إبل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشتري إبلا
صحاحا من الصنف الذي عنده لأنه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيها معيب
كقيمة الثوب المتلف ، وان أراد الجاني دفع العوض عن الابل مع وجودها لم
يجبر اولى على قبوله ، وإن أراد اولى أخذ العوض عن الابل مع وجودها لم
يجبر الجاني على دفعه لأن ما ضمن لحق الأدمى يبدل لم يجز الاجبار فيه على دفع
العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الأمثال ، وإن تراضيا على العوض
جاز لأنه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل في سائر المتلفات
(فصل) وان أعوزت الابل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان
قال في القديم يجب ألث دينار أو اثنا عشر ألف درهم ، لما روى عمرو بن حزم

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن في النفس مائة من الإبل ، وعلى أهل الذهب ألف مثقال ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم . روى ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفاً ، فملى هذا إن كان في قتل يوجب التغليظ فحفظ بثلاث الدية ، لما روينا عن عمر وعثمان وابن عباس في تغليظ الدية للحرم . وقال في الجديد : يجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم ، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضي الله عنه فقام عمر خطيباً فقال : ألا إن الإبل قد غلت — قال : فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الرق اثنا عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة أئني شاة وعلى أهل الحبل مائتي حلة ، ولأن ما ضمن بنوع من المال وتعذر وجبت قيمته كذوات الأموال

(الشرح) أثر عمر أخرجه أبو داود والبيهقي . أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا أكاتب أحداً من العاقلة غير إبله ، ولا نقل منه دونها . وجملة ذلك أنه قد مضى الكلام في إقندر الدية وجنسها وأسمائها . وأما نوعها — فإن كان لا عاقلة إبل — وجب عليهم من النوع الذي معهم من الإبل ، لأن العاقلة تحمل الدية على طريق المواساة ، فبمكان الواجب من النوع الذي يملكونه كما قلنا في الزكاة ، بأن طلب الولي أعلى مما مع العاقلة من النوع ، وامتنعت العاقلة أو طلبت العاقلة أن يدفعوا من النوع دون النوع الذي معها وامتنع الولي لم يجبر الممتنع منها كما قلنا في الزكاة ، فإن كان عند بعض العاقلة من البخاتي وعند البعض من المراب أخذ من كل واحد من النوع الذي عنده كما قلنا في الزكاة أنه يجب على كل إنسان مما عنده من النوع ، وإن كان في ملك واحد منهم نوعان من الإبل ففيه وجهان

(أحدهما) يؤخذ منه من النوع الأكثر ، فإن استويا دفع من أيهما شاء
(والثاني) يؤخذ من كل نوع بقسطه . وإاء على القولين في الزكاة إذا كان

عنده نوعان من جنس الماشية ، وإن كانت لإبلهم أو لإبل بعضهم مرضاً يجرب أو غيره أو مهزولة هز الا فاحشاً لم يجبر اولى على قبولها ، بل يكلف أن يسلم لإبلا صحاحا من النوع الذى عنده لقوله صلى الله عليه وسلم : « في النفس مائة من الابل ، وإطلاق هذا يقتضى الصحيح

فإن قيل هلا قلتم يجبر اولى على قبول ما عند من عليه الدية وإن كانت مرضا كما قلنا في الزكاة ؟

قلنا الفرق بينهما أن الواجب في الزكاة هو واجب في غير المال الذى عنده أو في ذمته والمال مرتين ، فلذلك وجب مما عنده ، وليس كذلك هاهنا فإن الواجب على كل واحد منهم هو من النقد في الذمة والمال غير مرتين به ، وإنما الإبل عوض منه فلم يقبل منه إلا التسليم ، فإن لم يكن للعاقلة إبل — فإن كان في البلد نتاج غالب — وجب عليهم التسليم من ذلك النتاج ، وإن لم يكن في البلد إبل وجب من غالب نتاج أقرب بلد اليهم كما قلنا في زكاة الفطر

(فرع) وإن أرادت للعاقلة أن تدفع عوضاً عن الابل مع وجودها لم يجبر الولى على قبولها ، وكذلك إن طالب من له الدية عوض الابل لم يجبر العاقلة على دفعه ، لأن ما ضمن لحق الأدمى ببدل لم يجبر على غيره كذوات الأمثال ، فإن تراضيا على ذلك قال أصحابنا جاز ذلك لأنه حق مستقر فجاز أخذ البديل عنه كبديل المتلفات ، والذي يقتضى المذهب أن هذا إنما يجوز على القول الذى يميز الصلح على إبل الدية ويبيعها في الذمة

(فرع) وإن كانت الدية تجب على الجاني بأن كانت الجناية عمداً أو خطأ ثبت بإقراره ، فإن الواجب عليه من النوع الذى عنده قياما على العاقلة ، والحكم فيه إذا كان عنده نوعان ، أو كانت لإبله مرضا في أخذ العوض حكم الابل إذا كانت واجبة على العاقلة على ما مضى بيانه

(مسألة) كثير من بلاد الاسلام لا يعرف أهلها الابل ولم يروها ، كالملايو وأندونيسيا والفلبين وفضاني^(١) وبلاد أخرى لا توجد فيها الابل إلا بأثمان غالية

(١) فضاني هو إقليم من أقاليم مليزيا ضمنه الكفار الى تايلاند ، ويبلغ سكان هذا الاقليم ثلاثة ملايين مسلم سني شافعي فاللهم خذ بأيديهم وحرر ديارهم

بأكثر من قيمتها ففيه قولان ، قال في القديم يعدل إلى بدل مقدر ، فيجب على أهل الذهب ألف منقال وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وبه قال مالك وهي تبلغ نحو خمسة آلاف جنيه أو عشرة آلاف دولار تقريباً . وقد روى عمرو ابن حزم أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم . فعلى هذا تكون الدية ثلاثة أصول عند إعواز الأبل وقال في الجديد يجب قيمة الأبل من نقد البلد بالغة ما بلغت ، لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله (ص) ثمانمائة دينار . وروى ثمانية آلاف درهم ، فكانت كذلك إلى أن استخلف عمر رضي الله عنه فقلّت الأبل ، فصعد المنبر خطيباً وقال : ألا إن الأبل قد غلت ، ففرض الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم فوضع الدليل من الخبر أنه قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله (ص) كذا وكذا ، فدل على أن الواجب هو الأبل ، ولأن عمر رضي الله عنه قال : ألا إن الأبل قد غلت وفرض عليهم ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم فتملّق بغلاء الأبل فل على أن ذلك من طريق القيمة ، لأن ما وجبت قيمته اختلف بالزيادة والنقصان ولم يخالف أحد من الصحابة . وما روى من الاخبار للأول فنحمله على أن ذلك من طريق القيمة ، فعلى هذا لا يكون للدية إلا أصل واحد وهي الأبل فإن كانت الدية مغلظة وأعوزت الأبل — فإن قلنا بقوله الجديد قومت مغلظة بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه . وإن قلنا بقوله القديم ففيه وجهان حكاهما في الـدرة .

(أحدهما) تلاحظ بثلك الدية ، ولم يذكر المصنف غيره لما ذكره عن عمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم
 (والثاني) يستط التغليظ ، لأن التغليظ عندنا إنما هو بالصفة في الأصل لا بالزيادة في العدد ، وذلك إنما يمكن في الأبل دون النقد ، ألا ترى أن العبد لما لم يجب فيه إلا القيمة لا يجب فيه التغليظ . وما روى عن الصحابة رضي الله عنهم فقد ذكرنا أنه إنما قيمة ما أوجبوه . هذا مذهبنا
 وقال أبو حنيفة : الواجب في الدية ثلاثة أصول مائة من الأبل أو ألف دينار

أو عشرة آلاف درهم فيجوز له أن يدفع أيها شاء مع وجود الابل ومع إعوازها
وقال الثوري والحسن البصرى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل
الدية خمسة أصول مائة من الابل أو ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا
بقرة لحديث جابر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدية على أهل الابل
مائة من الابل ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفى شاة ، وعلى
أهل الخيل مائتي حلة ، رواه أبو داود بسند ضعيف
وروى أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه مثله من حديث عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده .

والاصل الخامس مائتا حلة ، وهى برود مكونة من قطعتين كالجبة والقفطان ،
أو العباءة والزبون ، أو الجاكتة والبنطلون ، لجميع الخلال فى كل قوم مؤلفة من
ثوبين ، الا أن أبابؤوسف ومحمد يقولان : هو مخير بين الستة أيها شاء دفع مع
وجود الابل ومع عدمها وعند الآقين لا يجوز العدول عن الابل مع وجودها ،
دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن يبين فيه الفرائض والسنن ،
وأن فى النفس مائة من الابل ، وحديث « ألا ان فى قتل العمدة الخطأ قتيل السوط
والعصا مائة من الابل ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ودية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم ، ودية المجوسى ثلثا عشر
دية المسلم ، لما روى سعيد بن المسيب « أن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى
والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم . وأما الوثى اذادخل
بأمان وعقدت له هدنة فديته ثلثا عشر دية المسلم ، لأنه كافر لا يحل للمسلم مناكحة
أهل دينه فكانت ديته ثلثى عشر دية المسلم كالمجوسى

وأما من لم تبلغه الدعوة فإنه ان عرف الدين الذى كان متمسكا به وجبت فيه
دية أهل دينه ، وان لم يعرف وجبت فيه دية المجوسى ، لأنه متحقق وما زاد
مشكوك فيه فلم يجب .

وقال أبو اسحاق : إن كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين

وإن كان متمسكا بدين لم يبدل وجبت فيه دية مسلم، لأنه مولود على الفطرة، ولم يظهر منه عناد فكملت ديته كالمسلم، والمذهب الأول، لأنه كافر فلم تكمل ديته كالذمي. وإن قطع يد ذمي ثم أسلم ومات وجبت فيه دية مسلم، لأن الاعتبار في الدية بحال استقرار الجنائية، وهو في حال الاستقرار مسلم. وإن جرح مسلم مرتدًا فأسلم ومات من الجرح لم يضمن.

وقال الربيع: فيه قول آخر أنه يضمن، لأن الجرح استقر وهو مسلم. قال أصحابنا: هذا من كيس الربيع، والمذهب الأول، لأن الجرح وجد فيما استحق لإتلافه فلم يضمن سرايته، كما لو قطع الإمام يد السارق فمات منه

(فصل) ودية المرأة نصف دية الرجل، لأنه روى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم

(الشرح) خبر سعيد بن المسيب رواه الشافعي والدارقطني والبيهقي. أما قوله روى ذلك عن عمر وعثمان وعلي الخ، فقد أخرج ابن أبي شيبة عن عمر قال دية المرأة نصف دية الرجل، كما أخرج البيهقي عن علي رضي الله عنه دية المرأة على النصف من دية الرجل، وهو من رواية إبراهيم النخعي عنه، وفيه انقطاع، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الشعبي عنه

وأخرج البيهقي عن معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وسلم قال دية المرأة نصف دية الرجل، قال البيهقي إسناداه لا يثبت مثله. وقال في بداية المجتهد: إن الأشهر عن ابن مسعود وعثمان وشريح وجماعة: أن دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلا الموضحة فإنها على النصف

أما الأحكام فإن دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم، وبه قال عمر وعثمان رضي الله عنهما وابن المسيب وعطاء واسحاق. وقال عروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومالك: ديته نصف دية المسلم، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: عقل الكافر نصف دية المسلم، رواه أحمد والنسائي والترمذي وحسنه، وصححه ابن الجارود. وفي لفظ رواه أحمد والنسائي وابن ماجه: قضى أن عقل أهل الكتابين نصف عقل المسلمين، وهم

اليهود والنصارى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والزهري وزيد بن علي والقاسمية ، دية كدية المسلم ، وقال أحمد ، ان قتله عمداً فديته مثل دية المسلم ، دليلاً ما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، كانت قيمة الدية على عهد رسول الله (ص) ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم . قال ، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال إن الأبل قد غلت . قال ففرضها عمر على أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء أئني شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة . قال وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية ، فإذا كانت الدية ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم للمسلم والذمي على النصف من ذلك ثم زاد من قيمة الدية للمسلم من حيث لم يزد لها لأهل الكتاب تبين لنا أن دية المسلم التي بلغت ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم مع بقاء دية الذمي أربعمائة دينار أو أربعة آلاف درهم ، لأنها لم ترفع فيما رفع من الدية . نقول تبين لنا أن دية الذمي على الثلث من دية المسلم

(فرع) دية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة ديته مثل دية المسلم . وقال عمر بن عبد العزيز ديته مثل دية اليهودى والنصرانى وهو نصف دية المسلم عنده

دليلنا ما روى عن عمر وعثمان وابن مسعود وغيرهم أنهم قالوا « دية المجوسى ثمانمائة درهم ثلثا عشر دية المسلم ، فإذا كانت دية المسلم اثنا عشر ألف درهم فإن ثلثي عشرها ثمانمائة ، ولا يخالف لهم في الصحابة ، فدل على أنه إجماع . وأما عبدة الاوثان إذا كان بيننا وبينهم هدنة أو دخلوا إلينا بأمان فلا يجوز قتلهم . فمن قتل منهم وجبت فيه دية المجوسى لأنه كافر لا يحمل المسلم منا كحة أهل دينه فكانت ديته كالمجوسى ثلثي عشر دية المسلم . وأما الكافر الذى لم تبلغه الدعوة فلا يجوز قتله حتى يعرف أن ها هنا رسولا يدعو الى الله ، فإن أسلم وإلا قتل ، فإن قتله قاتل قبل أن تبلغه الدعوة وجبت فيه الدية

وقال أبو حنيفة « لا دية فيه » دليلنا أنه قتل محقون الدم فوجبت فيه الدية كالذمي . إذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا فى قدر ديته ؛ فمنهم من قال تجب فيه دية المسلم ، لأنه مراد على الفطرة . ومنهم من قال ان كان متمسكاً بدين مبدل وجبت فيه

دية أهل ذلك الدين، مثل أن يكون متمسكا بدين من بدل من اليهودية والنصرانية وإن كان متمسكا بدين من لم يبدل منهم وجبت فيه دية مسلم لأنه مسلم لم يظهر منه عناد . ومنهم من قال يجب فيه دية المجوسى لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه وهذا هو الأصح لأن الشافعى رضى الله عنه قال هو كافر لا يحل قتله ، وإذا كان كافراً وجبت فيه أقل ديانتهم لأنه اليقين .

وإن قطع يد ذمى ثم أسلم ثم مات من الجراحة وجبت فيه دية مسلم ، لأن الاعتبار بالدية حال الاستقرار . وإن قطع مسلم يد . . . ثم أسلم ثم مات من الجراحة لم يضمن القاطع دية النفس ولا دية اليد . وقال الربيع فيه قول آخر أنه يضمن دية اليد ، والمذهب الاول لأنه قطعه في حال لا يجب ضمانه ، وما حكاه الربيع من تخريجه .

(مسألة) دية المرأة نصف دية الرجل ، هذا قول العلماء كافة إلا الأصم وابن علية فإنهما قالوا ديتها مثل دية الرجل . دليلنا ما سقناه من كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن وفيه « أن دية المرأة نصف دية الرجل ، وما حكاه المصنف عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد ابن ثابت أنهم قالوا دية المرأة نصف دية الرجل ، ولا يخالف لهم في الصحابة فدل على أنه لإجماع ، وإن قتل خنثى مشكلا وجبت فيه دية امرأة لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « اقتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقتل رسول الله (ص) أن دية جنينها غرة عبد أو أمة ، فقال حمل ابن النابغة الهذلى كيف أغرم من لا أكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل؟ ومثل ذلك يطل؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم إنما هو من إخوان السكمان ، من أجل سببهم ، وإن ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ ، أو بطن امرأة تجرد حركة فى بطنها فسكنت الحركة ، لم يجب عليه شيء لأنه يمكن أن يكون ربحاً

فأنفشت فلم يجب الضمان مع الشك . وإن ضرب بطن امرأة فألقت مضغة لم تظهر فيها صورة الأدمى فشهد أربع نسوة أن فيها صورة الأدمى وجبت فيها الغرة ، لأنهن يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن ، وإن ألقت مضغة لم تتصور فشهد أربع نسوة أنه خدق آدمى ، ولو بقي لتصور ، فعلى ما بيناه في كتاب عتق أم الولد وإن ضرب بطن امرأة فألقت يداً أو رجلاً أو غيرهما من أجزاء الأدمى وجبت عليه الغرة ، لأننا تيقنا أنه من جنين ، والظاهر أنه تلف من جنابة فوجب ضمانه وإن ألقت رأسين أو أربع أيدي لم يجب أكثر من غرة ، لأنه يجوز أن يكون جنينا برأسين أو أربعة أيدي ، فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك . وإن ضرب بطنها فألقت جنينا فاستهل أو تنفس أو شرب اللبن ومات في الحال أو بقي متألماً إلى أن مات ، وجبت فيه دية كاملة

وقال المزني إن ألقت لدون ستة أشهر ومات ضمنه بالغرة ، ولا يلزمه دية كاملة لأنه لم يتم له حياة ، وهذا خطأ ، لأننا تيقنا حياته ، والظاهر أنه تلف من جنابته فوجب عليه دية كاملة ، وإن ألقت حياً وجاء آخر وقتله — فإن كان فيه حياة مستقرة — كان الثاني هو القاتل في وجوب القصاص والدية الكاملة ، والاول ضارب في وجوب التعزير

وإن قتله وليس فيه حياة مستقرة فالقاتل هو الاول ، وتلزمه الدية ، والثاني ضارب وليس بقاتل ، لأن جنابته لم تصادف حياة مستقرة ، وإن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا وبقي زماناً سالماً غير متألماً ثم مات لم يضمه ، لأن الظاهر أنه لم يمت من الضرب ولا يلزمه ضمانه . وإن ضربها فألقت جنينا فاختلف ثم سكن وجبت فيه الغرة دون الدية ، لأنه يجوز أن يكون اختلاجه للحياة ، ويجوز أن يكون بخروجه من مضيق ، لأن اللحم الطرى إذا حصل في مضيق انقبض ، فإذا خرج منه اختلف ، فلا تجب فيه الدية الكاملة بالشك

(الشرح) حديث، أني هريرة أخرجه أحمد في مسنده ، وكذا أخرجه البخاري في الفرائض عن قتيلة بن رفي الدييات عن عبد الله بن يوسف ومسلم في الحدود والنزدي في الفرائض عن قتبيه ، وأخرجه عن المغيرة بن شعبه مسلم في الدييات عن

إسحاق بن إبراهيم، وعن محمد بن رافع وأبو داود فيه عن حفص بن عمر، وعن
عثمان بن أبي شيبة والترمذي فيه عن الحسن بن علي والنسائي في القوود عن علي بن
محمد بن علي وعلى بن سعيد ومحمد بن قدامة ومحمد بن بشار وسويد بن نصر ومحمود
ابن غيلان، وابن ماجه فيه عن علي بن محمد. وكذا أخرجه أحمد، وأخرجه عن
ابن عباس أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصحاحه
أما اللغات فإن الجنين سمي بذلك لأنه استجن في البطن، أي استتر واختفي
وهو وصف له ما دام في بطن أمه. والجمع أجنة مثل دليل وأدلة، والغرة عبد
أو أمة، والغرة عند العرب أنفس شيء يملك، وقوله ومثل ذلك 'يطل'. طل
دم فلان مبيتى للجهول فلا يطالب، قال الشاعر:

دماؤهم ليس لها طالب مطلولة مثل دم العذرة

قال أبو زيد: ولا يقال طل دم فلان بفتح الطاء. قال في الصحاح: وأبو عبيدة
والكسائي يقولانه. وقال أبو عبيدة فيه ثلاث لغات، طل بفتح الطاء وضمها،
وأطل بزيادة الهمز المضمومة والطاء المكسورة، والسكان جمع كاهن الذي يدعى
علم الغيب، والسجع هو الكلام المقفى.

وفي رواية أحمد ومسلم وأبي داود والنسائي «سجع مثل سجع الأعراب»،
وقد استدلل بذلك على ذم السجع ويوضح المراد قوله «أسجع الجاهلية وكهانتها»،
فظهر أن المدموم من السجع إنما هو ما كان من ذلك القبيل الذي يراد به إبطال
شرع أو إثبات باطل أو كان متكافئاً. وقد حكى النووي عن العلماء أن المكروه
منه ما كان كذلك لا غيره، هكذا أفاده الشوكاني في النيل

أما الأحكام فإذا ضرب ضارب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً حراً ففيه غرة
عبد أو أمة لحديث المغيرة بن شعبة، وروى أن عمر رضى الله عنه قال «أذكر
الله- امرأة أسبع من النبي في الجنين شيئاً فقام حمل بن مالك فقال كتب بين جاريتين
لى - يعنى زوجتين - فضررت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وما في جوفها
فقضى النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة عبد أو أمة، رواه أبو داود والنسائي
وابن ماجه وابن حبان والحاكم

والجنين الذي تجب فيه الدية هو أن يسقط جنيناً بان فيه شيء من صورة

الآدمي إما يد أو رجل أو عين . وكذلك إذا سقطت مضغة لم يتبين فيها عضو من أعضاء الآدمي ، ولكن قال أربع نسوة من القوابل الثقافات أو عالمان في الطب البشري أو علم الأجنة ان فيها تخطيطا لآدمي ، إلا أنه خفي فتجب فيه الغرة لأن هؤلاء يدركون ما لا يدركه غيرهم . وان قلن أو قالا لم يخطط الى الان ولكنه مبتدأ خلق آدمي ، ولو بقي لتخطط فهل يجب به الغرة والكفارة وتنقضى به العدة اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال في الجميع قولان ، ومنهم من قال تنقضى به العدة ولا يجب به الغرة ولا الكفارة قولاً واحداً ، وقد مضى ذلك ، وان قلن أو قالا هذه مضغة تصلح للآدمي ولغيره ، ولا ندرى لو بقيت هل تتخطط أم لا ؟ فلا يجب به الغرة ولا الكفارة ولا تنقضى به العدة ، لأن الاصل براءة الذمة من الضمان وثبوت العدة . وان ألت المرأة جنينين وجبت عليه غرتان ، وان ألت ثلاثة وجبت عليه ثلاث غرر ، وان ألت رأسين أو أربع أيد لم يجب فيه الا غرة ، لانه قد يكون له جسد واحد ذاً رأسين أو أربع أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك

(فرع) اذا ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ ، أو بطن امرأة تجرد حركة فسكنت الحركة لم يجب عليه شيء ، وان ضرب بطن امرأة فماتت ولم يخرج الجنين لم يجب عليه ضمان الجنين

وقال الزهري اذا سكنت الحركة التي تجرد في بطنها وجب عليه ضمان الجنين دليلنا أنا انما نحكم بوجود الحمل في الظاهر ، وانما نتحققه بالخروج ، فإذا لم يخرج لم يتحقق أن هناك حملاً بل يحوز أن يكون ریح فينفس فلا يلزمه الضمان بالشك وان ضرب بطن امرأة فماتت ثم خرج الجنين مها بعد موتها ضمن الام بديتها وضمن الجنين بالغرة .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الجنين . ودليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة ، ولم يفرق بين أن يخرج قبل موت أمه أو بعده ، ولأن كل حمل كان مضموناً اذا خرج قبل موت الام كان مضموناً اذا خرج بعده موتها كما لو ولدته حياً ، وان ضرب بطنها فأخرج الجنين رأسه وماتت ولم يخرج

الباقى وجب عليه نهمان الجنين وقال مالك لا يجب عليه شيء دليلنا أن يظهر الرأس تحققتنا أن هناك جنينا والظاهر أنه مات من ضربه فوجب عليه نهمانه .
 (فرع) إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا فصرخ ثم مات عقيبه أو بقى متألما إلى أن مات وجبت فيه دية كاملة ، سواء ولدته لسته أشهر أو لما دونها ، فإن لم يصرخ ولكنه تنفس أو شرب اللبن أو أعلت حياته بشيء من ذلك ثم مات عقيبه أو بقى متألما إلى أن مات وجبت فيه دية كاملة
 وقال المزنى إن ولدته حيا لدون ستة أشهر لم يجب فيه دية كاملة ، وإنما يجب فيه الغرة لأنه لا تتم له حياة لما دون ستة أشهر

وقال مالك والزهرى إذا لم يستهل بالصراخ لم تجب فيه الدية الكاملة وإنما تجب فيه الغرة ، دليلنا أننا قد تحققتنا حياته فوجب فيه دية كاملة كما لو ولدته لسته أشهر عند المزنى ، وكما لو استهل صارخا عند مالك

وإذا ضرب بطنها فألقت جنينا وفيه حياة مستقرة ثم جاء آخر وقتله فالقاتل هو الثاني فيجب عليه القود إن كان مكافئا أو الدية الكاملة . وأما الأول فلا يجب عليه إلا التعزير بالضرب لا غير ، لأنه لم يميت من ضربه ، وإن ضرب بطنها فألقت جنينا فلم يستهل ولا تنفس ولا تحرك حركة تدل على حياته ولكنه اختلج لم تجب فيه الدية الكاملة ، وإنما تجب فيه الغرة ، لأن هذا الاختلاج لا يدل على حياته ، لأن اللحم إذا عصر ثم ترك اختلج ، ويجوز أن يكون اختلاجه لخروجه من موضع ضيق .

وإن ضرب بطن امرأة فألقت يدا ثم أسقطت بهد ذلك جنينا ناقص يد نظرت — فإن بقيت المرأة متألما إلى أن أسقطت الجنين ، فإن ألقته ميتا وجبت فيه الغرة ويدخل فيها اليد ، لأن الظاهر أن الضرب قابع يده ، وإن ألقته حيا ثم مات عقيب الوضع أو بقى متألما إلى أن مات ففيه دية كاملة ، ويدخل فيها دية اليد ، وإن خرج الجنين حيا وعاش لم يجب عليه في الجنين شيء ووجب عليه نهمان اليد فتعرض اليد على القوابل أو عالمين في الأجنة ، فإن قلن أو قالا إنها من جملته لم تنفخ فيها الروح وجبت فيها نصف الغرة ، وإن قالا أنها فارقت جملة تنفخ فيها الروح وجب فيها نصف دية كاملة . فأما إذا سقطت اليد ثم زال

ألم الضرب ثم ألت الجنين ضمن اليد دون الجنين، لأنه بمنزلة من قطع يد رجل ثم اندمكت - فإن خرج الجنين ميتا - وجب في اليد ثم الغرة، وإن خرج حيا ثم مات أو عاش عرضت اليد على القوايل أو عالمي أجنة - فإن قلن أو قالا أنها فارقت جملة لم ينفخ فيها الروح - وجب فيها نصف الغرة، وإن قلن أو قالا أنها فارقت جملة ينفخ فيها الروح كان فيها نصف الدية، وإن ضرب بطن امرأة فألقت يداً ثم ماتت الأم ولم يخرج الباقى وجبت دية الأم ووجبت في الجنين الغرة، لأن الظاهر أنه جنى على الجنين فأبان يده وماتت من ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يقبل في الغرة ما له دون سبع سنين، لأن الغرة هي الخيار، ومن له دون سبع سنين ليس من الخيار بل يحتاج إلى من يكفله، ولا يقبل الغلام بعد خمس عشرة سنة لأنه لا يدخل على النساء، ولا الجارية بعد عشرين سنة لأنها تتغير وتنقص قيمتها فلم تكن من الخيار

ومن أصحابنا من قال يقبل ما لم يطعن في السن عبداً كان أو أمة، ولا يقبل إذا طعن في السن لأنه يستغنى بنفسه قبل أن يطعن في السن، ولا يستغنى إذا طعن في السن، ولا يقبل فيه خصي وإن كثرت قيمته، ولا معيب وإن قل عليه لأنه ليس من الخيار، ولا يقبل إلا ما يساوى نصف عشر الدية، لأنه روى ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، ولأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لأنه لم يكمل بالحياة، ولا يمكن إسقاط نعمائه لأنه خلق بشر فضمن بأقل ما قدر به الأرش وهو نصف عشر الدية، لأنه قدر به أرش الموصحة ودية السن، ولا يجبر على قبول غير الغرة مع وجودها، كما لا يقبل في دية النفس غير الأبل مع وجودها، فإن أعوزت الغرة وجب خمس من الأبل، لأن الأبل هي أصل في الدية، فإن أعوزت وجبت قيمتها في أحد القولين، أو خمسون ديناراً أو ستمائة درهم في القول الآخر فإن كانت الجنايه خطأ وجبت دية مخففة، وإن كانت عمداً أو عمداً خطأ وجبت دية مغلظة كما قلنا في الدية الكاملة

وإن كان أحد أبويه نصرانياً والآخر محوسياً وجب فيه نصف عشر دية نصراني لأن في الضمان إذا وجد في أحد أبويه ما يوجب وفي الآخر ما يسقط غلب الإيجاب ولهذا لو قتل المحرم صيداً متولداً بين ما كقول وغير ما كقول وجب عليه الجزاء وإن ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصراني ثم أسلمت ثم ألفت جنينا ميتاً ، وجب فيه نصف عشر دية مسلم ، لأن الضمان يعتبر بحال استقرار الجنانية ، والجنين مسلم عند استقرار الجنانية ، فوجب فيه نصف عشر دية مسلم ، وما يجب في الجنين يرثه ورثته لأنه بدل حر ، فورث عنه كدية غيره .

(الشرح) الكلام في الغرة والسن في حديه الأدنى والأقصى من البحوث غير العملية التي تلحق بأبواب العتق ، أما البدل عند إعواز الغرة ففيه نقول :
اختلف أصحابنا فيما ينتقل إليه فقال المصنف وابن الصباغ ينتقل إلى خمس من الإبل لأنها هي الأصل في الدية . فإن أعوزت الإبل انتقل إلى قيمتها في القول الجديد وإلى خمسين ديناراً أو ستائة درهم في القول القديم
وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : إذا أعوزت الغرة انتقل إلى قيمتها في قوله الجديد ، كما لو غصب منه عبداً فتاب ، وينتقل إلى خمس من الإبل في قوله القديم ، فإن أعوزت الإبل انتقل إلى قيمتها في أحد القولين ، وإلى خمسين ديناراً أو ستائة درهم في الآخر .

(فرع) إن كان الأبوان مسلمين وجبت الغرة مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وإن كانا ذميين وجبت الدية مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وكذلك إذا كان الأبوان مجوسيين فإنهما يعتبر من ديتيهما ، وإن كان أحد الأبوين نصرانياً والآخر مجوسياً اعتبرت دية الجنين بعشر دية النصراني لأنه إذا اتفق في بدل النفس ما يوجب الإسقاط وما يوجب الإيجاب غلب الإيجاب ، كما قلنا في السبع المتولد بين الضب والذئب ^(١) إذا قتله المحرم .
هذا نقل أصحابنا البغداديين
وقال المسعودي : الجنين اليهودي والنصراني والمجوسي لا يجب فيه الغرة .

وأما يجب فيه نصف عشر دية الأب ، وإذا كانا مختلفي الدين فقد خرج فيه قول آخر أن الاعتبار بالأب . وقال ابن سلمة : يعتبر بأقلها دية . والاول أصح (فرع) إذا ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصراني فأسلت ثم أسقطت جنينا ميتا ففيه غرة مقدره بنصف عشر دية المسلم ، لأن الاعتبار بالدية حال الاستقرار ، وهي مسلمة حال الاستقرار . وإن ضرب بطن مرتدة فأسلت ثم أسقطت جنينا ميتا ففيه وجهان

(أحدهما) لا يضمه - وهو قول ابن الحداد المصري - لأن الابتداء لم يكن مضمونا (والثاني) يضمه اعتباراً بحال الاستقرار

(فرع) إذا وطئ مسلم وذمي ذمية بشبهة في طهر واحد ثم ضرب رجل بطنها وألقت جنينا ميتا عرض على القافة على الصحيح من المذهب ، فإن ألحقته بالمسلم وجب فيه غرة مقدره بنصف عشر دية المسلم . وإن ألحقته بالذمي وجبت فيه غرة مقدره بنصف عشر دية اليهودي . وإن أشكل الأمر عليها وجب فيه ما يجب في الجنين اليهودي لأنه يقين ، فإن كان يرجو انكشاف الأمر لم نورث هذا المال أحداً ووقفت إلى أن يبين الأمر ، وإن لم يرج انكشاف الأمر ترك حتى يصطلحوا عليه ، فإن أراد الذمي والذمية أن يصطلحا في قدر الثلث جاز لأنه لا حق للذمي فيه ، ولا يخرج هذا القدر من بينهما

(فرع) الغرة الواجبة في الجنين الحر يرثها ورثته ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الليث بن سعد لا يورث عنه ، وإنما يكون لأنه لأنه بمثابة عضو منها ، دليلنا أنه دية نفس تورث عنه كما لو خرج حيا ، وإن ضرب بطن نصرانية فألقت جنينا ميتا فادعت أن هذا الجنين من مسلم زنى بها لم يجب فيه أكثر من دية جنين نصرانية ، لأن ولد الزنا لا يلحق بالزاني

قال الطبري ، وإن قالت وطئني مسلم بشبهة فكذبها الجاني والعاقلة ، حلفوا على نفي العلم لأن الظاهر أنه تابع لها . وإن صدقها وهاوجبت غرة مقدره بنصف عشر دية مسلم ، وإن صدقها العاقلة دون الجاني لم يؤثر تكذيب الجاني . وإن صدقها الجاني وكذبتها العاقلة حملت العاقلة دية جنين النصرانية ووجب الباقي في مال الجاني لأنه وجب باعترافه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب أروش الجنائيات

والجنائيات التي توجب الأروش ضربان ، جروح وأعضاء ، فأما الجروح فضربان ، شجاج في الرأس والوجه ، وجروح في باسواهما من البدن ، فأما الشجاج فهي عشر ، الخارصة وهي التي تكشط الجلد ، والدامية وهي التي يخرج منها الدم ، والباضعة وهي التي تشق اللحم ، والمتسلاحة وهي التي تنزل في اللحم ، والسحقاق ، وهي التي تسميها أهل البلد الملطاط ، وهي التي تستوعب اللحم إلى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم ، والموضحة وهي التي تكشف عن العظم ، والهاشمة وهي التي تهشم العظم ، والمنقلة وتسمى أيضا المنقولة ، وهي التي تنقل العظم من مكان إلى مكان ، والمأمومة وتسمى أيضا الآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس وهي جلدة رقيقة تحيط بالدماغ ، والدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ (فصل) والذي يجب فيه أرش مقدر من هذه الشجاج أربع ، وهي الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة ، فأما الموضحة فأوجب فيها خمس من الإبل ، لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات ، وفي الموضحة خمس من الإبل ، ويجب ذلك في الصغيرة والكبيرة ، وفي البارزة والمستورة بالشعر ، لأن اسم الموضحة يقع على الجميع ، وإن أوضح موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين ، لأنهما موضحتان . وإن أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة لأنه صار الجميع بفعله موضحة واحدة ، فصار كما لو أوضح الجميع من غير حاجز . وإن تأكل ما بينهما وجب أرش موضحة واحدة ، لأن سرايه فعله كفعله ، وإن أزال المجنى عليه الحاجز وجب على البجاني أرش الموضحتين ، لأن ماوجب بجنائيه لا يسقط بفعله غيره . وإن جاء آخر فأزال الحاجز وجب على الأول أرش الموضحتين وعلى الآخر أرش موضحة ، لأن فعل أحدهما لا يبني على الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنائيه .

وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن ، وترك الجلد الذي فوقهما ، ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما في الظاهر

(والثاني) يلزمه أرش موضحة لاتصالهما في الباطن ، وإن شج رأسه شجة واحدة بعضها موضحة وبعضها باضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، فلأن لا يلزمه - والايضاح في البعض - أولى . وإن أوضح جميع رأسه وقدره عشرون أصبعاً ورأس الجاني خمس عشرة أصبعاً اقتصر في جميع رأسه ، وأخذ عن الربع الباقي ربع أرش موضحة وخرج أبو علي بن أبي هريرة وجهاً آخر أنه يأخذ عن الباقي أرش موضحة ، لأن هذا القدر لو انفرد لوجب فيه أرش موضحة ، وهذا خطأ لأنه إذا انفرد كان موضحة فوجب أرشها ، وههنا هو بعض موضحة فلم يجب فيه إلا ما يخصه

(الشرح) حديث كتاب النبي صلى الله عليه وسلم مضى تخريجه ، وكذلك

بيان لغات الفصل .

أما الأحكام فإن الجنايات على ما دون النفس شيئين : جراحات وأعضاء ، فأما الجراحات فضربان ، شجاج في الرأس والوجه ، وجراحات فيما سواهما من البدن ، فأما الشجاج في الرأس والوجه فعشرة : الخارصة ، والدامية ، والباسحة والمتلاحمة ، والسمحاق ، والموضحة ، والهاشمية ، والمنقلة ، والمأمومة ، والدامغة ، فالتى يجب فيها أرش مقدر من هذه الشجاج الموضحة والهاشمية والمنقلة والمأمومة ، فالموضحة فيجب فيها خمس من الابل صغيرة كانت أو كبيرة ، وبه قال أكثر الفقهاء وقال مالك ان كانت في الأنف أو في اللحم الأسفل وجبت فيها حكومة . وقال ابن المسيب يجب في الموضحة عشر من الابل .

دليلنا حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن كتاباً وكان في كتابه أن من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول ، وأن في النفس الدية مائة من الابل ، وأن في الأنف إذا أوعب جدعه الدية ، وفي اللسان الدية ،

وفي الشفتين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ،
وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية ، وفي المأمومة ثلث الدية ،
وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المنقلة خمسة عشر من الابل ، وفي كل أصبع من
أصابع اليد والرجل عشر من الابل . وفي السن خمس من الابل ، وفي الموضحة
خمس من الابل ، وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار ،
أخرجه النسائي وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولا
وأبو داود في المراسيل ، وصححه أحمد والحاكم وابن حبان والبيهقي ، وقد تقدم
الكلام عليه . وقد أثبتنا رواية النسائي هنا لرجوع اليها ما يأتي من الديات عن
كتب منها اتقاء التكرار .

(مسألة) إذا أوضحه موضحتين أو ثلاثاً أو أربعاً وجبت لكل موضحة
خمس من الابل لعموم الخبر ، فإن كثرت المواضع حتى زاد أرشها على دية
النفس ففيه وجهان لأصحابنا الخراسانيين

(أحدهما) لا يجب أكثر من دية النفس ، لأن ذلك ليس بأكثر حرمة من
نفسه (والثاني) يجب بكل موضحة خمس من الابل - وهو المشهور - لقوله
صلى الله عليه وسلم « وفي الموضحة خمس من الابل » ولم يفرق ، ولأنه يجب في
كل واحدة أرش مقدر فوجب ، وإن زاد ذلك على دية النفس ، كما لو قطع يديه
ورجليه ، فإن أوضحه موضحتين بينهما حازم ثم أزال الجاني هذا الحازم لم يجب
عليه أكثر من أرش موضحة ، لأن فعل الانسان يبنى بغضه على بعض ، كما لو
قطع يديه ورجليه ثم مات ، وكذلك ان تأكل ما بينهما بالجناية صار كما لو خرق
ما بينهما لأن سرية فعله كفعله فصار كما لو قطع يديه ورجليه وسرى ذلك الى
نفسه ، وإن خرق أجنبي ما بينهما وجب عليه أرش موضحة إن بلغ إلى العظم .
ووجب على الأول أرش موضحتين ، لأن فعل الانسان لا يبنى على فعل غيره .
وإن خرق المجنى عليه ما بينهما صار ما فعله هدرأ ولم يسقط بذلك عن الجاني شيء .
وإن أوضح رجلان في رأس رجل موضحتين واشتركا فيهما ثم جاء أحدهما وخرق
ما بينهما وجب على الخارق نصف أرش موضحة ، وعلى الذي لم يخرق أرش
موضحة ، لأنهما لما أوضحاه أولاً وجب على كل واحد منهما أرش موضحة .

فإذا خرق أحدهما الحاجز بينهما صار في حقه كأنهما أوضحا موضحة واحدة فكان عليه نصف أرشها ولم يسقط بذلك مما وجب على الآخر شيء.

(فرع) إذا شج رجل آخر شجة ، بعضها موضحة وبعضها باضحة وبعضها متلاحمة لم يجب عليه أكثر من أرش موضحة ، لأنه لو أوضحا جميعها لم يجب عليه أكثر من أرش موضحة ، فلأن لا يلزمه — والابضاح في بعضها — أولى وإن أوضحه موضحتين وخرق اللحم الذي بينهما ولم يخرق الجلد الظاهر فقيه وجهان (أحدهما) يلزمه أرش موضحتين اعتبارا بالظاهر (والثاني) لا يلزمه إلا أرش موضحة اعتباراً بالباطن .

وإن أوضحه موضحتين وخرق الجلد الذي بينهما ولم يخرق اللحم لم يلزمه إلا أرش موضحة وجهها واحداً ، لأنه لو خرق الظاهر والباطن بينهما لم يلزمه إلا أرش موضحة ، فلأن لا يلزمه إلا أرش موضحة ولم يخرق إلا الظاهر أولى . وإن أوضحه موضحة في الرأس ونزل فيها إلى القفا — وهو العنق — وجب عليه أرش موضحة في الرأس وحكومته فيما نزل إلى القفا ، لأنهما عضوان مختلفان ، وإن أوضحه موضحة بعضها في الرأس وبعضها في الوجه فقيه وجهان ، أحدهما يلزمه أرش موضحتين لأنهما عضوان مختلفان ، فهما كالرأس والقفا ، والثاني لا يلزمه إلا أرش موضحة ، لأن الجميع محل للموضحة بخلاف القفا ، والأول أصح لأنهما مختلفان في الظاهر

وإن أوضح جميع رأسه ورأس المجنى عليه عشرون أصبعاً ورأس الجاني خمسة عشر أصبعاً فاقنص منه في جميع رأسه ، فإنه يجب للمجنى عليه فيها بقى الأرش ، لأنه لم يستوف قدر موضحته ، وكما يجب له ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب له أرش موضحة ، لأنه لو أوضحه قدر ذلك لوجب فيه أرش موضحة (والثاني) وهو الأصح أنه لا يجب له إلا ربع أرش موضحة ، لأنه أوضحه موضحة وقد استوفى ثلاثة أرباعها فبقي له ربع أرشها . وإذا وجب له أرش موضحة مغلظه فإنه يجب له حقتان وثلاثة أبعره من النوعين الآخرين قال القاضي أبو الطيب : فيكون له بعير ونصف من الحقتان ، وبعير ونصف من الجذاع .

قال ابن الصباغ : وهذا يقتضى أن يأخذ قيمة الكسر من إلا أن يرضى أن يأخذهما من السن الأول ، وهو أن يأخذ حقتين وجدعة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في الهاشمة عشر من الابل لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت أنه قال : في الهاشمة عشر من الابل ، وإن ضرب رأسه بمنقل فشم العظم من غير إيضاح ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجب فيه الحكومة ، لأنه كسر عظم من غير إيضاح ، فأوجب الحكومة ككسر عظم الساق . والثاني وهو قول أبي اسحاق أنه يجب فيه خمس من الابل ، وهو الصحيح ، لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عليه عشر من الابل ، فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الهاشمة ، وقد وجدت الهاشمة فوجب فيها الخمس ، وإن هشم هاشمتين بينهما حاجز وجب عليه أرش هاشمتين كما قلنا في الموضحتين

(فصل) ويجب في المنقلة خمس عشرة من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن في المنقلة خمس عشرة من الابل ، وإن أوضح رأسه موضحة ونزل فيها الى الويه ففيه وجهان ، أحدهما أنه يجب عليه أرش موضحتين لأنه أوضح في عضوين فوجب أرش موضحتين ، كما لو فصل بينهما . والثاني يجب أرش موضحة لأنها موضحة واحدة ، فأشبهه اذا أوضح في الهامة موضحة ونزل فيها الى الناصية ، وإن أوضح في الرأس موضحة ونزل فيها الى القفا وجب عليه أرش الموضحة في الرأس ، ويجب عليه حكومة في الجراحه في القفا ، لأنه ليس بمحل للموضحة فانفرد الجرح فيه بالضمآن

(فصل) ويجب في المأمومة ثلث الديه لما روى عكرمة بن خالد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المأمومة بثلث الديه ، وأما الدماغه فقد قال بعض أصحابنا يجب فيها ما يجب في المأمومة ، وقال أفضى القضاة أبو الحسن الماوردى البصرى : يجب عليه أرش المأمومة وحكومة ، لأن خرق الجلد جنبايه بعد المأمومة فوجب لأجلها حكومة

(فصل) وإن شج رأس رجل موضحة فجاء آخر لجملمها هاشمه ، وجاء آخر

لجعلها منقطة ، وجاء آخر لجعلها مأمومة ، وجب على الأول خمس من الابل ، وعلى الثاني خمس ، وعلى الثالث خمس ، وعلى الرابع ثمانية عشر بغيراً وثلاث ، لأن ذلك جنابة كل واحد منهم .

(الشرح) أثر زيد بن ثابت أخرجه البيهقي ، ثم حكاه البيهقي عن عدد من أهل العلم . وقد اتفق أهل العلم على أنه لم يبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وحكوا عن مالك قوله : لا أعرف الهاشمة لكن في الإيضاح خمس وفي الهشم عقوبة . وكان الحسن البصرى لا يوقت فيها شيئاً . قال ابن المنذر : النظر يدل على قول الحسن البصرى إذ لا سنة فيها ولا إجماع ، ولأنه لم ينقل فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة ، وسيأتي تقضه .

أما مرسل عكرمة ذلك لأنه ابن خالد بن العاص بن هشام المخزومي من التابعين ، فإن في حديث عمرو بن حزم عن كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن ما يغني عنه .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه في الأثم ، وقد حفظت عن عدد لقيتهم — وذكر لي عنهم أنهم قارا — في الهاشمة عشر من الابل وبهذا أقول . ثم قال وإن كانت الشجرة كبيرة فهشمت موضعاً أو مواضع بينهما شيء من العظم لم ينشم كانت هاشمة واحدة لأنها جنابة واحدة ؛ ولو كانت بينهما شيء من الرأس لم تشققه والضربة واحدة فهشمت مواضع كان في كل موضع منها انفصل حتى لا يصل به غيره مجروحاً بتلك الضربة هاشمة . وهذا هكذا في المنقطة والمأمومة .

ويعني قال في الهاشمة عشر من الابل أحمد بن حنبل وأبو حنيفة وقال مالك يجب فيها خمس من الابل وحكومة في كسر العظم ، دليلنا ما روى عن زيد بن ثابت ولا يخالف له في الصحابة فكأن إجماعاً ، ومثل حكم زيد يدل ظاهره على أنه توقيف ، ومن ثم لا يخلو من أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ؛ ولأنها شجرة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة

وإن ضرب وجهه أو رأسه بمثقل فهشم العظم من غير أن يقطع جلداً ولا

لمأفقيه وجهان . قال أبو علي بن أبي هريرة يجب فيها حكومة لأنها ليست بموضحة ولا هاشمية ، وإنما كسر عظم ، فهو كما لو كسر يده

وقال أبو إسحاق المروزي عليه خمس من الابل ، وهو الأصح لأنه لو أوضحه وهشمه لوجب عليه عشر من الابل ، ولو أوضحه ولم يهشمه لم يجب عليه إلا خمس من الابل ، فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الايضاح .

(فرع) إذا شجعه بعضا موضحة وبعضها هاشمية وبعضها دون موضحة لم يجب عليه إلا عشر من الابل ، لأنه لو هشم الجميع لم يجب عليه إلا عشر من الابل ، فلأن لا يلزمه الهشم في البعض أولى ، وإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز لزمه أرش هاشمتين ، وإن أوضحه موضحتين وهشم العظم بكل واحدة منها واتصل الهشم في الباطن وجب عليه أرش هاشمتين وجها واحداً ، والفرق بينهما وبين الموضحتين إذا اتصلتا في الباطن ، لأن الحائل قد ارتفع بين الموضحتين في الباطن ، وههنا اللحم والجلد بينهما باق فكانتا هاشمتين ، وإنما الكسر اتصل ولا اعتبار به ، وبكل ما قلنا ذهب أحمد وأصحابه

قوله « في المنقلة خمس عشرة من الابل » ، وفي رواية « خمسة عشر من الابل » ، قال في القاموس هي الشجة التي ينقل منها فراش العظام ، وهي قشور تكون على العظم دون اللحم . وفي النهاية لابن الأثير أنها التي تخرج صغار العظام وتنقل عن أماكنها . وقيل التي تنقل العظم أي تكسره . وقد روى ذلك عن علي وزيد بن ثابت والعترة وأحمد بن حنبل وأبي حنيفة . قال ابن قدامة وهو إجماع أهل العلم . أما تفصيلها فكما في تفصيل الموضحة والهاشمية

قوله « ويجب في المأمومة ثلث الديه » ، قلت أرجع الى كتاب النبي (ص)

لأهل اليمن في أول الباب

قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون لها الآمه وأهل الحجاز المأمومه ، وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ ، سميت أم الدماغ لأنها تحوطه وتجمعه ، فإذا وصلت الجراحة إليها سميت أمه ومأمومه ، وأرشها ثلث الديه في قول عامة أهل العلم إلا مكحولاً فإنه قال إن كانت عمداً ففيها ثلثا الديه ، وإن كانت خطأ ففيها ثلثها ، هكذا نقله الشوكاني عن ابن المنذر

أما الدامغة وهي أن يخرق جلدة الدماغ وفيها ما في المأمومة ، ولم يذكر متقدموا أصحاب أحمد الدامغة لمساواتها المأمومة في أرشها ، قال ابن قدامة ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب . وقال أبو الحسن الماوردي البصرى صاحب الحاوى والأحكام السلطانية وأدب الدنيا والدين وغيرها وإمام أصحابنا العراقيين : يجب فيها حكومة مع تلك الدية لخرق الغشاوة التي على الدماغ وبه قال بعض أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة

(فرع) قال أبو العباس بن سريج : وإن أوضعه رجل وهشمه آخر ونقله آخر وأمه آخر في موضع واحد وجب على الذى أوضعه خمس من الإبل وعلى الذى هشمه خمس من الإبل وعلى الذى نقله خمس من الإبل وعلى الذى أمه ثمانى عشرة من الإبل وثلث ، لأن ذلك قدر أرش جناية كل واحد منهم . وهو اختيار المصنف هنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأما الشجاج التي قبل الموضحة وهي خمسة : الخارصة والدامية والباضة والمتلاحمة والسمحاق ، فينظر فيها فإن أمكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كانت في الرأس موضحة فشج رجل بجنبها باضة أو متلاحمة وعرف قدر عمقها ومقدارها من الموضحة من نصف أو ثلث أو ربع ، وجب عليه قدر ذلك من أرش الموضحة ، لأنه يمكن تقدير أرشها بنفسها فلم تقدر بغيرها ، وإن لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة وجبت فيها الحكومة ، لأن تقدير الارش بالشرع ولم يرد الشرع بتقدير الارش فيما دون الموضحة ، ونعذر معرفة قدرها من الموضحة فوجبت فيها الحكومة .

(فصل) وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه فضربان ، جائفة وغير جائفة فأما غير الجائفة فهي الجراحات التي لا تصل إلى جوف ؛ والواجب فيها الحكومة فإن أوضح عظمها في غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة ، لأنها لا تشارك نظائرهما من الشجاج التي في الرأس والوجه في الاسم ولا تساويها في الشين والخوف عليه منها ، فلم تساوها في تقدير الارش . وأما الجائفة وهي

التي تصل الى الجوف من البطن أو الظهر أو الورك أو الصدر أو ثغرة النحر ،
فالواجب فيها تلك الدية ، لما روى في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله (ص)
كتب الى أهل اليمن في الجائفة تلك الدية ، فإن أجاف جائفتين بينهما حاجز
وجب في كل واحدة منهما الدية .

وإن أجاف جائفة فجاء آخر ووسعها في الظاهر والباطن ووجب على الثاني تلك
الدية ، لأن هذا القدر لو انفرد لكان جائفة فوجب فيه أرش الجائفة ، فإن وسعها
في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر ووجب عليه حكومة ، لأن جنايته
لم تبلغ الجائفة .

وإن جرح شفته وجر السكين حتى بلغ الورك وأجاف فيه ، أو جرح الكتف
وجر السكين حتى بلغ الصدر وأجاف فيه ، ووجب عليه أرش الجائفة وحكومة
في الجراحة ، لأن الجراحة في غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما قلنا فيمن
نزل في موضحة الرأس الى القفا .

وإن طعن بطنه بسنان فأخرجه من ظهره ، أو طعن ظهره فأخرجه من بطنه
وجب عليه في الداخل الى الجوف أرش الجائفة لأنها جائفة ، وفي الخارج منه
الى الظاهر ورحمان (أحدهما) وهو المنصوص أنه جائفة ، ويجب فيها أرش جائفته
أخرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر رضى الله عنه قضى
في الجائفة إذا نفذت من الجوف جائفتان ، ولائها جراحة نافذة الى الجوف
فوجب فيها أرش جائفة كالدخلة الى الجوف (والثاني) ليس بجائفة ، ويجب فيها
حكومه ، لأن الجائفة ما تصل من الظاهر الى الجوف ، وهذه خرجت من
الجوف الى الظاهر فوجب فيها حكومه

(فصل) وإن طعن وجنته فهشم العظم ووصلت إلى الفم ففيه قولان
(أحدهما) أنها جائفة ويجب فيها تلك الدية ، لائتها جراحة من ظاهر الى
جوف فأشبهت الجراحة الواصلة الى الباطن

(والثاني) أنه ليس بجائفة ، لأنه لا تشارك الجائفة في إطلاق الاسم ولا
تساويها في الخوف عليه منها ، فلم تساوها في أرشها ، فعلى هذا يجب عليه دية
هاشمة لأنه هشم العظم ويجب عليه حكومه لما زاد على الهاشمة

(فصل) وان غاط الجائفة لهما رجل وفق الخياطه نظرت - فإن كان قبل الالتحام - لم يلزمه أرش لأنه لم توجد منه جنايه ويلزمه قيمة الخيط وأجرة المثل للخياطه ، وان كان بعد التحام الجميع لزمه أرش جائفه ، لأنه بالالتحام عاد الى ما كان قبل الاجنابه ويلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطه لأنها دخلت في أرش الجائفة ، وان كان بعد التحام بمضالزمه الحكومه لجنايته على ما التحم وتلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطه لأنها دخلت في الحكومه

(فصل) وإن أدخل خشبه أو حديدة في دبر انسان فخرق حاجزاً في الباطن ففيه وجهان بناء على الوجهين فيمن خرق الحاجز بين الموضعين في الباطن (أحدهما) يلزمه أرش جائفه لأنه خرق حاجزاً الى الجوف (والثاني) تلزمه حكومه لبقاء الحاجز الظاهر .

(فصل) وإن أذهب بكاراة امرأة بخشبه أو نحوها لزمته حكومه ، لأنه إنلاف حاجز وليس فيه أرش مقدر ، فوجب فيه الحكومه ، وان أذهبها بالوطء لم يلزمه أرش لأنها ان طاوعته فقد أذنت فيه ، وان أكرهها دخل أرشها في المهر ، لأنها نوجب عليه مهر بكر

(الشرح) في مراسيل مكحول د أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الموضحة خمساً من الابل ولم يوقت فيما دون ذلك شيئاً ، فإذا كان تقدير الارش لا يثبت إلا بالنص التوقيني ، ولا توقيفها هنا في الشجاج التي قبل الموضحة بأرش مقدر فإنه اذا ثبت هذا فإذا أمكن معرفته قدرها من الموضحة بأن كان في رأس الجنى عليه موضحة ثم شج في رأسه دامغه أو باضعه ، فإن عرف قدر عمقها من عمق الموضحة التي في رأسه وجب فيها تقدير ذلك من أرش الموضحة ، وان لم يمكن معرفة قدر عمقها من عمق الموضحة التي في رأسه وجب فيها حكومه يعرف بالتقويم على ما يأتي بيانه ، فإن تيقنا أنها نصف الموضحة وشككنا هل يزيد أم لا ؟ فإنه يقوم ، فإن خرجت حكومتها بالتقويم نصف ارش الموضحة لا غير ، لم تجب الزيادة لأنها ان الزيادة لا حكم لها ، وان خرجت حكومتها اكثر من نصف ارش الموضحة وجب ذلك لأنها علمنا ان الشك له حكم . وان خرجت حكومتها اقل من نصف

أرشد الموضحة وجب نصف أرشد الموضحة . لأننا قد تبيننا وجوب النصف وعلينا أن التقويم خطأ .

قوله : وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه الخ ، فجملة ذلك أن هذه الجراحة ضربان جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة وهي الموضحة والهاشمة والمنقلة وما دون الموضحة من الجراحات فلا يجب فيها أرشد مقدر ، وإنما يجب فيها حكومة لأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الموضحة وما بعدها من الجراحات وذكر بعدها المأمومة ، والمأمومة لا تكون إلا في الرأس ، فعلم أن ما قبلها لا تكون إلا بالرأس ، والوجه في معنى الرأس ، ولأن هذه الجراحات في سائر البدن لا تشارك نظارها في الرأس والوجه في الشين والخوف عليه منها فلم يشاركها في تقدير الارش . وأما الجائفة فهي الجراحات التي تصل إلى الجوف من البطن أو الصدر أو ثغرة النحر أو الورك فيجب فيها ثلث الدية

وقال مكحول : إن تعمدتها وجب فيها الدية . دليلنا كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن الذي سقنا لك نصه في أول الباب . وعن ابن عمر مثل ذلك أن في الجائفة ثلث الدية ، وهو قول عامة أهل العلم ، منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي إلا مكحولاً حيث قال في عمدتها ثلث الدية ولأنها جراحة أرشها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ، ولا تعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدر غير الجائفة ، والجائفة ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره .

وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي والنبى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا في الجوف . قال ابن القاسم : الجائفة ما أفضى إلى الجوف أو بمغرز إبرة . فأما ان خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر لا حكم الباطن فإن أجافه جائفتين بينهما حاجز وجب عليه أرشد جائفتين ، وإن طعمته فأنفذه من ظهره إلى بطنه ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجب عليه إلا أرشد حائفة . لأن الجائفة هو ما ينفذ من

خارج الى داخل ، فأما الخارج من داخل إلى خارج فليس بجائفة ، فيجب فيها حكومة (والثاني) يجب عليه أرش جائفتين ، وبه قال مالك ، وهو المذهب ، لأنه روى عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب ولا يخالف لهما في الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ، ولا نهما جراحتان نافذتان إلى الحوف ، فهو كما لو نفذنا من خارج إلى داخل .

(فرع) وإن أجاف رجلا جائفه ثم جاء آخر وأدخل السكين في تلك الجائفة ، فإن لم يقطع شيئا فلا شيء عليه وإنما يعزر به ، وإن وسعها في الظاهر والباطن وجب عليه أرش جائفة لأنه أجاف جائفة أخرى ، وإن وسعها في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر أو أصاب بالسكين كبده أو قلبه وجرحه وجبت عليه حكومة ، وإن قطع أمعاءه أو أبان حشوته فهو قاتل ، لأن الروح لا تبقى مع هذا ، والاول جارح

وإن وضع السكين على نخذه فجرحه حتى بلغ به البطن وأجافه ، أو وضعه على كتفه وجرحه حتى بلغ به الظهر وأجافه وجب عليه أرش جائفة وحكومة للجراحة في السكف والفخذ ، لأنهما جراحة في غير محل الجائفة . وإن وضع السكين على صدره وجرحها حتى بلغ به إلى بطنه أو ثغرة النحر وأجافه لم يجب عليه إلا لأرش جائفة ، لأن الجميع محل للجائفة ، ولو أجافه في الجميع لم يلزمه إلا أرش جائفة فلتلا يلزمه ولم يجفه إلا في بعضه أولى . هذا هو اتفاق أهل العلم

(فرع) إذا أجافه جائفة بخاط الجائفة ، فجاء آخر وفتق تلك الخياطة ، فإن كان الجرح لم يلتحم ظاهراً أو لا باطناً لم يلزم الثاني أرش ، وإنما يعزر ، كما لو أدخل السكين في الجائفة قبل الخياطة ، ويجب عليه قيمة الخياطة وأجرة المثل ، وإن كانت الجراحة قد التحمت فقطعها ظاهراً وباطناً وجب عليه أرش جائفة ، لأنه عادة كما كان ، وإن التحمت الجراحة في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر ففتقه وجبت عليه الحكومة ، وكل موضع وجب عليه أرش الجائفة أو الحكومه فإنه يجب عليه معه قيمة الخيط ، وتدخل اجرة الطبيب الذي يجرى عمليه الخياطة في الارش أو في الحكومه . وهذا هو اتفاق أهل العلم

(فرع) إذا جرحه في جوفه فخرجت الجراحه من الجانب الآخر فهما جائفتان

في قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك وأحمد وأصحاب
الرأى . قال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وقال بعض أصحابنا :
هي جائفة واحدة .

وحكى هذا عن أبي حنيفة ، لأن الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن إلى
جوف ، وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظاهر وقد استدل الجمهور بما أخرجه
سعيد بن منصور في سننه عن سعيد بن المسيب أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فأنفذه
فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلاثي الدية ، وروى نحوه عن عمر رضى الله عنه من
طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، لأن الاعتبار بوصول الجرح إلى
الجوف لا بكيفية إيصاله ، إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى في المعنى ، كما قلنا
فيمن أوضح إنساناً في رأسه ثم أخرج السكين من موضع آخر فهما موضحتان ،
وإن هشمه هاشمة لها مخرجان فهما هاشمتان .

(فرع) إذا ضرب وجنته فبكسر العظم ووصل إلى فيه ، ففيه قولان ،
(أحدهما) يجب عليه أرش جائفة ، لأنها جراحة وصلت إلى جوف القم ، فهو
كالو وصلت إلى جوف البطن أو الرأس (والثاني) لا يجب عليه إلا أرش
هاشمة لهشم العظم وحكومة لما زاد ، لأن هذه دون الجائفة إلى البطن أو الرأس
في الجوف عليه منها ، وإن جرحه في أنفه فخرقه إلى باطنه ، قال أبو علي الطبري
ففيه قولان ، كالو هشم عظم وجنته فوصل إلى فيه ، وقال ابن الصباغ : لا يجب
عليه أرش جائفة قولاً واحداً .

(فرع) إذا أدخل خشبة في دبر إنسان فخرق حاجزاً في البطن فهل يلزمه
أرش جائفة ؟ فيه وجهان كما قلنا فيمن خرق الباطن بين الموضحتين دون الظاهر
وقال أحمد وأصحابه : عليه حكومه ولا يلزمه أرش جائفه وجهاً واحداً . أما إذا
أذهب بكارة امرأة بخشبة أو بيده فليست بجائفه ، لأنه لا يخاف عليهما من ذلك
فإن كانت أمه وحب عليه ما نقص من قيمتها ، وإن كانت حرة ففيها حكومه ،
فإن أكرهها على الزنا وجب عليه حكومه ، ولإذهاب البكارة مهر المثل ، وهل
يلزمه أرش البكارة ؟ عد أصحاب أحمد فيها روايتان إحداهما لا يلزمه لأن
أرش البكارة داخل في مهر المثل ، فإن مهر المثل أكبر من مهر الثيب ، فالتفاوت

بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمه مرتين (والثانية) يضمه لأنه محل أتلفه بعدواه فلزمه أرشه ، كما أتلفه بأصبيه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأما الإهضاء فوجب الأرش في إتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال ، فيجب في إتلاف العينين الدية ، وفي أحدهما نصفها ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في كتاب كتبه لعمر بن حزم : هذا كتاب الجروح ، في النفس مائة من الأبل وفي العين خمسون من الأبل ، فأوجب في كل عين خمسين من الأبل ، فدل على أنه يجب في العينين مائة ، ولأنها من أعظم الجوارح جمالا ومنفعة ، ويجب في عين الأعمور نصف الدية للخبر ، ولأن ما ضمن بنصب الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد .

وان جنى على عينه أو رأسه أو غيرهما فذهب ضوء العينين وجبت الدية لأنه أتلف المنفعة المقصودة بالعضو فوجبت ديته ، كما لو جنى على يده فشلت ، وإن ذهب الضوء من إحدهما وجب نصف الدية ، لأن ما أوجب الدية في إتلافها أوجب نصف الدية في إتلاف إحدهما كاليدين . وان أزال الضوء فأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنه لما عاد علينا أنه لم يذهب ، لأن الضوء إذا ذهب لم يعد .

وإن زال الضوء فشهد عدلان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده ، فإن لم يقدر لعوده مدة معلومة لم ينتظر لأن الانتظار إلى غير مدة معلومة يؤدي إلى إسقاط موجب الجنابة . وان قدر مدة معلومة انتظر وان عاد الضوء لم يجب شيء ، وان لم يعد أخذ الجنابي بموجب الجنابة من القصاص أو الدية . وان مات قبل انقضاء المدة لم يجب القصاص لأنه موضع شبهة لأنه يجوز أن لا يكون بطل الضوء ، ولعله أو عاش لعاد والقصاص يسقط بالشبهة ، وأما الدية فتمد قال بمن قلع سناً وقال أهل الخبرة : يرجى عوده إلى مدة مات قبل انقضائها إن في الدية قولين : أحدهما يجب لأنه أتلف ولم يعد . والثاني لا يجب لأنه لم يتحقق الإتلاف ولعله

لو بقي لعاد ، فمن أصحابنا من جعل في دية الضوء قولين ، ومنهم من قال : فوجب دية الضوء قولاً واحداً ، لأن عود الضوء غير معهود ، بخلاف السن فإن عودها معهود .

(فصل) فإن جنى على عينيه فنقص الضوء منها ، فإن عرف مقدار النقصان بأن كان يرى الشخص من مسافة فصار لإيراه إلا من نصف تلك المسافة وجب من الدية بقسطها ، لأنه عرف مقدار ما نقص فوجب بقسطه ، وإن لم يعرف قدر النقصان بأن ساء إدراكه وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر التقدير ؛ فوجبت فيه الحكومة . وإن نقص الضوء في إحدى العينين عصبت العليقة وأطلقت الصحيحة ، ووقف له شخص في موضع يراه ، ثم لا يزال يبعد الشخص ويسأل عنه إلى أن يقول لا أراه ، ويمسح قدر المسافة ثم تطلق العليقة وتمسب الصحيحة ، ولا يزال يقرب الشخص إلى أن يراه ، ثم ينظر ما بين المسافتين ، فيجب من الدية بقسطها .

(فصل) وإن جنى على عين صبي أو مجنون فذهب ضوء عينه ، وقال أهل الخبرة قد زال الضوء ولا يعود ، ففيه قولان

(أحدهما) أنه لا يجب عليه في الحال شيء ، حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويدعى زوال الضوء ، لجواز أن لا يكون الضوء زائلاً (والقول الثاني) أنه يجب القصاص أو الدية ، لأن الحناية قد وجدت فتعلق بها موجبها .

(فصل) وإن جنى على عين ففحصت أو انحوت وجبت عليه حكومة ، لأنه نقصان جمال من غير منفعة ، فضمن بالحكومة ، وإن أتلف عيناً قائمة وجبت عليه الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيها الحكومة .

(فصل) ويجب في الجنون الدية لأن فيها جمالا كاملا ومنفعة كاملة ، لأنها تقي العين من كل ما يؤذيها ؛ ويجب في كل واحد منها ربع الدية ، لأنه محدود ، لأنه ذو عدد تجب الدية في جميعها ، فوجب في كل واحد منها ما يخصها من الدية كالإصابع ، وإن قلع الإصقان والعينين وجب عليه ديتان ، لأنهما جنسان يجب بإتلاف كل واحد منهما الدية ، فوجب بإتلافهما ديتان كاليدين والرجلين ، فإن أتلف الأهداب وجبت عليه الحكومة ، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة ،

فضمن بحكومة ، وإن قلع الأجناف وعليها الأهداب ففيه وجهان ، أحدهما لا يجب للأهداب حكومة ، لأنه شعر نابت في الدضو المتلب فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع . والثاني : يجب للأهداب حكومة ، لأن فيها جمالا ظاهرا فأفردت عن العضو بالضمان .

(الشرح) يأخذ المصنف في ديات الأعضاء ، فيبحث أولا ديات العين ، فيتقرر من هذا أن في العينين الدية لما عرفناه من كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن وفيه « وفي العينين لدية » ، ويجب في إحداهما نكص الدية . وهذا ما ارد فيما فيه زوج كالاذن والرجل واليد ، ولا أعلم في ذلك مخالفا إلا في الاعور فإن مقتضى المذهب أنه لا يجب فيه إلا نصف الدية خمسون من الابل أو من النقدين تقويماً . وبه قال النخعي والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وقال الزهري ومالك والليث وأحمد وإسحاق : يجب فيها جميع الدية

وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عمر ، وذلك لعاه بسببها فساوت مصيبته مصيبة من قلعت عيناه .

دلينا أن الدليل لم يفصل ولم يفرق بين عين الاعور وعين غيره ، ولأن ما ضمن يبدل مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد . وإن قلع الاعور عين من له عينان وللجاني مثلها كان المجنى عليه القصاص . وقال أحمد : ليس له القصاص منه . دلينا قوله تعالى « والعين بالعين » ولم يفرق وإن عني المجنى عليه عن قلع عين الاعور لم يستحق عليه إلا نصف الدية . وقال مالك يستحق عليه جميع الدية . دلينا أنه قلع عين واحدة فإذا عني عن القصاص لم يجب له أكثر من ديتها كما لو كانتا سليميتين

(فرع) إذا جنى على عينه أو رأسه فذهب ضوء بصره والحدقة باقية كإفصال الشبكية وجبت عليه الدية للحديث المرفوع « وفي البصر مائة من الابل ، ولكناه صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن « وفي العينين الدية » ، ولأنه أذهب المنفعة المقصودة بالعين وعطل وظائفها فوجب عليه أرشها ، كما لو جنى على يده فشلت . وإن ذهب البصر من إحدى العينين وجب عليه نصف الدية ، كما لو أشل إحدى يديه ،

فإن قلع عينا عليها بياض - فإن كان على غير الناظر (القرنية) أو على الناظر إلا أنه خفيف يبصر بها من تحته وجب عليه جميع ديتها ، لأن البياض لا يؤثر في منفعتها ، وإنما يؤثر في جمالها ، فهو كما لو قطع يدأ عليها؛ لآليل ، فإن كان لا يبصر لم تجب عليه الدية ، وإنما عليه الحكومة كما لو قطع بدأ سلام ، وإن نقص بصرها بالبياض وجب عليه من ديتها بقدر ما بقي من بصرها

(تنبيه) اعلم أن العين الكاملة الابصار مقياسها عند الاطباء ٦ على ٦ ودونها ٦ على ٩ ثم ٦ على ١٢ ثم ٦ على ١٨ ثم ٦ على ٢٤ ثم ٦ على ٦٠ ، ولها علامات مرسومة على لوحة مثبتة على حائط يبعد عند الكشف من مترين الى أربعة أمتار فيها أقواس كبيرة من أعلاها ثم تأخذ في الصغر حتى تبلغ في الدقة الحد الذي يجعل رؤيتها دليلا على أن العين كاملة الابصار ، وبهذا المقياس يمكن أن نكتفي به عن الصور التي رسمها المصنف من وقوف شخص على بعد ثم اقترابه ، وما الى ذلك مما لم يكن له دليل أدق منه في عصرهم

أما وقد وصل الكشف الطبي في زماننا إلى الاطلاع على قاع العين بالعدسات والآلات الحديثة ، فإن الاعتبار يكون بالوسائل الحديثة وبها نأخذ ، على أن الصورة التي مثل بها الامام الشافعي رضي الله عنه لا يمكن أن يقوم مقامها صورة أخرى للاثبات أو النفي عند التحقيق في دعوى المجنى عليه وهي في الفرع التالي . (فرع) إذا جنى على عينه فذهب ضوءها فأخذت منه الدية ثم عاد ضوءها وجب رد ديتها ، لأننا علمنا أنه لم يذهب ، وان ذهب ضوءها وقال رجلان من أطباء العيون برجاء عودته - فإن لم يقدر ذلك الى مدة لم ينتظر ، وان قدره الى مدة انتظر ، فإن عاد الضوء لم تجب الدية ، وان انقضت المدة ولم يرد الضوء أخذ الجاني بموجب الجناية .

وإن مات المجنى عليه قبل انقضاء تلك المدة لم يجب القصاص لأنه موضع شبهة . وهل تجب عليه الدية ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان كما قلنا في السن . ومنهم من قال تجب الدية قولاً واحداً ، لأن عود الضوء غير مأمود ، وعود السن مأمود

(فرع) إذا جنى على عينه فنقص ضوءها نظرت - فإن عرف أنه نقص

نصف ضوءهما - راجع ما أجملناه في تبيينهما آنفاً حول امتحان العين بمقاييس عصرنا - بأن نظره يساوى ٦ على ٦ فصار يساوى ٦ على ١٢ وجبت عليه نصف الدية ، وإن لم يعرف قدر النقصان ، وإنما ساء إدراكه وجبت عليه حكومة . وإن نقص بصره في إحدى العينين وجبت عليه من دية تلك العين بقدر ما نقص من ضوءها إن أمكن معرفة ذلك .

قال الشافعي رضى الله عنه : والإمكان أن نعصب عينه العليلة ونطلق الصحيحة ويقام له شخص على ربوة من الأرض ، ثم يقال له انظر اليه ثم يتباعد الشخص عنه إلى أن يأتي إلى غاية يقول لأدري إلى أكثر منها ، ثم يعلم على ذلك الموضع ويغير عليه ثياب الشخص لأنه متهم ، فإذا غير عليه وأخبر به علمنا صحة ذلك ، ثم نطلق العين العليلة ونعصب الصحيحة ونوق له الشخص على ربوة ثم لا يزال يبعد عنه إلى الغاية التي يقول أبصره اليها ولا أبصره إلى أكثر منها ، فنعلم على ذلك الموضع ويوق له الشخص من جميع الجهات ، فإن أخبر أنه يبصره على أكثر من تلك الغاية أو أقل علمنا كذبه ، لأن النظر لا يختلف باختلاف الجهات فإذا انفقت الجهات علمنا صدقه ، ثم ينظر كم الغاية الثانية من الأولى فيؤخذ بقدر ما نقص من الدية .

(فرع) وإن جنى على عين صبي أو مجنون فقال الطبيب الشرعى : قد زال ضوءها ولا يرجع عوده ، ففيه قولان . أحدهما يحكم على الجاني بموجب الجناية لأن الجناية قد وجدت فيتعلق بها . والثاني لا يحكم عليه بموجبها حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويدهى زوال الضوء لجواز أن الضوء لم يذهب ، وإن جنى على عين رجل فشخصت ، أى لا يستطيع أن يظرف إذا ارتفعت أو احولت ولم يذهب من ضوءها شيء ، وجب عليه الحكومة لأنه أذهب جمالا من غير ذهاب منفعة .

وإن قلع عيناً قائمة ، وهى العين التي ذهب ضوءها وبقيت حدقتها وجبت عليه الحكومة دون الدية ، لأنه أذهب جمالا من غير منفعة .

قوله « ويجب في الجفون الدية الخ » قلت : أجفان العينين أربعة واسمها الأشفار وفي جميعها الدية ، لأن فيها منفعة الجنس ، وفي كل واحد منها ربع الدية

لأن كل ذى عدد تجب في جميعه الدية تجب في الواحد مما يحصته من الدية كالي بن
والاصابع ، وبهذا قال الحسن والشعبي وقناة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه
وأحمد وأصحابه .

وقال مالك : لا يجب عليه الا الحكومة ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبي (ص)
والتقدير لا يثبت بالقياس . دليلنا أن فيها جمالا ظاهراً ونفعاً كاملاً ، لأنها تنكح
العين وتحفظها ، وندراً عنها الرياح والعواصف ، والحر والبرد ، وهجوم الغبار
والاجسام المتطايرة في الهواء ، وإزالتها لئلا ينجس منظر العينين ، فوجبت فيها الدية
كاليدنين ، ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياساً ، فإذا ثبت هذا فإن في أحدهما ربع
الدية . وحكى عن الشعبي أنه يجب في الاعلى ثلثا دية العين ، وفي الاسفل ثلثها
لأنه أكثر نفعاً .

وإن قطع الاجفان وعليها الاهداب ففيه وجهان :
(أحدهما) يجب عليه الدية كالا جفان والحكومة للأهداب ، كما لو قطع
الاهداب والاجفان

(والثاني) يجب عليه الدية لا غير ، كما لو قطع يداً وعليها شعر واظفار .
وان قلع العينين والاجفان وجبت عليه ديتان ، كما لو قطع يديه ورجليه ، وإن
أزال الاهداب وحدها ففيه حكومة . وقال أبو حنيفة وأحمد : يجب فيها الدية
وفي كل واحد منها ربعها ، ومثل ذلك الحاجبان ، فإن فيها حكومة . وقال أبو حنيفة
وأحمد فيهما الدية .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في الاذنين الدية وفي أحدهما نصفها لما روى أن النبي
صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم في الاذن خمسون من الإبل ،
فأوجب في الاذن خمسين من الإبل ، فدل على أنه يجب في الاذنين مائة ،
ولا فيها جمالا ظاهراً ومنفعة متصودة ، وهو أنها تجمع الصوت وتوصله الى
الدماغ ، فوجب فيها الدية كالعين
وإن قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه من الدية بقسطه ،

لأن ما وجبت الدية فيه وجبت في بعضه بقسطه كالأصابع . وإن ضرب أذنه فاستحشفت ففيه قولان :

(أحدهما) تجب عليه الدية كما لو ضرب يده فشلت

(والثاني) تجب عليه الحكومة ، لأن منفعة الأذن جمع الصوت ، وذلك لا يزول بالاستحشاف ، بخلاف اليد فإن منفعتها بالبطش وذلك يزول بالشلل ، وإن قطع أذناً مستحشفه فإن قلنا إنه إذا ضربها فاستحشفت وجبت عليه الدية ، وجب في المستحشفة الحكومة ، كما لو قطع يداً سلاء ، وإن قلنا إنه تجب عليه الحكومة وجب في المستحشفة الدية ، كما لو قطع يداً مجروحة ، فإن قطع أذن الأصم وجبت عليه الدية ، لأن عدم السمع نقص في غير الأذن ، فلا يؤثر في دية الأذن .

(فصل) ويجب في السمع الدية ، لما روى أبو المهباب عن أبي قلابة أن رجلاً رمى رجلاً بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ، فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات والرجل حى ، ولانها حاسة تختص بمنفعة فأشبهت حاسة البصر . وإن أذهب السمع في أحد الأذنين وجب نصف الدية ، لأن كل شيتين وجبت الدية فيهما وجب نصفهما في أحدهما كالأذنين وإن قطع الأذنين وذهب السمع وجب عليه ديتان ، لأن السمع في غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما في الآخر وإن جنى عليه فزال السمع وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنه لم يذهب السمع ، لأنه لو ذهب لما عاد .

وإن ذهب السمع فشهد شاهدان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده إلى مدة ، فالحكم فيه كالحكم في العين إذا ذهب ضوءها ، فشهد شاهدان أنه يرجى عوده ، وقد ينهأ .

وإن نقص السمع وجب أرش ما نقص ، فإن عرف القدر الذى نقص بأن كان يسمع الصوت من مسافة فصار لا يسمع إلا من بعضها وجب فيه من الدية بقسطه ، وإن لم يعرف القدر بأن ثقلت أذنه وساء سمعه وجبت الحكومة . وإن نقص السمع في أحد الأذنين سدت العليلة وأطلقت الصحيحه ، ويؤمر رجل حتى يصبح من موضع يسمعه ثم لا يزال يبعد ويصبح الى أن يقول لا أسمع ،

ثم تسمع المسافة ، ثم تطلق العليقة وتسد الصخيرة ، ثم يصبح الرجل ثم لا يزال يقرب ويصبح إلى أن يسمعه وينظر ما بين المسافتين ، ويجب من الدية بقسطه .

(الشرح) خبر عمرو بن حزم مضمي تخريجه في أول الباب ، وأثر أبي المهلب عن أبي قلابة ، أخرجه أحمد بن حنبل في رواية أبي الحرث وابنه عبد الله ، كما أخرجه ابن أبي شيبة عن خالد بن عوف : سمعت شيخنا في زمن الحاكم ، وهو ابن المهلب عم أبي قلابة قال : رمى رجل رجلا بججر في رأسه في زمن عمر فذهب سمعه وبصره وعقله وذكره فلم يقرب الذماء ، فقضى عمر فيه بأربع ديات وهو حي ، وقد دل الخبر على وجوب الدية في كل واحد من الأربعة المذكورة وهو إجماع الصحابة لأنه لم يثبت له مخالف .

وقال الحافظ بن حجر في تلخيص الخبير : إنه وحده في حديث معاذ في السمع الدية قال وقد رواه البيهقي من طريق قتادة عن ابن المسيب عن علي رضي الله عنه وقد زعم الرافعي أنه ثبت في حديث معاذ أن في البصر الدية . قال الحافظ لم أجده . وروى البيهقي من حديث ماذ في العقل الدية وسنده ضعيف . قال البيهقي وروينا عن عمر وعن زيد بن ثابت مثله ، وقد زعم الرافعي أن ذلك في حديث عمرو بن حزم وهو غلط .

وأخرج البيهقي عن زيد بن أسلم بلفظ : مضت السنة في أشياء من الإنسان إلى أن قال : وفي اللسان الدية وفي الصوت إذا انقطع الدية ،

قال الشوكاني : والحاصل أنه قد ورد النص بإيجاب الدية في بعض الحواس الخمس الظاهرة كما عرفت ، ويقاس ما لم يرد فيه نص منها على ما ورد فيه

قلت : روى ذلك عن عمر وعلي ، وه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثوري والأوزاعي وأحمد وأصحاب الرأي ومالك في إحدى الروايتين عنه .

وقال في الأخرى فيها حكومة لأن الشرع لم يرد في ذلك بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس . وحكاة أصحابنا الخراسانيون قولاً آخر للشافعي . قال العمراfi وليس

بمشهور . وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : في الأذنين خمسة

عشر من الأبل ، قال ابن المنذر لم يثبت ذلك عنه . قال ابن قدامة

دلينا كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن عن عمرو بن حزم وفيه
 . وفي الأذن خمسون من الأبل ، فدل على أنه يجب فيها مائة
 (فرع) وإن قطع بعض الأذن وجب عليه من ديتها بقدر ما قطع منها لأنه
 يمكن تقسيط الدية عليها . وإن جنى على أذنه فاستحشف ، — أى ييست واقبضت
 وصارت كهيئة الجلد إذا ترك على النار — ففيه قولان
 (أحدهما) يجب عليه ديتها كما لو جنى على يده فشلت
 (والثاني) لا يجب عليه الا الحكومة ، لأن منفعتها باقية مع استحشافها ،
 وإنما نقص جمالها . وإن قطع أذنا مستحشفة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال
 إنه إذا جنى عليها فاستحشفت وجب عليه الدية ووجب لها ما على قاطع المستحشفة
 الحكومة ، كما لو قطع يداً سلاء
 وإن قلنا هناك لا يجب عليه الا الحكومة وجب لها ما على قاطعها ديتها .
 وقال الشيخ أبو حامد هذا تخليط لا يحكى ، بل يجب عليه الحكومة قولاً واحداً
 كما قلنا فيمن قلع عيناً قائمة أو قطع يداً سلاء
 وإن قطع أذن الاصم وجب عليه ديتها ، لأن ذهاب السمع لعله في الرأس
 لا في الأذن .

قوله . ويجب في السمع الدية ، لجملة ذلك أنه إذا ذهب سمعه من أحد الأذنين
 وجب عليه نصف الدية ، كما لو أذهب البصر من أحد العينين ، فإن أذهب سمعه
 فأخذت منه الدية ثم عاد السمع وجب رد الدية لأننا علمنا أنه لم يذهب
 (فرع) وافق جنى عليه جنابة فادعى أنه ذهب بها سمعه أو بصره أو شمه
 أخذنا رأى اثنين من أهل الخبرة من المسلمين ؛ فإن قالوا مثل هذه الجنابة لا يذهب
 بها السمع والبصر والشم فلا شيء على الجاني ، لأننا علمنا كذب المدعى ، وإن
 قالوا مثلها يذهب بها السمع أو البصر أو الشم — فإن كان في البصر — رجع الى
 قولها أو الى اثنين من أهل الخبرة ؛ فإن قالوا قد ذهب البصر ولا يعود حكماً على
 الجاني بموجب الجنابة ، وإن كان في السمع والشم لم يرجع الى قولها في ذهابه ،
 لأنه لا طريق لها الى المعرفة بذهابها بخلاف البصر ، فإذا ادعى الجنى عليه ذهاب
 السمع أو الشم — فإن قال اثنين من أهل الخبرة من المسلمين لا يرجع عوده —

حكم على الجاني بموجب الجنابة . وإن قالا يرجى عوده إلى مدة ، فهو كما لو قالا
يرجى عود البصر ، وقد مضى يماه ، فإن كانت الجنابة عمداً لم يقبل فيه إلا قول
رجلين ، وإن كانت خطأ أو عمداً خطأ قبل فيه قول رجل وامرأتين ، كما قلنا
في الشهادة بذلك .

(فرع) وإن جنى عليه جنايه فنقص سمعه بها — فإن عرف قدر نقصانه —
وجب فيه من الدية بقدره ، وإن لم يعرف قدر نقصانه وإنما نقل وجبت فيه
الحكومة ، وإن ادعى نقصان السمع من أحد الأذنين سدت الأذن العلية
وأطلقت الصحيحة ، وأمر من يخاطبه وهو يتباعد منه إلى أن يبلغ إلى غاية يقول
لا أسمع إلى أكثر منها ويعلم عليها ويمتنع بذلك من جميع الجهات لأنه منهم ،
فإذا انفقت الجهات أطلقت العلية وسدت الصحيحة وخاطبه كخاطبته الأولة
وهو يتباعد منه إلى أن يقول لا أسمع إلى أكثر منها ، ويمتنع بمخاطبته أيضاً
في ذلك من جميع الجهات ، فإذا انفقت علم على ذلك الموضع وينظر كم قدر
ذلك من المسافة الأولة ، ويجب له من دية الأذن بقدر ما نقص من المسافة التي
يسمع منها في العلية ، وإن قطع أذنيه فذهب سمعه منها وجب عليه ديتان ، كما لو
قطع يديه ورجليه .

(قائدة) قال الثعالبي : يقال بأذنه وقر فإذا زاد فهو صمم ، فإذا زاد فهو طرش
فإذا زاد حتى لا يسمع الرعد فهو صالخ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في مارن الأنف الدية ، لما روى طاوس قال : كان في كتاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية ، ولأنه
عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة ، ولأنه يجمع الشم ويمنع من وصول التراب
إلى الدماغ ، والاشتم كالاشتم في وجوب الدية ، لأن عدم الشم نقص في غير
الأنف فلا يؤثر في دية الأنف ، ويخالف العين القائمة ، فإن عدم البصر نقص
في العين ، فنح من وجوب الدية في العين .

وإن قطع جزءاً من المارن كالنصف والثلث وجب فيه من الدية بقدره ، لأن

ما ضمن بالدية يضمن بعضه بقدره من الدية كالأصابع ، وإن قطع أحد المنخرين ففيه وجهان

(أحدهما) وهو المنصوص أن عليه نصف الدية ، لأنه أذهب نصف الجمل ونصف المنفعة (والثاني) يجب عليه ثلث الدية ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء ، المنخرين والحاجز ، فوجب في كل واحد من المنخرين ثلث الدية ، وإن قطع أحد المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الأول نصف الدية للحاجز . وعلى الوجه الثاني يجب عليه ثلثا الدية ، ثلث للحاجز وثلث للمنخر . وإن شق الحاجز وجب عليه حكومة ، وإن قطع المارن وقصبة الأنف وجب عليه الدية في المارن والحكومة في القصبية ، لأن القصبية تابعة فوجب فيها الحكومة كالذراع مع الكف . وإن جنى على المارن فاستحشف ففيه قولان كالقولين فيمن جنى على الأذن حتى استحشف .

(أحدهما) يجب عليه الدية (والثاني) يجب عليه الحكومة ، وقد مضى وجههما في الأذن .

(فصل) وتجب بإتلاف الشم الدية ، لأنها حاسة تختص بمنفعة مقصودة فوجب بإتلافها الدية كالسمع والبصر ، وإن ذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية ، كما يجب في إذهاب البصر من أحد العينين ، والسمع من أحد الأذنين ، وإن جنى عليه فنقص الشم وجب عليه أرش ما نقص ، وإن أمكن أن يعرف قدر ما نقص وجب فيه من الدية بقدره ، وإن لم يمكن معرفة قدره وجب فيه الحكومة لما بيناه في نقصان السمع ، وإن ذهب الشم وأخذت فيه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأننا تبيننا أنه لم يذهب ، وإنما حال دونه حائل ، لأنه لو ذهب لم يعد .

(الشرح) تخريج خبر كتاب النبي صلى الله عليه وسلم مضى في أول الباب . أما اللغات فقوله وإذا أوعب مارنه جدعاء أوعب واستوعب استوصل واستقصى والمارن الغضاريف اللينة من الأنف والجمدع قطع الأنف ، وقد يقال لقطع الأذن كما أفاده ابن بطال . ومن فقه اللغة أن يقال سمل عينه وسمل أذنه وجدع أنفه

أما الأحكام فإنه يجب في الأنف الدية (ارجع الى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن في أول الباب لعمر بن حزم وفيه دوان في الأنف إذا أوعب جدعه الدية) وأوعب بضم الهمز على البناء للجھول أى قطع جميعه ، وقد استدل بهذا من قال بأن الدية تجب في قطع الأنف جميعه ، لأن الأنف مركبة من قصبه ومارن وأرنبة وروثة ، فالدية تجب اذا استوصلت من أصل القصبه إجماعاً وعند الهادوية في كل واحدة من الأربع حكومة

قال الشوكاني ، وقال الناصر والفقهاء بل في المارن الدية وفي بعضه حصته . قلت ويحباب عنه بما أخرجه الشافعي عن طاوس وأورده المصنف هنا أنه قال عندنا في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي الأنف اذا قطع مارنه مائة من الابل .

وأخرج البيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا جدعت ثناوة الأنف بنصف العقل خمسون من الابل وعدلها من الذهب والورق ،

قال ابن الاثير ، أراد بالثناوة هنا روثه الأنف أو هي طرفه ومقدمه وفي البيان للعمرائي ، والذي تجب به الدية من الأنف المارن ، وهو مالان منها دون القصبه اه ، ولأن المنفعة والجمال فيه فوجب في الدية بقسط ما قطع منه ، وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان

(أحدهما) يجب عليه نصف الدية لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة (والثاني) لا يجب عليه الا ثلث الدية ، لأن المارن يشتمل على المنخرين والحاجز بينهما ، والاول هو المنصوص ، فإن قطع الحاجز بين المنخرين وجب عليه على الرجة الاول حكومة وعلى الثاني ثلث الدية . وان قطع أحد المنخرين والحاجز بينهما وجب عليه على الاول نصف الدية وحكومة . وعلى الثاني ثلثا الدية ، وان قطع المارن وقصبه الأنف وجب عليه دية في المارن وحكومة في القصبه . كما لو قطع يده من المرفق ، وان قطع المارن والجلدة التي تحته الى الشفة وجبت عليه دية في المارن وحكومة للجلدة التي تحته ، وان أبان مارنه فأخذه المجنى عليه فألصقه فالتصقت خلایاه والتحمت أنسجته كان المجنى عليه أن يقتصر مارنه حتى يجعله

مغلقة كما رن المجنى عليه . وإن عفا عن القصاص لم تجب له الدية ، وإنما تجب له الحكومة لأنها جناية لم يذهب بها منفعة ، وإنما نقص بها جمال . وإن جنى على أنفه فاستحشف فهل تجب عليه الدية ؟ قولان كما قلنا في الأذن إذا استحشفت بالجناية ، فإن قطع أنفاً مستحشفاً ففيه عريقتان ، كما قلنا فيمن قطع أذناً مستحشفة وإن قطع أنف أخشم وجب عليه الدية ، لعدم الخبر ، ولأن ذهاب الشم لمعنى في غير الأنف .

قوله « وتجب بإتلاف الشم الدية » ، وهذا صحيح لما رواه عمرو بن حزم في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم في بعض طرقه وفيها « وفي الشم الدية » ، كما قلنا فيه إذا أذهب البصر من إحدى العينين ، وإن نقص شمه من المنخرين أو من أحدهما فهو كما قلنا فيمن نقص شمه من الأذنين أو من أحدهما ، وإن لم يعرف قدر نقصه وجبت فيه الحكومة . وإن قطع مارته فذهب شمه وجبت عليه ديتان ، لأن الدية تجب في كل واحد منهما إذا انفرد ، فوجبت في كل واحد منهما الدية وإن اجتمعا كما لو قطع يديه ورجليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جنى على رجل جناية لا أرش لها بأن لطمه أو لكمة أو ضرب رأسه بحجر فزال عقله وجب عليه الدية ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم « وفي العقل الدية » ، ولأن العقل أشرف من الحواس لأن به يتميز الإنسان من البهيمة ، وبه يعرف حقائق المعلومات ، ويدخل في التكليف ، فكان بإيجاب الدية أحق

وإن نقص عقله فإن كان يعرف قدر ما نقص بأن يحن يوماً ويفيق يوماً ، وجب عليه من الدية بقدره ، لأن ما وجبت فيه الدية وجب بعضها في بعضه ، كالاصابع . وإن لم يعرف قدره بأن صار إذا سمع صيحة زال عقله ثم يعود ، وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر لإيجاب جزء مقدر من الدية ، فعدل إلى الحكومة فإن كانت الجناية لها أرش مقدر نظرت ، فإن بلغ الأرش قدر الدية أو أكثر لم يدخل في دية العقل ، ولم تدخل فيه دية العقل لما روى أبو المطلب عم أبي قلابة

أن رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب عقله وسمعه ولسانه ونكاحه ، ف قضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات وهو حى ،
 وإن كان الأرش دون الدية كأرش الموضحة ونحوه ففيه قولان . قال فى القديم : يدخل فى دية العقل لأنه معنى يزول التكليف بزواله فدخل أرش الطرف فى ديته كالنفس .

وقال فى الجديد : لا يدخل وهو الصحيح ، لأنه لو دخل فى ديته ما دون الدية لدخلت فيها الدية كالنفس ، ولأن العقل فى محل والجنابة فى محل آخر ، فلا يدخل أرشها فى ديتها ، كما لو أوضح رأسه فذهب بصره ، وإن شمر سيفاً على صبي أو بالغ مضعوف أو صاح عليه صيحة عظيمة فزال عقله وجبت عليه الدية . لأن ذلك سبب لزوال عقله ، وإن شمر سيفاً على بالغ متيقظ أو صاح عليه فزال عقله لم تجب عليه الدية ، لأن ذلك ليس بسبب لزوال عقله

(فصل) ويحب فى الشفتين الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم د فى الشفتين الدية ، ولأن فىهما جمالا ظاهراً ومنافع كثيرة ، لأنهما يقيان الفم من كل ما يؤذيه ، ويردان الريق وينفخ بهما ، ويتم بهما الكلام ويحب فى إحداهما نصف الدية لأن كل شيتين وجب فىهما الدية وجب فى أحدهما نصف الدية كالعينين والأذنين ، وإن قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره كما قلنا فى الأذن والمارن ، وإن جنى عليها فبيستا وجبت عليه الدية ، لأنه أتلف منافعها فوجبت عليه الدية ، كما لو جنى على يديه فثقلنا ، فإن اتلفتا وجبت عليه الحكومه لأن منافعها لم تبطل ، وإنما حدث بهما نص

(الشرح) ما ذكره المصنف من اشتغال كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو ابن حزم على أن د فى العقل الدية ، لم أجده فى طريق من طرقه ، وإنما الذى ثبت أثر عمر رضى الله عنه أنه قضى فى رجل ضرب رجلا فذهب سمعه وبصره ونكاحه وعقله بأربع ديات . وماروى من ذلك مرفوعا كرواية البيهقى عن معاذ د فى العقل الدية ، فسنده ضعيف . قال البيهقى وروينا بن عمر وزيد بن ثابت مثله قال الشوكانى فى نيل الأوطار : وقد زعم الرافعى أن ذلك فى حديث عمرو ابن حزم وهو غلط . اهـ

وقد أخرج البيهقي عن زيد بن أسلم بلفظ مضت السنة في أشياء من الإنسان إلى أن قال : وفي الصوت إذا انقطع الدية ، فإذا وجبت الدية في ذهاب الصوت فلأن يجب في ذهاب العقل أولى .

فإذا ثبت أنه حكم عمر وقول زيد بن ثابت ومعاذ بن جبل ولا يخالف لهم في الصحابة كان إجماعاً ، ولأن التكليف يزول بزوال العقل كما يزول بخروج الروح ، فلما وجبت الدية بخروج الروح وجبت بزوال العقل ، فإن ذهب بعض عقله وعرف قدر الذاهب بأن صار يحسن يوماً ويفيق يوماً وجبت فيه نصف الدية ، وإن لم يعرف قدر الذاهب بأن صار يفزع مما يفزع منه العقلاء وجبت فيه الحكومة .

إذا ثبت هذا فإن كانت الجنابة التي ذهب بها العقل مما لا أرش لها بأن لطمه أو لكمة أو ضربه بحجر أو غيره ولم يجرحه ؛ وجبت دية العقل ، على ما مضى ، وإن كان لها أرش ففيه قولان . قال في القديم : يدخل الأقل منهما في الأكثر ، مثل أن أوضعه فذهب عقله ، فإن أرش الموضحة يدخل في دية العقل ، وإن قطع يديه من المرفقين دخلت دية العقل في دية اليدين والحكومة فيهما ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن العقل معنى يزول التكليف بزواله فدخل في دية أرش الطرف كالروح . وقال في الجديد : لا يدخل أحدهما في الآخر وهو الأصح ، لأنه جنابة أذهبت منفعة حالة في غير محل الجنابة مع بقاء النفس فلم يتداخل الارش ، كما لو أوضعه وذهب بصره . هكذا ذكره العمراني عن الشيخ أبي حامد .

وذكر الشيخ أبو إسحاق هنا : أن كانت الجنابة وجبت بها دية كاملة لم تدخل إحدى الديتين في الأخرى قولاً واحداً ، لما تقدم من حكم عمر رضي الله عنه . قوله « ويجب في الشفتين الدية ، هذا ثابت فيما سقناه في أول الباب من كتاب عمرو بن حزم وفيه « وفي الشفتين الدية ، وإلى هذا ذهب جمهور أهل العلم قال في البحر : وحدهما من تحت المنخرين إلى منتهى الشدقين في عرض الوجه ، ولا فضل لإحداهما على الأخرى عند أبي حنيفة والشافعي والناصر والهادوية . وذهب زيد بن ثابت إلى أن العلياديتها ثلث والسفلى ثلثان . ويرد عليه قوله (ص) « وفي الشفتين الدية ، ولم يفرق ، وقد أخذ الشوكاني من زيادة منفعة السفلى على

العلما القول بالفرقة ولا دليل عليه ، قال الشافعي رضي الله عنه : ما زال عن جلد الذقن من الحديد من أعلا وأسفل من الشفتين ، ولا فرق بين أن يكونا تليظين أو رقيقين أو ناميتين أو صهريتين ، وبه قال أبو بكر وعلي وابن مسعود ، فإن قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره ، وإن جنى عليهما فمثلنا بأن صارنا مسرخيتين لا ينفضان أو تقلصنا بحيث لا يبسطان ، ولا ينطبق احداهما على الأخرى وجبت الدية فيهما ، كما لو جنى على يديه فمثلنا

قال الشافعي ، وإن جنى على شفته حتى صارت بحيث إذا مدما امتدت ، وإن تركها تقلصت ففيها حكومة لأنها إذا اندسطت وامتدت إذا مدت فلا شلل فيها ، بل فيها روح فلم تصر شلاء ، وإنما فيها نقص فوجبت فيها الحكومة ، وإن شق شفته فعلية الحكومة سواء التام الشق أو لم يلتئم ، لأن ذلك جرح ، والجروح تجب فيها الحكومة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في اللسان الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم ، وفي اللسان الدية ، ولأن فيه جمالا ظاهرا ومنافع ، فأما الجمال فإنه من أحسن ما يتجمل به الإنسان ، والدليل عليه ما روى محمد بن علي بن الحسين ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للعباس أعجبنى جمالك يا عم النبي فقال يا رسول الله وما الجمال في الرجل ؟ قال اللسان ، ويقال المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة ، أو بهيمة مهملة . وأما المنافع فإنه يبلغ به الأغراض ويقضى به الحاجات ، وبه تتم العبادات في القراءة والاذكار ، وبه يعرف ذوق الطعام والشراب ، ويستعين به في مضغ الطعام ، وإن جنى عليه فخرس وجبت عليه الدية لأنه أتلف عليه المنفعة المقصودة فأشبهه إذا جنى على اليد فشلت ، أو على العين فعميت

وأن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدره ، لأن ما ضمن جميعه بالديه ضمن بعضه ببعضها كالأصابع ، ويقسم على حروف كلامه ، لأن حروف اللغات مختلفه الأعداد ، فإن في بعض اللغات ما عدد حروف كلامها أحد وعشرون حرفا

ومنها ما عدد حروفها ستة وعشرون ، وحروف لغة العرب ثمانية وعشرون حرفاً فإن كان المجنى عليه يتكلم بالعربية قسمت دية على ثمانية وعشرين حرفاً . وقال أبو سعيد الاصطخري يقسم على حروف اللسان وهي ثمانية عشر حرفاً ويسقط حروف الحلق وهي ستة ، الهمة والهاء والحاء والخاء والعين والغين ، ويسقط حروف الشفة وهي أربعة الباء والميم والفاء والواو . والمذهب الاول ، لأن هذه الحروف وإن كان يخرجها الحلق والشفة إلا أن الذي ينطق بها هو اللسان ، ولهذا لا ينطق بها الاخرس .

وإن ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه أرش الحرب لأن الضمان يجب لما تلف ، وإن جنى على لسانه فصار ألتغ وجب عليه دية الحرف الذي ذهب ، لأن ما ابتدل به لا يقوم مقام الذاهب ، وإن جنى عليه فحصل في لسانه ثقل لم يكن أو عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب عليه دية ، لأن المنفعة باقية ، وتجب عليه حكومة لما حصل من التقص والشين

(فصل) وإن قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه ، وجب عليه ربع الدية ، وإن قطع نصف لسانه وذهب نصف كلامه ، وجب عليه نصف الدية ، لأن الذي فات من العضو والكلام سواء في القدر ، فوجب من الدية بقدر ذلك ، فإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الدية . وإن قطع نصف اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية ، واختلف أصحابنا في علته ، فمنهم من قال الدية فيه أن ما يتلف من اللسان مضمون ، وما يذهب من الكلام مضمون ، وقد اجتمعا فوجب أكثرهما

وقال أبو اسحاق الاعتبار باللسان الا أنه اذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام على شل ربع آخر من اللسان فوجب عليه نصف الدية ، وربما بالقطع وربما بالشل ، فإن قطع ربع اللسان وذهب نصف الكلام وقطع آخر ما بقي من اللسان وجب عليه على تعليل الاول ثلاثة أرباع الدية ، اعتباراً بما بقي من اللسان ، ويجب عليه على تعليل أبي اسحاق نصف الدية وحكومة لأنه قطع من اللسان نصفاً صحيحاً وربما أشل ، وإن قطع واحد نصف

لسانه وذهب ربع الكلام ، وجاء الثاني وقطع الباقي وجب عليه على تعليل الأول ثلاثة أرباع الدية ، اعتباراً بما ذهب من الكلام ، ويجب عليه على تعليل أبي إسحاق نصف الدية اعتباراً بما قطع من اللسان ، وإن قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه فاقترض منه فذهب نصف كلامه ، فقد استوفى المجنى عليه حقه ، وإن ذهب ربع كلامه أخذ المجنى عليه مع القصاص ربع الدية لتمام حقه ، فإن ذهب بالقصاص ثلاثة أرباع كلامه لم يضمن الزيادة ، لأنه ذهب بقود مستحق .

(الشرح) حديث العباس أخرجه الحاكم في المستدرک^(١) حدثني محمد بن صالح ابن هاني حدثنا الحسين بن الفضل قال حدثنا موسى بن داود الضبي حدثنا الحاكم ابن المنذر عن محمد بن بشر الخثعمي عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين عن أبيه قال : « أقبل العباس بن عبد المطلب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه حلة وله ضفيران وهو أبيض ، فلما رآه النبي صلى الله عليه وسلم تبسم ، فقال العباس يارسول الله ما أضحكك ؟ أضحك الله سنك ، فقال أعجبنى جمال عم النبي ، فقال العباس ما الجمال في الرجال ؟ قال اللسان ، وقال الذهبي في تعليقه على المستدرک « مرسل ،

وأما قوله « المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، فإن المعروف أن وفداً قدم لبيعة أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز على رأسه صبي ، فأمره عمر أن يتأخر ليتقدم من هو أسن ، فقال يا أمير المؤمنين المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، وما دام في المرء لسان لا لفظ وقلب حافظ فقد استحق الكلام . ولو كان الأمر بالسن لكان في مجلسك هذا من هو أحق منك بالخلافة ، فأعجب به عمر

أما الأحكام فإن في اللسان الدية ، فإن قطع لسانه كله فالدية ، وإن قطع منه ما أبطل كلامه فالدية أيضاً ، وإن عجز عن نطق بعض الحروف فاذا يعترفه وجمان . قال عامة أصحابنا يعتبر بجميع حروف المعجم وهي ثمانية وعشرون حرفاً للعرني ولا اعتبار بلا لأنها مكررة وهي لام وألف ، فإن تعذر عليه النطق بحرف منها وجب عليه جزء من ثمانية وعشرين جزءاً من الدية ، وعلى هذا قال أبو سعيد

الاصطخري تعتبر بحروف اللسان وهي ثمانية عشر حرفاً لا غير ، ولا تعتبر حروف الحلق وهي ستة ، وهي من أول الحلق الألت والهاء ومن أوسطه العين والحاء ومن آخره الغين والحاء ؛ ولا تعتبر حروف الشفة وهي أربعة الباء والميم والفاء والواو ؛ لأن الجناية على اللسان فاعتبرت حروفه دون غيره ، والمخصوص هو الأول ، لأن هذه الحروف وإن كانت مخارجها في الحلق الشفة إلا أنه لا ينطق بها إلا باللسان .

إذا ثبت هذا فإن لم يذهب من كلامه الا حرف واحد لكنه تعطل بذهابه جميع الاسم الذي فيه ذلك الحرف ، مثل أن تتعذر الميم لا غير فصار لا ينطق بنحمد لم يحذف عليه الا خاصة الميم من الدية ، لأن الجاني إنما يضمن ما أتلفه ، فأما ما لم يتلفه بفعله وكان سليماً الا أن منفعته تعطلت لتعطل التالف فلا يضمنه كالمقصم ظهره فلم تشل رجلاه الا أنه لا يمكنه المشي بهما تقصر ظهره ، فلا يلزمه الا دية قصم الظهر . فكذلك هذا مثله .

وان جنى عليه فذهب من كلامه حرف الا أنه استبدل به حرفاً غيره بأن ذهب منه الراء وصار ينطق بالراء لا ما في موضعه وجبت عليه دية الراء ، لأن ما استبدل به لا يقوم مقامه .

فإن جنى عليه آخر فأذهب هذا الحرف الذي استبدله بالراء ، وجب عليه دية هذا الحرف لا لأجل أنه أتلف عليه حرفاً قام مقام الاول . ولكن لأجل أن هذا الحرف اذا تلف في هذا الوضع تلف في موضعه الذي هو أصله ، وان لم يذهب بخنائه حرف وإنما كان لتلفه فزادت لتلفه الجناية ؛ أو كان خفيف اللسان سهل الكلام فنقل كلامه أو حصلت بكلامه مجلة أو تمتمة ، وجب على الجاني حكومة لأنه أذهب كلاً من غير منفعة .

قوله وان قطع ربع لسانه الخ ، لجملة ذلك أنه اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه نظرت — فإن استويا بأن قطع ربع لسانه وذهب ربع كلامه — وجب عليه ربع الدية . وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه وجب عليه نصف الدية ، لأن الذي فات منها سواء ، فإن اختلفت اعتبرت الدية بالاكتر مثل أن يقطع ربع اللسان فيذهب نصف الكلام ، فيجب عليه نصف الدية ،

أو يقطع نصف اللسان فيذهب ربع الكلام فيجب عليه نصف الدية بلاخلاف من أحمابنا في الحكم ، وإنما اختلفوا في هلته . فمنهم من قال لأن منفعة اللسان وهو الكلام مضمونة بالدية ، واللسان مضمون بالدية ، فإذا اجتمعا اعتبر أكثر الأمرين منهما ، كما رجى على يده فشلت ففيها جميع دية اليد ، ولو قطع خنصره وبنصره وجب فيها خمساً دية اليد ، وإن كان منفعتها أقل من منفعة خمس اليد ولكن اعتباراً بأكثر الأمرين من منفعة اليد وعضوها

وقال أبو إسحاق المروزي : الاعتبار باللسان لأنها هي المباشرة بالجناية ، إلا أنه إذا قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه فإنما وجب عليه نصف الدية لأنه دل ذهاب نصف كلامه على شلل ربع آخر غير المقطوع .

إذا ثبت هذا فقطع رجل ربع لسان رجل فذهب نصف كلامه ، فقد ذكرنا أنه يجب عليه نصف الدية ، فإن جاء آخر فقطع الثلاثة الأرباع الباقية من لسانه فإنه يجب عليه على التعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتباراً بما بقي من اللسان . وعلى تعليل أبي إسحاق يجب عليه نصف الدية وحكومة ، ولأنه قطع نصف لسان صحيحاً وربعاً أشل .

وإن قطع رجل نصف لسان رجل فذهب كلامه — وقلنا له أن يقتص منه في نصف اللسان فاقص منه فذهب نصف كلام الجاني — فقد استوفى المجنى عليه حقه ، فإن ذهب ربع كلام الجاني وجب للمجنى عليه ربع الدية ، وإن ذهب ثلاثة أرباع كلام الجاني لم يجب على المقتص شيء لأن التالف بالقود غير مضمون عندنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان لرجل لسان له طرفان فقطع رجل أحد الطرفين فذهب كلامه وجمت عليه الدية ، وإن ذهب نصفه وجب عليه نصف الدية ، وإن ذهب ربعه وجب عليه ربع الدية ، وإن لم يذهب من الكلام شيء نظرت ، فإن كانا متساويين في الخلق ، فهما كاللسان المشقوق ، ويجب بقطعهما الدية وبتقطع أحدهما نصف الدية

وإن كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص الخلقة فالتام هو اللسان الاصلى
والآخر خلقة زائدة ، فإن قطعها قاطع وجب عليه دية وحكومة . وإن قطع التام
وجبت عليه دية ، وإن قطع الناقص وجبت عليه حكومة

(فصل) وأن جنى على لسانه فذهب ذوقه فلا يحس بشيء من المذاق ، وهي
خمسة : الحلاوة والمرارة والحوضة والملوحة والعذوبة وجبت عليه الدية ، لأنه
أتلف عليه حاسة لمنفعة مقصودة فوجبت عليه الدية ، كما لو أتلف عليه السمع
أو البصر ، وإن نقص بعض الذوق نظرت - فإن كان النقصان لا يتقدر ، بأن
كان يحس بالمذاق الخمس إلا أنه لا يدركها على كمالها - وجبت عليه الحكومة لأنه
نقص لا يمكن تقدير الارش فيه ، فوجبت فيه حكومة ، وإن كان نقصاً يتقدر
بأن لا يدرك أحد المذاق الخمس ويدرك الباقي ، وجب عليه خمس الدية ، وإن لم
يدرك اثنين وجب عليه خمسمائة ، لأنه يتقدر المتلف فيقدر الأرش

(فصل) وإن قطع لسان أخرس - فإن كان بقي بعد القطع ذوقه - وجبت
عليه الحكومة . لأنه عضو بطلت منفعته فضمن بالحكومة كالعين القائمة واليد
السليمة ، وإن ذهب ذوقه بالقطع وجبت عليه دية كاملة لإتلاف حاسة الذوق ،
وإن قطع لسان طفل - فإن كان قد تحرك بالبكاء أو بما يعبر عنه اللسان كقوله
بابا وماما - وجبت عليه الدية ، لأنه لسان ناطق . وإن لم يكن تحرك بالبكاء
ولا بما يعبر عنه اللسان - فإن كان بلغ حداً يتحرك اللسان فيه بالبكاء والكلام -
وجبت الحكومة . لأن الظاهر أنه لم يكن ناطقاً . لأنه لو كان ناطقاً لتحرك بما
يدل عليه . وإن قطع قبل أن يمضي عليه زمان يتحرك فيه اللسان وجبت عليه
الدية لأن الظاهر السلامة فضمن كما تضمن أطرافه . وإن لم يظهر فيها بطش .
(فصل) وإن قطع لسان رجل فقضى عليه بالدية ثم نبت لسانه . فقد قال

فيمن قلع سن من ثغر ثم نبت سنه أنه على قوانين

(أحدهما) يرد الدية (والثاني) لا يرد . فن أصحابنا من جعل اللسان أيضاً
على قوانين . وهو قول أبي إسحاق لأنه إذا كان في السن التي لا تنبت في العادة إذا
نبتت قولان . وجب أن يكون في اللسان أيضاً قولان
ومنهم من قال لا يرد الدية في اللسان قولاً واحداً . وهو قول أبي بن

أبي هريرة ، والفرق بينه وبين السن أن في جنس السن ما يعود ، وليس في جنس اللسان ما يعود ، فوجب أن يكون ما عاد هبة مجددة فلم يسقط به بدل ما أتلف عليه . وإن جنى على لسانه فذهب كلامه وقضى عليه بالدية ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولاً واحداً ، لأن الكلام إذا ذهب لم يعد ، فلما عاد علمنا أنه لم يذهب وإنما امتنع اعراض

(الشرح) تتلخص أحكام هذين الفصلين في أنه إن كان لرجل لسان له طرفان فقطع قاطع أحدهما نظرت — فإن أذهب كلامه — وجبت عليه الدية ، وإن ذهب بعض كلامه — فإن كان الطرفان متساويين — فإن كان ما قطعه بقدر ما نقص من الكلام — وجب فيه من الدية بقدره ، وإن كان أحدهما أكبر اعتبر الأكبر على ما مضى في التي قبلها ، وإن لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ما قطع من اللسان من الدية ، وإن قطعها قاطع وجب عليه الدية ، وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت فهي خلقة زائدة يجب فيها الحكومة وفي الآخر الدية

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وفي لسان الاخرس حكومة ، وقال النخعي تجب فيه الدية . دليلنا أن لسان الاخرس قد ذهبته منفعته فلم يجب فيه الدية كالأيد السلاء .

وإن قطع لسان طفل — فإن كان قد تكلم ولو بكلمة واحدة ، أو قال بابا أو ماما ، أو تكلم في بكائه بالحروف وجبت عليه الدية لأننا قد علمنا أنه لسان ناطق ، وإن كان في حد لا يتكلم مثله بحرف ، مثل أن يكون ابن شهر وما أشبهه ولم يتكلم فقطع قاطع لسانه وجبت فيه الدية .

وقال أبو حنيفة : لا دية فيه لأنه لسان لا كلام فيه فهو كلسان الاخرس . دليلنا أن ظاهره السلامة وإنما لم يتكلم لطفوليته فوجبت فيه الدية كما تجب الدية بأعضائه ، وإن لم يظهر بها بطش ، وإن بلغ حداً يتكلم فيه مثله فلم يتكلم فقطع قاطع لسانه لم يجب عليه الدية ، وإنما يجب فيه الحكومة ، لأن الظاهر من حاله أنه أخرس .

(فرع) وإن جنى عليه فذهب ذوقه — قال الشيخ أبو حامد فلا نص فيه

للشافعي رحمه الله ولكن يجب فيه الدية ، لانه الحواس التي تختص بالمنفعة ، فهو كحاسة السمع والبصر . وقال القاضي أبو الطيب : قد نص الشافعي رحمه الله على علي لإيجاب الدية فيه .

قال ابن الصباغ : قلت أنا قد نص الشافعي على أن لسان الأخرس فيه حكومة وإن كان الذوق يذهب بذهابه . واختار الشيخ أبو إسحاق هنا في هذا الفصل وجوب الدية في الذوق ، وقال إنما يجب في لسان الأخرس الحكومة إذا بقي ذوقه بعد قطع لسانه ، فأما إذا لم يبق ذوقه ففيه الدية .

إذا ثبت هذا فقال المصنف : إذا لم يحس بالحلاوة والمرارة والحوضة والملوحة والعذوبة وجب على الجاني عليه الدية ، فإن لم يحس بواحد منها أو باثنين وجب فيه من الدية بقدره ، وإن كان يحس بها إلا أنه لا يحس بها على الكمال . جب في ذلك الحكومة دون الدية

(فرع) إذا جنى عليه فذهب كلامه فأخذت منه الدية ثم نبت له لسان مكانه — فاختتم أصحابنا فيه — فمنهم من قال : هل يجب رد الدية ؟ فيه قولان كما قلنا في السن ، ومنهم من قال لا يجب رد الدية قولاً واحداً ، لأن عود السن معهود وعود اللسان غير معهود فعلم أنه هبة محددة .

قال في الام : وإن قطع لسانه رجل قطعت لسانه ، فإن أمكن والا وجبت حكومة ، واللهات لحم في أصل اللسان

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في كل سن خمس من الإبل لما روى عمرو بن حزم ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن : وفي السن خمس من الإبل ، والانتاب والاضراس والثنايا والرابعيات في ذلك سواء للخبر ، ولأنه جئنا ذو عدد فلم تختلف ديتها باختلاف متافعها كالاصابع ، وإن قلع ما ظهر وخرج من لحم اللثة وبقى السنخ لزمه دية السن ، لأن المنفعة والجمال فيما ظهر فكملت ديته ، كما لو قطع الاصابع دون الكف ، فإن عاد هو أو غيره وقلع السنخ المغيب وجبت عليه حكومة ، لانه تابع لما ظهر فوجب فيه الحكومة ، كما لو قطع الكف

بعد ما قلع الأصابع ، وإن قلع السن من أصلها مع السنخ لم يلزمه لما تحتها من السنخ حكومة ، لأن السنخ تابع لما ظهر فدخل في دية كالسكف إذا قطع مع الأصابع ، وإن كسر بعض السن طويلاً أو عرضاً أو حب عليه من دية السن بقدر ما كسر منها من النصف أو الثلث أو الربع ، لأن ما وجب في جمعه الدية وجب في بعضه من الدية بقدره كالأصابع ، ويعتبر القدر من الظاهر دون السنخ المغيب لأن الدية تكمل بقطع الظاهر ، فاعتبر المكسور منه ، فإن ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر القدر المكسور بما كان ظاهراً قبل العلة ، لا بما ظهر بالعلة ، لأن الدية تجب فيما كان ظاهراً فاعتبر القدر المكسور منه

(الشرح) مضى تخريج كتاب عمرو بن حزم في أول الباب بلفظه كاملاً وفيه وفي السن خمس من الإبل ، وقد ذهب إلى هذا الجمهور ، وظاهر الحديث عدم الفرق بين الثنايا والأنياب والضروس ، لأنه يصدق على كل منها أنه سن ، ويروى عن علي أنه يجب في الضرس عشر من الإبل . وروى عن عمر وابن عباس أنه يجب في كل ثنية خمسون ديناراً وفي الناجذ أربعون وفي الناب ثلاثون ، وفي كل ضرس خمس وعشرون

وقال عطاء : في السن والرابعيتين خمس خمس ، وفي الباقي بعيران بعيران ، وهي الرواية الثانية عن عمر . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم في السن خمس من الإبل ، ولم يفرق ، ولأنه جنس ذو عدد فلم يختلف ديتها كدية الأصابع ، والسن الذي يجب فيه خمس من الإبل هو ما ظهر من اللثة ، وهو اللحم الذي ينبت فيه السن ، لأن المنفعة والجمال في ذلك . كما يجب دية اليد في الأصابع وحدها ، فإن قلع ما ظهر من السن ثم قلع هو أو غيره سنخ السن - والسنخ من كل شيء أصاه والجمع أسناخ كحمل وأحمال - وجب على قالع السنخ الحكومة ، كما لو قطع رجل أصابع رجل ثم قطع هو أو غيره السكف . وإن قلع السن وسنخها وجبت عليه دية السن لا غير ، لأن السنخ يتبع السن في الدية إذا قلع معها ، كما لو قطع الأصابع مع السكف . وإن ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر المكسور من الموضع الذي كان ظاهراً قبل العلة لا بما ظهر بالعلة ، فإن اتفقا أنه كسر القدر

الذي كان ظاهراً قبل العلة فعملية خمس من الابل ، وإن قال الجاني كسرت بعض الظاهر فعلى أقل من خمس من الابل ، وقال المجنى عليه : بل كسرت كل الظاهر فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل برامة ذمته بما زاد على ما أقر به .

(مسألة) في كل ما قررنا وافقنا أحد وأصحابه ، إلا أنه حكى ابن قدامة رواية عن أحمد أن في جميع الأسنان الدية ، فتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد ابن المسيب للاجماع ، على أن في كل سن خمساً من الابل وورد الحديث به فيكون في الأسنان ستون بغيراً ، لأن فيه اثني عشر سنناً ، أربع ثنانياً وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس ، وفيه عشرون ضرساً في كل جانب عشرة ، خمسة في الفك الأعلى ومثلها في الأسفل ، فيكون فيها على رأى أحمد أربعون بديراً في كل ضرس بغيران فتكامل الدية .

وحجة من قال هذا أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم يزد على دية الانسان كالاصابع والاجفان وسائر ما في البدن ، ولأنها تشتمل على منفعة جنس فلم يزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، وأورأ هذا بأن الأضرار تختص بالمنافع دون الجمال ، والأسنان بالمنافع والجمال ، فاختلفا في الارش ، ولكن يرد على هذا ما ترجح من المذهب عندنا وعند أصحاب أحمد ومالك وأبي حنيفة ومحمد ابن الحسن ، وهو قول عروة وطاوس وقتادة والزهرى ، لما أخرج أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الاصابع سواء والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء ، هذه وهذه سواء ، وهذا نص في مناط النزاع .

ويجاب عن قولهم بالمنافع بأن كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان والغفتين ، وقد أوما ابن عباس الى هذا فقال لا أعتبرها بالاصابع .

فأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه ، فن ذهب الى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ، ومن ذهب الى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد ، فكان ما قررنا من الاذعان للاخبار الصحيحة وموافقة أكثر أهل العلم .

(فرع) وإن كسر بعض سنه من نصف أو ثلث وجب عليه من دينها بقدر ما كسر منها ، لأن ما وجب في جميعه الدية وجب في بعضه بقسطه من الدية كالأصابع ، فإن قلع قالم ما بقي من السن مع السنخ فقد قال الشافعي رضى الله عنه في الام بقي على الثاني بقدر ما بقي من السن من دينها ، ووجب في السنخ الحكومة لأن السنخ إنما يتبع جميع السن ، فأما بعض السن فلا يتبعها ، وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد الاسفراييني قال وهذا فيه تفصيل ، فإن كسر الاول نصف السن في الطول وبقي النصف فقلع الثاني الباقي منها مع السنخ وجب نصف دية السن ويتبعه ما تحته من السنخ في نصف دينه وجبت في نصف السنخ الباقي الحكومة ، كما لو قطع أصبعين وجميع الكف فإنه يجب عليه دية أصبعين ويتبعهما ما تحتهما من الكف وحكومة في الباقي

وإن كسر الاول نصف السن في المرض وقلع الاخر الباقي مع السنخ تبعه ما تحته من السنخ كما لو قطع قاطع من كل أصبع من الكف أتمه لجاء آخر فقطع ما بقي من أنامل الاصابع مع الكف فإنه يجب عليه أرش ما بقي من الأنامل ويتبعها الكف ، كذلك هذا مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قلع سناً فيها شق أو أكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها وجبت فيها دية السن كاليد المريضة ، وان ذهب من أجزائها شيء سقط من دينها بقدر الذاهب ووجب الباقي ، فإن كانت إحدى ثنيتيه العلياوين أو السفلاوين أقصر من الأخرى فقلع القصيرة نقص من دينها بقدر ما نقص منها ، لأنهما لا يختلفان في العادة ، فإذا اختلفا كانت القصيرة ناقصة فلم تكمل دينها ، وإن قلع سناً مضطربة نظرت فإن كانت منافعها باقية مع حركتها من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت فيها الدية لبقاء المنفعة والجمال ، وان ذهبت منافعها وجبت فيها الحكومة ، لأنه لم يبق غير الجمال ، فلم يجب غير الحكومة كاليد الشلاء ، وان نقصت منافعها فذهب بعضها وبقي البعض ففيه قولان (أحدهما) يجب فيها الدية لأن الجمال تام والمنفعة باقية ، وان كانت ضعيفة

فكملت ديتها كما لو كانت ضعيفة من أصل الخلق (والثاني) يجب فيها الحكومة ، لأن المنفعة - نقصت وبجمل قدر الناقص ، فوجب فيها الحكومة ، وإن ضرب سنه فاصفرت أو احمرت وجبت فيها الحكومة ، لأن منافعها باقية ، وإنما نقص بعض جمالها فوجب فيها الحكومة ، فإن ضربها فاسودت فقد قال في موضع يجب فيها الحكومة ، وقال في موضع يجب الدية ، وليست على قولين ، وإنما هي على اختلاف حالين ، فالذي قال يجب فيها الدية إذا ذهب المنفعة ، والذي قال يجب فيها الحكومة إذا لم تذهب المنفعة . وذكر المزني أنها على قولين ، واختار أنه يجب فيها الحكومة ، والصحيح هو الطريق الأول

(فصل) وإذا قلع أسنان رجل كلها نظرت فإن قلع واحدة بعد واحدة وجب لكل سن خمس من الإبل فيجب في أسنانه ، وهي إثنتان وثلاثون سنناً مائة وستون بعيراً ، وإن قلعها في دفعة واحدة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يجب عليه أكثر من دية لأنه جنس ذو عدد فلم يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين

(والثاني) أنه يجب في كل سن خمس من الإبل ، وهو المذهب الحديث عمرو بن حزم ، ولأن ما ضمن ديته بالجناية إذا انفرد لم تنقص ديته بانضمام غيره إليه كالموضحة .

(فصل) إذا قلع سن صغير لم يتغير لم يلزمه شيء في الحال لأن العادة في سنه أن يعود وينبت فلم يلزمه شيء في الحال كما لو نتف شعره ، فإن نبت له مثلها في مكانها لم يلزمه ديتها ، وهل تلزمه حكومة فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه كما لو نتف شعره فنبت مثله

(والثاني) تلزمه حكومة الجرح الذي حصل بالقلع وإن لم تنبت له ووقع الأيباس من نباتها وجبت ديتها لأننا تحققنا إلتلاف السن ، وإن مات قبل الأيباس من نباتها ففيه قولان ، أحدهما : يجب عليه دية السن لأنه قلع سنناً لم تعسد . والثاني لا يجب لأن الظاهر أنها تعود وإنما مات بموته . وإن نبتت له سن خارجة عن صف الأسنان ، فإن كانت بحيث ينفع بها وجبت ديتها ، وإن كانت بحيث لا ينفع بها وجبت الحكومة للشين الحاصل بخروجها عن سمات الأسنان ، فإن

نبتت أقصر من نظيرتها وجب عليه من ديتها بقدر ما نقص لأنه نقص بمخايتها
فصار كما لو كسر بعض سن .

وإن نبت أطول منها فقد قال بعض أصحابها لا يلزمه شيء وإن حصل بها شين
لأن الزيادة لا تكون من الجنابة . قال الشيخ الامام : ويحتمل عندي أنه تلزمه
الحكومة للشين الحاصل بطولها ، كما تلزمه في الشين الحاصل بقصرها ، لأن
الظاهر أن الجميع حصل بسبب قلع السن .

وإن نبتت له سن صفراء أو سن خضراء وجبت عليه الحكومة لنقصان الكمال
فإن قلع سن من أنغر وجبت ديتها في الحال ، لأن الظاهر أنه لا يثبت له مثلها ،
فإن أخذ الدية ثم نبت له مثلها في مكانها ففيه قولان

(أحدهما) يجب رد الدية لأنه عادله مثلها فلم يستحق بدلها كالذي لم ينغر
(والثاني) أنه لا يجب رد الدية لأن العادة جرت في سن من نغر أنه لا يعود
فاذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه

(فصل) ويجب في اللحيين الدية لأن فيهما جمالا وكالا ومنفعة كاملة ،
فوجب فيهما الدية كالشففتين ، وإن قلع أحدهما أو تماسك الآخر وجب عليه نصف
الدية ، لأنهما عضوان يجب الدية فيهما فوجب نصف الدية في أحدهما كالشففتين
واليدين . وإن قلع اللحيين مع الاسنان وجب عليه دية اللحيين ودية الاسنان
ولا تدخل دية أحدهما في الآخر لأنهما جنسان مختلفان فيجب في كل واحد
منهما دية مقدرة فلم تدخل دية إحداهما في دية الأخرى كالشففتين مع الاسنان ،
وتخالف الكف مع الأصابع فإن الكف تابع للأصابع في المنفعة ، واللحيان
أصلان في الجمال والمنفعة ، فهما كالشففتين مع الاسنان

(الشرح) إذا قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعا باقية من المضغ
وطحن الطعام واستدرا اللعاب وجبت ديتها على أحد الوجهين ، وهو قول أحمد
وأصحابه ، لأن جمالها باق ومنفعتها باقية وإنما نقصت ، ونقصان المنفعة لا يوجب
سقوط الدية كاليد العلية .

(الثاني) لا يجب فيها الدية ، وإنما يجب فيها الحكومة ، لأن معظم منفعتها

تذهب بالاضطراب ؛ فصار كاليد السـلام ، فإن جنى على سنه جان فاضطربت
وطالت عن الاسنان ، وقيل إنها تعود إلى مدة على ما كانت عليه انتظرنا اليها ،
فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها ، وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها ، كما لو جنى
على يده فرضت ثم برأت ، وإن بقى فيها اضطراب فتممها حكومة لجنايته ، وإن
مضت المدة ولم تعد إلى ما كانت عليه فتممها حكومة ، وإن قلعها قلع قبل استقرارها
فهل يجب عليه الدية والحكومة ؟ فيه قولان ، كما لو قلعها وهي مضطربة
بمرض أو كبر .

قال الشيخ أبو حامد : إلا أنا إذا أوجبنا الحكومة ههنا فإنها تكون أقل من
الحكومة في التي قبلها ، لأن المجنى عليه لم ينتفع بالاضطراب الحادث من المرض
وها هنا المجنى عليه قد انتفع بالاضطراب الحادث من الجناية الأولى ، وإن قلع
رجل سنأ فيها شق أو أكلة - فإن لم يذهب من أجزائها شيء وجب فيها سن
كاليد المريضة ، وإن ذهب منها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب ووجب الباقي
(فرع) إذا قلع قلع سنه بسنخها وأبانها ثم ردها المجنى عليه إلى مكانها فنبتت
وعادت كما كانت وجبت على الجاني الدية . ونص أحمد في رواية جعفر بن محمد أنه
لا يجب فيها الدية . دليلنا أن الدية وجبت عليه بإبائه الس على الفور ، ورده
لها لا حكم له لأنه يجب إزالتها ، فإن قلعها قلع فلا شيء عليه لأنه يجب قلعها وإن
لم يرد المقلوعة وإنما رد مكانها عظماً طاهراً أو قطعة ذهب أو فضة فنبت عليها
اللحم ثم قلعها إنسان ففيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد الأسفرايني
(أحدهما) لا يجب عليه شيء لأنه أزال ما ليس من بدنه فلم يجب عليه دية
كما لو أعاد سنه المقلوعة ثم قلعها قلع

(والثاني) يجب عليه حكومة لأنه أبيع له أن يتخذ سنأ من عظم طاهر أو
ذهب أو فضة ، وقد حصل له في ذلك جمال ومنفعه ، وقد أزالها فلزمه
الحكومة لذلك .

(فرع) قوله د وإذا قلع أسنان رجل كلها الخ ، وقد مضى في شرح ما قال
المصنف قبل هذا تفصيل مفيد ، والذي لم نقله هو أنه إذا كان بعض أطراسه
قصاراً أو ثنايا طوالاً وجب في كل سن ديتها ، لأن العادة أن الاضراس أقصر

من الثنايا ، وان كان بعض الأضراس طوالا وبعضها قصاراً ، أو كان بعض الثنايا طوالا وبعضها قصاراً قال الشافعي رضي الله عنه : فإن كان النقصان قريباً ففي كل سن ديتها ، لأن هذا من خلقة الأصل ، وإن كان النقصان كثيراً ففيها بقسطها من الدية ، فإن كانت القصيرة نصف الطويلة وجب فيها نصف دية السن وإن كانت ثلثها ففيها ثلث ديتها ، لأن هذا القدر من النقص لا يكون إلا من سبب مرض أو غيره . اهـ

(فرع) إذا جنى على سنه فسودها ففيه قولان ، وحكى عن أحمد روايتان (لإحداهما) تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقى ، ويروى هذا عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبد الملك ابن مروان والنخعي ومالك والليث وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري وأصحاب الرأي (الثانية) وهو المختار عندنا أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيه دية ، وإن لم يذهب نفعها ففيه حكومة .

قال في البيان ؛ وان ضرب رجل سن رجل فاحمرت أو اصفرت ولم يذهب شيء من منفعتها وجبت فيها الحكومة ، لأنه أذهب جمالا من غير منفعة ، وان اسودت فقد قال الشافعي في موضع فيها الحكومة ، وقال في موضع فيها الدية ، فقال المزني فيها قولان ، وقال سائر أصحابنا ليست على قولين وإنما هي على حالين فحيث قال تجب فيها الدية اذا ذهبت منفعتها ، وحيث قال تجب فيها الحكومة أراد إذا لم تذهب منفعتها ، وكل موضع قلنا تجب فيه الحكومة إذا اسودت فإنه يجب فيها أكثر من الحكومة اذا احمرت أو اصفرت ، لأن الشين - أى العيب والقبح - في السواد أكثر

وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : وفي السن السوداء إذا نزهت ثلث ديتها . قال الشوكاني : لذهاب الجمال والمنفعة ، ولقول علي عليه السلام : إذا اسودت فقد تم عقابها ، أى ديتها ، فإن لم يضعف لحكومة اهـ . (فرع) إذا نبتت أسنان الصبي سوداء فسقطت ثم نبتت سوداء ، فإن كانت كاملة المنفعة غير مضطربة فقلع قالع بعضها ففي كل سن ديتها ، لأن هذا السواد من أصل الخلقة فهو كما لو كانت العين عمشاء من أصل الخلقة ، فأما إذا نبتت أسنانه

بيضا فسقطت ، ثم نبتت سوداء ، ثم قلع قالع بعضها قال الشافعي رضى الله عنه سألت أهل الخبرة فإن قالوا لا يكون هذا من مرض ففيها الحكومة لأنها ناقصة الجمال والمنفعة . وإن قاروا قد يكون من مرض وغيره وجبت في كل سن ديتها ، لأن الأصل سلامتها من المرض .

(مسألة) قوله « ويجب في اللحين الح » ، جملة ذلك أن اللحين وهما العظمان اللذان تنبت عليهما الاسنان ويقال لهما الفكان تجب فيهما الدية ، لأن فيهما منفعة وجمالا وفي أحدهما نصف الدية ، لأن ما وجبت الدية في اثنتين منه وجبت في أحدهما نصفها كالعينين ، وإن قلع اللحين وعليهما الاسنان فحكي المسعودي فيه وجهين :

(أحدهما) لا يجب عليه الا دية واحدة ، كما لو قطع الاصابع مع الكف (والثاني) وهو قول أصحابنا العراقيين أنه يجب في اللحين الدية ، في كل سن خمس من الابل ، لأن كل واحد منهما تجب فيه دية مقدره فلم يدخل أحدهما في الآخر كديه الاسنان والثفتين ، ولأن اللحين كانا موجودين قبل الاسنان فلم يتبعما ما حدث عليهما من الاسنان ، والكف والاصابع وجدا معا فتبع الكف الاصابع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في اليدين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « في اليدين الدية » ، ويجب في احدهما نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم حين أمره على بجران في اليد خمسون من الابل ، واليد التي تجب فيها الدية هي الكف ، فإن قطع الكف وجبت الدية ، وإن قطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب وجبت الدية في الكف ، ووجب فيما زاد الحكومة .

وقال أبو عبيد بن حرب ، الذي يجب فيه الدية هو اليد من المنكب ، لأن اليد اسم للجميع ، والمذهب الاول ، لأن اسم اليد يطلق على الكف ، والدليل عليه قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والمراد به الكف ، ولأن المنفعة المقصودة من اليد هو البطش ، والاختذ والدفع وهو بالكف ، وما زاد

تابع للكتب ، فوجبت الدية في الكتاب ، والحكومة فيما زاد .
ويجب في كل أصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم
عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه كتب إلى أهل اليمن في كل أصبع
من الأصابع من اليد والرجل عشر من الإبل ، ولا يفضل أصبع على أصبع لما
ذكرناه من الخبر . ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مسنداً والأصابع
كلها سواء عشر عشر من الإبل ، ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فلم تختلف ديتها
باختلاف منافعها كاليدين ، ويجب في كل أنملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع
وفي كل أنملة من الإبهام نصف دية الأصبع ، لأنه لما قسمت دية اليد على عدد
الأصابع وجب أن يقسم دية الأصبع على عدد الأناامل

(فصل) وإن جنى على يد فشلت ، أو على أصبع فشلت ، أو على أنملة
فشلت ، وجب عليه ما يجب في قطعها ، لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب في
إتلاف منفعتها ما وجب في إتلافها ، وإن قطع يداً שלא أو أصبعاً שלא أو أنملة
سלא وجب عليه الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة .

(الشرح) خبر معاذ أخرجه البيهقي ، وخبر عمرو بن حزم هو كتاب النبي
صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ، قال ابن كثير في الإرشاد وهذا الكتاب يتداول
بين أممة الإسلام قديماً وحديثاً يعتمدون عليه ، ويفزعون في مهمات
هذا الباب إليه .

أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فإن هذه زيادة في حديث رواه
أحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وصححه ابن خزيمة وابن الجارود ولفظه عندهم
« في المواضع خمس خمس من الإبل - وزاد أحمد - والأصابع سواء كلهن
عشر عشر من الإبل ،

أما قوله « وتجب في اليدين الدية » فجملة ذلك أن أهل العلم قد أجمعوا على
وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في إحداهما لما سقناه من حديث معاذ
وكتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ، ولأن فيهما جمالا ظاهراً ومنفعة
كاملة ، وليس في اليدين من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين .

واليد التي يجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها بدليل قوله تعالى ه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، كان او اوجب قطعها من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين ، فإن قطعها من بعض الساعد أو من المرفق أو من المنتدب وجبت الدية في الكف وفيما زاد عليه الحكومة وقال أبو يوسف ما زاد على الاصابع الى المنتدب يتبع الاصابع كما تتبعها الكف نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهو قول عطاء وقتادة والنخعي وابن أبي ليلى ومالك وغيرهم أنه لو قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكومة ، لأنه وجبت عليه دية اليد بالقطع الاول فوجبت بالثاني حكومة كما لو قطع الاصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان .

وقال أبو عبيد بن حرب من أصحابنا اليد التي يجب بقطعها الدية هي اليد من المنتدب ، دليلنا الآية ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قطع اليد من مفصل الكوع فكان فعله بياناً للآية ، لأن المنفعة المقصودة باليد الاخذ والدفع يحصل بالكف فوجبت الدية فيه ، وإن جنى على كفه فسلمت وجبت عليه ديتها لأنه قد أذهب منفعتها فهو كما لو قطعها ، وكما لو أعمى عينيه مع بقائها أو أخرس لسانه .

قال الشوكاني والحد الموجب للدية من الكوع ، كما حكاه صاحب البحر عن العترة وأبي حنيفة والشافعي ، فإن قطعت اليد من المنتدب أو الرجل من الركبة ففي كل واحدة منهما نصف دية ، وحكومته عند أبي حنيفة ومحمد والقاسميه والمؤيد بالله . اهـ

(فرع) ويجب في كل أصبع عشر من الابل ولا تفضل أصبع على أصبع ، وبه قال علي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وعن عمر روايتان ، إحداهما مثل قولنا ، والثانية يجب في الخنصر ست من الابل ، وفي البنصر تسع ، وفي ارسطى عشرة وفي السبابة اثنا عشر وفي الابهام ثلاثة عشر فقس دية اليد على الاصابع . دليلنا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في كل أصبع مما هناك من اليد والرجل عشر

من الأبل وقيل إن عمر رضى الله عنه وأرضاه لما وجد هذا في الكتاب عند آل حزم رجع عن التفصيل .

وروى أن ابن عباس كان يقول في كل أصبع عشر من الأبل ، فوجه إليه مروان وقال له أما سمعت قول عمر رضى الله عنه ؟ فقال ابن عباس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر ، وأن الدية إذا وجبت بعدد قسمت عليه على عدده لا على منفعه كاليدين والرجلين ، ويجب في كل أملة من الأصابع ثلث دية الأصبع ، إلا الإبهام فإنه يجب في كل أملة منها نصف دية الأصبع ، وهو قول زيد بن ثابت .

وحكى عن مالك أنه قال : الإبهام أيضا ثلاث أنامل إحداها باطنة ، دليلنا أن كل أصبع لها أملة باطنة ولا اعتبار بها ، وإنما الاعتبار بالانامل الظاهرة ، ووجدنا لكل أصبع غير الإبهام ثلاث أنامل والإبهام أناملتين فتقسمت الدية عليهما وإن جنى على أصبع فشلت أو على أملة فشلت وجب عليه ديتها ، لأنه أذهب منفعتها فهو كما لو قطعها .

(فرع) إذا كان له كفان على كوع أو يدان على مرفق أو منكب ، فإن لم يبطش بواحدة منهما فما كاليد الشلاء فلا يجب فيهما قود ولا دية ، وإنما يجب فيهما الحكومة ، وإن كان يبطش بإحدهما دون الأخرى فالباطشة هي الأصلية والأخرى زائدة ، سواء كانت الباطشة على مستوى الذراع أو منحرفة عن سمى الذراع ، لأن الله تعالى جعل البطش في اليد كما جعل البول في الذكر ، فاستدل بالبطش على الأصلية كما يستدل على الخنثى بالبول ، وإن كان يبطش بهما إلا أن إحداها أكثر من الأخرى ، فالتى هي أكثر بطشا هي الأصلية والأخرى خلقه زائدة ، وعلى قول ابن حامد من أصحاب أحمد لا شيء فيها ، لأنها عيب ، فهي كالسلعة في اليد .

أما إذا كانت أحدهما على مستوى الخاتمة والأخرى زائدة عن الاستواء فالمستوية هي الأصلية ، والزائفة هي الزائدة ، وإن كانتا على مستوى الخلقه ، فإن كانت أحدهما لها خمس أصابع وللأخرى أربع أصابع فالأصلية هي كاملة الأصابع والأخرى زائدة ، فإن استويا في ذلك كله إلا أن في أحدهما أصبعا

زائدة لم يحكم بكونها أصلية بذلك ، لأن الأصبع الزائدة قد تكون في اليد الأصلية وفي الزائدة حكماً أن إحداها أصلية والأخرى زائدة أوجبنا في الأصلية القود والدية الكاملة وفي الآخر الحكومة ، وإن تساويا ولم يعلم الزائدة منهما من الأصلية . قال الشافعي رحمه الله : فهما أكثر من يد وأقل من يدين ، فإن قطعها قاطع قطعت يده ، ووجب عليه مع الفصص من حكومة للزيادة ، وإن عفا عن الفصص أو كانت الجناية خطأ ووجب على الجاني دية يد وزيادة حكومة ، وإن قطع قاطع إحداها لم يجب عليه الفصص لأنه ليس له مثلها ، ولكن يجب عليه نصف دية يد وحكومة ، وإن قطع أصبعاً من إحداها ووجب عليه نصف دية أصبع وحكومة ، وإن قطع أملةً منها ووجب عليه نصف دية أملةً وحكومة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في الرجلين الدية لما روى معاذ رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « في الرجلين الدية ، ويجب في إحداها نصف الدية لما روى عمرو بن حزم » أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « في الرجل نصف الدية ، والرجل التي يجب في قطعها نصف الدية القدم ، فإن قطع من الساق أو من الركبة أو من بعض الفخذ أو من أصل الفخذ وجبت الدية في القدم ، ووجبت الحكومة فيما زاد ، لما ذكرناه في اليد ، ويجب في كل أصبع من أصابع الرجل عشر الدية لما ذكرناه في اليد من حديث عمرو بن حزم ، ويجب في كل أملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع ، وفي كل أملة من الإبهام نصف دية الأصبع لما ذكرناه في اليد .

(فصل) ويجب في قدم الأعرج ويد الأعمى إذا كانتا سليمتين الدية ، لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين ، وذلك ليس بنقص في القدم ، والسم لقصر المضد أو الذراع أو عوجاج الرغ ، وذلك ليس بنقص في الكف ، فلم يمنع كمال الدية في القدم ، والكف كذا ذكر الخصى وأذن الأصم وأنف الأخشم .

(فصل) إذا كسر الساعد لجبره مجبر أو خلع كفه فاعوجت ثم جبرها فجبرت وعادت مستقيمة ، وجبت الحكومة ، لأنه حصل به نقص ، وإن لم تعد إلى

ما كانت ، كانت الحكومة أكثر لأن النقص أكثر فإن قال الجاني أنا أعيد خلعيها وأعيدها مستقيمه منع من ذلك لأنه استئناف جنايه أخرى فإن كارهه وخلعه فماد مستقيماً وجب عليه بهذا الخلع حكومة ، ولا يسقط ماوجب من الحكومة الاولى لأنها حكومه استقرت بالجنايه ، وما حصل من الاستقامه حصل بمعنى آخر ، فلم يسقط ماوجب ، ويخالف اذا جنى على العين فذهب الضوء ثم عاد ، لأننا نتيقن أن الضوء لم يذهب

(فصل) وان كان لرجل كفان من ذراع ، فإن لم يبطش بواحد منهما ، لم يجب فيها قود ولا ديه ، لأن منافعهما قد بطلت فصارا كالبند الشلاء ، ويجب فيها حكومه ، لان فيهما جمالا ، وان كان أحدهما يبطش دون الآخر فالذي يبطش به هو الاصلى فيجب فيه القود أو الديه ، والآخر خلقه زائدة ويجب فيها الحكومه ، وان كان أحدهما أكثر بطشا كان الاصلى هو أكثرهما بطشاً سواء كان الباطش على مستوى الذراع أو منحرفاً عنه ، لأن الله تعالى جعل البطش في الاصلى فوجب أن يرجع في الاستدلال عليه اليه ، كما يرجع في الخنثى الى بوله . وان استويا في البطش — فإن كان أحدهما على مستوى الذراع والآخر منحرفاً عن مستوى الذراع — فالاصلى هو الذى على مستوى الذراع فيجب فيه القود أو الديه ، ويجب في الآخر الحكومه ، فإن استويا في ذلك — فإن كان أحدهما تام الاصابع والآخر ناقص الاصابع — فالاصلى هو التام الاصابع ، فيجب فيه القود أو الديه ، والآخر خلقه زائدة ويجب فيها الحكومه ، وان استويا في تمام الاصابع الا أن في أحدهما زيادة أصبع لم ترجح الزيادة ، ولأنه قد يكون الاصبع الزائدة في غير اليد الاصلية ، فإذا استويا في الدلائل فهما يد واحدة ، فإن قطعهما قاطع وجب عليه القود أو الديه ، ووجب عليه للزيادة حكومه ، فان قطع احدهما لم يجب القود لعدم المماثلة ، وعليه نصف ديه يد وزيادة حكومه لأنها نصف يد زائدة . وان قطع أصبعاً من احدهما فعليه نصف ديه أصبع وزيادة حكومه لأنها نصف أصبع زائدة . وان قطع أنملة أصبع من احدهما وجب عليه نصف ديه أنملة وزيادة حكومه ، لأنها نصف أنملة زائدة

(الشرح) قوله « الأعمس ، العسم في الكف والقدم ، وبابه تعب يبس مفصل الرسغ حتى تعوج الكف والقدم ، والرجل أعسم والمرأة عسما ، وعسم عسما . ن باب ضرب طمع في الشيء .

وقوله « خلع كفه ، أى فكها من معصمها فاسترخت فلا يطبق رفعها ، وقد شلت يده تشل بفتح الشين فيها إذا يبست ، وقيل إذا استرخت ، ولا تشلل بفتح التاء واللام إذا دعا لك بالسلامة من الشلل . قال الشاعر

فلا تشلل يد فتكت بعمر و فإنك لن تذلل ولن تضاماً

إذا ثبت هذا فإنه يجب في الرجلين الدية وفي إحداهما نصف الدية لما ذكرناه من حديث معاذ وحديث عمرو بن حزم ، وهو قول عمر وعلي ولا يخالف لهما في الصحابة ، والرجل التي يجب بقطعها الدية هي القدم ، فإن قطعها من نصف الساق أو من الركبة أو من الورك وجب الدية في القدم والحكومة فيما زاد لما ذكرناه في اليد ، ويجب في كل أصبع منها وفي كل أظفاله ما يجب في أصابع اليد وأناملها لما ذكرناه في اليد .

فإن خلق له قدمان على كعب واحد أو ساقان على ركبة أو ركبتيان على نخد فالحكم فيه كالحكم فيمن خلق له كفان على مفصل ، إلا أن الشافعي رضى الله عنه قال ها هنا إذا كان إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان يمشى على الطويلة فالظاهر أن الأصلية هي الطويلة التي يمشى عليها ، فإن قطع قاطع القدم الطويلة لم يجب على القاطع في الحال الدية ؛ بل ينظر في المقطوع — فإن لم يمش على القصيرة أو مشى عليها مشياً ضعيفاً وجبت الدية في الطويلة ، لأننا علمنا أن الأصلية هي الطويلة ، والقصيرة زائدة فيجب على قاطعها الحكومة

وإن مشى على القصيرة مشى العادة وجب على قاطع الطويلة الحكومة ، لأننا علمنا أن الأصل هو القصر ، وإنما منعه المشى عليها الطويلة . وإن قطع قاطع القصيرة وجبت عليه الدية ، فإن جنى رجل على الطويلة فشلت وجبت عليه الدية لأنها هي الأصلية في الظاهر — فإن قطعها قاطع بعد الشلل وجبت عليه الحكومة ثم ينظر فيه — فإن لم يمش على القصيرة أو مشى عليها مشياً ضعيفاً — فقد علمنا أن الأصلية هي الطويلة ، واستقر مأخذه ، وإن مشى على القصيرة مشى العادة

علمنا أن القصيرة هي الأصلية ، فيجب عليه أن يرد على الجاني الأول على الطويلة ما زاد على الحكومه الا اليه ، وان قطع قاطع القصيرة كان عليه اليه .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه « وفي يد الاسم ورجل الاعرج إذا كانتا سالمين اليه ، وهذا صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم « في اليد خمسون من الإبل وفي الرجل خمسون من الأبل ، ولم يفرق ، ولأن الدرج إنما يكون لقصر الساق أو لمرض فيه أو في غيره من الرجل والقدم سالم بنفسه فلم تنقص يده القدم لذلك ، وأما الاسم فاختلاف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد هو الاسم وهو الذي بطشه ييساره أكثر . وقال ابن الصباغ الاسم هو الذي يكون في رسغه مثل اعوجاج ، والرسغ طرف الذراع مما يلي الكوع ، وهو ظاهر كلام الشيخ أبي إسحاق .

(فرع) ولا يفضل يمين عن يسار في اليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « في اليد خمسون من الأبل وفي الرجل خمسون من الأبل ، ولم يفرق ، وان وجبت عليه الحكومه أكثر مما لو عادت مستقيمه وجبت عليه حكومه للشين ، وان عادت غير مستقيمه وجبت عليه الحكومه أكثر مما لو عادت مستقيمه ، لانه أحدث بها نقص .

فان قال الجاني أنا أكسرهما وأجبرهما فتعود مستقيمه لم يجب رد الحكومه الاولة اليه ، لأنها استقرت عليه بالانحياز الأول ، قال الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق يجب عليه للكسر الثاني . وقال ابن الصباغ فيه وجهان كالجنايه اذا اندملت ولم يكن لها شين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب في الاليتين اليه ، لان فيهما جمالا كاملا ومنفعه - كامله فوجب فيهما اليه - كاليدين ، ويجب في احدهما نصف اليه ، لان ما وجبت اليه في اثنين منه وجب نصفها في أحدهما كاليدين ، وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره ، وان جهل قدره وجبت فيه الحكومه .

(فصل) وان كسر صلبه انتظر ، فان جبر وعاد الى حالته لزمته حكومه -

الكسر ، وإن احدوب لزمه حكومة للعين الذي حصل به ، وإن ضعف مشيه أو احتاج الى عصاً لزمته حكومة لنقصان مشيه ، وإن عجز عن المشى وجبت عليه الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى العسلب الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الاثنيين الدية ، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة فوجب عليه الدية

وإن كسر صلبه وعجز عن الوطاء وجبت عليه الدية ، لأنه أبطل عليه منفعة مقصودة . وإن ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان

(أحدهما) لا تلزمه الا دية واحدة لانهما منفعتا عضو واحد

(والثانى) يلزمه ديتان ، وهو ظاهر النص ، لأنه يجب فى كل واحد منهما الدية عند الانفرد فوجب فيهما ديتان عند الاجتماع ، كما لو قطع أذنيه فذهب سمعه أو قطع أنفه فذهب شمّه .

(فصل) ويجب فى الذكر الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب مع عمرو بن حزم الى اليمن وفى الذكر الدية ، ويجب ذلك فى ذكر الشيخ والطفل والحصى والعين ، لأن العضو فى نفسه سليم ، ولا تجب فى ذكر أشل لأنه بطلت منفعته فلم تكمل ديته ، ويجب فيه الحكومه لأنه أتلف عليه جماله ، وإن جنى على ذكره فشل وجبت ديته ، لأن المقصود بالعضو هو المنفعة فوجب فى أتلاف منفعته ما وجب فى أتلافه .

وان قطع الحشفة وجبت الدية لان منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالاصابع ، فكملت الدية بقطعها ، وان قطع الحشفة وجاء آخر فقطع الباقى وجبت فيه حكومة ، كما لو قطع الاصابع وجاء آخر و قطع الكف ، وان قطع بعض الحشفة وجب عليه من الدية بقسطها ، وهل تنقسط على الحشفة وحدها أو على جميع الذكر ؟ فيه قولان

(أحدهما) تنقسط على الحشفة ، لان الدية تكمل بقطعها فنقسط عليها كدية الاصابع . (والثانى) ينقسط على الجميع ، لان الذكر هو الجميع فنقسط الدية على الجميع .

(فصل) ويجب في الأثنين الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن مع عمرو بن حزم وفي الأثنين الدية، ويجب في أحدهما نصف الدية، لأن ما وجب في اثنين منه الدية وجبت في أحدهما نصفها كاليد.

(الشرح) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم بقواؤن في الإليتين الدية، وفي كل واحدة منهما نصفها، منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأحمد وأصحاب الرأي أم ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة، فإنه يجلس عليهما كرساتين فوجب فيهما الدية، وفي إحداهما نصفها كاليدين.

والإليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذي تحتها، وفي ذهاب بعضهما بقدره، لأن ما وجبت الدية فيه وجب في بعضه بقدره، فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره، ولا فرق بين التي الرجل والمرأة في ذلك، وإن كان الانتفاع بالتي المرأة أكثر؛ لأن الدية لا تختلف بالمنفعة كما قلنا في اليمين واليسار.

(مسألة) إذا كسر صلبه (١) فأذهب مشيه وجبت فيه الدية لما روى في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم عمرو بن حزم «وفي الصلب الدية» وعن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة أن في الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وبهذا قال القاضي من الحنابلة، وقال أحمد وأكثر أصحابه ومنهم ابن قدامة «إذا كسر الصلب فلم ينجر الدية ولو لم يذهب مشيه أو جماعه، وهذا قال زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهرى ومالك قالوا إذا ذهب مشيه أو جماعه بسبب كسر صلبه ففيه دية أخرى غير دية الصلب، وظاهر رواية أحمد رواها عنه ابنه عبد الله أنه إن ذهب مشيه وجماعه وجبت ديتان، لأنهما

(١) في التاموس الصلب بالضم وبالتحريك عظم من ابن الكاهل إلى العجب وقد قيل المراد بالصلب هو ما في الجدول المنحدر من الدماغ لتفريق الرطوبة في الاعضاء لا نفس الماتن، بدليل ما رواه ابن المنذر عن علي، والأولى حمل الصلب في كلام الشارع على المعنى اللغوي

منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة ، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر . ولنا أن الدية تجب إذا ذهب مشيه ، ولأن المشى منفعة جلييلة فأشبهه السمع والبصر ، وإن لم يذهب المشى ولكن احتاج في مشيه الى عكازة وجب فيه حكمه ، وإن لم يحتاج الى عكازة ولكنه يمشى مشياً ضعيفاً وجبت عليه حكومة أقل من الحكومة الأولى ، وإن عاد شبه كما كان إلا أن ظهره احبب لزمته حكومة للشين الحاصل بذلك ، فإذا كسر صلبه فذهب جماعه وجبت عليه الدية ، لأنه روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعلى رضي الله عنهم ولا يخالف لهم ، ولأنه منفعة جلييلة فشابهه السمع والبصر

وإن كسر صلبه فذهب ماؤه فقد قال القاضي أبو الطيب الذي يقتضى المذهب أنه تجب فيه الدية ، وهو قول مجاهد لأنه منفعة مقصودة فوجب في ذهابه الدية كالجماع وإن كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه فقيه وجهان

(أحدهما) لا يجب عليه الا دية واحدة لانهما منفعتا عضو واحد

(والثاني) يجب عليه ديتان وهو المنصوص ، لانهما منفعتان يجب في كل واحدة منهما الدية عند الافراد فوجب في كل واحدة منهما دية عند الاجتماع كالسمع والبصر .

وقال ابن قدامة « وإن أذهب مائة دون جماعه احتمل وجوب الدية ، وهذا يروى عن مجاهد ، وهذا كما قلنا هو مقتضى النص لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجب عليه الدية .

(فرع) وفي الذكر الدية لما جاء في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن دوني الذكر الدية ، وهو اجماع أهل العلم ، ولأن فيه منفعة وجمالا فوجب فيه الدية ، وسواء قطع ذكر صبي أو شيخ أو شاب أو خصي أو عنين لموم الخبر ، واختلفت الرواية عن أحمد في العنين على روايتين (أحدهما) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لا تكمل ديته ، وهو مذهب قتادة ، لأن منفعته الانزال والاحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل ، وبهذا فارق ذكر الصبي .

وكذلك اختلفت الرواية عن أحمد على روايتين (أحدهما) وهو مذهبننا ،

وبه قال ابن المنذر : فيه دية كاملة ، للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه (والثانية) لا تجب فيه ، وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقتادة وإسحاق لما ذكرنا في ذكر العنين ، ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل دية كالأشمل ، والجماع يذهب في الغالب . واستدلوا على ذلك باليهائم يذهب جماعها بخصائنها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى أن الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصى ، واليأس من الإنزال متحقق في ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولهم لا تكمل الدية في ذكر الخصى إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة . أو قطع الذكر ثم قطع الأنثيين لزمته ديتان فإن قطع الأنثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة في الأنثيين ، وفي الذكر حكومة لأنه ذكر خصى ، وأقاد ابن قدامة عن القاضي أن أحمد نص على هذا .

(فرع) إذا جنى رجل فقطع الحشفة والقضيب فقال أصحابنا البغداديون يجب فيه دية ، ولا يفرد القضيب بالحكومة ، لأن اسم الذكر يقع على الجميع ، فهو كالمو قطع يده من مفصل الكوع .

وقال الخراسانيون هل يفرد القضيب بالحكومة ؟ فيه وجهان ، وكذلك عندهم إذا قطع المارن مع القصة أو قلع السن مع السنخ فهل يفرد القصة عن المارن ؟ والسنخ عن السن بالحكومة ؟ فيه وجهان

وإن قطع بعض الحشفة ففيه قولان :

(أحدهما) ينظر كم قدر تلك القطعة من الحشفة نفسها ؟ فيجب فيها من الدية بقدرها من الحشفة ، لأن الدية تجب بقطع الحشفة وحدها

(والثاني) ينظر كم قدر تلك القطعة من جميع الذكر ، ويجب فيها من دية الذكر بقدرها ، لأنه أو قطع جميع الذكر لوجبت فيه الدية ، فإذا قطع بعضه اعتبر المقطوع منه ، فإن قطع رجل قطعة مما دون الحشفة ، والحشفة باقية ، قال الشافعي رضى الله عنه نظر فيه فإن كان البول يخرج على ما كان عليه ، ويجب بقدر تلك القطعة من جميع الذكر من الدية . وإن كان البول يخرج من موضع القطع وجب عليه أكثر الأمرين من حصة القطعة من جميع الذكر أو الحكومة وإن جرح ذكره فاندمل ولم يشل ، فادعى المجنى عليه أنه لا يقدر على الجماع لم

تجب الدية وإنما تجب الحكومة ، لأن الجماع لا يذهب مع سلامة العضو ، فإذا لم يقدر عليه كان ذلك لعلة أخرى في غير الذكر فلا يلزم الجاني دية الجماع ، وإن جرح ذكره وطالت الحاجة الى جوف الذكر لم تجب أرش الجانفة وإنما تجب فيه الحكومة ، لانه وإن كان له جوف ، إلا أنه جوف لا يخاف من الوصول اليه التلف

قوله « ويحب في الاثنيين الدية ، وهذا صحيح لما روينا من كتاب عمرو بن حزم في أول الباب . وروى ذلك عن علي وعمر وزيد بن ثابت . والاثنيان معناهما معنى البيضتين ، أفاده في القاموس

هو ذكر الشوكاني نقلا عن الغيث أن الاثنيين هما الجلدتان المحيطتان بالبيضتين وفيه نظر لأن كتب اللغة على خلاف ذلك . وفي اللسان والاثنيان الخصيتان ، وهما أيضا الاذنان يمانية ، وأنشد الازهرى لذي الرمة

وكننا إذا القيسى نبّ عتوده ضربناه فوق الاثنيين على الكرد

وقال ابن سيده في المخصص ، وقول الفرزدق

وكننا إذا الجمار صعرّ خده ضربناه تحت الاثنيين على الكرد

وقوله « مضت السنة الخ » قال الشافعي فيما أخرجه البيهقي عنه « ان قول سعيد من السنة يشبه أن يكون عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن عامة أصحابه ، ثم قال « وقد كنا نقول أنه على هذا المعنى ثم وقفت عنه ، وأسأل الله الخير ، لأننا قد نجد منهم من يقول السنة ، ثم لا نجد لقوله السنة نفاذاً أنها عن النبي (ص) والقياس أولى بنا فيها . وقال الشوكاني ، وعلى تسليم أن قوله « من السنة » يدل على الرفع فهو مرسل .

إذا ثبت هذا فإن الجمهور على أن فيها الدية لما فيها من جمال ومنفعة فهما كاليدنين ، وفي كل واحدة منهما نصف الدية . وقال ابن المسيب في اليسرى ثلثي الدية لأن النسل منها وفي اليمنى ثلث الدية . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وفي الاثنيين الدية » وظاهر هذا أن الدية مقسطة عليهما بالسوية

وقوله ان النسل من اليسرى لم يصح . وروى هذا في كتب العترة عن علي ولم يثبت عندنا ، وقد روى عن عمرو بن شعيب قوله عجبت لمن يقول ان النسل

من اليسرى كان لى غنيمات وأخصيتها فألقت وإن صح فإن العضو لا تفضل ديته بزيادة المنفعة ، كما لا تفضل اليد اليمنى على اليسرى ، وكلا لا يفضل الإبهام على الخنصر فى الدية

(فرع) وإن قطع الذكر والانثيين معاً أو قطع الذكر ثم الانثيين وجبت عليه ديتان بلا خلاف ، وإن قطع الانثيين ثم قطع الذكر بعدها وجب عليه ديتان عندنا . وقال أبو حنيفة تجب عليه دية الانثيين وحكومة فى الذكر ، لأنه يقطع الانثيين قد ذهب منفعة الذكر ، لأن استيلاده قد انقطع ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وفى الذكر الدية ، ولم يفرق ، ولأن كل عضوين لو قطعاً معاً وجبت فيهما ديتان ، فإذا قطع إحداهما بعد الأخرى وجبت فيهما ديتان ، كما و قطع الذكر ثم الانثيين ، وما قاله لا نسلمه ، لأن منفعة الذكر باقية لأنه يولج ، فأما الماء فإن محله فى الظهر لا فى الذكر وقد قيل انه يقطع الانثيين لا يقطع الماء ، وإنما يرق فلا ينعقد منه الولد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما اشترك فيه الرجل والمرأة من الجروح والاعضاء فتميه قولان قل فى القديم : تساوى المرأة الرجل إلى ثلث الدية ، فإذا زادت على ذلك كانت المرأة على النصف من الرجل ، لما روى نافع عن ابن عمر أنه قال « تستوى دية الرجل والمرأة إلى ثلث الدية ويختلفان فيما سوى ذلك ،

وقال فى الجديد هى على النصف من الرجل فى جميع الأروش ، وهو الصحيح لأنهما شخصان مختلفان فى دية النفس فاختلفا فى أروش الجنايات كالمسلم والكافر ولأنه جنائية يجب فيها أرش مقدر فكانت المرأة على النصف من الرجل فى أرشها كقطع اليد والرجل ، وقول ابن مهران يارضه قول على كرم الله وجهه « فى جراحات الرجال والنساء سواء على النصف فيما قل أو أكثر

(فصل) ويجب فى ثدى المرأة الدية لأن فيهما جمالا ومنفعة فوجب فيهما الدية كاليدى والرجلين ، ويجب فى إحداهما نصف الدية لما ذكرناه فى الانثيين وإن جنى عليهما فسلتنا وجبت عليه الدية ، لأن المقصود بالعضو هو المنفعة فكان

إتلاف منفعته كإتلافه ، وإن كانتا هدين فاسترسلتا وجبت الحكومة بهلأنه نقص جمالهما ، وإن كان لها ابن لجنى عليهما فانقطع لبنها وجبت عليه الحكومة لأنه قطع اللبن بجنايته ، وإن جنى عليهما قبل أن ينزل لها ابن فولدت ولم ينزل لها ابن مثل أهل الخبرة فإن قارا لا ينقطع إلا بالجناية وجبت الحكومة . وإن قالوا قد ينقطع من غير جناية لم تجب الحكومة ، لجواز أن يكون انقطاعه لغير الجناية فلا تجب الحكومة بالشك وتجب الدية في حليتهما ، وهو رأس الثدي لأن منفعة الثديين بالحليتين لأن الصبي بها يمص اللبن وبذاهبها تتعطل منفعة الثديين فوجب فيهما ما يجب في الثديين ، كما يجب في الأصابع ما يجب في الكف . وأما حليتا الرجل فقد قال في موضع يجب فيه حكومة ، وقال في موضع قد قيل إن فيهما الدية فمن أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) تجب فيهما الدية ، لأن ما وجبت فيه الدية من المرأة وجبت فيه الدية من الرجل كاليدين .

(والثاني) وهو الصحيح أنه يجب فيهما الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ، ومنهم من قال يجب فيه الحكومة قولاً واحداً . وقوله قد قيل إن فيهما الدية حكاية عن غيره

(فصل) ويجب في أسنكى المرأة - وهما الشفران المحيطان بالفرج - الدية لأن فيهما جمالا ومنفعة في المباشرة ، ويجب في أحدهما نصف الدية لأن كل ما وجب في اثنين منه للدية وجب في أحدهما نصفها كاليدين

(الشرح) قد ذكرنا أن دية نفس المرأة على النصف من دية الرجل ، وأما ما دون النفس فاختلف الناس فيه فذهب الشافعي في الجديد إلى أن أرشها نصف أرش الرجل في جميع الجراحات والأعضاء ، وبه قال علي بن أبي طالب والليث ابن سعد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وقال في القديم : تساوى المرأة الرجل إلى ثلث الدية ، فإذا زاد الأرش على ثلث الدية كانت على النصف من الرجل وبه قال ابن عمر وربيعة لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى

يبلغ الثالث من دية، رواه النسائي والدارقطني ، وهو من رواية اسماعيل بن عياش عنه ، وقد صحح هذا الحديث ابن خزيمة .

وقال في بداية المجتهد ، إن الأشهر عن ابن مسعود وعثمان وشریح وجماعة أن دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلا الموضحة فإنها على النصف وحكى في البحر عن زيد بن ثابت وسليمان بن يسار أنهما يستويان إلى أن يبلغ أرشها خمس عشرة من الأبل . وعن الحسن البصري يستويان إلى النصف ثم ينصف .

وحكى في البيان عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، تساوى المرأة الرجل إلى ثلث الدية ، فإذا بلغت إلى ثلث الدية كانت على النصف ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأحمد وإسحاق . وروى أن ربيعة رأى قال ، قلت لابن المسيب كم في أصبع المرأة ؟ قال عشر من الأبل ، قلت كم في أصبعين ؟ قال عشرون ، قلت كم في ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت كم في أربع أصابع ؟ قال عشرون من الأبل ، قلت حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقابها . قال سعيد أعراقى أنت ؟ قلت بل عالم مثبت أو جاهل متعلم . قال هي السنة يا ابن أخى . رواه مالك في الموطأ والبيهقي في سننه .

دلينا حديث عمرو بن حزم ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، دية المرأة على النصف من دية الرجل ولم يفرق بين القليل والكثير ، ولأنه جرح له أرش مقدر فوجب أن يكون في أرشه عن النصف من أرش الرجل أصله مع كل طائفه ما وافقتنا عليه ، وأما حديث عمرو بن شعيب وابن المسيب فهما مرسلان قوله ويجب في ثدي المرأة الدية — لأن فيهما جمالا ومنفعة الخ — وهذا صحيح ، أما الجمال فظاهر ، لأنهما دليل على الإثمه وتوفر خصائص الإغراء وجذب الرجل نحوها . وأما المنفعة فلأن وظيفتهما تحقيق خصائص الأمومه ، إذ بهما يحيى الصبي فيلتهمهما ويلتقمهما فيدران لبناً يعيش وينمو به ، ولأن الدية إذا كانت واجبه في أذنها وهي أقل جمالا ومنفعة من ثديها فلأن يجب في الثدي أولى ، ويجب في أحدهما نصف الدية لأن كل اثنين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين .

والنديان اللذان يجب فيهما الدية هما الحلفتان ، وهما رأس الندى اللذان يلتصقهما الصبي ، لأن الجماع والمنفعة يوجدان فيهما ، فإن قطع قاطع الحلفتين ثم قطع آخر باقى الحلفتين ثم قطع آخر باقى النديين وجب على الأول الدية وعلى الثانى الحكومة كما لو قطع رجل الأصابع و قطع آخر بعده الركب ، وقد أوهم المزنى فى النديين بعد الحلفتين الدية حين قال وفى النديين الدية وفى حلفتها ديتان ، وليس بشيء ، وقد بينه فى الأم .

وإن قطع الحلفتين والنديين من أصلهما ففيه وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) يجب الدية فى الحلفتين والحكومة فى النديين ، كما لو قطع الحلفتين ثم قطع النديين .

(والثانى) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه لا يجب عليه إلا دية ، كما لو قلع السن مع سنخها .

(فرع) قال الشافعى فإن قطع نديها فأجافها فعليه نصف الدية للندى وثلث دية للجائف ، وإن قطع نديها وأجافها فعليه فى النديين كمال الدية وفى الجائفتين ثلثا الدية ، لأن كل واحد منهما فيه دية مفردة إذا انفرد ، فإذا اجتمعا وجب فى كل واحد منهما دية ، كما لو قطع أذنه فذهب سمعه ، وإن قطع نديها وشيئا من جلد صدرها فى الندى الدية وفى الجلد الحكومة . وإن جنى عليهما فشلا وجبت فيهما الدية ، لأن كل عضو وجبت الدية فى قطعه وحبث فى شلله . وصورة ذلك أن يضرب الندى ضربه يصل أثرها إلى الخلايا الداخلىة للندى فتحدث فيه أليافا تغسل نموه كما تشل وظيفته عن إدرار اللبن ، فإن لم يشلا ولكن استرخيا وكافا ناهدين — أى مرتعنين — وجبت فيهما الحكومة ، لأنه نقص جمالهما وإن كان لهما ابن فجى عليهما فانقطع لبنهما أو نقص وجبت فيهما الحكومة ، لأنه نقص منفعتهما . وإن جنى عليهما قبل أن ينزل اللبن فلم ينزل فى وقته — فإن قال أهل الخبرة — ان انقطاع اللبن لا يكون إلا من الجنابة وجبت عليه الحكومة . وإن قالوا قد ينقطع من غير جنابه لم تجب الحكومة ، لأنه لا يعلم أن انقطاعه من الجنابة .

(فرع) وإن قطع حلمتى الرجل فقال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : فيهما

الحكومة ، وقال في موضع : قد قيل إن فيهما الدية ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) يجب فيهما الدية ، لأن كل عضو اشترك فيه الرجل والمرأة كانت الدية فيه يجب من المرأة يجب فيه من الرجل كاليدن والرجلين (والثاني) لا يجب فيهما الدية لأنه لا منفعة فيهما من الرجل وإنما فيهما جمال ، ومنهم من قال لا يجب فيهما الدية قولاً واحداً لما ذكرناه في أحد قولي ، وما ذكرناه من قوله الآخر فليس بقول له ، وإنما حكى قول غيره (فرع) وإن كان للخثي المشكل ثديان كشدي المرأة فهل يكونان دليلاً على أنوثته ؟ فيه وجهان

قال أبو علي الطبري : يكونان دليلاً على أنوثته لأنهما لا يكونان إلا للمرأة . وقال عامة أصحابنا : لا يكونان دليلاً على أنوثته لأنهما قد يكونان للرجل ، فإن قطعهما قاطع ، فإن قلنا يجب الدية في ثدي الرجل وجبت لها هنا دية ثدي امرأة لأنه اليقين ، فإن قلنا لا تجب الدية في ثدي الرجل لم يجب لها هنا إلا الحكومة وإن ضرب ثدي الخثي وكان ناهداً فاسترسل ولم يجعله دليلاً على أنوثته . قال القاضي أبو الفتوح لم يجب على الجاني حكومة ؛ لأنه ربما كان رجلاً ولا جمال له فيهما ، ولا يلحقه نقص باسترسالهما ، فإن بان امرأة وجبت الحكومة . وإن كان للخثي لبن فضرب ضارب ثديه فأنقطع لبنه ، فإن قلنا بقول أبي علي وجبت عليه الحكومة ، وإن قلنا بقول عامة أصحابنا بني علي الرجمين في لبن الرجل ، هل يحكم بطهارته ويثبت التحريم والحرمة بإرضاعه ، ويجوز بيعه ويضمن ؟ فإن قلنا ثبتت هذه الأحكام يجب لها هنا الحكومة وإن قلنا لا تثبت هذه الأحكام لم يجب لها هنا الحكومة ، ولكن يعززه الجاني إذا كان عامداً للتعدي . (مسألة) قوله : اسكتى المرأة ، الاسكة وزان سدره وفتح الهمزة لغة قليلة

جانب فرج المرأة وهما إسكتان والجمع إسك مثل سدر قال الأزهري : الاسكتان ناحيتا الفرج ، والشفران طرفا الناحيتين ، وأسكب المرأة بالبناء للفعول أخطأتها الخافضة فأصابت غير موضع الختان فهي مأسوكة . وقال الشافعي رضي الله عنه : وفي اسكتيها وهما شفراها إذا أوعبنا ديتيها قال في البيان وجملة ذلك أن الاسكتين وهما اللحمان المحيطان بالفرج كإحاطة الشفتين بالضم ولم يفرق الشافعي بين الاسكتين والشفرين

وأهل اللغة يقولون الشفران حاشية الاسكيتين ، كما أن أشفار العينين أهدابهما فإذا قطعهما قاطع وجبت عليه الدية ؛ لأن فيهما جمالا ومنفعة ، فأما الجمال فظاهر وأما المنفعة فإن لذة الجماع هما اه .

فإن قطع إحداهما وجب عليه نصف الدية ، لأن كل اثنتين وجبت فيهما الدية وجب في أحدهما نصف الدية كاليدين ، ولا فرق بين شفرى الصغيرة والعجوز ، والبكر والئيب ، وسواء كانتا صغيرتين أو كبيرتين ، رقيقتين أو غليظتين كما قلنا في الشنيتين ، وسواء كانت قرناء أو رتقاء ، لأن ذلك عيب في غيرهما ، وسواء كانت مخفوضه أو غير مخفوضه (١) لأن الخفض لا تعلق له بالشفرين ، فإن جنى على شفرها فشلا وجبت عليه الدية (٢) ، لأن كل عضو وجبت الدية بقطعه وجبت بشالله كاليدين .

وان قطع الشفرين والركب ، وهو عانة المرأة التي يفت فيها الشعر وجبت الدية في الشفرين والحكومة في الركب . هكذا أفاده الشافعى في باب الجنايه على ركب المرأة من الام

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) قال الشافعى رحمه الله : اذا وطىء امرأة فأفضاها وجبت عليه الدية . واختلف أصحابنا في الافضاء ، فقال بعضهم : هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج وثقبه البول ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله . وقال بعضهم : هو أن يزيل الحاجز الذى بين المرحج والدر ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة وشيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى ، لأن الدية لا تجب الا بإتلاف منفعه كاملة ، ولا يحصل ذلك الا بإزالة الحاجز بين السبيلين ، فأما إزالة الحاجز

(١) الخفض قطع جزء من البظر ، وهو بالنسبه الاناث كالختان للذكران عند بعض الشعوب . وفي حديث أم عطيه الاسديه : أخفضى ولا تهكى ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ،

(٢) شملها بأن يفتحها فلا يقفلان ، أو يقفلا فلا يفتحان

بين الفرج وثقبة البول فلا تقلب بها المنفعة ، وإنما تنقص بها المنفعة ، فلا يجوز أن يجب بها دية كاملة . وإن أفضاها واسترسل البول وجب مع دية الإفضاء حكومة للنقص الحاصل باسترسال البول ، وإن أفضاها والتأم الجرح وجبت الحكومة دون الدية ، وإن أجاف جائفة والتأمت لم يسقط أرشها ، والفرق بينهما أن أرش الجائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام ، ودية الإفضاء وجبت بإزالة الحاجز ، وقد اد الحاجز فلم تجب الدية

(فصل) ولا يجب في إتلاف الشعور غير الحكومة ، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة ، كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء .

(فصل) ويجب في تعويج الرقبة وتصغير الوجه الحكومة ، لأنه إذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ، فإن كسر الترقوة أو كسر ضلعاً فقد قال في موضع آخر : يجب فيه جمل ، وقال في موضع : يجب فيه الحكومة واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة يجب فيه الحكومة قولاً واحداً ، والذي قال فيه جمل ، أراد على سبيل الحكومة ، لأن تقدير الارش لا يجوز إلا بنص أو قياس على أصل ، وليس في هذا نص ولا له أصل يقاس عليه ، وقال المزني وغيره هو على قولين وهو الصحيح (أحدهما) أنه يجب فيه جمل لما روى أسلم مولى عمر عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الترقوة بجمل ، وفي الضلع بجمل ، وقول الصحابي في قوله القديم حجة تقدم على القياس .

والقول الثاني وهو الصحيح أنه يجب فيه حكومة ، لأنه كسر عظم في غير الرأس والوجه فلم يجب فيه أرش مقدر ككسر عظم الساق ، وما روى عن عمر يحتمل أنه قضى به على سبيل الحكومة ، ولأن قول الصحابي ليس بحجة في قوله الجديد .

(الشرح) قوله : الإفضاء مأخوذ من الإفضاء وهو المكان الواسع ، ويكون بمعنى الجماع كقوله تعالى : وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، ويكون اللمس كقوله صلى الله عليه وسلم : إذا أفضى أحدكم بيده إلى ذكره فليتبوضاً ،

وقوله « تصعير اوجه » الصعر بالتحريك ميل في العنق وانقلاب الوجه الى أحد الشدقين ، وربما كان الانسان أصمر خلقه ، أو صعره غير بشيء يعصيه ، وهو مصدر من باب تعب ، وصعر خده بالثقل وصاعره أماله عن الناس لإعراضاً وتكبراً ، والرقوتان العظمان الناتمان أعلى الصدر والجمع تراقي . قال تعالى « كلا اذا بلغت التراقي » والصلع كعنب وقد تسكن واحدة الاضلاع أما الاحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو افتضها فأفضاها أو أفضاها وهي ثيب كانت عليه ديتها ، لأنها جنايه واحدة وعليه مهر مثلها . وجملة ذلك أنه اذا وطئ امرأة فأفضاها أو أفضاها بغير الرطه ، وقد نص عليه بقوله في الام : ولو افتضتها امرأة أو رجل يعود بلا جماع كانت عليهما ديتها ، وليس هذا من معنى الجانفه بسبيل . اهـ

وقد اختلف أصحابنا في كيفية الافضاء ، فقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو أن يجعل مسلك البول ومسلك الذكر واحداً ، لأن ما بين القبل والدبر فيه بعد وقوة فلا يرفعه الذكر ، ولا يتم فرقا بين أن يستمسك البول أو لا يستمسك ؛ وهذا انما يكون اذا انخرق الحاجز بين مسلك البول ومدخل الذكر وقال أبو علي بن أبي هريرة : وهو أن يزيل الحاجز بين الفرج والدبر ، وهو قول القاضي أبي الطيب والجويني .

قال الشيخ أبو اسحاق : لأن الديه لا تجب الا بإتلاف منفعه كامله ، ولا يحصل ذلك الا بإتلاف الحاجز بين السيلين ، فأما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبه البول فلا تلتب بها المنفعه وانما تنقص بها المنفعه ، فلا يجوز أن تجب فيه ديه كامله وذكر ابن الصباغ له عليه - أخزى فقال : لأنه ليس في البدن مثله ، ولو كان المراد به ما بين مسلك البول ومسلك الذكر لكان له مثل ، وهو ما بين القبل والدبر ولا يجب فيه الديه ، فإن أفضاها واسترسل البول ولم يستمسك وجب عليه مع ديه الافضاء حكومه للشين الحاصل باسترسال البول

اذا ثبت هذا فلا تخلو المرأة المفضاة إما أن تكون زوجة أو أجنبيه أكرها على الوطء أو وطئها بشبهه ، فإن كانت زوجته فأفضاها - فإن كان البول مستمسكا - فقد استقر عليه المهر بالوطء ووجبت عليه ديه الافضاء ، وان

أفضاها بالوطء واسترسل البول وجب عليه المهر ودية الإفشاء والحكومة
لا ترسل البول .

وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه دية الإفشاء ، وإنما عليه المهر فقط أو لها
أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش أفضائها لأن الأرش لإتلاف العضو فلا
يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عينا
ولنا أن هذه جنائية تنقل عن الوطء فلم يدخل بدله فيها ، كما لو كسر صدرها
وما ذكره غير صحيح ، فإن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع ، والدية يجب
لإتلاف الحاجز ، فلا تدخل المنفعة فيه . وقال أحمد وأصحابه عليه المهر وأرش
إتلاف العضو وقدره ثلث الدية

قلت : الواجب عندنا الدية لأنها جنائية وقعت بالوطء فلم يسقط حكمها
باستحقاق الوطء ، كما لو وطئها وقطع ثديها أو شجها .
وان كانت أجنبية فأكرهها على الوطء وأفضاها وجب عليه المهر ودية
الإفشاء ، وان استرسل البول وجب عليه الحكومة مع دية الإفشاء . وقال أحمد
وأصحابه : يلزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مآذون
فيه فلزمه ضمان ما أتلف كسائر الجنائيات .

وقال أبو حنيفة : لا يجب المهر ، وأما الإفشاء — فإن كان البول لا يحتبس
فعلبه دية — وان كان يحتبس فعليه ثلث دية ، وبه قال ابن عمر رضي الله عنهما .
دلينا على إيجاب المهر أنه وطء في غير ملك لا حد فيه على الموطوء فوجب على
أوطئ المهر كما لو وطئها بشبهة ، وعلى الجاني الدية لأنه إفشاء مضمون فوجب
فيه الدية ، كما لو لم يحتبس البول . فقولنا مضمون احتراز منه إذا وطئ
أتمه فأفضاها

إذا ثبت هذا فإن كانت ثيبا وجب عليه مهر ثيب ، وان كانت بكرأ وجب
عليه المهر والدية ويدخل أرش البكارة في الدية .

ومن أصحابنا من قال : لا يدخل أرش البكارة ، كما لو أكره بكرأ فوطئها
وأفضاها . فإن أرش البكارة لا يدخل في المهر ، والمذهب الأول ، لأن الدية
تجب بإتلاف عضو وأرش البكارة بإتلاف العضو فتداخلا ، والمهر يجب بغير

ما تجب به الدية وهو الوطء فلم يتداخلا ، وإن وطئها بشبهة أو عقد فاسد وأفضاها وجب عليه المهر والدية .

وقال الحنابلة : إذا أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها فقالوا بقولنا في العلة ، إذ أنه وطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما أتلف كسائر الجنائيات . واختلافوا في الدية فجعلوها على الثلث ، وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ عندهم روايتان ذكرهما ابن قدامة في المغني

(إحداهما) لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل في مهر المثل ، فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب ، فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمه مرتين كما في حق الزوجة .

(والثانية) يضمه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفه بأصبعه . فإذا أفضاها وترتب على ذلك استرسال بوطئها وجبت عليه مع الدية الحكومة وإن كانت بكرأ فهل يدخل أرش البكارة في الدية ؟ على وجهين كما قلنا في إكراهها وقال أحمد لزمته الدية من غير زيادة . وقال أبو حنيفة لا يجب لها دية الافضاء لأنه تولد من مأذون فيه وهو الوطء ، فهو بمنزلة إذهاب البكارة . ودليلنا أن الافضاء ينفك عن الوطء ، فكان مضموناً مع الاذن في الوطء ككسر الصدر ، ويخالف إذهاب البكارة فإنه لا ينفك عن الوطء .

(فرع) إذا أفضى الخنثى المشكل . قال القاضي أبو الفتوح ، فإن قلنا الافضاء ما ذكره الشيخ أبو حامد لم تجب الدية لأنه ليس بفرج أصلي ، وإنما تجب الحكومة . وإن وجد في فرج الخنثى المسلك . وإن لم يوجد فيه إلا مسلك البول فلا يتصور فيه الافضاء على هذا .

وإن قلنا إن الافضاء ما ذكره القاضي أبو الطيب فعلى تعليل قول ابن الصباغ حيث قال : لأنه ليس في البدن مثله تجب ها هنا دية الافضاء ، وعلى تعليل قول الشيخ أبي اسحاق هنا حيث قال لا تجب الدية الا بإتلاف منفعة كاملة لا تجب الدية بإفضاء الخنثى ، وإنما تجب الحكومة .

وإن افتض البكارة من فرج الخنثى المشكل ، قال القاضي أبو الفتوح فإن الحكومة تجب ولكن لا بموجب حكومة البكارة وإنما بموجب حكومة جراح

وأرشد جنابة وألم ، لأن البكارة لا تكون الا في الفرج الاصل
 (فرع) قال العمراني في البيان : وكل موضع قلنا تجب الدية بالافضاء فإن
 العمد المحض يتصور في الافضاء ، وهو أن يطأها صغيرة أو ضعيفة هزيلة الغالب
 افضاء ما فتجب الدية مغلظة في ماله ، ويتصور فيه عمد الخطأ ، مثل أن يقال قد
 يفضيها وقد لا يفضيها والغالب أنه لا يفضيها ، فإن أفضاها فهو عمد خطأ فتجب
 فيه دية مغلظة على عاقلته . وهل يتصور فيه الخطأ المحض بالوطء ؟ فيه وجهان
 (أحدهما) أنه يتصور ، مثل أن يقال لا يفضى فأفضاها أو كان له زوجة
 قد تكرر وطؤه لها فوجد امرأة على فراشه فظنهما زوجته فوطئها فأفضاها فتكون
 خطأ محضاً ، كما لو رمى همدفاً فأصاب انساناً فتجب فيه دية مخففة على العاقله .
 (والثاني) لا يتصور فيه الخطأ المحض ، لأنه يكون قاصداً الى الفعل
 بكل حال . اهـ

(مسألة) الشعور لا يجب فيها قصاص ولا دية ، قال بهذا أبو بكر الصديق
 وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، وقال أبو حنيفة :
 تجب في شعر الرأس الدية وفي شعر الحاجبين الديه ، وفي أهداب العينين الديه
 وفي اللحية الديه ، وهو إذا لم ينبت هذا الشعر بعد حلقه له
 واختلاف أصحاب أبي حنيفة في لحية الكوسج ، ويقال له الاطء ، وهو الذي
 لا شعر في عارضيه ، فقال الزيلعي : والاصح أنه اذا كان على ذقنه شعرات
 معدودة وليس في حلقه شيء لا يجب فيها شيء ، لأن وجودها يشينه ولا يزينه
 وان كان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، وان كان
 متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كمال اهـ

وهم يستدلون بما روى أن رجلاً أفرغ على رجل قدرأ فتمعط شعره ، فأتى
 علياً فقال له : اصبر سنة ، فصبر فلم ينبت شعره فقضى فيه بالدية
 دليلنا أنه اتلاف شعر فلم يكن فيه أرش مقدر كأرش الشارب والصدر ،
 وما روى عن علي رضي الله عنه يعارضه ما روى عن أبي بكر الصديق وزيد بن
 ثابت أنهما لم يوجبا الدية .

إذا نبت هذا فإنه اذا حلق شعر رجل وطرح عليه شيئاً فتمعط — فإن نبت

كما كان من غير زيادة ولا نقصان - لم يجب على الجاني شيء كما لو قلع سن صغير ثم نبت ، فإن لم ينبت أصلا وأيس من نباته وجبت فيه جكومة للشين الحاصل بذهابه . ولا ين قدامة من الحنابلة . قوله : ولا تجب الدية إلا بذهابه على وجه لا يرجى عوده ، مثل أن يقلب على رأسه ما يتلف منه منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود ، فإن رجى عوده إلى مدة انتظر اليها ، وإن عاد قبل أخذ الدية لم تجب ، فإن عاد بعد أخذها ردها ، والحكم فيه عندهم كالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

(فرع) إذا نبت للمرأة لحية فخلقها حائق فلم تنبت فهل تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا حكمه فيها ، لأن بقاء اللحية في حقها شين وزوالها في حقها زين (والثاني) وهو المنصوص أنه يجب فيها الحكومة ، لأن ما يجب ضمانه من الرجل ضمن من المرأة كسائر الاعضاء ، قال الشافعي رحمه الله : إلا أن الحكومة فيها أقل من الحكومة في لحية الرجل ، لأن للرجل جمالا بها ولا جمال بها للمرأة ، وإنما الحكومة للألم والعدوان وإذا ثبت هذا فإن نبت للنخني المشكل لحية ، فهل تكون دليلا على ذكوريته ، فيه وجهان .

قال أبو علي الطبري يكون دليلا على ذكوريته ، فعلى هذا إذا تنفها رجل ولم تنبت كان عليه حكمه كالحكومة في لحية الرجل ، وقال عامة أصحابنا لا يكون دليلا على ذكوريته ، فعلى هذا إذا تنفها رجل ولم تنبت كان في وجوب الحكومة فيها وجهان كالحية المرأة .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه « وفي الترقوة جمل ، وفي الضلع جمل ، وقال في موضع « يجب في كل واحد منهما حكمه ، واختلف أصحابنا فيهما ، فذهب المزني وبعض أصحابنا إلى أن فيهما قولين (أحدهما) يجب في كل واحد منهما أرش مقدر ، وإنما يجب فيها حكمه ، وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزني وهو الأصح ، لأنه كسر عظام باطن لا يختص بجمال ومنفعه فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر عظام البدن ، وما روى عن عمر رضي الله عنه فيحتمل أنه قضى بذلك على سبيل الحكومة ، فمنهم من قال لا يجب فيه أرش مقدر وإنما

تجب الحكومة قولاً واحداً لما ذكرناه ، ولأن قول الصحابي ليس بحجة في قوله الجديد ، وقد عرفنا أن بعض الصحابة رضى الله عنهم كان يفتى في المسألة فيبلغه عن النبي صلى الله عليه وسلم خلافاً فيرجع عن قوله ، وقد فعل أبو بكر في ميراث الجدة ذلك ، وكذلك فعل عمر في الاستئذان ثلاثاً ورجع عن إنكاره لقول أبي موسى ، ولم يعرف حكم إِمْلَاصِ المرأة حتى سأل عنه فوجهه عند المغيرة وبيع معاوية سقاية من ذهب بأكثر من وزنها حتى أنكر عليه ذلك عبادة بن الصامت ، وكذلك رد الحيض وقسمة مال الكعبة .

ويسمى الفقهاء قول الصحابي أثراً وكذلك بعض المحدثين بيد أن تعريفه عند المحدثين « موقوف » وعزا ابن الصلاح تسميته أثراً الى الخراسانيين قال : وبلغنا عن أبي الماسم الفوراني أنه قال : الخبر ما كان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر ما كان عن الصحابي

قال ابن كثير : ومن هذا يسمى كثير من العلماء الكتاب الجامع لهذا ، وهذا بالسنن والآثار ، ككتابي السنن والآثار للطحاوي والبيهقي وغيرهما اه . على أن ما كان يأخذ قول الصحابي لا على أنه رأى له وإنما على أنه حديث لم يسنده الصحابي الى النبي صلى الله عليه وسلم ، وعلى هذا جاء عنه أنه كان يقدم الموقوف على المرفوع أحياناً ، ولا يخفى ما فيه مما تجنبه الامام الشافعي في الجديد ، وكان يأخذ به في القديم .

إذا ثبت هذا فإن الضلع معروف ، وأما الترقوة فهي العظم المدور في النحر الى الكتف ، ولكل واحد ترقوتان ، وفي كل ترقوة حكومة على أصح القولين ، والثاني بعير ، وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة واسحاق

وقال أحمد وأصحابه في كل ترقوة بعيران ، وقال ابن قدامة عند قول الخرق وفي الترقوة بعيران ، وقال العاصمى المراد بقول الخرق الترقوتان معاً ، وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الالف واللام المقتضية للاستغراق ، فيكون في كل ترقوة بعير .

وقال أبو حنيفة : في كل واحدة منهما حكومة ، وهو أظهر قول الشافعي

كما قدمنا ، وبه قال مالك ومسروق وابن المنذر وروى عن الشعبي أن في الترقوة أربعين ديناراً ، وقال عمرو بن شعيب : في الترقوتين الدية ، وفي إحداهما نصفها لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة ، وليس في البدن غيرها من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن لطم رجلاً أو لكمة أو ضربه بمثقل - فإن لم يحصل به أثر - لم يلزمه أرش ، لأنه لم يحصل به نقص في جمال ولا منفعة فلم يلزمه أرش . وإن حصل به شين بأن اسود أو اخضر وجبت فيه الحكومة لما حصل به من الشين ، فإن قضى فيه بالحكومة ثم زال الشين سقطت الحكومة ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض . وإن فزّع إنسان فأحدث في الثياب لم يلزمه ضمان مال لأن المال إنما يجب في الجناية إذا أحدثت نقصاً في جمال أو منفعة ، ولم يوجد شيء من ذلك .

(فصل) إذا جنى على حر جناية ليس فيها أرش . مقدر نظرت ، فإن كان حصل بها نقص في منفعة أو جمال ، وجبت فيها حكومة ، وهو أن يقوم المجنى عليه قبل الجناية ، ثم يقوم بعد ائدمال الجناية ، فإن نقص العشر من قيمته وجب العشر من دية ، وإن نقص الخمس من قيمته وجب الخمس من دية ، لأنه ليس في أرشه نص فوجب التقدير بالاجتهاد ، ولا طريق إلى معرفة قدر النقصان من جهة الاجتهاد إلا بالتقويم .

وهذا كما قلنا في المحرم إذا قتل صيداً وليس في جزائه نص أنه يرجع إلى ذوى عدل في معرفة مثله ، أن كان له مثل من النعم ، أو إلى قيمته إذا لم يكن له مثل ، ويجب القدر الذى نقصى من قيمته من الدية ، لأن النفس مضمومة بالدية فوجب القدر الناقص منها ، كما يقوم المبيع عند الرجوع بأرش العيب ، ثم يؤخذ القدر الناقص من الثمن حيث كان المبيع مضموناً بالثمن .

وقال أصحابنا : يعتبر نقص الجناية من دية العضو المجنى عليه ، لا من دية النفس ، فإن كان الذى نقص هو العشر والجناية على اليد وجب عشر دية اليد

وإن كانت على أصبع وجب عشر دية الأصبع ، وإن كانت على الرأس فيما دون
الموضحة وجب عشر أرش الموضحة ، وإن كانت على الجسد فيما دون الجائفة وجب
عشر أرش الجائفة ، لأننا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة في
عضو على دية العضو ، والمذهب الأول وعليه التفريع ، لأنه لما وجب تقويم
النفس وجب أن يعتبر النقص من دية النفس ، ولأن اعتبار النقص من دية
العضو يؤدي إلى أن يتقارب الجنائتان ويتباعد الارشان ، بأن تكون الحكومة
في السمحاق فتوجب فيه عشر أرش الموضحة فيتباعد ما بينها وبين أرش الموضحة
مع قربها منها . فإن كانت الجنابة على أصبع فبلغت الحكومه فيها أرش الاصبع
أو على الرأس ، فبلغت الحكومه فيها أرش الموضحة ، نقص الحاكم
من أرش الاصبع ومن أرش الموضحة شيئاً على قدر ما يؤدي إليه الاجتهاد ، لأنه
لا يجوز أن يكون فيما دون الاصبع أو الموضحة ما يجب فيها . وإن كانت الجنابة
في الكف فبلغت الحكومه أرش الاصابع نقص شيئاً من أرش الاصابع ، لأن
الكف تابع للأصابع في الجمال والمنفعة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب في الاصابع
(الشرح) إذا جنى على رجل جنابه لم يحصل بها جرح ولا كسر ولا إتلاف
حاسه بأن لطمه الجاني أو لكمه أو ضربه بخنجره ، فلم يجرح ولم يكسر نظرت ؛
فإن لم يحصل به أثر أو حصل به سواد^{١١} أو خضرة ثم زال لم يجب على الجاني
أرش ، لأنه لم ينقص شيئاً من جماله ولا من منفعته ويعزر الجاني لتدبيره ، وإن
أسود موضع الضرب أو احمر أو اخضر ينظر الى الوقت الذي يزول فيه مثل ذلك
في العادة ، فإن لم يزل وجبت على الجاني حكومه ، لأن في ذلك شيئاً ، فإن
أخذت منه الحكومه ثم زال ذلك الشين وجب رد الحكومه ، كما لو ابيضت عينه
فأخذ أرشها ثم زال البياض .

وإن جنى على حر جنابه نقص بها جمال أو منفعة ولا أرش لها مقدر فقد
ذكرنا أنه يجب فيها الحكومه .

وكيفية ذلك أن يقوم هذا الجنى عليه قبل الجنابه ثم يقوم بعد اندمال الجنابه ،
فإن بقى للجنابه شين ونقصت قيمته به وجب على الجاني من الدية بقدر ما نقص

(١) احتقان تحت الجلد يحدث من رض جسم صلب بمكان الإصابه

من القيمة ، وإن نقص العشر من قيمته نقص العشر من دينه ، وإن نقص التسع من قيمته وجب التسع من دينه . لأنه لما اعتبر العبد بالحر في الجنائيات التي لها أرش مقدر اعتبر الحر بالعبد في الجنائيات التي ليس لها أرش مقدر إلا بالتقويم كما أنه لا يعلم أرش المبيع إلا من جهة التقويم

ولما كان الإنسان لا يباع في زماننا هذا ولا يوجد رق نستند إليه في تقويم الحر بقيمة العبد فإنه يمكن اعتبار الإنسان مقوماً بدينه . وهذا أصل ثابت ، ثم يمكن اعتبار ما نقص منه من تشوهات ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بقياس إنتاجه ، فإن نقص عمله وإنتاجه قدرأ أخذ من الدية بقدر ما نقص من جهده ، وذلك كما قلنا في نقص السمع والبصر . وأما نقص الجمال فيمكن أيضاً حرره بالنسبة إلى دينه ، لأن جملة مضمونة بالدية فكانت أجزاءه مضمونة بجزء من الدية ، كما أن المبيع لما كان مضموناً على البائع بالثمن كان أرش العيب الموجود فيه مضموناً بجزء من الثمن ، ولا سبيل إلى معرفة ما ليس فيه أرش مقدر إلا بالتقويم ، كما أنه لا يعلم أرش المبيع إلا من جهة التقويم

وحكى المصنف عن أصحابنا أنهم قالوا : يعتبر ما نقص من القيمة من دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس ، فإن كان الذي نقص هو عشر القيمة والجنائيات على اليد وجب عشر دية اليد ، وإن كان على الأصبع وجب عشر دية الأصبع ، فإن كان على الرأس والوجه فيما دون الموضحة وجب عشر دية الموضحة ، وإن كان على البدن فيما دون الجائفة وجب عشر دية الجائفة ، والمذهب الأول ، لأنه لما وجب تقويم النفس اعتبر النقص من دينها ، ولأن القيمة قد تنقص بالسمحاق عشر القيمة ، فإذا أوجبنا عشر أرش الموضحة تقارب الجنائيات وتباعد الارشان فإذا ثبت هذا فإنه لا يبلغ بالحكومة أرش العضو المجنى عليه — فإن كانت الجنائيات على الأصبع قبلت حكومتها دية الأصبع أو على البدن بما دون الجائفة قبلت الحكومة أرش الجائفة نقص الحاكم من الحكومة شيئاً بقدر ما يؤديه إليه اجتماعه لأنه لا يجوز أن يجب فيما دون الأصبع دينها ، ولا فيما دون الجائفة دينها ، وإن قطع كفاً لا أصبع له ففيه وجهان حكاهما الخراسانيون .
(أحدهما) لا يبلغ بحكومته دية أصبع (والثاني) لا يبلغ بحكومته دية خمس أصابع

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وإن جرحه فشان وجهه أو رأسه شيئاً يبقى - فإن كان الشين أكثر من الجراح - أخذ بالشين ، وإن كان الجراح أكثر من الشين أخذ بالجراح ولم يرد للشين ، وجملة ذلك أنه إذا شججه في رأسه أو وجهه شجة دون الموضحة - فإن علم قدرها من الموضحة - وجب بقدرها من أرش الموضحة ، وإن اختلف قدرها من الموضحة والحكومة وجب أكثرهما ، وقد مضى بيان ذلك ، ولا تبليغ الحكومة فيما دون الموضحة أرش الموضحة .
 وإن كانت الموضحة على الحاجب فأزالته وكان الشين أكثر من أرش الموضحة وجب ذلك ، لأن الحاجب يجب بأزالته حكومة ، فاذا انضم إلى ذلك الايضاح لم ينقص عن حكومته .

(فرع) في آخر أول الفصلين للمصنف قوله «وان فرغ إنسان» بالبناء للمجهول مع التضعيف فأحدث حدثاً في ثيابه من أحد السبيلين لم يلزم الجاني ضمان ، لأنه لم يصبه بنقص في جمال ولا منفعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن لم يحصل بالجنابة نقص في جمال ولا منفعة بأن قطع أصبعاً زائدة أو قلع سناً زائدة أو أتلف لحية امرأة واندمل الموضع من غير نقص فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا شيء عليه لأنه جنابة لم يحصل بها نقص فلم يجب بها أرش ، كما لو أطم وجهه فلم يؤثر (والثاني) وهو قول أبي اسحاق أنه يجب فيه الحكومة لأنه أتلاف جزء من مضمون فلا يجوز أن يعرا من أرش .

فعلى هذا إن كان قد قطع أصبعاً زائدة قوم المجنى عليه قبل الجنابة ثم يقوم في أقرب أحواله إلى الاندمال ثم يجب ما بينهما من الدية ، لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد الاندمال قوم في أقرب الأحوال إليه ، وهذا كما قلنا في ولد المغرور بها لما تعذر تقويمه حال العلق قوم في أقرب حال يمكن فيه التقويم بعد العلق وهو عند الوضع ، فإن قوم ولم ينقص قوم قبيل الجنابة ثم يقوم والدم جار ، لأنه لا بد أن تنقص قيمته لما يخاف عليه ، فيجب بقدر ما بينهما من الدية ،

وإن قلع سناً زائدة ولم تنقص قيمته قوم ، وليس له خلف الزائدة سن أصلية ، ثم يقوم وليس له سن أصلية ولا زائدة ، ويجب بقدر ما بينهما من الدية ، وإن أتلف لحية امرأة قوم أو كان رجلاً وله لحية ثم يقوم ولا لحية له ، ويجب بقدر ما بينهما من الدية .

(فصل) وإن جنى على رجل جناية لها أرش مقدر ثم قتله قبل الاندمال دخل أرش الجنايه في دية النفس ، وقال أبو سعيد الاصطخري لا يدخل لأن الجنايه انقطعت سرايتها بالقتل فلم يسقط ضمانها كما لو اندملت ثم قتله والمذهب الاول لأنه مات بفعله قبل استقرار الأرش ، يدخل في دية كما ومات من سراية الجنايه ، ويخالف إذا اندملت فإن هناك استقرار الأرش فلم تسقط

(فصل) ويجب في قتل العبد قيمته بالغه ما بلغت لأنه مال مضمون بالإتلاف لحق الأدمى بغير جنسه فضمنه بقيمته بالغه ما بلغت كسائر الاموال وما ضمن مما دون النفس من الجزء بالديه كالأنف واللسان والذكر والانثيين والعينين واليدين والرجلين ضمن من العبد بقيمته ، وما ضمن من الجزء من اليه كاليد والاصبع والامله والموضحه والجائفه ضمن من العبد بمثله من القيمة لأنهما متساويان في ضمان الجنايه بالقصاص والكفارة ، فتساويا في اعتبار ما دون النفس بيدل النفس ، كالرجل والمرأة والمسلم والكافر

(فصل) وإن قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات من سراية القطع وجبت عليه دية حر ، لأن الجنايه استقرت في حال الحرية ، ويجب للسيد من ذلك أقل الامرين من أرش الجنايه وهو نصف العيمه أو كمال اليه ، فإن كان نصف القيمة أقل لم يستحق أكثر منه لأنه هو الذي وجب في ملكه ، والزيادة حصلت في حال لا حق له فيها ، وإن كانت الدية أقل لم يستحق أكثر منها ، لأن ما نقص من نصف القيمة بسبب من جهته وهو العتق .

(فصل) وإن فقا عيني عبد أو قطع يديه وقيمته ألفا دينار ثم أعتق ومات بعد اندمال الجنايه وجب على الجاني أرش الجنايه ، وهو قيمة العبد ، سواء كان الاندمال قبل العتق أو بعده ، لأن الجرح إذا اندمل استقر حكمه ، ويكون ذلك لمولاه لأنه أرش جنايه كانت في ملكه ، وإن لم يتدمل وسرى الى نفسه وجب

على الجاني دية حر . وقال المزني : يجب الارش وهو ألفا دينار لأن السيد ملك هذا القدر بالجنابة ، فلا ينقص ، وهذا خطأ لأن الاعتبار في الارش بحال الاستقرار ، ولهذا لو قطع يدى رجل ورجليه وجب عليه ديتان ، فاذا سرت الجنابة إلى النفس وجب دية اعتباراً بحال الاستقرار ، وفي حال الاستقرار هو حر فوجبت فيه الدية ، ودليل قول المزني يبطل بمن قطع يدى رجل ورجليه ثم مات فانه وجبت ديتان ثم نقصت بالموت

(فصل) وان قطع حر يد عبد فأعتق ثم قطع حر آخر يده الاخرى ومات لم يجب على الاول قصاص لعدم التكافؤ في حال الجنابه وعليه نصف الدية لأن المجنى عليه حر في وقت استقرار الجنابه . وأما الثاني ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى الطيب بن سلة أنه يجب عليه القصاص في الطرف ولا يجب في النفس ، لأن الروح خرجت من سراية قطعين ، وأحدهما بوجب القود والآخر لا بوجب ، فسقط كحرين قتلا من نصفه حر ونصفه عبد (والثاني) وهو المذهب أنه يجب عليه القصاص في الطرف والنفس لأنهما متكافئان في حال الجنابة ، وقد خرجت الروح عن عمد محض مضمون ، وإنما سقط القود عن أحدهما لمعنى في نفسه فلم يسقط عن الآخر ، كما لو اشترك حر وعبد في قتل عبد ، ويخالف الحرين إذا قتلا من نصفه حر ونصفه عبد ، لأن كل واحد منهما غير مكافئ له حال الجنابة ، فان عفى على مال كان عليه نصف الدية لأنهما شريكان في القتل ، وللولى الاقل من نصف قيمته يوم الجنابه الاولى أو نصف الدية ، فان كان نصف القيمة أقل أو مثله كان له ذلك ، وإن كان أكثر فله نصف الدية لأن الحرية نقصت ما زاد عليه ، والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن الجنابة هناك من واحد وجميع الدية عليه ، فقوبل بين أرش الجنابة وبين الدية ، والجنابه ههنا من اثنين والدية عليهما . والثاني جنى عليه في حال الحرية فقوبل بين أرش الجنابة ، وبين النصف المأخوذ من الجاني على ملكه ، وكان الفاضل لورثته .

(فصل) وان قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم قطع يده الاخرى نظرت ، فان اندمل الجرحان لم يجب في اليد الاولى قصاص ، لأنه جنى عليه وهو غير مكافئ له

ويجب فيها نصف دينه ويكون للمولى ويجب في اليد الأخرى القصاص لأنه قطعها وهو مكافئ له ، وإن عني على المسال وجب عليه نصف الدية ، وإن مات من الجراحتين قبل الاندمال وجب القصاص في اليد الأخرى التي قطعت بعد عتقه ولم يجب القصاص في النفس لأنه مات من جنايتين ، إحداهما توجب القصاص والأخرى لا توجب ، فإن اقتص منه في اليد وجب عليه نصف الدية لأنه مات بجنايته ، وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية ، ويكون للمولى أقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية

وإن عني عن القصاص على مال وجب كمال الدية ويكون للمولى أقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية ، أو نصف الدية ، ولورثته الباقي ، لأن الجناية الثانية في حال الحرية

(فصل) وإن قطع حر يد عبد فأعتق ثم قطع آخر يده الأخرى ثم قطع ثالث رجله ومات لم يجب على الأول القصاص في النفس ولا في الطرف لعدم التكافؤ ، ويجب عليه ثلث الدية ويجب على الآخرين القصاص في الطرف وفي النفس على المذهب ، فإن عني عنهما كان عليهما ثلثا الدية ، وفيما يستحق المولى قولان (أحدهما) أقل الأمرين من أرش الجناية ، أو ما يجب على هذا الجاني في ملكه وهو ثلث الدية ، لأن الواجب بالجناية هو الأرش ، فإذا أعتق انقلب وصار ثلث الدية ، فيجب أن يكون له أقل الأمرين ، فإن كان الأرش أقل لم يكن له أكثر منه ، لأنه هو الذي وجب بالجناية في ملكه وما زاد بالسراية في حال الحرية لا حق له فيه .

وإن كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لأنه هو الذي يجب على الجاني في ملكه ونقص الأرش بسبب من جهته وهو العتق فلم يستحق أكثر منه والقول الثاني يجب له أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة لأن الجاني على ملكه هو الأول والآخرا لا حق له في جنايتهما ، فيجب أن يكون له أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة

فإن كان ثلث القيمة أقل لم يكن له أكثر منه ، لأنه لما كان عبداً كان له هذا القدر وما زاد وجب في حال الحرية فلم يكن له فيها حق ، وإن كان ثلث الدية

أقل لم يكن له أكثر منه ، لأن ثلث القيمة نقص وعاد إلى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه .

(فصل) إذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فألقت جنيناً ميتاً وجب فيه عشر قيمة الأم لأنه جنين آدمية سقط ميتاً بجنايته فضمن بعشر بدل الأم كجنين الحرة ، واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قيمة الأم ، فقال المزني وأبو سعيد الاصطخري : تعتبر قيمتها يوم الإسقاط لأنه حال استقرار الجناية والاعتبار في قدر الضمان بحال استقرار الجناية ، والدليل عليه أنه لو قطع يد نصراني ثم أسلم ومات وجب فيه دية مسلم

وقال أبو اسحاق : تعتبر قيمتها يوم الجناية ، وهو المنصوص لأن المجنى عليه لم يتغير حاله فكان أولى الأحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية ، لأنه حال أو جوب ولهذا لو قطع يد عبداً ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية ، لأنه حال الوجوب ، وإن ضرب بطن أمة ثم أعتقت وألقت جنيناً ميتاً وجب فيه دية جنين حر لأن الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية ، والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية .

(الشرح) إذا لم يبق للجناية شين بعد الاندمال أو بقي لها شين لم تنقص به القيمة ولم ينقص فلم تجب الحكومة ، كما لو لطمه فأسود الموضع ثم زال السواد . وقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا : تجب عليه الحكومة ، وهو المنصوص ، لأن الشافعي رضي الله عنه قال : وإن نتف لحية امرأة أو شاربها فعليه الحكومة أقل من حكومة في لحية الرجل ، لأن الرجل له فيها جمال ، ولا جمال للمرأة فيها ، ولأن جملة الأدمى مضمونة ، فإذا أتلف جزء آمنه وجب أن يكون مضموناً كسائر الأعيان ، فإذا قلنا بهذا فإنه يقوم في أقرب أحواله إلى الاندمال ، لأنه لا بد أن ينقص ، فإن لم ينقص منه قوم قبيله ، فإن لم ينقص قوم والدم جار . وإن نتف لحية امرأة وأعدمها النبات قال أبو اسحاق المروزي : اعتبرتها بعبد كبير فأقول : هذا العبد الكبير كم قيمته وله مثل هذه اللحية ؟ فإن قيل مائة ، قلت فيكم قيمته ولا لحية له ؟ فإن قيل تسعون ، وجب على الجاني عشر دية المرأة .

هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : يجب مارآه الحاكم باجتهاده ، وإن قطع أنملة لها طرفان فإنه يجب في الطرف الأصغر دية . ويجب في الزائدة حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده ، ولا يبلغ به أرش الأعملى . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : إذا قطع أصبعاً زائدة ففيه وجهان (أحدهما) يجب مارآه الحاكم باجتهاده .

(والثانى) يقال : كم ينقص من قيمة العبد وقت الجنابة . وإن قلع سنّاً زائدة وهو الخارج عن سمّت الاسنان ومن ورائه إلى داخل الفم سن أصلية فلم تنقص قيمته بقلعها فإنه يقال : لو كان هذا عبداً كم كانت قيمته وله هذا السن الزائد وليس له ما وراءه من السن الأصلي ؟ لأن الزائد يسد الفرجة إذا لم يكن له السن الأصلية ؟ فإن قيل مائة ، قيل فكم قيمته وليس له السن الزائد ولا الأصلي الذى من ورائه ؟ فإن قيل تسعون علم أنه نقص عشر قيمته فيجب له عشر الدية .

(فرع) إذا كسر له عظما فى غير الرأس والوجه فنجبره فانجبر فإن عاد مستقيماً كما كان فقد قال القاضى أبو الطيب : هل تجب فيه الحكومة ؟ فيه وجهان كما قلنا فيه إذا جرحه جراحة لا أرش لها مقدر واندمت ولم يبق لها شين

وقال الشيخ أبو حامد الاستقرائى : تجب الحكومة فيه وجهاً واحداً لأنه لا بد أن يبقى فى العظم بعد كسره وأنجباره ضعف . وقال ابن الصباغ والاول أصح ، وإن انجبر وبقى له شين وجبت فيه الحكومة أكثر مما لو عاد مستقيماً ، وإن انجبر وبقى له شين وجبت فيه الحكومة أكثر من الحكومة إذا بقى الشين من غير اعوجاج .

(فرع) وإن أفضى امرأة ثم التأم الجرح ، قال الشافعى رحمه الله لم تجب الدية ، وإن أجافه جائفة والتأمت الجائفة ففيه وجهان حكاهما أبو على فى الافصاح (أحدهما) لا تجب أرش الجائفة وإنما تجب الحكومة كما قلنا فيه إذا أفضى امرأة والتأم الجرح .

(والثانى) وهو اختيار القاضى أبي الطيب ولم يذكر المصنف غيره أن أرش الجائفة يجب لأن أرش الجائفة إنما وجب لوجوب اسمها ، وإن عاد الحاجز لم تجب الدية ، كما لو ذهب ضوء العين ثم عاد

(مسألة) ما ورد في قتل العبد أو فقاً عينه فإنه مضمون بالإتلاف لحق
الآدمي بغير جنسه فضمن بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال ، فقولنا بالاتلاف
احتراز بما لو غصب ملك غيره وهو باق في يده فإنه مضمون برده ، وقولنا لحق
الآدمي احتراز من الكفارة ومن جزاء الصيد الذي له مثل . وقولنا من غير جنسه
احتراز من غصب شيئاً من ذوات الأمثال وتلفه أو أتلفه ، وأما مادون النفس
من العبد فهو معتبر بالحر ، فكل شيء وجب فيه من الحر الدية وجب فيه من
العبد قيمته ، وكل شيء مضمون من الحر بحر ومقدر من الدية ضمن من العبد
بمثل ذلك الجزء من قيمته ، وكل شيء ضمن من الحر بالحكومة ضمن من العبد
بما نقص من قيمته ، وبه قال عمر وعلي رضي الله عنهما وابن المسيب
وعن أبي حنيفة روايتان ، إحداهما كقولنا ، والثانية ما لا منفعة فيه كالأذنين
والحاجبين فإن فيه ما نقص من قيمته ، ونحن نوافق على الحاجبين في العبد إلا
أنه يخالفنا في الحاجبين من الحر

وقال مالك : يضمن بما نقص من قيمته إلا للوضحة والمنقلة والمأمومة
والجائفة فإنه يضمن بجزء من قيمته ، وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولاً للشافعي
وليس بمشهور ، والدليل على صحة ما قلناه أنه قول عمر وعلي ولا يخالف لهما في
الصحابة ، فدل على أنه اجماع ، ولأنه كأن حتى يضمن بالقصاص والكفارة
فكانت أطرافه وجراحاته مضمونة يبدل مقدر من بدله كالحر ، وبما أفدناه من
هذه الفصول هل تعتبر الجنابة بحال الاستقرار أم بوقت حدوثها في موت الجنين
بضرب أمه ، فذهب المزني وأبو سعيد الاصطخري إلى الأول ، وقال أبو اسحاق
وأكثر أصحابنا يعتبر قيمتها يوم الجنابة ، وهو المنصوص ، وقد مضى في الجنابات
بجئنا لهذا الخلاف والأخبار والآثار الواردة فيه . وما قرره المصنف في هذه
الفصول فعلى وجهه والله المستعان

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب العاقلة وما تحمله من الديات)

إذا قتل الحر حراً عمداً خطأ وله عاقلة وجب جميع الدية على عاقلته ، لما روى المغيرة بن شعبه قال « ضربت امرأة ضرة لها بعمود فسطاط ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتها على عصابة القاتلة ، وإن قتله خطأ وجبت الدية على عاقلته ، لأنه إذا تحمل عن القاتل في عمد الخطأ تخفيفاً عنه مع قصده إلى الجنائية فلأن يحمل عن قاتل الخطأ ولم يقصد الجنائية أولى ، ولأن الخطأ وعمد الخطأ يكثير فلو أوجبت ديتهما في مال الجاني أجهضنا به ، وإن قطع أطرافه خطأ أو عمداً خطأ ففيه قولان .

قال في القديم « لا تحمل العاقلة ديتهما لأنه لا يضمن بالكفارة ولا تثبت فيه القسامة ، فلم تحمل العاقلة بدله كاملاً

وقال في الجديد « تحمل العاقلة ديتها ، لأن ما ضمن بالقصاص والدية وخففت الدية فيه بالخطأ حملت العاقلة بدله كالنفس ، فعلى هذا تحمل ما قل منه وكثر ، كما تحمل ما قل وكثر من دية النفس . وإن قتل عمداً أو جنى هلى طرفه عمداً لم تحمل العاقلة ديته ، لأن الخبر ورد في الحمل عن القاتل في عمد الخطأ تخفيفاً عنه . لأنه لم يقصد القتل ، والعمد قصد القتل فلم يلحق به في التخفيف ، وإن وجب له القصاص في الطرف فاقصص بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية ، وهل تحمل العاقلة ذلك أم لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تحمله ، لأننا حكمنا بأنه ليس بعمد محض

(والثاني) لا تحمله ، لأنه قصد القتل بغير حق فلم تحمل العاقلة عنه . وإن وكل من يقتص له في النفس ثم عفا وقتل أركيل ولم يعلم بالعمو — وقلنا إن العفو يصح ووجهت الدية على أركيل — فهل تحملها العاقلة ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه لا تحملها العاقلة ، وهو الصحيح ، لأنه تعمد القتل فلم تحمل العاقلة عنه ، كما لو قتله بعد العلم بالعمو

(والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انه تحملها العاقلة ، لانه لم يقصد الجنابة .

(فصل) وإن قتل عبداً خطأ أو عمد خطأ ففي قيمته قولان (أحدهما) أنها تحملها العاقلة ، لأنه يجب التضامن والكفارة بقتله شملت العاقلة بدله كالحر ، (والثاني) أنه لا تحملها العاقلة لأنه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الأموال .

(الشرح) حديث المغيرة بن شعبه ولفظه « أن امرأة ضربتها بعمود فسقطت فقتلتها وهي حبل ، فأتي فيها النبي صلى الله عليه وسلم ففرض فيها على عصابة القاتلة بالدية في الجنين غرة ، فقال عصبتها : أئدي ما لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهول ، مثل ذلك يُطال ؟ فقال سمع مثل سمع الاعراب ، رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي والرمذي ولم يذكر اعتراض العصابة وجوابه . وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن جبان والحاكم وصحاحه من حديث ابن عباس وأخرجه عبد الرزاق عن حمل بن مالك وكذلك البيهقي ، ورواه أيضا من طريق حماد بن زيد عن عمرو بن دينار عن طاوس . وأخرجه البخاري في الاعتصام بالفاظ مختلفة .

أما اللغات فقوله « العاقلة وما تحمله ، العاقلة مأخوذة من العقل وهو الشد والربط ، ومنه قيل لمن له حجرة ونهى عاقل ، وهو ضد الحق . قال ابن الأنباري رجل عاقل وهو الجامع لأمره ورأيه ، مأخوذ من عقلت البعير إذا جمعت قوائمه . وفي الحديث « القرآن كالإبل المعقلة ، والعقل في العروض إسقاط الياء من مفاعيلن بعد اسكانها في مفاعيلن فيصير مفاعيلن والعقل الدية وعقل القتيل يعقله وداه ، وعقل عنه أدى جنايته وذلك إذا لزمته دية فأعطاها عنه ، وهذا هو الفرق بين عقلته وعقلت له وعقلت عنه ، وعقلت له دم فلان إذا تركت القود للدية . قالت كبشة أخت عمرو بن معديكرب :

وأرسل عبد الله إذ حان يومه إلى قومه لا تعقلوا لهم دمي
ولأنما قيل للدية عقل لأنهم كانوا يأتون بالابل فيعقلونها بفناء ولي المقتول ،
والعاقلة العصابة والقرابة من قبل الاب الذين يعطون دية قتل الخطأ ، وهي صفة

جماعة عاقلة وأصلها اسم فاعلة من العقل . وفي اللسان قال : ومعرفة العاقلة أن ينظر إلى إخوة الجاني من قبل الأب فيحملون ما تحمّل العاقلة ، فإن احتملوا أدوها في ثلاث سنين ، وإن لم يحتملوا رفعت إلى بنى جده ، فإن لم يحتملوا رفعت إلى بنى جد أبيه ، فإن لم يحتملوا رفعت إلى بنى جد أبي جده ، ثم هكذا لا ترفع عن بنى أب حتى يعجزوا ، قال ومن في الديوان ومن لا ديوان له في العقل سواء .

وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين ، قال اسحاق بن منصور ، قلت لآحمد ابن حنبل من العاقلة ؟ فقال القبيلة إلا أنهم يحتملون بقدر ما يطيقون ، قال فإن لم تكن عاقلة لم تجعل في مال الجاني ، ولكن تهدر عنه . وقال اسحاق إذا لم تكن للعاقلة أصلاً فإنه يكون في بيت المال ولا تهدر الدية

والفسطاط بيت الشعر وفيه لغات فسطاط وفسطاط وفسطاط المصر مجتمع أهله حول جامعها ، ومدينة الفسطاط مصر حماها الله ، وهي الآن حتى في مدينة القاهرة ، ويقال لها مصر القديمة ، وهي المدينة التي بناها عمرو بن العاص وقال الزمخشري الفسطاط ضرب من الابنية .

أما الأحكام ، فإنه إذا قتل الحر حراً خطأ محضاً أو عمد خطأ كانت دية المقتول على عاقلة القاتل ، وبه قال أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد وقال الاصم وابن علية والخوارج يجب الجميع في مال القاتل ، وقال علقمة وابن أبي ليلى وابن شبرمة وعثمان البتي وأبو ثور دية الخطأ المحض على العاقلة ، وأما دية العمد الخطأ ففي مال القاتل

دليلنا ما روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت إحداهما الأخرى بمسحاح أو بعمود الفسطاط ، وقيل رمتها بحجر فقتلتها وأسقطت جنينها ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بعقلها على العاقلة ، وفي جنينها غرة عبد أو أمة ، فإذا حملت العاقلة دية عمد الخطأ فلأن تحمل دية الخطأ المحض أولى . وروى أن عمر رضى الله عنه ذكرت عنده امرأة معيبة بسوء فأرسل إليها رسولا فأجمعت ذا بطنها في الطريق من فرعها منه ، فاستشار الصحابة رضى الله عنهم في ذلك فقال عثمان وعبد الرحمن رضى الله عنهما إنما أنت مؤدب ولا شيء عليك

فقال لعلي رضي الله عنه ما تقول؟ فقال إن اجتمعا فقد أخطأ وإن علما فقد غشاك ، عليك الدية ، فقال عزمت عليك لتقسمنها على قومك ، يعني على عاقلتي ولم ينكر عيهما عثمان ولا عبد الرحمن .

وروى أن مولاة اصفية جنت جناية فتضى بأرش جارتها على عاقلة صفية ولا يخالف لهم في الصحابة فدل على أنه لإجماع

إذا ثبت هذا فهل تحمل العاقلة ما دون دية النفس؟ قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد ، تحمل العاقلة ما قل أو أكثر من الأرش ، وبه قال عثمان البتي ، وقال في القديم ، وتحمل العاقلة دية النفس ولا تحمل ما دون دية النفس ، بل يجب في مال الجاني .

وحكى بعض أصحابنا أن قوله في القديم أن العاقلة تحمل ثلث الدية فأكثر ولا تحمل ما دون ثلث الدية ، وبه قال مالك وابن المسيب وعطاء وأحمد واسحاق وقال الزهري ، وتحمل العاقلة ما فوق ثلث الدية ، فأما ثلث الدية فما دونه ففي مال الجاني وقال أبو حنيفة تحمل أرش الموضحة فما زاد وما دون أرش الموضحة ففي مال الجاني ، فإذا قلنا بقوله القديم فوجهه أن ما دون دية النفس في حري صحانه مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لا يثبت فيه القصاص ولا يجب فيه الكفارة فلم تحمل العاقلة كالمال .

وإذا قلنا بقوله الجديد فوجهه أن من حمل دية النفس حمل ما دون الدية كالجاني ، ولأن العاقلة إنما حملت الدية عن القاتل في الخطأ وعمد الخطأ لئلا يجحف ذلك بماله ، وهذا يوجد فيما دون دية النفس

قال الشيخ أبو حامد الأسفراييني وهل تحمل العاقلة دية الجنين؟ فيه قولان قال في الجديد تحمل دية بكل حال لما ذكرناه من حديث المغيرة بن شعبه . وقال في القديم لا تحملها ، بل يكون في مال الجاني ، وبه قال مالك ، لأن العاقلة لا تحمل ما دون ثلث الدية ، فإن وجب له القصاص في الطرف فاقصص بحديدة مسمومة فمات وجب على المقتص نصف الدية ، وهل تحمله عنه العاقلة؟ فيه وجهان (أحدهما) تحمله عنه لأنه ليس بعمد محض (والثاني) لا تحمله العاقلة لأنه قصد قتله بغير حق ، هكذا أوضح صاحب البيان

وما يدل على سماحة شرع الله أنه إن قتل الحر عبداً لغيره خطأ أو عمد خطأ أو جنى على طرفه خطأ أو عمد خطأ فهل تحمل عاقلته بدله؟ فيه قولان. أحدهما لا تحمله العاقلة بل يكون في مال الجاني، وبه قال مالك والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور، لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً، والثاني تحمله العاقلة، وبه قال الزهري والحكم وحماد وهو الأصح لأنه يجب بقتله القصاص والكفارة، فحملت العاقلة بدله كالحر لحر.

وأما الخبر فقيل أنه موقوف على ابن عباس والقياس يقدم على الموقوف، وإن صح كان تأويله لا تحمله العاقلة عن عبد إذا جنى. وهذا مذهبننا، وقال أبو حنيفة تحمل العاقلة بدل نفس العمد ولا تحمل ما دون بدل النفس. دليلنا أن من حملت العاقلة بدل نفسه حملت ما دون بدل نفسه كالحر وعكسه البهيمة.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته، لما روى أن عوف بن مالك الأشجعي ضرب مشركاً بالسيف فرجع السيف عليه فقتله، فامتنع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه وقالوا قد أبطل جهاده، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل مات مجاهداً، ولو وجبت الدية على عاقلته لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك.

(فصل) وما يجب بخطأ الامام من الدية بالقتل ففيه قولان (أحدهما) يجب على عاقلته لما روى أن عمر رضي الله عنه قال لعلي رضي الله عنه في جنين المرأة التي بعث إليها عزم عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك. والثاني يجب في بيت المال لأن الخطأ يكثر منه في أحكامه واجتهاده، فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أوجبنا بهم، فإذا قلنا أنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة في ماله كغير الامام، وإذا قلنا أنها تجب في بيت المال ففي الكفارة وجهان (أحدهما) أنها تجب في ماله لأنها لا تتحمل (والثاني) أنها تجب في بيت المال لأنه يكثر خطؤه، فلو أوجبنا في ماله أوجب به.

(فصل) وما يجب بجناية العمد يجب حالاً لأنه بدل متلف لا تتحمله العاقلة بحال فوجب حالاً كفرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلاً ، فإن كانت دية كاملة وجبت في ثلاث سنين ، لأنه روى ذلك عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ، ويجب في كل سنة ثلثها ، فإن كان دية نفس كان ابتداء الاجل من وقت القتل لأنه حتى مؤجل فاعتبر الاجل من حين وجود السبب كالدين المؤجل ، وإن كان دية طرف فإن لم تسر اعتبرت المدة من وقت الجناية لأنه وقت ارجوب ، وإن سرت الى عضو آخر اعتبرت المدة من وقت الاندمال ، لأن الجناية لم تقف فاعتبرت المدة من وقت الاستقرار ، وإن كان الواجب أقل من دية نظرت فإن كان ثلث الدية أو دونه لم يجب الا في سنة لأنه لا يجب على العاقلة شيء في أقل من سنة ، فإن كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب في السنة الاولى الثلث ووجب الباقي في السنة الثانية ، وإن كان أكثر من الثلثين ولم يزد على دية ووجب في السنة الاولى الثلث وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الباقي

وإن وجب بجنايته ديتان فإن كانتا لاثنين بأن قتل اثنين وجب في كل سنة لكل واحد منهما ثلث الدية ، لأنهما يجبان لمستحقين فلا ينقص حق كل واحد منهما في كل سنة من الثلث ، فإن كانتا واحد بأن قطع اليدين والرجلين من رجل وجب الكل في ست سنين في كل سنة ثلث دية لأنهما جنايته على واحد فلا يجب له على العاقلة في كل سنة أكثر من ثلث دية

وإن وجب بجنايته الخطأ أو عمد الخطأ دية ناقصة ، كدية الجنين والمرأة ودية أهل الذمة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجب في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها لأنها دية نفس فوجب في كل سنة ثلثها كالدية الكاملة

(والثاني) أنه كأرش الطرف إذا نقص عن الدية لأنه دون الدية الكاملة فملي هذا إن كان ثلث دية وهو كدية اليهودي والنصراني أو أقل من الثلث وهو دية المجوس ودية الجنين وجب الكل في سنة واحدة ، وإن كان أكثر من الثلث وهو دية المرأة وجب في السنة الاولى ثلث دية كاملة ويجب ما زاد في السنة

الثانية كما قلنا في الطرف ، وإن كان قيمة عبد وقلنا إنها على المعاقلة ففيه وجهان
(أحدهما) أنها تقسم في ثلاث سنين ، وإن زاد حصة كل سنة على ثلث الدية
لأنها دية نفس .

(والثاني) تؤدي في كل سنة ثلث دية الحر

(الشرح) الخبر الذي ساقه المصنف أن عوف بن مالك الأشجعي قتل نفسا
وامتنع الصحابة عن الصلاة عليه إلى آخر ما ساقه كبوة جواد ، فليست خطأ من
النساختين ولا من الطباخين ، فالعمراني في البيان ينقلها عن أبي إسحاق بنغير
تصرف ، وقد قابلنا مخطوطة دار الكتب والوثائق العربية على النسخة المصورة
بالجامعة العربية فوجدناها عوف بن مالك الأشجعي إلا أن العمراني يقول عقب
هذه الرواية . وقيل إن الذي رجع عليه سيفه هو أبو عوف وهو مالك ،
وبالرجوع إلى كتب الصحابة لم نجد مالكاً الأشجعي فيهم .

والذي جعلناهم هذا الاهتمام أن عوفاً له أحاديث رواها عنه أبو هريرة
وأبو مسلم الخولاني وماتوا قبله بمدة .

وجبير بن نضير وأبو ادريس الخولاني وراشد بن سعد ويزيد بن الأصم
وشريح بن عبيد والشعبي وسالم أبو النضر وسليم بن عامر وشداد بن عمار ، وشهد
غزوة مؤتة وقال : رافقتي مددي من أهل اليمن ليس معه غير سيفه — الحديث
بطوله — وفيه قوله صلى الله عليه وسلم : هل أتم تاركوك لي أمرائي ؟ رواه أحمد
في مسنده ج ٦ : ٢٦ ، ٢٧ .

وقال أرقى : كانت رايه أشجع يوم الفتح مع عوف بن مالك . وهذه
الرواية تصحح خطأ وقع في تقريب ابن حجر أنه من مسنده الفتح ج ٢ ، ٩٠ .
وقال جعفر بن برقان ، ثنا ثابت بن الحجاج الكلابي قال شتونا في حصن دون
القسطنطينية ، وعليها عوف بن مالك فأذكر كنا رمضان فقال عوف (فذكر حديثاً)
قال الواقدي وغيره مات عوف سنة ثلاث وسبعين . هذا ما هو معروف عن
عوف بن مالك بإجماع أهل العلم بالآخبار ، منهم الذهبي في سير أعلام النبلاء
ج ٢ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ وابن عسجد البر في الاستيعاب ج ٣ ، ١٢٢٦ وابن حجر في

التقريب والإصابة والفتح والتلخيص . فإذا ثبت هذا رفضنا كل الرفض هذه الرواية التي ساقها ، وهو قد ساقها بحسن نية من غير تحقيق ، ولو أعمل فيخنا رحمه الله فكره قليلا لما أعياه زيفها .

بقي أن نعرف حقيقة الخبر يقول ابن عبد البر في الاستيعاب جزء ٢ . ٧٨٦ قرأت على سعيد بن نصر أن قاسم بن أصبغ حدثهم : حدثنا محمد بن وضاح حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا هاشم بن القاسم حدثنا عكرمة بن هيار حدثنا إياس ابن سلمة بن الأكوع قال : أخبرني أبي قال : لما خرج عمي عامر بن سنان إلى خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل يرتجز بأصحاب رسول الله (ص) وفيهم النبي صلى الله عليه وسلم فجعل يسوق الركاب وهو يقول :

تالله لولا الله ما اهتدينا ولا تصدقنا ولا صلينا
إن الذين بغوا علينا إذا أرادوا فتنة أينا
ونحن عن فضلك ما استغنينا فثبت الأقدام أن لا قينا
وأزول سكينتنا علينا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من هذا ؟ قالوا عامر يا رسول الله ، فقال غفر لك ربنا . قال وما استغفر لإنسان قط يخصه بالاستغفار إلا استشهد قال فلما سمع ذلك عمر بن الخطاب قال يا رسول الله لو تمتعتنا بعامر ، فاستشهد يوم خيبر . قال سلمة وبارز عمي يومئذ مرحباً اليهودي فقال مرحب قد علمت خيبر أني مرحب شاكي السلاح بطل مجرب إذا الحروب أقبلت تلمب

فقال عامر

قد علمت خيبر أني عامر شاكي السلاح بطل مغامر
واختلفا ضربتين ، فوقع سيف مرحب في ترس عامر ورجع سيفه على ساقه
فقطع أكماله فكانت فيها نفسه ، قال سلمة فجئت إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقلت يا رسول الله بطل عمل عامر ؟ فقال من قال ذلك ؟ فقلت ناس من
أصحابك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كذب من قال ذلك ؟ بل له

أجره مرتين (ثم ساق بقية القصة ، وهو أن علياً رضى الله عنه هو الذى برز
لرحب وهد بناءه بسيفه هدأ)

أما الأحكام فإنه إذا جنى الرجل على نفسه أو على أطرافه عمداً كان ذلك
هدراً ، لأن أرش العمد فى مال الجانى ، والانسان لا يثبت له مال على نفسه ،
وإن جنى على نفسه خطأ أو على أطرافه كانت جنايته هدراً ، وهو قول أكثر
أهل العلم ، منهم ربيعة ومالك والثورى وأصحاب رأى ، وهى الرواية الثانية عن
أحمد بن حنبل ، وقد رجحها ابن قدامة على الرواية التى جعلها القاضى أظهرهما ،
وهى أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه إذا كان
أكثر من الثلث .

وهذا قول الأوزاعى وإسحاق لما روى أن رجلاً ساق حمراً فضربه بعضا
كانت معه ططارت منه شظية ففقأت عينه ، فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هى يد
من أيدى المسلمين لم يصيبها اعتداء على أحد . قالوا ولم نعرف له مخالفاً فى عصره
ولأنها جناية خطأ فكان عقلمها على عاقلته ، كما لو قتل غيره .

فعلى هذه الرواية إن كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء لأنه لا يجب للانسان
شيء على نفسه ، وإن كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد
على نصيبه ، وله ما بقى إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه . دليلنا
أن عامر بن الأكوع بارز مرحبا اليهودى فارتد عليه سيفه فقطع أ كحله فكانت
فيها نفسه ، وعلم بأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه كان فى خير ، ولم
يجعل ديته على عاقلته ، ولو وجبت عليهم لسينها رسول الله صلى الله عليه وسلم .
وعن أحمد فيمن جنايته على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ ؟ على وجهين
(أحدهما) هى كالحتم لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره (والثانى) لا تحمله
العاقلة لأنه لا عذر له فأشبه العمد المحض

(فرع) وأما خطأ الامام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته
باتفاق أهل العلم إذا كان مما تحمله العاقلة ، وفارق ما إذا كان الخطأ باجتهاده ففيه
قولان (أحدهما) أن عاقلته تحمل ذلك عنه لما ذكرناه من أثر عمر رضى الله عنه
فى المرأة التى أجهضت ، وهو لإحدى الروایتين عن أحمد (والثانى) وهو الرواية

يجب ذلك في بيت المال ، لأن الخطأ يكثر منه في اجتهاده
وجابه على عاقلته فيه لإجفاف بهم ، وبهذا قال الأوزاعي والثوري
حنيفة واسحاق ، لأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش
جنايته في مال الله سبحانه .

فإذا قلنا تجب دية ذلك على عاقلته وجبت كفارة قتله في الخطأ وعمد الخطأ
في ماله . وإذا قلنا تجب دية ذلك في بيت المال في الكفارة وجهان (أحدهما) تجب
في بيت المال لما ذكرناه في الدية (والثاني) تجب في ماله لأن الكفارة لا تحملها
العاقله بحال .

(مسألة) فإذا قتل غيره عمداً أو جنى على طرفه عمداً وجبت الدية في مال
الجاني ، سواء كانت الجناية مما يجب فيها القصاص أو بما لا يجب فيها القصاص ،
وهذا قضية الاصل ، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على
الجاني لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحنى جان إلا على نفسه ، وبهذا قال أحمد .
وقال مالك : ان كانت لا قصاص لها مثل الهاشمة والمنقلة والمأمومة والجامحة ،
فإن العاقلة تحملها ، وان كانت الجناية عمداً .

دلينا أن الخبر إنما ورد في حمل العاقلة دية الخطأ تخفيفاً على القاتل لأنه لم
يقصد القتل والعمد قصد القتل فلم يلحق به في التخفيف ، ولأنه أرش جناية
عمد محض فلم تحمله العاقلة ، كما لو قتل الأب ابنه

إذا ثبت هذا فإن أرش العمد يجب حالاً ، وبهذا قال مالك وأحمد ، وقال
أبو حنيفة يجب مؤجلاً في ثلاث سنين ، لأنها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية
شبه العمد . دلينا أن ماوجب بالعمد المحض كان حالاً كالقصاص وأرش أطراف
العبيد ولا يشبه شبه العمد ، لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل ، وإنما
أفضى إليه من غير اختيار منه فأشبهه الخطأ ، ولهذا تحمله العاقلة ، ولأن القصد
التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية . وهذا موجود في الخطأ وشبه
العمد على السواء . وأما العمد فإنه يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن
يكون ملحقاً ببديل سائر المتلفات . قال العمراني في الخطأ وشبه العمد . وقال
بعض الناس يجب حالاً . وقال ربيعة : يجب مؤجلاً في خمس سنين . اهـ

وقال الشافعي رحمه الله : ولم أعلم خلافا فيما علمته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين . هكذا أورد المزني في المختصر قال الرافعي : تكلم أصحابنا في ورود الخبر بذلك ، فمنهم من قال : ورد ونسبه الى رواية علي عليه السلام . ومنهم من قال ورد أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة .

وأما التأجيل فلم رد به الخبر ، وأخذ ذلك من اجماع الصحابة . وقال ابن المنذر وما ذكره الشافعي لا نعرفه أصلا من كتاب ولا سنة وقد سئل عن ذلك أحمد بن حنبل فقال لا نعرف فيه شيئا ، فقيل ان أبا عبد الله - يعني الشافعي - رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعلمه سمعه من ذلك المدنى فإنه كان حسن الظن به - يعني إبراهيم بن أبي يحيى - وتعقبه ابن الرفعة بأن من عرف حجة علي من لم يعرف .

وخرج العمراني كلام الشافعي على نحو ينفي أنه عزا الثلاث سنين الى النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو قال لا أعلم خلافا أن الدية التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم على العاقلة أنها في ثلاث سنين ، فهو ينفي الخلاف في المدة ويثبت الدية على العاقلة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والمزني اختصر النص الذي ورد في الام .

وأقول ان البيهقي روى من طريق ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال من السنة أن تنجم الدية في ثلاث سنين ، وقد وافق على نقل اجماع الصحابة الترمذي في جامعه ، وابن المنذر . وقد روى التأجيل ثلاث سنين ابن أبي شيبه وعبد الرزاق والبيهقي عن عمر ، وهو منقطع لأنه من رواية الشعبي عنه ، ورواه عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن أبي وائل قال « ان عمر بن الخطاب جعل الدية الكاملة في ثلاث سنين وجعل النصف في سنتين وما دون النصف في سنة ، وروى البيهقي التأجيل المذكور عن علي رضي الله عنه اذا ثبت هذا فأول ابتداء الاجل اذا كانت الجناية على النفس من حين الموت لأنه حال استقرار الجناية . هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال أصحابنا الخراسانيون : من حين الترافع إلى القاضي ، وإن كانت الجناية على الطرف ، فإن لم يسر إلى طرف آخر كان ابتداء الأجل من حين الجناية لأنه حين وجوبه ، وإن سرت إلى طرف آخر مثل أن قطع أصبعه فسرت الجناية إلى كفه كان ابتداء الأجل من حين الادمال لأنه وقت استقرار الجناية

وحكى أصحابنا الخراسانيون وجهاً آخر أن دية الأصبع من حين الجناية ودية ما زاد عليها من الادمال والاول أصح . هذا مذهبنا ومذهب أحمد

وقال أبو حنيفة : أول مدة الأجل من حين يحكم القاضي على العاقلة بالدية . قالوا لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداءها من حين حكم الحاكم كمدة العنة . دليلنا أنه مال يحمل بحلول الأجل فكان ابتداءه من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ، وتنازعهم ادعاء الخلاف فيها فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم

(فرع) إذا كان الواجب أقل من الدية نظرت — فإن كان ثلث الدية فما دون — وجب في آخر السنة الأولى ، لأن العاقلة لا تحمل حالا ، وإن كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب في آخر السنة الأولى ثلث الدية وفي آخر السنة الثانية الباقي . وإن كان أكثر من الثلثين ولم يزد على الدية وجب في آخر السنة الأولى ثلث الدية وفي السنة الثانية الثلث وفي آخر الثالثة الباقي . وإن كان الواجب أكثر من دية — بأن وجب بجنايته ديتان — فإن كانت لإثنين حملت العاقلة لكل واحد من المجنى عليهما ثلث الدية في كل سنة . هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال الخراسانيون فيه وجهان

(أحدهما) وهو الأصح ، تحمل لكل واحد من المجنى عليهما ثلث الدية في كل سنة .

(والثاني) أن العاقلة لا تحمل في كل سنة الا ثلث الدية لو ائتمن عليها وإن كانتا لو ائتمنوا أن قطع يديه ورجليه لم تحملا العاقلة الا في ست سنين في كل سنة ثلث الدية . وهذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال الخراسانيون فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) أن العاقلة تحملا في ثلاث سنين

(فرع) إذا وجب بالخطأ أو بعمد الخطأ دية ناقصة عن دية الحر المسلم كدية المرأة ودية الجنين والكافر ، ففيه وجهان

(أحدهما) أنها تقسم في ثلاث سنين ، وإن زادت حصة كل سنة على تلك الدية أو نقص لأنه بدل نفس (والثاني) أنه كأرش الطرف فتحمل كل سنة تلك دية الحر المسلم اعتباراً بما تحمله من دية الحر المسلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والعاقله هم العصبات الذين يرثون بالنسب أو الولاية غير الأب والجد والابن وابن الإبن . والدليل عليه ما روى المغيرة بن شعبه رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المرأة بديقتها على عصابة العاقله ، وأما الأب والجد والابن وابن الإبن فلا يعقلون ، لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم دية المختولة على عاقله ورأى زوجها وولدها ، وإذا ثبت هذا في الولد ثبت في الأب لتساويهما في العصابة ، ولأن الدية جعلت على العاقله إبقاء على القاتل حتى لا يكثر عليه فيجحف به ، فلو جعلناه على الأب والابن أجحفاً به ، لأن مالهما كاله ، ولهذا لا يقبل شهادته إياهما كما لا تقبل لنفسه ، ويستغنى عن المسئلة بمالهما كما يستغنى بمال نفسه .

وإن كان في بنى عمها ابن إمام لم يحمل منهم لما ذكرناه ، وإن لم يكن له عصابة نظرت فإن كان مسلماً حملت عنه من بيت المال ، لأن مال بيت المال للمسلمين وهم يرثونه كما ترث العصبات .

وإن كان ذمياً لم يحمل عنه في بيت المال ، لأن مال بيت المال للمسلمين وهم لا يرثونه ، وإنما ينقل ماله إلى بيت المال فينا . واختلف قوله في المولى من أسفل فقال في أحد القولين لا يعقل عنه وهو الصحيح ، لأنه لا يرثه فلم يعقله وقال في الآخر يعقله لأنه يعقله المولى فعقل عنه المولى كالأخوين ، فعلى هذا يقدم على بيت المال لأنه من خواص العاقله فقدم على بيت المال كالمولى من أعلى ، وإن لم يكن له عاقله ولا بيت مال فهل يجب على القاتل ؟ فيه وجهان بناء على أن الدية هل تجب على القاتل ؟ ثم تتحمل عنه العاقله أو تجب على العاقله ابتداء ، وفيه قولان (أحدهما) تجب على القاتل ثم تنتقل إلى العاقله لأنه هو الجاني فوجبت

الدية عليه ، فعلى هذا تجب الدية في ماله . والقول الثاني : تجب على العاقلة ابتداء
لأنه لا يطالب غيرهم ، فعلى هذا لا تجب عليه .

وقال أبو علي الطبري : اذا قلنا انها تجب على القاتل عند عدم بيت المال حمل
الاب والابن ويبدأ بهما قبل القاتل ، لأننا لم نحمل عليهما ابقاء على القاتل ،
واذا حمل على القاتل كانا بالحمل أولى

قال الشيخ الامام حرس الله مدته : ويحتمل عندي أنه لا يجب عليهما لأننا
انما أوجبنا على القاتل على هذا القول ، لأنه وجب عليه في الاصل ، فإذا لم يجد
من يتحمل بقى الوجوب في محله ، والاب والابن لم يجب عليهما في الاصل ولا
حملا مع العاقلة فلم يجب الحمل عليهما

(الشرح) حديث المغيرة بن شعبة مضى تخريجه . أما الاحكام فإن العاقلة
هم العصابة ، ولا يدخل فيهم أبو الجاني ولا جده وان علا ولا ابنه ولا ابن ابنه
وان سفل . وقال مالك وأبو حنيفة : يدخلون ، وعن أحمد بن حنبل روايتان :
احدهما كل العصابة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه واخوته وعمومته
وأبناؤهم ، وهذا اختيار أبي بكر والشريفة أبي جعفر لما روى عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عقل المرأة بين
عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئا الا ما فضل عن ورثتها ، وان قتلت فعقلها
بين ورثتها ، رواه أبو داود ، ولأنهم عصابة فأشبهوا الاخوة ، يحققه عندهم أن
العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ، ولأن العصابة في تحمل العقل كهم في
الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤه وأبناؤه أحق العصابات بميراثه فكانوا
أولى بتحمل عقله .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة . دليلنا ما أخرجه الشيخان
وغيرهما عن أبي هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت احدهما الأخرى
فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم بدية المرأة على عاقلتها وورثها
ولدها ومن معهم ،

وفي رواية : ثم ماتت للعاقلة فجعل النبي (ص) ميراثها لبنها والعقل على العصابة ،

رواه أبو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر بن عبد الله قال : فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها . قال فقالت عاقلة المقتولة مهراتها لنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لزوجها وولدها ، رواه أبو داود .

أما حديث عمرو بن شعيب الذي أخذ به أبو حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه فقد أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني وفي إسناده محمد بن راشد الدمشقي المسكحول ، وثقه أحمد وابن معين والنسائي . وقال دحيم يذكر بالفدر ، وقال النسائي في موضع ليس به بأس . وقال في موضع آخر ليس بالقوى ، وقال ابن حبان كثير المناكير في روايته فاستحق ترك الاحتجاج به ، وقال أبو زرعة لم يكتب عنه أبو مهر لأنه كان يرى الخروج على الأئمة ، هذا بالإضافة إلى ما قيل في إسناده عمرو بن شعيب ، على أن القاعدة عند أصحابنا من أهل الحديث أن المتفق عليه مقدم على ما سواهما ومن ثم سقط الاحتجاج بحديث عمرو بن شعيب وتعين العمل بحديث أبي هريرة .

وروى أبو رمثة قال : خرجت مع أبي حتى أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيت برأسه ردع حناء وقال لا أتبي هذا إفاك ؟ قال نعم . قال أما إنه لا يتحنى عليك ولا يتحنى عليه ، وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولا تزر وازرة وزر أخرى ، رواه أحمد وأبو داود . ومعلوم أنه لم يرد أنه لا يبحرك ولا يجرحه ، وإنما أراد لا تؤخذ بحنايته ولا يؤخذ بحنايتك

وروى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ، ولا يؤخذ أحد بجزيرة ابنه ولا يؤخذ بجزيرة أبيه ، أخرجه البزار ورجاله رجال الصحيح ، ورواه النسائي عنه بلفظ : لا يؤخذ الرجل بجزيرة أبيه ولا بجزيرة أخيه ، وفي هذا المعنى عند أبي داود وأحمد وابن ماجه والنسائي عن عمرو بن الاحوص . وعند أحمد وابن ماجه عن الخشاش العبدي وروى نحوه الطبراني مرسلًا بإسناد رجاله ثقات . وعند أحمد والنسائي عن رجل من بني يربوع . ولأن مال الولد والوالد كماله ولهذا لم

تقبل شهادتهما له ولا العكس ، بدليل أن نفقتهما تجب في مالهما ، كما تجب في ماله فلما لم تجب في ماله لم يحملها عنه ، فإن كان للمرأة ابن هو ابن ابن عمه لم يعقل عنها لعموم الخبر .

وقال أبو علي الشيخى : ويحتمل أن يقال يحمل عنها لأن فيه شيئين يحمل بأحدهما دون الآخر ، فغلب الآخر ، كولايته في النكاح على أمه ؛ والأول هو المشهور .

(فرع) ولا يحمل القاتل مع العاقلة من الدية شيئاً ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة يحمل ما يحمل أحدهم ، دليلنا ما ذكرناه من خبر جابر رضى الله عنه في المرأتين ، فإن لم يكن للجاني عصابة وله مولى حمل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم : الولاء لجة كاحمة النسب ، والنسب يعقل به فكذلك الولاء ، والمولى لا يحمل إلا بعد العاقلة من النسب ، كما لا يرث إلا بعدهم ، فإن لم يكن المعتق موجوداً حمل عصبته كالأخ والعم وابن العم وابن الأخ وفي حمل ابن المعتق وأبيه وجهان ، فإن لم يكن للجاني عصابة ولا مولى ولا عصابة مولى ولا مولى مولى ، فإن كان مسلماً ، حملت عنه الدية في بيت المال ، لأنه لما نقل ماله إلى بيت المال إذا مات إرثاً حمل عنه بيت المال كالعصابة ، وإن كان كافراً لم يحمل عنه في بيت المال لأن مال بيت المال للمسلمين وليس هو منهم ، وإنما ينقل ماله إلى بيت المال إذا لم يكن له وارث .

وروى أن رجلاً من الأنصار قتل عام خيبر فوداه النبي صلى الله عليه وسلم من بيت المال ، وروى أن رجلاً قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم ، فأدى دية من بيت المال . (مسألة) لا يعتل العديد ، وهو الرجل الغريب الذى يدخل ويعد فيهم ، ويقال له دخيل ، ولا يحمل الحليف ، وهو أن يحالف الرجل الرجل على أن يتناصر على دفع الظلم ، كالمشتركين في الجمعيات والمساهمين في الشركات والمتنسبين للنقابات المهنية والحرفية والفتوية ؛ كل هؤلاء لا يعقل بعضهم على بعض . ولو اتفقوا على ذلك .

وهذا هو مذهب أحمد ووافقنا أبو حنيفة في العديد وخالفنا في الحليف إذا

لم يكن له قرابة من النسب فإنه يرث ويعقل ، وهل الهيئات الفئوية لها صفة بيت المال كما عرف عند الفقهاء أو ضعيفين من وصفها بالشخصية الاعتبارية ؟ خصوصاً في بلد لا توجد فيه حكومة إسلامية ؟

نقول : إذا كان المسلمون قلة في بلد كافر أو كانوا كثرة تحكمهم حكومة نصرانية أو يهودية أو إلحادية فإن لهم أن ينتظموا متكافلين وتعقل عنهم فتقهم كما لو كان لهم بيت مال ، كالمسلمين في تايلاند والفلبين وقبرص وفلسطين والحبشة ، أما أهل الديوان من غير العصابات فلا مدخل لهم في المعاقل ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك : إذا خرج الامام والناس وجعلهم فرقة تحت يد كل عريف فرقه ، فإذا جنى فانتمسب الى قبيلة وأمكن صدقه وصادقوه على ذلك ثبت نسبه منهم وعقلوا عنه .

فإن قال جماعة من الناس : سمعنا أنه ليس منهم وشهدوا بذلك لم ينتف نسبه منهم بذلك .

وقال مالك ينتفي نسبه ، وهذا غلط لأنه نفى محض فلم يزل به نسب حكم بثبوته فإن جاء آخر من غيرهم وقال هو ابني وولد على فراشي وأقام بيته على ذلك ثبت نسبه منه وانتفي نسبه من الأولين ، لأن البيته أقوى من مجرد الدعوى (فرع) إذا لم يكن للجاني عصابة من النسب ولا من يحمل من جهة الولاء ، وليس هناك بيت فهل يجب الدية في ماله ؟ فيه قولان بناء على أن الدية هل تجب على العاقلة ابتداء أو على الجاني ؟ ثم تحمل للعاقلة عنه ، وفيه قولان (أحدهما) أنها تجب الدية على العاقلة ابتداء ، لأنهم المطالبون بها ، فعلى هذا لا تجب في مال الجاني

(والثاني) أنها تجب على الجاني ابتداء ثم تتحملها العاقلة عنه لأنه هو المباشر للجناية ، فعلى هذا يجب أداء الدية من ماله ، فإذا قلنا بهذا وكان له أب وابن فهل يحملان ؟ فيه وجهان :

قال أبو علي الطبري : يحملان ويقدمان على الجاني ، لأننا إنما نحمل عليهما ابقاء على الجاني ، فإذا حمل الجاني كانا أولى بالحمل ، وقال الشيخ الإمام : يحتمل عندي أنه لا يجب عليهما الخ العبارة

وقوله : الشيخ الإمام حرس الله مدته ، يحتمل أنه يعني بهذا إمام الحرمين
 أبا المعالي المولود ثامن المحرم سنة ٤١٩ ، والمتوفى ليلة الأربعاء الخامس والعشرين
 من ربيع الآخر سنة ٤٧٨

فإذا عرفنا أن المصنف رحمه الله توفي سنة ٤٧٦ عرفنا أن الله استجاب دعاه
 إلا أنه يرد على هذا أن إمام الحرمين أصغر من المصنف بنحو ست وعشرين سنة
 فيبعد أن ينقل عنه بهذا الاحتفاء ، ولعله لم ترد في المهذب هذه العبارة إلا في هذا
 الموضوع إذ لم يفتبه إليها الإمام النووي رحمه الله ، وإلا أوضحها في خطبته العظيمة
 في مقدمة المجموع ، ويحتمل أن يكون مراده بالإمام حرس الله مدته شيخه
 القاضي أبا الطيب . وهذا هو الراجح عندي ، وقد ولد القاضي أبو الطيب بآمل
 سنة ٣٤٨ ، وتوفي ببغداد يوم السبت لعشر بقين من ربيع الأول سنة ٤٥٠ عن
 مائة سنة واثنين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يعقل مسلم عن كافر ، ولا كافر عن مسلم ، ولا ذمي عن
 حرابي ، ولا حرابي عن ذمي ، لأنه لا يرث بعضهم من بعض ، فإن رمى نصراني
 سهماً إلى صيد ثم أسلم ثم أصاب السهم إنساناً وقتله وجبت الدية في ماله ، لأنه
 لا يمكن إيجابها على عاقلته من النصارى ، لأنه وجد القتل وهو مسلم ، ولا يمكن
 إيجابها على عاقلته من المسلمين ، لأنه رمى وهو نصراني ، فإن قطع نصراني يد
 رجل ثم أسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصباته من النصارى دون المسلمين ،
 لأن الجنائية وجدت منه وهو نصراني ، ولهذا يجب بها القصاص ولا تسقط عنه
 بالاسلام ، وإن رمى مسلم سهماً إلى صيد ثم ارتد ثم أصاب السهم إنساناً فقتله
 وجبت الدية في ذمته ، لأنه لا يمكن إيجابها على عاقلته من المسلمين ، لأنه وجد
 القتل وهو مرتد ، ولا يمكن إيجابها على الكفار لأنه ليس منهم عاقلة يرثونه ،
 فوجبت في ذمته .

وإن جرح مسلم إنساناً ثم ارتد الجرح وبقي في الردة زماناً يسرى في مثله
 الجرح ثم أسلم ومات المجروح وجبت الدية ، وعلى من تجب ؟ فيه قولان

(أحدهما) تجب على عاقلته لأن الجناية في حال الاسلام وخروج الروح في حال الاسلام ، والعاقله تحمل ما يجب بالجنايتين في حال الاسلام فوجبت ديته عليها ، والقول الثاني : أنه يجب على العاقله نصف الدية ، ويجب في مال الجاني النصف ، لأنه وجد سراية في حال الاسلام وسراية في حال الردة ، فحملت ما سرى في حال الاسلام ولم تحمل ما سرى في الردة .

(فصل) ولا يعقل صبي ولا معتوه ولا امرأة لأن حمل الدية على سبيل النصرة ؛ بدلا عما كان في الجاهلية من النصرة بالسيف ، ولا نصرة في الصبي والمعتوه والمرأة ، ويعقل المريض والشيخ الكبير إذا لم يبلغ المريض حد الزمانة والشيخ حد الهرم ، لأنهما من أهل النصرة بالتدبير ، وقد قاتل عمار في محفة . وأما إذا بلغ الشيخ حد الهرم والمريض حد الزمانة ففيه وجهان بناء على القولين في قتلهما في الأسر ، فإن قلنا إنهما يقتلان في الأسر عقلا ، وإن قلنا لا يقتلان في الأسر لم يعقلا .

(الشرح) لا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم لأنهما لا يتوارثان ويعقل أهل الذمة بعضهم عن بعض إذا ثبت اتصال نسبهم إلى أب ، سواء كانوا على ملة واحدة كاليهودية ، أو على ملتين كاليهودية والنصرانية . وقال أبو حنيفة ولا يعقل ذمي عن ذمي ، دليلنا أنهم يتوارثون فتعاقلوا كالمسلمين ، ولا يعقل ذمي عن حرابي ولا حرابي عن ذمي وإن جمعتها ملة واحدة وأب واحد ، لأنهما لا يتوارثان فلم يتعاقلا كالأجنبيين ، فإن لم يكن للذمي عاقله من النسب وله مولى من أعلا حمل عنه إذا كان يرثه ، وكذلك إن كان له عصبة موال أو مولى مولى ، وهل يحمل عنه المولى من أسفل على القولين فيمن لم يكن له عاقله أو كان له عاقله ولا يقدر على جميع الدية فهل يجب في ماله ؟ على القولين في المسلم ، فإن قلنا يجب في ماله فهل يحمل عنه أبوه وابنه ؟ على الوجهين

(فرع) إذا رمى ذمي سهماً إلى غرض فأسلم ثم وقع السهم في إنسان فقتله وجبت الدية في ماله لأنه لا يمكن إيجابها على عاقلته من المسلمين ، لأن الرمي وجد منه وهو ذمي ، ولا يمكن إيجابها على عاقلته من أهل الذمة ، لأن الإصابة

وجدت وهو مسلم فلم يبق إلا إيجابها في ماله لأنه لا يمكن إيجابها على عاقلته من المسلمين، لأن الإصابة وجدت وهو مرتد، ولا يمكن إيجابها على عاقلته من الكفار لأنه لا عاقلة له منهم، فإن قطع ذمي بدرجل خطأ فأسلم الذمي ثم مات المقطوع من الجنابة قال أبو اسحاق المروزي: عقلت عنه عصباه من أهل الذمة دون المسلمين، لأن الجنابة وجدت وهو ذمي، ولهذا يجب بها القصاص ولا يسقط عنه بالاسلام.

وقال ابن الحداد: يجب على عاقلته من أهل الذمة أرش الجراحة لا غير، ولا تحمل ما زاد لأنه وجب بعد الاسلام، ويجب الزيادة في مال الجاني ولا تحمل عاقلته من المسلمين، لأن سببها كان في الكفر.

قال ابن الحداد: وإن جنى ذمي على رجل خطأ ثم أسلم الجاني ثم جنى على المجنى عليه جناية أخرى خطأ ومات من الجنائتين فإن على عاقلته من المسلمين نصف الدية. وعلى عاقلته من أهل الذمة أقل الامر من أرش الجنابه في حال الذمة أو نصف الدية، فإن كان نصف الدية أقل لزهم ذلك، وإن كان أرش الجنابة أقل لزهم قدر الارش وما زاد عليه إلى تمام نصف الدية يجب في مال الجاني، لأنه وجب بعد الاسلام، ولا فرق بين أن يجرحه في حال الذميمة جراحة أو بعد الاسلام جراحة واحدة، فإن الدية مقسومة على الحالين، فيجب على عاقلته من المسلمين نصف الدية وعلى عاقلته من أهل الذمة أقل الامر من نصف الدية وأرش الجراحة أو الجراحات في حال الذمة، فإن جرحه في حال الذمة خطأ ثم أسلم ثم قتله خطأ دخل الارش في دية النفس على المذهب فكانت الدية على عاقلته من المسلمين، وعلى قول أبي سعيد الاصطخري وأبي العباس ابن سريج لا يدخل فيكون أرش الجراحه على عاقلته من أهل الذمة ودية النفس على عاقلته من المسلمين.

وإن جرح مسلم لإنساناً خطأ ثم ارتد الجراح وبقى في الردة زماناً يسرى في مثله الجرح ثم أسلم ثم مات المجروح وجبت الدية، وعلى من يجب؟ فيه قولان (أحدهما) يجب على عاقلته، لأن الجراحه والموت وجداً في الاسلام. (والثاني) يجب على العاقله نصف الدية، وفي مال الجاني النصف لأنه وجد

سراية في حال الانسلام وسراية في حال الردة ، فحملت ما سرى في الاسلام ولم تحمل ما سرى في الردة .

قوله « ولا يعقل صبي ولا معتوه ولا امرأة ، الخ ، لجملة ذلك أنه إذا جنى الصبي أو المجنون أو المعتوه جنائية خطأ أو عمد خطأ أو عمد محضاً وقتلنا إن عمده خطأ فإن عاقلته تحمل عنه الدية لأن تحمل العاقلة للدية جعل بدلا عن التناصر في الجاهلية بالسيف ، وهو ممن لا تنصرهم عاقلتهم .

وان جنى أحد من عصابة الصبي والمجنون والمعتوه خطأ أو عمد خطأ لم يحمل الصبي والمجنون والمعتوه لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، وان جنت المرأة أو الخنثى المشكل خطأ أو عمد خطأ حملت عاقلتهما عنهما الدية ، وان جنى أحد من عصابهما لم يحملها عنه الدية لما ذكرناه في الصبي والمجنون ، فإن بان الخنثى رجلا يحمل العقل .

(فرع) ويحمل المريض اذا لم يبلغ الزمانة ، أى دوام المرض زمانا طويلا ، وكذلك الشيخ اذا لم يبلغ الهرم ، لأنها من أهل النصرة ، فإن بلغ الشيخ الهرم والشباب المريض الزمانة فهل يحملان الدية ؟

قال الشيخ المصنف : فيه وجهان بناء على القولين في تجاوز قتلها اذا أسرا وقال ابن أبي هريرة : ان كانت الزمانة من اليدين والرجلين لم يحملها . وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني : أنهما يحملان وجهها واحداً

قوله « وقد قاتل عمار على محفة ، فإن عمارا يقول : كنت تربا للنبي صلى الله عليه وسلم لسنة . وروى عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة قال : رأيت عمارا يوم صفين شيخ آدم طوال ، وان الحربة في يده لترعد . وعن ابن عمر قال « رأيت عماراً يوم البمامة على صخرة وقد أشرف يصيح يامعشر المسلمين أمن الجنة تفرون؟ هلموا اليّ ، وأنا أنظر الى أذنه قد قطعت فهي تذبذب وهو يقاتل أشد القتال ، وكلام المصنف صريح في أنه كان لا يستطيع الثبات والاستقرار على راحلته ، ولعله جاء من توهم بعض الرواة من أحسدات الشيوخوخة حيث قتل وعمره ثلاث وتسعون سنة ، بيد أن القضية التي ساقها المصنف يرد عليها مارواه الذهبي في سير أعلام النبلاء بسنده عن يحيى بن سعيد عن عمه قال « لما كان اليوم

الذى أصاب فيه عمار إذا رجا قد برز عن الصفين جسم على فرس جسم ،
ضخم على ضخم ينادى : يا عباد الله - بصوت موجه - روحوا إلى الجنة ،
ثلاث مرات ، الجنة تحت ظلال الأسفل ، فنار الناس فإذا هو عمار ، فلم
يلبث أن قتل

وروى ابن عبد البر في الاستيعاب عن الأعمش عن أبي عبد الرحمن السلمى
قال : شهدنا مع علي رضي الله عنه صفين ، فرأيت عمار بن ياسر لا يأخذ في
ناحية ولا واد من أودية صفين إلا رأيت أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يتبعونه
كأنه علم لهم ، وسمعت عماراً يقول يومئذ لهاشم بن عقبة : ياهاشم تقدم ، الجنة
تحت الأبارقة اليوم التي الأجابة ، محمداً وحزبه الخ

وروى الشعبي عن الأحنف بن قيس في خير صفين ، قال ثم حمل عمار فحمل
عليه ابن السكسكى وأبو الغادية الفزارى ، فأما أبو الغادية فطعنه ، وأما ابن جزء
فاحتز رأسه . فإذا عرفنا أن المحفة مركب من مراكب النساء كالهودج استبعدنا
صحة ما أثبتته المصنف هنا لما ذكرناه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يعقل فقير لأن حمل الدية على العاقلة مواساة والفقير ليس
من أهل المواساة ، ولهذا لا تجب عليه الزكاة ولا نفقة الأقارب ، ولأن العاقلة
تتحمل لدفع الضرر عن القتال ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجب على المتوسط
ربع دينار ، لأن المواساة لا تحمّل بأقل قليل ، ولا يمكن إيجاب الكثير ، لأن
فيه اضراً بالعاقلة ، فقدر أقل ما يؤخذ بربع دينار ، لأنه ليس في حد التافه .
والدليل عليه أنه تقطع فيه يد السارق ، وقد قالت عائشة رضي الله عنها يد
السارق لم تكن تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ،
ويجب على الغنى نصف دينار لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط
واحداً فقدر بنصف دينار ، لأنه أقل قدر يؤخذ من الغنى في الزكاة التي قصد بها
المواساة ، فيقدر ما يؤخذ من الغنى في الدية بذلك ، لأنه في معناه ، ويجب هذا
القدر في كل سنة لأنه حق يتعلق بالحال على سبيل المواساة فيكرر بتكرر الأحوال

كالزكاة . ومن أصحابنا من قال يجب ذلك القدر في الثلاث سنين ، لانا أو أوجبنا هذا القدر في كل سنة أجمع - به ، ويعتبر حاله في النقر والغنى والتوسط عند حلول النجم ، لأنه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة ، فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة ، فإن مات قبل حلول الحول لم يجب كما لا يجب الزكاة إذا مات قبل الحول ، وإن مات بعد الحول لم يسقط ما وجب كما لا يسقط ما وجب من الزكاة قبل الموت .

(فصل) وإذا أراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة قدم الأقرب فالأقرب من العصابات على ترتيبهم في الميراث ، لأنه حق يتعلق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث ، وإن كان فيهم من يدلى بالابوين وفيهم من يدلى بالاب ففيه قولان (أحدهما) أنهما سواء لتساويهما في قرابة الاب ، لأن الأم لا تدخل لها في النصرة وحمل الدية فلا يقدم بها (والثاني) يقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بالاب لأنه حق يستحق بالتعصيب ، فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بالاب كالميراث ، فإن أمكن أن يقسم ما يجب على الأقربين منهم لم يحمل على من بعدهم ، وإن لم يمكن أن يقسم على الأقربين لقله عددهم قسم ما فعل على من بعدهم على الترتيب ، فإن كان القتال من بني هاشم قسم عليهم ، فإن عجزوا دخل معهم بنو عبد مناف ، فإن عجزوا دخل معهم بنو قصي ، ثم كذلك حتى استوعب قريش ، ولا يدخل معهم غير قريش ، لأن غيرهم لا ينسب اليهم ، وإن غاب الأقربون في النسب وحضر الأبعدون ففيه قولان (أحدهما) يقدم الأقربون في النسب لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقربون في النسب كالميراث

(والثاني) يقدم الأقربون في الحضور على الأقربين في النسب ، لأن تحمل العاقلة على سبيل النصرة والحاضرون أحق بالنصرة من الغيب ، فعلى هذا إن كان القتال بمكة وبعض العاقلة بالمدينة وبعضهم بالشام قدم من بالمدينة على من بالشام لأنهم أقرب إلى القتال . إن استوت جماعة في النسب وبعضهم حضور وبعضهم غيب ففيه قولان (أحدهما) يقدم الحضور لأنهم أقرب إلى النصرة (والثاني) يسوى بين الجميع كما يسوى في الميراث . وإن كثرت العاقلة وقل

المال المستحق بالجناية بحيث إذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغنى دون نصف دينار ، ففيه قولان

(أحدهما) أن الحاكم يقسمه على من يرى منهم ، لأن في تقسيط القليل على الجميع مشقة .

(والثاني) وهو الصحيح أنه يقسم على الجميع لأنه حق يستحق بالتعصيب ، فقسم قليله وكثيره بين الجميع كالميراث .

(فصل) وإن جنى عبد على حر أو عبد جناية توجب المال تعلق المال برقبته لأنه لا يجوز إيجابه على المولى ، لأنه لم يوجد منه جناية ، ولا يجوز تأخيرها إلى أن يمتق ، لأنه يؤدي إلى إهدار الدماء فتعلق برقبته ، والمولى بالخيار بين أن يبيعه ويقضى حق الجناية من ثمنه وبين أن يفديه ، ولا يجب عليه تسليم العبد إلى المجنى عليه ، لأنه ليس من جنس حقه . وإن اختار بيعه فباعه — فإن كان الثمن بقدر مال الجناية — صرفه فيه ، وإن كان أكثر قضى ما عليه والباقي للمولى وإن كان أقل لم يلزم المولى ما بقي لأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة فإن اختار أن يفديه ففيه قولان

(أحدهما) يلزمه أن يفديه بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة العبد ، لأنه لا يلزمه ما زاد على واحد منهما

والقول الثاني : يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ أو يسلبه للبيع ، لأنه قد يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من قيمته ، فإذا امتنع من البيع لزمه الأرش بالغاً ما بلغ . وإن قتل عشرة أعبد لرجل عبداً لآخر عمداً فاقصص مولى المقتول من خمسة وعفا عن خمسة على المال تعلق برقبته نصف القيمة في رقبة كل واحد منهم عشرها ، لأنه قتل خمسة بنصف عبده ، وعفا عن خمسة على المال وبقي له النصف .

(الشرح) خبر عائشة رضی الله عنها سيأتي تخريجها في كتاب الحدود . أما أحكام هذه الفصول فإنه لا يحمل العقل من العاقلة إلا الغنى والمتوسط ، فأما الفقير — وهو من لا يملك ما يكفيه على الدوام — فإنه لا يحمل العقل ، وعلى

هذا أكثر أهل العلم ، وهذا قول مالك وأحمد وأصحاب الرأي وحكى بعضهم عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة كالغنى . والصحيح الأول لأن العاقلة إنما تحمل الدية عن القاتل على طريق الرفق والمواساة ، والفقير ليس من أهل المواساة ، ولأن الدية إنما نقلت إلى العاقلة تخفيفا عن القاتل لئلا يحذف بماله ، فلو أوجبنا ذلك على الفقير لدفعنا الضرر عن القاتل وألحقناه بالفقير ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجب على المتوسط ربع دينار مثقال لأنه لا يمكن إيجاب التكسر عليه لئلا يحجب به فقير ما يؤخذ منه بربع دينار ، لأنه ليس في حد التافه . وهذا إحدى الروايتين عن أحمد لأن اليد لا تقطع في الشيء التافه ، على ما ورد في قول عائشه

وقد ثبت أن اليد لا تقطع بدون ربع دينار ، فإذا كان الدينار نحو خمسة عشر جراماً وكان الجرام من عيار ٢١ يساوى ٩٠ قرشاً كان ربع الدينار يساوى ثلاثة جنيهات مصرية وثلاثاً أو نحو عشرة دولارات أو ما يقابلها من عملات ونقود ، ويجب على الغنى نصف دينار ، لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحداً فقير ما يؤخذ من الغنى بنصف دينار لأنه أول قدر يؤخذ منه في زكاة الذهب .

إذا ثبت هذا فهل يجب هذا القدر على المتوسط والغنى مقسوماً على الثلاث سنين أو يجب هذا القدر في كل سنة من الثلاث سنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) أن هذا القدر يجب مقسوماً في ثلاث سنين لا غير ، فعلى هذا لا يجب على المتوسط أكثر من ربع دينار في كل سنة نصف سدس دينار ، ويجب على الغنى نصف دينار في ثلاث سنين ، في كل سنة سدس دينار ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : يحمل من كثر ماله نصف دينار ، وهذا يقتضى أن هذا جميع ما يحمله ، ولأن إيجاب ما زاد على ذلك عليه يجحف به (والثانى) وهو الأصح أن هذا القدر يجب في كل سنة من الثلاث سنين ، فيكون جميع ما يجب على المتوسط في الثلاث سنين ثلاثة أرباع دينار ، وجميع ما يجب على الغنى في الثلاث سنين دينار أو نصف ، لأن الشافعى رحمه الله قال :

يحمل الغنى نصف دينار والمتوسط ربع دينار حتى يشترك النفر في بعير . وظاهر هذا أنهم يحملون هذا القدر كل سنة من الثلاث ، ولأنه حق يتعلق بالحوال على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الأحوال كالزكاة .

إذا ثبت هذا فإن الجماعة من العاقلة يشتركون في شراء بعير ، لأن الواجب عليهم الإبل لا الدنانير . هذا مذهبنا

وقال مالك وأحمد : يحملون قدر ما يطيقون ، فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدرأ يسهل ولا يؤذى ، لأن التوقيت لا يثبت إلا بتوقيف ، ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات . وعن أحمد رواية أخرى كذهبنا .

وقال أبو حنيفة : الفقير والمتوسط والغنى سواء ، فأكثر ما يحمله الواحد منهم أربعة دراهم وأقله ليس له حد . واختار ابن قدامة من مجتهدى الحنابلة استواءهم في الواجب كاستوائهم في القرابة فكانوا سواء كانوا قلوبا وكالميراث . دليلنا أنه حق مخرج على وجه المواساة فاختلف بكثرة المال وقلته كالزكاة ، ويعتبر حال كل واحد منهم في البلوغ والعقل واليسار والاعسار والتوسط عند حلول الحول كما يعتبر النصاب في آخر الحول . فإن كان معسرأ عند حلول الحول لم يجب عليه شيء ، فإن أيسر بعد ذلك لم يجب عليه شيء من الثلث الواجب قبل يساره فإن كان موسرأ عند حلول الحول الثاني وجب عليه ، وإن كان معسرأ عند حلول الحول فأعسر قبل دفع ما عليه كان دينأ في ذمته إلى أن يوسر ، لأنه قد وجب عليه ، وإن مات واحد منهم بعد الحول وهو موسر لم يسقط عنه ، بل يجب قضاؤه من تركته .

وقال أبو حنيفة : يسقط ، دليلنا أنه مال استقر وجوبه في حال الحياة ، فلم يسقط بالموت كالدين .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه « ومعرفة العاقله أن ينظر إلى إخوته لآبيه وأمه فيحملهم ، وجملة ذلك أن الحاكم إذا أراد قسمة العقل فإنه يبدأ بالاخوة للأب والأم وللأب ، لأنهم أقرب العاقله ، فيؤخذ من الغنى منهم

نصف دينار ، ومن المتوسط ربع دينار ، فإن وفي ذلك ثلث الدية لم يحمل على من بعدهم ، وإن لم ينف حمل على بنى الاخوة وإن سفلوا ، فإن لم ينف ذلك حمل على الاعمام ، فإن لم ينف ذلك حمل على بنى الاعمام إلى أن يستوعب جميع القبيل الذى يتصل أبو الجاني بأبيهم ، فإن لم ينف ما حمل عليهم بثلث الدية حمل عنه المولى ومن أدلى به ، فإن لم ينف ما حمل عليهم بثلث الدية حملت تمام الفلث في بيت المسال ، وعلى هذا في الحول الثاني والثالث ، وبما ذكرناه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لأن النبي (ص) جعل دية المقتولة على عصابة القتاله

دليلا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث ، والخبر لا حجة فيه ، لأننا تقسمه على الجماعة إذا لم ينف به الأقرب فنحمله على ذلك .

إذا ثبت هذا واجتمع في درجة واحدة ابنان ، أحدهما يدلى بالآب والام والآخر بالاب لا غير ، كأخوين أو ابني أخ أو عمين أو ابني عم فقيه قولان . قال في القديم : هما سواء لأنهما متساويان في قرابة الاب وأما الام فلا مدخل لها في النصرة وحمل العقل فلم يرجح بها

وقال في الجديد : يقدم من يدلى بالاب والام لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه من يدلى بالابوين على من يدلى بأحدهما كالميراث . وعند أحمد وجهان كقولين آنفاً ، فإذا اجتمع جماعة من العاقلة في درجة واحدة ، فكان الارش الواحد بحيث إذا قسم عليهم خص الغني منهم دون نصف دينار ، والمتوسط منهم دون ربع دينار فقيه قولان :

(أحدهما) يقسط عليهم على عددهم لأنهم استووا في الدرجة والتعصيب ، فقسم المال بينهم على عددهم كالميراث

(والثاني) يخص به الحاكم من رأى منهم لأنه ربما كان العقل قليلا يخص كل واحد منهم فلساً أو مليم . وفي تقسيط ذلك سفه

(فرع) إذا كان جميع العاقلة حضوراً في بلد القاتل فإن الحاكم يقسم الدية عليهم على ما مضى ، وإن كانوا كلهم غائبين عن بلد القاتل وهم في بلد واحد ،

فإن حاكم البلد الذى فيه القتال إذا ثبت عنده القتل يكتب لى حاكم البلد الذى فيه العاقلة ليقسم الدية عليهم ، فإن كان بعض العاقلة حضور آنى بلد القتال وبعضهم غائباً عنه فى بلد آخر نظرت — فإن حضر معه الاقربون اليه ، وأمكن أن يحمل ثلث الدية على الأقربين — لم يحمل على من بعدهم ، وإن لم يكن حمل ثلث الدية على الأقربين حمل على من بعدهم ، وإن كانوا غائبين ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة . وإن كان جماعة من العاقلة فى درجة واحدة وبعضهم حاضر فى بلد القتال وبعضهم غائب عنه فى بلد آخر ، فإن لم يكن فى الحضور سعة لاستغراق الدية ففيه قولان

(أحدهما) أن الحاكم يقسم الدية على الحاضرين دون الغائبين ، وهو قول مالك رضى الله عنه .

(والثانى) تقسم الدية على الجميع ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، فإن حضر معه الأبعادون وغاب الاقربون ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق والمسعودى هى على القولين فى التى قبلها ، وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا يقدم الاقربون قولاً واحداً ، لأنه مبنى على التعصيب ، وكل من قرب كان أولى كالميراث .

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقدم نجم الا بعد حلوله وجملة ذلك أن الدية اذا وجبت على العاقلة — فإن كانت الابل موجودة معهم أو فى بلدهم بشمن مثلها عند الحول وجب عليهم أن يجمعوا ما وجب على كل واحد منهم ويشتروا به ابلا — فإن كانت معدومة أو موجودة بأكثر من ثمن مثلها انتقلوا الى بدلها ، وبدلها فى قوله القديم اثنا عشر ألف درهم أو ألف مثقال ، وفى قوله الجديد قيمتها ، فاذا قلنا : تجب قيمتها فانها تقوّم عليهم عند حلول الحول أقل لابل لو بذأوها لزم اولى قبول ذلك ، فإن أخذ اولى القيمة ثم وجدت الابل لم يكن له المطالبة بالابل ، لأن الذمة قد برئت بالقبض ، وإن قوّم الابل ثم وجدت الابل قبل قبض القيمة كان للولى أن يطالب بالابل ، لأن حقه فى الابل لم يسقط بالتقويم ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب اختلاف الجاني وولى الدم)

إذا قُتل رجلاً ثم ادعى أن المقتول كان عبداً ، وقال اولى بل كان حراً ، فالمنصوص أن القول قول اولى مع يمينه ، وقال فيمن قذف امرأة ثم ادعى أنها أمة أن القول قول القاذف ، فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين . أحدهما أن القول قول الجاني والقاذف ، لأن ما يدعيان محتمل ، لأن الدار تجمع الاحرار والعبيد ، والاصل فيه حمى الظهر وحسن الدم . والثاني أن العول قول ولى المجنى عليه والمقذوف ، لأن الظاهر من الدار الحرية ، ولهذا لو وجد في الدار لقيط حكم بحريته

ومن أصحابنا من قال القول في الجناية قول الولى ، والقول في القذف قول القاذف ، والفرق بينهما أنا اذا جعلنا القول قول القاذف أسقطنا حد القذف وأوجبنا التعزير فيحصل به الردع ، واذا جعلنا القول قول الجاني سقط القصاص ولم يبق ما يقع به الودع .

(فصل) اذا وجب له القصاص في موضحة فاقصص في أكثر من حقه أو وجب له القصاص في أصبع فاقصص في أصبعين وادعى أنه أخطأ في ذلك وادعى المستفاد منه أنه تعمد ، فالقول قول المقتصص مع يمينه ، لانه أعرف بفعله وقصده وما يدعيه يجوز الخطأ في مثله فقبل قوله فيه .

وان قال المقتصص منه ان هذه الزيادة حصلت باضطرابه وأنكره المستفاد منه فقيه وجهان (أحدهما) أن القول قول المقتصص ، لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل براءة الذمة (والثاني) أن القول قول المستفاد منه لان الاصل عدم الاضطراب .

(فصل) اذا اشترك ثلاثة في جرح رجل ومات المجرع ثم ادعى أحدهم أن جراحته اندمجت وأنكر الآخران وصدق الولى المدعى فظرت — فان أراد القصاص — قبل تصديقه ، ولم يجب على المدعى الا ضمان الجراحة ، لانه

لا ضرر على الآخرين لان القصاص يجب عليهما في الحالين، وان أراد أن يأخذ الدية لم يقبل تصديقه لأنه يدخل الضرر على الآخرين، لأنه إذا حصل القتل من الثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية، وإذا حصل من جراحهما وجب على كل واحد منهما نصف الدية، والأصل براءة ذمتها بما زاد على الثلث (فصل) إذا قد رجلا ملفوفاً في كساء ثم ادعى أنه قدّه وهو ميت . وقال

الولى بل كان حياً ففيه قولان

(أحدهما) أن القول قول الجاني لأن ما يدعيه محتمل، والأصل براءة ذمته (والثاني) أن القول قول الولى، لأن الأصل حيائه وكونه مضموناً، فصار كما لو قتل مسلماً وادعى أنه كان مرتداً

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أن رجلا ادعى أن رجلا قتل أباه عمداً بما فيه القود وأقر المدعى عليه أنه قتله خطأ، فالقتل خطأ والدية عليه في ثلاث سنين بعد أن يحلف ما قتله إلا خطأ، فإن نكل حلف المدعى لقتله عمداً وكان له القود، وهكذا إن أقر أنه قتله عمداً بالشئ الذى إذا قتله به لم يقدر منه، ولو ادعى رجل على رجل أنه قتل أباه وحده خطأ فأقر المدعى عليه أنه قتله عمداً بالشئ الذى إذا قتله به لم يقدر منه :

ولو ادعى رجل على رجل أنه قتل أباه وحده خطأ، فأقر المدعى عليه أنه قتله هو وغيره معه، كان القول قول المقر مع يمينه ولم يغرم إلا نصف الدية، ولا يصدق على الذى زعم أنه قتله معه

ولو قال قتلته وحدى عمداً وأنا مغلوب على عقلى بمرض — فإن علم أنه كان مريضاً مغلوباً على عقله — قبل قوله مع يمينه، وإن لم يعلم ذلك فعليه القود بعد أن يحلف ولى الدم لقتله غير مغلوب على عقله، وهكذا لو قامت بينة بأنه قتله فقال قتلته وأنا مغلوب على عقلى اهـ

وجه ذلك أنه إذا قال الجاني قتلته وأنا صبي، وقال الولى بل قتلته وأنت بالغ ولا بينة فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الأصل فيه الصغر . وإن قال القاتل : قتلته وأنا مجنون، وقال الولى بل قتلته وأنت عاقل — فإن لم يعرف له حال

جنون - فالقول قول الولي مع يمينه ، لأن الاصل عدم الجنون . وان عرف له حال جنون ولم يعلم أنه قتله في حال الجنون أو في حال العقل ، فالقول قول الجاني مع يمينه لأنه أعرف بحاله ، والاصل براءة ذمته بما يُدعى عليه وحكى ابن الصباغ وجهاً آخر أن القول قول الولي مع يمينه ، لأن الاصل السلامة والأول أصح ، فإن أقام الولي شاهدين أنه قتله وهو عاقل وأقام القاتل شاهدين أنه قتله وهو مجنون تعارضت البيّنات وسقطنا . وان اتفق الجاني والولي أنه قتله وهو زائل العقل لكن اختلفا بما زال به عقله ، فقال الجاني زال بالجنون . وقال الولي بل زال بالسكر ، وقلنا يجب القصاص على السكران ، فالقول قول الجاني لأنه أعرف بحاله لأن الاصل عدم وجوب القصاص عليه .

إذا ثبت هذا فإنه إذا وجد القصاص في أصعب فقطع له أصبعين ، وقال المقتص أخطأت . وقال المقتص منه بل تعدت فالقول قول المقتص مع يمينه لأنه أعلم بفعله . وان قال المقتص حصلت الزيادة باضطراب الجاني . وقال الجاني : بل قطعها عاماً ففيه وجهان (أحدهما) القول قول الجاني لأن الاصل عدم الاضطراب (والثاني) القول قول المقتص لأن الاصل براءة ذمته من الضمان (فرع) وان جرح ثلاثة رجلا ومات ، فقال أحدهما اندمكت جراحتي ثم مات من جراحة الآخرين أو صدقه الولي وكذبه الآخر ، فإن كانت الجنايات موجبة للقصاص فأراد الولي القصاص لم يؤثر تكذيب الآخرين ، لأن القصاص يجب عليهما بكل حال ، وان عفا الولي عن القصاص الى الدية أو كانت الجنايات غير موجبة للقصاص قبل تصديق الولي في حق نفسه دون الآخرين ، لان عليهما في ذلك ضرراً ، الا أنه اذا مات من جراحة ثلاث وجب على كل واحد منهم ثلث الدية ؛ واذا مات من جراحة اثنين وجب على كل واحد منهم نصف الدية وان قُدَّ رجلا مملوفاً ، فقال الضارب : كان ميتاً ، وقال الولي بل كان حياً ففيه قولان :

(أحدهما) القول قول الجاني ، لان الاصل براءة ذمته (والثاني) القول قول الولي ، لان الاصل فيه الحياة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جنى على عضو ثم اختلفا في سلامته فادعى الجاني أنه جنى عليه وهو أشل ، وادعى المجنى عليه أنه جنى عليه وهو سليم ، فقد اختلف أصحابنا فيه . فمنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أن القول قول الجاني ، لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل ، والأصل براءة ذمته (والثاني) أن القول قول المجنى عليه لأن الأصل سلامة العضو ، ومنهم من قال القول في الأعضاء الظاهرة قول الجاني ، وفي الأعضاء الباطنة القول قول المجنى عليه ، لأنه لا يتعذر عليه إقامة البينة على السلامة في الأعضاء الظاهرة . فكان القول قول الجاني ، ويتعذر عليه إقامة البينة في الأعضاء الباطنة ، والأصل السلامة فكان القول قول المجنى عليه ولهذا علق طلاق امرأته على ولادتها ، فقالت ولدت لم يقبل قولها ، لأنه يمكن إقامة البينة على الولادة .

ولو علق طلاقها على حيضها فقالت حضت قبل قولها لأنه يتعذر إقامة البينة على حيضها ، فإن انفقا على سلامة العضو الظاهر وادعى الجاني أنه طرأ عليه الشلل وأنكر المجنى عليه ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول الجاني ، لأنه لا يتعذر إقامة البينة على سلامته . (والثاني) أن القول قول المجنى عليه ، لأنه قد ثبتت سلامته فلا يزال عنه حتى يثبت الشلل .

(فصل) إذا أوضح رأس رجل موضحين بينهما حاجز ثم زال الحاجز ، فقال الجاني تأكل ما بينهما بسرابة فعلى فلا يلزمي إلا أرش موضحة ، وقال المجنى عليه أنا خرقت ما بينهما فعليك أرش موضحين ، فالقول قول المجنى عليه ، لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل ، والأصل بقاء الموضحين ووجوب الارشين ، وإن أوضح رأسه فقال الجاني أوضحته موضحة واحدة ، وقال المجنى عليه أوضحتي موضحتين وأنا خرقت ما بينهما ، فالقول قول الجاني لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل ، والأصل براءة الذمة .

(الشرح) إذا قطع رجل عضواً من رجل ثم اختلفا ، فقال الجاني قطعه وهو أشل وقال المجنى عليه قطعه وهو سليم ، فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان (أحدهما) القول قول الجاني ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن الاصل براءة ذمته من الضمان (والثاني) القول قول المجنى عليه ، وهو قول أحمد ، لأن الاصل سلامته من الشلل .

ومنهم من قال ان كان اختلافهما في الاعضاء الظاهرة كاليد والرجل وما أشبههما فالقول قول الجاني ، وان كان اختلافهما في الاعضاء الباطنة كالذكر والانثيين ، فالقول قول المجنى عليه لأن الاعضاء الظاهرة يمكن المجنى عليه إقامة البينة على سلامتها فلم يقبل قوله في سلامتها والباطنة لا يمكن إقامة البينة على سلامتها فقبل قوله في سلامتها قلنا فيمن علمت طلاق امرأته على دخول الدار فإنه لا يقبل قولها ، فلو علمت طلاقها على حياضها قبل قولها ، فإذا قلنا القول قول الجاني في الاعضاء الظاهرة ، وإنما لا يكون ذلك اذا لم يقر الجاني أن المجنى عليه كان صحيحاً

فأما اذا أقر أنه كان صحيحاً ثم ادعى أن علمته الشلل وجنى عليه وهو أشل ، وقال المجنى عليه بل كان صحيحاً وقت الجنابة ففيه قولان (أحدهما) القول قول الجاني مع يمينه ، لأن البينة لا تتعذر على المجنى عليه على سلامته فلم يقبل قوله في سلامته .

(والثاني) القول قول الجاني ، فأراد المجنى عليه لانهما قد اتفقا على سلامته قبل الجنابة ، والاصل بقاء سلامتها ، ومتى قلنا القول قول المجنى عليه لانهما قد اتفقا على سلامته قبل الجنابة والاصل بقاء سلامتها ، ومتى قلنا القول الجاني فأراد المجنى عليه إقامة البينة على سلامة العضو والمجنى عليه نظرت فإن شهدت أن الجاني جنى عليه وهو سليم قبلنا ، وان شهدت عليه أنه كان سليماً قبل الجنابة . فإن قلنا ان الجاني اذا أقر سلامته قبل الجنابة أن القول قوله لم تقبل هذه البينة . وان قلنا هناك القول قول المجنى عليه قبلت لأن المجنى عليه يحتاج أن يختلف معها لجواز أن يكون قد حدث لها شلل بعد الشهادة وقبل الجنابة . قوله اذا أوضح رأس رجل موضحين الخ ، فإنه حدث هذا ثم زال الموضحين بين الموضحين ، فقال الجاني تأكل ما بينهما بجنابتي فلا يلزمي الا أرش موضحة ،

وقال المجنى عليه بل أو ضخته موضحتين ، وأنا خرقت ما بينهما فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الاصل براءة ذمته مما زاد على أرش موضحة .
 وإن قطع أصبعه ثم زال كفه فقال المجنى عليه سرى القطع اليه ، وقال الجاني لم يسر اليه القطع ، وإنما زال سبب آخر ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الاصل عدم السراية . فأما إذا داوى المجنى عليه موضع القطع ، فقال الجاني تأكلت بالدواء ، وقال المجنى عليه تأكلت بالقطع ستل أهل الخبرة بذلك الدواء فإن قالوا إنه يأكل اللحم الميت والحى ، فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الظاهر انه تأكل ، وإن قالوا انه يأكل للميت دون الحى فالقول قول المجنى عليه مع يمينه فإن لم يعرف ذلك فالقول قول المجنى عليه مع يمينه ، لأنه أعلم بصفة الدواء ، ولأن الظاهر أنه لا يداوى الجرح بما يضره ويزيد فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قطع رجل يدي رجل ورجليه ومات واختلف الجاني والولى فقال الجاني مات من سراية الجنائيتين فعلى دية واحدة . وقال الولي بل اندملت الجنائيتان ثم مات فعليك ديتان ، فإن كان قد مضى زمان يمكن فيه اندمال الجرححتين ، فالقول قول الولي ، لأن الاصل وجوب الديتين ، وان لم يمض زمان يمكن فيه الاندمال ، فالقول قول الجاني لأن ما يدعيه الولي غير محتمل ، وان اختلفا في المدة فقال اولى مضت مدة يمكن فيها الاندمال ، وقال الجاني لم يمض فالقول قول الجاني لان الاصل عدم المدة

(فصل) وان قطع يد رجل ومات فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك الدية ، وقال الجاني اندملت جنائيتي ومات بسبب آخر فعلى نصف الدية نظرت فإن لم تمض مدة يمكن فيها الاندمال ، فالقول قول الولي ، لان الظاهر أنه مات من سراية الجنائية ، ويختلف على ذلك لجواز أن يكون قتله آخر ، أو شرب سماً فمات منه ، وان مضت مدة يمكن فيها الاندمال ثم مات ، فإن كان مع الولي بينة أنه لم يزل متألماً ضمناً الى أن مات فالقول قوله مع يمينه ، لان الظاهر أنه مات من الجنائية ، وان لم يكن معه بينة على ذلك فالقول قول الجاني ، لان ما يدعيه

كل واحد منهما ممكن ، والاصل براءة ذمة الجاني بما زاد على نصف الدية .
 (فصل) وان قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولي والجاني ، فقال الجاني
 شرب سماً أو جنى عليه آخر بعد جنائتي فلا يجب على الا نصف الدية . وقال
 الولي مات من سرية جنائتك فعليك الدية فليس فيها نص ، ويحتمل أن يكون
 القول قول الولي ، لان الاصل حصول جنائته وعدم غيرها ، ويحتمل أن يكون
 القول قول الجاني ، لانه يحتمل ما يدعيه والاصل براءة ذمته

(الشرح) اذا قطع رجل يدي رجل ورجليه ومات المجنى عليه ، فقال الجاني
 مات من الجنابة فلا يلزمي الا دية واحدة ، وقال الولي بل اندمل الجرحان ثم
 مات بسبب آخر فعليك ديتان — فان كان بين الجنائتين والموت زمان لا يمكن
 أن تندمل فيه الجراحات — فالقول قول الجاني بلا يمين ، لانا قد علمنا صدقه
 وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد الاسفراييني قال في التعليق يخلف مع ذلك
 اجواز أن يكون مات بحادث آخر كلذع الحية والعقرب

وقال ابن الصباغ ، والاول أولى ، لان الولي ما ادعى ذلك ، وانما ادعى
 الاندمال وقد علم كذبه ، فأما اذا ادعى أنه مات بسبب آخر حلفنا الجاني
 لإمكانه ، وان كان بينهما زمان لا تبقى اليه الجراحات غير مندملة كالسنتين الكثيرة
 فالقول قول الولي بلا يمين . وان كان بينهما زمان يمكن أن تندمل فيه الجراحات
 ويمكن ألا تندمل فيه ، فالقول قول الولي فيه مع يمينه ، لان الديتين قد وجبتا
 بالقطع وشك في سقوط احدهما بالاندمال ، والاصل بقاءهما . فان أقام الجاني
 بيته أنه لم يزل ضمنا من حين الجراحة الى أن مات فالقول قوله مع يمينه ، ولا
 يجب عليه الا دية ، لان الظاهر أنه مات من الجنائتين ، وان اختلفا فيما مضى
 مدة يندمل في مثلها الجراحات فالقول قول الجاني مع يمينه ، لان الاصل
 عدم مضيها .

وان كان بينهما زمان لا تندمل في مثله الجراحات وادعى الولي أنه مات
 بسبب آخر ، بأن قال ذبح نفسه أو ذبحه آخر ، وقال للجاني بل مات من سرية
 الجنابة فبها وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي الطبري أن القول قول الولي

مع يمينه لأن الأصل بقاء اليمينين ، وإن قطع يده ثم مات فقال الولى : مات من سراية الجنابة فعليك الدية . وقال الجانى بل اندمكت الجنابة ثم مات بسبب آخر فلا يلزمى م سراية الجنابة ، وهل يحلف على ذلك ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يحلف لجواز أن يكون قتله آخر وشرب سماً فمات منه (والثانى) لا يحلف كما قال ابن الصباغ فى التى قبلها ، لأننا قد علمنا كذب الجانى ، ولأنه لم يدع فى ذلك ، وإنما ادعى الاندمال ، وإن كان قد مضى من الزمان ما تندمل فى مثله الجراحات - فإن كان مع الولى يئنة أنه لم يزل ضمناً من حين الجنابة إلى الموت فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الظاهر أنه مات بذلك ، وإن لم يكن مع يئنة على ذلك فالقول قول الجانى ، وهل يلزمه اليمين ؟ يحتمل الوجهين فى التى قبلها .

وإن مضى زمان يمكن أن يندمل فى مثله الجراحات ويمكن ألا يندمل ، فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل برامة ذمته بما زاد على نصف الدية ، وإن قلع يده ومات فى زمان لا تندمل فيه الجراحات فقال الولى مات من سراية الجنابة فعليك الدية . وقال الجانى : بل شرب سماً فمات منه أو قتله آخر ففيه وجهان كالتى قبلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان جنى عليه جنابة ذهب بها ضوء العين ، وقال أهل الخبرة : يرجى عود البصر فمات ، واختلف الولى والجانى ، فقال الجانى عاد الضوء ثم مات ، وقال الولى لم يعد فالقول قول الولى مع يمينه ، لأن الأصل ذهاب الضوء وعدم العود ، وإن حتى على عينه فذهب الضوء ثم جاء آخر فقلع العين واختلف الجنانين ، فقال الاول عاد الضوء ثم قلعت أنت فعليك الدية ، وقال الثانى قلعت ولم يعد الضوء فعلى حكومة وعليك الدية ، فالقول قول الثانى لأن الأصل عدم العود ، فإن صدق المجنى عليه الاول قبل قوله فى ابراء الاول لأنه يسقط عنه حقاً له ، ولا يقبل قوله على الثانى ، لأنه يوجب عليه حقاً له ، والأصل عدمه (فصل) اذا جنى على رجل جنابة فادعى المجنى عليه أنه ذهب سمعه وأنكر

الجاني امتحن في أوقات غفلاته بالصباح مرة بعد مرة ، فإن ظهر منه أمارات السماع فالقول قول الجاني لأن الظاهر يشهد له ولا يقبل قوله من غير يمين لأنه يحتمل أن يكون ما ظهر من أمارة السماع اتفاقاً ، وإن لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجنى عليه لأن الظاهر معه ولا يقبل قوله في ذلك من غير يمين ، لجواز أن يكون ما ظهر من عدم السماع لجودة تحفظه ، وإن ادعى نقصان السمع فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة عليه ولا يعرف ذلك إلا من جهة وما يدعيه محتمل فقبل قوله مع يمينه كما يقبل قول المرأة في الحيض ، وإن ادعى ذهاب السمع من إحدى الأذنين سد التي لم يذهب السمع منها ثم امتحن بالصباح في أوقات غفلاته ، فإن ظهر منه أمارة السماع فالقول قول الجاني مع يمينه ، وإن لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لما ذكرناه

(فصل) وإن ادعى المجنى عليه ذهاب شمه وأنكر الجاني ، امتحن في أوقات غفلاته بالروائح الطيبة والروائح المنتنة ، فإن كان لا يرتاح إلى الروائح الطيبة ولا تظهر منه كراهية الروائح المنتنة فالقول قوله لأن الظاهر معه ويحلف عليه لجواز أن يكون قد تصنع لذلك ، وإن ارتاح إلى الروائح الطيبة وظهرت منه الكراهية للروائح المنتنة فالقول قول الجاني ، لأن الظاهر يشهد له ويحلف على ذلك لجواز أن يكون ما ظهر من المجنى عليه من الارتياح والتسكّر اتفاقاً وإن حلف المجنى عليه على ذهاب شمه ثم غطى أنفه عند رائحة منتنة ، فادعى الجاني أنه غطاه لبقاء شمه ، وادعى المجنى عليه أنه غطاه لحاجة أو لعادة ، فالقول قول المجنى عليه ، لأنه يحتمل ما يدعيه

(فصل) وإن كسر صلب رجل فادعى المجنى عليه أنه ذهب جهاه فالقول قوله مع يمينه لأن ما يدعيه محتمل ؟ ولا يعرف ذلك إلا من جهة فقبل قوله مع يمينه كالمرأة في دعوى الحيض

(الشرح) إذا جنى على عين رجل ثم اختلفا - فقال الجاني : جنيت عليها وهو لا يبصر بها ، وقال المجنى عليه بل كنت أبصر بها نظرت ، فإن قال الجاني جنيت عليها عمياء لا يبصر بها ، فالقول قول الجاني مع يمينه لأنه لا يتعذر على

المجنى عليه إقامة البينة على أنه كان يبصر بها ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، لانه لا يتعذر على المجنى عليه إقامة البينة على أنه كان يبصر بها . وإن قال الجاني : قد كان يبصر بها ولكن طرأ عليها العمى قبل الجناية فقيه قولان كما قلنا في الجناية إذا أقر بسمحة العضو ثم ادعى أن الشلل طرأ عليه قبل الجناية . وإذا أراد المجنى عليه أن يقيم البينة إن كان يبصر بها فيكفي الشاهدين أن شهدا أنه كان يبصر بها ، ويسوغ لهما أن يشهدا بذلك إذا رآياه يبصر الشخص ويتبعه في النظر كلما عطف الشخص وجهه أتبعه البصر أو يتوقى البئر إذا أتاها أو يغمض عينه إذا جاء إنسان يلبسها ، لأن الظاهر من فعل هذا أنه يبصر ، ويدهها أن يشهدا على سلامة اليد إذا رآياه يرفع بها ويضع ، وليس للحاكم أن يسألها عن الجهة التي تحملها الشهادة على ذلك ، كما ليس له أن يسألها إذا شهدا للرجل بملك عين عن الجهة التي علما بها ملكه

(فرع) وإن جنى على عين رجل فذهب ضوءها وقال أهل الخبرة انه يرجى عوده إلى مدة فمات المجنى عليه وادعى الجاني أن ضوءها قد عاد قبل موته . وقال الولي لم يعد فالقول قول الولي مع يمينه لأن الاصل عدم العود فيحلف أنه لا يعلم أن ضوء عين مورثه قد عاد ، لانه يحلف على نفي فعل غيره ، وإن جنى على عين رجل جنانية ذهب بها ضوء عينه وبقيت الحدقة ثم جاء آخر وقلع الحدقة فادعى الجاني الاول أن الثاني قلع الحدقة بعد أن عاد ضوءها . وقال الجاني الثاني قلعتها قبل عود ضوءها — فإن صدق المجنى عليه للجاني الاول قبل تصديقه في حق الاول ، لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه عنه ولا يقبل قوله على الثاني ، لأن ذلك يوجب الضمان عليه . والاصل براءة ذمته من الضمان فيحالف الثاني أنه قلعها قبل أن عاد ضوءها ولا يلزمه الا الحكومة

قوله فادعى المجنى عليه أنه ذهب سماعه الخ ، لجملة ذلك أنه إذا جنى على أذنه جنانية وادعى المجنى عليه أنه ذهب سماعه وكذبه الجاني — فإن المجنى عليه يراعى أمره في وقت نفيته ، فإن كان يضطرب عند صوت الرعد ، وإذا صبح به وهو عاقل أجاب أو اضطرب أو ظهر منه شيء يدل على أنه سامع ، فالقول قول الجاني لأن الظاهر أنه لم يذهب سماعه ، ويحلف الجاني أنه لم يذهب سماعه لجواز أن

يكون ماظهر منه اتفاقاً إلا أنه يسمع وان كان لا يضطرب له صوت الرعد ولا يجيب اذا صيح به مع غفلة ولا يضطرب لذلك فالقول قول المجنى عليه لأن الظاهر أنه لا يسمع ، ويحلف أنه قد ذهب سماعه ، اجواز أن يكون قد تصعق لذلك ، فإن ادعى أنه ذهب سماعه في احدى الاذنين دون الاخرى سدت الصحيحة وأطلقت العملية وامتنح في أوقات غفلاته على ما ذكرناه . وان ادعى أنه نقص سماعه بالجناية ولم يذهب فالقول قوله مع يمينه في قدر نقصه لأنه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهته .

(فرع) اذا جنى على أنفه جناية فادعى المجنى عليه أنه ذهب بها شبهه وأنكر الجاني أنه لم يذهب شبهه قربت اليه الروائح الطيبة والمنقنة في أوقات غفلاته ، فإن هس الى الروائح الخبيثة أو عبس للروائح المنقنة ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، وان لم يظهر منه ذلك فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لما ذكرناه في السمع وان ادعى ذهاب شبهه من أحد المنخرين أو ادعى نقصانه فعلى ما ذكرناه في السمع . واذا حلف المجنى عليه أن سماعه أو شبهه قد ذهب بالجناية وأخذ الدية فاضطرب عند صوت رعد ، فإن ادعى الجاني أن سماعه قد عاد وارتاح الى رائحة طيبة أو غطى أنفه عند رائحة منقنة فادعى الجاني أن شبهه قد عاد وادعى المجنى عليه أنه لم يعد فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لان الاصل عدم عوده وماظهر منه يحتمل أن يكون اتفاقاً أو مصادفة ، أو غطى أنفه لغبار أو لريح دخل بها .

(فرع) اذا قطع لسان رجل فادعى الجاني أنه كان أبكم قبل الجناية وادعى المجنى عليه أنه لم يكن أبكم نظرت — فإن ادعى الجاني أنه خلق أبكم — فالقول قول الجاني مع يمينه لانه لا يتعذر على المجنى عليه اقامة البينة على الكلام . وان أقر الجاني أنه كان يتكلم بلسانه وادعى أن البكم طراً عليه قبل الجناية ففيه قولان كما قلنا فيمن أقر بصحة العضو وادعى طراً ان الشلل عليه قبل الجناية ، وان جنى على ظهره فادعى المجنى عليه أنه ذهب بذلك جماعة ، وأنكر الجاني فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لانه لا يتوصل الى العلم بذلك الا من جهته .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اصطدمت سفينتان فتلفتا وأدعى صاحب السفينة على القيم أنه فرط في ضبطها وأنكر القيم ذلك فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم التفريط وبراءة الذمة .

(فصل) إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ثم اختلفا فقال الضارب : ما أسقطت من ضربتي ، وقالت المرأة أسقطت من ضربك نظرت — فإن كان الإسقاط عقيب الضرب — فالقول قولها لأن الظاهر معها ، وإن كان الإسقاط بعد مدة نظرت — فإن بقيت المرأة متألماً إلى أن أسقطت — فالقول قولها لأن الظاهر معها ، وإن لم تكن متألماً فالقول قوله ، لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد واحد منهما ، والأصل براءة الذمة . وإن اختلفا في التألم فالقول قول الجاني ، لأن الأصل عدم التألم .

وإن ضربها فأسقطت جنيناً حياً ومات واختلفا ، فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر ، فإن مات عقيب الإسقاط فالقول قولها ، لأن الظاهر معها وأنه مات من الجنابة ، وإن مات بعد مدة ولم تقم البينة أنه بقي متألماً إلى أن مات فالقول قول الضارب مع يمينه ، لأنه يحتمل ما يدعيه والأصل براءة الذمة وإن أقامت بينة أنه بقي متألماً إلى أن مات فالقول قولها مع اليمين ، لأن الظاهر أنه مات من جنابته .

(فصل) وإن اختلفا فقالت المرأة استعمل ثم مات وأنكر الضارب فالقول قوله لأن الأصل عدم الاستعمال ، وإن ألفت جنيناً حياً ومات ثم اختلفا فقال الضارب كان أتي ، وقالت المرأة كان ذكراً فالقول قول الضارب ، لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على دية الأثني

(الشرح) ما جاء في اصطدام السفينتين على وجهه ، أما إذا أسقطت امرأة جنيناً ميتاً فادعت على إنسان أنه ضربها وأسقطت من ضربته ، فإن أنكر الضرب ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الضرب . وإن أقر بالضرب

وأفكر أنها أسقطت جنيناً فعليها أن تقيم البينة أنها أسقطت جنيناً لأنه يمكنها إقامة البينة على ذلك ، فإن لم يكن معها بينة فالقول قول الضارب مع يمينه أنه لا يعلم أنها أسقطت جنيناً ، لأن الاصل عدم الاسقاط ، وإن أقامت البينة أنها أسقطت جنيناً أو أقر الضارب أنها أسقطت جنيناً إلا أنه أنكر أنها أسقطته من ضربه نظرت ، فإن أسقطت عقيب الضرب أو بعد الضرب بزمان . إلا أنها بقيت متأمة من حين الضرب إلى أن سقطت فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر أنها أسقطته من ضربه ، وإن أسقطت بعد الضرب بزمان وكانت غير متأمة بعد للضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل براءة ذمته من الضمان ، وإن اختلفا فادعت أنها بقيت متأمة بعد الضرب إلى أن أسقطت وأنكر ذلك ولا بينة لهما على التألم فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم التألم .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ضربها فأسقطت جنيناً حياً ثم مات ، فقال ورثة الجنين مات من الضرب ، وقال الجاني مات بسبب آخر ، فإن مات عقيب الاسقاط أو بعد الاسقاط بزمان إلا أنه بقي متأماً إلى أن مات فالقول قول ورثة الجنين مع أيمانهم ، لأن الظاهر أنه مات من الضرب

وإن مات بعد الإسقاط بزمان ، وكان غير متألم بعد الإسقاط ، فالقول قول الضارب مع يمينه لأن الاصل براءة ذمته من الضمان . وإن اختلفوا في تألمه فالقول قول الضارب لأن الاصل عدم تألمه .

وإذا ادعى ورثة الجنين أنه سقط حياً ومات من الضرب ، وقال الجاني بل سقط ميتاً فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الاصل عدم الحياة فيه ، فإن أقام ورثته بينة أنه سقط حياً وأقام الجاني وعاقلته بينة أنه سقط ميتاً قدمت بينة ورثة الجنين لأن معاهز زيادة علم ، وإن أسقطت من ضربه جنيناً حياً ومات من الضرب فقال ورثة الجنين أنه كان ذكراً فعليك دية ذكر ، وقال الجاني بل كان أنثى فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الاصل براءة ذمته مما زاد على دية أنثى وإن ضربها فأسقطت جنينين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ومات من الضرب وأحدهما سقط ميتاً ، فإن عرف المستهل منهما وجبت فيه الدية الكاملة وفي الآخر الغرة ،

وإن لم يعرف المستهل منهما لم يلزم العاقلة إلا دية أنثى وغرة عبء أو أمة أو تقدير قيمة العبد أو الأمة عند تعذر وجودهما لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ادعى رجل على رجل قتلا تجب فيه الدية على العاقلة ، وصدقه المدعى عليه وأفكرت العاقلة وجبت الدية على الجاني بإقراره ولا تجب على العاقلة من غير بينة ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ، ولأننا لو قبلنا إقراره على العاقلة لم يؤمن إن لم يواطىء . في كل وقت من يقر له بقتل الخطأ ، فيؤدى إلى الأضرار بالعاقلة ، وإن ضرب بطن امرأة فأثقت جنينا ، فقال الجاني كان ميتاً ، وقالت المرأة كان حياً فالقول قول الجاني لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل برامة الذمة ، وإن صدق الجاني المرأة وأنكرت العاقلة وجب على العاقلة قدر الغرة لأنها لم تعترف بأكثر منها ووجب الزيادة في ذمة الجاني ، لأن قوله مقبول على نفسه دون العاقلة

(فصل) إذا سلم من عليه الدية الإبل في قتل العمدة ثم اختلفا فقال الولي : لم يكن فيها خلفات ، وقال من عليه الدية : كانت فيها خلفات فإن لم يرجع في حال الدفع إلى أهل الخبرة ، فالقول قول الولي ، لأن الأصل عدم الحمل ، فإن رجع في الدفع إلى قول أهل الخبرة فضيه وجهان

(أحدهما) أن القول قول الولي لما ذكرناه

(والثاني) أن القول قول من عليه الدية لأننا حكنا بأنها خلفات بقول أهل

الخبرة فلم يقبل فيه قول الولي

(الشرح) أثر ابن عباس أخرجه أحمد في مسنده والبيهقي ولفظه : لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك . . وأخرجه الدارقطني عن عمر رضى الله عنه بلفظه : قال عمر : العمدة والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة . . وأخرجه أيضا البيهقي عن عمر قال في التلخيص : وهو منقطع

وفي إسناده عبد الملك بن حسين وهو ضعيف . قال البيهقي : والمخفوظ أنه عن عامر عن الشعبي من قوله ، وقال مالك في الموطأ : وقال الزهري مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن يشاءوا .
فإن قيل ولماذا اختار المصنف أثراً موقوفاً على ابن عباس مع وروده مرفوعاً من حديث عبادة بن الصامت عند الدارقطني والطبراني ، أن رسول الله (ص) قال : لا يجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئاً ، قلنا في إسناده محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب تحرم الرواية عنه ، والحريث بن نبهان وهو منكر الحديث وقول الزهري الذي حكاه مالك روى معناه البيهقي عن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة .

أما الأحكام فإنه إذا ادعى على رجل قتلاً ثبت فيه الدية على عاقلته ، فأقر بذلك فكذبه العاقلة كانت الدية في ماله لما قدمنا من الآثار عن ابن عباس وعمر والزهري وأبي الزناد واتفاق أهل المدينة ، وهو وإن لم يكن حجة عندنا إلا أنه لا يخالف لهم فيه فكان اجماعاً ، ولأننا لو قبلنا إقراره على العاقلة لم يؤمن أن يتواطأ مع من يقر له بقتل الخطأ ليدخل الضرر على العاقلة فلم يتقبل إقراره .
فإن ضرب بطن امرأة فأسقطت جنيناً من ضربه فادعى ورثة الجنين أنه سقط حياً ومات من ضربه وصدقهم الجاني ، وقالت العاقلة بل سقط ميتاً ، فالقول قولهم مع أيماهم . فإذا حلفوا لم يلزمهم أكثر من قدر الغرة ، ويجب تمام الدية في مال الجاني ، لأنه وجبت باعترافه ، وهكذا لو أسقطت جنيناً حياً ومات من الضرب فقال ورثة الجنين : كان ذكراً وصدقهم الجاني ، وقالت العاقلة بل كان أنثى فالقول قول العاقلة مع أيماهم ، فإذا حلفوا لم يلزمهم إلا دية امرأة ووجب في مال الجاني تمام دية الرجل ، لأنه وجب باعترافه .

(فرع) الخلفة من الإبل هي الحامل وجمعها مخاض من غير لفظها ، كما تجمع المرأة على النساء ، وربما جمعت على لفظها فقبيل خلفات كما في كلام المصنف فإذا وجب على قاتل العمد الخلفات فأحضر ابلاً ليدفعها . وقال هن خلفات وقال الولي لسن بخلفات ، عرضت على أهل الخبرة بالابل ، فإن قالوا هن حوامل كلف الولي أخذها .

فإن قاوا السن بحوامل كلف الجاني إحضار الحوامل ودفعن ، فإن أخذ
 الولي الإبل بقول أهل الخبرة أنهن حوامل وانفق هو والقاتل أنهن حوامل ،
 فإن صح أنهن حوامل فقد استوفى حقه . وإن خرجن حوامل نظرت — فإن
 كانت الإبل حاضرة ولم يعينها كان للولي ردها والمطالبة بحوامل ، وإن كان الرلي
 قد غيبها مدة يمكن أن تضع فيها فقال القاتل : كن حوامل وقد وضعن في يدك ،
 وقال الولي لم تكن حوامل ، فإن كان الولي قد أخذ الإبل باتفاقهما لا بقول أهل
 الخبرة فالقول قول الولي مع يمينه ، لأن الاصل عدم الحمل . وإن كان قد أخذها
 بقول أهل الخبرة ففيه وجهان :

(أحدهما) القول قول الولي مع يمينه لأن أهل الخبرة إنما يخبرون من طريق
 الظن والاستدلال ، ويجوز ألا يكون صحيحا ، فكان القول قول الولي مع يمينه
 كما لو أخذها الولي باتفاقهما .

(والثاني) أن القول قول الجاني مع يمينه لأننا قد حكنا بكونها حوامل بقول
 أهل الخبرة ، فإذا ادعى الولي أنها ليست بحوامل كان قوله مخالفاً للظاهر فلم يقبل
 واثقه تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب كفارة القتل

من قتل من يحرم عليه قتله من مسلم أو كافر له أمان خطأ — وهو من أهل
 الضمان — وجبت عليه الكفارة ، لقوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير
 رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » وقوله تبارك وتعالى « فإن كان من قوم عدو
 لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية
 مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة » فإن قتله عمداً أو شبه عمد وجبت عليه
 الكفارة ، لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد وشبه
 العمد وقد تغلظ بالأثم أولى .

وإن توصل إلى قتله بسبب يضمن فيه النفس ، كحفر البئر ، وشهادة الزور

والاكره وجبت عليه الكفارة ، لأن السبب كالمباشرة في إيجاب الضمان فكان كالمباشرة في ايجاب الكفارة . فإن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا وجبت عليه الكفارة لأنه آدمى محمىون الدم لحرمة فضمن بالكفارة كغيره . وان قتل نفسه أو قتل عبده وجبت عليه الكفارة ، لأن الكفارة تجب لحق الله تعالى وقتل نفسه وقبل عبده كغيرهما في التحريم لحق الله تعالى ، فكان كقتل غيرهما في ايجاب الكفارة ، فإن اشترك جماعة في قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة . ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يجب على الجميع كفارة واحدة ، لأنها كفارة تجب بالقتل ، فإذا اشترك الجماعة فيه وجبت عليهم كفارة واحدة كالكفارة في قتل الصيد ، والمشهور هو الاول لأنها كفارة لا تجب على سبيل البدل ، فإذا اشترك الجماعة في سببها وجب على كل واحد منهم كفارة ككفارة الطيب واللباس (فصل) والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله - الى قوله تعالى - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) فان لم يستطع ففيه قولان (أحدهما) يلزمه اطعام ستين مسكينا ، كل مسكين مداً من الطعام ، لانه كفارة يجب فيها العتق أو صيام شهرين ، فوجب فيها اطعام ستين مسكينا قياسا على كفارة الظهار والجماع في رمضان

(والثاني) لا يلزمه الاطعام لأن الله تعالى ذكر العتق والصيام ولم يذكر الاطعام ، ولو وجب ذلك لذكره كما ذكره في كفارة الظهار ، وصفة الرقبة والصيام والطعام اذا أوجبه على ما ذكرنا في الظهار فأغنى عن الاعداد

(الشرح) هذه الآيات القرآنية من أمهات الاحكام . ذكر أبو حاتم بسنده عن ابن عمر أن عياش بن أبي ربيعة قتل الحارث بن يزيد بن أبي أنيسة العامري الحية كانت بينهما اذ هاجر الحارث مسلما فلقيه عياش فقتله ولم يشعر بإسلامه ، فلما أخبر أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انه كان من أمرى وأمر الحارث ما قد علمت ولم أشعر بإسلامه حتى قتلته ، فنزلت الآية . أما الاحكام فان هذه الآية أصل في وجوب الكفارة ، فذكر الله تعالى في

الآية ثلاث كفارات ، لإحداهن إذا قتل مؤمناً في دار الاسلام بقوله « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، الثانية : إذا قتل مؤمناً في دار الحرب بأن كان أسيراً في صفهم أو مقبياً باختياره بقوله تعالى « فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، ومعناه في قوم عدو لكم . والثالثة : إذا قتل ذمياً بقوله تعالى « وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة .

إذا ثبت هذا فظاهر الآية بقوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ ، أنه ما ينبغي لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ قال العمراي : الاستثناء من النفي اثبات ، فليس له أن يقتله عمداً وله قتله خطأ . وقال القرطبي : ليس على النفي وإنما هو على التحريم والنهي كقوله تعالى « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ، ولو كانت على النفي لما وجد مؤمن قتل مؤمناً قط ، لأن ما نفاه الله تعالى لا يجوز وجوده كقوله تعالى « ما كان لكم أن تنبتوا شجرها ، فلا يقدر العباد أن ينبتوا شجرها ، ثم استثنى استثناء منقطعاً ليس من الاول ، وهو الذي يكون فيه « الا ، بمعنى لكن والتقدير ما كان له أن يقتله ألبتة ، لكن ان قتله خطأ فعليه كذا هذا قول سيبويه والزجاج اه

وللاستثناء المنقطع شواهد كثيرة في القرآن كقوله تعالى « ما لهم به من علم الا اتباع الظن ، وقوله تعالى « وما كنت ترجو أن يلقى اليك الكتاب الا رحمة من ربك ،

قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : ولا خلاف بين أهل العلم أن قتل الخطأ محرم كقتل الممد ، الا أن قتل الممد يتعلق به الأثم ؛ وقتل الخطأ لا أثم فيه ، وأختلف أصحابنا في تأويل قوله « الا خطأ ، فمنهم من قال هو استثناء منقطع من غير الجنس كما أوضحناه عن القرطبي من المالكية ، واستشهد هؤلاء الأصحاب بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وتقديره لكن كلوا بالتجارة ، لأنه لو كان استثناء من الجنس لكان تقديره : الا أن تكون تجارة بينكم عن تراض منكم فكلوها بالباطل . وهذا لا يجوز

ومنهم من قال : هو استثناء من مضمن محذوف فيكون تقديره : وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً ، فإن قتله أثم إلا أن يكون خطأ ، فاستثنى الخطأ من الإثم المحذوف المضمن في الآية .

ومنهم من قال : تأويل قوله تعالى : إلا خطأ ، بمعنى ولا خطأ ، كقوله تعالى (لئلا يكون للناس عليكم حجة إلا الذين ظلموا منهم) يعني ولا الذين ظلموا . قال ابن الصباغ : وهذا التأويل يبعد ، لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهي . قال وقول الشيخ أبي حامد أن قتل الخطأ محرم يناقضه ، لأن حد المحرم ما يأثم فيه والخطأ لا يوصف بالتحريم ولا بالإباحة كفعل المجنون والبهيمة

إذا ثبت هذا فإنه إذا قتل من يحرم قتله لحق الله تعالى عمداً أو خطأً أو عمد خطأً وجبت عليه بقتله الكفارة — وبه قال الزهري — وقال ربيعة وأبو حنيفة وأصحابه بحج الكفارة بقتل الخطأ ، لأن الخطأ أخف حالاً من قتل العمد ، لأنه لا قود فيه ولا أثم والدية فيه محققة ، فإذا وجبت فيه الكفارة فلأن تجب في قتل العمد المحض وعمد الخطأ أولى

وروى واثله بن الأسقع قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً من النار . ولا يستوجب النار إلا في قتل العممد . وروى أن عمر رضى الله عنه قال ، يا رسول الله انى وأدت في الجاهلية ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اعتق بكل مومودة رقبة . والمومودة البنت المقتولة عندما تولد ، كان أهل الجاهلية يفعلون ذلك مخافة العار والفقر ، ولأنه حيوان يضمن بالكفارة إذا قتل خطأ فوجب أن يضمن بالكفارة إذا قتل عمداً كالصيد وعكسه المرتد ، فإن قتل نساء أهل الحرب وذراريهم لم تجب عليه الكفارة ، لأن قتلهم إنما حرم لحق المسلمين لا لحق الله ، فلم تجب به الكفارة ، كما لو ذبح بهيمة غيره بغير اذنه .

وكذلك و قتل عبداً لنفسه أو لغيره ، أو قتل ذمياً أو معاهداً وجبت عليه الكفارة . وقال مالك : لا يجب في كله الكفارة . دليلنا قوله تعالى (ومن قتل

مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، وهذا عام في الحر والعبد . وقوله تعالى (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) وهذا يقع على الذمي والمعاهد ، ولأنه آدمى يجرى القصاص بينه وبين نظيره ، فوجبت بقتله الكفارة كالحر المسلم ، وإن قتل نفسه وجبت الكفارة في ماله .
وقال بعض أصحابنا الخراسانيين لا تجب الكفارة ، دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وهذا عام ، ولأنه يحرم عليه قتل نفسه ، بل لا يجوز له قتل نفسه بحال ، فإذا وجبت عليه الكفارة بقتل غيره فلأن تجب بقتل نفسه أولى .

(فرج) وإن ضرب بطن امرأة فألقت من ضربه جنيناً ميتاً وجبت عليه الكفارة ، وبه قال عمر والزهرى والنخعي والحسن البصرى والحكم . وقال أبو حنيفة لا تجب فيه الكفارة . دليلنا قوله تعالى (من قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وقد حكمتنا للجنين بالايان تبعاً لا بويه ، فيكون داخلًا في عموم الآية ، ولأنه آدمى محقون الدم لحرمة فوجبت فيه الكفارة كغيره .

وقولنا آدمى ، احتراز من غير الآدمى من الحيوان . وقولنا محقون الدم ، احتراز من المرتد والحربي ومن جاز قتله . وقولنا لحرمة احتراز من نساء أهل الحرب وذريتهم ، فإنه ممنوع من قتلهم لا لحرمتهم ، ولكن لحق الغانمين .

(فرج) وإن قتل من يحرم قتله لحق الله تعالى بسبب يجب به ضمانه بأن حفر براً في غير ملكه متعدياً ، فسقط فيها انسان ومات وجبت عليه الكفارة . وقال أبو حنيفة لا تجب الكفارة إلا بالمباشرة ، دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يفرق بين أن يقتله بالمباشرة أو بالسبب ، ولأنه قتل آدمياً ممنوعاً من قتله لحرمة فوجب عليه الكفارة ، كما لو قتل بالمباشرة . (فرج) إذا كان القاتل صديداً أو مجنوناً أو كافراً وجبت عليهم الكفارة ، وقال أبو حنيفة لا يجب على واحد منهم الكفارة . دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) ولم يفرق بين أن يكون القاتل صديداً أو مجنوناً أو كافراً ، فإن قيل الصبي والمجنون لا يدخلان في الخطاب

قلنا إنما لا يدخلان في خطاب المواجهة لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا

انقوا الله) ويدخلان في خطاب الأنام ، كقوله صلى الله عليه وسلم : في كل أربعين شاة شاة .

وروى أن عمر رضى الله عنه قال : يا رسول الله انى وأدت في الجاهلية ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أعتق بكل موءودة رقبة . وهذا نص في إيجاب الكفارة على الكافر ، ولأنه حتى مال يتعلق بالقتل فتعلق بقتل الصبي والمجنون كالتدية ، ولأن الكفارة تجب على المسلم للتكفير ، وعلى الكافر عقوبة كما أن الحدود تجب على المسلم كفارات وهى الكافر عقوبة

(فرع) إذا اشترك جماعة في قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة ، قال عثمان البتي : تجب عليهم كفارة واحدة . وحكى أبو على الطبرى أن هذا قول آخر للشافعى لأنها كفارة تتعلق بالقتل ، فإذا اشترك الجماعة في سببها وجب عليهم كفارة واحدة ، كما لو اشتركوا في قتل صيد ، والاول هو المشهور لأنها كفارة وجبت لا على سبيل البدل عن النفس ، فوجب أن يكون على كل واحد من الجماعة إذا اشتركوا في سببها ما كان يجب على الواحد إذا انفرد ككفارة الطيب للمحرم . وقولنا : لا على سبيل البدل . احتراز من جزاء الصيد

قوله أو الكفارة عتق رقبة مؤمنة . وهذا صحيح لمن وجدها ، ولا خلاف في ذلك ، فإذا لم يجد الرقبة وجب عليه صوم شهرين متتابعين لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) فإن لم يقدر على الصوم ففيه قولان

(أحدهما) يجب عليه أن يطعم ستين مسكينا ، لأن الله تعالى ذكر الاطعام في كفارة الظهار ولم يذكر في كفارة القتل فوجب أن يحمل المطلق في القتل على المقيد في الظهار ، كما قيد الله الرقبة في القتل بالأثمان ، وأطلقها في كفارة الظهار فحمل مطلق الظهار على مقيد القتل .

(والثانى) لا يجب عليه الاطعام ، وهو الاصح ، لأن الله تعالى أوجب الرقبة في كفارة القتل ، ونقل عنها الى صوم الشهرين ، ولم ينقل الى الاطعام ، فدل على أن هذا جميع الواجب فيها ، وما ذكره الأول فغير صحيح ، ولأن المطلق انما يحمل على المقيد اذا كان الحكم مذكورا في موضعين الا أنه قيده في موضع بصفة : وأطاه في الموضع الآخر ، كما ذكر الله الرقبة في كفارة القتل

مقيداً بالآيمان ، وذكرها في الظهر مطلقة تحمل مطلق الظهر على مقيد القتل ،
وكذا ذكر الله اليدين في الطهارة وقيدهما إلى المرفقين ، وذكرهما في التيمم مطلقاً ،
فحمل مطلق التيمم فيهما على ما قيده فيهما في الطهارة . وها هنا الإطعام لم يذكره
في الموضوعين ، وإنما ذكره في الظهر فلم يحز نقل حكمه إلى كفارة القتل ، كما لم
يحز نقل حكم مسح الرأس وغسل الرجلين إلى التيمم ، وحكم الرقبة والصوم
الإطعام إذا أوجبناه قدم في كفارة الظهر . والله تعالى أعلم بالصواب ، وهو
حسبي ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب قتال أهل البغي

لا يجوز الخروج عن الامام لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي (ص)
قال : من نزع يده من طاعة امامه فإنه يأتي يوم القيامة ولا حجة له . ومن مات
وهو مفارق للجماعة فإنه يموت ميتة جاهلية .
وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
من حمل علينا السلاح فليس منا .

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر أخرجه مسلم بإسناده عن نافع قال (جاء
عبد الله بن عمر إلى عبد الله بن مطيع حين كان من أمر الحريرة ما كان زمن يزيد بن
معاوية فقال اطرحوا لأبي عبد الرحمن وسادة ، فقال أني لم آتكم لأجلس أبتنك
لأحدثك حديثاً ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من خلع يداً من
طاعة لقي الله يوم القيامة لا حجة له ، ومن مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة
جاهلية . وأخرجه عن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر بمعنى حديث نافع ،
وأخرجه الحاكم عن ابن عمر بلفظ (من خرج من الجماعة فقد خلع ريقه
الاسلام من عنقه حتى يراجعه ، ومن مات وليس عليه امام جماعة فإن ميتته
ميتة جاهلية . وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة بلفظ (من خرج من الطاعة
ومارق الجماعة فميتته جاهلية .

أما حديث أبي هريرة ، من حمل علينا السلاح فليس منا ، فقد أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة وسلسلة بن الأَكوع ، وأخرجه الشيخان من حديث أبي موسى الأشعري وابن عمر . وأخرج أحمد وأبو داود والحاكم من حديث أبي ذر : من فارق الجماعة قدر شبر فقد خلع ربقة الاسلام من عنقه .
أما اللغات فإن البغى التعدي وكل مجاوزة وإفراط وخروج عن حد الشيء ، والبغى الظلم ، وبغيته أبعيه بغيا طلبته ، وابتغيته وتبغيته مثله والاسم البُغَاء كغراب . وينبغي أن يكون كذا معناه يتدب ندباً مؤكداً لا يحسن تركه ، واستعمال ماضيه مهجور ، وقد عدوا ينبغي من الأفعال التي لا تتصرف ، فلا يقال انبغى وقيل في توجيهه أن انبغى مطاوع بغي ، ولا يستعمل انفعال في المطاوعة إلا إذا كان فيه علاج وانفعال ، مثل كسرتة فانكسر ، وكما لا يقال طلبته فانطلب وقصدته فانقصد لا يقال بغيته فانبغى ، لأنه لا علاج فيه ، وبغى على الناس بغياً سمى بالفساد أو ظلم واعتدى ، وبغت المرأة تبغى بقاء لجزء فهي بغى والجمع بغايا ، وهو وصف تختص به المرأة ، ولا يقال للرجل بغى ، ولي عنده بغية أى حاجة والفئة الباغية التي تعدل عن الحق وما عليه أئمة المسلمين . يقال بغى الجرح إذا ترامى إلى الفساد .

أما الأحكام ، فإن مما استقر في الفطر وارتكز في الطباع أن الجماعة لا تصلح حياتها فوضى لا سراً لها من أهل العقل والحكمة والعلم والزكاه ، ومن ثم يأتي خطأ بعض المتكلمين في قولهم لو تكاف الناس عن الظلم لم يجب نصب الامام لأن الصحابة رضوا الله عنهم اجتمعوا على نصب الامام ، والمراد بالامام الرئيس الأعلى للدولة ، والامامة والخلافة وإمارة المؤمنين مترادفة ، والمراد بها الرياسة العامة في شئون الدين والدنيا . ويرى ابن حزم أن الامام إذا أطلق انصرف الى الخليفة ، أما إذا قيد انصرف إلى ما قيد به من إمام الصلاة وإمام الحديث وإمام القوم . ويقول الدكتور عهد الحميد متولى أستاذ القانون الدستوري بكلية الحقوق بالاسكندرية في كتابه مبادئ نظام الحكم في الاسلام ص ٤٧٧ (ونلاحظ أن الصحافة المصرية بدأت في الآونة الاخيرة تطلق على شيخ الازهر لقب الامام الأكبر بدلاً من الاستاذ الأكبر — ويبدو لنا أن من الإوفق للدول من هذا

اللقب (أولاً) لأن الامامة الكبرى إنما يقصد بها الخلافة كما قدمنا (وثانياً) لأن نزعة الاغراق في ألقاب التفضيم والتعظيم إنما هي أثر من آثار الحكم البركي في حين أن اتجاه التطور لدينا - لا سيما منذ عهد الثورة - إنما يسير ضد هذه النزعة ، ومنصب شيخ الاسلام ليس من المناصب التي جاء بها الاسلام ، وعجيب أن يقال عن علي بن أبي طالب وهو من هو الامام علي ، والشيخ محمد عبده ، الاستاذ الامام ، ثم يقال عن شيخ الازهر الامام الاكبر . اهـ ملخصاً

فاذا عرفت أن المجتمع في حاجة إلى من يسوس أمره في دينه ودينه ليكف الناس عن أن يتظالموا

والظلم من شيم النفوس فإن تجد ذا عفة فلعله لا يظلم
فإنما تظهره القدرة وتخفيه العجز ، ولائهم - وان تكافوا عن الظلم - فهم
مفتقرون اليه لتجهيز الجيوش في جهاد الأعداء ، وغير ذلك من رعاية مصالحهم
وحماية حوزتهم ، وحفظ أرزاقهم وتنمية مواردهم .

فاذا ثبت هذا فن شروط الامام أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً مسلماً عادلاً
عالماً من الفقه ما يخرج به عن أن يكون مقلداً ، لأن هذه الشروط هي التي تعتبر
في حق القائم فلأن تعتبر في حق الامام أولى .

ومن شرط الامام أن يكون شجاعاً له تدبير وهداية إلى مصالح المسلمين ،
لأنه لا يتأهل لتحمل أعباء الأمة الا بذلك . ومن شرطه أن يكون قريحياً .
هكذا أفاده أكثر الأصحاب

وقال أبو المعالي الجويني . من أصحابنا من يجوز أن يكون من غير قريش .
مع ورود حديث أنس عند أحمد والطبراني (الائمة من قريش ولي عليكم حق
عظيم ، ولهم ذلك ما فعلوا ثلاثاً ، إذا استرحموا رحموا ، وإذا حكوا عدلوا ،
وإذا عاهدوا وفوا ، فمن لم يفعل ذلك فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين)
قال القاضي أبو الفتوح ، ومن شرطه ألا يكون أعمى ، ويجوز أن يكون
النبي أعمى لأن شعيباً كان أعمى ، فإذا اجتمعت في الرجل شروط الامامة ، فإن
الامامة لا تنعقد الا بأن يستخلفه الامام الذي كان قبله ، أو بأن لم يكن هناك
امام فيقهر الناس بالغلبة والصولة ، أو بأن تنعقد له الامامة باختيار أهل الحل

والعقد له . ولا يلتفت إلى إجماع الدهماء ، فإن ذلك لا يصح لأن طبقة الدهماء لا بد أن تكون مقلدة لفتنة منها تؤثر عليها بالدعاية والضجيج فلا تستطيع أن تحكم في أناة وتعقل لتختار الامام العادل ، ومن ثم فإن أهل الحل والعقد وهم الطليعة الواعية والفتنة المستنيرة من أهل الاجتهاد من الأمة هم الجديرون باختيار الامام لانهم سيجملون وزره إذا لم يتحروا في اختياره الصواب ، وسيكونون شركاءه في مآثمه ومظالمه .

وقال الشيخ أبو اسحاق الشيرازي في كتابه التنبية : ولا يعقد إلا بعقد جماعة من أهل الحل والعقد ومقتضى كلامه أن أقلهم ثلاثة ، لأن ذلك أقل الجمع عندنا ، وعند القاضي أبي الفتح يعقد بواحد ، ومن شرط العاقد أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً مجتهداً . وهل من شرط العقد أن يكون بمحضرة شاهدين ؟ قال العمراني فيه وجهان . ومن شرط العاقد والشاهد إذا اعتبرناه أن يكون عدلاً ظاهراً وباطناً ، لأنه لا يشق مراعاة ذلك فيهما ؛ ولا يجوز نص إمامين . وقال أبو المعالي الجويني : يجوز عقد الامامة لامامين في صفتين متباهدين وقد خطأه العمراني

فإن عقدت الامامة لرجلين — فإن علم السابق منهما — صح العقد الاول وبطل الثاني ، ثم ينظر في الثاني — فإن عقد له مع الجهل بالاول أو مع العلم به لكن بتأويل شائع — لم يعزر المعقود له ولا العاقد ، وان عقد للثاني مع العلم بالاول من غير تأويل شائع عزر العاقد والمعقود له ، لما أخرج أحمد ومسلم عن عرجة الاشجعي قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه ، قال الخطابي من أصحابنا : ولم يرد القتل وإنما أراد اجعلوه كمن مات أو قتل فلا تقبلوا له قولاً . وقد قيل لعلي رضي الله عنه في الخوارج انهم كفروا ، فقال هم من الكفر فروا ، قيل هم منافقون ؟ فقال ان المنافقين اذا قاموا الى الصلاة قاموا كسالى ، وهؤلاء تحقرون صلاتكم بجانب صلاتهم . قيل ماذا تقول فيهم ؟ قال قوم تأولوا فأخطأوا .

فاذا وقع عقدان لامامين معاً بطلا ويستأنف العقد لاحدهما ، والمستحب

أن يعقد لأفضالها وأصلحهما ، فإن عقدت الامامة للفضول صح كما يصح في
 إمامة الصلاة أن يؤم من يصلح للامامة ، وإن كان هناك من هو أولى منه بها .
 فإذا انعقدت الامامة لرجل كان العقد لازماً — فإن أراد أن يخلع نفسه — لم
 يكن له ذلك .

فإن قيل فكيف خلع الحسن بن علي نفسه ؟ قلنا لعله علم من نفسه ضعفاً عن
 تحملها أو علم أنه لا ناصر له ولا معين فخلع نفسه تقيّة ، وإن أراد أهل الحل
 والعقد خلع الامام لم يكن لهم ذلك إلا أن يتغير ، فإن فسق الامام فهل ينخلع ؟
 فيه ثلاثة أوجه حكاهما الجويني (أحدها) ينخلع بنفسه الفسق وهو الاصح ،
 كما لو مات (والثاني) لا ينخلع حتى يحكم بخلعه ، كما إذا فك عنه الحجر ثم صار
 مبذراً فإنه لا يصح أن يصير محجوراً عليه إلا بالحكم (والثالث) إن أمكن استتابته
 وتقويم اعوجاجه لم يخلع ، وإن لم يمكن ذلك خلع

إذا ثبت هذا فلا يجوز خلع الامام بغير معنى موجب لخلعه ولا الخروج
 من طاعته لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى
 الأمر منكم)

وروى الشيخان عن عبادة بن الصامت قال : بايعنا رسول الله صلى الله عليه
 وسلم على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا ،
 وأن لا ننازع الأمر أهله الا أن تروا كفراً بواحا عندكم فيه من الله برهان .
 وقد روى أحمد عن أبي ذر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
 : يا أبا ذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الشيء ؟ قال : والذي بعثك
 بالحق أضع سيفي على عاتق وأضرب حتى ألحقك ، قال لا ، ألا أدلك على ما هو
 خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقني ،

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يكون بعدى
 أئمة لا يهتدون بهدي ولا يستنون بسنتي ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب
 الشياطين في جثمان أنس . قال قلت كيف أصنع يا رسول الله ان أدركت ذلك ؟
 قال : تسمع وتطيع ، وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع ، رواه
 أحمد ومسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا خرجت على الامام طائفة من المسلمين ورامت خلعه بتأويل أو منعت حقاً توجه عليها بتأويل ، وخرجت عن قبضة الامام وامتنعت بمنعة ، قاتلها الامام لقوله عز وجل : وإن طائفتان من المؤمنين اختلفتا فاصلاهما بينهما فإن بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفي الى أمر الله ، ولأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قاتل مانع الزكاة ، وقاتل على كرم الله وجهه أهل البصرة يوم الجمل ، وقاتل معاوية بصفين ، وقاتل الخوارج بالنهروان ، ولا يبدأ بالقتال حتى يسألهم ما ينقمون منه ، فإن ذكروا مظلة أزاهلها ، وإن ذكروا علة يمكن ازاحتها أزاحها ، وإن ذكروا شبهة كشفها لقوله تعالى : فأصلحو أيديهما ، وفيها ذكرناه اصلاح .

وروى عبد الله بن شداد بن الحاد : أن علياً كرم الله وجهه لما كاتب معاوية وحكّم ، وعتب عليه ثمانية آلاف ونزلوا بأرض يقال لها حروراء ، فقالوا انسلخت من قبص ألبسك الله ، وحكمت في دين الله ، ولا حكم الا الله ، فقال علي : بيني وبينكم كتاب الله . يقول الله تعالى في رجل وامرأة : وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، وأمة محمد صلى الله عليه وسلم أعظم دماً وحرمة من امرأة ورجل ، وفقموا أني كاتب معاوية : من علي بن أبي طالب ، وجاء سهيل بن عمرو ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية حين صالح قومه قريشا ، فقال رسول الله (صر) اكتب من محمد رسول الله ، فقالوا : لو تعلم أنك رسول الله لم نخالفك ، فقال اكتب فكتب : هذا ما قاضى عليه محمد قريشاً ، يقول الله عز وجل (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر) وبعث اليهم عبد الله بن عباس فواضعوا عبد الله كتاب الله تعالى ثلاثة أيام ، ورجع منهم أربعة آلاف ، فإن أبوا وعظمم وخوفهم القتال ، فإن أبوا قالمهم ، فإن طلبوا الاظهار نظرت ، فإن كان يومين أو ثلاثة أنظرهم ، لأن ذلك مدة قريبة واعلمهم يرجعون الى الطاعة ، فإن طلبوا أكثر من ذلك بحث عنه الامام ، فإن كان قصدهم

الاجتماع على الطاعة أمهلم ، وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم ،
لما في الانظار من الاضرار ، وان أعطوا على الانظار رهائن لم يقبل منهم ، لانه
لا يؤمن أن يكون هذا مكر أو طريفاً إلى قهر أهل العدل . وان بذلوا عليه مالا لم يقبل
لما ذكرناه ، ولأن فيه اجراء صغار على طائفة من المسلمين ، فلم يجز ،
كأخذ الجزية منهم .

(الشرح) قوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين . الاية » روى المعتمر بن
سليمان عن أنس قال ، قلت « يا نبي الله لو أتيت عبد بن أبي ؟ فانطلق اليه النبي
صلى الله عليه وسلم ، فركب حماراً وانطلق المسلمون يمشون ، وهي أرض سبخة
فلما أتاه النبي صلى الله عليه وسلم قال اليك عنى فانه أذاني تنن حمارك ، فقال رجل
من الانصار والله لحمار رسول الله صلى الله عليه وسلم أطيب ريحاً منك ، فغضب
لعبد الله رجل من قومه ، وغضب لكل واحد منها أصحابه ، فكان بينهم حرب
بالجرید والايدي والنعال ، فبلغنا أنه أنزل فيهم هذه الاية

وقال مجاهد نزلت في الاوس والخزرج . وقال مجاهد تقاتل حيان من الانصار
بالعصى والنعال فزات الاية ، وروى في أسباب نزولها روايات كثيرة ، والعبارة
بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

أما أخبار الحرورية فقد أخرجها مفرقة على المصادر الاتية ، مسلم في الزكاة
عن عبد بن حميد وفي استنابة المرتدين ، وأبو داود في السنة عن الحسن الخلال
وعن محمد بن كثير ومحمد بن عبيد بن حسان والبخارى في علامات النبوة والنسائي
عن محمد بن بشار ، وابن ماجه عن أبي بكر بن أبي شيبة ، كما أخرج ذلك كله
ابن سعد في الطبقات وغيره .

وأما قتال أبي بكر لما نعى الزكاة فهي مما تواتر واستفاضت أخباره جملة وتفصيلاً
أثبتناها في كتابنا عن خالد بن الوليد

أما اللغات فالتأويل تفسير ما يقول اليه الشيء . وقوله وامتنعت بمنعة .
ومنعة ومنعة ، هكذا في اللسان . وقال ابن بطال في غريب المنب السماع
بسكون النون والقياس فتحتها جمع مانع مثل كافر وكفرة .

وقال ابن الأعرابي : رجل ممنوع يمنع غيره ، ورجل ممنوع يمنع نفسه .
 وقوله « تنى » إلى أمر الله ، أى ترجع ، والخوارج سموا بذلك لأنهم خرجوا عن
 الطاعة ، فواضعوا عبد الله أى راهنوه ، أى وضعوا رهناً ووضع رهنا على أن
 من غلب أخذ الرهن . الصغار الذل والهوان .

أما الأحكام فإنه إذا بغت على الامام طائفة من المسلمين وأرادت خلعه أو
 منعت حقاً عليها تعلقت بهم أحكام يختصون بها دون قطاع الطريق ، ولا تثبت
 هذه الأحكام فى حقهم إلا بشروط توجد فيهم (أحدها) أن يكونوا طائفة فيهم
 منعة يحتاج الامام فى كفهم إلى عسكر ، فإن لم تكن فيهم منعة ، وإنما كانوا عدداً
 قليلاً لم تتعلق بهم أحكام البغاة ، وإنما هم قطاع الطريق ، لما روى أن عبد الرحمن
 ابن ملجم لعنه الله قتل على بن أبى طالب وكان متأولاً فى قتله فأقيد به ، ولم ينتفع
 بتأويله لأنه لم يكن فى طائفة متمنعة ، وإنما كانوا ثلاثة رجال تباعدوا على أن
 يقتلوا علياً ومعاوية وعمرو بن العاص فى يوم واحد ، فأما صاحب عمرو فذهب
 إلى مصر فلم يخرج عمرو بن العاص يومئذ وقتل خارجة بن زيد ، ولما سئل قال :
 أردت عمراً وأراد الله خارجة .

وأما صاحب معاوية فلم يتمكن من قتله وإنما جرحه فى ألبته وكواه طيبب
 قال له : إنه ينقطع نسلك فقال فى يزيد كفاية

الشرط الثانى : أن يخرجوا من قبضة الإمام ، فإن لم يخرجوا من قبضته لم
 يكونوا بغاة ، لما روى أن رجلاً قال على باب المسجد وعلى يخطب على المنبر :
 لا حكم إلا لله ولرسوله تعريضا له فى التحكيم فى صفتين فقال على : كلمة حق أريد
 أريد بها باطل ، ثم قال : لكم علينا ثلاث . لا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها
 اسم الله ، ولا تمنعكم النىء ما دامت أيديكم معنا ولا نبدوكم بقتال ، فأخبر أنهم
 ما لم يخرجوا من قبضته لا يبدوهم بقتال ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم
 يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة ، فلئلا يتعرض لاهل البغى
 وهم مسلمون أولى .

الشرط الثالث ، أن يكون لهم تأويل شائع مثل أن تقع لهم شبهة يعتقدون
 عنها الخروج عن الامام أو منع حق عليهم - وان أخطأوا فى ذلك كما تأول

بنو حنيفة منع الزكاة بقوله تعالى « خذ من أموالهم صدقة ، الآية . فقالوا أمر الله بدفع الزكاة الى من صلاته سكن لنا ، وهو رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأما ابن أبي قحافة فليست صلته سكننا لنا ، ولذلك لما انهزموا قالوا والله ما كفرنا بعد إيماننا ولكن شححنا على أموالنا ، فإذا لم يكن لهم تأويل شائع فحكمهم حكم قطاع الطريق . وهل من شرطهم أن ينصبوا اماما ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أن ذلك من شرطهم ، لأن الشافعي رضى الله عنه قال وأن ينصبوا اماما ، فعلى هذا ان لم ينصبوا اماما كانوا الصوصا وقطاعا للطريق (والثاني) وهو المذهب أن ليس من شرطهم أن ينصبوا اماما ، لأن أهل البصرة وأهل النهروان طبق عليهم على رضى الله عنه أحكام البغاة ولم ينصبوا اماما وأما ما ذكره الشافعي رضى الله عنه فإنه ذكره لأن الغالب من أمرهم أنهم ينصبوا اماما .

قال القفال ، وسواء كان الامام عادلا أو جائرا فإن الخارج عليه باغ ، فإذا اجتمعت هذه الشروط في الخارجين على الامام قاتلهم لقوله تعالى (وان طائفتان الخ الآية) وفي الآية خمسة معالم ظاهرة

(أحدها) أن البغى لا يخرج عن الايمان لأن الله سماهم مؤمنين في حال بغيتهم

(والثاني) وجوب قتالهم (قاتلوا التي تبغى)

(والثالث) اذا رجعوا الى الطاعة لم يقاتلوا (حتى تفيء الى أمر الله)

(الرابعة) ألا يجب عليهم ضمان ما أتلفوا في القتال

(الخامس) وجوب قتال كل من عليه حق فنهجه . ويدل على جواز قتال أهل

البغى ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قاتل مانعي الزكاة وكانوا بغاة ، لأنهم كانوا متاولين ، وقاتل على أهل الجمل وأهل صفين والخوارج بالنهروان ، ولا يدؤم الامام بالقتال حتى يزاسلمهم ويسألهم ما ينقمون ، فإن ذكروا مظلة ردها وان ذكروا شبهة كشفها وبين لهم الصواب

وقال أبو حنيفة : يبـ دؤم بالقتال . دليلنا قوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فبدأ بالصالح قبل القتال ، وفي هذا اصلاح . وروى أن عليا رضى الله عنه لما كاتب معاوية وحكم خرج من معسكره ثمانية آلاف

ونزلوا بحروراء وأرادوا قتاله ، فأرسل اليهم عبد الله بن عباس يسألهم ما ينقمون منه ؟ قالوا ثلاث ، فقال ابن عباس ان رفعتما رجعتما ؟ قالوا نعم . قال وما هي ؟ قالوا حكم في دين الله ولا حكم الا الله ، وقتل ولم يسب ، فإنه ان حل لنا قتلهم حل لنا سبهم ، ومحا اسمه من الخلافة فقد عزل نفسه من الخلافة — يعنون اليوم الذي كتب الكتاب بينه وبين أهل الشام ، فكتب فيه : أمير المؤمنين فقاء لو أقررنا بأنك أمير المؤمنين ماقاتلناك ، فمحا من الكتاب ، فقال ابن عباس أما قولكم انه حكم في الدين فقد حكم الله في الدين فقال تعالى « فابعدوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، فحكم الله بين الزوجين ، وقال الله تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم بحكم به ذوا عدل منكم ، فحكم الله في أرنب قيمتها درهم ، أفلا يجوز أن يحكم في هذا الامر العظيم بين المسلمين .

وأما قولكم انه قتل ولم يسب ، فأيكم كان يأخذ عائشة عليها السلام في سهمه وقد قال تعالى « وأزواجه أمهاتهم ،

وإذا ثبت أن سبى عائشة لا يجوز كان غيرها من النساء مثلهما . وأما قولكم انه محا اسمه من الخلافة فقد عزل نفسه فغلط ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم محا اسمه من النبوة ، وذلك أنه لما قاضى سهيل بن عمرو يوم الحديبية كتب الكتاب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله سهيل بن عمرو ، فقال لو اعترفنا بأنك رسول الله لما احتجت الى كتاب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أين رسول الله ؟ فأراه إياه فمحا للكتاب ، وكان علي بن أبي طالب أبي أن يحويه حين أمره ، فرجع منهم أربعة آلاف وقاتل الباقيين

(فرع) وإذا أراد الامام أن يقتلهم فسألوه أن ينظروهم نظرت ، فإن سألوه أن ينظروهم أبدا لم يجوز له ذلك ، لأنه لا يجوز لبعض المسلمين ترك طاعة الإمام وان سألهم أن ينظروهم مدة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق ان سألوه أن ينظروهم يوماً أو يومين أو ثلاثاً أنظروهم ، لأن ذلك مدة قريبة ولعلمهم يرجعون الى الطاعة . وان طلبوا أكثر من ذلك بحق فيه الامام فإن كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أنظروهم ، وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظروهم لما في ذلك من الاضرار .

وقال ابن الصباغ: إذا سألوه أن ينظرهم مدة مديدة كشف الامام عن حالهم فإن كانوا إنما سألوا ذلك ليجتمعوا أو يأتيهم مدد عاجلهم بالقتال ولم ينظرهم . وإن سألوا ليتفكروا ويعودوا إلى الطاعة أنظرهم لأنه يجوز أن يلحقهم مدد في اليوم واليومين والثلاث كما يلحقهم فيما زاد على ذلك . وكل موضع قلنا لا يجوز إنظارهم فبدؤوا على الانظار مالا لا يجوز إنظارهم ؛ لأنه يأخذ المال على اقرارهم فيما لا يجوز له لإقرارهم عليه ، ولأن فيه لإجراء صغار على المسلمين فلم يجوز وإن بدؤوا على الانظار رهائن منهم أو من أولادهم لم يجوز قبول ذلك منهم . لأنهم ربما قويت شوكتهم على أهل العدل فهزموهم وأخذوا الرهائن ، وإن كان في أيديهم أسارى من أهل العدل فسألوا الكف عنهم على أن يطلقوا الأسارى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن من أولادهم قبل الامام ذلك منهم واستظهر لأهل العدل ، فإن أطلق أهل البغى الأسارى الذين عندهم أطلق الامام رهائنهم وإن قتلوا من عندهم من الأسارى لم يقتل رهائنهم ، لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم فإذا انقضت الحرب خلى رهائنهم ، وإن كان في أهل العدل ضعف عن قتالهم آخر الامام قتالهم إلا أن يكون بهم قوة ، لأنه إذا قاتلهم مع الضعف لم يؤمن الهلاك على أهل العدل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يتبع في القتال مدبرهم ، ولا يذوق على جريحهم ، لما روى عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا ابن أم عبد ، ما حكم من بغى من أمي ؟ فقلت الله ورسوله أعلم ، فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ، ولا يقتل أسيرهم ، ولا يقسم ، فيؤم ، وعن علي كرم الله وجهه أنه قال ، لا تجيزوا على جريح ، ولا تتبعوا مدبراً وعن أبي أمامة قال شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يطلبون مولى ولا يسلبون قتيلاً . ولأن قتالهم للدفع والرد إلى الطاعة دون القتل ، فلا يجوز فيه القصد إلى القتل من غير حاجة ، وإن حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان (أحدهما) لا يقصد بالقتل ، لأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا قد كلف نفسه

فلم يقصد (والثاني) يقتل ، لأن علياً كرم الله وجهه نهاهم عن قتل محمد بن طلحة السجاد ، وقال إياكم وقتل صاحب البرنس ، فقتله رجل وأنشأ يقول

وأشعث قوام بآيات ربه قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
 هتكت له بالرح جيب قبضه نخر صريعاً لليدن وللنم
 على غير شيء غير أن ليس تابعا علياً ومن لا يتبع الحق يظلم
 يناشدني حمّ والرح شاجر فهلا تلا حمّ قبل التقام

ولم ينكر على كرم الله وجهه قتله ، ولأنه صار ردهاً لهم ، ولا تقتل النساء والصبيان ، كما لا يقتلون في حرب الكفار ، فإن قاتلوا جاز قتلهم كما يجوز قتلهم إذا قصدوا قتله في غير القتال ، ويكره أن يقصد قتل ذي رحم محرم ، كما يكره في قتال الكفار ، فإن قاتله لم يكره كما لا يكره إذا قصد قتله في غير القتال

(الشرح) محمد بن طلحة بن عبيد الله القرشي التيمي ، أمه حمنة بنت جحش أخت زينب ، أتى به أبوه طلحة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فمسح رأسه وسماه محمداً وكناه أبا القاسم ، وفي تكنيته بأبي سليمان خلاف ، وقد رجح ابن عبد البر في الاستيعاب أبا القاسم ، وقد قتل يوم الجمل مع أبيه ، وكان على رضى الله عنه قد نهى عن قتله في ذلك اليوم وقال : إياكم وصاحب البرنس .

قال ابن عبد البر : وروى أن علياً مرّ به وهو قتيل يوم الجمل ، فقال هذا السجاد ورب الكعبة ، هذا الذي قتله به بأبيه - يعنى أن أباه أكرهه على الخروج في ذلك اليوم ، وكان طلحة قد أمره أن يتقدم للقتال فتقدم ونزل درعه بين رجله وقام عليها ، وجعل كلما حمل عليه رجل قال نشدتك بحميم ، حتى شد عليه رجل فقتله ، وقد روى ابن عبد البر شعره هكذا مختلفاً عما ساقه المصنف .

قال البيت الأول كما ذكره والبيت الثاني جاء هكذا

ضممت إليه بالتقام قبضه نخر صريعاً لليدين وللنم

ويروى في رواية أخرى ، خرقت له بالرخ جيب قبضه الخ

والبيت الثالث ، على غير ذنب ، وبقية البيت كما هو

والبيت الرابع يروى (والرح شارع) ويقال قتله رجل من بني أسد بن خزيمية

اسمه كعب بن مدج ، وقيل بل قتله شداد بن معاوية العبسي ، وقيل بل الاشر ،
وقيل بل قتله عصام بن مقعشر النصرى ، وهو قول أكثرهم ، وهو الذى يقول

وأشعث قوام بآيات ربه قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
دلقت له بالريح من تحت نحره نخر صريعاً لليدين وللنم
شككت اليه باللسان قبضه فأذريته عن ظهر طرف مسوم
أمت له فى دفعة الخيل صلبه بمثل قدامى الذئب حران لهدم
على غير شيء غير أن ليس تابعا عليا ومن لا يتبع الحق يظلم
يذكرنى حاميم لما طعنته فهلا تلا حاميم قبل التقدم

وقد ادعى قتل محمد بن طلحة جماعة ، منهم المكعب الضبي وغفار بن المسعر
البصرى . قال ابن عبد البر ، وروينا عن محمد بن حاطب قال لما فرغنا من قتال
يوم الجمل قام على بن أبى طالب والحسن بن على وعمار بن ياسر وضععه بن
صوحان والاشتر ومحمد بن أبى بكر يظه فون فى القتلى ، فأبصر الحسن بن على قبلا
مكبوباً على وجهه فأكبه على قفاه ، فقال إنا لله وإنا اليه راجعون . هذا فرع
قريش والله ، فقال له أبوه ومن هو يا بنى ؟ فقال محمد بن طلحة ، فقال إنا لله
وإنا اليه راجعون ، ان كان ما علمته لشاباً صالحاً ، ثم قعد كثيراً حزينا ، فقال له
الحسن يا أبت ، قد كنت أنك من هذا المسير فغلبك على رأيك فلان وفلان ،
قال قد كان ذلك يا بنى ، فلوددت أنى مت قبل هذا بعشرين سنة . روى عن محمد
ابن طلحة لإبنه ابراهيم وعبد الرحمن بن أبى ليلى

أما قولهم يسجد كل يوم ألف سجدة ، فإن اليوم بدقائقه وساعاته لا يتسع
لمثل ذلك ، ولعل المقصود انه كان كثير العبادة

أما الاحكام فإذا قال أهل البغى رجعتنا إلى طاعة الامام لم يجز قتالهم لقوله
تمالى (فقاتلوا التى تبغى حتى تنفى إلى أمر الله) والفيضة الرجوع . وهكذا إذا
ألقوا سلاحهم لم يجز قتالهم ، لأن الظاهر من حالهم ترك القتال والرجوع الى الطاعة
فإن انهزموا فظرت ، فإن انهزموا الى غير فئة لم يجز اتباعهم ولا يجاز على جريهم
لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن مسعود : يا ابن
أم عبد ما حكم من بنى من أمتى ؟ فقلت الله ورسوله أعلم ، فقال لا يتبع مدبرهم

ولا يجزى على جريحهم ولا يقتل أسيرهم . رواه البيهقي والحاكم ، وفي لفظ : ولا يذقت على جريحهم ، وزاد ولا يغمم فيهم . سكت عنه الحاكم

وقال ابن عدى : هذا الحديث غير محفوظ . وقال البيهقي ضعيف . قال ابن حجر في بلوغ المرام وصححه الحاكم فوهم ، لأن في إسناده كوثر بن حكيم وهو متروك . قال وصح عن علي من طرق نحوه موقوفاً ، أخرجه ابن أبي شيبة والحاكم وأخرج البيهقي عن أبي أمامة قال : شهدت صفين فكانوا لا يجيزون علي جريح ولا يقتلون مولياً ولا يسلبون قتيلاً

وأخرج أيضاً عن أبي فاخنة أن علياً أتى بأسير يوم صفين فقال لا تقتلني صبراً ، فقال علي رضي الله عنه لا أقتلك صبراً إني أخاف الله رب العالمين ثم خلى سبيله ثم قال أفيك خير تباع ؟

وأخرج أيضاً أن علياً لم يقاتل أهل الجمل حتى دعا الناس ثلاثاً حتى إذا كان يوم الثالث دخل عليه الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر ، فقاوا قد أكثروا فينا الجراح ، فقال ماجهلت من أمرهم شيئاً ثم توضأ وصلى ركعتين حتى إذا فرغ رفع يديه ودعا ربه وقال لهم ان ظفرتم على القوم فلا تطلبوا مدبراً ولا تجيزوا علي جريح ، وانظروا إلى ما حضروا به الحرب من آله فاقبضوه وما سوى ذلك فهو لورثتهم .

قال البيهقي هذا منقطع ، والصحيح أنه لم يأخذ شيئاً ولم يسلب قتيلاً ، ودخل على بن الحسين على مروان بن الحكم فقال ما رأيت أكرم علينا من أهلك ما هو إلا أن ولينا يوم الجمل حتى نادى مناديه لا يقتل مدر ولا يذقت على جريح (يذقت) يروى بالبدال والذال وقد مضى معناها في الصيد ، فإن انهزموا إلى فئة ومدد ليستغيثوا بهم ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي حنيفة واختيار أبي اسحاق المروزي أنهم يتبعون ويقتلون ، لأنهم إذا لم يتبعوا لم يؤمن أن يعودوا على أهل العدل فيقاتلورهم . ويظفروا بهم .

(والثاني) وهو ظاهر النص أنه لا يجوز أن يتبعوا ويقاتلوا لعموم الخبر

ولأن دفعهم قد حصل وما يخاف من رجوعهم لا يوجب قتالهم كالأول ففرقوا ،
 وإن حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان
 (أحدهما) لا يجوز قتله ، لأن قتالهم للكف وقد كف نفسه ، وهو مذهب
 أحمد (والثاني) يجوز قصد قتله ، لأن علياً رضي الله عنه نهى عن قتل محمد بن
 طلحة فقتله ، ولم ينكر علياً ، ولأنه صار رداً لهم ، وإن قاتل مع أهل البغي
 نساؤهم وصبيانهم جاز قتلهم مقبلين ، لأن هذا القتال لدفعهم عن النفس كما يجوز
 له قتل من قصد نفسه في غير أهل البغي ، وإن كان لرجل من أهل العدل قريب
 في أهل البغي يقاتل فيستحب له أن ينحرف من قتله مادام يمكنه ذلك لقوله تعالى
 (وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في
 الدنيا معروفاً) فأمره بمصاحبتهما بالمعروف في أسوأ حالهما ، وهو دعوتهما
 إياه إلى الشرك .

وروى أن أبا بكر أراد أن يقتل أبا قحافة يوم أحد فكفها النبي (ص) عن
 ذلك ، فإن لم يمكنه قتال أهل البغي إلا بقتل أبيه فقتله فلا شيء عليه لما روى أن
 أبا عبيدة قتل أباه ، وقال للنبي صلى الله عليه سمعته يسبك
 وإذا ثبت هذا في حق المشرك كان في حق أهل البغي مثله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يقتل أسيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله
 ابن مسعود ولا يقتل أسيرهم ، فإن قتله ضمنه بالدية ، لأنه بالأسر صار محقون
 الدم ، فصار كما لو رجع إلى الطاعة ، وهل يضمه بالقصاص؟ فيه وجهان
 (أحدهما) يضمه لما ذكرناه

(والثاني) لا يضمه ، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجيز قتله فصار ذلك شبهة
 في إسقاط القود ، فإن كان الأسير حراً بالغاً فدخل في الطاعة أطلقه ، وإن لم
 يدخل في الطاعة حبسه إلى أن تنقضي الحرب ليكف شره ثم يطلقه ، ويشترط
 عليه أن لا يعود إلى القتال ، وإن كان عبداً أو صبياً لم يحبسه ، لأنه ليس من أهل
 البيعة . ومن أصحابنا من قال يحبسه ، لأن في حبسه كسراً لقلوبهم

(فصل) ولا يجوز قتالهم بالنار والرمي عن المنجنيق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز أن يقتل إلا من يقاتل ، والقتل بالنار أو المنجنيق يعم من يقاتل ومن لا يقاتل ، وإن دعت إليه الضرورة جاز ، كما يجوز أن يقتل من لا يقاتل إذا قصد قتله للدفع ، ولا يستعين في قتالهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم مدبرين لأن القصد كقتلهم وردهم إلى الطاعة دون قتلهم ، وهؤلاء يقصدون قتلهم ، فإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم — فإن كان يقدر على منعهم من اتباع المدبرين جاز وإن لم يقدر لم يجوز .

(فصل) وإن اقتتل فريقان من أهل البغي ، فإن قدر الإمام على قهرهما لم يعاون واحداً منهما ، لأن الفريقين على الخطأ ، وإن لم يقدر على قهرهما ولم يأمن أن يحمي على قتاله ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق ، فإن استويا في ذلك اجتهد في رأيه في ضم أحدهما إلى نفسه ، ولا يقصد بذلك معاونته على الآخر ، بل يقصد الاستعانة به على الآخر ، فإذا انهزم الآخر لم يقاتل الذي ضمه إلى نفسه حتى يدعو إلى الطاعة لأنه حصل بالاستعانة به في أمانه

(فصل) ولا يجوز أخذ مالهم لحديث ابن مسعود وحديث أبي أمامة في صفين ، ولأن الإسلام عصم دمهم ومالهم ، وإنما أبيع قتالهم للدفع والرد إلى الطاعة وبقي حكم المال على ما كان ، فلم يجوز أخذه كإلحاق الطريق ، ولا يجوز الانتفاع بسلاحهم وكرامهم من غير أذنهم من غير ضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، ولأن من لا يجوز أخذ ماله لم يجوز الانتفاع بماله من غير أذنه ومن غير ضرورة كغيرهم ، وإن اضطر إليه جاز كما يجوز أكل مال غيره عند الضرورة

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود أخرجه الحاكم والبيهقي عن عبد الله ابن عمر ، وأثر أبي أمامة في صفين أخرجه البيهقي قال : شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون مولياً ولا يسلبون قتيلاً ، وحديث لا يحل مال امرئ الخ ، معنى في الزكاة والبيع والربا وغيرها . أما الأحكام فإنه إذا أسر أهل العدل من البغي حراً بالغاً — فإن كان شاباً

جلداً — فإن للامام أن يجبسه ما دامت الحرب قائمة إن لم يرجع الى الطاعة ، فإن بذل الرجوع الى الطاعة أخذت منه البيعة وخلى ، وان انقضت الحرب أو انهزموا إلى غير فئة فإنه يخلى ، وان انهزموا الى فئة خلى على المذهب ولم يخل على قول أبي اسحاق ، ولا يجوز قتله

وقال أبو حنيفة : يجوز قتله . دليلنا قوله صلى الله عليه « ولا يقتل سيديهم » فإن قتله رجل من أهل العدل عامداً فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب عليه القصاص لأنه صار بالأسر محقون الدم فصار كما لو رجع الى الطاعة ، وللولي أن يعفو عن القود الى الدية

(والثاني) لا يجب عليه القصاص ، لأن قول أبي حنيفة شبهة تسقط عنه القصاص ، فعلى هذا تجب فيه الدية ، وان كان الاسير شيخا لا قتال فيه أو مجنوناً أو امرأة أو صبياً أو عبداً لم يجسوا لأنهم ليسوا من أهل البيعة على القتال . ومن أصحابنا من قالوا يجسسون لأن في ذلك كسراً لقلوبهم واقتلالاً لجمعهم واضعافاً من روحهم ومعنوياتهم ، ولكن المنصوص هو الأول

قوله « ولا يجوز قتالهم بالنار الخ » لجملة ذلك أنه يحرم رمي أهل البغى بالنار أو المنجنيق من غير ضرورة ، لأن القصد بقتالهم كفهم وردهم الى الطاعة فيجب تجنب ما يهلكهم أو يبيدهم ، ولأن رميهم بالمدافع والرشاشات يصيب منهم من يقاتل ومن لا يقاتل ، وانما يجوز قتل من يقاتل فقط ، فإذا أحاط أهل البغى من كل جهة ولم يمكنهم التخلص منهم الا بالرماية بالنار أو رشقهم بالمدافع جاز ذلك للضرورة . وقال ابن الصباغ : وكذلك ان رماهم أهل البغى بالنار وكان هذا سلاحهم جاز لأهل العدل رميهم بمثل سلاحهم

(فرع) ولا يجوز للامام أن يستعين على قتال أهل البغى بمن يرى جواز قتلهم مدبرين من المسلمين ، لأنه يعرف أنهم يظلمون — فإن كان لا يقدر على قتال أهل البغى الا بالاستعانة بهم — جاز اذا كان مع الامام من يمنعهم من قتلهم مدبرين ، ولا يجوز للامام أن يستعين على قتالهم بالكفار ، لأنهم يرون قتل المسلمين مدبرين ، تشفياً لما في قلوبهم

قوله : وان اقتتل فريقان الخ . لجملة ذلك أنهم اذا افرقوا فريقين واقتتلا ،

فإن قدر الإمام على قهرهما لم يعاون إحداهما على الأخرى لأنهما على الخطأ والمعونة على الخطأ خطأ ، وإن كان لا يقدر على قهرهما ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق وقاتل معها الطائفة الأخرى ، ولا يقصد بقتاله معونة الطائفة التي ضمها إلى نفسه ، وإنما يقصد رد الذين يقاتلون إلى طاعته ، فإذا انهزمت الطائفة التي قاتلها أو رجعت إلى طاعته لم يقاتل الطائفة التي ضم إلى نفسه حتى يدعوهم إلى طاعته ، لأنه بضمهم إليه صار إماماً لهم ، فإذا امتنعت من الدخول في طاعته قاتلهم فإن استوت الطائفتان اجتهد في أقربها إلى الحق وضم نفسه إليها . وهذا كله كذهب أحمد .

ولا يجوز لأهل العدل أخذ أموال أهل البغي لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا يقسم فيؤم ، وقد استؤذن علي يوم الجمل في النهب فقال : أنهم يجرمون بجرمة الاسلام ولا يحل ما لهم ، فإن انقضت الحرب ورجعوا إلى الطاعة وكان في يد أهل العدل مال لأهل البغي أو في يد أهل البغي مال لأهل العدل وجب رد كل مال إلى مالكة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، ولا به مسلم فلم يجز الانتفاع بماله من غير اذنه كغير الكراع والسلاح وكأهل العدل .

وإن دعت ضرورة بأن ذهب سلاحه أو خاف على نفسه جاز أن يدفع عن نفسه بسلاحه ، فكذلك إن خاف على نفسه وأمكنه أن ينجو على دابة لهم جاز له ذلك ، لأنه لو اضطر إلى ذلك من مال أهل العدل لجاز له الانتفاع به فكذلك إذا اضطر إلى ذلك من أموال أهل البغي

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أتلف أحد الفريقين على الآخر نفساً أو مالا في غير القتال وجب عليه الضمان ، لأن تحريم نفس كل واحد منهما وماله كتحريمهما قبل البغي فكان ضمانهما كضمانهما قبل البغي ، وإن أتلف أهل العدل على أهل البغي نفساً أو مالا في حال الحرب بحكم القتال لم يجب عليه الضمان ، لأنه مأمور بإتلافه فلا يلزمه ضمانه ، كما لو قتل من يقصد نفسه أو ماله من قطاع الطريق . وإذا

أُتلف أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه الضمان لأنه أُتلف عليه بعدوان فوجب عليه الضمان ، كما لو أُتلف عليه في غير القتال (والثاني) لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح ، لما روى عن الزهري أنه قال : كانت الفتنة العظيمة بين الناس وفيهم البديريون ، فأجمعوا على أن لا يقيم أحد على رجل ارتكب فرجا حراماً بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالا أُتلفه بتأويل القرآن ، ولا نهاطائفة تمتنع بالحرب بتأويل فلم تضمن ما تنبت على الأخرى بحكم الحرب كأهل العدل . ومن أصحابنا من قال : القولان في غير القصاص ، فأما القصاص فلا يجب قولاً واحداً لأنه يسقط بالشبهة ولحم في القتل شبهة

(فصل) وان استعان أهل البغى بأهل الحرب في القتال وعقدوا لهم أماناً أو ذمة بشرط المعاونة لم ينعقد ، لأن من شرط الذمة والأمان أن لا يقتلوا المسلمين فلم ينعقد على شرط القتال ، فإن عاونوهم جاز لأهل العدل قتلهم مدبرين وجاز أن يذنب على جريحهم ، وان أسروا جاز قتلهم واسترقاقهم والمن عليهم والمفاداة لهم لأنه لا عهد لهم ولا ذمة فصاروا كما لو جاءوا منفردين عن أهل البغى ولا يجوز شيء من ذلك لمن عاونهم من أهل البغى لأنهم بذروا لهم الذمة والأمان فزهم الوفاء به ، وان استعانوا بأهل الذمة فعاونوهم نظرت فإن قالوا كنا مكرهين أو ظاننا أنه يجوز أن نعاونهم عليكم كما يجوز أن نعاونكم إعلهم لم تنتقض الذمة لأن ما ادعوه محتمل فلا يجوز نقض العقد مع الشبهة وان قاتلوا معهم عالين من غير إكراه ، فإن كان قد شرط عليهم ترك المعاونة في عقد الذمة انتقض العهد لأنه زال شرط الذمة . وإن لم يشترط ذلك ففيه قولان .

(أحدهما) ينتقض كما لو انفردوا بالقتال لأهل العدل (والثاني) لا ينتقض لأنهم قاتلوا تابعين لأهل البغى ، فإذا قلنا لا ينتقض عهدهم كانوا في القتال كأهل البغى لا يتبع مدبرهم ولا يذنب على جريحهم ، وان ألقوا نفساً أو مالا في الحرب لزهم الضمان قولاً واحداً ، والفرق بينهم وبين أهل البغى أن في تضمين أهل البغى تنفيراً عن الرجوع إلى الطاعة ، فسقط عنهم الضمان في أحد القولين ولا يخاف تنفير أهل الذمة لأننا قد أمناهم على هذا القول ، وإن استعانوا بمن له

أمان إلى مدة فعاونهم انتقض أمانهم ، فإن ادعوا أنهم كانوا مكرهين ولم تكن لهم بيعة على الإكراه انتقض الأمان ، والفرق بينهم وبين أهل الذمة في أحد القولين أن الأمان الموقف ينتقض بالخوف من الخيانة فانقضض بالمعاونة ، وعقد الذمة لا ينتقض بالخوف من الخيانة فلم ينتقض بالمعاونة .

(الشرح) قال الشافعي رحمه الله تعالى : فإن كانت لأهل البغي جماعة تكثر ويمتنع مثلها بموضعها الذي هي بمحض الامتناع حتى يعرف أن مثلها لا ينال حتى تكثر نكايته واعتقدت ، ونصبوا إماما وأظهروا حكاما امتنعوا من حكم الامام العادل ، فهذه الفئة الباغية التي تفارق حكم من ذكرنا قبلها — بقصد القلة من النفر اليسير الذين لا يتأتى لهم أن يقيموا دولة أو حكومة ذات سلطان بإزاء حكومة أهل العدل — فينبغي إذا فعلوا هذا أن نسألهم ما تقموا ، فإن ذكروا مظلمة بينة ردت فإن لم يذكروها بيعة قيل لهم : عودوا لما فارقتم من طاعة الامام العادل وأن تكون كلمتكم وكلمة أهل دين الله على المشركين واحدة ، الى أن قال ، وما أصابوا في هذه الحال على وجهين

(أحدهما) ما أصابوا من دم ومال وفرج على التأويل ثم ظهر عليهم بعد لم يبق عليهم من ذلك شيء إلا أن يوجد مال رجل بعينه فيؤخذ
والوجه الثاني : ما أصابوا على غير وجه التأويل من حذقه تعالى أو للناس ثم ظهر عليهم رأيت أن يقام عليهم كما يقام على غيرهم ممن هرب من حد أو أصابه وهو في بلاد لا والى فيها ثم جاء لها وال . وهكذا غيرهم من أهل دار غلبوا الامام عليها فصار لا يجري له بها حكم ، فنتى قدر عليهم أقيمت عليهم تلك الحدود ولم يسقط عنهم ما أصابوا بالامتناع ، ولا يمنع الامتناع حقا يقام انما يمنعه التأويل والامتناع معا . اهـ

وكان الشافعي قد قال قبل ذلك في أول كتاب قتال أهل البغي والردة ، وأمر الله تعالى ان قاتلوا أن يصلح بينهما بالعدل ، ولم يذكر تباعة في دم ولا مال ، وانما ذكر الله تعالى الصلح آخر كما ذكر الاصلاح بينهم أولا قبل الاذن بقتالهم فأدبه هذا — والله أعلم — أن تكون التباعات في الجراح والدماء وما فات من

الاموال ساقطة بينهم . قال وقد يحتمل قول الله عز وجل : فإن فاءت فأصلحوا
بينهما بالعدل ، والعدل أخذ الحق لبعض الناس من بعض ، قال وإنما ذهبنا إلى
أن القود ساقط ، والآية تحتمل المعنيين ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر بن
راشد عن الزهري قال : أدركت الفتنة الاولى أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فكانت فيها دماء وأموال فلم يقتص فيها من دم ولا مال ولا قرح أصيب
بوجه التأويل الا أن يوجد مال رجل بعينه فيدفع الى صاحبه اهـ

أما أحكام الفصل فإنه اذا أتلف أحد الفريقين على الآخر نفسا أو مالا قبل
قيام الحرب أو بعدها وجب عليه الضمان لانه أتلف مالا محرما عليه بغير القتال
فلزمه ضمانه كما لو أتفوه قبل البغى ، وإن أتفوه في حال القتال نظرت فإن أتلف
ذلك أهل العدل لم يلزمهم ضمانه بلا خلاف لأنهم مأمورون بقتالهم ، والقتال
يقضى اتلاف ذلك .

وان أتلف ذلك أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان . قال في القديم يجب
عليهم ضمان ذلك ، وبه قال مالك لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه
سلطانا ، والبغى ظالم فوجب أن يكون عليه السلطان وهو القصاص ، ولأن
الضمان يجب على آحاد أهل البغى ، فوجب أن يكون على جماعتهم وعكسه أهل
الحرب . وقال في الجديد لا يجب وعليهم الضمان ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد
ابن حنبل وهو الأصح ، لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقاتلوا ، الخ
الآية ، فأمر بقتالهم ولم يوجب ضمان ما أتلفوا عليهم

وروى أن هشام بن عبد الملك أرسل الى الزهري يسأله عن امرأة من أهل
العدل ذهبت الى أهل البغى وكفرت زوجها وتزوجت من أهل البغى ثم تاب
ورجعت هل يقام عليها الحد ؟ فقال الزهري : كانت الفتنة العظمى بين أصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم البديريون ، فأجمعوا على أنه لا حد على من ارتكب
فرحاً محظوراً بتأويل القرآن ، وأن لا ضمان على من سفك دماً محرماً بتأويل
القرآن ولا غرم على من أتلف مالا بتأويل القرآن

وروى أن علياً رضى الله عنه قاتل أهل الجمل وقتل منهم خلق عظيم وأتلف
مال عظيم ثم ملكهم ولم ينقل أنه ضمن أحداً منهم ما أتلف من نفس أو مال ،

فدل على أنه إجماع ، ومن أصحابنا من قال : القولان في الأموال والديات ، فأما القصاص فلا يجب قولاً واحداً لأنه يسقط بالشبهة

(مسألة) إذا عقد أهل البغى لأهل الحرب الذمة أو الأمان بشرط أن يماونوهم على قتال أهل العدل ، لم يصح هذا العقد في حق أهل العدل ، فيجوز لهم قتلهم مقبلين ومدبرين ، وبجاز على جريحهم ، ويجوز سبي ذراريهم ، وبتخيير الإمام فيمن أسر منهم بين المن والقتل والاسترقاق والفداء ، لأن شرط صحة العقد لم ألا يقاتلوا المسلمين ، فإذا وقع العقد على شرط قتال المسلمين لم يصح ، وإن أتلفوا على أهل العدل نفساً أو مالا لم يجب عليهم ضمانه قولاً واحداً ، كما لو قاتلوا المسلمين منفردين . وهل يكونون في أمان من أهل البغى ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي .

(أحدهما) - ولم يذكر المصنف وابن الصباغ في الشامل غيره - أنهم في أمان منهم ، لأنهم قد بذوا لهم الأمان فلزمهم الوفاء به

(والثاني) أنهم لا يكونون في أمان منهم ، لأن من لم يصح أمانه في بعض المسلمين لم يصح في حق بعضهم كمن أمنه صبي أو مجنون ، وأما إذا استعان أهل البغى بأهل الذمة على قتال أهل العدل وأعانوهم فهل تنتقض ذمتهم في حق أهل العدل ؟ ينظر فيهم فإن قالوا : لم نعلم أنهم يستعينون بنا على المسلمين - وإنما ظننا أنهم يستعينون بنا على الحرب ، أو قالوا اعتقدنا أنه لا يجوز لنا إعاتتهم عليكم إلا أنهم أكرهوا على ذلك لم تنتقض ذمتهم ، لأن عقد الذمة قد صح فلا ينتقض لأمر محتمل ، وإن لم يدعوا شيئاً من ذلك فهل تنتقض ذمتهم ؟ فيه قولان ؟

(أحدهما) تنتقض كما لو انفردوا بقتال المسلمين

(والثاني) لا تنتقض ، لأن أهل الذمة لا يعملون المحق من المباطل ، وذلك شبهة لهم .

وقال أبو اسحاق المروزي : القولان إذا لم يكن الإمام قد شرط عليهم في عقد الذمة الكف عن القتال لفظاً ، وإن شرط عليهم الكف عن ذلك انتقضت ذمتهم قولاً واحداً ؛ والطريق الأول هو المنصوص ، فإذا قلنا تنتقض ذمتهم لم يجب عليهم ضمان ما أتلفوا على أهل العدل من نفس ومال قولاً واحداً كأهل

الحرب . قال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق : ويجوز قتلهم على هذا مقبلين ومديرين ، ويتخير الامام في الأسير منهم كما قلنا في أهل الحرب .

وقال ابن الصباغ : هل يجوز قتلهم على هذا مقبلين ومديرين ؟ فيه قولان بناء على القولين فيهم إذا نقضوا الذمة ، هل يقتلون في الحال ؟ أو يجب ردهم إلى ما منيهم ؟ وهل تنتقض ذمتهم في حق أهل البغي ؟ ينبغي أن يكون على ارجحين اللذين مضيا في صحة أمان أهل البغي لأهل الحرب ، وإذا قلنا لا تنتقض ذمتهم لحكمهم حكم أهل البغي فيجوز قتلهم مقبلين ولا يجوز قتلهم مديريين ، ولا يجاز على جرحهم ولا يجوز سبي أموالهم ومن أسر منهم كان كمن أسر من أهل البغي إلا أنهم إذا أتلفوا على أهل العدل نفسا أو مالا لزمهم ضمانه قولا واحداً وللفرق بينهم وبين أهل البغي أن لأهل البغي شبهة ، فلذلك سقط عنهم الضمان في أحد القولين ، وليس لأهل الذمة شبهة فوجب عليهم الضمان ، ولأن في إيجاب الضمان على أهل البغي تنفيراً عن رجوعهم إلى الطاعة ، وقد أمرنا بإصلاحهم ، وأهل الذمة لا يخاف من نفورهم ، ولم تؤمر بالإصلاح بيننا وبينهم ، فإستعان أهل البغي بمن بيننا وبينهم هدية فأعانوهم انتقض أمانهم الا اذا ادعوا أنهم أكرهوا على ذلك ، وأقاموا على ذلك بيته ، والفرق بينهم وبين أهل الذمة أن أهل الذمة أقوى حكماً ، ولهذا لا تنتقض الذمة لخوف جنابهم والهدية تنتقض لخوف جنابهم فلأن تنتقض بنفس الاعانة أولى ، وإذا انتقض أمانهم كان حكمهم حكم أهل الحرب .

قال الشافعي رحمه الله : فإن جاء أحد تائباً لم يقتص منه لأنه مسلم محقون الدم ، فمن أصحابنا من قال أراد بذلك الحربى والمستأمن وأهل الذمة اذا قلنا تنتقض ذمتهم ، فإن الواحد من هؤلاء اذا قتل أحداً من أهل العدل ثم رجع اليهم تائباً لم يقتص منه لأنه قتل قبل اسلامه ، فأما أهل البغي فلا يسقط عنهم الضمان بالتوبة لأنهم مسلمون .

ومنها قال : ما أراد الشافعي بذلك الا أهل البغي ، وقد نص في الاثم عليه ويجوز أن يعلل بأنه مسلم محقون الدم ، لأن قتله كان بتأويل فلم يزل خفر ذمته

وانما سقط القصاص في أحد القوانين ، ومذهب كذهبنا في كل مامضى من أوجه
وأقوال وتأويلات . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان ولو ا فيما استولوا عليه قاضياً نظرت ، فإن كان ممن يستبيح
دماء أهل العدل وأموالهم — لم ينفذ حكمه لأن من شرط القضاء العدالة
والاجتهاد ، وهذا ليس بعدل ولا مجتهد ، وان كان ممن لا يستبيح دماءهم ولا
أموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضى أهل العدل . ورد من حكمه ما يرد
من حكم قاضى أهل العدل ، لأن لهم تأويلاً يسوغ فيه الاجتهاد ، فلم ينقض من
حكمه ما يسوغ فيه الاجتهاد .

وان كتب قاضيهن الى قاضى أهل العدل استحب أن لا يقبل كتابه استهانة
بهم وكسراً لقلوبهم ، فإن قبله جاز ، لأنه ينفذ حكمه لجاز الحكم بكتابه كقاضى
أهل العدل .

(فصل) وان استولوا على بلد وأقاموا الحدود وأخذوا الزكاة والخراج
والجزية اعتد به ، لأن علياً كرم الله وجهه قاتل أهل البصرة ولم يبلغ ما فعلوه
وأخذوه ، ولأن ما فعلوه وأخذوه بتأويل سائق فوجب امضاؤه كالحاكم إذ احكم
بما يسوغ فيه الاجتهاد ، فإن عاد البلد الى أهل العدل فادعى من عليه الزكاة أنه
دفعها الى أهل البغي قبل قوله ، وهل يخلف عليه مستحباً أو واجباً ؟ فيه وجهان
ذكرناهما في الزكاة .

وان ادعى من عليه الجزية أنه دفعها اليهم لم يقبل قوله ، لأنها عوض فلم
يقبل قوله في الدفع كالمستأجر اذا ادعى دفع الاجرة ، وان ادعى من عليه الخراج
أنه دفعه اليهم ففيه وجهان ، أحدهما يقبل قوله ، لأنه مسلم فقبل قوله في الدفع
كما قلنا فيمن عليه الزكاة . والثاني لا يقبل لأن الخراج ثمن أو أجره فلم يقبل
قوله في الدفع كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه في الأم في الأمان وقال بعض
الناس : لا يذبح لقاضى أهل البغي أن يحكم في الدماء والحدود وحقوق الناس

وإذا ظهر الإمام على البلد الذي فيه قاض لأهل البغى لم يرد من حكمه إلا ما يرد من حكم غيره من قضاة غير أهل البغى ، وان حكم على غير أهل البغى فلا يذبح للإمام أن يجيز كتابه خوف استحلاله أموال الناس بما لا يحل له . قال وإذا كان غير مأمون برأيه على استحلال ما لا يحل له من مال امرئ أو دمه لم يحل قبول كتابه ولا انفاذ حكمه ، وحكمه أكثر من كتابه ، فكيف يجوز أن ينفذ حكمه وهو الأقل ، ويرد كتابه وهو الأقل اهـ

وجملة ذلك أنه إذا نصب أهل البغى قاضيا - فإن كان يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يصح قضاؤه ، ولأنه ليس بعدل ، وان كان لا يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام قاضي أهل العدل سواء كان القاضي من أهل العدل أو من أهل البغى

وقال أبو حنيفة : ان كان من أهل العدل نفذ حكمه ، وان كان من أهل البغى لم ينفذ حكمه بناء على أصله أن أهل البغى يفسقون بالبغى ، وعندنا لا يفسقون وهو قول أحمد وأصحابه .

دليلنا أنه اختلاف في الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسق باختلاف الفقهاء ، ولأن علياً رضى الله عنه لما غلب على أهل البغى وكانوا قد حكموا مدة طويلة بأحكام لم يرو أنه رد شيئا منها ، ولم يرد قضاء قاضيم ، كقاضي أهل العدل .

إذا ثبت هذا فإن حكم قاضي أهل البغى بسقوط الضمان عن أهل البغى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد ، وان كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه مخالف للاجماع . وان حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للاجماع ، وان حكم بوجوب ضمان ما أتلفوه في غير حال الحرب نفذ حكمه ، فإن كتب قاضي أهل البغى الى قاضي أهل العدل بحكم فالمستحب ألا يقبل كتابه استهانة بهم وكسراً لقلوبهم ، أو كما يعبر المعاصرون بإضعاف روحهم المعنوية ، فان قبله جاز .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز لأنه محكوم بفسقهم وولاية القضاء تنافي الفسوق ولنا أننا قد أقمنا الدليل على تنفيذ حكمه ، ومن نفذ حكمه جاز قبول كتابه ،

كقاضي أهل العدل ، هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال الخراسانيون : إن كان قد نفذ القضاء قبل كتابه ، وإن لم ينفذ القضاء فهل يقبل كتابه ؟ فيه قولان وإن شهد عدل من أهل البغى قبلت شهادته ، ووافقنا أبو حنيفة على ذلك لأنهم وإن كانوا فسقة عنده من جهة التدين ، إلا أن ذلك لا يوجب رد الشهادة عنده ، وإنما قبلت شهادتهم عندنا وعند الحنابلة لأنهم ليسوا بفسقة فهم كأهل للعدل المختلفين في الأحكام

قوله : وإن استولوا على بلد وأقامه الحدود الخ ، لمحة ذلك أنه إذا استولى أهل البغى على بلد وأقاموا فيه الحدود وأخذوا الزكوات والجزية والحراج وقع ذلك موقعه .

وحكى المسعودي وجهاً آخر أنه لا يعتد بما أخذوه من الجزية وليس بشيء لأن علياً رضي الله عنه لما ظهر على أهل البغى لم يطالب بشيء مما كانوا قد جبهوه من ذلك إذا ثبت هذا فظهر الامام على البلدة التي كانوا قد غلبوا عليها ، فادعى من عليه الزكاة أنه قد كان دفع اليهم الزكاة — فإن علم الامام بذلك وقامت به عنده بينة لم يطالبه بشيء ، وإن لم يعلم الامام بذلك ولا قامت به بينة فإن دعوى من عليه الزكاة مخالفة للظاهر فيحلفه ، وهل تكون يمينه واجبة أو مستحبة ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في الزكاة للامام العنوي رضي الله عنه

فإن ادعى من عليه الجزية أنه دفعها اليهم — فإن علم الامام بذلك أو قامت به بينة لم يطالبه بشيء ، وإن لم يعلم الامام بذلك ولا قامت به بينة لم يقبل قول من عليه الجزية ، لأنه يجب عليه الدفع الى الامام لأنهم كفار ليسوا بمؤمنين ، ولأن الجزية عوض عن المساكاة فلا يقبل قولهم في دفعها من غير بينة كتمن المبيع والأجرة .

وإن ادعى من عليه الحراج أنه دفعه اليهم ، فإن علم الامام بذلك أو قامت به بينة ، لم يطالب بشيء ، وإن لم يعلم بذلك ولا قامت به بينة ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله مع يمينه لأنه مسلم فقبل قوله مع يمينه فيما دفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة (والثاني) لا يقبل قوله لأن الحراج ثمن أو أجرة فلا يقبل قوله في دفعه من غير بينة كالثمن والأجرة في غير ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أظهر قوم رأى الخوارج ولم يخرجوا عن قبضة الامام لم يتعرض لهم ، لأن علياً كرم الله وجهه سمع رجلاً من الخوارج يقول : لا حكم إلا لله تعريضاً له في التحكيم في صفين ، فقال كلمة حق أريد بها باطل ، ثم قال لكم علينا ثلاث : لا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولا تمنعكم من الشيء ما دامت أيديكم معنا ، ولا نبدؤكم بقتال ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمناقضين الذين كانوا معه في المدينة ، فلأن لا تعرض لأهل البغى وهم من المسلمين أولى ، وحكمهم في ضمان النفس والمال والحد حكم أهل العدل ، لأن ابن ملجم جرح علياً كرم الله وجهه ، فقال : أطعموه واسقوه واحبسوه ، فإن عشت فأنا ولي دمي ، أعفو إن شئت ، وإن شئت استقدت ، وإن مت فاقتلوه ولا تمنلوا به ، فإن قتل فهل يتحتم قتله ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يتحتم لأنه قتل بشهر السلاح ، فاعتزم قتله كقاطع الطريق
(والثاني) لا يتحتم وهو الصحيح لقول علي كرم الله وجهه : أعفو إن شئت وإن شئت استقدت ،

وإن سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا ، لأنه محرم ليس فيه حد ولا كفارة فوجب فيه التعزير . وإن عرضوا بالسب ففيه وجهان
(أحدهما) يعزرون لأنهم إذا لم يعزروا على التعريض صرحوا وخرقوا الهيئة
(والثاني) لا يعزرون لما روى أبو يحيى قال صلى بنا على رضى الله عنه صلاة الفجر ففساده رجل من الخوارج : لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين ، فأجابه على رضوان الله عليه وهو في الصلاة : فاصبر إن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون ، ولم يعزروه

(فصل) وإن خرجت على الامام طائفة لا منعة لها أو أظهرت رأى الخوارج كان حكمهم في ضمان النفس والمال والحدود حكم أهل العدل ، لأنه لا يخاف نفورهم لقتلهم وقدرة الامام عليهم ، فكان حكمهم فيما ذكرناه حكم الجماعة ، كما لو كانوا في قبضته

(فصل) وإن خرجت طائفة من المسلمين عن طاعة الامام بغير تأويل واستولت على البلاد ومنعت ما عليها وأخذت ما لا يجوز أخذه قصدتم الامام وطلبهم بما منعوا ورد ما أخذوا ، وغرمهم مما ألتفوه بغير حق ، وأقام عليهم حدود ما ارتكبوا ، لأنه لا تأويل لهم فكان حكمهم ما ذكرناه كقطاع الطريق

(الشرح) الخوارج هم جمع خارجة ، أى طائفة ، سماوا بذلك لخروجهم على خيار المسلمين ، وقد حكى الرافعى فى الشرح الكبير أنهم خرجوا على على رضى الله عنه حيث اعتقدوا أنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لرضاه بقتلته أو مواطابه ، كذا قال ، وهذا خلاف المستفيض من حقائق التاريخ وصادق الاخبار ، فإن كل أولئك تقرر أن الخوارج لم يطلبوا بدم عثمان ، بل كانوا ينكرون عليه شيئا ويتبرءون منه .

وأصل ذلك أن بعض أهل العراق أنكروا سيرة بعض أقارب عثمان فطعنوا على عثمان بذلك ، وكان يقال لهم القراء ، لشدة اجتهادهم فى التلاوة والعبادة ، إلا أنهم يتأولون القرآن على غير المراد منه ويستبدون بأرائهم ويبالغون فى الزهد والخشوع فلما قتل عثمان قاتلوا مع على واعتقدوا كفر عثمان ومن تابعه واعتقدوا لإمامة على وكفر من قاتله من أهل الجمل بقيادة طلحة والزبير ، فإزها خرجا الى مكة بعد أن باعما علياً فلقيا عائشة وكانت حجت تلك السنة ، فاتفقوا على طلب قتلة عثمان ، وخرجوا الى البصرة يدعون الناس الى ذلك ، فبلغ عليا فخرج اليهم فوقت بينهم وقعة الجمل المشهورة ، وانتصر على وقتل طلحة فى المعركة ، وقتل الزبير بعد أن انصرف من الوقعة .

فهذه الطائفة هى التى كانت تطلب بدم عثمان بالاتفاق ثم قام معاوية بالشام فى مثل ذلك وكان عاملاً على الشام وقد أرسل اليه على أن يبايع له أهل الشام ، فاعتل بأن عثمان قتل مظلوماً وأنها تجب المبادرة الى الاقتصاص من قتلته ، وأنه أقوى الناس على الطلب بذلك ، والتمس من على أن يمكته منهم ثم يبايع له بعد ذلك وعلى يقول ادخل فيما دخل فيه الناس وحاكمهم الى أحكم فيهم بالحق ، فلما طال الامر خرج على فى أهل العراق طالبا قتال أهل الشام ، فخرج معاوية فى

أهل الشام قاصداً لقتاله فالتقيا بمصفيين فدامت الحرب بينهم أشهراً وكاد معاوية وأهل الشام أن ينكسروا ، فرفعوا المصاحب على الرماح ونادوا : ندعوكم إلى كتاب الله ، وكان ذلك بإشارة عمرو بن العاص وهو مع معاوية فرك القتال جمع كثير ممن كان مع علي خصوصا القراء بسبب ذلك تديناً محتجين بقوله تعالى و آلم تر إلى الذين أتوا نصيباً من الكتاب يدعون إلى كتاب الله ليحكم بينهم ، الآية فراسلوا أهل الشام في ذلك فقأوا : ابغثوا حكماً منكم وحكماً منا ويحضر معهما من لم يباشر القتال فمن رأوا الحق معه أطاعوه ، فأجاب علي ومن معه إلى ذلك وأنكرت ذلك الطائفة التي صارت خوارج وفاقوا علياً وهم ثمانية آلاف ونزلوا بمكان يسمى حروراء ، ومن ثم سموا بالحرورية ؛ وكانوا بقيادة كبيرهم عبد الله ابن الكواء البشكري وشبث التيمي ، فأرسل إليهم علي عبد الله بن عباس فناظرهم فرجع كثير منهم ، ثم خرج إليهم علي فأطاعوه ودخلوا معه الكوفة ومهم رئيسهم المذكوران ثم أشاعوا أن علياً تاب من الحكومة ولذلك رجعوا معه فبلغ ذلك علياً فخطب فيهم وأنكر ذلك فتنادوا من جانب المسجد لا حكم إلا لله فقال كلمة حتى يراد بها باطل . ثم قال : لكم علينا ثلاث ، ألا تمنعكم من المساجد ولا من رزقكم من الفئ ، وألا تبدؤكم بقتال ما لم تبدؤوا فساداً ، وخرجوا شبيهاً بعد شيء إلى أن اجتمعوا بالمدين فراسلهم علي في الرجوع فأصروا على الامتناع حتى يشهد علي نفسه بالكفر لرضاه بالتحكيم ويتوب ، ثم راسلهم أيضاً فأرادوا قتل رسوله ، ثم اجتمعوا أيضاً على ألا يعتقد معتقدهم يكفر ويباح دمه وماله وأهله ، واستعرضوا الناس فقتلوا من اجناز بهم من المسلمين . ومر بهم عبد الله ابن خباب بن الارت واليأ لعلي علي بمض تلك البلاد ومعه سريره وهي حامل فقتلوه وبقروا بطن سريره عن ولد ، فبلغ علياً فخرج إليها في الجيش الذي كان هياً للخروج إلى الشام ، فأوقع بهم في النهروان ولم ينج منهم الا دون العشرة ، ولا قتل من معه الا نحو العشرة .

فهذا ملخص أمرهم ثم انضم إلى من بقي منهم من مال إلى رأيهم فكانوا مخفيين في خلافة علي حتى كان منهم ابن ملجم الذي قتل علياً رضي الله عنه بعد أن دخل في صلاة الصبح ، ثم لما وقع صلح الحسن ومعاوية ثارت منهم طائفة فأوقع بهم

عسكر الشام بمكان يقال له النخيلة ، وكانوا منقسمين في إمارة زياد وإبنة طول
 مـدة ولاية معاوية وإبنة يزيد ، وظفر زياد وإبنة بجهاة منهم فأبادهم بين قتل
 وحبس طويل ، ثم بعد ذلك ظهر الخوارج بالعراق في خلافة ابن الزبير وادعاء
 مروان الخلافة وكانوا بقيادة نافع بن الأزرق وبالجمامة مع نجدة بن عامر ، وزاد
 نجدة على معتقد الخوارج أن من لم يخرج ويحارب المسلمين فهو كافر ، ولو اعتقد
 معتقد ، وعظم البلاء بهم وتوسعوا حتى أبطلوا رجم المحسن وقطعوا يد السارق
 من الإبط ، وأوجبوا الصلاة على الحائض حال حبسها ، وكفروا من ترك
 الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إن كان قادراً ، وإن لم يكن قادراً فقد ارتكب
 كبيرة ، وحكم مرتكب الكبيرة عندهم حكم الكافر ، وكفوا عن أموال أهل
 الذمة وعن التعرض لهم مطلقاً ، وفتكوا في المنتسبين إلى الإسلام بالقتل والسبي
 والنهب ، فمنهم من يفعل ذلك مطلقاً ، ومنهم من يدعو أولاً ثم يفتك .
 هذا معتقد الخوارج والسبب الذي لأجله خرجوا ، ويتبين بذلك بطلان
 ما حكاه الرافعي .

قال الشوكاني : وقد وردت بما ذكرنا من أصل حال الخوارج أخبار جياذ .
 منها ما أخرجه عبد الرزاق عن معمر بن الزهري الخ . وعدة فرق الخوارج
 نحو عشرين فرقة .

قال ابن حزم : وأقربهم إلى الحق الإباضية . قلت وهم يعيشون الآن في جبال
 القبائل في شمال إفريقيا من تونس والجزائر ومراكش ، كما أن لهم إماماً في عمان
 وقد قرأت في كتبهم أنهم يتبعون في فقههم أبا الشعثاء جابر بن زيد ، وهو موثق
 في جميع كتب أهل السنة وله عندهم أخبار وروايات رواها عنه عبد الله بن إياض
 لم أجدها عندها .

فإذا ثبت هذا فأظهر قوم رأى الخوارج فتنجبوا الجماعات وسبوا السلف
 وأكفروهم وقالوا : من أتى بكبيرة خرج من الملة واستحق الخلود في النار ،
 ولكنهم لم يخرجوا من قبضة الإمام فإنه لا يقاتلهم في ذلك كما روينا في الرجل
 الذي قال على باب المسجد وعلى يخطب : لا حكم إلا لله ، وكان خارجياً ،

لأن هذا كلامهم . وروى أن عاملاً لعمر بن عبد العزيز كتب إليه أن قوماً يرون رأى الخوارج يسبونك ، فقال إذا سبوني سبواهم ، وإذا حملوا السلاح فاحملوا السلاح ، وإذا ضربوا فاضربوهم . اهـ

بإذا سبوا الإمام أو غيره عزروا ، وإن عرضوا بسب الإمام عن طريق الكناية أو النكتة أو الفكاهة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يعزرون ، لأن علياً رضى الله عنه سمع رجلاً خلفه في صلاة الفجر يقول (لئن أشركت ليحبطن عملك) ورفع بها صوته تعريضاً له بذلك ، فأجابته علي (فاصبر إن وعد الله حق ولا يستخفك الذين لا يوقنون) ولم يعزره ولأن التعريض يحتمل السب وغيره .

(والثاني) يعزرون لأنه إذا لم يعزروهم بالتعريض بالسب ارتقوا إلى التصريح بالسب وإلى أعظم منه ، فإن بعث لهم الامام والياً فقتلوه وجب عليهم القصاص لأن علياً بعث عبد بن خباب إلى أهل النهروان والياً كما قتلنا فقتلوه ، فبعت اليهم أن ابعدوا بقاتله فأبوا وقاروا ، فقتلنا قتله ، فسار اليهم وقاتلهم ، وهل يتحتم القصاص على القاتل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يتحتم لأنه قتل بإشهار السلاح فصار بمنزلة قاطع الطريق .
(والثاني) لا يتحتم لأنه لم يقصد بذلك اخافة الطريق وأخذ الأموال ، فأشبهه من قتل رجلاً منفرداً

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب قتل المرتد

تصح الردة من كل بالغ عاقل مختار ، فأما الصبي والمجنون فلا تصح ردتها لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وأما السكران ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال تصح رדתه قولاً واحداً ، ومنهم من قال فيه قولان ، وقد بينا ذلك في الطلاق ، فأما المكره فلا تصح رדתه لقوله تعالى « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » ، وإن تلفظ بكلمة الكفر وهو أسير لم يحكم برדתه لأنه مكره ، وإن تلفظ بها في دار الحرب في غير الأسر حكم برדתه ، لأن كونه في دار الحرب لا يدل على الاكراه ، وإن أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر لم يحكم برדתه ، لأنه قد يأكل ويشرب من غير اعتقاد ، ومن أكره على كلمة الكفر فالأفضل أن لا يأتي بها لما روى أنس رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الإيمان : أن يكون الله ورسوله أحب إليه مما سواهما ، وأن يحب لله لا يحب الله عز وجل ، وأن يكره أن يعود في الكفر كما يكره أن توقد ناراً فيقذف فيها » .

وروى خباب بن الأرت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أن كان الرجل ممن كان قبلكم ليحفر له في الأرض فيجعل فيها ، فيجاء بمشقة فتوضع على رأسه ويشق بائنتين ، فلا يمنعه ذلك عن دينه ، ويمشط بأمشاط الحديد ما دون عظمه من لحم وعصب ما يصدده ذلك عن دينه » .

ومن أصحابنا من قال : إن كان ممن يرجو النكاية في العدو أو القيام بأحكام

الشرع فالأفضل له أن يدفع القتل عن نفسه ، ويتلفظ بكلمة الكفر ، لما في بقائه من صلاح المسلمين ، وإن كان لا يرجو ذلك اختار القتل .

(الشرح) قوله تعالى : إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ورد في سبب نزولها ثلاث روايات . الأولى ما أخرجه ابن أبي حاتم عن ابن عباس قال : لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يهاجر إلى المدينة أخذ المشركون بلالا وخبثاباً وعماراً ، فأما عمار فقال لهم كلمة أعجبتهم تقية ، فلما رجع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حدثه فقال : كيف كان قلبك حين قلت أكان منشراً بالذي قلت ؟ قال لا ، فنزلت ،

الثانية : ما أخرجه أيضاً عن مجاهد قال : نزلت هذه الآية في أناس من أهل مكة آمنوا ، فكتب إليهم بعض الصحابة بالمدينة أن هاجروا ، فخرجوا يريدون المدينة فأدركتهم قريش بالطريق ففتنهم فكفروا ومكروا بهم ، ففهم نزلت هذه الآية . الثالثة : أخرجه ابن سعد في الطبقات عن عمر بن الحكم قال : كان عمار ابن ياسر يعذب حتى لا يدري ما يقول وبلال وعامر بن فهيرة وقوم من المسلمين وفيهم نزلت هذه الآية .

وقال مجاهد : أول من أظهر الإسلام سبعة : رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وبلال وخباب وعمار وصهيب وسمية . فأما رسول الله ففعله أبو طالب وأما أبو بكر ففعله قومه ، وأما الآخرون فألبسوهم أدرع الحديد وأوقفوهم في الشمس فبلغ منهم الجهد ما شاء الله أن يبلغ من حر الحديد والشمس ، فلما كان من العشاء أتاهم أبو جهل ومعه حربة ، فجعل يشتمهم ويؤذيهم ، ثم أتى سمية فطعن بالحربة في قلبها حتى خرجت من فيها ، فهي أول شهيد استشهد في الإسلام أما حديثه رفع القلم عن ثلاثة الخ ، فقد أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن علي وعن عمر رضي الله عنهما ، وحديث أنس ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الإيمان . الحديث ، فقد أخرجه أحمد في المسند والشيخان والترمذي وابن ماجه والنسائي

وحديث خباب بن الارت ولفظه : أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو

متوسد برده في ظل الكعبة فشكرونا اليه فقلنا ألا تستنصر لنا؟ ألا تدعو الله لنا؟
 لجلس محمراً وجهه فقال « قد كان من قبلكم الخ الحديث ، فقد أخرجه البخاري
 في الإكراه عن مسدد ، وفي علامات النبوة عن محمد بن المثني ، وفي مبعث النبي
 صلى الله عليه وسلم عن الحميدي ، وأخرجه أبو داود في الجهاد عن عمرو بن عون
 والنسائي في الزينة عن يعقوب بن ابراهيم ومحمد بن المثني
 أما اللغات فإن الارتداد الرجوع عن الدين والاسم الردة ، ورد عن الشيء
 رجع عنه ، الاطمئنان السكون واستئناس القلب .

قوله « فيقذف فيها ، أي يرمى فيها ويطرح ، والمنشار والمبشار غير مهموز . الآلة
 المعروفة ، والتكابة في العدو أصله الرجوع والالم ، وقيل هو قشر الجرح . قال الشاعر
 « ولا تنكئ قرح الفؤاد فينجما ،

أما الأحكام فإن المرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر . قال تعالى
 « ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا
 والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ،

إذا ثبت هذا فإن الردة إنما تصح من كل باغ عاقل مختار ، فأما الصبي والمجنون
 فلا تصح ردتهم . وقال أبو حنيفة تصح ردة الصبي ولكن لا يقتل حتى يبلغ .
 ومرد هذا الخلاف إلى صحة إسلام الصبي ، فعند الشافعي وزفر أن الصبي لا يصح
 إسلامه حتى يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي
 حتى يبلغ ، ولأنه قول ثبت به الأحكام فلم يصح من الصبي كالمهية ، ولأنه أحد
 من رفع القلم عنه فلم يصح إسلامه كالمجنون والنائم ، ولأنه ليس بمكلف أشبه
 الطفل . وقال أبو حنيفة وصاحبه وأحمد بن حنبل وسائر أصحابه ، وإسحاق
 وابن أبي شبة وأبو أيوب يصح إسلام الصبي إذا كان له عشر سنين وعقل الإسلام
 لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ،

وقوله « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها
 عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله ، وقوله صلى الله عليه
 وسلم « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه حتى يعرب عنه
 لسانه إما مشكراً وإما كفوراً ، وهذه الأخبار يدخل في عمومها الصبي ، ولأن

الاسلام عبادة محضة فصحت من الصبي للماقل كالصلاة والحج ، ولأن الله تعالى دعا عباده إلى دار السلام وجعل طريقها الاسلام ، وجعل من لم يهتد دعوته في الجحيم والعذاب الأليم ، ولأن علياً أسلم صبياً ، وقال

سبقتكم إلى الاسلام طراً صبياً ما بلغت أو ان حلم

ولذا قيل ، أول من أسلم من الرجال أبو بكر ، ومن الصبيان علي ، ومن النساء خديجة ، ومن العبيد بلال . وقال عروة أسلم علي والزبير وهما ابنا ثمان سنين ، وقد اختلف القائلون بصحة إسلام الصبي في حد السن ، فقال الخرقى عشر سنين لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضربه على الصلاة لعشر ، وقال ابن قدامة أكثر المصححين لإسلامه لم يشترطوا ذلك ولم يحدوا له حداً من السنين وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، لأن المقصود متى ما حصل لا حاجة إلى زيادة عليه وروى عن أحمد إذا كان ابن سبع سنين فأسلامه لإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم مروم بالصلاة لسبع

وقال ابن أبي شيبة ، إذا أسلم وهو ابن خمس سنين صح إسلامه ، وقال أبو أيوب ، أجزأ إسلام ابن ثلاث سنين فمن أصاب الحق من صغير أو كبير أجزأه . إلا أنهم قالوا لا يقتل إلا إذا بلغ وجاوز البلوغ بثلاثة أيام فإذا ثبت هذا فإذا ارتد صحته رده عندهم ، وهو الظاهر من مذهب أبي حنيفة ومالك . وفي رواية عن أحمد بهذا ، ورواية أنه يصح إسلامه ولا تصح رده وهل تصح ردة السكران ؟ ذكر الشيخ أبو اسحق هنا فيها طريقتين ، أحدهما أنها على قولين ، والثانية لا تصح رده قولاً واحداً ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وأكثر أصحابنا غير هذه الطريقة . ومن أكره على كلمة الكفر فالأفضل ألا يأتي بها .

ومن أصحابنا من قال ، إن كان ممن يرجو النكاية في أمر العدو والقيام في أمر الشرع فالأفضل أن يدفع القتل عن نفسه ويتلفظ بها ، وإن كان لا يرجو ذلك اختار القتل ، والمذهب الأول ، لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الإيمان ، أن يكون الله ورسوله أحب إليه مما سواهما وأن يحب المرء لا يحبه إلا لله ، وأن يكره أن يعود في الكفر كما يكره

أن يقذف في النار، فإن أكره على التلفظ بكلمة الكفر فقالها وقصد بها الدفع عن نفسه ولم يعتقد الكفر بقلبه لم يحكم برده ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ، وقال محمد بن الحسن هو كافر في الظاهر تبين منه امرأته ولا يرثه المسلمون أن مات ولا يغسل ولا يصلى عليه ، وعزا العمراني في البيان هذا إلى أبي يوسف .
 دليلنا قوله تعالى : لا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ، وفي الآية تقديم وتأخير ، وتقديرها من كفر بالله بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فإذا أكره الأسير على كلمة الكفر فقالها لم يحكم بكفره لما ذكرناه ، فإن مات ورثه ورثته المسلمون ، لأنه محكوم ببقائه على الإسلام فإن عاد إلى دار الإسلام عرض عليه الإسلام وأمر بالاتبان به لاحتمال أن يكون قال ذلك اعتقاداً ، فإن أتى بكلمة الإسلام علمنا أنه أتى بكلمة الكفر مكرهاً ، وإن لم يأت بالإسلام علمنا أنه أتى بكلمة الكفر معتقداً له .

قال الشافعي رحمه الله وإن قامت بينة على رجل أنه تلفظ بكلمة الكفر وهو مجبوس أو مقيد ولم يقل البينة أنه أكره على التلفظ بذلك لم يحكم بكفره ، لأن القيد والحبس إكراه في الظاهر . وهكذا قال في الإقرار إذا أقر بالبيع أو غيره من العقود وهو مجبوس أو مقيد ، ثم قال بعد ذلك كنت مكرهاً على الإقرار ، قبل قوله في ذلك ، لأن القيد والحبس إكراه في الظاهر ، وإن قامت بينة أنه كان يشرب الخمر ويأكل لحم الخنزير في دار الكفر لم يحكم بكفره لأنها معاص ، وقد يفعلها المسلم وهو يعتقد تحريمها فلم يحكم بكفره . وإن مات ورثه ورثته المسلمون لأنه محكوم ببقائه على الإسلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا ارتد الرجل وجب قتله لما روى أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه قال ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، رجل كفر بعد إسلامه ، أو زنى بعد إحصائه ، أو قتل نفساً بغير نفس ، فإن ارتدت امرأة وجب قتلها لما روى جابر رضي الله عنه

أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت عن الإسلام ، فبلغ أمرها الى النبي صلى الله عليه وسلم فأمر أن تستتاب ، فإن تاب وإلا قتلته ، وهل يجب أن يستتاب أو يستحب ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يجب لأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمنه القاتل ، ولو وجبت الاستتابة لضمنه .

(والثاني) أنها يجب لما روى أنه لما ورد على عمر رضى الله عنه فتح تستر فسألهم هل كان من مغربة خبر؟ قالوا نعم ، رجل ارتد عن الإسلام ولحق بالمشركين فأخذناه وقتلناه ، قال فملا أدخلتموه بيتاً وأعلقتم عليه باباً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستبتموه ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتلتموه ، اللهم إني لم أشهد ولم أمر ولم أرض إذ بلغنى ، ولو لم يجب الاستتابة لما تبرأ من فعلهم .

فإن قلنا إنه يجب الاستتابة أو تستحب ففي مدتها قولان .

(أحدهما) أنها ثلاثة أيام لحديث عمر رضى الله عنه ، ولأن الردة لا تكون إلا عن شبهة وقد لا يزول ذلك بالاستتابة في الحال فقدر بثلاثة أيام ، لأنه مدة قريبة يمكن فيها الارتياح والنظر ، ولهذا قدر به الخيار في البيع .

(والثاني) وهو الصحيح أنه يستتاب في الحال ، فإن تاب وإلا قتل لحديث أم رومان ، ولأنه استتابة من الكفر فلم تنقذ بثلاث كاستتابة الحرى ، وإن كان سكراناً فقد قال الشافعى رحمه الله يؤخر الاستتابة ، فن أصحابنا من قال تصح استتابة والتأخير مستحب ، لأنه تصح رده فصحت استتابة .

ومنهم من قال لا تصح استتابةه ويجب التأخير ، لأن رده لا تكون إلا عن شبهة ، ولا يمكن بيان الشبهة وإزالتها مع السكر ، وإن ارتد ثم جن لم يقتل حتى يفيق ويعرض عليه الإسلام ، لأن القتل يجب بالردة ، والأصرار عليها ، والمجنون لا يوصف بأنه مصر على الردة .

(الشرح) حديث عثمان لا يجزئ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، أخرجه أبو داود في الديبات عن سليمان بن حرب والترمذى في المغتن عن أحمد ابن عبده واللسانى في الأحباس عن زياد بن أيوب ، وعن عمران بن بكار بن

راشد ، وأخرجه الشيخان وأبو داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن مسعود وحديث جابر أن أم رومان ، وفي تلخيص الجبير أن الصواب أم مروان أخرجه الدارقطني والبيهقي من طريقين ، وزاد في أحدهما فأبت أن تسلم فقتلت قال الحافظ ابن حجر وإسناداهما ضعيفان .

وأخرج البيهقي من وجه آخر ضعيف عن عائشة أن امرأة ارتدت يوم أحد فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت وأخرج الدارقطني والبيهقي أن أبا بكر رضى الله عنه استتاب امرأة يقال لها أم قرفة كفرت بعد إسلامها فلم تتب فقتلها

قال الحافظ ابن حجر : وفي السير أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل أم قرفة يوم قريظة ، وهي غمخ تلك . وفي الدلائل عن أبي نعيم أن زيد بن ثابت قتل أم قرفة في سريته الى بني فزارة .

أما أثر عمر رضى الله عنه فقد أخرجه الشافعي عن محمد بن هب الله بن عبد القارى قال : قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى فسأله عن الناس فأخبره ، ثم قال هل من مغربة خير ؟ قال نعم ، كفر رجل بعد إسلامه ، قال فما فعلتم ؟ قال قربناه فضررنا عنقه ، فقال هلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ، اللهم إني لم أحضر ولم أرض إذ بلغنى ، وأخرجه مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله ابن عبد القارى عن أبيه .

قال الشافعي رضى الله عنه : من لا يتأني بالمرتد ، زعموا أن هذا الأثر عن عمر ليس بم متصل . اهـ

ورواه البيهقي من حديث أنس قال : لما نزلنا على تستر ، فذكر الحديث وفيه : فقدمت على عمر رضى الله عنه فقال يا أنس ما فعل الستة الرهط من بكر بن وائل الذين ارتدوا عن الإسلام فلاحقوا بالمشركين ؟ قال يا أمير المؤمنين قتلوا بالمعركة ، فاسترجع عمر : قلت وهل كان سبيلهم الا القتل ؟ قال نعم ، قال كنت أعرض عليهم الإسلام فإن أبوا أو دعتمهم السجن ،

أما اللغات فقوله « هل من مغربة خبر » بضم الليم وسكون الفين . قال أبو عبيد وكسر الراء وفتحها مع الاضافة فيهما ، معناه هل من خير جديد . قال الرافعي شيوخ الموطأ فتحوا الفين وكسروا الراء وشددوها . قلت وأصله من العترب وهو البعد . يقال « دار غربة » أى بعيدة . الارتباء والنظر هو الافتعال من الرأى والتدبير والتفكر فى الأمر وعاقبته وصلاحه ، والنظر هو التفكر أيضاً .

وقوله « الاصرار عليها » أى الإقامة والدوام

أما الأحكام فإنه إذا ارتد الرجل وجب قتله ، سواء كان حراً أو عبداً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يهل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، رجل كفر بعد إسلامه ، أو زنى بعد إحصان ، أو قتل نفساً بغير نفس » وقد قدم معاذ على أبى موسى البليغ ، فوجد عنده رجلاً موثقاً كان يهودياً فأسلم ثم تهود منذ شهرين ، فقال والله لا قعدت حتى تضرب عنقه ، قضاه الله ورسوله أن من رجع عن دينه فاقتلوه ، أخرجه أحمد والبيهقيان ، ولأبى داود « فأتى أبو موسى برجل قد ارتد عن الاسلام ، فدعاه عشرين ليلة أو قريباً منها ، فجاء معاذ فدعاه فأبى فضرب عنقه ،

وقد انعقد الاجماع على قتل المرتد ، وان ارتدت امرأة حرة أو أمة وجب قتلها ، وبه قال أبو بكر الصديق رضى الله عنه والحسن والزهرى والأوزاعى والليث ومالك وأحمد وإسحق . وقال على « اذا ارتدت المرأة استرقت » وبه قال قتادة ، وهى إحدى الروايتين عن الحسن . وقال أبو حنيفة لا تقتل وانما تهبس وتطالب بالرجوع الى الاسلام ، وان لحقت بدار الحرب سببت واسترقت ، ويروى ذلك عن عبد الله بن عباس ، دليلنا ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من بدل دينه فاقتلوه »

وقال معاذ رضى الله عنه « قضى الله ورسوله أن من رجع عن دينه فاقتلوه » وهذا عام فى النساء والرجال ، ولحديث جابر فى أم رومان أو أم مروان . (فرع) إذا قال المرتد ناظرونى واكشفوا لى الحجمة ، فهل يناظر ؟ قال

المسعودى فيه وجهان

(أحدهما) يناظر لأنه هو الانصاف (والثاني) لا يناظر لأن الاسلام قد وضع فلا معنى لحجته عليه .

(فرع) يستتاب المرتد قبل أن يقتل . وقال الحسن البصرى لا يستتاب ، وان كان كافراً فأسلم ثم ارتد فإنه يستتاب . دليلنا أثر عمر ، فهلا أدخلتموه بيتنا وأغلقتم عليه بابا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ثلاثا فإن تاب والا قتلتموه ، اللهم انى لم أشهد ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى ،

إذا ثبت هذا فهل الاستتابة مستحبة أو واجبة ؟ فيه قولان ، قال الشيخ أبو حامد ، وقيل هما وجهان (أحدهما) أنها مستحبة ، وبه قال أبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه ، فأوجب قتله ولم يوجب استتابته ، ولأنه لو قتله قاتل قبل الاستتابة لم يجب عليه ضمانه ، ولهذا لم يوجب عمر رضى الله عنه الضمان على الذين قتلوا المرتد قبل استتابته ، فلو كانت الاستتابة واجبة لوجب ضمانه ، فعلى هذا لا يأثم اذا قتله قبل الاستتابة

(والثاني) أن الاستتابة واجبة لقوله تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) فأمر الله بمخاطبة الكفار بالانتهاء . ولم يفرق بين الأصلي والمرتد ولما روينا عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبالقول الاول قال عبيد بن عمير وطاوس والحسن وأحمد فى احدى روايته ، وبالقول الثانى قال عطاء والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأى ، والرواية الاخرى عن أحمد ، وعزا ابن قدامة الوجوب الى عمر وعلى ، وفند القول بعدم الوجوب ورجح الوجوب . قال للشوكاني بعدم الوجوب قال أهل الظاهر وقوله ابن المنذر عن معاذ وعبيد بن عمير وعليه يدل تصرف البخارى ، فإنه استظهر بالآيات التى لا ذكر فيها للاستتابة والتى فيها أن التوبة لا تنفع ، وبعموم قوله صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه ، وبقصه معاذ المذكورة ولم يذكر غير ذلك .

وقال الطحاوى فى شرح معانى الآثار ذهب هؤلاء الى أن حكم من ارتد عن الاسلام حكم الحربى الذى بلغته الدعوة ، فإنه يقابل من يقبل أن يدعى . قالوا وإنما تشرع الاستتابة لمن خرج عن الاسلام لا عن بصيرة ، فأما من خرج عن

بصيرة فلا ، ثم فقل عن أبي يوسف موافقتهم ، لكن إن جاء مبادراً بالتوبة خلى سبيله ووكّل أمره الى الله

واختلف القائلون بالاستنابة هل يكتفى بالمرّة أم لا بد من ثلاث ، وهل الثلاث في مجلس أو في يوم أو في ثلاثة أيام . ونقل ابن بطال عن علي أنه يستتاب شهراً . وعن النخعي يستتاب أبداً

قلت ، وقولهم لو وجب الاستنابة لوجب الضمان يبطل بقتال نساء أهل الحرب وذراريهم ، فإنه يحرم قتلهم ، ولو قتلهم لم يجب ضمانهم ، فعلى هذا إذا قتله قبل الاستنابة أتم لا غير ، وفي قدر مدة الاستنابة سواء قلنا بالاستنابة أو الوجوب فبالثلاثة الأيام . قال مالك وأحد قولي الشافعي وأحمد وأبو حنيفة ووجهه ما روينا عن عمر ، ولأن الاستنابة تراد لزوال الشبهة فقدّر ذلك بثلاث لأنها آخر حد القلة وأول حد الكثرة ، والثاني - وهو الذي فصره الشافعي - يستتاب في الحال .

وقال الزهري يستتاب ثلاث مرات في حالة واحدة ، وقال أبو حنيفة يستتاب ثلاث في ثلاث جمع كل جمعة مرة ، وقال الثوري يستتاب أبداً ويحبس إلى أن يتوب أو يموت .

(فرع) وأما السكران فإنه لا يستتاب في حال سكره وإنما يؤخر إلى أن يفيق ثم يستتاب ، لأن استنابته في حال إفاقته أرجى لإسلامه ، فإن استناب في حال سكره صح إسلامه .

وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يصح إسلامه وبه قال أبو حنيفة ، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ، فخاطبه في حال السكر فدل على أنه مخاطب مكلف فكل من كان مخاطباً مكلفاً صح إسلامه كالمصاحي ، وإذا أسلم في حال السكر فالمستحب ألا يخلى بل يحبس إلى أن يفيق - فإن أفاق وثبت على إسلامه - خلى سبيله ، وإن أعاد الكفر قتل ، فإن ارتد ثم جن أو تبرس لم يقتل حتى يفيق من جنونه ويبرأ من برسامه ، لأن المرتد لا يقتل

إلا بالردة والمقام عليها باختياره ، والمجنون والمبرسم لا يعلم إقامته على الردة باختياره فلم يقتل .

قال المصنف رحمه الله

(فصل) وإذا تاب المرتد قبلت توبته سواء كانت رده إلى كفر ظاهر به أهله أو إلى كفر يستتر به أهله كالتعطيل والزندقة ، لما روى أنس رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله واستقبلوا قبلتنا وصلواتنا ، وأكوا ذبيحتنا فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقهما ولهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كفت عن المنايحين لما أظهروا من الإسلام مع ما كانوا يبطنون من خلافه ، فوجب أن يكف عن المعطل والزنديق لما يظهر منه من الإسلام ، فإن كان المرتد ممن لا تأويل له في كفره فأتى بالشهادتين حكم بإسلامه لحديث أنس رضي الله عنه فإن صلى في دار الحرب حكم بإسلامه ، وإن صلى في دار الإسلام لم يحكم بإسلامه ، لأنه يحتمل أن تكون صلواته في دار الإسلام للمراة والتقية ، وفي دار الحرب لا يحتمل ذلك ، فدل على إسلامه وإن كان ممن يزعم أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى العرب وحدها أو ممن يقول إن محمداً نبي يبعث وهو غير الذي بعث ، لم يصح إسلامه حتى يتبرأ مع الشهادتين من كل دين خالف الإسلام ، لأنه إذا اقتصر على الشهادتين احتتمل أن يكون أراد ما يعتقده ، وإن ارتد بمجرد فرض أو استباحة محرم لم يصح إسلامه حتى يرجع عما اعتقده ويعيد الشهادتين لأنه كذب الله وكذب رسوله بما اعتقده في خبره فلا يصح إسلامه حتى يأتي بالشهادتين ، وإن ارتد ثم أسلم ثم ارتد ثم أسلم ، وتكرر منه ذلك قبل إسلامه ويعزر على تهاونه بالدين .

وقال أبو اسحاق لا يقبل إسلامه إذا تكررت رده ، وهذا خطأ لقوله عز وجل دقل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ، ولأنه أتى بالشهادتين بعد الردة فحكم بإسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم .

(الشرح) حديث أنس ، أمرت أن أقاتل الناس ، أخرجهم الطبراني عن أنس وقد اعتبره السيوطي من المتواتر ، وكذلك فعل عبد الله الصديق في الكنز الثمين ، والسيوطي جعل شرطه في التواتر أن يرويه عشرة من الصحابة ، وهذا رواه من الصحابة ابن عمر عند البخاري ومسلم وأبو هريرة عندهما وجابر عند مسلم وأبو بكر الصديق وعمر وأوس وجابر الجعفي في مصنف ابن أبي شيبة وأفس وسمرة وسهل بن سعد وابن عباس وأبو بكرة وأبو مالك الأشجعي عند الطبراني وعياض الانصاري والنعمان بن بشير عند البزار .

أما اللغات : فالتعطيل مذهب قوم يذهبون الى أن لا إله يعبد ولاجنة ولا نار ، وقد ذهب بعض الدعاة لمذهب السلام في الصفات الى إطلاق هذا على من يدعو لمذهب الخلف من المأولين . والزندقة كلمة فارسية معربة ، وهو مذهب المثنوية والواحد زنديق والجمع زنادقة ، وكان مذهب قوم من قريش في الجاهلية ، والثنوية يزعمون أن مع الله ثانياً - تعالى الله عن ذلك -

قال الأزهرى والذي يقول الناس زنديق ؛ فإن أحمد بن يحيى زعم أن العرب لا تعرفه . ويقال زندق وزندق

قال أبو حامد السجستاني الزنديق فارسي معرب أصله زنده كرد ، أى يقول بدوام الدهر ، وقال ثعلب ليس في كلام العرب زنديق ، وإنما يقال زندق لمن يكون شديد التحيل ، وإذا أراد ما تريد العامة قاروا ملحد ودهرى (بفتح الدال) وإذا ضموا أرادوا كبر السن

أما الأحكام فإن المرتد إذا أسلم ولم يقتل صح إسلامه ، سواء كانت ردة الى كفر مظاهر به أهله ، كاليهودية والنصرانية وعبادة الأصنام ، أو الى كفر يستتر به أهله كالزندقة .

والزنديق هو الذى يظهر الاسلام ويبطن الكفر ، ففى قامت بينة أنه تكلم بما يكفر به فإنه يستتاب وإن تاب والا قتل . فإن استتب فتاب قبلت توبته ، وقال بعض الناس اذا أسلم المرتد لم يحقن دمه بحال ، لقوله صلى الله عليه وسلم

من بدل دينه فاقتلوه . وهذا قد بدل . وقال مالك وأحمد وإسحاق لا تقبل توبة
الزنديق ولا يحقن دمه بذلك ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة . والرواية
الأخرى كذهبتنا .

دللنا قوله تعالى (يحلفون بالله ما قاروا ولقد قاروا كلمة الكفر وكفروا بعد
إسلامهم - إلى قوله تعالى - فإن يتوبوا يك خيراً لهم) فأثبت لهم التوبة بعد
الكفر بعد الاسلام

وروى عمر وأبو بكر وأبو هريرة وأنس وغيرهم أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قاروا عصبوا
منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، وهذا قد قالها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ارتد ثم أقام على الردة ، فإن كان حراً كان قتله الى الإمام لأنه قتل يجب لحق الله تعالى ، فكان الى الامام ، كرجم الزاني ، فإن قتله غيره بغير إذنه عزز لأنه افتات على الامام ، فإن كان عبداً ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز للمولى قتله لأنه عتوبة يجب لحق الله تعالى فجواز للمولى إقامتها كحد الزنا .

(والثاني) لا يجوز للمولى قتله لأنه حق الله عز وجل لا يتصل بحق المولى فلم يكن للمولى فيه حق بخلاف حد الزنا فإنه يتصل بحقه في إصلاح لمكة

(الشرح) من أسلم وعرف الاسلام إجمالاً أو تفصيلاً رجلاً كان أو امرأة ثم انقلب عنه أو طعن فيه أو أنكر منه شيئاً معروفاً بالضرورة بين المسلمين استتبع وبين له ما أشكل عليه من غير إهمال ولا انظار ، فإن تاب والا قتل وأن يكون التنفيذ للإمام وفي عصرنا الحاضر للحكومة ولا يجوز للقانون الاسلامي أحداً غيرها أن يقيم الحد ، فقد أجمعت فقهاء الامة على هذا ، فإن اعترض معترض بقول الله تعالى (فاجلدوا) رد عليه بأن الاحكام جميعها من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين كانت تنفذ بأمرهم ، ولما رواه البخاري من أنه بعث معاذ بن جبل الى اليمن ، فلما قدم عليه ألقى له وسادة وإذا رجل موثق ؛ فقال ما هذا ؟ قال كان يهودياً فأسلم ثم تهود ، قال لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ، ثلاث مرات ، فأمر به فقتل ، كما أنه حفاظاً للكيبان الدولة من أن يطلع أحد أفرادها على الآخر رجماً بالغيب وافتمتتا على حقوق الآخرين ، وقد توقفنا عن الكلام في إقامة السيد الحد على مملوكه انتمساءً بسلفنا ولما عرفناه في وقتنا الحاضر من أن تعاليم الاسلام تحت الرق على مرور الزمن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه لا يزول ملكه من ماله ، وهو اختيار المزني رحمه الله ، لأنه لم يوجد أكثر من سبب يبيح

الدم وهذا لا يوجب زوال الملك عن ماله ، كما لو قتل أو زنى ، والقول الثاني أنه يزول ملكه عن ماله ، وهو الصحيح لما روى طارق بن شهاب أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لو فد براحة وغطفان : نغتم ما أصبنا منكم وتردون علينا ما أصبتم منا ، ولأنه عصم بالاسلام دمه وماله ثم ملك المسلمون دمه بالردة فوجب أن يملكوا ماله بالردة .

والقول الثالث أنه مراعى فإن أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه وإن قتل أو مات على الردة حكمنا بأنه زال ملكه ، لأن ماله معتبر بدمه ، ثم استباحة دمه موقوفة على توبته فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفاً ، وعلى هذا في ابتداء ملكه بالاصطياد والابتجاع وغيرهما ، الأقوال الثلاثة ، أحدها يملك ، والثاني لا يملك ، والثالث أنه مراعى .

فإن قلنا إن ملكه قد زال بالردة صار المال فينا للمسلمين وأخذ إلى بيت المال . وإن قلنا أنه لا يزول أو مرعى حجر عليه ومنع من التصرف فيه ، لأنه تعلق به حق المسلمين وهو متهم في إضاعته ، لحفظه كما يحفظ مال السفينة . وأما تصرفه في المال فإنه إن كان بعد الحجر لم يصح لأنه حجر ثبت بالحاكم فنع صحة التصرف فيه كالحجر على السفينة ، وإن كان قبل الحجر ففيه ثلاثة أقوال بناء على الأقوال في بقاء ملكه .

(أحدها) أنه يصح (والثاني) أنه لا يصح (والثالث) أنه موقوف

(فصل) وإن ارتد وعليه دين قضى من ماله لأنه ليس بأكثر من موته ،

ولو مات قضيت ديونه فكذلك إذا ارتد

(الشرح) أثر طارق بن شهاب أخرج بعضه البخارى وأخرجه البيهقي من حديث ابن اسحاق عن عاصم بن حمزة ، وأخرجه البرقاني في مستخرجيه على شرط البخارى بلفظه عن طارق بن شهاب قال جاء وفد براحة من أسد وغطفان إلى أبي بكر يسألونه الصلح ، فخيرهم بين الحرب المجلية والسلم المحزبة والسكرع ، ونغتم ما أصبنا منكم وتردون علينا ما أصبتم منا ، وتدون قتلانا وتسكون قتلاكم

في النار ، وتتركون أقواماً يتبعون أذناب الابل حتى يرى الله خليفة رسوله
 والمهاجرين والأنصار أمرا يعذرونكم به ، فعرض أبو بكر ما قال هل القوم ،
 فقام عمر بن الخطاب فقال قد رأيت رأياً وسفسيف عليك ، أما ما ذكرت من
 الحرب المجلية والسلم المخزية فنعم ما ذكرت ، وأما ما ذكرت أن لنضم ما أصبنا
 منكم وتزدون ما أصبتم منا فنعم ما ذكرت ، وأما ما ذكرت تدون قتلانا وتكون
 قتلاكم في النار ، فإن قتلانا قاتلت فقتلت على أمر الله أجورها على الله ليس لها
 ديات ، فتبايع للقوم على ما قال عمر ،

اللغة : براحة ، بالضم والخاء معجمة . قال الاصمعي براحة ماء لطىء بارض
 نجد . وقال أبو عمرو الشيباني ماء لبني أسد كانت فيه وقعة عظيمة في أيام أبي بكر
 الصديق مع طليحة بن خويلد الاسدي ، وكان قد تنابعد النبي صلى الله عليه وسلم
 انتهى من معجم البلدان .

(المجلية) قال في القاموس جلا القوم عن الموضع ومنه جلوا وجلاه وأجلوا
 تفرقوا أو جلا من الخوف وأجلى من الجذب ، ويحتمل أن تكون بالخاء أى
 المملكة ، والمراد الحرب المفرقة لأهلها لشدة وقعها وتأثيرها
 (السلم المخزية) بالخاء المعجمة والزاي أى المذلة

(الحلقة) بفتح الحاء المهملة وسكون اللام بعدها قاف ، قال في القاموس
 الحلقة الدرع والخيل . هـ . وقال في النهاية والحلقة بسكون اللام السلاح عاماً
 وقيل الدرع خاصة .

(الكراع) الخيل . قال في القاموس هو اسم لجميع الخيل
 (تدون قتلانا) قال في المختار ووديت القتل أديه دية ، أعطيت دينه
 (يتبعون أذناب الابل) أى يمتنون بخدمة الابل ورعيها والعمل بها لما في
 ذلك من الذلة والصغار .

اختلف الناس في ميراث المرتد ، فقالت طائفة هو لورثته ، لما روى أن علي
 ابن أبي طالب قال : ميراث المرتد لولده ، وعن الاعمش عن الشيباني قال
 أنى علي بن أبي طالب بشيخ كان نصرانياً فأسلم ثم ارتد عن الاسلام ، فقال له
 على لعلك إنما ارتدده لأن نصيب ميراثاً ثم ترجع الى الاسلام ؟ قال لا . قال

فلما لك خطبت امرأة فأبوا أن يزوجوكم فأردت أن تنزوجهما ثم تعود إلى الإسلام قال لا قال فارجع إلى الإسلام؟ قال لا حتى ألقى المسيح، فأمر به فضربت عنقه، فدفع ميراثه إلى ولده من المسلمين. وعن ابن مسعود مثله، وبهذا قال الله بن سعد وإسحاق بن راهويه.

وقال الأوزاعي إن قتل في أرض الإسلام فماله لورثته من المسلمين. وقالت طائفة إن كان له وارث على دينه فهو أحق به وإلا فماله لورثته من المسلمين لما روى أن عمر بن عبد العزيز كتب في رجل من المسلمين أسير فتنصر، إذا علم ذلك ترث منه امرأته وتعتد ثلاثة قروء ودفع ماله إلى ورثته من المسلمين، لا أعلمه قال إلا أن يكون له وارث على دينه في أرض فهو أحق به. وقالت طائفة ميراثه لأهل دينه فقط، لما روى عن قتادة قال: ميراث المرتد لأهله، وقال ابن جريج الناس فريقان، منهم من يقول ميراث المرتد للمسلمين، لأنه ساعة يكفر يوقف فلا يقدر منه على شيء حتى ينظر أي سلم أم يكفر، منهم النخعي والشعبي والحكم بن عتيبة، وفريق يقول لأهل دينه.

وقالت طائفة إن راجع الإسلام فماله له، وإن قتل فماله لبيت مال المسلمين لا لورثته من الكفار، قال بهذا ربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. وقالت طائفة إن راجع الإسلام فماله له، وإن قتل فماله لورثته من الكفار، قال بهذا أبو سليمان، وقال أبو حنيفة وأصحابه إن قتل المرتد فماله لورثته من المسلمين وترثه زوجته كسائر ورثته، وإن فر ولحق بأرض الحرب وترك ماله عندنا فإن القاضى يقضى بذلك ويعتق أمهات أولاده ومدبره ويقسم ماله بين ورثته من المسلمين على كتاب الله تعالى، فإن جاء مسلماً أخذ من ماله ما وجد في أيدي ورثته ولا ضمان عليهم فيما استهلكوه، هذا فيما كان بيده قبل الرد، وأما ما اكتسبه في حال رده ثم قتل أو مات فهو في المسلمين.

وقالت طائفة مال المرتد ساعة يرتد لجميع المسلمين قتل أو مات أو لحق بأرض الحرب أو راجع الإسلام، كل ذلك سواء، وهو قول بعض أصحاب مالك وقال ابن حزم لا يرث المسلم الكافر، مستنداً إلى الحديث الذي رواه أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم،

وهل هذا فلا يرت ولا المرتد وهم مسلمون مال أيهم المرتد لأنه كافر ، أما قضاء دينه فقالت الحنبلية في كتاب الفروع يقضى دينه وينفق على من تلزمه نفقته . وقال ابن حزم كل وصية أوصى بها قبل رده بما يوافق البر ودين الاسلام فكل ذلك نافذ في ماله الذي لم يقدر عليه حتى قتل لأنه ماله وحكمه نافذ ، فإذا قتل أو مات فقد وجبت فيه وصاياها بموته قبل أن يقدر على ذلك المال . وأما إذا قدرنا عليه قبل موته من عيب وذمى أو مال فهو للمسلمين كله لا تنفذ فيه وصية ، لأنه إذا وجبت الوصية بموته لم يكن ذلك المال له بعد ، ولا تنفذ وصية أحد فيما لا يملكه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز إقراره على الكفر ، فإن ارتد وله ولد أو حمل كان محكوماً بإسلامه فإذا بلغ ووصف للكفر قتل . وقال أبو العباس فيه قول آخر انه لا يقتل ، لأن الشافعي رحمه الله قال ولو بلغ فقتله قاتل قبل أن يصف الاسلام لم يجب عليه القود ، والمذهب الاول لأنه محكوم بإسلامه وإنما أسقط الشافعي رحمه الله القود بعد البلوغ للشبهة هو أنه بلغ ولم يصف الاسلام ، ولهذا لو قتل قبل البلوغ وجب القود ، وإن ولد له ولد بعد الردة من ذمية فهو كافر لأنه ولد بين كافرين ، وهل يجوز استرقاقه ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه لا يسترق أبواه فلم يسترق

(والثاني) لأنه كافر ولد بين كافرين لجاز استرقاقه كولد الحربيين ، فإن قلنا لا يجوز استرقاقه استتيب بعد البلوغ فإن تاب وإلا قتل ، وإن قلنا يجوز استرقاقه فوقع في الاسر فلامام أن يمن عليه ، وله أن يفادى به ، وله أن يسترقه كولد الحربيين ، غير أنه إذا استرقه لم يجز إقراره على الكفر ، لأنه دخل في الكفر بعد نزول القرآن .

(فصل) وإن ارتدت طائفة وامتنعت بمنعة وجب على الامام قتالها ، لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قاتل المرتدة ، ويتبع في الحرب مدبرهم ويندفع على جريحهم ، لأنه إذا وجب ذلك في قتال أهل الحرب فلأن يجب ذلك في قتال

المرتدة وكفرهم أغلظ أولى ، وان أخذ منهم أسير استنيب فإن تاب وإلا قتل
لأنه لا يجوز إقراره على الكفر

(فصل) ومن أتلف منهم نفساً أو مالا على مسلم ، فإن كان ذلك في غير
القتال وجب عليه ضمانه ، لأنه التزم ذلك بالاقرار بالاسلام فلم يسقط عنه
بالجحود كما لا يسقط عنه ما التزمه بالاقرار عند الحاكم بالجحود ، فان أتلف ذلك
في حال القتال ففيه طريقان

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني وخيره من البغداديين أنه
على قولين كما قلنا في أهل البغوى

(والثاني) وهو قول القاضى أبي حامد المرودى وغيره من البصريين أنه
يجب عليه الضمان قولاً واحداً لأنه لا ينفذ قضاء قاضيهما فكان حكمهم في الضمان
حكم قاطع الطريق ، والاول هو الصحيح أنه على قولين أحدهما أنه لا يجب الضمان
لما روى طارق بن شهاب قال جاء وفد بزاحة وغطفان الى أبي بكر يسألونه الصلح
فقال تدون قتلانا وقتلاكم في النار ، فقال عمر إن قتلانا قتلوا على أمر الله ليس
لهم ديات ، فتفرق الناس على قول عمر رضى الله عنه

(الشرح) أثر طارق بن شهاب سبق الكلام عليه

(ذئف) قال فى القاموس ذف على الجريح ذفا وذفاكا ككتاب وذفاً محرمة
أجهز والاسم الذفاف كسحاب ، قال فى مادة جهار وجهاز على الجريح كنع ،
وأجهز أثبت قتله وأسرعه وتم عليه ، وموت مجهز وجهاز سريع . اهـ
نقل الحافظ بن حجر فى تلخيص الحبير أن حديث أم محمد بن الحنفية كانت
مرتدة فاسترقها على واستولدها ، الواقدى فى كتاب الردة من حديث خالد بن
الوليد أنه قسم سهم بنى حنيفة خمسة أجزاء وقسم على الناس أربعة وعزل الخمس
حتى قدم به على أبي بكر .

ثم ذكر من عدة طرق أن الحنفية كانت من ذلك السبي ، ثم قال الحافظ
قلعة وروينا فى جزء ابن مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى الحنفية فى بيت
فاطمة فأخبر عليها أنها ستصير له وأنه يولد له منها ولد اسمه محمد ، وقد ثبت فى

في صحيح البخارى في باب أهل الدار من كتاب الجهاد أن النبي صلى الله عليه وسلم
سئل عن أولاد المشركين هل يقتلون مع آبائهم ؟ فقال هم منهم
وقال الحافظ في الفتح : ليس المراد إباحة قتلهم بطريق القصد اليهم ، بل
المراد إذا لم يكن الوصول الى الآباء إلا بوطء الذرية ، فإذا أصيبوا لاختلاطهم
بهم جاز قتلهم . وقد ذهب مالك والأوزاعي الى أنه لا يجوز قتل النساء
والصبيان بحال ، حتى لو تترس أهل الحرب بالنساء والصبيان لم يجوز رميهم ولا
تحريقهم . وذهب الكوفيون والشافعيون أنه إذا قاتلت المرأة جاز قتلها ، ويؤيد
ذلك ما أخرجه أبو داود والنسائي وابن حبان من حديث رباح بن الربيع التميمي
قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين فرأى
امرأة مقتولة فقال ما كانت هذه لتقاتل ، فإن مفهومه أنها لو قاتلت لقتلت
وأما مقاتلة أهل الردة فقد ثبت بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : أمرت
أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا
دماءهم ، أموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله ، رواه الجماعة ، وإجماع الصحابة
على فزوا المرتدين في عهد الخليفة الأول

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والسحر حقيقة وله تأثير في إيلاج الجسم وإتلافه ، وقال أبو جعفر
الاستراباذي من أصحابنا لا حقيقة له ولا تأثير له ، والمذهب الأول لقوله تعالى
(ومن شر النفاثات في العقد) والنفاثات السواحر ، ولو لم يكن للسحر حقيقة
لما أمر بالاستعاذة من شره

وروت عائشة رضي الله عنها قالت سحر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى
أنه ليخيل إليه أنه قد فعل الشيء وما فعله ، ويحرم فعله لما روى ابن عباس رضي
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس منا من سحر أو سحر له ، وليس
منا من تسكن أو تكمن له ، وليس منا من تطير أو تطير له ، ويحرم تعلمه لقوله
تعالى (ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر) فذمهم على تعلمه ،
ولأن تعلمه يدعو الى فعله ، وفعله محرم محرّم ما يدعو اليه

فإن علم أو تعلم واعتقد تحريمه لم يكفر ، لأنه إذا لم يكفر بتعلم الكفر فلأن لا يكفر بتعلم السحر أولى ، وإن اعتقد لإباحته مع العلم بتحريمه فقد كفر ، لأنه كذب الله تعالى في خبره ويقتل كما يقتل المرتد

(الشرح) لقوله تعالى (ومن شر النفاثات في العقد... الخ)

روى البسائي عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الناس لم يتعوذوا بمثل هذين ، قل أعوذ برب الفلق و (قل أعوذ برب الناس) وطريق أخرى عنه قال : كنت أمشي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عقبة قل . قلت ماذا أقول ، فسكت عني ثم قال قل . قلت ماذا أقول يا رسول الله قال : قل أعوذ برب الفلق ، فقرأتها حتى أتيت على آخرها ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك : ما سألت سائلا بمثلها ولا استعاذ مستعيذا بمثلها ، ومن طريق ثالث عن أبي عبد الله بن عابس الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : يا ابن عابس ألا أدلك - أو ألا أخبرك - بأفضل ما يتعوذ به المتعوذون ، قال بلى يا رسول الله قال : قل أعوذ برب الفلق - وقل أعوذ برب الناس - هاتان السورتان ،

ومن طريق رابع عن عبد الله الأسلمي - هو ابن أنيس - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع يده على صدره ثم قال قل ، فلم أدر ما أقول ، ثم قال لي : قل ، قلت (هو الله أحد) ثم قال لي قل قلت (أعوذ برب الفلق من شر ما خلق) حتى فرغت منها ، ثم قال لي قل قلت (أعوذ برب الناس) حتى فرغت منها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هكذا فتعوذوا ، وما تعوذ المتعوذون بمثلها قط ،

وقال الامام مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا اهتكى يقرأ على نفسه بالمعوذتين وينفث فيهما ، فلما اشتد وجعه كنت أقرأ عليه بالمعوذات وأمسح بيده عليه رجاء بركتها ، ورواه البخاري عن عبد الله بن يوسف ومسلم عن يحيى بن يحيى وأبو داود عن القعقبي والنسائي عن قتيبة وابن ماجه من حديث معن وبشر بن عمر ثمانيتهما عن مالك به

حديث عائشة رواه البخاري في كتاب الطب بلفظ كان رسول الله (ص) سحر حتى كان يرى أنه يأتي النساء ولا يأتيهن . قال سفيان وهذا أشد ما يكون من السحر إذا كان كذا ، فقال يا عائشة أعلمت ان الله قد أفناني فيما استغثت به أتاني رجلان فقمعد أحدهما عند رأسي والآخر عند رجلي ، فقال الذي عند رأسي للآخر ما بال الرجل ، قال مطبوب ، قال ومن طبه ؟ قال ليبيد بن أعصم رجل من بني زريق حليف اليهود كان منافقا ، قال وفيم ؟ قال في مشط ومشاطه ، قال وابن قال في جف طلعة ذكر تحت راعوفة في بئر ذروان ، قالت فأتى البئر حتى استخرجه فقال ههذه بئر التي أريتها ، وكان ماءها نقاعة الحناء وكان نخلها رهوس الشياطين ، قال فاستخرج فقلت أفلا تشرت ؟ فقال ه أما الله فقد شفاني وأكره أن أتبر على أحد من الناس شراً .

وفي رواية قالت : حتى كان يخيل اليه أنه فعل الشيء ولم يفعله - وعنده - فأمر بالبئر فدفنت .

وروى مسلم وأحمد عنها قالت لبس النبي صلى الله عليه وسلم ستة أشهر يرى أنه يأتي ولا يأتي فأتاه ملكان . وذكر تمام الحديث . وقال ابن جرير ان جبريل جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اشكيت يا محمد ؟ فقال نعم ، فقال باسم الله أرقيك من كل داء يؤذيك ، ومن شر كل حاسد وعين والله يهفئك . وقال المفسر الثعلبي ، قال ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما كان غلام من اليهود يخدم رسول الله (ص) فدبت اليه اليهود فلم يزالوا به حتى أخذ مشاطة رأس النبي صلى الله عليه وسلم وعدة من أسنان مشطه فأعطاها اليهود فسحروه فيها ، وكان الذي تولى ذلك رجل منهم يقال له ابن أعصم ثم دسها في بئر ابني زريق يقال له ذروان فرض رسول الله (ص) وانثر شعر رأسه ولهث ستة أشهر يرى أنه يأتي النساء ولا يأتيهن وجعل يذوب ولا يدرى ما عراه ، فبينما هو قائم إذ أتاه ملكان جلس أحدهما عند رأسه والآخر عند رجله ، فقال الذي عند رجله للذي عند رأسه ما بال الرجل ؟ قال طب ، قال وما طب ؟ قال سحره ، قال ومن سحره ؟ قال ليبيد بن الأعصم اليهودي ، قال وبم طبه ؟ قال بمشط ومشاطة ، قال وابن هو ؟ قال في جف طلعة ذكر تحت راعوفة في بئر ذروان

والجف قشر الطلع والراعوفة حجر في أسفل البئر تأتي يقوم عليه المأمع ، فانتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم مذعوراً وقال يا عائشة أما شعرت أن الله أخبرني بدائي . ثم بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا والزبير وعمار بن ياسر فزحوا ماء البئر كأنه نقاعة الحناء ، ثم رفعوا الصخرة وأخرجوا الجف فإذا فيه مشاطة رأسه وأسنان من مصطه ، وإذا فيه وتر ممقود فيه إثنا عشر عقدة مغروزة بالابر ، فأنزل الله تعالى السورتين ، لجعل كلما قرأ آية انحلت عقدة ووجد رسول الله (ص) خفة حين انحلت العقدة الأخيرة ، فقام كأنما نشط من عقال وجعل جبريل عليه السلام يقول باسم الله أرقبك من كل شيء يؤذيك من حاسد وعين الله يهفبك ، فقالوا يا رسول الله أفلا تأخذ الحديث نقتله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أنا فقد شفاني الله وأكره أن ينير على الناس شراً . قال ابن كثير هكذا أورده بلا إسناد وفيه غرابة وفي بعضه نكارة شديدة وبعضه شواهد (قلت) وأكفني بهذا القدر من أحاديث سحر الرسول (ص)

(تنبيه) قال الشهاب نقل في التاويلات عن أبي بكر الأصبهاني قال : ان حديث سحره صلى الله عليه وسلم المروي هنا متروك لما يلزمه من صدق لول الكفرة أنه مسحور ، وهو مخالف لنص القرآن حيث أكدبهم الله فيه ، ونقل الرازي عن القاضي أنه قال : هذه الرواية باطلة ، وكيف يمكن القول بصحتها ، والله تعالى يقول (والله يعصمك من الناس) المائدة الآية ٦٧ وقال (ولا يفلح الساحر حيث أتى) طه آية ٦٩ ، ولأن تجويزه يفضي الى القدح في النبوة ولأنه لو صبح ذلك لكان من الواجب أن يصلوا الى ضرر جميع الأنبياء والصالحين ، ولقدروا على تحصيل الملك العظيم لأنفسهم ، وكل ذلك باطل ، وإمكان الكفار يعبرونه بأنه مسحور ، فلو وقعت هذه الواقعة لكان الكفار صادقين في تلك الدعوى ولحصل فيه عليه السلام ذلك العيب ، ومعلوم أن ذلك غير جائز . اهـ ويقول القاسمي في محاسن التأويل : ولا غرابة في أن لا يقبل هذا الخبر لما برهن عليه ، وان كان مخرجا في الصحاح ، وذلك لأنه ليس كل مخرج فيها مالمسا من النقد سندا أو معنى كما يعرفه الراسخون ، على أن المفاضة في خبر الأحاد معروفة من عهد الصحابة .

وقال الغزالي في المستصفي : ما من أحد من الصحابة إلا وقد رد خبر الأحاد
كرد على رضى الله عنه خبر أبي سنان الأشجعي في قصة (بروح بنت واشق)
وأورد أمثلة .

وقال الامام ابن تيمية في المسودة : الصواب أن من رد الخبر الصحيح كما
كانت الصحابة ترده لاعتقاد غلط الناقل أو كذبه لاعتقاد الراد أن الدليل قد دل
على أن الرسول لا يقول هذا ، فإن هذا لا يكفر ولا يفسق ، وإن لم يكن اعتقاده
مطابقاً فقد رد غير واحد من الصحابة غير واحد من الاخبار التي هي صحيحة عند
أهل الحديث . اهـ

وقال العلامة الفنارى في فصول البدائع : ولا يضل جاحد الاحاد (قلت)
والبحث في هذا الحديث شهير قديماً وحديثاً وقد أوسع المقال فيه شراح (الصحيح)
وابن قتيبة في شرح (تأويل مختلف الحديث) والرازي ، والحق لا يخفى على
طالبه . والله أعلم^١

حديث ابن عباس أخرجه الطبراني في الاوسط وفيه زمعة بن صالح عن سلمة
ابن وهرام وهما ضعيفان ، وأخرجه الطبراني من طريق آخر عن عمران بن
حصين وفيه اسحاق بن الربيع ضعفه الفلاس والراوى عنه أيضاً لين ، وأخرجه
أبو نعيم عن علي بن أبي طالب وفيه مختار بن غسان مجهول
الآية (ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر) البقرة الآية ١٠٢

(١) هذا ما كتبه الأستاذ الشارح ، ولكن الناشر يرى أن كل ما ورد في
الصحيحين صحيح ، وأن ما أصاب الرسول صلى الله عليه وسلم من السحر إنما هو
نوع من المرض ، وقد أصيب صلى الله عليه وسلم بالحصى وغيرها ، والمسألة
خلافية ، وقد رأيت بعض الأحاديث في مسلم كانت في نظري تتعارض مع
بعض الآيات ، ولكن مع مرور الأيام وسعة الاطلاع والبحث ، وقفت على
شروح للأحاديث توفق بينها وبين الآيات مما زادني ثباتاً على رأي أن كل ما في
الصحيحين صحيح .

معنى السحر في اللغة : وهو مشتق من سحرت الصبي إذا خدعته ، وقيل أصله الحفا ، فإن الساحر يفعل خفية ، وقيل أصله الصرف لأن السحر مصروف عن جهته ، وقيل أصله الاستمالة ، لأن من سحرك استمالك ، وقال الجوهري السحر الاخذة وكل ما لطف ودق فهو سحر والساحر العالم وقد وافق أبو جعفر الاستراباذي المعتزلة والحنفية فقائوا انه خداع لا أصل له ولا حقيقة ، وإذا أردت الاستزادة فارجع الى كتاب أحكام القرآن للجصاص وكتب المعتزلة ترى فصلا ضافياً عن هذا الموضوع ، وذهب من هدام أن له حقيقة مؤثرة .

(قلت) كنت أود أن أطيل في هذا الموضوع شرحاً وتنقيحاً مع تصحيح وأضعيف وتقوية للآراء الصحيحة ، إلا أن الكتاب كتاب فقه لا يحتمل أكثر من هذا .

وقال تقي الدين السبكي في فتاويه : أما مذهب الشافعي فحاصله أن الساحر له ثلاثة أحوال ، حال يقتل كافرأ ، وحال يقتل قصاصاً ، وحال لا يقتل أصلاً بل يعزر . أما الحالة التي يقتل فيها كافرأ فقال الشافعي رحمه الله أن يعمل بسحره ما يبلغ الكفر ، وشرح أصحابه ذلك بثلاثة أمثلة

(أحدها) أن يتكلم بكلام وهو كفر ولا هلك في أن ذلك موجب للقتل ، ومتى تاب منه قبلت توبته وسقط عنه القتل ، وهو يثبت بالاقرار والبينة (المثال الثاني) أن يعتقد ما اعتقده من التقريب الى الكواكب السبعة وأنها تفعل بأنفسها فيجب عليه أيضاً القتل ، كما حكاه ابن الصباغ وتقبل توبته ، ولا يثبت هذا القسم إلا بالاقرار .

(المثال الثالث) أن يعتقد أنه حق يقدر به على قلب الاعيان فيجب عليه القتل ، كما قاله القاضي حسين والماوردي ، ولا يثبت ذلك أيضاً الا بالاقرار ، وإذا تاب قبلت توبته وسقط عنه القتل .

وأما الحالة التي يتل فيها قصاصاً ، فإذا اعترف أنه قتل بسحره لإنساناً فكما قاله انه مات به وان سحره يقتل غالباً فما هنا يقتل قصاصاً ولا يثبت هذه الحالة إلا بالاقرار ولا يسقط القصاص بالتوبة .

وأما الحالة التي لا يقل فيها أصلاً ولكن يعزرها فهي ما عدا ذلك . ودليل الشافعي قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث . . . الخ ، قلت للقتل في الحالة الأولى بقوله كفر بعد إيمان ، وفي الحالة الثالثة بقوله وقتل نفس بغير نفس ، وامتنع في الثانية لأنها ليست بإحدى الثلاث فلا يحل دمه فيها عملاً بصدر الحديث . وأما الأحاديث فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها شيء يقتضى القتل . وورد عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف ، وضعت للرمذى إسناده وقال الصحيح أنه عن جندب موقوف ، يعني فيكون قول صحابي . اهـ

وأقول في إسناده الحديث اسماعيل بن مكي وهو ضعيف .

وقالت الحنابلة في كتاب الفروع ويكفر الساحر كاعتقاد حله ، وعنه اختاره ابن عقيل وجزم به في البصرة ، وكفره أبو بكر بعمله . وقال في الترغيب وهو أشد تحريماً ، وحمل ابن عقيل كلام أحمد في كفره على معتقده وإن فاعله يفسق ويقتل حداً . وفي عيون المسائل إن الساحر يكفر ، وهل تقبل توبته ؟ على روايتين . انتهى . قال في المسوى شرح الموطأ ، السحر كبيرة وانفق المالكية على قتل الساحر ، واستدل الموجبون للقتل بما في صحيح البخاري عن جملة بن عبدة قال كتب عمر بن الخطاب أن اقتلوا كل ساحر فقتلنا ثلاث سواحر ، وصح عن حفصة أنها أمرت بقتل جارية لها سحرتها فقتلت ، رواه مالك في الموطأ ، ولغفوه صلى الله عليه وسلم عن سحره (سبق تخريجه)

قال تقي الدين السبكي في فتاويه وحمل الشافعي ما روى عن عمر وحفصة على السحر الذي فيه كفر ، وما يقال عن عائشة أنها باعته جارية لها سحرتها وجعلت ثمنها في الرقاب . على السحر الذي ليس فيه كفر توفيقاً بين الآثار ، واعتمد في ذلك حديث « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، ومن المعلوم أن الصحابة إذا اختلفوا وجب اتباع أشبههم قولاً بالكتاب والسنة وقد سئل الزهري شيخ مالك أعلى من سحر من أهل العهد قتل ؟ قال قد بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد صنع له ذلك فلم يقتل من صنعه ، وكان من أهل الكتاب .

باب صول الفحل

من قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه لما روى
سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قاتل دون أهله أو ماله فقتل
لهم شهيد ، وهل يجب عليه الدفع ؟ ينظر فيه فإن كان في المال لم يجب لأن المال
يجوز لإباحته ، وإن كان في أهله وجب عليه الدفع لأنه لا يجوز لإباحته ، وإن
كان في النفس ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجب عليه الدفع لقوله عز وجل (ولا تلقوا بأيديكم إلى
التهلكة) والثاني : أنه لا يجب ، لأن عثمان رضى الله عنه لم يدفع عن نفسه ،
ولأنه ينال به الشهادة إذا قتل بإجاز له ترك الدفع لذلك

(فصل) وإذا أمكنه الدفع بالصباح والاستغائة لم يدفع باليد ، وإن كان
في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم
يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف للعضو
فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل . وإن عض يده ولم يمكنه تخليصها إلا بفك
لحييه ، وإن لم يندفع إلا بأن يبعج جوفه ببعج جوفه ، ولا يجب عليه في شيء من
ذلك ضمان ، لما روى عمران بن الحصين قال ، قاتل يعلى بن أمية رجلا فعض
أحدهما يد صاحبه فأنزع يده من فيه فترع ثنيته فاختصما إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال : بعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ، لا دية له ، ولأن فعله أجهأ
إلى الإتلاف فلم يضمنه ، كما لو رمى حجراً فرجع الحجر عليه فأتلفه

وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله وجب
عليه الضمان لأنه جناية بغير حق فأشبهه إذا جنى عليه من غير دفع ، وإن قصده
ثم انصرف عنه لم يتعرض له ، وإن ضربه فمطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى
لأن القصد كف أذاه ، فإن قصده فقطع يده فولى عنه فقطع يده الأخرى وهو
مول لم يضمن الأولى لأنه قطع بحق ويضمن الثانية لأنه قطع بغير حق ، وإن

مات منها لم يجب عليه القصاص في النفس لأنه مات من مباح ومحذور ، ولولى المقتول الخيار بين أن يقتصر من اليد الثانية وبين أن يأخذ نصف دية النفس .

(الشرح) اللغة : صال الفجل يصول ، إذا وثب ، والمصاولة الموائمة ، وذلك مثل أن يعدو على الناس يقتلهم ، قال الشافعي رحمه الله في كتاب مختصر المزني إذا طلب الفجل رجلا ولم يقدر على دفعه إلا بقتله فقتله لم يكن عليه غرم

وحديث سعيد بن زيد أخرجه البخاري عن ابن عمرو : من قتل دون ماله فهو شهيد ، وابن ماجه والترمذي عن عمرو بن نفيل نحوه . ومن طريق آخر لابن ماجه عن ابن عمر : من أتى عند ماله فقواتل فقاتل فقتل فهو شهيد ، وفي إسناده يزيد بن سنان التيمي وأبو فروة الراوي ضعيفان . ومن طريق ثالث لابن ماجه عن أبي هريرة : من أريد ماله ظلماً فقتل فهو شهيد ، وإسناده حسن . وأبو داود والترمذي عن عبد الله بن عمرو : من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد ،

ومن طريق آخر عن سعيد بن زيد : من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد ، ورواه الترمذي بتقديم في بعض الألفاظ وتأخير فيه ولكن بنصه . ورواه النسائي عن ابن عمرو بلفظ : من قاتل دون ماله فهو شهيد - وفي رواية - من قتل دون مظلمته فهو شهيد ،

حديث عمران بن حصين رواه البخاري وأحمد ومسلم والحاكم بنحوه والنسائي بلفظ : أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيته ، فاختموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يعرض أحدكم أخاه كما يعرض الفحل ، لا دية لك ، ومن طريق آخر للبخاري عن صفوان عن أبيه قال : خرجت في غزوة فعرض رجل فأنزع ثنيته فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم ، ولفظ مسلم : فأهدر ثنيته ، وابن ماجه والنسائي بلفظ : يعرض أحدكم إلى أخيه فيعضه كعضاض الفحل ثم يأتي يلتمس العقل ، لا عقل لها ، فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم

وأخرج مسلم أن رجلا عض ذراع أخيه فجذبه فسقطت ثنيته فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأبطله وقال : أردت أن تأكل لحمه ، وفي رواية عن صفوان

ابن يعلى له أن أجيراً ليعلى بن منية عض رجل ذراعه فلذبها فسقطت ثلثته فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال أردت أن تقضمها كما يقضم الفحل ، وكذا ابن ماجه وروى النسائي عن حصين بن أبي يعلى في الذي عض فندرت ثلثته إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا دية لك ،

وفي رواية د كما يعض الذكر فأبطلها ، وفي لفظه فأبطلها ، وفي رواية عن يعلى د أنه استأجر أجيراً فعض يده فانتزعت ثلثته فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أيدعها يقضمها كقضم الفحل ، وفي رواية : أيدعها فيك تقضمها كقضم للفحل . وفي رواية : غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم جيش العسرة وكان أوثق عمل لي في نفسي ، وكان لي أجير فقاتل إنسانا ، فعض أحدهما إصبع صاحبه فانتزع أصبعه فأندر ثلثته فسقطت فانطلق إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأهدر ثلثته وقال أيدع يده في فوك تقضمها .

اللغة : شهيد ، أصل الشهادة الحضور ، ومنه الشهادة على الخصم ، وكان الشهداء أحضرت أنفسهم دار السلام وشاهدوا الجنة وأرواح غيرهم لا تشهدوا إلا بعد البعث .

وقيل سمى شهيداً لأن الله تعالى وملائكته يشهدون له بالجنة . وقيل سموا شهداء لأنهم يستشهدون يوم القيامة مع النبي صلى الله عليه وسلم على الأمم . وقال الامام السيد رهيد رضا في التفسير فيه وجمان (أحدهما) أنه من الشهادة في القتال ، وهي أن يقتل المؤمن في سبيل الله ، أي مدافعاً عن الحق قاصداً لإعلاء كلمته

(والثاني) أنه من الشهادة على الناس (بالصباح والاستغاثة) يقال صباح صباح بضم الصاد وكسرهما ، والاستغاثة دعاء الناس والاستنصار بهم (بأن يبيع جوفه) ببيع جوفه بجمع إذا شقه فهو مبموج (الفحل) هو بالحاء ، أي الفحل من الإبل .

قوله (وهل يجب عليه الدفع) ينظر فيه ... الخ . قال ابن المبارك يقاتل عن ماله ولو درهمين .

قال الشوكاني : إن الأحاديث فيها دلالة على أنه تجوز مقاتلة من أراد أخذ مال إنسان من غير فرق بين القليل والكثير إذا كان الأخذ بغير حق ، وهو مذهب الجمهور كما حكاه النووي والحافظ في الفتح

وقال بعض العلماء إن المقاتلة واجبة ، وقال بعض المالكية لا تجوز إذا طلب الشيء الخفيف ، ولعل متمسك من قال بأوجوب ما في حديث أبي هريرة من الأمر بالمقاتلة والنهي عن تسليم المال إلى من رام غضبه

وأما القائل بعدم الجواز في الشيء الخفيف فعموم الأحاديث تردده ولكنه ينبغي تقديم الأخف فالأخف ، فلا يعدل المدافع إلى القتل مع إمكان الدفع بدونه ، ويدل على ذلك أمره صلى الله عليه وسلم بإنشاد الله قبل المقاتلة ، وكما تدل الأحاديث على جواز المقاتلة لمن أراد أخذ المال تدل على جواز المقاتلة لمن أراد إراقة الدم والفتنة في الدين والأهل

وحكى ابن المنذر عن الشافعي أنه قال : من أريد ماله أو نفسه أو حريمه فله المقاتلة وليس له عقل ولا دية ولا كفارة

قال ابن المنذر : والذي عليه أهل العلم أن للرجل أن يدفع عما ذكر إذا أريد ظلماً بغير تفصيل ، ويدل على عدم لزوم القود والدية في قتل من كان على الصفة المذكورة ما رواه أحمد والنسائي وأبو داود والبيهقي وابن حبان من حديث أبي هريرة : ولا قصاص ولا دية ،

وفي رواية البيهقي من حديث ابن عمر : ما كان عليك فيه شيء ، وحمل الأوزاعي هذا إذا لم يكن للناس إمام ، وأما حالة الفرقة والاختلاف فليست مسلم المبعوث على نفسه وماله ولا يقاتل أحداً

قال في الفتح ويرد عليه حديث أبي هريرة عند مسلم بلفظه : جاء رجل فقال يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك ، قال أرأيت إن قاتلني ؟ قال قاتله ، قال أرأيت إن قتلني ، قال فأنت شهيد ، قال أرأيت إن قتلته ؟ قال هو في النار . اهـ

قال ابن مفلح في كتاب الفروع : ويلزمه الدفع عن نفسه على الأصح كحرمته في المنصوص وعنه ولو في فتنه ، اهـ

وقال الصنعاني في سبيل السلام في حديث عبد الله بن خباب سمعت أبي يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « تكون فنن فكن فيها يا عبد الله للمقتول ولا تكن القاتل ، فيه دليل على أنه لا يجب الدفاع عن النفس

(قلت) إن الدفاع عن النفس حق مقرر وضرورية لازمة على كل مسلم ضد كل مخلوق ، لأن عدم الدفاع عن النفس يعرضها للمهلك والله يقول (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) ولأن الدفاع عن النفس ليس بأقل من الدفاع عن العرض أو المال .

روى الإمام الشافعي في مختصر المزني « رفع إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه جارية كانت تحتطب فأتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بهر أو صخر فقتلته ، فقال عمر هذا قتل الله ، والله لا يودى أبداً ، ولقد قال هذا الشيخ محمد عبد العزيز الحولى الأستاذ بدار العلوم في تعليقه على سبيل السلام « أما ما قيل بخصوص الحديث الذى اعتمد عليه الصنعاني فقد روى من طرق كثيرة وفيها كلها راو لم يسم ، وأخرجه أحمد والطبراني ، وفيه على بن زيد بن جدهان وفيه مقال .

ولما رواه أبو بكر بن أبي شيبة عن جحير بن الربيع قال ، قلت لعمران بن حصين أ رأيت إن دخل على داخلى يريد نفسى ومالى ؟ قال عمران لو دخل على داخلى يريد نفسى ومالى لرأيت أن قد حل لى قتله

وعن محمد بن سيرين أنه قال ما علمت أن أحداً من المسلمين تركه ، فقال رجل يقطع عليه الطريق أو يطرقه فى بيته قائماً من ذلك . وعن ابراهيم النخعي اذا دخل اللص دار رجل فقتله فلا ضرار عليه

قوله « وإذا أمكنه الدفع بالصباح . . . الخ ، فقد اتفقت الفقهاء جميعاً على ذلك ، وفى النص الذى أورده المذهب دليل على المذهب الشافعي

وقالت الحنابلة ، قال أحمد « لا تريد قتله وضربه ولكن ادفعه ، وقال ابن حزم « فن أراد أخذ مال إنسان ظلماً من اص أو غيره ، فإن تيسر له طرده منه

ومنع فلا يحل له قتله ، فإن قتله حينئذ فعلية القود ، وإن توقع أقل توقع أن يعاجله اللص فليقتله ولا شيء عليه لأنه مدافع عن نفسه ، فإن قيل اللص محارب فعليه ما على المحارب ، قلنا فإن كابر وغلب فهو محارب ، واختيار القتل في المحارب إلى الامام لا إلى غيره أو إلى من قام بالحق إن لم يكن هنالك إمام ، وإن لم يكابر ولا غلب ولكن تلصص فليدس محارباً ولا يحل قتله أصلاً

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن وجد رجلاً يزني بامرأته ولم يمكنه المنع إلا بالقتل فقتله لم يجب عليه شيء فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه قتله بحق ، فإن ادعى أنه قتله لذلك وأنكر الولي ولم يكن بينة لم يقبل قوله ، فإذا حلف الولي حكم عليه بالقود لما روى أبو هريرة أن سعد بن عبادَةَ قال يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهلته حتى آتني بأربعة شهداء ؟ قال نعم ، فدل على أنه لا يقبل قوله من غير بينة .

وروى سعيد بن المسيب قال أرسل معاوية أبا موسى إلى علي كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلاً فقتله ، فقال علي كرم الله وجهه لتخبرني لم تسأل عن هذا ؟ فقال إن معاوية كذب إلى ، فقال علي أنا أبو الحسن . إن جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا وإلا أعطى برمته ، يقول يقتل

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه بلفظ أن سعد بن عبادَةَ الأنصاري قال يا رسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلاً أيقضه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ، قال سعد : بلى والذي أكرمك بالحق ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واسموا إلى ما يقول سيدكم ، ومن طريق آخر ومالك في الموطأ وإن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهلته حتى آتني بأربعة شهداء ، قال : نعم ، ومن طريق ثالث ذكر وجدت مع أهلي رجلاً لم أمسه حتى آتني بأربعة شهداء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ، قال : كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك ، قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم (اسمعوا إلى ما يقول سيديكم إنه لغيرور وأنا غير منه والله أغير مني) ومن طريق رابع (لو رأيت رجلا مع امرأتى لضربته بالسيف غير مصفح عنه فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعجبون من غيرة سعد فوالله لأنا أغير منه والله أغير مني من أجل غيرة الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن . . . الخ

وروى ابن ماجه حين نزلت آية الحدود وكان رجلا غيرورا رأيت لو أنك وجدت مع امرأتك رجلا أى شيء كنت تصنع ، قال كنت ضاربها بالسيف . انظر حتى أجيء بأربعة إلى ما ذاك قد قضى حاجته وذهب أو أقول رأيت كذا وكذا فتضربونى الحد ولا تقبلوا إلى شهادة أبدا قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال . كفى بالسيف شاهدا ، ثم قال انى أخاف أن يتتابع فى ذلك السكران والغيران) قال أبو عبد الله . يعنى ابن ماجه سمعت أبا زرعة يقول هذا حديث على بن محمد اللطائفى وقانى منه — (قلت) وفى إسناده قبيصة بن حريث ، قال البخارى فى حديثه نظر ، وذكره ابن حبان فى الفقات .

أثر سعيد بن المسيب رواه مالك فى الموطأ بلفظـ (أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خوهرى وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلها معا فاشكل على معاوية ابن أبى سفيان القضاء فيه ، فكتب إلى أبى موسى الأشعري يسأل له على بن أبى طالب عن ذلك ، فقال أبو موسى عن ذلك على بن أبى طالب فقال له على ان هذا للشىء ما هو بأرضى عزمت عليك لتخبرنى فقال له أبو موسى كتب إلى معاوية ابن أبى سفيان أن أسألك عن ذلك ؛ فقال على أنا أبو حسن إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ، وبمقارنة هذا النص بما ورد فى المذهب نجد اختلافا ظاهرا لعله خطأ فى الطباعة .

اللغة : د ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ، أى يسلم إلى أولياء المقتول يقتلونه قصاصا (والرمة) قطعة من جيل لأنهم كانوا يقودون اللقاتل إلى ولي المقتول بجبل ولذا قيل القود .

مصنف : هو بكسر الفاء أى غير ضارب بصفحة السيف وهو جانبه بل
أضره بحده .

قال الامام المطلي في مختصر المزني : ولو قتل رجل رجلا فقال : وجدته
على امرأتى فقد أقر بالقوق وادعى ، فإن لم يقم البينة قتل ، واستشهد بما رواه
مسلم ومالك .

قال النووي في شرح مسلم ، قال الماوردي وغيره ليس قوله هو ردأ لقول
النبي صلى الله عليه وسلم ولا مخالفة لسعد بن عباد لأمره صلى الله عليه وسلم ،
 وإنما معناه الأخبار عن حالة الانسان عند رؤيته الرجل عند امرأته واستيلاء
الغضب عليه فانه حينئذ يعاجله بالسيف وان كان عاصيا .

واختلف العلماء من السلف في من وجد مع امرأته رجلا فقتله هل يقتل به
أم لا ، فقال بعضهم يقتل به لأنه ليس له أن يقيم الحد بغير إذن الحاكم ،
وقال بعضهم لا يقتل ويعذر في ما فعله إذا ظهرت أمارات صدقه ، وشرط أحمد
وإسحاق رحمهما الله أن يأتي بشاهدين على أنه قتله بسبب ذلك ، وقد وافقهما
على هذا الشرط ابن القاسم وابن حبيب من المالكيين ولكن زادا عليه أن يكون
المقتول محصنا والا فان القاتل عليه القصاص إن كان بكراً ، أما الجمهور فذهبوا
إلى أنه لا يعنى من القصاص إلا أن يأتي بأربعة يشهدون على الزنا أو يعترف به
المقتول قبل موته بشرط أن يكون محصنا ، وروى عن عمر أنه أهدر دمه ولم ير
فيه قصاصا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن صالت عليه بهيمة فلم تدفع إلا بالقتل فقتلها لم يضمن لأنه
إتلاف بدفع جائز فلم يضمن كما لو قصده آدمى فقتله للدفع .

(الشرح) إذا كان الإسلام قد فرض على المسلم أن يدافع عن نفسه حتى
يصل بالدفاع إلى أن يُقتل فيكون شهيداً أو يقتل فلا دية عليه فأولى أن يدفع

عن نفسه البهيمة حتى إن أدى الأمر إلى قتلها ، وارجع إلى ما سبق شرحه
في نفس الباب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن اطلع رجل أجنبي في بيته على أهله فله أن يقرأ عينه لما روى
سهل بن سعد قال اطلع رجل من جحر في حجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم
ومع النبي صلى الله عليه وسلم مدرا يحك به رأسه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم
لو علمت أنك تنظر لقطعنت به عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر وهل
له أن يصيبه قبل أن ينهيه بالكلام فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول القصاصي أبي حامد المروزي والشيخ أبي حامد
الاسفرايني أنه يجوز للخبر .

(والثاني) أنه لا يجوز كما لا يجوز إصابة من يقصد نفسه بالقتل إذا اندفع
بالقول ، ولا يجوز أن يصيبه إلا بشيء خفيف ، لأن المستحق بهذه الجنابة فوق
العين وذلك يحصل بسبب خفيف فلم تجز الزيادة عليه وإن فقرأ عينه فأت منه
لم يضمن ، لأنه سراية من مباح فلم يضمن كسراية القصاص ، فإن رماه بشيء
يقتل فأت منه ضمنه ؛ لأنه قتله بغير حق ، وإن رماه فلم يرجع استغاث عليه ،
فإن لم يكن من يغيثه فالمستحب أن يخوفه بالله تعالى ، فإن لم يقبل فله أن يصيبه
بما يدفعه فإن أتى على نفسه لم يضمن ، لأنه تلف بدفع جائز ، فإن أطلع أعمى
لم يجز له رميه ، لأنه لا ينظر إلى محرم ، وإن أطلع ذو رحم محرم لأهله لم يجز
رميه ، لأنه غير ممنوع من النظر ، وإن كانت زوجته متجردة فقصد النظر إليها
جاز له رميه لأنه محرم عليه النظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة منها كما يحرم
على الأجنبي ، وإن اطلع عليه من باب مفتوح أو كوة واسعة ، فإن نظر وهو
على اجتيازه لم يجز رميه لأن المفرط صاحب الدار بفتح الباب وتوسعة الكوة ،
وإن وقف وأطال النظر فغيبه وجهان

(أحدهما) أنه يجوز له رميه لأنه مفرط في الاطلاع فأشبهه إذا اطلع من

ثقب (والثاني) أنه لا يجوز له رميه ، وهو قول القاضي أبي القاسم العمري ، لأن صاحب الدار مفرط في فتح الباب وتوسعة الكوة .

(فصل) وإذا دخل رجل داره بنير إذنه أمره بالخروج ، فإن لم يقبل فله أن يدفعه بما يدفع به من قصد ماله أو نفسه ، فإن قتله فادعى أنه قتله للدفع عن داره وأنكر الولي لم يقبل قول القاتل من غير بينة ، لأن للقتل متحقق وما يدعيه خلاف الظاهر ، فإن أقام بينة أنه دخل داره مقبلا عليه بسلاح شاهر لم يضمن لأن الظاهر أنه قصد قتله ، وإن أقام الولي بينة أنه دخل داره بسلاح غير شاهر ضمنه بالقرود أو بالدية لأن القتل متحقق وليس ههنا ما يدفعه

(الشرح) حديث سهل بن سعد رواه البخاري ومسلم في الاستئذان أن رجلا اطلع في حجرة باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع رسول الله (ص) مـدرى يحك به رأسه ، فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو أعلم أنك تنظر اطمنت به في عينك ، وقال رسول الله (ص) إنما جعل الاذن من أجل البصر ، وفي رواية للبخاري في اللديات عن حميد أن رجلا اطلع في بيت النبي فسدد اليه مقصصا ، فقلت من حدثك بهذا قال أنس بن مالك

وفي رواية لمسلم عن أنس أن رجلا اطلع من بعض حجر النبي صلى الله عليه وسلم فقام اليه بمشقص فكأن أنظر إلى رسول الله (ص) فيظنله فبطعته . وفي رواية له عن أبي هريرة من اطلع في بيت قوم بنير إذنه فقد حل لهم أن يفقتوا عينه ، وفي أخرى له ولو أن رجلا اطلع عليك بنير إذن تخذفته بحصاة فنقات عينه ما كان عليك من جناح ،

وللترمذي في الاستئذان عن سهل أن رجلا اطلع من حجر في حجرة النبي صلى الله عليه وسلم ومع النبي صلى الله عليه وسلم مدراة يحك بها رأسه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو علمت أنك تنظر اطمنتك بها في عينك ، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر . وفي رواية له عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في بيته فاطلع عليه رجل فأهوى اليه بمشقص فتأخر الرجل ، وروى النسائي في القود بنحو ما ذكر .

اللغة (مدري) فبكر الميم وإسكان اللادال المهمة وبالقصر ، وهي حديدة يسوى بها شعر الرأس ، وقيل هو شبه المشط ، وقيل هي أهواد تحدد تجعل أشبه المشط ، وقيل هي عود تسوى به المرأة شعرها وجمعه مدارى ، ويقال فى الواحد مدراة أيضاً ومدراية .

(مشقص) هو فصل عريض للسهم (يختله) فبفتح أوله وكسر الغاء ، أى يراوفه ويستغفله (خذفته) بالخاء المعجمة أى رميته بها من بين أصبعيك (يختل) بفتح الياء التحتية وسكون الخاء المعجمة بعدها مثناة مكسورة ، وهو الخدع والاختفاء على ما فى القاموس

قال الإمام المطلبى فى مختصر المزانى : ولو تطلع اليه رجل من ثقب فطعنه بعود أو رماه بحصاة أو ما أشبهها فذهبت عينه فهى هدير . واحجج بما روى . وقال النووى فى شرحه لصحيح مسلم . قال للعلماء محمول على ما إذا نظر فى بيت الرجل فرماه بحصاة ففقا عينه ، وهل يجوز رميه قبل إنذاره فيه وجهان لأصحابنا أحدهما جوازه لظاهر الأحاديث والله أعلم

وقد استدل بالأحاديث من قال إن قصد النظر إلى مكان لا يجوز له الدخول إليه بغور إذن جاز للمنظور إلى مكانه أن يفتقأ عينه ولا قصاص عليه ولا دية للتصريح بذلك فى الأحاديث لقوله : فقد حل لهم أن يفتقروا عينه ، ومقتضى الحل أنه لا يضمن ولا يقتص منه ، ولقوله : ما كان عليك من جناح ، وإيجاب القصاص أو الدية جناح ، ولأن قوله صلى الله عليه وسلم المذكور لو أعلم أنك تنظر طعنت به فى عينك يدل على الجواز ، وقد ذهب إلى مقتضى هذه الأحاديث جماعة من العلماء منهم الشافعى ، وخالفت المالكية هذه الأحاديث فقالت إذا فعل صاحب المكان بمن أطلع عليه ما أفن به النبى صلى الله عليه وسلم وجب عليه القصاص أو الدية ، وسأدهم على ذلك جماعة من العلماء ، وغاية ما عولوا عليه قولهم أن المعاصى لا تدفع بمثلاً . وهذا من الغرائب التى يتعجب المنصف من الإقدام على التمسك بمثلاً فى مقابلة تلك الأحاديث الصحيحة ، فإن كل عالم يعلم أن ما أذن فيه الشارع ليس بمعصية ، فكيف يجعل فقه عين المطلع من باب مقابلة المعاصى بمثلاً . ومن جملة ما عولوا عليه قولهم إن الحديث وارد على مسبيل التغليب .

والإرهاب ، ويحجب عنه بالمنع والسند وأن ظاهر ما بلغنا عنه صلى الله عليه وسلم محمول على التشريع إلا لقربة تدل على إرادة المبالغة ، وقد تخلص بعضهم من الحديث بأنه مؤول بالإجماع ، على أن من قصد النظر الى عورة غيره لم يكن ذلك مبيحاً لفقء عينه ولا سقوط ضمانها ، ويحجب أولاً بمنع الاجماع ، وقد نازع القرطبي في ثبوته وقال إن الحديث يتناول كل مطلع ، قال لأن الحديث المذكور إنما هو لظنة الاطلاع على العورة فبالأولى نظرهما المحقق . ولو سلم الاجماع المذكور لم يكن معارضاً لما ورد به الدليل لأنه في أمر آخر ، فإن النظر الى البيت ربما كان مفضياً الى النظر الى الحرم ونشأ ما يقصد صاحب البيت ستره عن أعين الناس .

وفرق بعض الفقهاء بين من كان من الناظرين في التسارع وفي خالص ملك المنظور اليه ، وبعضهم فرق بين من رمى الناظر قبل الانذار وبعده ، وظاهر الأحاديث عدم الفرق .

ثم قال الشوكاني : والحاصل أن لأهل العلم في هذه الأحاديث تفاصيل وشروطاً واعتبارات يطول استيفؤها ، وغالبها يخالف لظاهر الحديث وعاطل عن دليل خارج عنه ، وما كان هذا سبيله فليس في الاشتغال ببسطه ورده كثير فائدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أفسدت ماشيته زرعاً لغيره ولم يكن معها فإن كان ذلك بالنهار لم يضمن وإن كان بالليل ضمن ، لما روى حزام بن سعد بن محبصة أن ناقة للهراء ابن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت زرعاً ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم أن على أهل الأموال حفظ أموالهم بالنهار ، وعلى أهل المواشي ما أصابت مواشيهم بالليل ، وإن كان له هرة تأكل للطيور فأكلت طيراً لغيره ، أو له كلب عقور فأنتلف إنساناً وجب عليه الضمان لأنه مفرط في ترك حفظه

(فصل) وإن مرت بهيمة له بجوهرة لأعمر فابتلعها نظرت فإن كان معها ضمن الجوهرة لأن فعلها منسوب اليه

وقال أبو علي بن أبي هريرة : إن كانت شاة لم يضمن وإن كان بعيراً ضمن لأن العادة في البعير أنه يضبط وفي الغنم أن ترسل ، وهذا قاسد لأنه يبطل بإفساد الزرع ، لأنه لا فرق فيه بين الجميع ، فإن لم يكن معها فقيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه إن كان ذلك نهراً لم يضمن وإن كان ليلاً ضمن كالزرع .

(والثاني) وهو قول القاضي أبي الحسن الماوردي للبصري أنه يضمنها ليلاً ونهاراً ، والفرق بينه وبين الزرع أن رعى الزرع مألوف صاحبه فليزم صاحبه حفظه منها ، وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها منها ، فعلى هذا إن طلب صاحب الجوهرة ذبح البهيمة لأجل الجوهرة لم تذبج ويفرم قيمة الجوهرة ، فإن دفع القيمة ثم ماتت البهيمة ثم أخرجت الجوهرة من جوفها وجب ردها إلى صاحبها لأنها عين ماله واسترجعت القيمة ، فإن نقصت قيمة الجوهرة بالابتلاع ضمن صاحب البهيمة ما نقص ، وإن كانت للبهيمة ما كولة ففي ذبحها وجهان بناء على القولين فيمن غصب خيطاً وخط به جرح حيوان ما كوله .

(الشرح) حديث حزام بن سعد بن محبصة (صحة الاسم) حرام ، ولعله خطأ مطبعي في الاصل ، أخرجه أبو داود في البيوع عن حرام بن محبصة الانصاري عن البراء بن عازب قال : كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطاً فأفسدت فيه فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وأن حفظ المشية بالليل على أهلها ، وأن على أهل المشية ما أصابت ماشيتهم بالليل .

ومن طريق آخر عن حرام بن محبصة عن أبيه أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل .

وأخرج ابن ماجه في كتاب الاحكام عن ابن شهاب أن ابن محبصة الانصاري أخبره أن ناقة للبراء بن عازب كانت ضارية دخلت في حائط قوم فأفسدت فيه فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقضى أن حفظ الاموال على أهلها بالنهار وعلى أهل المشية ما أصابت مواشيتهم بالليل .

وفي رواية أخرى « أن ناقة لآل البراء أفسدت شيئا فقضى رسول الله (ص) بمثله ، وروى مالك في الموطأ في كتاب الاقضية عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها . قال ابن عبد البر : هكذا رواه مالك وأصحاب ابن شهاب عنه مرسلًا ، والحديث من مراسيل الثقات وتلقاه أهل الحجاز وطائفة من العراق بالقبول وجرى عمل أهل المدينة عليه ، ورواه القاسمي وأحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني وابن حبان والحاكم والبيهقي

وقال القاسمي أخذنا به لثبوته ومعرفة رجاله ، وقال الحافظ ابن حجر مداره على الزهري واختلف عليه فقيل هكذا . وهذه رواية الموطأ وكذلك رواية الليث عن الزهري عن ابن محيصة لم يسمه « أن ناقة ، ورواه معن بن عيسى عن مالك فزاد فيه عن جده محيصة ، ورواه معمر عن الزهري عن حرام عن أبيه ولم يتابع عليه ، أخرجه أبو داود وابن حبان ورواه الاوزاعي واسماعيل بن أمية وعبد الله بن عيسى كلهم عن الزهري عن حرام عن البراء ، وحرام لم يسمع من البراء ، قاله عبد الحق تبعاً لابن حزم ، ورواه النسائي من طريق محمد بن أبي حفصة عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن البراء ، ورواه ابن جريج عن الزهري أخبرني أبو أمامة بن سهل أن ناقة للبراء ، ورواه ابن أبي ذئب عن الزهري قال بلغني أن ناقة للبراء

اللغة (الضواري) قال الباجي يريد العوادي ، البهائم التي ضربت أكل زروع الناس . وقال هياض يعني المواشي الضارية لرعى زروع الناس المعتادة له (حائط رجل) أي بستانه

قوله (إذا أفسدت ماشيته ... الخ) قال اللبغوي في شرح للسنة : ذهب أهل العلم إلى أن ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها ، وما أفسدت بالليل ضمنه مالكها ، لأن في العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار وأصحاب المواشي بالليل ، فمن خالف هذه المادة كان خارجاً عن رسوم الحفظ ، هذا إذا لم يكن مالك الدابة معها ، فإن كان معها فعليه ضمانه

ما تلفته سواء كان راكبها أو سائقها أو قائدها أو كانت واقفة ، وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو فمها ، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي ، وذهب أصحاب أبي حنيفة إلى أن المالك إن لم يكن معها فلا ضمان عليه ليلا كان أو نهاراً . اهـ من عون المعبود .

وقال الإمام الخطابي : هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة في هذا الباب (بعد أن أورد الحديثين المشار إليهما لأبي داود) ويشبه أن يكون إنما فرق بين الليل والنهار في هذا لأن في العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار ويوكلون بها الحفاظ والنواظير . ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار ويردوها مع الليل إلى المراح ، فمن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع ، فكان كمن ألقى متاعه في طريق شارع أو تركه في غير موضع حرز فلا يكون على آخذه قطع .

وبالتفريق بين حكم النهار والليل قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لا فرق بين الأمرين ، ولم يجعلوا على أصحاب المواشي غراماً ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم « العجاء جبار » .

قال الخطابي : وحديث « العجاء جبار » عام وهذا حكم خاص والعام يفتى على الخاص ويرد إليه ، فالمصير في هذا إلى حديث البراء والله أعلم

كتاب السير

ترجم الكتاب بالسير لأن الأحكام المودعة فيه متلقاة من سير رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزواته . قال الحافظ بن حجر فقتضى هذا أن يتبع ما ذكر فيه ويعزى إلى من خرج إن وجد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

من أسلم في دار الحرب ولم يقدر على اظهار دينه وقدر على الهجرة وجبت عليه الهجرة لقوله عز وجل (ان الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم ، قالوا فيم كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً)

روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أنا يرى من كل مسلم مع مشرك ، فإن لم يقدر على الهجرة لم يجب عليه لقوله عز وجل (الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً ، فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفواً غفورا) وان قدر على اظهار الدين ولم يصف الفتنة في الدين لم يجب عليه الهجرة ، لأنه لما أوجب على المستضعفين دل على أنه لا يجب على غيرهم . ويستحب له أن يهاجر لقوله عز وجل (لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض) ولأنه اذا أقام في دار الشرك كثر سوادهم ، ولأنه لا يؤمن أن يميل اليهم ، ولأنه ربما ملك الدار فاسترق ولده

(الشرح) قول الله تعالى (ان الذين توفاهم الملائكة) الآية ٩٧ من سورة النساء .

قول الله تعالى (الا المستضعفين) الآية ٩٨ ، ٩٩ من سورة النساء
قول الله تعالى (لا تتخذوا اليهود) الآية ٤٥ من سورة المائدة
الحديث الذي رواه أبو اسحاق الشيرازى في النص بدون ذكر الصحابي فقد أخرجه الترمذى في كتاب السير باب ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين

عن جرير بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية إلى خثعم فاعتصم ناس بالسجود فأسرع فيهم القتل فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأمر لهم بنصف العقل وقال أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين ، قالوا يا رسول الله ولم قال لا تراهي ناراهما ، ومن طريق آخر ولم يذكر فيه عن جرير وقال وهذا أصح ، وأخرجه أبو داود في كتاب الجهاد عن جرير والنسائي عن معاوية وابن ماجه عن جرير . وذكر أبو داود أن جماعة روه مرسلًا والترمذي مرسلًا وقال أصح ، وذكر أن أكثر أصحاب اسماعيل - يعني ابن أبي خالد - لم يذكروا فيه جريراً . وذكر عن البخاري أنه قال الصحيح مرسل ولم يخرج عن النسائي إلا مرسلًا ، ورواه الطبراني موصولاً .

اللغة (السير) جمع سيرة وهو الطريق

(المهاجرة) من أرض إلى أرض هي ترك الأولى للثانية، والجهاد مشق من الجهد وهو المفقدة . يقال أجهد دابته إذا حمل عليها في السير فوق طاقتها ، وقيل هو المبالغة واستفرغ ما في الوسع ، يقال جهد الرجل في كذا ، أى جد فيه وبالع ، ويقال أجهد جهدي في هذا الأمر أى وأبغ غايتك . وقوله تعالى (وجاهدوا في الله حق جهاده - وأقسموا بالله جهد أيمانهم) أى بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها . والغزو أصله الطلب ، يقال ما مغزك من هذا الأمر ، أى ما مطلبك ، وسمى الغازي غازياً لطلبه الغزو وجمعه غزاة وغزى كناقص ونقص

(العقل) نصف الدية

قوله (من أسلم في دار الحرب) قلت : رويت أحاديث توافق ما ذكر أو تعارضه وهاك عن سمرة بن جندب قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن جامع المشرك وسكن معه فهو مثله ، رواه أبو داود . وعن معاوية : لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ، ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها . رواه أحمد وأبو داود والنسائي وقال الخطابي معلول

وعن ابن عباس : لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية وإذا استنفرتم فانفروا . رواه الجماعة إلا ابن ماجه لكن له منه : إذا استنفرتم فانفروا . وروى عائشة منه ، متفق عليه ، والأول قال الذهبي فيه أسناده مظلم لا تقوم بمثله حجة ،

وقد اختلف في الجمع بين الاحاديث ، فقال الخطابي وغيره كانت الهجرة فرضاً في أول الاسلام على من أسلم لقلّة المسلمين بالمدينة وحاجتهم الى الاجتماع فلما فتح الله مكة دخل الناس في دين الله أفواجا ، فسقط فرض الهجرة الى المدينة وبقي فرض الجهاد والنية على من قام به أو نزل به عدو . اهـ

قال الحافظ وكانت الحكمة أيضا في وجوب الهجرة على من أسلم ليسلم من أذى من يؤذيه من الكفار ، فإنهم كانوا يعذبون من أسلم منهم الى أن يرجع عن دينه ، وفيهم نزلت الآية (ان الذين توفاهم ...) وهذه الهجرة باقية الحكم في حق من أسلم في دار الكفر وقدر على الخروج منها .

وقال الماوردي : اذا قدر على اظهار الدين في بلد من بلاد الكفر فقد صارت البلدة دار اسلام فالاقامة فيها أفضل من الرحلة عنها لما يترجم من دخول غيره في الاسلام ، ولا يخفى ما في هذا الرأي من المصادمة لأحاديث الباب القاضية بتحريم الاقامة في دار الكفر .

وقال البيهقي في شرح السنة : يحتمل الجمع بطريقتين أخرى ، فقوله لا هجرة بعد الفتح ، أى من مكة الى المدينة . وقوله لا تنقطع ، أى من دار الكفر في حق من أسلم الى دار الاسلام ، قال ويحتمل وجهاً آخر وهو أن قوله لا هجرة ، أى الى النبي صلى الله عليه وسلم حيث كان بنية عدم الرجوع الى الوطن المهاجر منه الا ياذن . فقوله لا تنقطع ، أى هجرة من هاجر على غير هذا من الأعراب ونحوهم ، وقد أفصح ابن عمر بالمراد فيما أخرجه الاسماعيلى بلفظ : انقطعت الهجرة بعد الفتح الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تنقطع الهجرة ما قوتل الكفار . أى ما دام في الدنيا دار كفر فالهجرة واجبة منها على من أسلم وخشى أن يفتن على دينه .

وأطلق ابن التين أن الهجرة من مكة الى المدينة كانت واجبة وأن من أقام بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم الى المدينة بغير عذر كان كافراً . قال الحافظ وهو اطلاق مردود ، وقال ابن العربي الهجرة هي الخروج من دار الحرب الى دار السلام وكانت فرضاً في عهد النبي (ص) واستمرت بعده لمن خاف على نفسه والتي انقطعت أصلاً هي القصد الى حيث كان .

وقد حكى في البحر أن الهجرة عن دار الكفر واجبة إجماعاً حيث حمل على معصية فعل أو ترك أو طلبها الإمام بقوته لسلطانه ، وقد ذهب جعفر بن مبشر والهادوية إلى وجوب الهجرة عن دار الفسق قياساً على دار الكفر ، وهو قياس مع الفارق والحق عدم وجوبها من دار الفسق لأنها دار الإسلام . وقال الإمام ابن تيمية : المشابهة والمشاكلة في الأمور الظاهرة توجب مشابهة ومشاكلة في الأمور الباطنة ، والمشابهة في الهدى الظاهر توجب مناسبة واتساقاً وإن بعد الزمان والمكان أمر محسوس فرافقتهم ومساكنتهم ولو قليلاً سبب لنوع ما من انتساب أخلاقهم التي هي ملعونة وما كان مظنة لفساد خفي غير منضبط على الحكم به وأدير التحريم عليه ، فمساكنتهم في الظاهر سبب ومظنة لمشاقتهم في الأخلاق والأفعال المذمومة بل في نفس الاعتقادات فيصير مساكن الكافر مثله وأيضاً في المشاركة في الظاهر تورث نوع مودة ومحبة وموالاتة في الباطن ، كما أن المحبة في الباطن تورث المشابهة في الظاهر ، وهذا مما يشهد به الحسن ، فإن الرجلين إذا كانا من بلد واجتمعا في دار غربة كان بينهما من المودة والاتلاف أمر عظيم بموجب الطبع ، وإذا كانت في أمور دنيوية تورث المحبة والموالاتة فكيف بالمشابهة في الأمور الدينية ، فالموالاتة للمشركين تنافي الإيمان (ومن يتولم منكم فإنه منهم)

وقال ابن القيم في كتاب الهدى : ومنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من إقامة المسلم بين المشركين إذا قدر على الهجرة من بينهم . وقال لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ، ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها . وقال : ستكون هجرة بعد هجرة فغيسار أهل الأرض الزمهم مهاجرا إبراهيم ويبيق في الأرض شرار أهلها ، يلفظهم أرضهم ، تقدروهم نفس الله ، ويحشرهم الله مع القردة والخنازير .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والجهاد فرص ، والدليل عليه قوله عز وجل (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) وقوله تعالى (وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم) وهو فرض

على الكفاية إذا قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن السابقين لقوله عز وجل
(لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون في سبيل الله
بأموالهم وأنفسهم، فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدین درجة وكلا وعد الله
الحسنی) ولو كان فرضاً على الجميع لما غنيتل بين من فعل وبين من ترك، ولأنه وعد
الجميع بالحسنی فدل على أنه ليس بفرض على الجميع

وروى أبو سعيد الخدری رضی الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث إلى بنی الحیان وقال ليخرج من كل رجلین رجل، ثم قال للقاعدین أيكم خلف
الخارج في أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج، ولأنه لو جعل فرضاً
على الأعيان لاشتغل الناس به عن العبارة وطلب المعاش فيؤدى ذلك إلى خراب
الأرض وهلاك الخلق.

(فصل) ويستحب الإكثار منه لما روى أبو هريرة رضی الله عنه قال:
سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل؟ قال الإيمان بالله ورسوله
وجهاد في سبيل الله.

وروى أبو سعيد الخدری رضی الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال يا أبا سعيد من رضی بالله رباً وبالاسلام ديناً وبمحمد صلى الله عليه وسلم
نبياً وجبت له الجنة، فقال أعدها يا رسول الله ففعل ثم قال وأخرى يرفع الله
بها للعبد مائة درجة في الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والأرض، قلت
وما هي يا رسول الله؟ قال الجهاد في سبيل الله الجهاد في سبيل الله.

وروى أبو هريرة رضی الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
والذي نفسي بيده لو ددت أن أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيا فأقتل ثم أحيا
فأقتل. وكان أبو هريرة يقول ثلاثاً أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قالها
ثلاثاً، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا سبعاً وعشرين غزوة وبعث
خمساً وثلاثين سرية

(فصل) وأقل ما يجزىء في كل سنة مرة، لأن الجزية تجب في كل سنة مرة
وهي بدل عن القتل فكذلك القتل، ولأن في تعطيله في أكثر من سنة يطمع
العدو في المسلمين، فإن دعت الحاجة في السنة إلى أكثر من مرة وجب لأنه

فرض على الكفاية ، فوجب منه ما دعت الحاجة اليه ، فإن دعت الحاجة الى تأخيرها لضعف المسلمين أو قلة ما يحتاج اليه من قنالم من العدة أو للطمع في إسلامهم ونحو ذلك من الاعذار جاز تأخيرها لأن النبي صلى الله عليه وسلم آخر قتال قريش بالهدنة وآخر قتال غيرهم من القبائل بغير هدنة ، ولأن ما يرجى من النفع بتأخيرها أكثر مما يرجى من النفع بتقديمه فوجب تأخيرها

(فصل) ولا يجاهد أحد عن أحد بعوض وغير عوض لأنه إذا حضر تعين عليه الفرض في حق نفسه ، فلا يؤديه عن غيره ، كما لا يبيع عن غيره وعليه فرضه .

(الشرح) حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه « بعث الى بني لحيان ... » أخرجه مسلم وأبو داود في الجهاد بلفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى بني لحيان وقال ليخرج من كل رجلين رجل ، ثم قال للقاعد أيكم خلف الخارج في أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج ، وفي رواية أخرى لمسلم « بعث بعثاً الى بني لحيان من هذيل ، فقال ليلبعث من كل رجلين أحدهما والأجر بينهما ،

حديث أبي هريرة رضي الله عنه (أي الاعمال أفضل ..) أخرجه الترمذي في باب فضائل الجهاد بلفظ (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل أو أي الأعمال خير ؟ قال إيمان بالله ورسوله ، قيل ثم أي شيء ؟ قال الجهاد سنام العمل ؛ قيل ثم أي شيء يا رسول الله ؟ قال ثم حج مبرور) وفي رواية للبخاري (قيل ثم ماذا ؟ قال الجهاد في سبيل الله) كما أخرجه الشيخان والنسائي حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه (من رضي بالله رباً ...) أخرجه النسائي في الجهاد وأبو داود ومسلم في الجهاد بلفظ (من رضي بالله رباً وبالاسلام ديناً وبمحمد نبياً وجبت له الجنة ، فعجب أبو سعيد فقال أعدما على يا رسول الله ؟ ففعل ، ثم قال وأخرى يرفع بها العبد مائة درجة في الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والارض ، قال وما هي يا رسول الله ؟ قال الجهاد في سبيل الله الجهاد في سبيل الله

حديث أبي هريرة رضى الله عنه ، والذي نفسى بيده لوددت .. ، أخرجه البخارى فى الجهاد ، التنى ، النسائى فى الجهاد والحاكم ومسلم فى الجهاد ولغظه فى مسلم ، تضمن الله لمن خرج فى سبيله لا يخرج منه إلا جهاد فى سبيل وإيماناً به وتصديق برسلى فهو على ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذى خرج منه فإلا ما نال من أجر أو غنيمة ، والذي نفسى بيده ما من كلم يكلم فى سبيل الله إلا جاء يوم القيامة كهيئة حين كلف لونه لون دم وريح مسك ، والذي نفسى بيده لولا أن يشق على المسلمين ما قعدت خلاف سرية تغزو فى سبيل الله أبداً ، ولكن لا أجد سعة فاحلمهم ، ولا يجدون سعة ويشق عليهم أن يتخلفوا عنى ، والذي نفسى بيده لوددت أن أغزو فى سبيل الله فأقتل ، ثم أغزو فأقتل ، ثم أغزو فأقتل ، ومن طريق آخر به ، والذي نفسى بيده لوددت أن أقتل فى سبيل الله ثم أحيى

(أثر) روى أن النبي (ص) غزا سبعا وعشرين غزوة ، فقد أخرجه ابن سعد فى الطبقات الكبرى

اللغة : الغزوات جمع غزوة وأصل الغزو القصد ، ومغزى الكلام مقصده والمراد بالغزوات ما وقع من قصد رسول الله (ص) الكفار بنفسه

(غير أولى الضرر) هم الأعمى والأعرج والمريض
(بنو لحيان) بطن هذيل بكسر اللام

(السرية) قطعة من الجيش من خمسين إلى أربعمائة اختارهم الأمير مأخوذ من السرى وهو الجهد ، وقيل سميت السرية سرية لأنها تستخفى فى قصد ما فتسرى ليلها ، وهى فعيلة بمعنى فاعلة ، يقال سرى وأسرى ولا يكون إلا بالليل
(هدنة) هى ترك الحرب وأصلها للسكون

قوله (الجهاد فرض) حكى عن ابن شبرمة والثورى أن الجهاد تطوع وليس بفرض ، وقالوا كتب عليكم القتال ، ليس على أوجب بل على الندب كقوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ، وقد روى عن ابن عمر نحو ذلك وإن كان مختلفاً فى صحة الرواية عنه

وروى عن عطاء وعمرو بن دينار عن ابن جريج قال : قلت لعطاء أوجب

الغزو على الناس؟ فقال هو وعمرو بن دينار ما علمناه . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ومالك وسائر فقهاء الامصار أن الجهاد فرض الى يوم القيامة إلا أنه فرض على الكفاية إذا قال به بعضهم كان الباقيون في سعة من تركه . وذكر أن سفيان الثوري كان يقول ليس بفرض ولكن لا يسع الناس أن يجمعوا على تركه ويجزى فيه بعضهم على بعض ، وهذا يكون مذهبه فرض على الكفاية ان صح القول عنه .

(قلت) والجهاد فرض عين على كل مسلم إذا انتهكت حرمة المسلمين في أى بلد فيه لا إله إلا الله محمد رسول الله ، وكان على الحاكم أن يدهو للجهاد وأن يستنفر المسلمين جميعا ، وكانت الطاعة له واجبة بل فريضة كالفرائض الخمس ، لقول الله تعالى (انفروا خفايا وبقالا) ولقول معمر كان مكحول يستقبل القبلة ثم يحلف عشر أيمان أن للغزو واجب ، ثم يقول ان شقتم زدتم

ولما روى عن بشير بن الخصاصية قال : أتيت النبي (ص) أبابيه فقال علام تبايعني يا رسول الله؟ فد رسول الله (ص) يده فقال على أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبد الله ورسوله ، وتصلى للصلوات الخمس المكتوبات لو قمتن ، وتؤدى الزكاة المفروضة ، وتصوم رمضان ، وتحتج البيت ، وتجاهد في سبيل الله فقلت يا رسول الله كلا لا أطيق إلا اثنتين إيتاء الزكاة فالى إلا حمولة أهلى وما يقومون به ، وأما الجهاد فأنى رجل جبان ، فإنى أخاب أن تخشع نفسى فأفر فأبوء بغضب من الله ، فقبض رسول الله (ص) يده وقال : يا بشير لا جهاد ولا صدقة فبم تدخل الجنة ، فقلت يا رسول الله أبسط يدك ، فبسط يده فبايعته عليهن . وغير هذا كثير جداً نكتفي بهذا .

أما جزاؤه فالجنة ، يشهد بذلك ما يردده القرآن على مسامعنا ، إن الله اشترى من المؤمنين . بأن لهم الجنة ، وما امتلأت به كتب السنة جميعها أما قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم غزا سبعا وعشرين غزوة ، فقد ورد في الترمذى عن زيد بن أرقم قال تسع عشرة ، قال الحافظ في الفتح : لكن روى أبو يعلى من طريق أبي الزبير عن جابر أن عدد الغزوات إحدى وعشرون .

وإسناده صحيح وأصله في مسلم ، ثم قال وقد توسع ابن سعد فبلغ عدة المغازي التي خرج فيها رسول الله (ص) بنفسه سبعمائة وعشرين ، وتبع في ذلك أوافدي وهو مطابق لما عده ابن إسحاق .

وأخرج عبد الرزاق بإسناد صحيح عن سعيد بن المسيب قال : غزا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعاً وعشرين ، وأما البعوث والسرايا فعند ابن إسحاق ستاً وثلاثين ، وعند أوافدي ثمانياً وأربعين ، وحكى ابن الجوزي في اللقيح ستاً وخمسين وعند المسعودي ستين ووقع عند الحاكم في الإكليل أنها تزيد على المائة وقوله « ولا يجاهد أحد . . . » فهو إجماع فقهاء الأمة وعلماء المسلمين ، كما لا يجوز أن يهجم عن غيره قبل أدائه الفريضة ، فارجع إلى كتاب الحج وراجع حديث شبرمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجب الجهاد على المرأة لما روت عائشة رضي الله عنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجهاد فقال « جهادكن الحج ، أو حسبكن الحج ، ولأن الجهاد هو القتال وهن لا يقاتلن ، ولهذا رأى عمر بن أبي ربيعة امرأة مقتولة فقال

إن من أكبر الكبائر عندي قتل بيضاء حرة عطلول

كتب القتل والقتال عليهما وعلى الغايات جر الذبول

ولا يجب على الخنثى المشكلى لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه بالشك ولا يجب على العبد لقوله عز وجل (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج) والعبد لا يجد ما ينفق .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم كان إذا أسلم عنده رجل لا يعرفه قال أحرّ هو أو مملوك ، فإن قال أنا حر بايعه على الإسلام والجهاد ، وإن قال أنا مملوك بايعه على الإسلام ولم يبايعه على الجهاد ، ولأنه عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلا يجب على العبد كالحج

(فصل) ولا يجب على الصبي والمجنون لما روى على كرم الله وجهه أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ. وعن المجنون حتى يفيق .

وروى عروة بن الزبير قال : رد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر كثرأ من أصحابه استصغروهم ، منهم عبد الله بن عمر وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة وأسامة بن زيد والبراء بن عازب وزيد بن ثابت وزيد بن أرقم وعرابة ابن أوس ورجل من بني حارثة ، لمعلمهم حرسا للذراري والنساء ، ولأنه هبادة على البدن فلا يجب على الصبي والمجنون كالصوم والصلاة والحج

(فصل) ولا يجب على الأعمى لقوله عز وجل (ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج) ولا يختلف أهل التفسير أنها في سورة الفتح أنزلت في الجهاد ، ولأنه لا يصلح للقتال فلم يجب عليه ، وإن كان في بصره شيء . فإن كان يدرك الشخص وما يتقيه من السلاح وجب عليه لأنه يقدر على القتال ، وإن لم يدرك ذلك لم يجب عليه لأنه لا يقدر على القتال ويجب على الأعور والأعشى ، وهو الذي يبصر بالنهار دون الليل لأنه كالبصير في القتال ولا يجب على الأعرج الذي يعجز عن الركوب والمشى الآية ، ولأنه لا يقدر على القتال ، ويجب عليه إذا قدر على الركوب والمشى لأنه يقدر على القتال ، ولا يجب على الأقطع والأشل لأنه يحتاج في القتال إلى يد يضرب بها ويد يثق بها ، وإن قطع أكثر أصابعه لم يجب عليه لأنه لا يقدر على القتال ، وإن قطع الأقر وجب عليه لأنه يقدر على القتال ولا يجب على المريض الثقيل الآية ، ولأنه لا يقدر على القتال ويجب على من به حمى خفيفة أو صداع قليل لأنه يقدر على القتال .

(فصل) ولا يجب على الفقير الذي لا يجد ما ينفق في طريقه فاضلا عن نفقة عياله لقوله عز وجل (ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج) فإن كان القتال على باب البلد أو حوالبه وجب عليه ، لأنه لا يحتاج إلى نفقة الطريق ، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة ولم يقدر على ركوب يحملة لم يجب عليه لقوله عز وجل (ولا على الذين إذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تمفيض من الدمع حزنا أن لا يجهدوا ما ينفقون)

لأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلم تهب من غير مركوب كالحج ، وإن بذل له الإمام ما يحتاج إليه من مركوب وجب عليه أن يقبل ويجاهد ، لأن ما يعطيه الإمام حق له ، وإن بذل له غيره لم يلزمه قبوله ، لأنه اكتساب مال لتجب به العبادة فلم يجب كما اكتساب المال للحج والزكاة

(الشرح) حديث عائشة أخرجه البخارى بلفظه « عن عائشة قالت استأذنت النبي (ص) في الجهاد فقال جهاد كن الحج ، وفي رواية أخرى « سأله فساؤه عن الجهاد فقال نعم الجهاد الحج ، وفي رواية ثالثة عنها أنها قالت يا رسول الله ترى الجهاد أفضل للعمل أفلا نجاهد ؟ قال لكن أفضل الجهاد حج مبرور ،

حديث على أخرجه أبو داود والحاكم والترمذى وابن ماجه « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، و « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن المتبلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر ، و « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل

اللغة : قوله (حسبك الحج) أى يكفىك الحج ، أى حسبك من المشقة والتعب ما تجدن من ألم السير للحج ومشقته ، قال الله تعالى (يا أيها النبي حسبك الله) أى كافيك الله ، يقال أحسبني الشيء أى كفاني .

قوله « حره عطبول ، الحره الخالصة الحسب البرية من الريب . والحر الخالص من كل شيء . والعطبول المرأة الحسناء مع تمام خلق وتمام طول ، وهذه المرأة إبنه النعمان بن بشير امرأة المختار بن أبى عبيد قتلها مصعب بن الزبير حين قتله فأنكر الناس عليه ذلك وأعظموه لارتكابه ما نهى عنه النبي (ص) قوله « كتب القتل ، أى فرض وأوجب ، والغاليات جمع غانية ، وهى التى استغنت بزوجها عن غيره ، وقيل استغنت بحسنها عن لباس الحلى والزينة . وجر الذبول أراد ما تجره المرأة خلفها من فضل ثوبها ، وهو منهى عنه مكروه وبعد البيهقي :

قتلت باطلا على غير شيء إن لله درها من قيسل

قوله : لهم لهم حرساً للذراري ، جمع حارس ، والحراسة هي الحفظ ، حرسه حراسة أي حفظه ، ومنه حرس السلطان الذين يحفظونه

قوله (وصابراً محتسباً) أي طالباً للثواب

قوله (التقاء الزحفين) الزحف الجيش ، يزحفون إلى العدو أي يمشون

قوله (التغريب) التغريب بالنفس المخاطرة والتقدم على غير ثقة وما يؤدي إلى الهلاك .

قوله : ولا يجب الجهاد . قلت لا يجب عليها القتال ، أما خروجها للغزو فقد أخرج أبو داود عن أنس بن مالك قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بأمر سليم وفسوة من الأنصار يسقين الماء وبدوا ين الجرحى . وروى أن فسوة خرجت معه فأمر بردهن . وقال الامام الخطابي في الحديث الاول دلالة على جواز الخروج بهن في الغزو لنوع من الرفق والخدمة ، ثم قال يشبه أن يكون رده إياهن لأحد معنيين ، إما أن يكون في حال ليس بالمستظهر بالقوة والغلبة على العدو يخاف هليهن فردهن أو يكون المخارجات معه من حدائنة السن والمحال بالموضع الذي يضاف فتفتن .

وقال الشوكاني : لا يجوز قتل النساء والصبيان ، وإلى ذلك ذهب مالك والاوزاعي ، وذهب الشافعي والكوفيون إلى أنه إذا قاتلت المرأة جاز قتلها . وقال ابن حبيب من المالكية لا يجوز القصد إلى قتلها إذا قاتلت إلا إن باشرت القتل أو قصدت إليه ، ويدل على ما رواه أبو داود في المراسيل عن عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بأمرأة مقتولة يوم حنين فقال من قتل هذه ؟ فقال رجل أنا رسول الله غنمتها فأردفتها خلقي فلما رأيت الهزيمة فبنا أهوت إلى قائم سبي لتقتلي فقتلتها . فلم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ووصله الطبراني في الكبير وفيه حجاج بن أرطاة ، ونقل ابن بطال أنه اتفق الجميع على المنع من القصد إلى قتل النساء والولدان ، ولا يجب للقتال على الصبي والاعمى والأعرج ولا على من لا يجد القوة عليه مالا أو جسداً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجب على من عليه دين حال أن يجاهد من غير إذن غريمه ، لما روى أبو قتادة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : أ رأيت إن قُتلت في سبيل الله كفر الله خطاياي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن قُتلت في سبيل الله صابراً محتسباً مقبلاً غير مدبر كفر الله خطاياك إلا الدين ، كذلك قال لي جبريل ، ولأن فرض الدين متعين عليه فلا يجوز تركه لفرض على الكفاية يقوم عنه غيره مقامه ، فإن استناب من يقضيه من مال حاضر جاز لأن الغريم يصل إلى حقه ، وإن كان من مال غائب لم يجوز لأنه قد يتلف فيضيع حق الغريم ، وإن كان الدين مؤجلاً ففيه وجهان .
 (أحدهما) أنه يجوز أن يجاهد من غير إذن الغريم كما يجوز أن يسافر لغير الجهاد (والثاني) أنه لا يجوز لأنه يتعرض للقتل طلباً للشهادة فلا يؤمن أن يقتل فيضيع دينه .

(الشرح) حديث أبي قتادة رواه أحمد ومسلم والنسائي والترمذي وصححه ولاحمد والنسائي من حديث أبي هريرة مثله ولفظه وعن أبي قتادة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قام فيهم فذكر لهم أن الجهاد في سبيل الله والإيمان بالله أفضل الأعمال ، فقام رجل فقال يا رسول الله أ رأيت إن قُتلت في سبيل الله تكفر عن خطاياي ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم إن قُتلت في سبيل الله وأنت صابر محتسب مقبل غير مدبر ، ثم قال رسول الله (ص) كيف قلت ؟ قال أ رأيت إن قُتلت في سبيل الله تكفر عن خطاياي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم وأنت صابر محتسب مقبل غير مدبر إلا الدين ، فإن جبريل عليه السلام قال لي كذلك ،

لا يجوز لمن عليه دين أن يخرج إلى الجهاد إلا بإذن من له الدين لأنه حق لأدمى والجهاد حق لله تعالى وينبغي أن يلحق بذلك سائر حقوق الأدميين كدم وعرض لعدم الفرق بين حق وحق ، وقد استدل بحديث عبد الله بن عمرو

يغفر الله للشهيد كل ذنب الا الدين ، فإن جبريل عليه السلام قال لي ذلك رواه مسلم وأحمد على عدم جواز خروج المديون الى الجهاد بغير اذن غريمه أن الدين يمنع من فائدة الشهادة وهي المغفرة العامة وذلك يبطل ثمرة الجهاد ، وقد أشار صاحب البحر الى مثل ذلك فقال ومن عليه دين حال لم يخرج الا بإذن الغريم لقوله صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين . الخبر ، فإذا منع الشهادة بطلت ثمرة الجهاد . اهـ .

ولا يخفى أن بناء الدين في ذمة الشهيد لا يمنع من الشهادة بل هو شهيد مغفور له كل ذنب الا الدين وغفران ذنب واحد يصح جعله ثمرة للجهاد فكيف بمغفرة جميع الذنوب الا واحداً منها ، فالقول بأن ثمرة الشهادة مغفرة لجميع الذنوب ممنوع كما أن القول بأن عدم غفران ذنب واحد يمنع من الشهادة ويبطل ثمرة الجهاد ممنوع أيضاً وغاية ما اشتملت عليه الأحاديث هو أن الشهيد يغفر له جميع ذنوبه الا الدين ، وذلك لا يستلزم عدم جواز الخروج الى الجهاد الا بإذن من له الدين ، بل ان أحب المجاهد أن يكون جهاده سبباً لمغفرة كل ذنب استأذن صاحب الدين في الخروج ، وان رضى بأن يبقى عليه ذنب واحد منها جاز له الخروج بدون استئذان ، وهذا اذا كان الدين حالاً وأما اذا كان مؤجلاً ففي ذلك وجهان

قال الامام يحيى أصحابهما يعتبر الاذن أيضاً اذ الدين مانع للشهادة . وقيل لا كالخروج للتجارة قال في البحر ويصح الرجوع عن الاذن قبل التحام القتال اذ الحق له لا بعده لما فيه من الوهن

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان أحد أبويه مسلماً لم يجز أن يجاهد بغير إذنه لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال : جاء رجل إلى رسول الله (ص) يستأذنه في الجهاد ، فقال أحى والداك ؟ قال نعم ، قال ففيهما لجاهد . وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال ، سألت النبي صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل ، فقال الصلاة لميقانها ، قلت ثم ماذا ؟ قال بر الوالدين ، قلت ثم ماذا ؟

قال الجهاد في سبيل الله ، فدل على أن بر الوالدين مقدم على الجهاد ، ولأن الجهاد فرض على الكفاية ينوب عنه فيه غيره ، وبر الوالدين فرض يتعين عليه لأنه لا ينوب عنه فيه غيره ، ولهذا قال رجل لابن عباس رضى الله عنه إنى نذرت أن أغزو الروم وأن أبوى منعانى ، فقال أطلع أبويك فإن الروم يستجد من يغزوها غيرك . وإن لم يكن له أبوان وله جد أو جدة لم يجز أن يجاهد من غير إذنهما ، لأنهما كالأبوين في البر ، وإن كان له أب وجد أو أم وجدة فهل يلزمه استئذان الأب مع الجد أو استئذان الجدة مع الأم فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه لأن الأب والأم يحجبان الجد والجدة عن الولاية والحضانة (والثانى) يلزمه وهو الصحيح عندى لأن وجود الأبوين لا يسقط بر الجدين ولا ينقص شفقتهما عليه .

وإن كان الأبوان كافرين جاز أن يجاهد من غير إذنهما لأنهما متهمان في الدين ، وإن كانا مملوكين فقد قال بعض أصحابنا انه يجاهد من غير إذنهما لأنه لا إذن لهما فى أنفسهما فلم يعتبر إذنهما لغيرهما

قال الشيخ الإمام وعندى أنه لا يجوز أن يجاهد الا بإذنهما ، لأن المملوك كالحرف فى البر والشفقة فكان كالحرف فى اعتبار الاذن . وإن أراد الولد أن يسافر فى تجارة أو طلب علم جاز من غير إذن الأبوين لأن الغالب فى سفره السلامة

(فصل) وإن أذن التريم لغريمه أو والده لولده ثم رجعا أو كانا كافرين فأسلما ، فإن كان ذلك قبل التقاء الزحفين لم يجز الخروج الا بالاذن ، وإن كان بعد التقاء الزحفين ففيه قولان

أحدهما أنه لا يجوز أن يجاهد الا بالاذن لأنه عذر يمنع وجوب الجهاد فإذا طرأ منع من الوجوب كالمسى والمرض

والثانى أنه يجاهد من غير إذن ، لأنه اجتمع حقان متعينان وتمين الجهاد سابق فقدم ، وأن أحاط العدو بهم تمين فرض الجهاد وجاز من غير إذن التريم ومن غير إذن الأبوين ، لأن ترك الجهاد فى هذه الحالة يؤدي الى الهلاك فقدم على حق التريم والأبوين .

(الشرح) حديث عبد الله بن عمرو رواه البخاري والانسائي وأبو داود والترمذي وصححه ، ولمسلم من طريق آخره ارجع الى والدتك فأحسن صحبتها ، حديث ابن مسعود قال ، سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أحب إلى الله قال الصلاة علي وقتها ، قلت ثم أى ؟ قال بر الوالدين ، قلت ثم أى ؟ قال الجهاد فى سبيل الله ، حدثني بن ولو استزددته لزدني ، متفق عليه

قال الشوكاني : يجب استئذان الأيوين فى الجهاد ، وبذلك قال الجمهور وجزموا بتحريم الجهاد إذا منع منه الأيوان أو أحدهما ، لأن برهما فرض عين والجهاد فرض كفاية ، فإذا تعين الجهاد فلا إذن ، ويفسد له ما أخرجه ابن حبان من حديث عبد الله بن عمرو قال ، جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن أفضل الاعمال قال الصلاة ، قال ثم مه ؟ قال الجهاد ، قال فإن لى والدين ، فقال آمرك بوالدك خير ، فقال والذى بعثك نبياً لجاهدن ولا تركنهما قال فأنت أعلم ، وهو محمول على جهاد فرض العين توفيقاً بين الاحاديث ، وهذا بشرط أن يكون الأيوان مسلمين . وهل يلحق بهما الجهد والجدة ؟ الاصح عند الشافعية ذلك ، وظاهره عدم الفرق بين الأحرار والعبيد . اهـ

قال ابن حزم ولا يجوز الجهاد إلا بإذن الأيوين إلا أن ينزل العدو بقوم من المسلمين ففرض على كل من يمكنه إعانتهم أن يقصدهم مغنياً لهم أذن الأيوان أم لم يأذنوا إلا أن يضيحا أو أحدهما بعده فلا يحل له ترك من يضيح منها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويكره الغزو من غير اذن الامام أو الامير من قبله ، لأن الغزو على حسب حال الحاجة ، والامام والامير أعرف بذلك ، ولا يجرم لأنه ليس فيه أكثر من التفرير بالنفس والتفرير بالنفس يجوز فى الجهاد

(فصل) ويجب على الامام أن يشحن ما يلى الكفار من بلاد المسلمين بجيوش يكفون من يليهم ويسقعمل عليهم أمراء ثقات من أهل الاسلام مدبرين لأنه اذا لم يفعل ذلك لم يؤمن اذا توجه فى جهة الغزو أن يدخل العدو من جهة أخرى فيملك بلاد الاسلام .

وإن احتاج الى بناء حصن أو حفر خندق فعل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حفر الخندق . وقال البراء بن عازب رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ينقل الزراب حتى وارى الزراب شعره وهو يرتجز برجز عبد الله بن رواحة وهو يقول : اللهم لولا أنت ما اهدينا * ولا تصدقنا ولا صلينا * فأنزلن سكينة علينا . وثبت الأقدام إن لاقينا ، وإذا أراد الغزو وبدأ بالأم فالأم لقوله عز وجل (قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) فإذا استوت الجهاد في الخوف اجتمع وبدأ بأهمها عنده .

(الشرح) حديث البراء بن عازب أخرجه البخارى في الجهاد ومسلم في المغازى اللغة : قوله * ويجب أن يشحن ، أى يملأ . يقال شحنت البلد بالخيل ملأته وبالبلد شحنة من الخيل أى رابطة ، قال الله تعالى (في الفلك المشحون) أى المملوء قوله * مدبرين ، المدبر الذى ينظر فى دبر الأمر أى عاقبته . قوله * برجز عبد الله ابن رواحة وهو يقول اللهم لولا أنت ما اهدينا ، فيه خزم من طريق العروض ويستقيم وزنه لأم والألف واللام زائدتان على الوزن ، وذلك يجرى فى الشعر كما روى عن على كرم الله وجهه

أشدد حيازيمك للو ت فإن الموت لاقيك
ولا تجزع من المسو ت اذا حل بواديك

فإن قوله أشدد خزم كله ، والخزم بالزاي وزنه مفاعيلن ثلاث مرات وهو مزج قوله * فأنزلن سكينة علينا ، السكينة فعيلة من السكون وهو الوقار والطمأنينة وما يسكن به الانسان ، وقيل هى الرحمة ، فيكون المعنى أنزل علينا رحمة أو ما تسكن به قلوبنا من خوف العدو ورعبه . وأما السكينة التى فى القرآن فى قوله تعالى (التابوت فيه سكينة من ربكم) قيل له وجه مثل وجه الانسان ثم هى بعد ريح هفاة . وقيل لها رأس مثل رأس الهر وجناحان ، وهى من أمر الله عز وجل ، ولعلمهم كانوا ينتصرون بها كما نصر بها طائوت على جانوت قوله * وثبت الأقدام ان لاقينا ، يقال رجل ثبت فى الحرب وثبت ، أى لا يزول عن مكانه عند لقاء العدو ، وقال الله تعالى (وثبت أقدامنا) ويهوز أن

يكون ثابت القلب كما قيل . ثبت اذا صيغ بالقوم وقر . قوله : عرض الجيش ، يقال عرضت الجيش أى أظهرتهم فنظرت ما حولهم ، وكذلك عرضت الحجارة على البيع عرضاً ، أى أظهرتها لذلك .

وقوله : ولا يأذن لمخذل ، هو الذى يقول بالكفار وكثرة خيلهم جيدة وما شاكله يقصد بذلك خذلان المسلمين ، وهو التخلف عن النصرة وترك الاعانة ، يقال للظبي اذا تخلف عن القطيع خذل ، ويقال خذلت الوحشية اذا أقامته على ولدها وتخلفت ، قال طرفة : خذول تراعى ربرباً بحميلة

قال أبو بكر الجصاص فى أحكام القرآن : الجهاد واجب مع الفساق كوجوبه مع العدول وسائر الآية الموجبة لفرض الجهاد لم يفرق بين فعله مع الفساق ومع العدول الصالحين ، وأيضاً فان الفساق إذا جاهدوا فهم مطيعون فى ذلك .

وقال ابن حزم : ومن أمره الأمام بالجهاد إلى دار الحرب ففرض عليه أن يطيعه فى ذلك إلا من له عذر قاطع .

وقال الشوكانى : ان الجهاد لا يزال ما دام الاسلام والمسلمون إلى ظهور الدجال ، وأخرج أبو داود وأبو يعلى مرفوعاً وموقوفاً من حديث أبى هريرة : الجهاد ما مضى مع البر والفاجر ، ولا بأس بإسفاده إلا أنه من رواية مسكحول عن أبى هريرة ولم يسمع منه ، ثم قال لا فرق فى حصول فضيلة الجهاد بين أن يكون الغزو مع الامام العادل أو الجائر .

(قلت) أما كراهة الغزو إلا بإذن الامام لحقاً إلا إذا تخاذل الامام ونكص على عقبه فقد وقع الفرض على المسلمين بالقتال فوراً ، أما وجوب الاستعداد بكافة الأسلحة على اختلاف أنواعها فقد أوجبها المصدر الاول للمسلمين إذ يقول الله عز وجل : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا أراد الخروج عرض الجيش ولا يأذن لمخذل ولا لمن يعاون الكفار بالمكاتبة لقوله عز وجل (لو خرجوا فيكم ما زادوكم إلا خبالاً ولا وضعوا

خلالكم يبنونكم الفتنه ، قيل في التفسير لا وقعوا بينكم الاختلاف ، وقيل لا اشرعوا في تفریق جمعكم ، ولان في حضورهم اضرار بالمسلمين ولا نستعين بالكفار من غير حاجة ، لما روى عائشة رضی الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى بدر فتبعه رجل من المشركين ، فقال له تؤمن بالله ورسوله قال : لا ، قال فارجع فلن أستعين بمشرك ، فان احتاج أن يستعين بهم فان لم يكن من يستعين به حسن الرأي في المسلمين لم نستعن به ، لأن ما يخاف من الضرر بمضورهم أكثر مما يرجى من المنفعة ، وان كان حسن الرأي في المسلمين جاز أن نستعين بهم ، لأن صفوان بن أمية شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في شركة حرب هوازن ، وسمع رجلا يقول غلبت هوازن ، وقتل محمد فقال هنيك الحجر لرب من قریش أحب إلى من رب من هوازن ، وإن احتساج إلى أن يستأجرهم جاز ، لأنه لا يقع الجهاد له وفي القدر الذي يستأجر به وجهان .

(أحدهما) لا يجوز له أن تبلغ الاجرة سهم راجل لانه ليس من أهل فرض الجهاد فلا يبلغ حقه سهم راجل كالصبي والمرأة .

(والثاني) وهو المذهب أنه يجوز ، لانه عوض في الإجارة لحجاز أن يبلغ قدر سهم الراجل كالأجرة في سائر الإجازات ، ويجوز أن يأذن للنساء لما روى الربيع بنت معوية قالت : كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنخدم القوم ونسقيهم الماء ونزد الجرحى والنقل إلى المدينة ، ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان لأن فيهم معاونة ، ولا يأذن لمجنون لانه يمرضه للهلاك من غير منفعة ، وينبغي أن يتماهد الحبل فلا يدخل حطبا وهو الكسير ولا فخما وهو الكبير ولا ضرعا وهو الصغير ولا أعجمف وهو الهزيل لانه ربما كان سببا للمزيمة ولانه يزاحم به الغنائم في سهمهم ويأخذ البيعة على الجيش أن لا يفرروا لما روى جابر رضی الله عنه قال : كنا يوم الحديبية ألف رجل وأربعمائة فبايعناه تحت الشجرة على أن لا نفر ولم نبايعه على الموت — يعني النبي صلى الله عليه وسلم ويوجهه الطلائع ومن يتجسس أخبار الكفار ، لما روى جابر رضی الله عنه قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق من يأتينا بخبر القوم فقال الزبير أنا ، فقال إن لكل نبي حواري وحواري الزبير .

والمستحب أن يخرج يوم الخميس ، لما روى كعب بن مالك قال : قلنا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج في سفر الا يوم الخميس ، ويستحب أن يعقد الرايات ويحمل تحت كل راية طائفة ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أبا سفيان أسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عباس احبس به على الوادي حتى تمر به جنود الله فيراها ، قال العباس فحبسته حيث أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ومررت به القبائل على راياتها حتى مر به رسول الله (ص) في الكتيبة الخضراء كتيبة فيها المهاجرون والانصار لا يرى منهم إلا الحدق من الحديد ، فقال من هؤلاء يا عباس ؟ قال قلت هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم في المهاجرين والانصار ، فقال ما لا أحد بهؤلاء من قبل ، والله يا أبا الفضل لقد أصبح ملك ابن أخيك الغداة عظيما ، والمستحب أن يدخل إلى دار الحرب بتعبية الحرب ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة لجعل خالد بن الوليد على إحدى المجنبتين ، وجعل الزبير على الاخرى وجعل أبا عبيدة على الساقة وبطن الوادي ، ولأن ذلك أحوط للحرب وأبلغ في إرهاب العدو .

(الشرح) حديث عائشة ، خرج النبي صلى الله عليه وسلم لبل بدر فلما كان بحرة الوبرة أدركه رجل فد كان تذكر منه جرأة ونجدة ففرح به أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين رأوه ، فلما أدركه قال جئت لاتبئك فأصيب معك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم وحلم تؤمن بالله ورسوله ؟ قال لا ، قال فارجع فلن أستعين بمشرك ، قالت ثم مضى حتى اذا مر بالشجرة أدركه الرجل فقال له كما قال أول مرة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم كما قال أول مرة فقال لا ، قال فارجع فلن أستعين بمشرك ، قال فرجع فأدركه بالبيداء فقال له كما قال أو مرة تؤمن بالله ورسوله ؟ قال نعم ، قال فانطلق ، رواه أحمد ومسلم ، وفي رواية أخرى لأحمد أنا لا نستعين بالمشركين على المشركين فأسلنا وشهدنا معه ،

حديث صفوان ، قال الحافظ بن حجر في تلخيص الخبير أنه أعطى عينيه من حصن والأقرع بن حابس وأبا سفيان بن حرب و صفوان بن أمية ، مسلم ثم قال والصواب أنه من الغنائم .

وذكر النووي في شرح مسلم ، وقد جاء في الحديث الآخر أن النبي (ص) استعان بصفوان بن أمية قبل إسلامه ، وذكره الشوكاني ولم يشر إلى مخرجه ، وبالبحث عنه في مسلم لم أعثر عليه ولكن أخرج أبو داود في مراسيله والترمذي عن الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم استعان بناس من اليهود في خيبر في حربه فأسهم لهم ،

حديث الربيع بنت معوية أخرجه البخاري وأحمد ، جابر ، كنا يوم الحديبية ، مسلم في المغازي والترمذي في السير والنسائي في البيعة .

حديث جابر ، من يأتينا بخبر القوم ، متفق عليه ، حديث كعب رواه البخاري ومسلم بلفظ ، أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج يوم الخميس في غزوة تبوك ، وكان يحب أن يخرج يوم الخميس ، حديث ابن عباس في البخاري رواه ابن سعد في الطبقات وكتب المساهرة وأبو داود بنحوه

حديث أبو هريرة جزء من حديث أخرجه أحمد وأبو داود ومسلم والنسائي اللغة : قوله ، ما زادوكم إلا خبالا ، أي فسادا وقد خبله وخبله واختبله إذا أفسد عقله أو عضوه . ولأوضحوا خلالكم أي أسرعوا في السير ، يقال وضع البعير يضع وأوضعه راكبه إذا حمه على العدو السريع . وخلالكم بينكم . والخلة الفرجة بين الشيبين والجمع الخلال .

قوله ، بفيك الحجر ، يقال هذا لمن يتكلم بغير الحق دعاء على طريق التكذيب قوله ، لرب من قریش ، أي سيد والرب السيد الرئيس ، وكان يقال لحذيفة بن بدر رب معد أي سيدها .

قوله ، ويوجهه الطلائع ومن يتجسس ، الطلائع جمع طليعة وهو من يبحث أمام الجيش ليطلع على العدو أي ينظر إليهم . والتجسس بالجيم طلب الأخبار

والبحت عنها ، وكذلك تحسس الخبز بالحاء ، ومنهم من يفرق بينهما فيقول
 تحسست بالحاء في الخير والشر والجيم في الشر لا غير . قالوا والجاسوس صاحب
 سر الشر ، والتاموس صاحب سر الخير ، وقيل بالحاء أن تطلبه لنفسك وبالجم
 لغيرك . قوله : إن لكل نبي حوارياً وحوارى الزبير ، قيل معناه أنه مخصص من
 أصحابي ومفضل من الخبز الحواري وهو أفضل الخبز وأرفعه . وحوارى عيسى
 هم المفضلون عنده وخاصته . وقيل لأنهم كانوا يحمرون ثيابهم أى يبيضونها ،
 والنحور التبييض . وقيل لأنهم كانوا قصارين ، وقيل لأن الحواري الناصر ،
 والصحيح أنه الخالص النقي من حورت الدقيق إذا أخلصته ونقيه من الحشو ،
 ويقال لنساء الحضر حواريات لبياضهن ونعمتهن

قوله : في الكتبية الخضراء ، الكتبية قطعة من الجيش من أربعمائة إلى ألف
 واشتقاقها من الكتب وهو الجمع والانضمام وقد ذكر . وسميت خضراء لما يرى
 عليها من لون الحديد وخضرتها وسواده ، والخضرة عند العرب السواد ، يقال
 دليل أخضر . قاله ابن الأعرابي وأنهى :

ناق نجي خبيبا زورا وعارضى الليل إذا ما اخضرا
 أى اسود . قوله (ما لا أحد بهؤلاء من قبل) أى طاقة . قال الله تعالى (فلنأتينهم
 بجنود لا قبل لهم بها

قوله : إحدى المجنبتين ، بكسر النون ، أى كتبتين أخذتا الجانبين اليمين
 والشمال من جانبي الطريق ، ويقال المجنبة اليمنى والمجنبة اليسرى

قوله : على الساقة ، أى على آخر العسكر ، كأنهم يسوقون الذين قبلهم .
 قوله (حمر النعم) خص الحمر دون غيرها ، لأنها عندهم خير المال ، والنعم هى
 الأبل والأنعام ، الأبل والبقر والغنم ، قد سمى أيضا نهما ، قال الله تعالى (فجزاء
 مثل ما قتل من النعم)

قال النووي في شرح مسلم : أخذ طائفة من العلماء بكراهة الاستعانة في الغزو
 بكافر إلا الحاجة على إطلاقه . وقال الشافعى وآخرون إن كان الكافر حسن الرأى
 في المسلمين ودعت الحاجة الى الاستعانة به أستعين به وإلا فيكره

وقال الشوكاني ان الظاهر من الادلة عدم جواز الاستعانة بمن كان مشركا مطلقا لما في قوله صلى الله عليه وسلم (انا لا نستعين بالمشركين) من العموم . وكذلك قوله (انا لا أستعين بمشرك) ولا يصلح مرسل الزهري لمعارضته ذلك لما قيل ان مراسيل الزهري ضعيفة ، ثم قال ويؤيده قوله تعالى (ولن يحمل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)

وقد أخرج الشيخان عن البراء بن عازب قال (جاء رجل مقنع بالحديد فقال يا رسول الله أقاتل أو أسلم؟ قال أسلم ثم قاتل فأسلم ثم قاتل فقتل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عمل قليل وأجر كثير . وأما استعانة صلى الله عليه وسلم بابن أبي فليس ذلك الا لإظهاره الاسلام . وأما مقاتلة قرمان مع المسلمين فلم يثبت أنه صلى الله عليه وسلم أذن له بذلك في ابتداء الامر ، وغاية ما فيه أنه يجوز للإمام السكوت عن كافر قاتل مع المسلمين - وقال ابن حزم ولا يحضر مغازي المسلمين كافر .

ثم روى عن الزهري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يغزو باليهود فيسهم لهم كسهام المسلمين . وروى عن سعد بن أبي وقاص غزا بقومه من اليهود فرضخ لهم . وروى عن الشعبي حينما سأل عن المسلمين يغزون بأهل الكتاب ، فقال الشعبي أدركت الأئمة الفقيه منهم وغير الفقيه يغزون بأهل الذمة فيقسمون لهم ويضعون عنهم جزيتهم ، فذلك لهم نقل حسن . ثم قال وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأبوسليمان لا يسهم لهم . قال أبو سليمان ولا يرضخ لهم ولا يستعان بهم . قال أبو محمد حديث الزهري مرسل ولا حجة في مرسل ، ولقد كان يلزم الحنفيين والمالكين القائلين بالمرسل أن يقولوا بهذا لأنه من أحسن المراسيل ، لا سيما مع قول الشعبي انه أدرك الناس على هذا ، ولا نعلم اسعد مخالفاً في ذلك من الصحابة . ثم قال لكن الحجة في ذلك ما روينا عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (انا لا نستعين بمشرك) فصح أنه لا حق في الغنائم لغير المسلمين .

وقال الشوكاني يجوز للمرأة الاجنبية معالجة الرجل الاجنبي للضرورة ، قال ابن بطال ويختص بذلك بدوات المحارم وان دعت الضرورة فليكن بغير مباشرة ولا مس

ويدل على ذلك اتفاقهم على أن المرأة إذا ماتت ولم توجد امرأة تغسلها أن الرجل لا يباشر غسلها ، بل غسلها من وراء حائل في قول بعضهم كالزهري وفي قول الأكثر تيمم وقال الأوزاعي تدفن كما هي

قال ابن المنير: الفرق بين حال المداواة وغسل الميت أن الغسل عبادة والمداواة ضرورة والضرورات تبيح المحظورات ، وهكذا يكون حال المرأة في رد القتلى والجرحى فلا تباشر بالمس مع إمكان ما هو دونه

(قلت) وقد توقفت عن الكلام في عدم استعمال المجانين في القتال ، وكذا أنواع الخبول التي أشار إليها المؤلف ، وأخذ البيعة والتجسس لحساب المسلمين لأنها من الأمور المسلم بها التي لم يختلف فيها أحد ، والتي لا زال معمولاً بها عسكرياً حتى في القرن العشرين هصر المدينة ، ألا فليستيقظ المسلمون بالرجوع إلى ربهم وسنة نبيهم

قوله « والمستحب أن يخرج يوم الخميس » قال الحافظ في الفتح : لعل سببه ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « بورك لأمتي في بكورها يوم الخميس » وهو حديث ضعيف أخرجه الطبراني . قال وكونه صلى الله عليه وسلم كان يحب الخروج يوم الخميس لا يستلزم المواظبة عليه لقيام مانع منه ، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم خرج لحجة الوداع يوم السبت ١٥ هـ . وقال ابن حزم ونسحب الخروج للسفر يوم الخميس

قوله « ويستحب أن يعقد الرايات » ، و« أن يدخل دار الحرب بتعبئة » فضلاة الله وسلامه عليك يا رسول الله فلقد قنت وشرعت نظم الحزب الحديثة فلا زال العمل جارياً بالألوية والرايات

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن كان العدو ممن لم تبلغهم الدعوة لم يجز قتالهم حتى يدعوم إلى الإسلام ، لأنه لا يلزمهم الإسلام قبل العلم ، والدليل عليه قوله عز وجل (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) ولا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم وإن بلغتهم الدعوة فالأحب أن يعرض عليهم الإسلام لما روى سهل بن سعد قال ،

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه يوم خيبر : إذا نزلت بساحتهم فادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدي الله بهداك رجلاً واحداً خير لك من حمر النعم ، وإن قاتلهم من غير أن يعرض عليهم الاسلام جاز . لما روى نافع قال : أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وروى وهم غافلون .

(الشرح) حديث سهل بن سعد أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر فقال أين علي ؟ فقيل انه يشتكى عيفيه ، فأمر فدعى له فبصق في عيفيه فبرأ مكانه حتى كأن لم يكن به شيء ، فقال فقاتلهم حتى يكتونوا مثلنا ، فقال علي رسلك حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدي بك رجلاً واحداً خير لك من حمر النعم ، متفق عليه

حديث نافع ولفظه : عن ابن عوف قال كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إلى إنما كان ذلك في أول الاسلام وقد أغار رسول الله (ص) على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبي فرارهم وأصاب يومئذ جويرية ابنة الحارث ، حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش ، متفق عليه

قوله : أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون ، أي غافلون على غير علم ولا حذر . يقال رجل غر إذا لم يجرب الأمور بالكسر وفي الحديث المؤمن غر وكريم . الغرة الغفلة والغار الغافل ، وسمى المصطلق لحسن صوته والصلق الصوت الشديد عن الأصمى ، وفي الحديث ليس منا من صلِق ولا حلق .

قوله : عصموا منى دماءهم وأموالهم ، أي منعوا ، والعصمة المنع ، يقال عصمه الطعام أي منعه من الجوع ، لا عاصم اليوم من أمر الله إلا من رحم . قال الشوكاني في المسألة ثلاثة مذاهب (الأول) أنه يجب تقديم الدعاء للكفار الى الاسلام من غير فرق بين من بلغته الدعوة منهم ومن لم تبلغه ، وبه قال مالك والهادوية وغيرهم ، وظاهر الحديث معهم

(والثاني) أنه لا يجب مطلقاً (الثالث) أنه يجب لمن لم تبلغهم الدعوة ولا يجب إن بلغتهم لكن يستحب . قال ابن المنذر وهو قول جمهور أهل العلم وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة على معناه ، وبه يجمع ما بين ظاهره الاختلاف من الأحاديث ، وقد زعم الامام المهدي أن وجوب تقديم دعوة من لم تبلغه الدعوة يجمع عليه ، ويرد ذلك ما ذكرنا من المذاهب الثلاثة ، وقد حكاه المازري وأبو بكر بن العربي

وقال الخطابي : وقد اختلف العلماء ، فقال مالك بن أنس لا يقاتلون حتى يدعوا أو يؤذنوا . وقال الحسن البصري . يجوز أن يقاتلوا قبل أن يدعوا قد بلغتهم الدعوة ، وكذلك قال الثوري وأصحاب الرأي ، وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق . واحتج الشافعي في ذلك بقتل ابن أبي الحقيق

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن كانوا ممن لا يجوز إقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلبوا ، لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ؟ فإذا قارها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، وإن كانوا ممن يجوز إقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية ، والدليل عليه قوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)

وروى بريدة رضى الله عنه قال ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث أميراً على جيش أو سرية قال اذا أنت لقيت عدواً من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال فإينهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ، ادعهم الى الدخول في الاسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار الهجرة ، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين ، وعليهم ما على المهاجرين ، فإن دخلوا في الاسلام وأبوا أن يتحولوا الى دار الهجرة ، فأخبرهم أنهم كأعراب المؤمنين الذين يجرى عليهم حكم الله تعالى ولا يكون لهم في النية

والغنيمة شيء حتى يجاهدوا مع المؤمنين فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ، وإن
أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وإن أبوا فاستن
بالله عليهم ثم قاتلهم ، ويستحب الاستنصار بالضعفاء لما روى أبو الدرداء رضى
الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : امتوني بضعفائكم فإنما
تنصرون وترزقون بضعفائكم ، ويستحب أن يدعو عند التقاء الصفين لما روى
أنس رضى الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا غزا قال : اللهم
أنت عضدى وأنت ناصرى وبك أقاتل

وروى أبو موسى الأشعري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا خاف
أمراً قال اللهم انى أجعلك فى نحرهم وأعوذ بك من شرورهم ، ويستحب أن
يخرج الجيش على القتال لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال يا معشر الأنصار هذه أوباش قريش قد جمعت لكم إذا لقيتموهم غداً
فاحصدوهم حصداً .

وروى سعد رضى الله عنه قال تثل لى رسول الله (ص) كنانته يوم أحد
وقال ارم فداك أبى وأمى ، ويستحب أن يكبر عند لقاء العدو لما روى أنس
رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا خيبر ، فلما رأى القرية قال الله
أكبر خربت خيبر إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين ، قالها ثلاثاً ،
ولا يرفع الصوت بالتكبير لما روى أبو موسى الأشعري قال كان رسول الله (ص)
فى غزوة فأشرفوا على واد ، فجعل الناس يكبرون وبهللون الله أكبر الله أكبر ،
يرفعون أصواتهم ، فقال يا أيها الناس انكم لا تدعون أصم ولا غامباً إنما
تدعون قريباً سمياً إنه معكم

(الشرح) حديث ه أمرت أن أقاتل الناس ... ، أخرجه البخارى ومسلم
والأربعة عن أبى هريرة ، وفى رواية متفق عليها عن ابن عمر (والنسائى) عن
أبى بكره والحاكم عن أبى هريرة

حديث بريدة رضى الله عنه أخرجه مسلم فى المغازى ، أبوداود فى المغازى
الترمذى فى السهد ابن ماجه فى الجهاد والحاكم من طريق أبى نجیح

حديث أبي الدرداء أخرجه أبو داود في الجهاد - الترمذى في الجهاد -
النسائى في الجهاد .

حديث أنس أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد باب ما يدعى عند اللقاء
و اللهم أنت عضدى ونصيرى بك أول وبك أصول وبك أقاتل ، وأخرجه
الترمذى وقال حسن غريب والنسائى

حديث أبي موسى الأشعري وكان إذا خاف أمره ، أخرجه أبو داود والنسائى
حديث أنس متفق عليه

و أبو موسى الأشعري وكان رسول الله (ص) في فزوة فأشرفوا على
و اد ، متفق عليه .

اللغة : قوله (هذه أوباش قريش) الأوباش الجماعات والاخلاط من قبائل شتى
ويقال أوشاب بتقديم الشين أيضا . قوله (فاحص دوم) أى استأصلوهم بالقتل
وأصله مع حصاد الزرع وهو قطعه . قال الله تعالى (لجمعناهم حصيداً)

قوله (مثل لى كنانته) أى صبها واستخرج ما فيها من النبل بمنزلة ثراها .
قوله (انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين) ساحة القوم هى العرصة
التي يدبرون أحببتهم حولها وساء نقيض سر ، يقال ساءه يسوءه سوءاً بالفتح ،
وساءه نقيض سره

تمسك القائلون بأنه لا تؤخذ الجزية من السكتاني اذا كان عربياً بما رواه
أحمد والترمذى عن ابن عباس قال مرض أبو طالب فجاءته قريش وجاءه النبي
صلى الله عليه وسلم وشكوه الى أبي طالب ؛ فقال يا ابن أخى ما تريد من قومك
قال أريد منهم كلمة تدين لهم بها العرب وتؤدى اليهم بها العجم الجزية ، قال كلمة
واحدة ، قولوا لا اله الا الله ، قاروا لها واحداً ؟ ما سمعنا بهذا فى الملة الآخرة
ان هذا الا اختلاق ، قال فنزل فيهم القرآن (ص) والقرآن ذى الذكر - الى قوله -
ان هذا الا اختلاقى)

وقال الحافظ فى الفتح : فأما اليهود والنصارى فهم المراد أهل الكتاب
بالاتفاق ، وفرق الحنفية فقالوا تؤخذ من مجوس العجم دون مجوس العرب .
وحكى الطحاوى عنهم أنها تقبل الجزية من أهل الكتاب ومن جميع كفار العجم
١٩٢ ج ١٩٢ المجموع

ولا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف . وعن مالك تقبل من جميع الكفار إلا من ارتدوا به . قال الأوزاعي وفقهاء الشام . وحكى ابن القاسم عن مالك أنها لا تقبل من قريش ، وحكى ابن عبد البر الاتفاق على قبولها من المجوس ، لكن حكى ابن القين عن عبد الملك أنها لا تقبل إلا من اليهود والنصارى فقط .

وقال الشافعي تقبل من أهل الكتاب عرباً كانوا أو عجمياً ويلتحق بهم المجوس في ذلك مستدلاً بما رواه أحمد والبخاري وغيرهما عن عمر أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى حدثني بها عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس مھر .

قال أبو عبيد في كتاب الأموال : ثبتت الجزية على اليهود والنصارى بالكتاب وعلى المجوس بالسنة .

أما ما أورده من نصيحته للأمرء بأن يبينوا للأعداء أن القتال ما فرض في الإسلام إلا لانتقال الناس من عبادة بعضهم لبعض إلى عبادة الله الواحد القهار والاستنصار بالضعفاء والدعاء عند الالتحام وتحريض الجيوش على القتال وتذكيرهم بحق الله والتكبير عند الهجوم وعدم رفع الصوت ، فهي من المبادئ الأساسية التي ما زال معمولاً بها في الحروب وليت المسلمون اليوم يكبرون بدل أن يقولوا ألفاظاً غير مفهومة منقولة عن من لا دين لهم حتى يكون الله معهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا التقى الزحفان ولم يزد عدد الكفار على مثل عدد المسلمين ولم يخافوا الهلاك تعين عليهم فرض الجهاد لقوله عز وجل (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين) وهذا أمر بلفظ الخبر ، لأنه لو كان خبراً لم يقع الخبر بخلاف الخبر فدل على أنه أمر المائة بمصاهرة المائتين ، وأمر الألف بمصاهرة الألفين ، ولا يجوز لمن تعين عليه أن يولى إلا متحرراً لقتال ، وهو أن ينتقل من مكان إلى مكان ، أمكن للقتال أو متجزئاً إلى فئة ، وهو أن ينضم إلى قوم ليعود معهم إلى القتال ،

والدليل عليه قوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئسة فقد باء بغضب من الله) وسواء كانت للفئة قريبة أو بعيدة ، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه أنه كان في سرية من سرايا رسول الله صلى الله عليه وسلم لخاص الناس حيصة عظيمة وكنت بمن حاصر ، فلما برزنا قلت كيف نصنع وقد فررنا من الزحف وبؤنا بغضب ربنا لجلسنا لرسول الله (ص) قبل صلاة الفجر فلما خرج قنا وقلنا نحن الفرارون ، فقال لا بل أنتم العكارون ، فدنونا فقبلنا يده فقال انا فئة المسلمين .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : انا فئة كل مسلم ، وهو بالمدينة وجيوشه في الأفاق ، فإن ولى غير متحرف لقتال أو متحيزاً الى فئة أئم وارتكب كبيرة . والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال الكبائر سبع أولهن الشرك بالله ، وقتل النفس بغير حقها وأكل الربا وأكل مال اليتيم بدارا أن يكبروا ، وفرار يوم الزحف ، ورمى المحصنات وانقلاب الى الأعراب ، فإن غلب على ظنهم أنهم ان ثبتوا لئليهم هلكوا ففيه وجهان (أحدهما) أن لهم أن يولوا لقوله عز وجل (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة) (والثاني) أنه ليس لهم أن يولوا وهو الصحيح لقوله عز وجل (إذا لقيتم فئة فاثبتوا) ولأن المجاهد انما يقاتل ليقتل أو يقتل وان زاد عدد الكفار على مثل عدد المسلمين فلمهم أن يولوا ، لانه لما أوجب الله عز وجل على المائة مصابرة المائتين دل على أنه لا يجب عليهم مصابرة ما زاد على المائتين .

وروى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال د من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فلم يفر ، وان غلب على ظنهم أنهم لا يهلكون فالأفضل أن يثبتوا حتى لا ينكسر المسلمون ، وان غلب على ظنهم أنهم يهلكون ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمهم أن ينصرفوا لقوله عز وجل (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة) (والثاني) أنه يستحب أن ينصرفوا ولا يلزمهم ، لانهم ان قتلوا فازوا بالشهادة وان لقي رجل من المسلمين رجلاين من المشركين في غير الحرب ، فإن طلباه ولم

يطلبها فله أن يولى عنهما ، لأنه غير متأهب للقتال ، وإن طلبها ولم يطلبها ففيه وجهان (أحدهما) أن له أن يولى عنهما لأن فرض الجهاد في الجماعة دون الأفراد (والثاني) أنه يحرم عليه أن يولى عنهما ، لأنه مجاهد لهما فلم يول عنهما ، كما لو كان مع جماعة .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذى وحسنه وقال لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أبي زياد ، ويزيد بن أبي زياد تكلم فيه غير واحد من الأئمة .

حديث عمر أخرجه أحمد والترمذى والبيهقى من حديث ابن عمر مرفوعاً

حديث أبي هريرة متفق عليه

قول ابن عباس بلفظ : من فر من ثلاثة لم يفر ومن فر من اثنين فقد فر ،

أخرجه الحاكم والطبرانى والشافعى

اللفظة: قوله (إذا القيم الذين كفروا زحفاً) الزحف سير القوم الى القوم في الحرب يقال زحفوا ودلوا إذا تقاربوا ودنوا قليلاً قليلاً ، وقيل لبعض لساء العرب ما باليمن رسحا ، فقال أرسحتنا نار الزحفين والرسحاء التي لا عجيزة لها ، ومعنى نار الزحفين أن النار إذا اشتد لهبها رجمن عنها وتباعدن بجر أعجازهن ولا يمشين فإذا سكن لهبها وهان وهيجها زحفن اليها وقربن منها

قوله (متحرفاً لقتال) تحرف وانحرف إذا مال ، مأخوذ من حرف الشيء وهو طرفه ، أى مال عن معظم القتال ، ووسط الصف الى مكان أمكن له للكر والفر أو متحيزاً ، يقال تحيز وانحاز وتحوز إذا انضم الى غيره ، والحيز الفريق والفتة الجماعة مشتق من الفأر وهو القطيع كأنها انقطعت عن غيرها والجمع فئات وفتون ، وقال الهروى من فأيت رأسه وفأوته إذا شقته فانفأ .

قوله (فقد باء بغضب من الله) أى لزمه الغضب ورجع به ، وقد ذكر .
قوله (لخاص الناس حيصه) أى حادوا عن القتال واهزموا ، يقال حاص عن القتال يحيص حيصاً إذا حاد عنه ، وبؤنا بغضب ربنا ، أى انصرفنا وقد لزمنا الغضب ، وتبوا المنزل إذا لزمه ، وروى حاص بالحاء والصاد المهملتين ، ومعناه

هربوا من قوله تعالى ، ولا يجدون عنها محبساً ، أى هرباً ومفرأ ، وقوله تعالى
 ، ما لنا من محبس ، أى مفر

قوله (بل أئتم العكارون) هم الكرارون العطافون في القتال ، يقال عكر
 يعكر عكراً إذا عطف. والمكرة المكرة . قوله (وانتقلاب الى الأعراب) لعله ترك
 الجمعة والمهاجرة والجهاد .

قال الجصاص في كتاب أحكام الأحكام في الآية (الآن خفف الله عنكم)
 ايجاب فرض القتال على الواحد لرجلين من الكفار فإن زاد عدد الكفار على
 اثنين فجاز حينئذ للواحد التحيز الى فئة من المسلمين فيها نصره ، فأما ان أراد
 الفرار ليلحق بقوم من المسلمين لا نصره معهم فهو من أهل الوعيد المذكور في
 قوله تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره) وقال عمر بن الخطاب لما بلغه أن أبا عبيد
 ابن مسعود استقتل يوم الجيش حتى قتل ولم ينهزم : رحم الله أبا عبيد لو انحاز
 الى لكنت له فئة ، فلما رجع اليه أصحاب أبي عبيد قال أنا فئة لكم ولم يعنهم ،
 وهذا الحكم عندنا ثابت ما لم يبلغ عدد جيش المسلمين اثني عشر ألفاً لا يجوز
 لهم أن ينهزموا عن مثلهم الا متحرفين لقتال ، وهو أن يصيروا من موضع الى
 غيره مكايدين لعدوهم من نحو خروج من مضيق الى فسحة أو من سعة من
 المسلمين يقاثلونهم معهم ، فإذا بلغوا اثني عشر ألفاً فإن محمد بن الحسن ذكر
 أن الجيش اذا بلغوا كذلك فليس لهم أن يفروا من عدوهم وان كثر عدوهم ،
 ولم يذكر خلافاً بين أصحابنا فيه .

واحتج بحديث ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خير
 الأصحاب أربعة وخير السرايا أربع مائة وخير الجيوش أربعة آلاف وان يؤتى
 لاثني عشر ألفاً من قلة ولن يغلب . وفي بعضها ما غلب قوم يبلغون اثني عشر
 ألفاً اذا اجتمعت كلمتهم .

وذكر الطحاوي أن مالكاً سئل فقيل له أيسعنا التخلف عن قتال من خرج
 عن أحكام الله وحكم بنيرها ؟ فقال له مالك ان كان معك اثنا عشر ألفاً مثلك
 لم يسعك التخلف والا فأنت في سعة من التخلف ، وكان السائل له عبد الله بن
 عمر بن عبد العزيز بن عبد الله بن عمر ، وهذا المذهب موافق لما ذكر محمد بن الحسن

وإن كثرة عدد المشركين فغير جائز لهم أن يفروا منهم وإن كانوا أضغانهم لقوله صلى الله عليه وسلم : إذا اجتمعت كلبتهم ، وقد أوجب عليهم بذلك جمع كلبتهم .
 (قلت) والآية تدل على أن الفرار من الزحف من كبار المعاصي وقد جاء التصريح بذلك في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التي أوردها المؤلف ، وقد قيد بعض العلماء هذا بما إذا كان لا يزيدون على ضعف المؤمنين . قال الشافعي : إذا خزا المسلمون فلقوا ضعفهم من العدو حرم عليهم أن يولوا إلا متحرفين لقتال أو متحيزين إلى فئة ، وإن كان المشركون أكثر من ضعفهم لم أحب لهم أن يولوا ولا يستوجبون السخط عندي من الله لو ولوا عنهم على غير التحرف للقتال أو التحيز إلى فئة . وقد روى عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري وأبي بصرة وعكرمة ونافع والحسن وقهادة وزيد أبي حبيب والضحاك أن تحريم الفرار في هذه الآية خاص بيوم بدر ، ولكن هذا خلاف قاعدة العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، ويؤيده نزول الآية بعد انتهاء الغزوة ، وإن اعترض معترض بالآية (إن الذين تولوا منكم يومئذ) (ويومئذ إذ أعجبتمكم كثيرتمكم فلم تقن عنكم شيئاً وضاقت عليكم الأرض بما رحبت ثم وليتم مدبرين ... الخ)

قلت هذا لا ينافي كون التولي حراماً وكبيرة من الكبائر ولا يقتضى أن يكون كل قول لغیر السببين المستثنين في آية الانفال يبرأ صاحبه بغضب عظيم من الله وماواه جهنم وهلس المصير ، بل قد يكون دون ذلك ، ويتقيد بآية رخصة الضعف وبالنهى عن إلقاء النفس في التهلكة من حيث عمومها

وإذا تمسك المعترضون بالحديث الذي أورده المؤلف عن ابن عمر كنت في سرية .. الخ ، قلت فيه يزيد بن أبي زياد وهو مختلف فيه ضعفه الكثيرون وقال ابن حبان كان صدوقاً إلا أنه لما كبر ساء حفظه وتغير فوقعت المفاكير في حديثه ، فمن سمع منه قبل التغير صحيح ، ومعروف ما قيل من أنه لا يعتد بتصحيح ابن حبان .

وجملة القول أن هذا الحديث لا وزن له في هذه المسألة لا متناً ولا سنداً ، وفي معناه أثر عن عمر هو قوله فلا يعتد به في المسألة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم ، لأن رسول الله (ص) منع أبا بكر رضى الله عنه من قتل إبنه ، فإن قتله لم يكره أن يقصد قتله كما لا يكره إذا قصد قتله وهو مسلم ، وإن سمعه يذكر الله عز وجل أو رسوله صلى الله عليه وسلم بسوء لم يكره أن يقتله ، لأن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قتل أباه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يسبك ، ولم يكره عليه

(فصل) ولا يجوز قتل نسائهم ولا صبياتهم إذا لم يقاتلوا لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان ولا يجوز قتل الخنثى المشكل ، لأنه يجوز أن يكون رجلاً ويجوز أن يكون امرأة فلم يقتل مع العكس ، وإن قاتلوا جاز قتلهم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بأمرأة مقتولة يوم حنين ، فقال من قتل هذه ؟ فقال رجل أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلني فلما رأته الهزيمة فبينا أهوت الى سبيتي أو الى قائم سبيتي لتقتلني فقتلتها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما بال النساء ما شأن قتل النساء ، ولو حرم ذلك لأنكره النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه إذا جاز قتلهم إذا قصدن القتل وهن مسلمات فلأن يجوز قتلهن وهن كافرات أولى .

(فصل) وأما الشيخ الذى لا قتال فيه فإن كان له رأى فى الحرب جاز قتله لأن دريد بن الصمة كان شيخاً كبيراً وكان له رأى ، فإنه أشار على هوازن يوم حنين ألا يخرجوا معهم بالذراري ، فخالفه مالك بن عوف فخرج بهم فهزموا ، فقال دريد فى ذلك :

أمرتهم أمرى بمنعرج | اللوى فلم يستبينوا الرشدا الا ضحى الغد
وقتل ولم ينكر للنبي صلى الله عليه وسلم قتله ، ولأن الرأى فى الحرب أبلغ من القتال لأنه هو الاصل وعنه يصدر القتال ، ولهذا قال المتنبي :

الرأى قبل شجاعة الشجعان هو أول وهى المحل الثنائى
فإذا هما اجتمعا لنفس مرة بلغت من العلياء كل مكان
ولربما طعن الفتى أقرانه بالرأى قبل تطاعن الفرسان

وإن لم يكن له رأى ففيه وفي الراغب قولان (أحدهما) أنه يقتل لقوله عز وجل «فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم» ، ولأنه ذكر مكاف حربى لجاز قتله بالكفر كالشباب (والثانى) أنه لا يقتل لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال ليزيد بن أبي سفيان وعمرو بن العاص وشرحبيل بن حسنة لما بعثهم الى الشام لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ ، وستجدون أقواماً حبسوا أنفسهم على الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم ، ولأنه لا نكايه له فى المسلمين فلم يقتل بالكفر الاصلى كالمرأة .

(فصل) ولا يقتل رسولهم لما روى أبو وائل قال لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال : إن هذا وابن أمثال قد كانا أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم رسولين لمسيبة ، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أنشهدان أنى رسول الله قالوا نشهد أن مسيبة رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما ، لجزت سنة أن لا تقتل الرسل

(فصل) فإن ترسوا بأطفالهم ونساءهم ، فإن كان فى حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى الاطفال والنساء ، لأننا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقا الى تعطيل الجهاد وذريعة الى الظفر بالمسلمين ، وان كان فى غير حال الحرب ففيه قولان (أحدهما) أنه يجوز رميهم . لأن ترك قتالهم يؤدى الى تعطيل الجهاد (والثانى) أنه لا يجوز رميهم لانه يؤدى الى قتل أطفالهم ونساءهم من غير ضرورة ، وان ترسوا بمن معهم من أسارى المسلمين ، فإن كان ذلك فى حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى المسلم لما ذكرناه ، وان كان فى غير حال التحام الحرب لم يجوز رميهم قولا واحداً ، والفرق بينهم وبين أطفالهم ونساءهم ان المسلم محتمون الدم لحرمة الدين فلم يجوز قتله من غير ضرورة ، والاطفال والنساء حتمون دمهم لأنهم غنيمة للمسلمين لجاز قتلهم من غير ضرورة ، وان ترسوا بأهل الذمة أو بمن بيننا وبينهم أمان كان الحكم فيه كالحكم فيه اذا ترسوا بالمسلمين ، لأنه يحرم قتلهم كما يحرم قتل المسلمين .

(فصل) وان نصب عليهم منجنيقا أو بيتهم ليلا وفيهم نساء وأطفال جاز لما روى على كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على

أهل الطائف، وإن كانت لا تخلو من النساء والأطفال وروى الصعب بن جثامة قال: سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الذراري من المشركين يبيتون فيصاب من نساءهم وذراريهم، فقال هم منهم، ولأن الكفار لا يخلون من النساء والأطفال فلو تركنا ربيهم لأجل النساء والأطفال بطل الجهاد، وإن كان فيهم أسارى من المسلمين فظرت فإن خيف منهم أنهم إن تركوا كانوا وظفروا بالمسلمين جاز ربيهم، لأن حفظ من معن من المسلمين أولى من حفظ من معهم وإن لم يخف منهم فظرت، فإن كان الأسرى قليلا جاز ربيهم لأن الظاهر أنه لا يصيبهم، والأولى أن لا يربهم، لأنه ربما أصاب المسلمين. وإن كانوا كثيرا لم يجوز ربيهم، لأن الظاهر أنه يصيب المسلمين، وذلك لا يجوز من غير ضرورة.

(فصل) ويجوز قتل ما يقاتلون عليه من الدواب، لما روى أن حنظلة ابن الراهب عقر بأبي سفيان فرسه، فسقط عنه فجلس على صدره، فجاء ابن شعوب فقال

لأحمين صاحبي ونفسي بطعنة مثل شعاع الشمس

فقتل حنظلة واستنقذ أبا سفيان ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم فعل حنظلة، ولأن بقتل الفرس يتوصل إلى قتل الفارس.

(فصل) وإن احتجج إلى تخريب منازلهم وقطع أشجارهم ليظفروا بهم جاز ذلك، وإن لم يحتجج إليه فظرت فإن لا يغاب على الظن أنها ملك عليهم جاز فعله وتركه وإن غاب على الظن أنها ملك عليهم ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنها تصير غنيمة فلا يجوز اتلافها (والثاني) أن الأولى أن لا يفعل فإن فعل جاز لما روى ابن عمر أن رسول الله (ص) حرق على بني النضير وقطع البويرة، فأنزل الله عز وجل ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين،

(الشرح) حديث منع أبا بكر رضي الله عنه. . . أخرجه الحاكم والبيهقي من طريق الواقدي، وهو متكلم فيه، بل رماه بعضهم بالكذب. وأخرجه ابن أبي شيبة والحاكم من طريق آخر عن أيوب، قال عبد الرحمن بن أبي بكر

لأبيه : قد رأيتك يوم أحد فضفت عنك ، فقال أبو بكر لو رأيتك لم أضف عنك .

حديث : لأن أبا عبيدة قتل أباه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يسبك . هذا الحديث أخرجه الحاكم والبيهقي من طريق الواقدي عن ابن أبي الزناد عن أبيه قال شهد أبو حذيفة بدرأ ودعاه أباه غيبة إلى البراز فمنعه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والواقدي متكلم فيه حتى رماه بعضهم بالكذب ، وروى ابن أبي شيبة والحاكم من رواية أبي أيوب قال ، قال عبد الرحمن بن أبي بكر لأبيه : قد رأيتك يوم أحد فضفت عنك ، فقال أبو بكر لو رأيتك لم أضف عنك ، ورواية الحاكم عن أيوب رجاله ثقات مع إرساله .

روى الحاكم والبيهقي منقطعاً عن عبد الله بن شوذب قال جعل أبو أبي عبيدة بن الجراح ينعت الآلهة لأبي عبيدة يوم بدر وجعل أبو عبيدة يحمده عنه ، فلما أكثر قصده أبو عبيدة - وهذا معضل - وكان الواقدي ينكره ويقول مات والد أبي عبيدة قبل الاسلام .

وروى أبو داود في مراسيله والبيهقي من رواية مالك بن عمير قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى لقيت العدو ولفيت أبى فيهم ، فسمعت منه مقالة قبيحة فطمعته بالرحم فقتلته ، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم صفيحه ، وهذا مبهم .

حديث ابن عمر : نهى عن قتل النساء ، أخرجه البخارى ومسلم

حديث ابن عباس : مر بامرأة مقتولة . . . أخرجه الطبرانى فى الكبير وفيه أرطاة بن الحجاج وهو ضعيف ، وأخرجه ابن أبي شيبة مرسلأ وأبو داود فى مراسيله الا أنه قال : امرأة مقتولة بالطائف ،

حديث : أن دريد بن الصمة كان شيخا كبيرا وكان له رأى فى الصحيحين من حديث أبي موسى الأشعري قال : لما فرغ رسول الله (ص) من حنين بعث أبا عامر على جيش إلى أوطاس فلحق دريد بن الصمة فقتله فهزم أصحابه ، وبقى القصة ذكرها ابن اسحاق فى السيرة مطولا

أثره أن أبا بكر قال ليزيد بن أبي سفيان ... ، أخرجه البيهقي . وروى أن الإمام أحمد أنكره ، ورواه مالك في الموطأ ورواه سيف في الفتوح مرسلًا حديث أبي وائل لما قتل عبد الله بن مسعود .. ، أخرجه أحمد والحاكم من حديث ابن مسعود وأبو داود مختصراً واللساني وأبو نعيم في معرفة الصحابة في ترجمة ذييو بن شهر الحنفي

حديث علي أنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق ، أخرجه أبو داود وابن سعد في الطبقات مرسلًا عن مكحول ووصله العقيلي من وجه آخر عن علي حديث الصعب بن جثامة سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الذراري من المشركين ... ، متفق عليه

حديثه أن حنظلة الراهب عقر بأبي سفيان فرسه ... ، أخرجه البيهقي من طريق الشافعي بغير إسناد ، وذكره الراقي في المغازي عن شيوخه مطولاً ، وابن اسحاق في المغازي بدون العقر

حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق علي بن أبي النضير ... متفق عليه .

اللغة . قوله (بمنعرج اللوى) منعرج الوادي منعطفه بمنة ويسرة ، واللوى منقطع الرمل وهو الجدد بعد الرملة . قوله (الرشد) ضد النسي شبيه بالصواب ضد الخطأ . قوله (لنفس مرة) بضم الميم والخفض صفة لنفس ، أى قوى ، والمرة القوة ، وهو مضبوط فى ديوانه هكذا ، وكذا رواه الكرمانى بالضم وسماعنا بفتح الميم والنصب .

قوله (أقرانه) جمع قرن بكسر القاف وهو الكفو فى المشجاعة ، يقال فلان قرن فلان أى نظيره وكفوّه عند القتال . قوله (لا نكابة) النكابة أن يقتل ويخرج ، يقال نكبت فى العدو أنكى نكابة بغير همز إذا بالغت فىهم قتلاً وجرحاً أو جرحاً ، وقد ذكر . قوله (أو بيتهم ليلاً) يقال بيت العدو إذا أوقع بهم ليلاً والاسم الليات ومثله بيتون

قوله (الذراري) هم الاطفال والصغار الذين لم يبلغوا الحلم ، وأصلها من

ذراً الله الخلق أى خلقهم فترك همزها استخفافاً كما ترك همز البرية ؛ وأصلها من
برأ الله الخلق ووزنها فعلية .

وقال بعضهم هى مأخوذة من الذر لأن الله أخرج الخلق من صلب آدم أمثال
الذر وأشهدم على أنفسهم ألسن ربكم قالوا بلى . وقيل أصلها ذرووة على وزن
فعلولة فأبدلت الواو الأخرى ياء . فاجتمعت الواو والياء وسكنت الأولى منهما
فقلبت الواو ياء وأدغمت

قوله (وقطع البويرة) بغير همز اسم موضع وليس بنصغير بئر . وقوله
تعالى « ما قطعتم من لينة » اللين نوع من النخل ؛ قيل هو الدقل ، وقيل هو
الجمرور ضربان رديان من التمر . واللينه النخلة الواحدة وأصلها لونة فقلبت
الواو ياء لانكسار ما قبلها وأصلها من اللون على هذا ، وهو قول العزيزى .
قالوا أو ان النخل ما عدا البرنى والمعجوة

قوله « ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم »

(قلت) يحرم قتل كل رحم لم تخرج للقتال أو تتجهز له ، فإن خرجت للقتال
فقد حق قتلها ولا بد لقول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا آباءكم
وأخوانكم أولياء ان استحبوا الكفر على الإيمان ... » الخ .

يقول حمديق حسن خان فى الروضة الندية : ويحرم قتل النساء والأطفال
والشيوخ إلا أن يقاتلوا فيدفعوا بالقتل ، فقد أجاز قتلهم مع ورود النص صريحاً
فى الصحيحين بتحريم قتلهم .

ويقول الامام السيد رشيد رضا فى تفسير المنار : كان موضع الضعف من
بعض المسلمين فى ذلك نكرة القرابة ورحمة الرحم وبقية عصبية النسب ، إذ كان
لا يزال لكثير منهم أولو قربى من المشركين يكرهون قتلهم ، ثم قال : لا يتخذ
أحد منكم أحداً من أب أو أخ ولباً له ينصره فى القتال . أما الاستدلال بالحديث
« منع أباً يكره ... » فغير جائز لأن الحديث فيه من روى بالكذب

قوله (ولا يجوز قتل فسائهم ...) قال ابن دقيق العيد فى احكام الاحكام
بعد أن أورد حديث عبد الله بن عمر « أن امرأة وجدت فى بعض مغازى النبي
صلى الله عليه وسلم مقتولة فأذكر النبي (ص) قتل النساء والصبيان ، هذا حكم

مشهور متفق عليه فيمن لا يقاتل ، ويحمل هذا الحديث على ذلك لغلبة عدم القتال على النساء والصبيان ، ولعل سر هذا الحكم أن الاصل عدم إتلاف النفوس وإنما أبيع منه ما يقتضى دفع المفسدة .

قال الشوكاني : وأحاديث الباب (بعد أن أوردتها) تدل على أنه لا يجوز قتل النساء والصبيان ، وإلى ذلك ذهب مالك والاوزاعي فلا يجوز ذلك عندهما بحال من الاحوال حتى لو ترس أهل الحرب بالنساء والصبيان أو تحصنوا بحصن أو سفينة وجعلوا معهم النساء والصبيان لم يجر رميهم ولا نحر يقهم . وذهبت الشافعية والكوفيون إلى الجمع بين الأحاديث المذكورة فقالوا إذا قاتلت المرأة جاز قتلها . وقال ابن حبيب من المالكية لا يجوز للقصد إلى قتلها إذا قاتلت إلا ان باشرت القتل أو قصدت إليه . ونقل ابن بطال أنه اتفق الجميع على المنع من القصد إلى قتل النساء والولدان .

وقال الحافظ في الفتح : حكى الحازمي قولاً بجواز قتل النساء والصبيان على ظاهر حديث الصعب ، وزعم أنه ناسخ لأحاديث النهي وهو غريب . قلت وما أورده ابن دقيق العيد هو الصحيح

قوله (وأما الشيخ الذي لا قتال . . .) قلت روى الترمذي وصححه وأحمد ، اقتلوا شيوخ المشركين واستنجوا شرحهم ، وهو في ظاهره يخالف حديثه أن دريد بن الصمة . . . ، وفي الحقيقة لا تعارض بينهما إذ يمكن الجمع بين الحديثين بأن الشيخ المنهى عنه هو الضأى الذى لم يبق فيه نفع للكفار ولا مضرة منه على المسلمين ، وقد وقع التصريح بهذا الوصف بقوله شيخنا قانيا ، والشيخ المأمور بقتله هو من بقى فيه نفع للكفار ولو بالرأى

وقال الإمام أحمد بن حنبل في تعليقه أمره صلى الله عليه وسلم بقتل الشيوخ أن الشيخ لا يكاد يسلم والصغير أقرب إلى الاسلام . وقال الشوكاني لا يجوز قتل من كان متخلياً للعبادة من الكفار كالرهبان لإعراضه عن ضر المسلمين ، وحديث ابن عباس ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث جيوشه قال اخرجوا باسم الله تعالى تقاتلون في سبيل الله من كفر بالله ، لا تغدروا ولا تغلوا ولا

تمثلوا ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع ، وإن كان فيه مقال لكنه معتضد
بالتقياس على الصبيان والنساء .

قوله (ولا يقتل رسولهم ...) وهو إجماع لا شك

قوله (فإن تترسوا بأطفالهم) فقد سبق الكلام عليه في أول الفصل

قوله (وإن نصب عليهم من جنياً ...) قال الشوكاني يجوز تبييت الكفار ،
وقال الترمذى ، ورخص بعض أهل العلم في البيات وقتل النساء وفيهم الولدان ،
وهو قول أحمد واسحاق ورخصا في البيات

وقال الحافظ في الفتح قال أحمد لا بأس في البيات ولا أعلم أحداً كرهه .
ثم قال ليس المراد (في حديث الصعب) لإباحة قتلهم بطريق القصد اليهم ، بل
المراد إذا لم يمكن الوصول إلى الآباء إلا بوطء الذرية ، فإذا أصيدوا لاختلاطهم
بهم جاز قتلهم .

وقال المباركفوري في تحفة الأحوذى ، كان الزهري إذا حدث بحدث
الصعب قال قلت يا رسول الله إن خيلنا أو طأت من نساء المشركين وأولادهم ؟
قال هم من آباءهم ، قال وأخبرني ابن كعب بن مالك عن عمه أن رسول الله (ص)
لما بعث إلى ابن أبي الحقيق نهى عن قتل النساء والصبيان ، ثم قال في الفتح ، وكان
الزهري أشار بذلك إلى نسخ حديث الصعب ، قلت وما قاله الحافظ هو الصحيح
استناداً إلى أن الشافعي أنكر على الزهري النسخ ، وقال ابن الجوزي النهي
محمول على التعمد .

قوله (ويجوز قتل ما يقاتلون عليه ...) وهذا حق لا مرية فيه

قوله (وإن احتيج إلى تخريب منارهم ...) قال الترمذى ، قال الشافعي
لا بأس بالتحريق في أرض العدو وقطع الأشجار والثمار ، وقال أحمد وقد تكون
في مواضع لا يجردون منه بدأ ، فأما العبث فلا تحرق ، قال اسحاق التحريق سنة
إذا كان أنسكى فيهم .

وقال الحافظ في الفتح ، ذهب الجمهور إلى جواز التحريق والتخريب في بلاد
العدو ، وكرهه الاوزاعي والليث وأبو ثور ، واحتجوا بوضعية أبي بكر لجوشه
وأصحاب الطهري بأن النهي محمول على القصد لذلك ، بخلاف ما إذا أصابوا ذلك

في خلال القتال ، ثم قال وهذا قال أكثر أهل العلم ، ونحو ذلك القتل بالتفريق
وقال غيره إنما نهى أبو بكر جيوشه عن ذلك لأنه علم أن تلك البلاة ستفتح فأراد
إبقائها على المسلمين .

وقال القارى بجواز قطع شجر الكفار وإحراقه ، وبه قال الجمهور ، وقيل
لا يجوز ، قال ابن الهمام يجوز لأن ذلك المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم
فيضعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع ، لكن إذا لم يغلب
على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك ، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح
بادكره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيض إلا لها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز للمسلم أن يؤمن من الكفار آحاداً لا يتعطل بأمانهم
الجهاد في ناحية كواحد والعشرة والمائة وأهل القلعة ، لما روى عن علي كرم الله
وجبه أنه قال ما عندي شيء إلا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة عن النبي
صلى الله عليه وسلم أن ذمة المسلمين واحدة ، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله
والملائكة والناس أجمعين ، ويجوز للمرأة من ذلك ما يجوز للرجل لما روى ابن
عباس رضي الله عنه عن أم هانئ رضي الله عنها أنها قالت يا رسول الله يزعم
ابن أمي أنه قاتل من أجرت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجرت
من أجرت يا أم هانئ . ويجوز ذلك للعبد لما روى عبد الله بن عمرو أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال يجير على المسلمين أديانهم

وروى فضل بن يزيد الرقاشي قال دجيز عمر بن الخطاب رضي الله عنه جيشاً
كنت فيه فحصرنا قرية من قرى رام هرمز فسكتب عبد منا أماناً في صحيفة وشدها
مع سهم ورمى به إليهم فأخذوها وخرجوا بأمانه ، فسكتب بذلك إلى عمر رضي
الله عنه فقال العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم ، ولا يصح ذلك من صبي
ولا مجنون ولا مكره لأنه عقد فلم يصح منهم كسائر العقود ، فإن دخل مشرك
على أمان واحد منهم ، فإن عرف أن أمانه لا يصح حل قتله لأنه حربى ولا
أمان له ، وإن لم يعرف أن أمانه لا يصح فلا يحل قتله إلى أن يرجع إلى أمانه ،

لأنه دخل على أمان ويصح الامان بالقول ، وهو أن يقول أمنتك أو أجرتك أو أنت آمن أو مجار أو لا بأس عليك أو لا خوف عليك أو لا تخف أو مترس بالفارسية وما أشبه ذلك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة : من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، وقال لأنس لما أتى مكة : قد أجرت من أجرت ، وقال أنس لعمر رضي الله عنه في قصة هرمز أن ليس لك إلى قتله من سبيل ، قلت له تكلم لا بأس عليك فأمسك عمر

وروى زر عن عبد الله أنه قال : إن الله يعلم كل لسان فمن أتى منكم أجمعياً وقال مترس فقد آمنه ، ويصح الامان بالإشارة لما روى أبو سلمة قال ، قال عمر رضي الله عنه : والذي نفس عمر بيده لو أن أحدكم أشار بأصبعه إلى مشرك ثم نزل إليه على ذلك ثم قتله لقتلته ،

فإن أشار إليه بالامان ثم قال لم أرد الامان قبل قوله لأنه أعرف بما أراده ويعرف المشرك أنه لا أمان له ولا يتعرض له إلى أن يرجع إلى مأمنه لأنه دخل على أنه آمن ، وإن أمن مشركاً فرد الامان لم يصح الامان لأنه إيجاب حق لغيره بعقد فلم يصح مع الرد كما لا يجاب في البيع والهبة ، وإن أمن أسيراً لم يصح الامان لأنه يبطل ما ثبت للإمام فيه من الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وإن قال كنت أمنتته قبل الأسر لم يقبل قوله لأنه لا يملك عقد الامان في هذه الحال فلم يقبل إقراره به .

(فصل) وإن أسر امرأة حرة أو صديقاً حراً رقيقاً بالأسر ، لأن النبي (ص) قسم سبي بني المصطلق واصطفي صفية من سبي خيبر وقسم سبي هوازن ثم استنزلته هوازن فنزل واستنزل الناس فنزلوا ، وإن أسر حر بالغ من أهل القتال فللإمام أن يختار ما يرى من القتل والاسترقاق والمن والفداء ، فإن رأى القتل قتل ، لقوله عز وجل (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يوم بدر ثلاثة من المشركين من قريش ، مطعم بن عدي ، والنضر ابن الحارث ، وعقبة بن أبي معيط . وقتل يوم أحد أبا عزة الجمحي ، وقتل يوم الفتح بن خطل ، وإن رأى المن عليه جاز ، لقوله عز وجل (فإما مناً بعد وإما فداء) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم من علي أبي عزة الجمحي ومن علي ثمامة

الحنفي ومن على أبي العاصم بن الربيع ، وإن رأى أن يفادي بمال أو بمن أسر من المسلمين فادى به لقوله عز وجل (فإما مناً بعد وإما فداء)

وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم فادى أسيراً من عقيل برجلين من أصحابه أسرتهما ثقيف . وإن رأى أن يسترقه فإن كان من غير العرب نظرت فإن كان ممن له كتاب أو شبه كتاب استرقه ، لما روى عن ابن عباس أنه قال في قوله عز وجل (ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض) وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل ، فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر الله عز وجل في الأسارى (فإما مناهبهم وإما فداء) فجعل الله سبحانه وتمالى للنبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين في أمر الأسارى بالخيار إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا استعبدوهم وإن شاءوا فادوهم ، فإن كان من عبدة الأوثان فقيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز إقراره على الكفر بالجزية فلم يجز الاسترقاق كالمترد (والثاني) أنه يجوز لما روينا عن ابن عباس ، ولأن من جاز المن عليه في الأسر جاز استرقاقه كأهل الكتاب ، وإن كان من العرب ففيه قولان قال في الجديد يجوز استرقاقه والمغادة به وهو الصحيح ، لأن من جاز المن عليه والمغادة به من الأسارى جاز استرقاقه كغير العرب . وقال في القديم لا يجوز استرقاقه لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين د لو كان الاسترقاق ثابتاً على العرب لكان اليوم ، وإنما هو أسر وفداء ، فإن تزوج عربي بأمة فأنف منه بولد فعل القول الجديد الولد مملوك ، وعلى القديم الولد حر ولا ولاء عليه لأنه حر من الأصل

(الشرح) حديث على د ما عندي شيء إلا كتاب الله ... ، متفق عليه مسلم عن أبي هريرة والبخارى عن أنس

حديث أم هانئ د أنها قالت يا رسول الله يزعم ابن أمي . . . ، أصله في الصحيحين وساقه الحاكم في ترجمة بن هشام من حديث طويل ، والأزرقى عن

أبي هريرة عنها ، وفيه الواقدي وسبق الكلام عنه فيما قبله ، والطبراني وادعى الحاكم تواتره .

حديث ابن عمر ، يجهر على المسلمين أدنهم .. ، أخرجه أبو داود والنسائي والحاكم عن علي وأحمد وابن ماجه وأبو داود من طريق آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه وابن حبان

حديث ، من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ... ، النسائي وأحمد وأبو داود حديث أنس ، في قصة هرمز أن ليس لك إلى قتله من سبيل ، ابن أبي شيبة ويعقوب بن سفيان في تاريخه والبيهقي والشافعي وعلقه البخاري مختصراً

حديث عبد الله بن عمر أنه قال : إن الله يعلم كل لسان ... ، ذكره البخاري تعليقا والبيهقي موصولا من حديث أبي وائل ومالك بلافا هن عمرو وابن أبي شيبة والحديث عن عمر وليس عن ابنه

أثر عمر ، والذي نفس عمر بيده .. ، أخرجه سعيد بن منصور في سننه وابن أبي شيبة في مصنفه

حديث ، قسم سبي بني المصطلق . . . هن عائشة قالت لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق ولعت جوريرة بنت الحارث في السبي لثابت ابن قيس بن شماس أو لابن عم له فكانت تنه على نفسها وكانت امرأة حلوة ملاحاة فأنت رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله إنى جوريرة بنت الحارث بن أبي ضرار سيد قومه وقد أصابني من البلاء ما لم يخف عليك لجنيتك أستعينك على كتابتي ؟ قال فهل لك في خير من ذلك ؟ قالت وما هو يا رسول الله ؟ قال أفضى كتابتك وأنزولك ، قالت نعم يا رسول الله قال قد فعلت ، قال وخرج الخبر إلى الناس أن رسول الله (ص) تزوج جوريرة بنت الحارث ، فقال الناس : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسلوا ما بأيديهم ، قالت فلقد أعتق بتزويجه أياها مائة أهل بيت من بني المصطلق فما أعلم امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها ، أخرجه أحمد والحاكم وأبو داود والبيهقي وأصله في الصحيحين من حديث ابن عمر حديث ، قسم سبي هوازن .. ، عن مروان بن الحكم ومسود بن مخزوم أن رسول الله (ص) قال حين جاءه وفد هوازن مسلمين فسألوه أن يرد إليهم أموالهم

وسبيهم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أحب الحديث الى أصدقته ،
فأختاروا إحدى الطائفتين إما السبي وإما المال ، وقد كنت استأنيت بكم ، وقد
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم انتظرهم بضع عشرة ليلة حين قفل من الطائف
فلما تبين لهم أن رسول الله (ص) غير راد إليهم إلا إحدى للطائفتين قالوا فإننا
نختار سبينا ، فقام رسول الله (ص) في المسلمين فأتى على الله بما هو أهله ثم قال :
أما بعد فإن إخوانكم هؤلاء قد جاءونا تائبين واني رأيت أن أرد إليهم سبيهم ،
فمن أحب أن يطيب ذلك فليفعل ، ومن أحب منكم أن يكون على حظه حتى
نعطيه آياه من أول ما ينزل الله علينا فليفعل ، فقال الناس قد طيبنا ذلك يا رسول
الله لهم : فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم انا لا ندرى من أذن منكم في
ذلك ممن لم يأذن ، فارجعوا حتى ترفع علينا عرفاؤكم أمركم ، فرجع الناس فكلهم
عرفاؤهم ثم رجعوا الى رسول الله (ص) فأخبروه أنهم قد طيبوا وأذتوا ، فهذا
الذي بلغني عن سبي هوازن ، أخرجه أحمد والبخاري وأبو داود

حديث « قتل يوم بدر ... » في مراسيل أبي داود عن سعيد بن جبير .
وقال الحافظ في التلخيص وفي قوله المظالم بن عدى تحريف والصواب طعيمة بن
عدى ، وأخرجه ابن أبي شيبة ، ووصله الطبراني في الأوسط بذكر ابن عباس
والبيهقي من طريق سعيد بن المسيب بهذه القصة مطولا وفي أسناده الواقدي

حديث « من علي أبي عزة الجمحي ... » أخرجه البيهقي من طريق سعيد بن
المسيب مطولا وفيه « من علي أبي عزة الجمحي عن أن لا يقاتله فلم يوف فقاتله
يوم أحد فقتل فأسر وقتل ، وفيه « فقال له أين ما أعطيتني من العهد والميثاق ،
واقه لا تمسح عارضيك بمكة تقول سنخرت بمحمد مرتين ، قال شعبة فقال النبي
صلى الله عليه وسلم : ان المؤمن لا يلدغ من جحر مرتين . وفي أسناده الواقدي
حديث « من علي ثمامة الحنفي .. » روى مسلم عن أبي هريرة : بعث رسول الله
صلى الله عليه وسلم خيلا قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن
أنال فربطوه بسارية من سواري المسجد ، فخرج اليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال له ماذا عندك يا ثمامة ؟ فقال يا محمد عندي خمر ان تقتل تقتل ذا دم

وإن تنعم تنعم على شاكر ، وإن كنت تريد المال فسل تعط منه ما شئت ، وفيه
(أطلقوا أمامة) وأصله في البخارى

(من على أبي العاص ...) روى أحمد وأبو داود والحاكم من حديث عائشة
لما بعث أهل مكة في فدى أسارهم بعثت زينب بنت رسول الله (ص) في فداء
زوجها أبي العاص بن الربيع بمال وبعثت فيه بقلادة لها كانت خديجة أدخلتها بها
على أبي العاص ، فلما رآها رسول الله (ص) رق لها رقة شديدة وقال : إن رأيتم
أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذى لها ، فقاؤا نعم فأطلقوه ورددوا عليه
الذى لها . واللفظ لأحمد

حديث عمران بن الحصين (قاضى أسيراً من قبيلى ...) أخرجه مسلم في
صحيحه مطولاً وأحمد والنرمذى وابن حبان مختصراً

حديث ابن عباس (ما كان لنبى أن يكون له أسرى ...) أخرجه البيهقى من
حديث على بن أبى طلحة بنحوه ، ويقال إن على لم يسمع من ابن عباس ولكنه إنما
أخذ التفسير عن ثقات أصحابه مجاهد وغيره ، وقد اعتمده البخارى وأبو حاتم
في التفسير .

حديث (لو كان الاسترقاق ثابتاً ...) أخرجه البيهقى من طريق الراقدى
والطبرانى في الكبير من طريق فيها يزيد بن عياض وهو أضعف من الراقدى
قوله (فن أخفر مسلماً) أى نقض عهده وذمته ، يقال أخفرت الرجل إذا
نقضت عهده وخفرتة بغير همز أجرته

قوله (اصطفى صفية من سبى خيبر) أى اختارها ، مأخوذ من صفوة المال
وهو خياره ، وسميت صفية لذلك ، وقيل كان ذلك اسمها من قبل أن تسبى
قوله (استنزله هو ازن فنزل) يقال استنزل فلان أى حط عن منزلته ،
فمنه طلبوا منه أن ينحط عما ملكه ، واستنزل الناس طلبهم أن يحطوا ويتركوا
ما ملكوه من السبى ، ومثله استنزله من ثمن المبيع

قوله (ويجوز للمسلم أن يؤمن الكفار) قال ابن مفلح - وهو حنبلى -
في الفروع باب الامان ، ويصح منجزاً ومعلماً من كل مسلم مائل مختار حتى عبد
أو أسير أو أثنى ، نص على ذلك ، قال فى عيون المسائل وغيرها ، « إذا عرف

المصلحة فيه ، وذكر غير واحد الاجماع في المرأة بدون هذا الشرط ، وعنه مكلف- ، وقيل يصح للأسير من الامام ، وقيل والامير بما يدل عليه من قول أو اشارة فقم أو قف أو ألق سلاحك أمان لما لو أمن يده أو بعضه أو سلم عليه أو لا تذهل أو لا بأس وقيل كناية ، فإن اعتقده الكافر أمانا ألحق بأمته وجوباً وكذا نظائره

قال أحمد إذا أشير اليه بشيء غير الامان فظنه أمانا فهو أمان ، وكل شيء يرى العليج انه امان فهو امان ، وقال اذا اشتراه ليقتله فلا يقتله لأنه اذا اشتراه فقد آمنه . ويصح من الامام للكل ومن الامير لمن جعل يازاته ومن غيرهما لقافلة فأقل ، قيل لقافلة صغيرة وحصن صغير ، وأطلق في الروضة لحصن أو بلد وأنه يستحب استحباباً أن لا يجار على الامير الا بإذنه وقيل لأمته ويقبل من عدل انى أمنت في الاصح وعند الأجرى يصح لأهل الحصن ولو هموا بفتحهم من عبد أو امرأة أو أسير عندهم يروى من عمر ، وأنه قول فقهاء المسلمين سأله أبو داود لو أن أسيراً في عموريه نزل بهم المسلمون فأمن الاسير أهل القرية ، قال يرحلون عنهم ، ويفترط للأمان عدم الضرر علينا وان لا تزيد مدته على عشر سنين ، وقال للشوكاني في الدرر البهية : ومن أمنه أحد المسلمين صار آمناً ، وقال صديق حسن خان في الروضة الندية أجمع أهل العلم على أن من أمنه أحد المسلمين صار آمناً ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على جواز امان المرأة ، وأما العبد فأجاز أماته الجمهور ، وأما الصبي فقال ابن المنذر اجمع أهل العلم على ان امان الصبي غير جائز ، وأما المجنون فلا يصح امانه بلا خلاف

(قلت) انما يصح الامان من أحاد المسلمين اذا امن واحداً او اثنين ، فأما عقد الامان لأهل ناحية على العموم فلا يصح الا من الامام على سبيل الاجتهاد وتحري المصلحة كعقد الذمة ، ولو جعل ذلك لأحد الناس صار ذريعة الى ابطال الجماد ، قال الشوكاني في نيل الاوطار (يسعى بها ادناهم) فدخل كل وضعي بالنص وكل شريف- بالفجوى ، ودخل في الاذن المرأة والعبد والصبي والمجنون فأما المرأة فيدل على ذلك - ديث ابى هريرة وحديث أم هانئ . قال ابن المنذر : اجمع أهل العلم على جواز امان المرأة ، الا شيئاً ذكره

عبد الملك بن الماجشون صاحب مالك ، لا أحفظ ذلك عن غيره ، قال إن أمر الأمان إلى الإمام ، وتأول ما ورد مما يخالف ذلك على قضايها خاصة . قال ابن المنذر وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم ، يسمى بدمتهم أديانهم ، دلالة على إغفال هذا القائل ، قال في الفتح : وجاء من سخنون مثل قول ابن الماجشون فقال هو إلى الإمام وإن أجازة جاز وإن رده رداه .

وأما العبد فأجاز الجمهور أمانه قاتل أو لم يقاتل ، وقال أبو حنيفة إن قاتل جاز والا فلا ، وقال سخنون إن أذن له سيده في القتال صح أمانه والا فلا . وأما الصبي فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم أن أمان الصبي غير جائز . قال الحافظ وكلام غيره يشعر بالفرقة بين المراهق وغيره ، وكذا المميز الذي بمقتل ، والخلاف عن المالكية والحنابلة .

وأما المجنون فلا يصح أمانه بخلاف الكافر ، لكن قال الأوزاعي إن غزا الذي مع المسلمين فأمن أحداً فإن شاء الإمام أمضاه والا فليرده إلى مأمته . وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه استغنى من الرجال الأحرار الأسير في أرض الحرب فقال لا ينفذ أمانه وكذلك الأجير

قواه (وإن أسر امرأة حرة أو صبياً حراً) . ولا خلاف في أن ما أسر استرق ولا جدال ، أما أن يسترق الرجل الحر المقاتل أو يتل فقد اختلفت فيه الأقوال فقال صديق حسن خان في الروضة : ذهب الجمهور إلى أن الإمام يفعل ما هو الأحوط للإسلام والمسلمين في الأسارى فيقتل أو يأخذ الفداء أو يمن ، وقال الزهري ومجاهد وطائفة لا يجوز أخذ الفداء من أسرى الكفار أصلاً ، وعن الحسن وعطاء لا يقتل الأسير بل يتخير بين المن والفداء ، وعن مالك لا يجوز المن بغير فداء ، وعن الحنفية لا يجوز المن أصلاً لا بفداء ولا بغيره

وقال الإمام ابن جرير الطبري في صفحة ٤٢ جزء ١٦ في تفسير الآية (فيما مضى بعد وأما فداء) والصواب من القول عندنا في ذلك أن هذه الآية محكمة غير منسوخة ، وذلك أن صفة التناسخ والمنسوخ أنه ما لم يجز اجتماع حكيمهما في حال واحدة أو ما قامت الحجة بأن أحدهما ناسخ الآخر وغير مستنكر أن يكون جعل الحيار في المن والقتل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وإلى القائم بعده بأمر

الامة ، وان لم يكن القتل المذكوراً في هذه الآية ، لانه قد اذن بقتلهم في آية اخرى ، وذلك قوله تعالى (فاقتلوا المشركين) بل ذلك كذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك كان يفعل فيمن صار أسيراً من أهل الحرب فيقتل بعضهم ويفادى ببعض ويمن ببعض

وقال العلامة القاسمي في محاسن التأويل : وبالجملة فالذي حول عليه الاثمة المحققون رضي الله عنهم أن الأمير يخيّر بعد الظفر تخيير مصلحة لا شهوة في الاسراء المقاتلين بين قتل واسترقاق ومن وفداء ، ويجب عليه اختيار الاصلح للمسلمين لانه يتصرف لهم على سبيل النظر فلم يجز له ترك ما فيه الحفظ ، ثم قال فإن منهم (أي الاسرى) من له قوة ونكاية في المسلمين فقتله اصلح ، ومنهم الضعيف ذو المال الكثير ففداؤه اصلح ، ومنهم حسن الرأي في المسلمين يرجى اسلامه فإلن عليه أولى ومن يذفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه اصلح . وذكر ذلك في شرح الاقناع

وقال ابن حزم : أبطل الله تعالى كل عهد ولم يقره ولم يجعل للمشركين الا القتل أو الاسلام ، ولا أهل الكتاب خاصة اعطاء الجزية وأمن المستجير والرسول حتى يؤدي رسالته ، ويسمع المستجير كلام الله ثم يردان الى بلادهما ولا مزيد ، فكل عهد غير هذا فهو باطل مفسوخ لا يحمل الوفاء به لانه خلاف شرط الله عز وجل وخلاف أمره

وقال الشوكاني : والحاصل أن القرآن والسنة قاضيان بما ذهب اليه الجمهور فإنه قد وقع منه صلى الله عليه وسلم المن وأخذ الفداء كما في الأحاديث ، ووقع منه القتل ، فإنه قتل النضر بن الحرث وعقبه بن معيط وغيرهما ووقع منه فداء رجلين من المسلمين برجل من المشركين

قال الترمذي بعد أن ساق حديث عمران بن حصين في فداء أسيرين من المسلمين والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ان للإمام ان يمن على من شاء من الاسارى ويقتل من شاء منهم ويفدى من شاء ، واختار بعض أهل العلم للقتل على الفداء ، ويروى انه قيل لأحمد : اذا أسر الأسير يقتل او يفادى احب اليك ؟ قال ان قدر ان يفادى

فليس به بأس وإن قتل فما أعلم به بأساً ، قال اسحاق : الاثنان أحب الى الا أن يكون معروفاً يطعم به الكثير .

(قلت) والصحيح في هذا ما ذهب اليه العلامة القاسمي وكان بودى أن أقدم للقارىء بحثاً مستفيضاً عن الرق في الاسلام ، وكيف قضى عليه الدين الحكيم ، ولكن ضيق المقام وطلب الناشر الاختصار قدر الإمكان لا يمنعا من أن نقول ان عادة استرقاق أسرى الحرب التي كانت عامة شاملة في جميع الأمم والبلاد ، والتي كانت المصدر الرئيسي للرقيق الانساني والتي ظلت جارية في كثير من البلاد والامم ظهر الاسلاميه مدة طويلة الى عهد قريب قد ضربت بأية (فإما منأ بعد وإما فداء) ضربة حاسمة والتعديل الذي دخل عليها ليس من شأنه أن يخفف من شدتها لأنه تخيير وليس إجباباً ، وإذا أضفنا إلى هذا ما احتواه القرآن المسكي والمدني من وسائل عديدة لتحرير الرقيق ، وما احتوته السنة من مثل ذلك بدا أن القرآن والسنة قد هدفا إلى الغاء الرقيق ، وأن ما جاء فيهما من تشريع في صدده إنما كان تنظيماً ومجاراة لواقع وليس إجباباً وتأيداً لهم .

أما قوله في استرقاق العرب ، قال الهدوكاني استدلال المصنف (يعني ابن تيميه الجهد) رحمه الله تعالى بأحاديث الباب على جواز استرقاق العرب ، والى ذلك ذهب الجمهور كما حكاه الحافظ في كتاب العتق من فتح الباري ، وحكى في البحر عن العترة وأبي حنيفة أنه لا يقبل من مشركي العرب إلا الاسلام أو السيف ، واستدل لهم بقوله تعالى (فإذا انسلخ الأشهر الحرم . . .) قال والمراد مشركوا العرب اجماعاً ، فإن كان أعجمياً أو كنياً جاز لقول ابن عباس في تفسير (فإما منا بعد . . .) خير الله تعالى نبيه في الأسرى بين القتل والفداء والاسترقاق ، وإن كان عربياً غير كتابي لم يجز .

وقال القاسمي يجوز لنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو كان الاسترقاق ناهياً على العرب ، الخمر ، ا هـ . وهو يشير إلى حديث معاذ الذي أخرجه الشافعي والبيهقي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين « لو كان الاسترقاق جائزاً على العرب لكان اليوم ، إنما هو أسرى وفي اسناده الواقدي ضعيف جداً ، ورواه الطبراني من طريق أخرى فيها يزيد بن هياض وهو أشد ضعفاً من الواقدي ، ومثل هذا

لا تقوم به حجة ، وظاهر الآية هدم الفرق بين العربي والمجسم ، وقد خصصت الهادوية عدم جواز الاسترقاق بذكور العرب دون اناتهم ، ثم قال والحاصل ، أنه قد ثبت في جنس أسارى الكفار جواز القتل والمن والفداء والاسترقاق فمن ادعى أن بعض هذه الأمور تختص ببعض الكفار دون بعض لم يقبل منه ذلك إلا بدليل ناهض يخصص العمومات ، والمجوز قائم في مقام المنع ، وقول على وفعله عند بعض المانعين من استرقاق ذكور العرب حجة ، وقد استرق بنو ناجية ذكورهم وإناتهم وباعهم كما هو مشهور في كتب السير والتواريخ ، وبنو ناجية من قريش فكيف ساعدت لهم مخالفتهم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يختار الامام في الاسير من القتل والاسترقاق والمن والفداء إلا ما فيه الحظ للاسلام والمسلمين ، لانه ينظر لهما فلا يفعل الا ما فيه الحظ لهما فإن بذل الاسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجب قبولها كما يجب اذا بذل وهو في غير الاسر ، وهو ممن يجوز أن تعقد لمثله الذمة .

(والثاني) أنه لا يجب لانه يسقط بذلك ما ثبت من اختيار القتل والاسترقاق والمن والفداء ، وإن قتل مسلم قبل أن يختار الامام ما يراه عزز للقاتل لاقتياله على الامام ولا ضمان عليه لانه حربي لا أمان له ، وأن أسلم حقن دمه لقوله صلى الله عليه وسلم د امرئ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فإذا قاتلها عصبوا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، وهل يرق بالاسلام أو يبقى الخيار فيه بين الاسترقاق والمن والفداء ، فيه قولان

(أحدهما) أنه يرق بنفس الاسلام ويسقط الخيار في الباقي لانه أسير لا يقتل فرق كالصبي والمرأة

(والثاني) انه لا يرق بل يبقى الخيار في الباقي ، لما روى عمران بن الحصين رضى الله عنه ان الاسير العقيلي قال يا محمد انى مسلم ثم فاداه برجلين ، ولأن

ما ثبت الخيار فيه بين أشياء إذا سقط أحدهما لم يسقط الخيار في الباقي ككفارة
اليمين إذا عجز فيها عن العتق ، فعلى هذا إذا اختار الفداء لم يجز أن يفادي به إلا
أن يكون له عشيرة بأمن معهم على دينه ونفسه

وإن أسر شيخ لا قتال فيه ولا رأى له في الحرب ، فإن قلنا إنه يجوز قتله
فهو كغيره في الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء ، وإن قلنا لا يجوز قتله
فهو كغيره إذا أسلم في الأسر وقد بيناه :

(فصل) وإن رأى الامام القتل ضرب عنقه لقوله عز وجل (فإذا لقيتم
الذين كفروا فضرب الرقاب) ولا يمثل به لما روى بريدة قال : كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميراً على جيش أو سرية قال اغزوا بسم الله قاتلوا
من كفر بالله ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا ، ويكره حمل رأس من قتل من
الكفار إلى بلاد المسلمين لما روى هقبة بن عامر أن شرحبيل بن حسنة وعمرو بن
العاص بعثا بريداً إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه برأس بناق البطريق ، فقال
أتحملون الجيف إلى مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قلت يا خليفة
رسول الله إنهم يفعلون بنا هكذا ، قال لا تحملوا إلينا منهم شيئاً ، وإن اختار
استرقاقه كان للغانمين ، وإن قاده بمال كان للغانمين ، وإن أراد أن يسقط منهم
شيئاً من المال لم يجز إلا برضا الغانمين ، لما روى عروة بن الزبير أن مروان بن
الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجهدهم
هو وزن مسلمين ، فقال إن أخوانكم هؤلاء جاءونا تائبين وإني قد رأيت أن أرد
اليهم ، فمن أحب منكم أن يطيب ذلك فليفعل ، ومن أحب منكم أن يكون على
حقه حتى نعطيه إياه من أول ما يبقى الله علينا فليفعل ، فقال الناس قد طيبنا لك
يا رسول الله .

قال الزهري أخبرني سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أن رسول الله (ص)
رد ستة آلاف سبي من سبي هوازن من النساء والصبيان والرجال إلى هوازن حين
أسلموا ، وإن أسر عبد فرأى الامام أن يمن عليه لم يجز إلا برضا الغانمين ،
وإن رأى قتله لشرفه وقوته قتله وضمن قيمته للغانمين لأنه مال لهم

(الشرح) - حديث ، أمرت أن أقاتل . ، متفق عليه من حديث عمر
وأبي هريرة

حديث عمران بن الحصين ، أن الأسير العقبلي قال يا محمد ... ، مسلم ،
بريدة ، إذا أمر أميراً على جيش أو سرية ... ، أخرجه مسلم بطوله
، عمرو بن العاص ، بعثاً بريداً إلى أبي بكر برأس يئاق البطريق ... ،
في كتاب أخبار زهاد لمحمد بن زكريا الغلابي الاخباري
حديث ، جاء وفد هوازن مسلمين ، سبق تخريجه

، جاء ستة آلاف سبي من هوازن ، الواقدي وابن اسحاق في المغازي
اللغة: قوله (لا تغدروا) لا تتركوا الوفاء بالذمة ، ولا تمثلوا لا تجددوا الانف
ولا تصلوا الاذن ونحوه ، ولا تغلوا لا تخفونوا لتخفوا شيئاً من الغنيمة .
قوله (بعثاً بريداً) أى رسولا وقد ذكر

قوله (يئاق البطريق) بتقديم الياء على النون والتشديد ، قال الصنعاني في
التسكلة وبخفف نونه أيضاً ، وهو جد الحسن بن مسلم بن يئاق من تابع التابعين
والبطريق عند الروم مثل الرئيس عند العرب وجمعه بطارقه

قوله (فن أحب منكم ان يطيب) معناه من أحب ان يهب بطيب نفس منه
(وطيبنا لك) وهبنا لك عن طيب انفسنا ومنه (سبي طيبية) بكسر الطاء وفتح
الياء صحيح السبأ لم يكن عن فدر ولا نقض ههد

قوله (ولا يختار الامام ما في الاسير من القتل والاسترقاق) سبق ايضاحه
فيما قبله مباشرة بشيء من التوسع ، الا ان ابن حزم قال : ولا يحل فداء الاسير
المسلم الا بهال واما بأسير كافر ، ولا يحل ان يرد صغور سبي من ارض الحرب
اليهم لا بفداء ولا بغير فداء ، لأنه قد لزمه حكم الاسلام بملك المسلمين فهو
وأولاد المسلمين سواء ولا فرق ، وهو قول المزني

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان دعا مشرك الى المبارزة فالمستحب ان يبرز اليه مسلم ، لما
روى أن عتبة وشيبة ابني ربيعة والوليد بن عتبة دعوا الى المبارزة فبرز اليهم

حمزة بن عبد المطلب وعلى بن أبي طالب وعبيدة بن الحرث ، ولأنه إذا لم يبرز إليه أحد ضعفت قلوب المسلمين وقويت قلوب المشركين ، فإن بدأ المسلم ودعا إلى المبارزة لم يكره . وقال أبو علي بن أبي هريرة يكره لأنه ربما قتل وانكسرت قلوب المسلمين ، والصحيح أنه لا يكره لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن المبارزة بين الصفيين فقال لا بأس ، ويستحب أن لا يبارز إلا قوى في الحرب لأنه إذا بارز ضعيف لم يؤمن أن يقتل فيضد قلوب المسلمين ، وإن بارز ضعيف جاز ، ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأن القصد من المبارزة إظهار القوة ، وذلك لا يحصل من مبارزة الضعيف ، والصحيح هو الأول لأن التفرير بالنفس يجوز في الجهاد ، ولهذا يجوز للضعيف أن يهاجم كما يجوز للقوى ، والمستحب أن لا يبارز إلا بإذن الأمير ليكون ردها له إذا احتاج ، فإن بارز بغير إذنه جاز ، ومن أصحابنا من قال لا يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يتم عليه ما ينكسر به الجيش ، والصحيح أنه يجوز ، لأن التفرير بالنفس في الجهاد جائز .

وإن بارز مشرك مسلماً نظرت فإن بارز من غير شرط جاز لكل أحد أن يرميه لأنه حربى لا أمان له ، وإن شرط أن لا يقاتله غير من يبرز إليه لم يجوز رمية وفاء بشرطه ، فإن ولى عنه مختاراً أو مشخناً ، أو ولى عنه المسلم مختاراً أو مشخناً جاز لكل أحد رمية لأنه شرط الأمان في حال القتال وقد انقضى القتال فزال الأمان .

وإن استنجد المشرك أصحابه في حال القتال فأجده أو بدأ المشركون بمعاونته فلم يمنعهم جاز لكل أحد رمية لأنه نقض الأمان ، وإن أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه لأنه لم ينقض الأمان ولا انقضى القتال ، وإن لم يشترط ولكن العادة في المبارزة أن لا يقاتله غير من يبرز إليه ، فقد قال بعض أصحابنا أنه يستحب أن لا يرميه غيره ، وعندى أنه لا يجوز لغيره رمية ، وهو ظاهر النص لأن العادة كالشرط .

فإن شرط أن لا يقاتله غيره ولا يتعرض له إذا انقضى القتال حتى يرجع إلى

موضعه وفي له بالشرط فإن ولي عنه المسلم فتبعه ليقطعه جاز لكل أحد أن يرميه
لأنه نقض الشرط فسقط أمانه

(فصل) وان غرر بنفسه من له سهم في قتل كافر مقبل على الحرب فقتله
استحق سلبه لما روى أبو قتادة قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم حنين فرأيت رجلاً من المشركين علا رجلاً من المسلمين فاستدرت له حتى
أتته من ورائه فضربتته على جبل عاتقه فأقبل على فضمني ضمة وجدت منها ريح
الموت ثم أدركه الموت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من قتل قتيلاً له
عليه بيعة فله سلبه ، فقصدت عليه فقال رجل صدق يا رسول الله وسلب ذلك
الرجل عندي فأرضه ، فقال أبو بكر رضي الله عنه لاها الله إذا لا يعتمد إلى أسد
من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله فيعطيك سلبه ، فقال رسول الله (ص)
صدق فأعطه إياه . فأعطاني إياه ، فبعث الدرع فابتعت به محرفاً في بني سلبه ،
وانه لا أول مال تأملته في الإسلام .

فإن كان ممن لا حق له في الغنيمة كالمنخذل والكافر إذا حضر من غير اذن
لم يستحق لأنه لا حق له في السهم الراتب ، فلأن لا يستحق السلب وهو غير
راتب أولى ، فإن كان ممن يرضخ له كالصبي والمرأة والكافر إذا حضر بالإذن ،
ففيه وجهان :

(أحدهما) انه لا يستحق لما ذكرناه

(والثاني) انه يستحق لأن له حقاً في الغنيمة ، فأشبهه من له سهم ، وإن لم
يغرر بنفسه في قتله بأن رماه من وراء الصف فقتله لم يستحق سلبه ، وإن قتله
وهو غير مقبل على الحرب كالأسير والمنخن والمنهزم لم يستحق سلبه ، وقال
أبو ثور : كل مسلم قتل مشركاً استحق سلبه ، لما روى أفس رضي الله عنه أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قتل كافرأ فله سلبه ، ولم يفصل ، وهذا لا يصح
لأن ابن مسعود رضي الله عنه قتل أبا جهل وكان قد أثنخه غلامان من الانصار
فلم يدفع النبي صلى الله عليه وسلم سلبه إلى ابن مسعود ، وإن قتله وهو مول
ليكر استحق السلب ، لأن الحرب كرهت . وإن اشترك اثنان في القتل اشتركا

في السلب لا اشترا كهما في القتل ، وإن قطع أحدهما يديه أو رجله وقتله الآخر
ففيه قولان :

(أحدهما) أن للسلب للأول لأنه عطله

(والثاني) أن السلب للثاني لأنه هو الذي كف شره دون الأول ، لأن بعد
قطع اليدين يمكنه أن يعدو أو يهلب ، وبعد قطع الرجلين يمكنه أن يقاتل إذا
ركب ، وإن غرر من له سهم فأسر رجلا مقبلا على الحرب وسلمه الى الامام حيا
ففيه قولان (أحدهما) لا يستحق سلبه لأنه لم يكف شره بالقتل (والثاني) أنه
يستحق لأن تقريره بنفسه في أسره ومنعه من القتال أبلغ من القتل ، وإن من
عليه الإمام أو قتله استحق الذي أسره سلبه ، وإن استرقه أو قاده بمال ففي رقبته
وفي المال المقادى به قولان (أحدهما) أنه للذي أسره (والثاني) أنه لا يكون له
لأنه مال حصل بسبب تقريره فكان فيه قولان كالسلب

(فصل) والسلب ما كان يده عليه من جنة الحرب ، كالتياب التي يقاتل
فيها والسلاح الذي يقاتل به والمركوب الذي يقاتل عليه ، فأما ما لا يد له عليه
كخيمته وما في رجله من السلاح والكراع فلا يستحق سلبه لأنه ليس من السلب
وأما ما في يده بما لا يقاتل به ، كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم وما في وسطه
من النفقة ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ليس من السلب لأنه ليس من جنة الحرب

(والثاني) أنه من السلب لأن يده عليه فهو كجنة الحرب ، ولا يخمس
السلب لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضي الله عنهما أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى في السلب للقاتل ولم يخمس السلب .

(الشرح) حديث (عتبة وشيبة ابني الربيع . . .) أخرجه البخاري مختصراً

وأبو داود من حديث علي

حديث أبي هريرة (أن رسول الله سئل عن المبارزة . . .) في الصحيحين

من حديث عهد الرحمن بن عوف أن عوفا ومعوذاً ابني العفراء خرجا يوم بدر
إلى الجراز فلم ينكر عليهما .

حديث أبي قتادة (أن رجلا من المشركين عـلا . . .) متفق عليه من
حديث طويل .

حديث أنس (من قتل كافراً فله سلبه الخ) متفق عليه والترمذي من حديث
أبي قتادة بلفظ : من قتل قتيلاً فله سلبه ، وأحمد عن سمرة بن جندب وأبو داود
عن أنس بلفظ : من قتل رجلاً ، وسنده لا بأس به ، وقال مالك في الموطأ لم
يبلغني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل قتيلاً فله سلبه الا يوم حنين ،
قال الحافظ في الصحيح انه صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ، ثم قال
الحافظ (فائدة) وقع في كتب بعض أصحابنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك
يوم بدر وهو وهم وإنما قاله يوم حنين ، وهو صريح عند مسلم

حديث ابن مسعود (قتل أبا جهل) أبو داود وأحمد الله وجد أبا جهل يوم
بدر وقد ضربت رجله وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فأخذه عبد الله
ابن مسعود فقتله به ، فنقله رسول الله صلى الله عليه وسلم بسلبه ، أما الرواية
في الصحيحين عن عبد الرحمن بن عوف أيكاً قتله ، فقال كل واحد منهما أما قتلته
فقال هل مسحتما سيفيكما ؟ قالا لا ، فنظر في السيفين فقال كلاهما قتله وقضى
بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ، والرجلان معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفران
اللقمة : قوله (وان دعا مشرك الى المبارزة) أصل البروز الظهور في البراز
وهو المكان الفضاء الواسع ، وهو ههنا ظهور المتحاربين بين الصفيين لا يستتران
بغيرهما من أهل الحرب ، قال الله تعالى : وترى الأرض بارزة ، أى ظاهرة
ليس فيها ظل ولا فيء .

قوله (مختاراً أو مشنخاً) أثخنه الجراحة إذا وهنته بالمها ، وأثخنه المرض
اشتد عليه ، وقال الأزهرى أثخنه تركه وقيداً لا حراك به مجروحاً ، وقوله تعالى
: حتى يشخن في الأرض ، أى يكثر القتل والايقاع بالعدو ، وقال الأزهرى
يشخن يبائع في قتل أعدائه

قوله (استنجد المشرك) أى استعان وأنجده أعنته والنجدة الشجاعة أيضاً
يقال رجل نجد ونجد أى شجاع

قوله (جبل عاتقه) قال الأزهرى جبل العاتق عرق يظهر على عاتق الرجل

يتصل بجبل الوريد في باطن العنق ، قال وإنما سمي السلب سلباً لأن قاتله يسلبه فهو مسلوب وسليب ، كما يقال خبطت للشجر ونفضته ، والورق المخبوط خبط ونفض . قوله (فابتعت به مخرفاً في بني سلمية) المخرف بالفتح البستان . وفي الحديث عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع ، يقال خرف التمر واخترفه إذا جناه . واشتقاقه من الخريف وهو الفصل المعروف من السنة لأن إدراكه يكون فيه .

قوله (تأثلته) التأثل اتخاذ أصل المال ، ومجد مؤثل أى أصيل ، وفي الحديث في وصي اليتيم فليأكل غير متأثل مالا ، وأصله من الأثلة التي هي الشجرة ، قال امرؤ القيس :

ولكنما أسمى لمجد مؤثل وقد يدرك المجد المؤثل أمثالي

قوله (يرضخ له) الرضخ أن يعطيه أقل من سهم المقاتل والرضخ العطاء القليل . قوله (يعدو أو يجاب) الجلبة رفع الصوت جلبة وأجلب إذا صوت قوله (جنسة الحرب) هو ما يستتره ويمنعه من وصول السلاح ، وكلما استقر به فهو جننة

قوله (وان دعا مشرك إلى المبارزة الخ) قال الشوكاني بعد أن أورد حديث علي الذي بارز فيه هو وسيد الشهداء حمزة وعبيدة - عتبة بن ربيعة ومعه ابنه وأخاه ، دليل على أنها تجوز المبارزة ، وإلى ذلك ذهب الجمهور ، والخلاف في ذلك للحسن البصري وشرط الاوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق اذن الأمير كما في هذه الرواية فإن للنبي صلى الله عليه وسلم اذن للذكورين ، والجميع متفق على باقى ما أورده المصنف

قوله (وان غرر بنفسه من له سهم) قال الترمذى في الجامع الصحيح بعد أن أورد حديث قتادة : والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وهو قول الاوزاعي والشافعى وأحمد ، وقال بعض أهل العلم للإمام ان يخرج من السلب الخمس ، وقال الثوري النفل ان يقول الامام من أصاب شيئاً فهو له ، ومن قتل قتيلاً فله سلبه فهو جائز وليس فيه الخمس

وقال اسحاق السلب للقاتل إلا أن يكون شيفاً كثيراً فرأى الإمام أن يخرج منه
الخمس كما فعل عمر بن الخطاب

وقال المباركفوري في التحفة : ذهب الجمهور الى أن القاتل يستحق السلب ،
سواء قال أمير الجيش قبل ذلك من قتل قتيلاً فله سلبه أم لا ، واستدلوا بحديث
أبي قتادة . وروى عن مالك أنه يخير الامام بين أن يعطى القاتل السلب أو
يخمسه ، واختاره القاضي اسماعيل ، واحتج القائلون بتخمس السلب لعموم قوله
تعالى (واعلموا أنما غنمتم ..) فإنه لم يستثن شيئاً ، قلت والآية عامة والاحاديث
مخصصة ، وبذا يمكن الجمع كما أن حديث عوف بن مالك وخالد لا خمس فيها
قال للشوكاني يستحق القاتل جميع السلب وان كان كثيراً ، وعلى أن القاتل
يستحق السلب في كل حال ، حتى قال أبو ثور وابن المنذر يستحقه ، ولو كان
المقتول منزهماً .

وقال أحمد لا يستحقه الا بالمبارزة ، وعن الازاعي إذا التقي الزحفان فلا
سلب ، وقد اختلف إذا كان المقتول امرأة هل يستحق سلبها القاتل أم لا ؟
فذهب أبو ثور وابن المنذر الى الاولى ، وقال الجمهور شرطه أن يكون المقتول
من المقاتلة ، وانفقوا على أنه لا يقبل قول من ادعى السلب الا ببينة تشهد له
بأنه قتله ، والحجة في ذلك قول النبي (ص) : من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه ،
ففهموه أنه إذا لم يكن له بيعة لا تقبل

وعن الازاعي يقبل قوله بغير بيعة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه
أبا قتادة بغير بيعة ، وفيه نظر لأنه وقع في مغازي الراقي ، وعلى تقدير أنه
لا يصح فيحمل على أن النبي (ص) علم أنه القاتل بطريق من الطرق ، وأبعد
من قال من المالكية أن المراد بالبينة هنا الذي أقر له ان السلب عنده فهو شاهد
والشاهد الثاني وجود المسلوب فإنه بمنزلة الشاهد على أنه قتله ، وقيل انما
استحقه أبو قتادة بإقرار الذي هو بيده ، وهذا ضعيف لأن الإقرار انما يفيد
إذا كان المال منسوباً لمن هو بيده فيؤخذ بإقراره والمال هنا لجمع الجيش . ونقل
ابن عطية عن أكثر الفقهاء أن البيعة هنا يكفي فيها شاهد واحد
وقد اختلف في المرأة والصبي هل يستحقان سلب من قهلاه ؟ وفي ذلك وجهان .

قال الامام يحيى أصحابنا يستحقان لعموم من قتل قتيلًا ، قال في البحر وإنما يستحق السلب حيث قتلته والحرب قائمة لا لو قتله نائمًا أو فارًا قبل مبارزته أو مشغولًا بأكل ، ولا لو رماه بسهم إذ هو في مقابلة المخاطرة بالنفس ، ولا مخاطرة هنا ، ولا لو قتل أسيرًا أو هزيبًا من السلاح ، ولا لو قتل من لا سطوة له كالمقعد ، فإن قطع يديه ورجليه استحق سلبه ، إذ قد كفى شره ، ولو جرحه رجل ثم قتلته آخر فالسلب للآخر ، إذ لم يعط النبي (ص) ابن مسعود سلب أبي جهل وقد جرحه ، بل أعطى قاتليه من الانصار ، قال فلو ضرب أحددهما يده والآخر رقبته فالسلب لضارب الرقبة ان لم تكن ضربة الآخر قاتله والا اشتراكا ، والمراد بالسلب هو ما أجلب به المقتول من ملبوس ومركب وسلاح! لا ما كان باقياً في بيته ، قال الامام يحيى ولا المنطقة والخاتم والسوار والجنب من الخيل فليس بسلب ، قال المهدي بل ذهب أن كل ما ظهر على اللقيل أو معه فهو سلب لا يخفى من جواهر أو دراهم أو نحوها اه .

والظاهر من الأحاديث أنه يقال لكل شيء وجد مع المقتول وقت السلب سواء كان مما يظهر أو يخفى . واختلفوا هل يدخل الامام في العموم اذا قال من قتل قتيلًا ، فذهب أبو حنيفة والهادوية الى الاول للعموم اللفظ الا لقريظة مخصصة نحو أن يقول من قتل منكم ، وذهب الصائفي والمؤيد بانه في قول أنه لا يدخل

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حاصر قلعة ونزل أهلها على حكم حاكم جاز ، لأن بني قريظة نزلوا على حكم مسعد بن معاذ لحكم بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذرائعهم ، فقال رسول الله (ص) لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة ، ويجب أن يكون الحاكم حراً مسلماً ذكراً بالغاً عاقلاً عدلاً عالماً ، لأنه ولاية حكم فشرط فيها هذه الصفات كولاية القضاء ، ويجوز أن يكون أعمى لأن الذي يقتضى الحكم هو الذي يهتم من حالم وذلك يدرك بالسمع فصح من الأعمى كالتشهادة فيها طريقة الاستفاضة ، ويكره أن يكون الحاكم حسن الرأي فيهم لميله اليهم ، ويجوز حكمه لأنه عدل في الدين .

وإن نزلوا على حكم حاكم يختاره الامام جاز ، لأنه لا يختار الامام إلا ،
حكمه ، وإن نزلوا على حكم من يختارونه لم يجوز إلا أن يشترط أن يكون
على الصفات التي ذكرناها

وإن نزلوا على حكم اثنين جاز لأنه تحكيم في مصلحة طريقهما الرأي .
يجعل إلى اثنين كالتحكيم في اختيار الامام ، وإن نزلوا على حكم من لا يجوز
يكون حاكما أو على حكم من يجوز أن يكون حاكما فوات ، أو على حكم اثنين
أو مات أحدهما وجب ردهم إلى القلعة لأنهم نزلوا على أمان فلا يجوز
إلا برضاهم . ولا يحكم الحاكم إلا بما فيه مصلحة للمسلمين من القتل والاسنة
والمن والفساد .

وإن حكم بعقد الذمة وأخذ الجزية ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز
برضاهم لأنه عقد معاوضة فلا يجوز من غير رضاهم (والثاني) يجوز لأنهم
على حكمه ، وإن حكم أن من أسلم منهم استرق ومن أقام على الكفر قتل
وإن حكم بذلك ثم أراد أن يسترق من حكم بقتله لم يجوز لأنه لم ينزل على
الشرط ، وإن حكم عليهم بالقتل ثم رأى هو أو الامام أن يمن عليهم جاز ،
سعد بن معاذ رضى الله عنه حكم بقتل رجال بني قريظة ، فسأل ثابت الانصاري
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم أن يهب له الزبير بن باطا اليهودي فضعل ،
حكم باسترقاقهم لم يجوز أن يمن عليهم الا برضا الغانمين لأنهم صاروا مالا
(للشرح) حديث لعمد حكمت فيهم . . . ، أخرجه البخاري ومسلم
حديث طويل وأحمد .

حديث . سألت ثابت الانصاري . . . ، أخرجه البيهقي

اللغة : قوله (من فوق سبعة أرقعة) الرقيع سماء الدنيا وكذلك سائر السد
وهي طباقها ، لأن كل سماء رقعة للتي تليها ، كما يرقع الثوب بالرقعة ؛ و
على التذكير كأنه ذهب به إلى السقف ، والزبير بن باطا بفتح الزاي وك
قوله (وإن حاصر قلعة . .) مذهب الجمهور أن الأمر في الاسارى
من الرجال إلى الامام يفعل ما هو الا تحفظ للاسلام والمسلمين ، وقد
ما ورد فيها سبق ولا خلاف فيها أورده المصنف بين الجمهور

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن أسلم من الكفار قبل الأمر عصم دمه وماله ، لما روى
عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أمرت أن أقاتل الناس حتى
يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قارها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، فإن
كانت له منفعة بإجارة لم تملك عليه لأنها كالمال ، وإن كانت له زوجة جاز
استرقاقها على المنصوص

ومن أصحابنا من قال لا يجوز كالا يجوز أن يملك ماله ومنفعته ، وهذا خطأ
لأن منفعة البعع ليست بمال ولا تجرى مجرى المال ، ولهذا لا يضمن بالغصب
بخلاف المال والمنفعة

وإن كان له ولد صغير لم يجز استرقاقه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حاصر
بنى قريظة فأسلم ابنا شعبة فأحرز بإسلامهما أموالهما وأولادهما ، ولأنه مسلم فلم
يجز استرقاقه كالأب ، وإن كان حمل من حريسة لم يجز استرقاقه لأنه محكوم
بإسلامه فلم يسترق كالولد ، وهل يجوز استرقاق الحامل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز لأنه إذا لم يسترق الحمل لم يسترق الحامل ، ألا ترى أنه
لما لم يجز بيع الحر لم يجز بيع الحامل به
(والثاني) أنه يجوز لأنها حربية لا أمان لها

(الشرح) حديث : أمرت أن أقاتل ، متفق عليه

حديث : حاصر بنى قريظة فأسلم ابنا شعبة ، رواه ابن إسحاق في المغازي
والبيهقي بلفظ : عن شيخ من بنى قريظة والنضير أنه قال : هل تدري كيف كان إسلام
ثعلبة وأسيد ونضر من هذيل لم يكونوا من بنى قريظة ، والنضير كانوا فوق ذلك
أنه قدم علينا رجل من الشام من يهود يقال له ابن الهيبان ، فأقام عندنا فراقه
مارأينا رجلا قط لا يصلح الخنس خيرا منه ، فقدم علينا قبل مبعث النبي (ص)
بسنين وكان يقول أنه يتوقع خروج نبي قد أظل زمانه ، فلما كانت الليلة التي

افتتح فيها قريظة قال أولئك الفتية الثلاثة يا معشر يهود ، والله إنه كان للرجل الذي ذكر لكم ابن الهيبان قالوا ما هو آياه ، قال بلى والله انه هو ، قال فنزلوا وأسلموا وكانوا شبابا غفلوا أموالهم وأولادهم وأهلهم في الحصن عند المشركين فلما فتح رد ذلك عليهم .

اللغة : قوله ومن أسلم من الكفار ، ذهب الجمهور الى أن الحربى إذا أسلم طوعا كانت جميع أمواله فى ملكه ولا فرق بين أن يكون إسلامه فى دار الاسلام أو دار الكفر على ظاهر الدليل

وقال بعض الحنفية : ان الحربى إذا أسلم فى دار الحرب وأقام بها حتى غلب المسلمون عليها فهو أحق بجميع ماله إلا أرضه وعقاره فإنها تكون فيئاً للمسلمين وقد خالفهم أبو يوسف فى ذلك فوافق الجمهور . وذهب الهادوية الى مثل ماذهب به بعض الحنفية : إذا كان إسلامه فى دار الحرب ، قالوا وان كان إسلامه فى دار الاسلام كانت أمواله جميعها فيئاً من غير فرق بين المنقول وغيره إلا أطفاله فإنه لا يهوز سيدهم .

ويدل على ماذهب اليه الجمهور أنه صلى الله عليه وسلم أقر عقيلاً على تصرفاته فيما كان لأخويه على وجعفر ولبنى صلى الله عليه وسلم من الدور والرابع بالبيع وغيره ولم يغير ذلك ولا اتزعمها من هى فى يده لما ظفر ، فكان ذلك دليلاً على تقرير من بيده دار أو أرض إذا أسلم وهى فى يده بطريق الاولى ، وقد بوب البخارى على قصة عقيل فقال : باب إذا أسلم قوم فى دار الحرب ولهم مال وأرضون فهى لهم .

قال القرطبي : يحتمل أن يكون مراد البخارى أن النبى (ص) من على أهل مكة بأموالهم ودورهم قبل أن يسلموا ، فتقرير من أسلم يكون بطريق الاولى ، ثم قال : إن عبد الحربى إذا أسلم صار حراً بالإسلامه ، إلا إذا أسلم سيده قبله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أسلم رجل وله ولد صغير تبعه الولد فى الاسلام لقوله عز وجل (والذين آمنوا واتبعنهم ذريتهم بإيمان إلحقتهم بهم ذريتهم)

وإن أسلمت امرأة ولها ولد صغير تبعها في الإسلام لأنها أحد الأبوين ففيها
الولد في الإسلام كالأب ، وإن أسلم أحدهما والولد حمل تبعه في الإسلام لأنه
لا يصح إسلامه بنفسه فتبع المسلم منهما كالولد ، وإن أسلم أحد الأبوين دون
الآخر تبع الولد المسلم منهما لأن الإسلام أعلى فكان إلحاقه بالمسلم منهما أولى
وإن لم يسلم واحد منهما فالولد كافر ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه
أو يمجسانه ، فإن بلغ وهو مجنون فأسلم أحد أبويه تبعه في الإسلام لأنه لا يصح
إسلامه بنفسه فتبع الأبوين في الإسلام كالطفل ، وإن بلغ عاقلاً ثم جن ثم
أسلم أحد أبويه ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يتبعه لأنه زال حكم الاتباع ببلوغه عاقلاً فلا يعود إليه
(والثاني) أنه يتبعه ، وهو المذهب ، لأنه لا يصح إسلامه بنفسه فتبع أبويه
في الإسلام كالطفل .

(فصل) وإن سبى المسلم صديقا فإن كان معه أحد أبويه كان كافراً لها
ذكرناه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وإن سبى وحده ففيه وجهان
(أحدهما) أنه باق على حكم كفره ولا يتبع السابي في الإسلام ، وهو ظاهر
المذهب لأن يد السابي يد ملك فلا توجب إسلامه كيد المشتري
(والثاني) أنه يتبعه لأنه لا يصح إسلامه بنفسه ولا معه من يتبعه في كفره
لجمل تابعاً للسابي لأنه كالأب في حضاقته وكفالاته فتبعه في الإسلام

(الشرح) حديث أبي هريرة د كل مولود يولد على الفطرة ، أخرجه البخاري
ومسلم ، ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه أو يمجسانه
كما تنتج البهيمة جماء هل تحسون فيها من جدعاء ، أخرجه أحمد
اللغة : قوله ، جماء ، بفتح الجيم وسكون الميم بعدها عين مهملة ، قال في
القاموس والجماء الناقة المهزولة ومن البهائم التي لم يذهب من بدنها شيء .
د جدعاء ، والجذع قطع الأنف أو الأذن أو اليد أو الشفة كما في القاموس ،
قال والجذعة محركة ما بقي بعد القطع . اهـ

(قلت) المقصود أن البهائم كما أنها تولد سليمة من الجذع كاملة الحلقة وإنما يحدث لها نقصان الحلقة بعد الولادة بالجذع ونحوه ، كذلك أولاد الكفار يولدون على الدين الحق الدين الكامل ، وما يعرض لهم من التلبس فإنما هو حادث بعد الولادة بسبب الأبوين أو من يقوم مقامهما ، وحديث أبي هريرة فيه دليل على أن أولاد الكفار يحكم لهم عند الولادة بالاسلام ، وأنه إذا وجد الصبي في دار الاسلام دون أبويه كان مسلماً لأنه إنما صار يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً بسبب أبويه فإذا عدما فهو باق على ما ولد عليه وهو الاسلام ، كما سبق الإفاضة في شرح هذا فيما سبق

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن وصف الاسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب ، لما روى على كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفتق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، ولأنه غير مكاف فلم يصح إسلامه بنفسه كالمجنون ، فعلى هذا يحال بينه وبين أهله من الكفار إلى أن يبلغ لأنه إذا ترك معهم خدوعه وزهدوه في الإسلام ، فإن بلغ ووصف الاسلام حكمه بإسلامه ، وإن وصف الكفر هدد وضرب وطولب بالاسلام ، وإن أقام على الكفر رد إلى أهله من الكفار .

ومن أصحابنا من قال يصح إسلامه ، لأنه يصح صومه وصلاته ، فصح إسلامه كالبالغ .

(فصل) وإن سببت امرأة ومعه ولد صغير لم يجز التفريق بينهما ، وقد بيناه في البيع ، وإن سبي رجل ومعه ولد صغير ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز التفريق بينهما لأنه أحد الأبوين فلم يفرق بينه وبين الولد الصغير كالأم (والثاني) أنه يجوز أن يفرق بينهما ، لأن الأب لا بد أن يفارقه في الحضائفة ، لأنه لا يتولى حضائفة بنفسه وإنما يتولاها غيره فلم يحرم التفريق بينهما ، بخلاف

الأم فإنها لا تفارقه في الحضنة ، فإنه إذا فرق بينهما ولدت بمفارقة لحرم التفريق بينهما .

(فصل) وان سبي الزوجان أو أحدهما انفسخ النكاح ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : أصبنا فساء يوم أو طاس ففكر هو أن يقعوا عليهم فأنزل الله تعالى (والمحضنات من النساء الا ما ملكت أيمنكم فاستحللنهن) قال الشافعى رحمه الله : سبي رسول الله صلى الله عليه وسلم أو طاس وبنى المصطلق وقسم النوى وأمر أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ، ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها

وان كان الزوجان مملوكين فسيباً أو أحدهما فلا نص فيه ، والذي يقتضيه قياس المذهب أن لا ينفسخ النكاح لأنه لم يحدث بالسبي رق وإنما حدث انتقال الملك فلم ينفسخ النكاح ، كما لو انتقل الملك فيهما بالبيع . ومن أصحابنا من قال ينفسخ النكاح لأنه حدث سبي يوجب الاسترقاق ، وان صادف رقاً ، كما أن الزنا يوجب الحد وان صادف حداً

(الشرح) حديث على أخرجه الحاكم وأبو داود عن علي وعمر بلفظه رفع القلم عن ثلاثة ، عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن السائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وأخرجه الحاكم وأبو داود والنسائي عن عائشة بلفظه رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المتلى حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يكبر ، وأخرجه الترمذى وابن ماجه والحاكم عن علي بلفظه رفع القلم عن ثلاث ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يهيب ، وعن المعتوه حتى يعقل ،

حديث أبي سعيد الخدرى أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم أن النبي (ص) قال في سبايا أو طاس ، لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ، واسناده حسن . وروى الدارقطنى عن ابن عباس نهى رسول الله (ص) أن توطأ حامل حتى تضع أو حائل حتى تحيض ، ثم نقل عن ابن صاعد أن العابدى تفرد بوصله وأن غيره أرسله ، ورواه الطبرانى في الصغير من حديث أبي هريرة

بإسناد ضعيف وأبو داود من حديث رويغ بن ثابت ، لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرأ بمحضة ،
 وروى ابن أبي شيبة عن علي قال ، نهي رسول الله (ص) أن توطأ الحامل حتى تضع أو الخائل حتى تستبرأ بمحضة ، لكن في إسناده ضعف وانقطاع .
 وروى مسلم عن أبي سعيد ، أصبنا نساء يوم أوطاس ففكر هو أن يقوموا عليهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله تعالى ، والمحصات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم ، فاستحللناهن ، وفي آخره فمن لكم حلال إذا اقتضت عدتهن .
 اللغة : قوله ، وان وصف الاسلام صبي عاقل ... ، (قلت) إنه لا يصح

إسلامه وبحال بينه وبين أهله ولا يرد إليهم ، وقد سبق شرحه بإضافة .
 أما القول للثاني بأنه يصح اسلامه لأنه يصح صلواته فقد اختلفت فيه الآراء كثيراً ، قال الشيخ محمود خطاب في المنهل في حديث ، مروا الصبي بالصلاة ، الخطاب للأولياء لأن الصغير غير مكلف لحديث ، رفع القلم . . . ، وأمره صلى الله عليه وسلم للأولياء للوجوب وليس أمراً للصبي ، لأن الأمر بالأمر بالكى . ليس أمراً به كما هو رأى الجمهور ، خلافاً للبالكية حيث قاوا ان الأمر بالأمر بالشيء أمر بذلك الشيء ، فالصبي عندهم مأمور بالصلاة نديها وتكتب له عليها ؛ سواء أكان الولي أباً أم جدّاً أم وصياً أم قياً من جهة القاضي لقوله تعالى ، وامر أمهلك بالصلاة ،

قال الشافعى فى المختصر : على الآباء والامهات أن يؤدبوا أولادهم ويعلموهم العظارة والصلاة ، ويضربوهم على ذلك إذا عفلوا ، وقيل ان الأمر للولي مندوب لا واجب .

قوله ، وان سببت امرأة معها ولد صغير . . . ، قال الخطابي فى المعالم : لم يختلف أهل العلم فى أن التفريق بين الولد الصغير وبين والدته فهو جائز الا أنهم اختلفوا فى الحد بين الصغر الذى لا يجوز معه التفريق وبين الكبر الذى يجوز معه ، فقال أصحاب الرأى الحد فى ذلك الاحتلام . وقال الشافعى اذا بلغ سبعا أو ثمانيا . وقال الأوزاعى اذا استغنى عن أمه فقد خرج من الصغر . وقال مالك اذا انقر (أى بنتت اسنانه)

وقال أحمد : لا يفرق بينهما بوجه وإن كبر الولد واحتمل ، قلت ويشبه أن يكون المعنى في التفريق عند أحمد قطيعة الرحم ، وصلة الرحم واجبة مع الصغر والكبر ، ولا يجوز عند أصحاب الرأي التفريق بين الأخوين إذا كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً ، فإن كانا صغيرين جاز ، وأما الشافعي فإنه يرى التفريق بين المحارم في البيع ، ويجعل المنع في ذلك مقصوراً على الولد ، ولا تختلف مذاهب العلماء في كراهة التفريق بين الجارية وولدها الصغير ، سواء كانت مسبية من بلاد الكفر أو كان الولد من زنا أو كان زوجها أهلهما في الإسلام فجاءت بولد قوله « وإن سبي الزوجان أو أحدهما . . » ، ولا خلاف فيما ذهب إليه المصنف ولذلك قال ابن حزم في مراتب الإجماع « واتفق أن من سبي من نساء أهل الكتاب المتزوجات وقتل زوجها وأسلمت هي أن وطأها حلال لما لكما بعد أن تستبرا قال المباركفوري في التحفة « ويحرم على الرجل أن يطأ الأمة المسبية إذا كانت حاملاً حتى تستبرأ بهيضة ، وقد ذهب إلى ذلك الشافعية والحنفية والثوري والنخعي ومالك ، وظاهر قوله « ولا غير حامل ، أنه يجب الاستبراء للبكر ، ويؤيده القياس على العدة فإنها يجب مع العلم ببراءة الرحم

وذهب جماعة من أهل العلم إلى أن الاستبراء إنما يجب في حق من لم تعلم براءة رحمها ، وأما من علمت براءة رحمها فلا استبراء في حقها ، وقد روى عبد الرزاق عن ابن عمر أنه قال إذا كانت الأمة عذراء لم يستبرأها إن شاء ، وهو في صحيح البخاري عنه .

وقال الشوكاني ومن القائلين بأن الاستبراء إنما هو للعلم ببراءة الرحم فيحتمل تعلم البراءة لا يجب ، وحيث لا يعلم ولا يظن يجب . أبو العباس بن سريج ، وأبو العباس بن تيمية وابن القيم ، ورجحه جماعة من المتأخرين ، منهم الجلال والمقبلي والمغربني والأمير وهو الحق ، لأن العلة مقعولة ، فإذا لم توجد علامة كالحمل ولا مظنة كالمرأة المزوجة فلا وجه لإيجاب الاستبراء ، والقول بأن الاستبراء تعبدى وأنه يجب في حق الصغيرة ، وكذا في حق البكر والآيسة ليس عليه دليل . انتهى

قال المصنف رحمه الله :

(فصل - حل) إذا دخل الجيش دار الحرب فأصابوا ما يؤكل من طعام أو فاكهة أو حلوة واحتاجوا إليه حاز لهم أكله من غير ضمان ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال كنا فصيبي من المغازي العسل والفواكه ففأكله ولا نرفعه ، وسئل ابن أبي أوفى عن طعام خبير فقال : كان الرجل يأخذ منه قدر حاجته ، ولأن الحاجة تدعو إلى ما يؤكل ولا يوجد من يشتري منه مع قيام الحرب لحاز لهم الأكل وهل يجوز لهم الأكل من غير حاجة فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يجوز كما لا يجوز في غير دار الحرب أكل مال الغير بغير إذنه من غير حاجة .

(والثاني) أنه يجوز وهو ظاهر المذهب وهو قول أكثر أصحابنا ، لما روى عبد الله بن مغفل رضي الله عنه قال دلى جراب من شحم يوم خيبر فأتبعه فالزمنه ثم قلت : لا أعطى من هذا أحداً اليوم شيئاً فالتفت فإذا برسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم إلي ، ولو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن منع ما زاد على الحاجة ويخالف طعام الغير بأن ذلك لا يجوز أكله من غير ضرورة وهذا يجوز أكله من غير ضرورة قطعاً وطعام الغير يأكله بموضع وهذا يأكله بغير عوض لحاز أن يأكله من غير حاجة ، ولا يجوز لأحد منهم أن يبيع شيئاً منه لأن حاجته إلى الأكل دون البيع ، وإن باع شيئاً منه نظرت ، فإن باعه من بعض الغانمين وسلمه إليه صار المشتري أحق به ، لأنه من الغانمين ، وقد حصل في يده ما يجوز له أخذه للأكل فكان أحق به ، فإن رده إلى البائع صار البائع أحق به لما ذكرناه في المشتري ، وإن باعه من غير الغانمين وسلمه إليه وجب على المشتري رده إلى الغنمية ، لأنه ابتاعه ممن لا يملك بيعه وليس هو من الغانمين فيمسكه لحقه فوجب رده إلى الغنمية .

(فصل) ويجوز أن يملك منه المركوب وما يحمل عليه رحله من البهائم لأن حاجته إليه كحاجته ولا يدهن منه شعره ولا شعر البهائم لأنه لا حاجة به

إليه ولا ي تلف منه ما معه من الجوارح كالصقر والفهد ، لأنه لا حاجة به إليه ، وإن خرج إلى دار الإسلام ومعه بقية من الطعام ففيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يلزمه ردها في المغنم ، لأنه مال اختص به من الغنيمة فلا يجب رده فيها كالسلب .

(والثاني) أنه يجب ردها ، لأنه إنما أجزأ أخذه في دار الحرب للحاجة ، ولا حاجة إليه في دار الإسلام ، ومن قال إن كان كثيراً وجب رده قولاً واحداً وإن كان قليلاً فعلى القولين ، وللصحيح الأول ، ولا يجوز تناول ما يصاب من الأدوية من غير حاجة ، وإن دعت الحاجة إليه جاز تناوله ويجب ضمانه ، لأنه ليس من الأطمعة التي يحتاج إليها في العادة ، ولا يجوز له لبس ما يصاب من الثياب لما روى رويض بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجمها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوباً من فيء المسلمين حتى إذا أخلفه رده فيه ، ولأنه لا يحتاج إليه في العادة ، فإن لبسه لزمته أجرته لأنه كالغاصب .

(فصل) ويجوز ذبح ما يؤكل للأكل ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز والمذهب الأول ، لأنه مما يؤكل في العادة فهو كسائر الطعام ، ولا يجوز أن يعمل من أهبها حذاء ولا سقاء ولا دلاء ولا فراء ، فإن اتخذ منه شيئاً من ذلك وجب رده في المغنم وإن زادت بالصنعة قيمته لم يكن له في الزيادة حق وإن نقص لزمه أرش ما نقص لأنه كالغاصب .

(فصل) وإن أصابوا كتباً فيها كفر لم يجوز تركها على حالها لأن قراءتها والنظر فيها معصية ، وإن أصابوا التوراة والإنجيل لم يجوز تركها على حالها ، لأنه لا حرمة لها ، لأنها مبدلة ، فإن أمكن الانتفاع بما كتب عليه إذا غسل كالجلود غسل وقسم مع الغنيمة وإن لم يمكن الانتفاع به إذا غسل كالورق مزق ولا يحرق لأنه إذا حرق لم يكن له قيمة فإذا مزق كانت له قيمة فلا يجوز إتلافه على الغانمين .

(فصل) وإذا أصابوا خمرأً وجب إراقتها كما يجب إذا أصيبت في يد مسلم

فإن أصابوا خنزيراً فقد قال في سير الواقدي يقتل إن كان به عدو ، فمن أصحابنا من قال إن كان فيه عدو قتل لما فيه من الضرر ، وإن لم يكن فيه عدو لم يقتل ، لأنه لا ضرر فيه .

ومنهم من قال يجب قتله بكل حال ، لأنه يحرم الانتفاع به فوجب اتلافه بالخمر ، وإن أصابوا كلباً ، فإن كان عقوراً قتل لما فيه من الضرر ، وإن كان فيه منفعة دفع إلى من ينتفع به من الغانمين أو من أهل الخمر وإن لم يكن فيهم من يحتاج إليه خلي ، لأن اقتناه لغير حاجة محرم وقد بيناه في البيوع .

(فصل) وإن أصابوا مباحاً لم يملك الكفار كالصيد والحجر والحشيش والشجر فهو لمن أخذه كما لو وجدته في دار الإسلام ، وإن وجد ما يمكن أن يكون للمسلمين ويمكن أن يكون للكفار كالسيف والقفوس عرفت سنة ، فإن لم يوجد صاحبه فهو غنيمة .

(فصل) وإن فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات ، فإن لم يمنع الكفار عنها فهو لمن أحياه كموات دار الإسلام ، وإن منعوا عنها كان للغانمين لأنه ثبت لهم بالمنع عنها حق التملك فانتقل ذلك الحق إلى الغانمين كما لو قصروا موات الأحياء ثم صارت الدار للمسلمين ، وإن فتحت صلحا على أن تكون الأرض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها موات الأحياء ، لأن الدار لهم فلم يملك المسلم فيها بالأحياء .

(فصل) وما أصاب المسلمون من مال الكفار وخيف أن يرجع إليهم ينظر فيه فإن كان غير الحيوان أتلف حتى لا ينتفعوا به ويتقوا به على المسلمين ، وإن كان حيواناً لم يجز اتلافه من غير ضرورة ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها سأله الله تعالى عن قلبها ، قيل يا رسول الله وما حقها قال أن تذهبها فتأكلها ولا تقطع رأسها فترمي بها ، وإن دعت إلى قتله ضرورة بأن كان الكفار لا خيل لهم وما أصابه المسلمون خيل وخيف أن يأخذوه ويقا تلوا عليه جاز قتله ، لأنه إذا لم يقتل أخذه الكفار وقا تلوا به المسلمون .

(لشرح) حديث ابن عمر أخرجه البخاري وأبو داود وابن حبان ، أن
جيفاً غنموا طعاماً وسلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يأخذ منهم
الخنس ، وأخرجه البيهقي ورجح الدارقطني وقفه

أثر ابن أبي أوفى أخرجه أبو داود والحاكم والبيهقي

حديث عبد الله بن مغفل أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن مغفل قال
أصبتنا جراباً من شحم يوم خيبر فالنزمته وقلت لا أعطى أحداً اليوم من هذا
شيثاً ، فالنفت فإذا رسول الله (ص) مبتسماً ،

حديث رويغ الأناصري ، من كان يؤمن بالله ، أخرجه أحمد وأبو داود
وابن حبان وزاد : روى ذلك يوم حنين بلفظ أن رسول الله (ص) قال يوم
حنين (لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبتاع مغماً حتى يقسم ولا
يلبس ثوباً من فيه حتى إذا أخلقه رده فيه ولا أن يركب دابة من فيه المسلمون
حتى إذا أعجزها ردها فيه)

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه البيهقي وسكت عنه البركاني

في الجوهر النقي .

اللغة ، قوله (إذا دخل الجيش دار الحرب ...) قال الشوكاني في النبيل يجوز
أخذ الطعام ، ويقاس عليه العلف للدواب بغير قسمة ، ولكنه يقتصر من ذلك
على مقادير الكفاية ، كما في حديث ابن أبي أوفى ، وإلى ذلك ذهب الجمهور ،
سواء أذن الامام أم لم يأذن ، والعلف في ذلك أن الطعام يقل في دار الحرب ،
وكذلك العلف فأبيح للضرورة ، والجمهور أيضاً على جواز الأخذ ، ولو لم تكن
ضرورة . وقال الزهري لا تأخذ شيئاً من الطعام ولا خيره إلا بإذن الامام .
وقال سليمان بن موسى يأخذ إلا ان نهى الامام .

وقال ابن المنذر وقد وردت الأحاديث الصحيحة في التشديد في الغلول ،
واتفق علماء الأمصار على جواز أكل الطعام ، وجاء الحديث بنحو ذلك فليقتصر
عليه ، وقال الشافعي ومالك يجوز ذبح الانعام للأكل كما يجوز أخذ الطعام ،
ولكن قيده الشافعي بالضرورة الى الأكل حيث لا طعام . اهـ

وحديث أبي رويغ فيه دليل على أنه لا يحل لأحد من المجاهدين أن يبيع

شيئا من الغنيمة قبل قسمتها ، لأن ذلك من الغلول ، وقد وردت الأحاديث للصحيحة بالذم عنه .

ولا يحل أيضا أن يأخذ ثوبا منها فيلبسه حتى يخلفه ثم يردّه ، أو يركب دابة منها حتى إذا أحجفها ردها لما في ذلك من الأضرار بسائر الغانمين والاستبداد بما لهم فيه نصيب بغير إذن منهم .

قال في الفتح وقد انفقوا على جواز ركوب دوابهم - يعني أهل الحرب - ولبس ثيابهم واستعمال سلاحهم حال الحرب ، ورد ذلك بعد انقضاء الحرب ، ولا ينتظر يردّه انقضاء الحرب لئلا يعرضه للملاك قال وحجته حديث روي عن ونقل عن أبي يوسف أنه حمله على ما إذا كان الآخذ غير محتاج يتقى به دابته أو ثوبه بخلاف من ليس له ثوب ولا دابة .

وقال الخطابي ، فأما الثياب والادوات فلا يجوز استعمالها إلا أن يقول قائل الثياب انه اذا احتاج الى شيء منها حاجة ضرورة كان له أن يستعمله ، مثل أن يشتد البرد فيستدنيء بثوب .

قوله (ويجوز ذبح ما يؤكل للأكل ...) أقول بوب الجرد ابن تيمية في كتابه المنتقى بابا ذكر فيه (باب ان الغنم تقسم بخلاف الطعام والعلف) وأورد فيه حديثين عن رجل من الانصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فأصاب الناس حاجة شديدة وجهد وأصابوا غنما فانتهبوها ، فإن قدورنا لتغلي اذ جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشي على قوسه فأكفأ قدورنا بقوسه ثم جعل يرمي اللحم بالتراب ثم قال ان النبهة ليست بأحل من الميتة ، وان الميتة ليست بأحل من النبهة . رواه ابو داود

والحديث الثاني عن معاذ قال غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم خبير فأصبنا فيها غنما فقسم فينا رسول الله (ص) طائفة وجعل يقيتها في المغنم . رواه أبو داود وفيه مجهول .

إلا أن الشوكاني تعقبه فقال الحديث الاول ليس فيه دليل على ما ترجم له المصنف من ان الغنم تقسم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم انما منع من أكلها لأجل الذم ، كما وقع التصريح بذلك لا لأجل كونها غنمة مشتركة لا يجوز

الاتفاح بها قبل القسمة . نعم الحديث الثاني فيه دليل على أن الامام يقسم بين
المجاهدين من الغنم ونحوها من الأنعام ما يحتاجونه حال قيام الحرب ويترك الباقي
في جملة المغنم ، وهذا مناسب لمذهب الجمهور المتقدم فإنهم يصرحون بأنه يجوز
للفائمين أخذ القوت وما يصلح به ، وكل طعام يعتاد أكله على العموم من غير
فرق بين أن يكون حيواناً أو غيره .

وقد استدل على أن المنع من ذبح الحيوانات المغنومة بغير إذن الامام بما في
الصحيح من حديث رافع بن خديج في ذبحهم الابل التي أصابوها لأجل الجوع
وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بكفاه القدور .

قال ابن المهلب إنما أكفأ القدور ليعلم أن الغنيمة إنما يستحقونها بعد القسمة
ويمكن أن يحمل ذلك على أنه وقع الذبح في غير اللوضع الذي وقع فيه القتال ،
وقد ثبت في هذا الحديث أن القصة وقعت في دار الاسلام لقوله فيها بذى الخليفة
وقال القرطبي المأمور بكفائه إنما هو المرق عقوبة للذين تعجلوا ، وأما نفس
اللحم فلم يتلف ، بل يحمل على أنه جمع ورد الى المغنم لأجل النهي عن
إضاعة المال .

قوله (وان أصابوا كتباً ..) لم يقل أحد أن النظر في كتب الديانات
الآخري معصية ، بل الواجب يحتم علينا أن نعلم ما عندهم حتى نكون على بينة
من أمرهم ، وهما هم علماء المسلمين وأئمتهم ألفوا كتباً في الرد عليهم كابن حزم
وغيره ، وان عبد الله بن عمرو وقع له كتاب من كتبهم فكان يقرأه ويروى منه
وكتب الفلاسفة التي عربت والطب وغيرها من العلوم لم يقل أحد أن النظر
فيها معصية .

قوله (واذا أصابوا خيراً ...) وهذا لا خلاف فيه فقد أمر رسول الله (ص)
بإهراقها وهي ملك لا يتام مسلمين فكيف اذا كانت ملكاً للحربيين وكذا الخنزير
أما الكلب فقد بينه المؤلف ، كما أشار في البيوع

قوله (وما أصاب المسلمون من مال الكفار ...) فقد سبق تبينه في وصية
أبي بكر الصديق لجيشه وما قيل في التحريق من آراء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا سرق بعض الغانمين نصاباً من الغنيمة ، فإن كان قبل إخراج الخمس لم يقطع لمعتين (أحدهما) أن له حقاً في خمسها (والثاني) أن له حقاً في أربعة أخماسها ، وإن سرق بعد إخراج الخمس نظرت فإن سرق من الخمس لم يقطع لأن له حقاً فيه ، وإن سرق من أربعة أخماسها نظرت فإن سرق قدر حقه أو دونه لم يقطع لأن له في ذلك قدر شبهة ، وإن كان أكثر من حقه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يقطع لأنه لا شبهة له في سرقة النصاب (والثاني) أنه لا يقطع لأن حقه شائع في الجميع فلم يقطع فيه ، وإن كان السارق من غير الغانمين نظرت فإن كان قبل إخراج الخمس لم يقطع لأن له حقاً في خمسها ، وإن كان بعد إخراج الخمس فإن سرق من الخمس لم يقطع لأن فيه حقاً ، وإن سرق ذلك من أربعة أخماسها فإن كان في الغانمين من السارق شبهة في ماله كالأب والابن لم يقطع لأن له شبهة فيما سرق ، وإن لم يكن له فيهم من له شبهة في ماله قطع لأنه لا شبهة له فيما سرق .

(الشرح) والغال من الغنيمة بوب له أبو داود في سننه فقال باب في الغلول إذا كان يسهراً يتركه الإمام ولا يحرق رحله ، وروى حديث عبد الله بن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أصاب غنيمة أمر بلالا فنادى في الناس فيجيئون بغنائمهم فيخمسه ويقسمه ، فجاء رجل بعد ذلك بزمام من شعر فقال يا رسول الله هذا فيما كنا أصبنا من الغنيمة ، فقال أسمع بلالا نادى ثلاثاً؟ قال نعم ، قال فما منعك أن تجيء به فاعتذر فقال كن أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله عنك .

وبوب البيهقي في سننه الكبرى ج ٩ ص ١٠٠ (باب الرجل يسرق من المغنم وقد حضر القتال) وأورد ثلاثة أحاديث ، الأول عن ابن عباس رضي الله عنه أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه ، فقال مال الله سرق بعضه بعضاً - وهذا إسناد فيه ضعف .

ورواه من طريق آخر عن ميمون بن مهران عن النبي صلى الله عليه وسلم
مرسلا ، ورويا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رجلا سرق مغفراً من
المغتم فلم يقطعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وطئ به بعض الغنمين جارية من الغنيمة لم يجب عليه الحد
وقال أبو ثور يجب ، وهذا خطأ لأن له فيها شبهة وهو حق التملك ويجب عليه
المهر لأنه وطئ . يستط فيه الحد على الموطوءة للشبهة فوجب المهر على الواطئ
كالموطئ في النكاح الفاسد ، وإن أحبلها ثبت النسب للولد وينعقد الولد حراً للشبهة
وهل تقسم الجارية في الغنيمة أو تقوم على الواطئ ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا
من قال ان قلنا انه اذا ملكها صارت أم ولد قومت عليه ، وان قلنا انها لا تصير
أم ولد له لم تقوم عليه .

وقال أبو إسحاق تقوم على القولين ، لأنه لا يجوز قسمتها كما لا يجوز بيعها
ولا يجوز تأخير القسمة لأن فيه اضراراً بالغانمين فوجب أن تقوم ، وان
وضعت فهل تلزمه قيمة الولد ؟ ينظر فيه فإن كان قد قومت عليه لم تلزمه لأنها
تضع في ملكه ، وان لم تكن قومت عليه لزمه قيمة الولد لأنها وضعت في غير ملكه
(فصل) ومن قتل في دار الحرب قتلاً بوجوب القصاص أو أتى بمعصية توجب
الحد وجب عليه ما يجب في دار الاسلام ، لأنه لا تختلف الداران في تحريم
الفعل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة

(الشرح) روى البيهقي في سننه الكبرى ما يخالف ما أورده المصنف اذ قال
بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه خالد بن الوليد في جيش ، فبعث خالد ضرار
ابن الازور في سرية في خيل فأغاروا على حمى من بني أسد فأصابوا امرأة عروسا
جميلة فاعجبت ضرار ، فسألها أصحابه فأعطوها إياه فوقع عليها ، فلما قفل ندم
وسقط به في يده ، فلما رفع الى خالد أخبره بالذي فعل ، فقال خالد فإني قد أجزتها
لك وطيبيتها لك ، قال لا حتى تكتب بذلك الى عمر ، فكتب عمر أن أرضخه
بالحجارة ، فجاء كتاب عمر رضي الله عنه وقد توفي ، فقال ما كان الله ليخزي
ضرار بن الازور .

وروى البيهقي أن ابن عمر سئل عن جارية كانت بين رجلين وقع عليها أحدهما قال هو خائن ليس عليه حد تقوم عليه قيمة ، وفي رواية أخرى ليس عليه حد يقوم عليه قيمتها ويأخذها ، وسكت عنه ابن الترمذاني

قوله : ومن قتل في دار الحرب .. ، وقد بوب البيهقي في سننه الكبرى باب إقامة الحدود في أرض الحرب ، ثم أورد فيه : قال الشافعي رحمه الله قد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد بالمدينة والشرك قريب منها وفيها شرك كثير موادعون وضرب الشارب بحنين والشرك قريب منه وروى عن عبد الرحمن ابن أزهري قال : رأيت رسول الله (ص) يوم حنين يتخلل الناس يسأل عن منزل خالد بن الوليد وأنى بسكران فأمر من كان عنده فضره بما كان في أيديهم وحنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه من التراب .

وذكر أن أبا داود روى في مراسيله : قال صلى الله عليه وسلم وأقيموا الحدود في الحضر والسفر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم ، وذكر أن عمر إلى خالد السائق ، ولم يتعقبه ابن الترمذاني بشيء ، ثم بوب باباً آخر فقال : باب من زعم لا تقام الحدود في أرض الحرب حتى يرجع ، وروى فيه آثاراً منها أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عمير بن سعد الأنصاري وإلى عماله أن لا يقيموا حداً على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة ، قال الشافعي : ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مستنكر ، وهو يعيب أن يحتج بحديث غير ثابت ، ويقول حدثنا شيخ ، ومن هذا الشيخ ؟ ويقول مكحول عن زيد بن ثابت ، ومكحول لم ير زيد بن ثابت ، قال الشافعي ، وقوله يلحق بالمشركين ، فإن لحق بهم فهو أشق له ، ومن ترك الحد خوف أن يلحق بالحدود يبلاد المشركين تركه في سواحل المسلمين ومساحمهم التي تتصل ببلاد الحرب ، ثم تعقبه ابن الترمذاني في الجوهر النقي (قال الشافعي ما روى عن عمر مستنكر) بقوله قلت — أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف بسنده قال : كتب عمر ابن الخطاب : ألا لا يجلدن أمير جيش ولا سرية أحداً الحد حتى يطلع على الدرب لئلا يحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار ، وعن أبي الدرداء : نهى أن يقام على أحد حد في أرض العدو

واحتج أبو يوسف في كتاب الخراج لهذه المسألة فروى بسنده عن علقمة قال : غزونا بأرض الروم ومعنا حذيفة وعلينا رجل من قریش فنشرب الخمر ، فأردنا أن نحده ، فقال حذيفة تحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم وذكره ابن أبي شيبة عن الأعمش ، وروى عبد الرزاق عن علقمة قال أصاب أمير الجيش وهو الوليد بن عقبة شرا بأفسكر ، فقال الناس لابن مسعود وحذيفة ابن اليمان أقبما عليه الحد ، فقالا لا نفعل ، نحن يازاء العدو ونكره أن يعملوا فيكون جرأة منهم علينا وضعفا بنا ، وفي المعالم قال الأوزاعي لا يقطع أمير العسكر حتى يقفل من الدرب فإذا قفل قطع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل ، لما روى عن علي كرم الله وجهه قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا والزبير والمقداد وقال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن فيها ظعينة معها كتاب فخذوه منها ، فانطلقنا حتى أتينا الروضة فإذا بالظعينة ، فقلنا أخرجي الكتاب ، فأخرجته من عقاصها ، فأتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة رضى الله عنه إلى أناس بمكة يخبرهم ببعض أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا حاطب ما هذا ؟ قال يا رسول الله لا تعجل علي إنما كنت امرأة ملصقا فأحييت أن أتخذ عندهم بدأ يحمون بها قرابتي ولم أفعل ذلك ارتداداً عن ديني ولا أرضى الكفر بعد الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما إنه قد صدق ، فقال عمر دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق ، فقال الله قد شهد بدرا ، فقال سفيان بن عيينة فأنزل الله يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء ، وقرأ سفيان إلى قوله « فقد ضل سواء السبيل »

(الشرح) حديث علي عن عبيد الله بن أبي رافع قال : سمعت علياً رضى الله عنه يقول : بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا والزبير والمقداد فقال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها ظعينة معها كتاب ، فخرجنا تعادى بنا خيلنا فإذا نحن بظعينة ، فقلنا أخرجي الكتاب ؟ فقالت ما معي كتاب ، فقلنا لها لتخرجين

الكتاب أو لتلقين الشيا ، فأخرجته من عقاصها ، فأتينا به رسول الله (ص) فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة إلى أناس من المشركين ممن بمكة يخبر ببعض أمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما هذا يا حاطب ؟ قال لا تعجل علي إني كنت امرأ ملصقاً في قريش ولم أكن من أنفسها وكان من معك من المهاجرين لهم قرابات يحمون بها قراباتهم ولم يكن لي بمكة قرابة ، فأحسبت إذا فاني ذلك أن أتخذ عندهم يداً واقه ما فعلته شكاً في ديني ولا رضا بالكفر بعد الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قد صدق ، فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله دعني أضرب عنق هذا المنافق؟ فقال النبي (ص) انه قد شهد بداراً وما يدريك لعل الله اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم ونزلت (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا هـودى وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالموودة ، أخرجه البخارى ومسلم .

اللغة: قوله ، فإن فيها ظعينة ، الظعينة المرأة في الهودج ، وأصل الظعينة هو الهودج ثم سميت المرأة ظعينة لكونها فيه مأخوذة من الظعن وهو الارتحال ، قال الله تعالى ، يوم ظعنكم ويوم اقامتكم ، وقال بعضهم لا يقال للمرأة ظعينة إلا إذا كانت في الهودج . قوله ، فأخرجته من عقاصها ، عقص الشعر ليه وضمه على الرأس ، ومنه سميت الشاة المتبوية القرن عقصاء ، والعقاص جمع عقصة مثل رهمة ورهام قال امرؤ القيس :

بضل العقاص في مثنى ومرسل

قوله ، كنت امرأ ملصقاً ، الملصق بالقوم والملصق المنضم اليهم وليس منهم قوله (يداً) أراد صنيعاً منهم يمنعون بها قرابتي قال :

تكن لك في قومي يد يشكرونها وأيدي الندى في الصالحين قروض

قوله (دعني أضرب عنق هذا المنافق) قد ذكرنا أن المنافق الذي يظهر الايمان ويستر الكفر ، وفي اشتقاقه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه مشتق من النفق وهو اللبس من قوله تعالى ، فإن استطعت أن تبغض نفقا في الأرض ، فشبه بالذي يدخل النفق ويستر به (والثاني) أنه مشتق من نفاق اليربوع وهو جحره لأن له جحراً يسمى النفاق وأخر يقال له القاصعاء ، فإذا طلب من النفاقاء قصع

يخرج من القاصعاء ، وإن طلب من القاصعاء نفق فخرج من النافقاء ، وكذلك المنافق يدخل في الكفر ويخرج من الاسلام مراعاة للكفار ، ويخرج من الكفر ويدخل في الاسلام مراعاة للمسلمين (والثالث) أنه مشتق من النافقاء بمعنى آخر ، وذلك أنه يحفر في الأرض حتى إذا كاد أن يبلغ ظاهره - أرق للتراب ، فإذا خاف خرق الأرض وبقي في ظاهره تراب وظاهر جحره تراب وباطنه جحر ، والمنافق باطنه كفر وظاهره إيمان ، وليربوع أربعة أوجه الرافقاء والنافقاء والقاصعاء والدأماء .

قوله (هدى وعدوى) قال المروى للعداوة تباعد القلوب والنيات ، وقال ابن الأنباري لأنه يعدو بالمكروه والظلم ، ويقال عدا عليه عدواً إذا ظلمه ، قال الله تعالى : فبسطوا الله هدواً بغير علم ، أى ظملاً والعدو يقع على الواحد والاثنين والجمع والمذكر والمؤنث بلفظ واحد ، قال الله تعالى : فإنيهم عدو لي ، وقال : وهم لكم عدو ، وقال الشاعر :

إذا أنا لم أتفع خليلي بوده فإن عدوى لن يضرهم بغضى

وقد يجمع فيقال أعداء ، قال الله تعالى : فلا تشمت بي الأعداء ،

قال أبو يوسف في كتاب الخراج : وسألت يا أمير المؤمنين عن الجواسيس يوجدون وهم من أهل الذمة أو أهل الحرب أو من المسلمين ، فإن كانوا من أهل الحرب أو من أهل الذمة ممن يؤدي الجزية من اليهود والنصارى والمجوس فاضرب أعناقهم ، وإن كانوا من أهل الاسلام معروفين فأوجعهم عقوبة وأطل حبسهم حتى يحدثوا توبة . اهـ

قال النووي قتل الجاسوس الحربى الكافر هو بانفاق ، وأما المعاهد والذى فقال مالك والأوزاعى ينتقض عهده بذلك ، وعند الشافعية خلاف ، أما لو شرط عليه ذلك في عهده فينتقض اتفاقاً . قال الشوكاني : حديث فرات بن حيان أن النبي (ص) أمر بقتله وكان ذمياً وكان عينا لأبي سفيان وحليفاً لرجل من الانصار فمر بحلقة من الانصار فقال لى مسلم ، فقال رجل من الانصار يا رسول الله إنه يقول إنه مسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن منكم رجالاً فكلمهم إلى إيمانهم منهم فرات بن حيان ، أخرجه أحمد وأبو داود ، يدل على جواز قتل الجاسوس الذى ،

وذميت الهادوية الى قتل جاسوس الكفار والبيغاة، إذا كان قتل أو حصل القتل بسببه وكانت الحرب قائمة، وإذا اختل شيء من ذلك حبس فقط

قال الخطابي في المعالم في شرح حديث علي، فيه دليل على أن الجاسوس إذا كان مسلماً لم يقتل، واختلفوا فيما يفعل به من العقوبة، فقال أصحاب الرأي في المسلم إذا كتب الى العدو ودله على عورات المسلمين يوجع عقوبة ويبطال حبسه وقال الاوزاعي: إن كان مسلماً عاقبه الامام عقوبة منكرة، وغربه الى بعض الآفاق في وثاق، وإن كان ذمياً فقد نقض عهده، وقال مالك: لم أسمع فيه شيئاً وأرى فيه اجتهاد

وقال الشافعي: إذا كان هذا من الرجل ذي الهيئة بهالة كما كان من حاطب بهالة وكان غير متهم أحببت أن يتجاني عنه، وإن كان من غير ذي الهيئة كان للامام تعزيره، وفي الحديث من الفقه أيضاً جواز النظر الى ما ينكشف من النساء لإقامة حد أو إقامة شهادة في إثبات حق إلى ما أشبه ذلك من الأمور

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) إذا أخذ المشركون مال المسلمين بالقهر لم يملكوه، وإذا استرجع منهم وجب رده الى صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه،

وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه قال: أغار المشركون على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهبوا به وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة من المسلمين، فركبتها وجعلت لله عليها إن يجامها الله لتنجسها، فقدمت المدينة وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بئس ما جزيتها لا وقاء لنذر في معصية الله عز وجل ولا فيما لا يملكه ابن آدم، فإن لم يعلم به حتى قسم دفع الى من وقع في سهمه العوض من خمس الخمس ورد المال الى صاحبه لأنه يقع نقض القسمة.

(الشرح) حديث (لا يحل مال امرئ مسلم...) أخرجه أبو داود

عن خيفة الرقاشي

حديث عمران بن حصين ، قال أسرت امرأة من الأنصار وأصببت العضباء فكانت المرأة في الوثاق وكان القوم يريحون نعيمهم بين يدي بيوتهم فانفلتت ذات ليلة من الوثاق فأتت الأبل فجعلت إذا دنت من البعير رفا فتركه حتى تنتهي إلى العضباء فلم ترغ وهي ناقة منوقة (وفي رواية) مدربة فقعدت في عجزها ثم زجرتها فانطلقت ونذروا بها فأعجزتهم ، قال ونذرت لله إن نجاها الله عليه لتنحرنها ، فلما قدمت المدينة رآها الناس فقالوا العضباء ناقة رسول الله (ص) فقالت إنها نذرت لله إن نجاها الله عليها لتنحرنها ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك فقال سبحانه الله بئسما جزتها نذرت إن نجاها الله عليها لتنحرنها ، لا وفاء لنذر في معصية ولا فيما لا يملك العبد ، أخرجه مسلم

(قلت) ورويت أحاديث أخرى في الباب ، فعن ابن عمر أنه ذهب فرس له فأخذه العدو فظهر عليهم المسلمون فرد عليه في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبق عبد له فلحق بأرض الروم وظهر عليهم المسلمون فرده عليه خالد بن الوليد بعد النبي صلى الله عليه وسلم . أخرجه البخاري وأبو داود وابن ماجه . وفي رواية أن غلاما لابن عمر أبق إلى العدو ، فظهر عليه المسلمون ، فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ابن عمر ولم يقسم . أخرجه أبو داود ، كما أن البيهقي روى حديث عمران من طرق في بعضها زيادات تعقبها ابن الترمذاني فقال تحت باب ما أحرزه المشركون على المسلمين ذكر فيه خروج المرأة بتاقة النبي صلى الله عليه وسلم من وجهين ؛ ثم أخرجه من وجه ثالث فقال : ثنا أبو زكريا وأبو سعيد قالوا ثنا أبو العباس أنا الربيع ثنا سفيان وعبد الوهاب عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران (الحديث) وفي آخره قالوا معا أو أحدهما في الحديث ، وأخذ النبي صلى الله عليه وسلم ناقته ، قلت هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه من حصر جماعة عن أيوب . وليس في حديث أحد منهم هذه الزيادة ، وقد شك الشافعي هل قالها أو قالها أحدهما ، وأحدهما وهو عبد الوهاب ، وإن خرج له في الصحيح ففيه ضعف ، كذا قال ابن سعد ، واختلط أيضا ، وإذا دارت هذه الزيادة بينه وبين ابن عيينة ضعفت ، على أن النسائي والترمذي وابن ماجه أخرجوا الحديث من

طريق ابن عيينة بدون الزيادة ، وأخرجها الطحاوي في كتاب اختلاف العلماء من جهة عبد الوهاب ، فدل ذلك على أنه هو الذي قالها دون ابن عيينة ، مع أن عبد الوهاب اختلف عليه ، فرواه مسلم عن إسحاق بن إبراهيم عنه بدون الزيادة وليس الضمير في قوله قالاً أو أحدهما راجعاً إلى أبي زكريا وأبي سعيد شيخي البيهقي لأنه روى الحديث في كتاب المعرفة عن أبي عبد الله وأبي زكريا وأبي سعيد ، وفي آخره قالاً فتمين عود الضمير إلى سفيان وعبد الوهاب

وأخرج البيهقي في كتاب المعرفة الزيادة من وجه آخر ، وفيه يحيى بن أبي طالب عن علي بن عاصم ، وابن أبي طالب وثقه الدارقطني وغيره ، وقال موسى بن هارون أشهد أنه يكذب ولم يعن في الحديث ، فأنه أعلم

وقال أبو عبيد الأجرى خط أبو داود على حديثه ، فذكره صاحب الميزان وابن عاصم ، قال يزيد بن هارون : ما زلنا نعرفه بالكذب ، وكان أحمد سيء الرأي فيه ، وقال يحيى ليس بشيء ، وقال النسائي متروك ، وقال ابن عدى الضعيف على حديثه يمين .

اللغة : قوله (ذهبوا بالعضباء) العضب القطع في الأذن ، يقال بعبر أعضب وناقاة عضباء ، وهو هنا اسم علم لها لا لأجل أنها مقطوعة
قال الشوكاني في النيل وقد اختلف أهل العلم في ذلك فقال الشافعي وجماعة لا يملك أهل الحرب بالغبلة شيئاً من المسلمين ، ولصاحبه أخذه قبل القسمة وبعدهما ، وعن علي والزهرى وعمرو بن دينار والحسن لا يرد أصلاً ، ويختص به أهل المعانم .

وقال عمر وسلمان بن ربيعة وعطاء والليث ومالك وأحمد وآخرون ، وهي رواية عن الحسن أيضاً ، ونقلها ابن أبي الزناد عن أبيه عن الفقهاء السبعة إن وجده صاحبه قبل القسمة فهو أحق به ، وإن وجده بعد القسمة فلا يأخذه إلا بالقيمة ، واحتجوا بحديث عن ابن عباس مرفوعاً بهذا التفصيل ، أخرجه الدارقطني وإسناده ضعيف جداً ، وإلى هذا التفصيل ذهب الهادي ، وعن أبي حنيفة كقول مالك إلا في الأبق ، فقال هو والثوري صاحبه أحق به مطلقاً

قال أبو حفص عمر الغزنوي في الغرة المنيفة (مسألة) إذا استولى الكفار على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب ملكوها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند الشافعي رحمه الله لم يملكوها . حجة أبي حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم) أسماهم فقراء مع إضائة الأموال إليهم ، والفقير من لا مال له لا من بعدت يده عن المال ، ومن ضرورته ثبوت الملك لمن استولى على أموالهم من الكفار

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الفتح : يا رسول الله ألا نزل دارك ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من منزل ، وكان للنبي صلى الله عليه وسلم دار بمكة ورثها من خديجة رضي الله عنها فاستولى عليها عقيل - وكان مشركا - وروى ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا أصاب بعير آل في الغنيمة ، فأخبر به النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالثمن .

وروى نعيم عن طرفة أنه عليه الصلاة والسلام قال في بعير أخذه المشركون فاشتراه رجل من المسلمين ثم جاء المالك الأول الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : إن شئت أخذته بالثمن ، فلو بقى في ملك المالك القديم لكان له الأخذ بغير شيء ، حجة الشافعي رحمه الله قوله تعالى (وإن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ، فينبغي أن لا يصير مال المسلم للكافر بالغلبة والاستيلاء عليه .

الحجة الثانية أن المسلم خير من الكافر ، والمسلم إذا استولى على مال مسلم آخر لا يصير ملكا له فالكافر أولى

الجواب عنه أما الآية فمقتضاها نفي السبيل على نفس المسلم ، ونحن نقول بموجبه ، فإذا استولى على نفسه يملكه ونحن نملكهم ، ولكن الأصل في الأموال عدم العصمة ، وإنما صار معصوما بالإحراز بدار الاسلام ، فإذا أحرزوها بدار الحرب زالت العصمة بزوال سببها فبقيت أموالا مباحة فتملك بالاستيلاء . عليه وفيه وقع الفرق بين استيلاء المسلم والكافر وأن المسلم لم يحرزها الى دار الحرب والحربي أحرزها فاقترقا .

وقال ابن حزم في مراتب الاجماع ، واختلفوا فيما صار بأيدي المشركين من اموال المسلمين أيملكونه أم لا يملكونه أصلا .

ثم قال في كتاب المحلى : ولا يملك أهل الكفر الحرييون مال مسلم ولا مال ذمي أبداً إلا بالاتباع الصحيح أو بمرأث من ذمي كافر أو بمعاملة صحيحة في دين الاسلام ، فكل ما غنموه من مال ذمي أو مسلم أو آبق اليهم فهو باق على ملك صاحبه فمضى قدر عليه رد على صاحبه قبل القسمة وبعدها دخلوا به أرض الحرب أو لم يدخلوا ، ولا يكلف مالكة عوضاً ولا ثمناً لكن يعوض الأمير من كان صار في سهمه من كل مال لجماعة المسلمين ، ولا ينفذ فيه عتق من وقع في سهمه ولا صدقته ولا هبته ولا بيعه ولا تكون له الأمة أم ولد ، وحكمه حكم الشيء الذي يفصيه المسلم من المسلم ولا فرق

ثم دلل على صحة أقواله مدعماً بالأحاديث والآثار في ثمانى صفحات كان بودنا نقل ما أورد لولا ضيق المقام واستعجال الناشر لنا ، ورد أقوال أبى حنيفة والآثار التي ذكرها صاحب الفرة بما فيه الحق ، وكذا رد أقوال المالكيين وبين الصحيح فيها من الضعيف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن أسر الكفار مسلماً وأطلقوه من غير شرط فله أن يقتلهم في النفس والمال لأنهم كفار لا أمان لهم ، وإن أطلقوه على أنه في أمان ولم يسأمنوه ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا أمان لهم لأنهم لم يستأمنوه (والثاني) وهو ظاهر المذهب أنهم في أمانه ، لأنهم جعلوه في أمان فوجب أن يكونوا منه في أمان ، وإن كان محبوساً فأطلقوه واستحلقتوه أنه لا يرجع الى دار الاسلام لم يلزمه حكم اليقين ولا كفارة عليه إذا حلف لأن ظاهره الاكراه ، فإن ابتداء وحلف أنه إن أطلق لم يخرج الى دار الاسلام ففيه وجهان (أحدهما) أنها يمين إكراه ، فإن خرج لم تلزمه كفارة ، لأنه لم يقدر على

الخروج إلا باليمين فأشبهه إذا حلفوه على ذلك (والثاني) أنه يمين اختيار ، فإن خرج لزمته الكفارة لأنه بدأ بها من غير إكراه ، وإن أطلق ليخرج إلى دار الإسلام وشرط عليه أن يعود إليهم أو يحمل لهم مالا لم يلزمه العود لأن مقامه في دار الحرب لا يجوز ولا يلزمه بالشرط ما ضمن من المال ، لأنه ضمان من مال بغير حق ، والمستحب أن يحمل لهم ما ضمن ليكون ذلك طريقاً إلى إطلاق الأسرى .

(الشرح) قال ابن حزم في المحلى ، ومن كان أسيراً عند الكفار فعاهدوه على الفداء وأطلقوه فلا يحل له أن يرجع إليهم ولا أن يعطيهم شيئاً ، ولا يحل للإمام أن يجبره على أن يعطيهم شيئاً ، فإن لم يقدر على الانطلاق إلا بالفداء ففرض على المسلمين أن يفدوه إن لم يكن له مال يفي بفدائه ، قال الله عز وجل (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وأساير المسلم أبطل الباطل ولا العون عليه ، وتلك اليهود والأيان التي أعطاهم لا شيء عليه فيها ، لأنه مكره عليها ، إذ لا سبيل إلى الخلاص إلا بها ، ولا يحل له البقاء في أرض الكفر وهو قادر على الخروج ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، وهذا كل عهد أعطيناكم حتى تتمكن من استنقاذ المسلمين وأموالهم من أيديهم .

اللفظة . قوله (أن يقتلهم) غاله واختاله إذا أخذه من حيث لا لم يدرك ، وقال الأزهري الغيلة هو أن يخدع بالشيء حتى يسير إلى موضع كمن له فيه الرجال فيقتل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب الأنفال)

(الشرح) الأنفال جمع نفل بالتحريك وبسكونها الغنيمة . قال ليد

ان تقوى ربنا خير نفل

وأصله العطية بغير وجوب على المعطى ، ومنه قيل لصلاة التطوع نافلة ،

وقيل أصله الزيادة لأنها زائدة على الفرائض ، ولأن الغنيمة زادها الله هذه الأمة في الحلال ، ومنه قوله تعالى (ووهبنا له إسحاق ويعقوب) نافلة أى زيادة على إسحاق ، ويسمى ولد الولد نافلة ، لأنه زيادة على الولد ، وقوله تعالى (ويسألونك عن الإنفال) إنما كان سؤالهم عنها لأنها كانت حراما على من قبلهم ، كانت تنزل نار من السماء فتحرقها فأحلها الله لهم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

يجوز لأمر الجيش أن ينفل لمن فعل فعلا يفضى إلى الظفر بالعدو والتجسس والدلالة على طريق أو قلعة أو التقدم بالدخول إلى دار الحرب أو الرجوع إليها بعد خروج الجيش منها لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداية الربع وفي القفول الثلث ، وتقدير النفل إلى رأى أمير الجيش ، لأنه بذل لمصلحة الحرب فكان تقديره إلى رأى الأمير ، ويكون ذلك على قدر العمل لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في البداية الربع وفي القفول الثلث ، لأن القفول أعظم لأنه يدخل إلى دار الحرب والعدو منه على حذر وفي البداية يدخل والعدو منه على غير حذر ، ويجوز شرط النفل من بيت مال المسلمين ، ويجوز شرطه من المال الذى يؤخذ من المشركين ، فإن جعل في بيت مال المسلمين كان ذلك من خمس الخمس لما روى سعيد بن المسيب قال : كان للناس يعطون النفل من الخمس ، ولأنه مال يصرف في مصلحة فكان من خمس الخمس ولا يجوز أن يكون مجهولا لأنه عوض في عقد لا تدعو الحاجة فيه إلى الجهل به فلم يجز أن يكون مجهولا كالجهل في رد الآبق ، وإن كان النفل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في البداية الربع وفي القفول الثلث وذلك جزء من غنيمة مجهولة

(فصل) وإن قال الأمير من دلى على القلعة الفلانية فله منها جارية ، فله عليها رجل نظرت فإن لم تفتح القلعة لم يجب للإبل شيء ، ومن أصحابنا من قال يرضخ له لدلالته ، والمذهب الأول لأنه لما جعل له الجارية من القلعة صار تقديره من دلى على القلعة وفتحت كانت له منها جارية لأنه لا يقدر على تسليم

الجارية إلا بالفتح فلم يستحق من غير الفتح شيئاً ، وان فتحت عنوة ولم تكن فيها جارية لم يستحق شيئاً لأنه شرط معدوم ، وان كانت فيها جارية سلمت اليه ولا حق فيها للغانمين ولا لأهل الخنس لأنه استحقها بسبب سابق للفتح ، وان أسلمت الجارية قبل القدرة عليها لم يستحقها لأن إسلامها يمنع من استرقاقها ، ويجب له قيمتها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة على أن يرد إليهم من جاء من المسلمات فمنعه الله عز وجل من ردهن وأمره أن يرد مهورهن . وان أسلمت بعد القدرة عليها فإن كان الدليل مسلماً سلمت اليه ، وان كان كافراً فإن قلنا ان الكافر يملك العبد المسلم بالشراء استحقها ثم أجبر على ازالة الملك عنها ، وان قلنا انه لا يملك ، دفع اليه قيمتها ، وان أسلم الدليل بعد ذلك لم يستحقها ، لأنه أسلم بعدما اتقل حقه الى قيمتها ، وان فتحت والجارية قد ماتت ففيه قولان :

(أحدهما) أن له قيمتها لأنه تعذر تسليمها فوجب قيمتها كما لو أسلمت .
(والثاني) أنه لا يجب له قيمتها لأنه غير مقدور عليها فلم يجب قيمتها ، كما لو لم تكن فيها جارية ، وان فتحت صلحاً نظرت فإن لم تدخل الجارية في الصلح كان الحكم فيها كالحكم اذا فتحت عنوة ، فإن دخلت في الصلح ففيه وجهان
(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق ان الجارية للدليل وشرطها في الصلح لا يصح كالمزوجة امرأة من رجل ثم زوجت من آخر
(والثاني) أن شرطها في الصلح صحيح لأن الدليل لو عفا عنها أمضينا الصلح فيها ، ولو كان فاسداً لم يعض الا بعقد مجدد ، فعلى هذا ان رضى الدليل بغيرها من جوارى القلعة أو رضى بقيمتها أمضينا الصلح ، وان لم يرض ورضى أهل القلعة بتسليمها فكذلك .

وان امتنع أهل القلعة من دفع الجارية وامتنع الدليل من الاقبال الى البدل ردوا الى القلعة وقد زال الصلح لأنه اجتمع أمران متناقضان وتعذر الجمع بينهما وحق الدليل سابق ففسخ الصلح . ولصاحب القلعة أن يحصن القلعة كما كانت من غير زيادة ، وان فتحت بعد ذلك عنوة كانت الجارية للدليل وان لم تفتح لم يكن له شيء .

(فصل) إذا قال الأمير قبل الحرب من أخذ شيئاً فهو له فقد أوماً فيه إلى قولين (أحدهما) أن الشرط صحيح لأن للنبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر « من أخذ شيئاً فهو له »

(والثاني) وهو الصحيح أنه لا يصح الشرط لأنه جزء من الغنيمة شرطه لمن لا يستحقه من غير شرط فلا يستحقه بالشرط ، كما لو شرطه لغير الغانمين ، والخبر ورد في غنائم بدر وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بضعها حيث شاء

(الشرح) حديث عبادة بن الصامت أخرجه أحمد بلفظ « كان ينفل في البداية الربع وفي الرجعة الثلث » ورواه ابن ماجه والترمذى وصححه وابن حبان وعن حبيب بن سبلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم نفل الربع بعد الخمس في بدآته ونفل الثلث بعد الخمس في رجعته ، أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه وابن الجارود وابن حبان والحاكم

وأخرجه ابن أبي داود من طرق ثلاثة ، منها عن مكحول بن عبد الله الشامي قال : كنت عبداً بمصر لامرأة من بنى هذيل فأعتقتني فأخرجت من مصر وبها علم الإحوية عليه فيما أرى ، ثم أتيت الحجاز لما خرجت منها وبها علم الإحوية فيما أرى ، ثم أتيت العراق فما خرجت منها وبها علم الإحوية فيما أرى ، ثم أتيت الشام فغربلتها ، كل ذلك أسأل عن النفل فلم أجداً أحداً يخبرني فيه بشيء ، حتى لقيت شيخاً يقال له زياد بن جارية التيمي ، فقلت له هل سمعت في النفل شيئاً ؟ قال نعم ، سمعت حبيب بن مسleme الفهرى يقول : شهدت النبي (ص) نفل الربع في البداية والثلث في الرجعة ، قال المنذرى : وأنكر بعضهم أن يكون لحبيب هذا حجة وأثبتها له غير واحد

أثر سعيد بن المسيب أخرجه البيهقي وأبو عبيد في الاموال

حديث « صالح أهل مكة » عن مروان والمسور ، قال لما كاتب سهيل بن عمرو يومئذ كان فيما اشترط على النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يأتيك أحد منا وإن كان على دينك إلا رددته إلينا وخليت بيننا وبينه ، فكره المسلمون ذلك وامتنعوا منه وأبى سهيل إلا ذلك : فكاتب النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ، فرد يومئذ

أبا جندل إلى أبيه سهيل ولم يأت به أحد من الرجال إلا رده في تلك المدة ، وإن كان مسلماً وجاء المؤمنين مهاجرات وكأنت أم كلثوم بنت عقبة يسألون النبي (ص) أن يرجعها إليهم فلم يرجعها إليهم لما أنزل الله عز وجل فيهن ، إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ... ، رواه البخاري

وعن معن بن يزيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا نفل إلا بعد الخمس ، رواه أحمد وأبو داود وصححه الطحاوي

اللغة : قوله : يجوز لأمير الجيش ... ، قال الشوكاني في النهل : يجوز للامام أن ينفل بعض الجيش ببعض الغنيمة إذا كان له من العناية والمقاتلة ما لم يكن لغيره . وقال عمرو بن شعيب ذلك مختص بالنبي صلى الله عليه وسلم دون من بعده ، وكره مالك أن يكون بشرط من أمير الجيش ، كأن يحرض على القتال ويعد بأن ينفل الربع أو الثلث قبل القسمة أو نحو ذلك لأن القتال حينئذ يكون للدنيا فلا يجوز .

قال الحافظ في الفتح : وفي هذا رد على من حكى الإجماع على مشروعيته ، وقد اختلف العلماء هل هو من أصل الغنيمة أو من الخمس أو من خمس الخمس أو مما عدا الخمس على أقوال ، واختلفت الرواية عن الشافعي في ذلك ، فروى عنه أنه من أصل الغنيمة ، وروى عنه أنه من الخمس ، وروى عنه أنه من خمس الخمس والأصح عند الشافعية أنه من خمس الخمس ، ونقله منذر بن سعيد عن مالك وهو شاذ عندهم .

ثم قال الشوكاني بعد أن أورد حديث حبيب ومعن فيهما دليل على أنه يصح أن يكون النفل زيادة على مقدار الخمس ، ورد على من قال أنه لا يصح التنفيل إلا من الخمس أو خمس الخمس .

وقال الأوزاعي وأحمد وأبو ثور وغيرهم : النفل من أصل الغنيمة ، وإلى ذلك ذهب الهادوية ، وقال مالك وطائفة لا نفل إلا عن الخمس وقال الخطابي : أكثر ما روى من الأخبار يدل على أن النفل من أصل الغنيمة . قال ابن عبد البر : إن أراد الإمام تفضيل بعض الجيش لمعنى فيه فذلك من الخمس لا من رأس الغنيمة

وإن انفردت قطعة فأراد أن ينفلها عما فتمت دون سائر الجيش فذلك من غير الخمس بشرط أن لا يزيد على الثلث ، وقد وقع الخلاف بين الرواة في القسمة والتفصيل هل كانا جميعاً من أمير ذلك الجيش أو من النبي صلى الله عليه وسلم أو من أحدهما

وفي رواية ابن عمر المتفق عليها صريحة أن الذي نفلهم هو النبي صلى الله عليه وسلم ، وفي رواية أبي داود قال « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية قبل نجد فأصابنا فعما كثيراً فنفلنا أميرنا بعيراً بعيراً الكل ، ثم قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم بيننا غنيمتنا فأصاب كل رجل منائى عشر بعيراً بعد الخمس وما حاسبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذى أعطانا صاحبنا ولا عاب عليه ما صنع ، فكان لكل رجل منا ثلاثة عشر بعيراً بنفله ، مصرحة بأن الذى نفلهم هو الامير .

وكذلك ما رواه مسلم من طريق نافع أن ذلك صدر من أمير الجيش ، ويمكن الجمع بأن المراد بالرواية التى صرح فيها بأن المنفل هو النبي (ص) أنه وقع منه التقرير .

قال النووي « معناه أن أمير السرية نفلهم فأجازه للنبي صلى الله عليه وسلم لمجازت فسبته إلى كل منهما ،

وفي هذا التفصيل دليل على أنه يصح أن يكون التفصيل أكثر من خمس الخمس قال ابن بطال وهذا مردود لأنهم نفلوا نصف السدس وهو أكثر من خمس الخمس ، وقد زاده ابن المنير ايضاً فقال « لو فرضنا أنهم كانوا مائة لكان قد حصل لهم ألفـ ومائتا بعير ، ثم بين مقدار الخمس وخمسه وأنه لا يمكن أن يكون لكل انسان منه بعير .

قال ابن التين قد انفصل من قال من الشافعية بأن التفصيل من خمس الخمس بأوجه ، منها أن الغنيمة لم تكن كلها أبرة بل كان فيها أصناف آخر فيكون التفصيل وقع من بعض الأصناف دون بعض .

(ثانيها) أن يكون نفلهم من سهمه من هذه الفزاة وغيرها ، فضم هذا إلى هذا فلذلك زادت العدة

(ثالثها) أن يكون نفل بعض الجيش دون بعض ، قال و ظاهر السياق يرد هذه الاحتمالات ، قال وقد جاء أنهم كانوا عشرة وأنهم غنموا مائة وخمسين بعيراً فخرج منها الخمس وهو ثلاثون وقسم عليهم البقية لحصل لكل واحد اثنا عشر ثم نفلوا بعيراً بعيراً ، فعلى هذا يكون نفلوا ثلث الخمس ، وقد قال ابن عبد البر إن أراد الامام تفضيل بعض الجيش لمعنى فيه : فذلك من الخمس لا من رأس الغنيمة ، وإن انفردت قطعة فأراد أن ينفلها بما غنمت دون سائر الجيش فذلك من غير الخمس بشرط ألا يزيد عن الثلث . اهـ

قال الحافظ في الفتح : وهذا الفرط قال به الجمهور . وقال الشافعي لا يتحدد بل هو راجع إلى ما يراه الامام من المصلحة ، ويدل قوله تعالى دقل الانفال لله والرسول ، فقوض اليه أمرها (قلت) ولم يرد في الاحاديث الصحيحة ما يلزم بالانقصار على مقدار معلوم ، ولا على نوع معين ، والظاهر تفويض الامر إلى رأى الامام .

قال المصنف رحمه الله :

(باب قسم الغنيمة)

والغنيمة ما أخذ من الكفار بإيجاف الخيل والركاب ، فإن كان فيها سلب للقاتل أو مال لمسلم سلم اليه لأنه استحقه قبل الاغتنام ثم يدفع منها أجرة النقال والحافظ لأنه لمصلحة الغنيمة فقدم ، ثم يقسم الباقي على خمسة أخماس ، خمس لأهل الخمس ، ثم يقسم أربعة أخماسها بين الغانمين لقوله عز وجل (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فأضاف الغنيمة إلى الغانمين ثم جعل الخمس لأهل الخمس ، فدل على أن الباقي للغانمين ، والمستحب أن يقسم ذلك في دار الحرب ويكره تأخيرها إلى دار الاسلام من غير عذر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريب من بدر وقسم غنائم بني المصطلق على مياهمم وقسم غنائم نين بأوطاس ، وهو واد من أودية حنين ، فإن كان الجيش رجالة سوى بينهم ، وإن كانوا فرسانا سوى بينهم ، وإن كان بعضهم فرسانا وبعضهم

رجالته جعل للراجل سهماً وللفرس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم ، للرجل سهم وللفرس سهمان ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل لأن من لم يقاتل كالمقاتل في إرهاب العدو ، ولأنه أرصد نفسه للقتال ولا يسهم لمركوب غير الخيل لأنه لا يلحق بالخيل في التأثير في الحرب من الكر والفر فلم يلحق بها في السهم ، ويسهم للفرس العتيق ، وهو الذي أبواه عريبان وللهزدون وهو الذي أبواه عجميان ، وللقرظ وهو الذي أمه عربية وأبوه عجمي ، وللهجين وهو الذي أبوه عربي وأمّه عجمية ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة ، ولأنه حيوان يسهم له فلم يختلف سهمه باختلاف أبويه كالرجل ، وإن حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجم فقد قال في الام ، قيل لا يسهم له وقيل يسهم له ، فمن أحسبنا من قال فيه قولان (أحدهما) أنه لا يسهم له لأنه لا يغني غناء الخيل فلم يسهم له كالبعغل (والثاني) يسهم له لأن ضعفه لا يسقط سهمه كضعف للرجل .

وقال أبو اسحاق ان أمكن القتال عليه أسهم له ، وإن لم يمكن القتال عليه لم يسهم له ، لأن الفرس يراد للقتال عليه وهذا أقيس ، والاول أشبه بالنص ولا يسهم للرجل لا أكثر من فرس لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن الزبير حضر يوم حنين بأفراس فلم يسهم له النبي صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد ، ولأنه لا يقاتل إلا على فرس واحد فلا يسهم لا أكثر منه ؛ وإن حضر بفرس والقتال في الماء أو على حصن استحق سهمه لأنه أربب بفرسه فاستحق سهمه ، كما لو حضر به القتال ولم يقاتل ، ولأنه قد يحتاج إليه إذا خرجوا من الماء والحصن

(فصل) فإن غصب فرسا وحضر به الحرب استحق للفرس سهمين لأنه حصل به الإرهاب ، وفي مستحقه وجهان (أحدهما) أنه له (والثاني) أنه لصاحب الفرس بناء على القولين في ربح الدراهم المفصولة ، أحدهما أنه للغاصب ، والثاني أنه للمغصوب منه ، وإن استعار فرسا أو استأجره للقتال فحضر به الحرب استحق به السهم لأنه ملك القتال عليه ، وإن حضر دار الحرب بفرس وانقضت الحرب ولا فرس معه بأن نفق أو باعه أو أجره أو أعاره أو غصب منه لم يسهم له

وإن دخل دار الحرب راجلاً ثم ملك فرساً أو استعاره وحضر به الحرب استحق السهم ، لأن استحقاق المقاتل بالحضور فكذلك الاستحقاق بالفرس ، وإن حضر بفرس وعار الفرس إلى أن انقضت الحرب لم يسهم له ، ومن أصحابنا من قال يسهم له لأنه خرج من يده بغير اختياره ، والمذهب الأول لأن خروجه من يده يسقط السهم ، وإن كان بغير اختياره كما يسقط سهم الراجل إذا ضل عن الوقعة وإن كان بغير اختياره .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه أحمد وأبو داود ، وبلفظ آخره للفرس سهمين وللرجل سهم ، متفق عليه ، وفي لفظ آخره أسهم يوم حنين للفرس ثلاثة أسهم ، للفرس سهمان وللرجل سهم ، أخرجه ابن ماجه وأخرج أحمد بلفظ عن المنذر بن الزبير عن أبيه عن النبي (ص) أعطى الزبير سهماً وأمه سهماً وفرسه سهمين ، وفي لفظ آخره قال ضرب رسول الله (ص) يوم خيبر للزبير أربعة أسهم ، سهماً للزبير و سهماً لذى القربي لصفية أم الزبير وسهمين للفرس ، النفسائي . وعن أبي هريرة عن أبيه قال : أتينا رسول الله (ص) أربعة نفر ومعنا فرس فأعطى كل إفسان مناهما وأعطى للفرس سهمين ، أحمد وأبو داود وعن أبي هريرة قال : غزونا مع رسول الله (ص) أنا وأخي ومعنا فرسان ، أعطانا ستة أسهم ، أربعة أسهم لفرسينا وسهمين لنا ، وفي إسناده عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وفيه مقال ، وقد استشهد به البخاري . وعن أبي كبشة الأنماري قال : لما فتح رسول الله (ص) مكة كان الزبير على المجنبة للبسرى وكان المقداد على المجنبة اليمنى ، فلما قدم رسول الله مكة وهدأ الناس جاءا بفرسيهما ، فقام رسول الله (ص) يمسح الغبار عنهما وقال اني جعلت للفرس سهمين وللفرس سهماً فن نقصهما نقصه الله ، الدارقطني ، وفي إسناده عبد الله بن بشر الجداني ، ووقعه ابن حبان وضمفه الجمهور .

وعن ابن عباس أن رسول الله (ص) قسم لماثي فرس بخيبر سهمين سهمين ، وعن خالد الحذاء قال لا يختلف فيه عن النبي (ص) للفرس ثلاثة أسهم وللرجل سهم ، الدارقطني . وعن مجمع بن جارية الأنصاري قال : قسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله (ص) على ثمانية عشر سهماً وكان الجيش ألف وخمسمائة

فهوم ثلاثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً، أحمدو أبو داود وذكر أن حديث ابن عمر أصح ، قال وأن الروم في حديث مجمع أنه قال ثلاثمائة فارس ، وإنما كانوا مائتي فارس ، وقال الحافظ في إسناده ضعفاً
حديث ابن عمر ، الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة ، أخرجه البخاري ومسلم عن عروة بن الجعد البارق عن النبي (ص) قال : الخيل معقود في نواصيها الخير الأجر والمعتم إلى يوم القيامة ، وأخرج أحمد ومسلم والنسائي من حديث جرير البجلي نحوه ، وأخرج أحمد من طريق آخر عن أسماء بنت يزيد الخيل في نواصيها الخير أبدأ إلى يوم القيامة ، فمن ربطها عدة في سبيل الله وأنفق عليها احتساباً كان شعبها وجوعها وربها وظمؤها وأروائها وأبوالها فلاحاً في موازينه يوم القيامة ،
حديث أن الزبير حضر بأفراس فلم يسهم له النبي (ص) إلا لفرس واحد ، رواه الشافعي ، وروى الرازي وكان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي (ص) خمسة أسهم ، وهو مرسل ، ويوافق مرسل مكحول ، لكن الشافعي كان يكذب الواقدي .

اللغة : -

قوله (يانحاف الخيل والركاب) قيل وجيفها سرعتها في سيرها وقد أوجفها ركبها ، وقوله تعالى (قلوب يومئذ واجفة) أي شديده الاضطراب ، وإنما سمي الوجيف في السير لشدة هزه واضطرابه . ذكره العزيمي . وقال الجوهري هو ضرب من سير الابل والخيل ، يقال وجف البعير يحفف وجفاً ووجيفاً ، وأوجفته أنا ، ويقال أوجف فأنحف ،

قوله (فإن حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف) الحطم المنكسر في نفسه يقال للفرس إذا انهدم أطول عمره حطم ، ويقال حطمت الدابة أي أسنت ، والصرع بالتحريك الضعيف ، والأعجف المهرول . قوله (لا ينفق غناء الخيل) أي لا يكفي كفايتها والغناء بالفتح والمد الكفاية . قوله (فإن نفق أو باعته) نفقت الدابة تنفق نفوقاً أي ماتت . قوله (فإن عار فرسه) أي ذهب على وجهه وأفلت من يده ، ويقال سمي البير عهراً لتفلقته ، ومنه قيل للغلام الذي خلع عذاره وذهب حيث شاء عيار وفرس عيار ومعيار إذا كان مضمراً ، ونفور الطحال هو ورمه

قال أبو عبيد: إنما هو من نفور الشيء من الشيء وهو تجافيه عنه وتباعده .
وقوله المخذل قد ذكر .

تمسك أبو حنيفة والعترة بحديث مجمع المذكور فجعلوا للفارس وفرسه سهمين
وقد حكى ذلك عن علي وعمر وأبي موسى ، قال أبو يوسف - في الخراج كان الفقيه
المقدم أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول للرجل سهم وللفرس سهم وقال لا أفضل
بهيمة على رجل مسلم ، ويحتج بما حدثناه عن زكريا بن الحارث عن المنذر بن
أبي خميسة الهمداني أن عاملاً لعمر بن الخطاب (رض) قسم في بعض الشام
للفرس سهم وللرجل سهم ، فرفع ذلك إلى عمر فسلبه وأجازه ، فكان أبو حنيفة
ياخذ بهذا الحديث ويجعل للفارس سهماً وللرجل سهماً ، وما جاء من الأحاديث
والآثار أن للفرس سهمين وللرجل سهماً أكثر من ذلك وأوثق - وللعمامة عليه -
ليس هذا على وجه التفضيل ، ولو كان على وجه التفضيل ما كان ينبغي أن يكون
للفرس سهم وللرجل سهم ، لأنه قد سوى بهيمة برجل مسلم ، إنما هذا على أن
يكون عدة الرجل أكثر من عدة الآخر وليرغب الناس في ارتباط الخيل في
سبيل الله ألا ترى أن سهم للفارس إنما يرد على صاحب الفرس ، فلا يكون
للفرس دونه ، والمتطوع وصاحب الديوان في القسمة سواء

(قلت) وأزف هذا للمتعصبين تعصباً بغيضاً لمذاهبهم ، فلا يرض الله فوك
يا ابن يوسف ، فرغم تليذتك للإمام أبي حنيفة أن تناقش قوله وترده ، حتى
قيل أنه خالفه في مسائل هامة . قال الشوكاني وذهب الجمهور إلى أن يعطى الفرس
سهمين وللفارس سهماً والرجل سهماً

وقال الحافظ في الفتح والثابت عن عمر وعلي كالجهور ، وحكى في البحر عن
علي وعمر والحسن البصري وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وزيد بن علي والباقر
والناصر والإمام يحيى ومالك والشافعي والأوزاعي وأبي يوسف ومحمد وأهل
المدينة وأهل الشام أنه يعطى الفارس وفرسه ثلاثة سهام ، واحتج لهم ببعض
أحاديث ، ثم أجاب عن ذلك فقال قلت يحتمل أن الثالث في بعض الحالات
تنفل جمعاً بين الأخبار . اهـ

قال الشوكاني : والأدلة القاضية بأن للفارس وفرسه سهمين مرجوحة لا يشك في ذلك من له أدنى المسام بعلم السنه ، ثم نقل دليل أبي حنيفة السابق الإشارة إليه من تفضيل البهيمه وقال : وهذه حجة ضعيفة وشبهة ساقطة ونصبها في مقابلة السنة الصحيحة المشهورة مما لا يليق بعالم ، وأيضاً السهام في الحقيقة كلها للرجل لا للبهيمه ، وأيضاً قد فعلت الخنزية الدابة على الافسان في بعض الأحكام فقالوا : لو قتل كلب صيد قيمته أكثر من عشرة آلاف أداها ، فان قتل عبداً مسلماً لم يؤد فيه إلا دون عشرة آلاف درهم .

وقد استدل الجمهور في مقابلة الشبهة بأن الفرس تحتاج إلى مائة لخدمتها وعلفها وبأنه يحصل بها من الغناء في الحرب ما لا يخفى ، وقد اختلف فيمن حضر الوقعة بفرسين فصاعداً ، هل يسهم لكل فرس أم لفرس واحدة فروى عن سليمان بن موسى أنه يسهم لكل فرس سهمان بالغنا ما بلغت .

قال المقرئ في المفهم : ولم يقل أحد أنه يسهم لأكثر من فرسين إلا ما روى عن سليمان بن موسى ، وحكى في البحر عن الشافعية والحنفية والهاوية أن من حضر بفرسين أو أكثر أسهم واحد فقط ، وعن زيد بن علي والصادق والناضر والأوزاعي وأحمد بن حنبل ، وحكاه في الفتح عن الليث وأبي يوسف — وأحمد وإسحاق أنه يسهم لفرسين لا أكثر .

قال الحافظ في التلخيص فيه أحاديث منقطعة (أحدها) عن الأوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للرجل فوق فرسين ، وإن كان معه عشرة فراس رواه سعيد بن منصور عن إسماعيل بن عياش عنه وهو معضل ، ورواه سعيد بن طريق الزهري أن عمر كتب إلى عبيدة أنه يسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبه سهماً فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب .

وروى الحسن بن علي عن بعض الصحابة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقسم إلا لفرسين ، وأخرج الدارقطني بإسناد ضعيف — عن أبي هريرة قال : أسهم لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي أربعة ولى سهماً فأخذت خمسا .

وقد اختلف في الرواية في حضور الزبير بفرسين هل أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سهم فرس واحدة أو سهم فرسين ، والأسهام للدواب خاص بالافراس دون غيرها من الحيوانات قال في البحر (مسألة) ولا يسهم لغير الخيل من البهائم إجماعا إذ لا إرهاب في غيرها ويسهم للهرذون والمقرف والهجين عند الأكثر ، وقال الاوزاعي لا يسهم للهرذون .

قال ابن حزم في المحلى : ومن حضر بخيل لم يسهم له إلا ثلاثة أسهم فقط ، وقد قال قوم يسهم لفرسين فقط ، وقال آخرون يسهم لكل فرس منها ، وهذا لا يقوم به برهان .

فان قيل قد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للزبير لفرسين ، قلنا هذا مرسل لا يصح ، وأصح حديث فيه الذي روينا من طريق ابن زهب عن سعيد ابن عبد الرحمن عن هشام عن عروة عن يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده قال : ضرب رسول الله (ص) عام خيبر للزبير بأربعة أسهم ، سهم للزبير وسهم للقري لصفية بنت عبد المطلب وسهمين للفرس (قلت) وما روى في الأحاديث الصحيحة المتفق عليها أن للفرس سهمين هو ما ندين الله عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن حضر الحرب ومرض فإن كان مرضا يقدر معه على القتال كالسعال ونفور الطحال والحمى الخفيفة أسهم له ، لأنه من أهل القتال ، ولأن الانسان لا يخلو من مثله فلا يسقط سهمه لاجله ، وإن كان لا يقدر على القتال لم يسهم له ، لأنه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالمجنون والطفل .

(فصل) ولا حق في الغنيمة لمخذل ولا لمن يرجف بالمسلمين ولا لكافر حضر بغير إذن ، لأنه لا مصلحة للمسلمين في حضورهم ويرضخ للصبي والمرأة والعبد والمشرک إذا حضر بالإذن ولم يسهم لهم : لما روى عمير قال غزوت مع النبي (ص) وأنا عبد مملوك ، فلما فتح الله على نبيه خيبر (قلت) يا رسول الله سهمي فلم يضرب لي بسهم وأعطاني سيفاً فتقلده وكنت أخط بعمله في الارض

وأمر لي من خرفي المناع ، وروى يزيد بن هرمز أن فجة كتب الى ابن عباس يسأله هل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء وهل كان يضرب لمن سبهم فكتب اليه ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء فداوين الجرحى ويحذون من الغنيمة ، وأما سبهم فلم يضرب لمن سبهم .

(الشرح) عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فداوين الجرحى ويحذون من الغنيمة وأما سبهم فلم يضرب لمن ، وعنه أيضاً أنه كتب إلى فجة الحروري : سألت عن المرأة والعبد هل كان لهما سبهم معلوم إذا حضر الناس وأنه لم يكن لهما سبهم معلوم إلا أن يحذيا من غنائم القوم ، أحمد ومسلم والترمذي وأبو داود ، وعنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطى المرأة والمملوك من الغنائم دون ما يصيب الجيش

وعن عمير مولى أبي اللحم قال : شهدت خبير مع ساذن فكلوا في رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني فقلدت سيفاً فاذا أنا أجره فأخبر بأني مملوك فأمرني بشيء من خرفي المناع ، أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وابن ماجه والحاكم وصححه ، وعن حشر بن زياد عن جدته أم أبيه أنها خرجت مع النبي (ص) غزوة سادس سنة فبلغ رسول الله (ص) فبعث اليها فحسنا فرأينا فيه الغضب فقال مع من خرجتن ويأذن من خرجتن ، فقلت : يا رسول الله خرجنا لفزول الشعر وفعين في سبيل الله ، ومعنا دواء للجرحى وتناول السهام ونسقى السويق قال فحسن : قال فانصرفن حتى إذا فتح الله عليه خبير أسبهم لنا كما أسبهم للرجال ، قال : فقلت لها يا جدة وما كان ذلك ، فقالت تماً ، أحمد وأبو داود والنسائي ، وسكت عنه أبو داود وفي إسناده رجل مجهول وهو حشر قاله في التلخيص ، وقال الخطابي إسناده ضعيف لا تقوم به حجة .

وعن الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم أسبهم لقوم من اليهود قاتلوا معه ، رواه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن غريب وأبو داود في مراسيله ، وقال الشوكاني هذا مرسل .

وعن الأوزاعي قال أسبهم النبي صلى الله عليه وسلم للصبان بخير وأسبهم

أئمة الاسلام لكل مولود ولد في أرض الحرب وأسهم النبي (ص) للنساء والصبيان
بمجهور وأخذ بذلك المسلمون بعده ، الترمذى ، وقال الشوكاني مرسل .

اللفظة : قوله لمن رجف بالمسلمين ، أى يخوفهم ويفزعهم من قوله تعالى يوم
ترجف الراجفة ، يعنى يوم الفزع والخوف وأصله حركة الأرض واضطرابها ،
وأما الارجاف فهو واحد أراجيب الأخبار ، ومعناه التخريف والرعب ، وقد
فكر . إوارجفوا فى الشيء إذا خاضوا فيه

قوله ، ويرضخ للصبي ، قد ذكرنا أنه العطاء ليس بالكثير دون سهام المقانطين
وأصله مأخوذة من الشيء المرضوخ وهو المرضوض المشدوخ .

قوله ، من خرثى المتاع ، الخرثى متاع البيت وأسقاطه ، ونعل السيف يكون
فى أسفله من حديد أو غيره .

قوله ، يحذين من الغنيمة ، قال الجوهري حذيته من الغنيمة إذا أعطيتها منها
والاسم الحذيا على وزن فعل بالضم وهى القسمة من الغنيمة وكذلك الحذيا والحذية
والحذوة كاه العطية .

اختلف أهل العلم هل يسهم للنساء إذا حضرن ، فقال الترمذى انه لا يسهم
لهن عند أكثر أهل العلم قال : وهو قول سفيان الثوري والشافعى ، وقال
بعضهم يسهم للمرأة والصبي وهو قول الأوزاعى ، وقال الخطائى أن الأوزاعى
قال يسهم لمن قال وأحسبه ذهب إلى حديث حفرج بن زياد وإسناده ضعيف
لا تقوم به حجة .

وقد حكى فى البحر عن العترة والشافعية والحنفية أنه لا يسهم للنساء والصبيان
والذميين ، وعن مالك أنه قال لا أعلم العبد يعطى شيئاً ، وعن الحسن بن صالح
أنه يسهم للعبد كالححر .

وعن الزهري أنه يسهم للذمى لا للعبد والنساء والصبيان فيرضخ لهم ، وقال
للترمذى بعد أن أخرج حديث عمير مولى أبي اللحم ، والعمل على هذا عند
بعض أهل العلم أنه لا يسهم للمملوك ولكن يرضخ له بشيء وهو قول الشافعى
وأحمد وإسحاق .

قال الشوكاني والظاهر أنه لا يسهم للنساء والصبيان والعبد والذميين وماورد

من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لأحد من هؤلاء
فينبغي حمله على الرضخ ، وهو العطية القليلة جمعاً بين الأحاديث

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتقدير الرضخ إلى اجتهاد أمير الجيش ولا يبلغ به سهم راجل
لأنه تابع لمن له سهم فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ بها أرش العضو ، ومن أين
يرضخ لهم ، فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه يرضخ لهم من أصل الغنيمة ، لأنهم أعوان المجاهدين لمعمل
حقهم من أصل الغنيمة كالنقال والحافظ

(والثاني) أنه من أربعة أخماس الغنيمة ، لأنهم من المجاهدين فكان حقهم
من أربعة أخماس الغنيمة .

(والثالث) أنه من خمس الخمس ، لأنهم من أهل المصالح ، فكان حقهم
من سهم المصالح .

(فصل) وإن حضر أجير في إجارة مقدرة بالزمان ففيه ثلاثة أقوال
(أحدها) أنه يرضخ له مع الأجرة لأن منفعته مستحقة لغيره فرضخ له كالبد
(والثاني) أنه يسهم له مع الأجرة لأن الأجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور
وقد وجد الجميع (والثالث) أنه يخيّر بين السهم والأجرة ، فإن اختار الأجرة
رضخ له مع الأجرة ، وإن اختار السهم أسهم له وسقطت الأجرة ، لأن المنفعة
الواحدة لا يستحق بها حقان ، واختلف قوله في تجار الجيش ، فقال في أحد
القولين يسهم لهم لأنهم شهدوا الواقعة ، ولثاني أنه لا يسهم لهم لأنهم لم يحضروا
للقتال ، واختلف أصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال القولان إذا حضروا
ولم يقاتلوا ؛ وأما إذا حضروا فقاتلوا فإنه يسهم لهم قولاً واحداً ، ومنهم من
قال القولان إذا قاتلوا ، فأما إذا لم يقاتلوا فإنه لا يسهم لهم قولاً واحداً

(فصل) وإذا لحق بالجيش مدد أو أفلت أسير ولحق بهم فظرت فإن كان
قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة أسهم لهم لقول عمر رضي الله عنه للغنيمة لمن

شهد الواقعة ، وإن كان بعد انقضاء الحرب وحياسة الغنيمة لم يسهم لهم لأنهم حضروا بعدما صارت الغنيمة للغنائم ، وإن كان بعد انقضاء الحرب وقبل حياسة الغنيمة ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يسهم لهم لأنهم لم يقدموا الواقعة (والثاني) أنه يسهم لهم لأنهم حضروا قبل أن تلك الغنائم

(فصل) وإن خرج أمير في جيش وأنفذ سرية من الجيش الى الجهة التي يقصدها أو الى غير هافنمت السرية شاركم للجيش ، وإن غنم الجيش شاركنهم السرية ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حين هزم هوازن بمنين أسرى قبل أو طاس سرية و غنمت فقسم غنائمهم بين الجميع . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المسلمون يد على من سواهم يسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصامهم وترد سراياهم على قاعدتهم ، ولأن الجميع جيش واحد فلم يخص بعضهم بالغنيمة . وإن أنفذ سريتين الى جهة واحدة من طريق أو طريقين اشترك الجيش والسريتان فيما يغنم كل واحد منهما لأن الجميع جيش واحد ، وإن أنفذ سريتين الى جهتين شارك السريتان الجيش فيما يغنمه ، وشارك الجيش السريتين فيما يغنمان ، وهل تشارك كل واحدة من السريتين الاخرى فيما تغنمه ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنها لا تشارك لأن الجيش أصل السريتين ، وليست إحدى السريتين أصلا للأخرى (والثاني) وهو الصحيح أنها تشارك لانهما من جيش واحد ، وإن أنفذ الامير سرية من الجيش وأقام هو مع الجيش فغنمت السرية لم يشاركها الجيش المقيم مع الامير ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث سرايا من المدينة فلم يشاركهم أهل المدينة فيما غنموا ، ولأن الغنيمة للمجاهدين والجيش مقيم مع الامير ما جاهدوا فلم يشارك السرية فيما غنمت والله أعلم .

(الشرح) قول عمر : الغنيمة لمن شهد الواقعة ، أخرجه عبد الرزاق بإسناد صحيح وابن أبي شيبة والطبراني والبيهقي مرفوعا وموقوفًا ، وقال الصحيح وقفه وابن عدى عن علي موقوفًا والشافعي وفيه انقطاعا .

حديث عمرو بن شعيب عن جده ، أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه . المسلمون يد على من سواهم تنكافأ دماؤهم ويحير عليهم أدناهم ويرد عليهم أقصامهم

وهم يد علي من سواهم ، وابن ماجه عن معقل بن يسار ، المسلمون يد علي من سواهم تنكافأ دماؤهم ، والحاكم عن أبي هريرة

اللغة . قوله (وتقدر الرضخ الى اجتهاد أمير الجيش) وقد ذهب الحنابلة الى مثل ما قال المصنف فقال ابن مفلح في الفروع ويرضخ من أربعة الاخماس وقيل من أصل الغنيمة وقيل من سهم للمصالح لامرأة وعبد ميم وقيل مراهق وله التفضيل ولا يبلغ بالرضخ القسمة .

قوله (وان حضر أجير . . .) قال ابن حزم فإن ذكروا في الأجر خبرين فيهما أن أجيراً استوجر في زمان النبي (ص) في غزوة بثلاثة دنانير فلم يجعل له عليه السلام سهماً غيرها ، فلا يصحان لأن أحدهما من طريق عبد العزيز بن أبي رواد وعن أبي سلمة الحمصي ، وأبو سلمة مجهول وهو منقطع أيضاً ، والثاني من طريق ابن وهب عن عاصم بن حكيم عن يحيى بن أبي عمرو الشيباني عن عبد الله بن الديلمي أن يملئ من منية - وعاصم بن حكيم وعبد الله بن الديلمي مجهولان . وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي والليث لا يسهم للأجير ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يسهم لهما إلا أن يقانلا

قوله (وان لحق بالجيش مدد) للدد الزيادة المتصلة ، وأمددنا القوم ، أى صرنا مدداً لهم ، وقد ذكرنا السرية أنها قطعة من الجيش ، قال القتيبي أصلها من السرى وهو سير الليل وكانت تخفى خروجها لئلا يتفكر الخبر فيكذب به العيون فيقال سرت سرية أى سارت ليلاً .

وقال في البيان بل يختارهم الامير من السرى وهو الجودة ، كأنه يختار خيار الخيل وأبطال الرجال .

قوله (والمسلمون يد علي من سواهم) قال الهروي يقال للقوم هم يد علي الآخرين ، أى هم قادرون عليهم ، ويحتمل أن يكون من اليد التي هي الجماعة ، يقال هم عليه يد أى يجتمعون لا يسعهم التخاذل بل يعاون بعضهم بعضاً على جميع أهل الأديان والملل .

قوله (يسمى بذمتهم أديانهم) الذمة ههنا الامان ، ويسمى المعاهد ذمياً لأنه

أعطى الامان على ذمة . وقال في الخائف أدناهم العبد من الدناة وهي الحماسة ،
وأقسام ، أبعدهم من القصاص ، وهو للبعد ، وهذا يدل على أن أدناهم أقربهم
بلداً من العدو .

وأخرج أبو داود وسكت عنه المنذرى عن عبيد الله بن سليمان أن رجلا من
أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم حدثه قال : لما فتحنا خيبر أخرجوا غنائمهم من
المتاع والسبي ، فجعل الناس يتبايعون غنائمهم ، فجاء رجل فقال يا رسول الله لقد
ربحت ربحا ماربح اليوم مثله أحد من أهل هذا الوادي ، فقال وبمحك وما ربحت
قال ما زلت أبيع وأبتاع حتى ربحت ثلثمائة أوقية ، فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم : أنا أفتك بخير رجل ربح ؟ قال وما هو يا رسول الله ؟ قال ركعتين
بعد الصلاة .

وقال للشوكاني فيه دليل على جواز التجارة في الغزو ، وعلى أن الغازي مع
ذلك يستحق نصيبه من المغنم وله الثواب الكامل بلا نقص ، ولو كانت التجارة
في الغزو موجبة لنقصان أجر الغازي لبيته صلى الله عليه وسلم ، فلما لم يبين ذلك
بل قرره دل على عدم النقصان ، وبؤيد ذلك جواز الاتجار في سفر الحج
وأخرج أبو داود عن يعلى بن منية قال : أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لي خادم ، فالتفت أجيرا يكفيني وأجرى له سهمه
فوجدت رجلا ، فلما دنا الرجل أتاني فقال ما أدري ما السهمان وما يبلغ سهمي
قسم لي شيئا كان السهم أو لم يكن ، فسميت له ثلاثة دنانير ، فلما حضرته غنيمة
أردت أن أجرى له سهمه فذكرت الدنانير ، فحنت النبي صلى الله عليه وسلم
فذكرت أمره فقال ما أحد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة إلا دنانيره التي
سمى ، وسكت عنه المنذرى وأخرجه الحاكم وصححه ، وأخرجه البخاري بنحوه
وبوب عليه باب الأجير .

قال الشوكاني : وقد اختلف العلماء في الاسهام للأجير إذا استؤجر للخدمة
فقال الاوزاعي وأحمد وإسحاق لا يسهم له ، وقال الأكثر يسهم له ، ثم قال وأما
إذا استؤجر الأجير ليقاتل ، فقال الحنفية والمالكية لا يسهم له ، وقال
الأكثر له سهمه .

وقال أحمد لو استأجر الامام قوماً على الغزو لم يسهم لهم سوى الأجرة .
وقال الشافعي هذا فيمن لم يجب عليه الجهاد ، وأما الحر البالغ المسلم إذا حضر الصف فإنه يتعين عليه الجهاد فيسهم له ولا يستحق أجره .

وقال الثوري لا يسهم للأجير إلا إن قاتل ، وقال الحسن وابن سيرين يقسم للأجير من المغنم ، هكذا رواه البخاري عنهما تعليقاً ووصله عبد الرزاق عنهما بلفظ . يسهم للأجير ، ووصله ابن أبي شيبة عنهما بلفظ العبد والأجير إذا شهد القتال أعطوا من الغنيمة والأولى المصير الى الجمع الذي ذكره المصنف رحمه الله فمن كان من الأجراء قاصداً للقتال استحق الاسهام من الغنيمة ومن لم يقصد فلا يسحق إلا الأجرة المسماة .

قوله (إذا لحق بالجيش مدد . . .) قال ابن حزم وتقسم الأربعة الأبخاس الباقية على من حضر الوقعة أو الغنيمة .

وروى الترمذي عن أبي موسى قال : قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفر من الأشعرين خيبر فأسهم لنا مع الذين افتتحوها ، ثم قال والعمل على هذا عند بعض أهل العلم .

قال الأوزاعي : من لحق بالمسلمين قبل أن يسهم للخيل أسهم له ، قال المباركفوري : استدل بهذا الحديث من قال انه يسهم لمن حضر بعد الفتح قبل قسمة الغنيمة ،

قال ابن التين : يحتمل أن يكون إنما أعطاهم من جميع الغنيمة لكونهم وصلوا قبل القسمة وبعد حوزها ، وهو أحد الأقوال للشافعي

قال ابن بطال : لم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم في غير من شهد الوقعة إلا في خيبر فهي مستثناة من ذلك فلا تجعل أصلاً يقاس عليه فإنه قسم لأصحاب السفينة لشدة حاجتهم ، وكذلك أعطى الأنصار عوطن ما كانوا أعطوا المهاجرين عند قدومهم عليهم ، ويحتمل أن يكون استطاب أنفس أهل الغنيمة بما أعطى الأشعرين وغيرهم وما يؤيد أنه لا نصيب لمن جاء بعد الفراغ من القتال ما رواه عبد الرزاق بإسناد صحيح ، وذكر قول ابن عمر ورواه الشافعي من قول أبي بكر

وفيه انقطاع . وروى أبو داود عن أبي هريرة أن رسول الله (ص) بعث أبان ابن سعيد بن العاص على سرية من المدينة قبل نجد فقدم أبان بن سعيد وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد فتحها وإن حزم خيلهم ليف فقال أبان أقسم لنا يا رسول الله ، قال أبو هريرة : فقلت لا تقسم لهم يا رسول الله ، فقال أبان أنت بها يا وبر تحدر علينا من رأس ضال ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجلس يا أبان ولم يقسم لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال المنذرى : أخرجه البخارى تعليقا .

وقال الخطابي وفيه من الفقه أن الغنيمة لمن شوه الوقعة دون من لحقهم بعد إحرازها ، وقال أبو حنيفة من لحق الجيش بعد أخذ الغنيمة قبل قسمها في دار الحرب فهو شريك الثمانين .

وقال الشافعي الغنيمة لمن حضر الوقعة أو كان ردها لهم ، فاما من لم يحضرها فلا شيء له منها ، وهو قول مالك وأحمد ، وكان الأوزاعي يقول إذا أدرب قاصداً في سبيل الله أسهم له شهد القتال أو لم يشهد .

وجزم موسى بن عقبة بأنه أعطى أبان ومن معه برضا بقية الجيش ، وجزم أبو عبيد في كتاب الأموال وإنما أعطاهم من الخمس .

وقال الشوكاني وقد استدل بقصة عثمان في تغيبه عن بدر لمرض زوجته ابنة الرسول الله (ص) على أنه يسهم الامام لمن كان غائباً في حاجة له بعثه لقضائها ، وأما من كان غائباً عن القتال لا لحاجة الامام وجاء بعد الواقعة فذهب أكثر العترة والشافعي ومالك والأوزاعي والثوري والليث أنه لا يسهم له ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يسهم لمن حضر قبل إحرازها إلى دار الإسلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب قسم الخمس

ويقسم الخمس على خمسة أسهم سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل ، والدليل عليه قوله عز وجل : واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، فأما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه يصرف في مصالح المسلمين .

والدليل عليه ما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من خيبر تناول بيده نبذة من الأرض أو وبرة من بعيره وقال والذي نفسي بيده مالي مما آتاه الله إلا الخمس ، والخمس مردود عليكم لجمعهم لجميع المسلمين ولا يمكن صرفه إلى جميع المسلمين إلا بأن يصرف في مصالحهم وأهم المصالح سد الثغور لأنه يحفظ به الإسلام والمسلمين ثم الأهم فالأهم .

(فصل) وأما سهم ذوى القربى فهو لمن ينسب إلى هاشم والمطلب ابن عبد مناف لما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه قال لما قسم رسول الله (ص) سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب جئت أنا وعثمان ، فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكآئك الذي وضعك الله فيهم رأيت لإخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركنا وإنما نحن وإياهم منك بمنزلة واحدة ، قال إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعه ، ويسوى فيه بين الأغنياء والفقراء ، لأن رسول الله (ص) أعطى منه العباس وكان موسراً يقول عامة بنى عبد المطلب ، ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث ويشارك فيه الرجال والنساء لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن النبي (ص) أسهم ثام الزبير في ذوى القربى ، ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الذكر والأنثى كالميراث ويجعل للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقال المزني وأبو ثور يسوي بين الذكر والائتي ، لأنه مال يستحق باسم القرابة فلا يفضل الذكر فيه على الايتي كالمال المستحق بالوصية للقرابة ، وهذا خطأ ، لأنه مال يستحق بقرابة الاب بالشرع ففضل الذكر فيه على الايتي كيراث ولد الاب ويدفع ذلك إلى القاصي منهم والداني .

وقال أبو إسحاق يدفع مافي كل إقليم إلى من فيه منهم ، لأنه يشق نقله من إقليم إلى إقليم ، والمذهب الاول لقوله عز وجل « ولذي القربى ، فعمم ولم يخص ولأنه حق مستحق بالقرابة فاستوى فيه القاصي والداني كاليراث .

(فصل) وأما سهم اليتامى فهو لكل صغير فقير لا أب له فأما من له أب فلا حق له فيه لان اليتيم هو الذي لا أب له وليس لبالغ فيه حق ، لأنه لا يسمى بعد البلوغ يتيماً .

والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ، وليس للغني فيه حق ومن أصحابنا من قال للغني فيه حق ، لان اليتيم هو الذي لا أب له غنياً كان أو فقيراً ، والمذهب الاول ، لان غناه بالمال أكثر من غناه بالاب فإذا لم يكن لمن له أب فيه حق فلأن لا يكون لمن له مال أولى .

(فصل) وأما سهم المساكين فهو لكل محتاج من الفقراء والمساكين لانه إذا أفرد المساكين تناول الفقيرين .

(فصل) وأما سهم ابن السبيل فهو لكل مسافر أو مریداً لسفر في غير ممصبة وهو محتاج على ما ذكرناه في الزكاة .

(فصل) ولا يدفع شيء من الخمس إلى كافر لأنه عطية من الله تعالى فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة ، ولأنه مال مستحق على الكافر بكفره فلم يجوز أن يستحقه الكافر وبالله التوفيق .

(الشرح) حديث جبير بن مطعم « والذي نفسي بيده مالي بما آفاه الله إلا الخمس . . . » أخرجه أبو داود مختصراً وابن حبان في صحيحه عن عبادة بن الصامت وقال « وأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين وبرة من جنب بغير ، ثم قال يا أيها الناس انه لا يحمل لى بما آفاه الله عليكم قدر هذه إلا الخمس ،

والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيط ، وإياكم والغلول فانه عار على أهله يوم القيامة .

حديث جبير بن مطعم ، لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى من بنى هاشم وبنى عبد المطلب ، قال مشيت أنا وعثمان إلى النبي (ص) فقلنا أعطيت بنى المطلب من خمس خيبر وتركنا قال إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد ، قال جبير ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم لبنى هاشم ولا لبنى نوفل شيئاً ، أخرجه البخارى وأحمد والنسائى وابن ماجه ، وفى رواية لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى من خيبر من بنى هاشم وبنى عبد المطلب جئت أنا وعثمان بن عفان ، فقلنا : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله عز وجل معهم ، رأيت اخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركنا وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال : انهم لما يفارقونى فى جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد قال ثم شبك بين أصابعه ، أخرجه أحمد وأبوداود والنسائى والبرقائى كما قال القرطابى فى تفسيره والشوكانى فى النيل ، وقال البرقائى أنه على شرط مسلم .

حديث ، لا يتم بعد احتلام ، أخرجه أبو داود عن علي وبقية ، ولا صحاح يوم إلى الليل .

اللغة : قال ابن العربى فى كتاب أحكام القرآن ، الانتقال ، الغنائم ، النوى . فالنفل الزيادة وتدخل فيه الغنيمة فانها زيادة الحلال لهذه الأمة ، والغنيمة ما أخذ من أموال الكفار بقتال ، والنوى ما أخذ بغير قتال لانه رحل إلى موضعه الذى يستحقه وهو انتفاع المؤمن به .

قوله ، ويقسم الخمس على خمسة قال الخزنى الحنفى فى الغرة المتيفة ، كان الخمس فى عهد النبي صلى الله عليه وسلم يقسم على خمسة أسهم سهم لله ورسوله وكان يشتري به السلاح ، وسهم لذوى القربى صلى الله عليه وسلم وسهم للسالكين ، وسهم لليتامى ، وسهم لابناء السبيل وبعد وفاة النبي (ص) سقط سهم النبي صلى الله عليه وسلم ، وسهم ذوى القربى فيما أخذون بالفقر دون

القرابة عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعند الشافعى رحمه الله سهم النبي (ص) يدفع الى الإمام وسهم ذوى القربى باق .

حجة أبي حنيفة لإجماع الصحابة على عهد الخلفاء الراشدين فإنهم قسموا خمس الغنيمة على ثلاثة أسهم ولم يعطوا ذوى القربى شيئاً لقربهم بل لفقرهم ، مع أنهم شاهدوا قسمة النبي صلى الله عليه وسلم وعرفوا تأويل الآية ، وكان ذلك بحضور من الصحابة من غير فكهم لخل محل الإجماع ، فلو كان سهمهم باقياً لما منعهم ، وهذا لأن المراد بالقرى قربى النصره دون القرابة بدليل ، وذكر حديث جبره الثانى المذكور فى صدر الشرح ، واستدل بحديث أم هانئ مرفوعاً ، قال عليه الصلاة والسلام : سهم ذوى القربى لهم فى حياتى وليس لهم بعد وفاتى ، وكذا سهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بعد وفاته إذ غيره ليس فى معناه من كل وجه .
حجة الشافعى قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ . . .) وهذا نص صريح فى المسألة .

ثم قال مؤيداً لمذهبه : الجواب عنه أن المراد بالقرى قربى النصره لا قربى القرابة بما ذكرنا من الدليل وقد زالت النصره بعد وفاته ،

(قلت) وقد اطلعت على كثير من كتب الفقه كالمغنى والشرح الكبير عليه والفروع والاقناع للحنابلة وشرحى الموطأ والبداية للهاشمية وفتاوى السبكي وابن حجر وروضة الطالبين للشافعية وبدائع الصنائع^(١) وحاشية ابن عابدين للحنفية والنيل والمحلى ونخبة الأحوذى وتهذيب السنن وأحكام القرآن للجصاص وكذا لابن عربى والتفاسير للقرطبي ، صديق حسن خان وابن كثير وللقاسمى والرازى والمنار وغير ذلك كثير بما ذكرناه من مراجع سابقة ، وقد وجدت خير ما أضمه بين يديك ما أورده القرطبي متمهياً مع ما أشار اليه المنار ، إلا أنى أخالفه فى أنه أشار أن ما نقله فى الحائمة هو خير ما أورده صديق حسن خان ، إلا أنى بعد المراجعة تبين لى أن صديق حسن خان نقل ما ذكره القرطبي مع اختصار كثير فلم يأت بمجيد ، ورأيت رداً للأموار فى نصابها أن أحيل إلى القرطبي لأنه هو السابق . قال القرطبي اختلأ العلماء فى كيفية قسمة الخمس على ستة أقوال

(١) وقد طبعناه قريباً ويطلب من مطبعة الامام بالقلمة بمصر

(الأول) قالت طائفة يقسم الخمس على ستة فيجعل السدس للكعبة وهو الذي لله والثاني لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثالث لذوى القربى ، والرابع لليتامى والخامس للمساكين والسادس لابن السبيل ، وقال بعض أصحاب هذا القول يرد السهم الذي لله على ذوى الحاجة

(الثاني) قال أبو العالية والريبع تقسم الغنيمة على خمسة فيعزل منها قسم واحد وتقسم الأربعة على الناس ثم يضرب بيده على السهم الذي عزله فاقبض عليه من شيء جملة للكعبة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة ، سهم للنبي صلى الله عليه وسلم ، وسهم لذوى القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل

(الثالث) قال المنهال بن عمرو سألت عبد الله بن محمد بن علي وعلى بن الحسين الخمس فقال هو لنا ، قلت لعلي إن الله تعالى يقول : واليتامى والمساكين وابن السبيل ، فقال أيتامنا ومساكيننا

(الرابع) قال الشافعي يقسم على خمسة ورأى أن سهم الله ورسوله واحد وأنه يصرف في مصالح المؤمنين ، والأربعة الاخماس على الأربعة الاصناف المذكورين في الآية

(الخامس) قال أبو حنيفة يقسم على ثلاثة اليتامى والمساكين وابن السبيل وارتفع عنده حكم قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم بموته كما ارتفع حكم سهمه قالوا ويبدأ من الخمس بإصلاح القناطر وبناء المساجد وأرزاق القضاة والجنود ، وروى نحو هذا عن الشافعي أيضا

(السادس) قال مالك هو موكول الى نظر الامام واجتهاده فيأخذ منه من غير تقدير ويعطى منه القرابة باجتهاد ويصرف الباقي في مصالح المسلمين ، وبه قال الخلفاء الأربعة وبه همموا وعليه يدل قوله صلى الله عليه وسلم : مالي مما آتاه الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود عليكم ، فإنه لم يقسمه أخماساً ولا أثلاثاً وإنما ذكر في الآية من ذكر على وجه التلبيه عليهم لأنهم من أمم من يدفع اليهم قال الزجاج محتجاً بمالك ، قال الله عز وجل (يسئلونك ماذا ينفقون)

والرجل جائز بإجماع أن ينفق في غير هذه الأصناف إذا رأى ذلك ، وذكر
النسائي عن عطاء قال : خمس الله وخمس رسوله واحد ، وكان رسول الله (ص)
يحمل منه ويعطى منه ويضعه حيث شاء ويصنع به ما شاء .

وروى ابن حزم عن قتادة قال تقسم للغانم خمسة أخماس ، فأربعة أخماس
لمن قاتل عليها ثم يقسم الباقي على خمسة أخماس ، لخمس منها لله تعالى وللرسول
وخمس لقرابة الرسول صلى الله عليه وسلم وخمس لليتامى وخمس لابن السبيل
وخمس للمساكين ، ثم قال وهو قول الاوزاعي وسفيان الثوري والشافعي
وأبي ثور وإسحاق وأبي سليمان والنسائي وجمهور أصحاب الحديث وآخر قولي
أبي يوسف القاضي الذي رجح اليه ، إلا أن الشافعي قال للذكر من ذوى القربى
مثل حظ الأنثيين ، وهذا خطأ لأنه لم يأت به نص أصلاً وليس ميراثاً فيقسم
كذلك ، وإنما هي عطية من الله تعالى فهم فيها سواء .

وقال مالك يحمل الخمس كله في بيت المال ويعطى أقرباء رسول الله (ص)

على ما يرى الامام ليس في ذلك حد محدود

قال أصبغ بن فرج أقرباؤه عليه السلام هم جميع قریش ، وقال أبو حنيفة
يقسم الخمس على ثلاثة أسهم ، الفقراء والمساكين وابن السبيل ، قال علي : هذه
أقوال في غاية الفساد لأنها خلاف القرآن نصاً وخلاف السنة الثابتة ، ولا
يعرف قول أبي حنيفة عن أحد من أهل الاسلام قبله وجماع نصوصهم لكل من
تأملها أنهم يحتجون بأحاديث موضوعة أو مرسلة أو صحاح ، ليس فيها دليل أو
قول صاحب قد خالفه غيره منهم ولا مزيد

وقال الشوكاني : في الاحاديث دلالة على أن من مصارف الخمس قربي
رسول الله ، وذكر حديثاً رواه ابوداود أن ابا بكر كان يقسم الخمس نحو قسمة
رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطى قربي رسول الله (ص) وكان
عمر يعطيهم منه وعثمان بعده . وقد استدل من قال إن الامام يقسم الخمس حيث
شاء بما أخرجه أبو داود وغيره عن ضباعة بنت الزبير قالت أصاب النبي (ص)
سبياً فذهبت أنا وأختي فاطمة فسأله فقال سبقتكما يتامى بدر ، وفي حديث الصحيح
أن فاطمة شكت إلى رسول الله (ص) من الرحى . الخ

قال اسماعيل القاضى هذا الحديث يدل على أن الامام أن يقسم الخمس حيث يرى ، لأن الاربعة الاخماس استحقاق للغانمين والذي يختص بالامام هو الخمس وقد منع النبي (ص) ابنته وأعز الناس عليه من قرابته وصرفه الى غيرهم ، وقال بنحو ذلك الطبرى والطحاوى .

قال الحافظ فى الفتح فى الاستدلال بذلك نظر ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك من اللقيء .

قلت أما باقى الاقوال التى ذكرها المصنف فلم يخالفه فيها أحد قوله (نبذة من الارض) النبذة الشئ اليسير ، يقال فى رأسه نبد من الشيب وأصاب الارض نبد من مطر أى شئ يسير

قوله (سد الثغور) الثغر موضع الخفاة . وقال الازهرى أصل الثغر الهدم والكسر ، يقال ثغرت الجدار إذا هدمته . وقيل للوضع الذى تخاف منه العدو ثغر لانتلامه وإمكان دخول العدو منه . وقيل النصيب سهم لأنه يعلم عليه بالسهم قوله (بنو هاشم وبنو المطلب شئ واحد) بالشين المعجمة وهو المثل ، وقد ذكر فى الزكاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب قسم النبيء)

النبيء هو المال الذى يؤخذ من الكفار من غير قتال ، وهو ضربان ، أحدهما ما انجلوا عنه خوفاً من المسلمين أو بذأوه للكف عنهم فهذا يخمس ويصرف خمسة الى من يصرف اليه خمس الغنيمة ، والدليل عليه قوله عز وجل (ما آتاه الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذئ القرى والبقاعى والمساكين وابن السبيل) .

(والثانى) ما أخذ من غير خوف كالجزية وعشور تجاراتهم ومال من مات منهم فى دار الاسلام ولا وارث له ففى تخميسه قولان ، قال فى القديم لا يخمس لأنه مال أخذ من غير خوف فلم يخمس كالمالك المأخوذ بالبيع والشراء .

وقال في الجديد يطمس وهو الصحيح للآية ، ولأنه مال مأخوذ من الكفار بحق الكفر لا يختص به بعض المسلمين فوجب تخميسه كالمال الذي انجلوا عنه ، وأما أربعة أخماسه فقد كانت لرسول الله (ص) في حياته ، والدليل عليها قوله عز وجل : ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، ولا ينتقل ما ملكه إلى ورثته ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تقسم ورثتي ديناراً ولا درهماً ، ما تركته بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي فإنه صدقة

وروى مالك بن أوس بن الحدثان رضي الله عنه عن عمر رضي الله عنه أنه قال لعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف : أنشدكم بالله أيها الرهط هل سمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنا لا نورث ، ما تركناه صدقة ، إن الأنبياء لا تورث ، فقال القوم بلى قد سمعناه ، ثم أقبل على علي وعباس فقال أنشدكما بالله هل سمعتما أن رسول الله (ص) قال ما تركناه صدقة إن الأنبياء لا تورث ، فقالا نعم ، أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود ، واختلف قول الشافعي فيما يحصل من مال النبي بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال في أحد القولين يصرف في المصالح لأنه مال راتب لرسول الله (ص) فصرف بعد موته في المصالح كخمس الخنس ، فعلى هذا يبدأ بالأهم وهو سد الثغور وأرزاق المقاومة ثم الأهم فالأهم .

وقال في القول الثاني هو للمقاتلة ، لأن ذلك كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان فيه من حفظ الإسلام والمسلمين ، ولما كان له في قلوب الكفار من الرعب ، وقد صار ذلك بعد موته في المقاومة فوجب أن يصرف إليهم .

(الشرح) حديث أبي هريرة : لا تقسم ذريتي ديناراً ، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي فهو صدقة ، متفق عليه ، وأخرجه الحاكم وأبو داود عن أبي هريرة .

حديث عمر : لا نورث ما تركناه فهو صدقة ، وإنما هذا المال لآل محمد لناheim ولضعيفهم ، فإذا مات فهو إلى ولي الأمر من بعدى ، أخرجه أبو داود عن علي

وفي إسناده يحيى بن محمد المدني متكلم فيه ، والترمذى فى الشمايل عن أسامة ،
 وأسامة مختلف فيه وروى له مسلم ، وحديث عمر الآخر فقد خرج المصنف .
 اللغة . قوله (النىء هو المال الذى يأخذ ...) قلت بوب الترمذى فقال :
 باب من يعطى من النىء ، وذكر فيه أحاديث الغزو بالنساء هل يسهم لمن
 وللصبيان حتى أن المباركفورى بعد أن شرح كلمة النىء لغوياً قال : والظاهر أن
 المراد من النىء هنا الغنيمة ولم يذكر فيه أقوالاً .

وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج (فصل فى النىء) فأما النىء يا أمير المؤمنين
 فهو الخراج عندنا ، خراج الارض والله أعلم . واستشهد بالأية (ما آفاه الله على
 رسوله ...) حتى فرغ من هؤلاء ثم قال (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من
 ديارهم ...) ثم قال تعالى (والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من
 هاجر اليهم ...) والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ...) فهذا والله
 أعلم لمن جاء من بعدهم من المؤمنين إلى يوم القيامة ثم استشهد بأعمال عمر فى عدم
 تقسيمه أرض الشام والعراق .

وقال أبو بكر الجصاص فى أحكام القرآن : والنىء فى مثل هذا الموضع ما صار
 للمسلمين من أموال أهل الشرك ، واستشهد بقول لعمر وكانت أموال بنى النضير
 شيئاً ما آفاه الله على رسوله مما لم يوجب المسلمون عليه بخيل ولا ركاب ، فكانت
 لرسول الله (ص) خاصة وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقى جملة فى
 الكراع والسلاح حدة فى سبيل الله .

وذكر فى المنتقى للجد ابن تيمية حديث عوف بن مالك أن رسول الله (ص)
 كان إذا أتاه النىء قسمه فى يومه فأعطى الأهل حظين وأعطى العزب حظاً ، رواه
 أبو داود وذكره أحمد وقال حديث حسن

(قلت) هذا الحديث وإن كان فى النىء إلا أن فيه كفاية حق الفرد الأهل
 أكثر من العزب ، كما أن فيه الضمان الاجتماعى الذى يتغنى به الأوربيون
 وأباء جلدتنا وبني جنسنا بمن ساروا فى ركاب الثقافة الغربية أو الشيوعية فليتهم
 يعودون إلى أخضان دينهم فيجدوا فيه الخير الكثير لهم ولنا ، وفيه دافعا للفساد

على الزواج وحلا للأزمة التي تراها وبقاء لبعض أئمة المرأة التي أهدرت بالعمل دون مبرر ولا حاجة .

قال ابن العربي في أحكام القرآن بعد أن أورد الآيتين من سورة الحشر :
لا خلاف أن الآية الأولى لرسول الله (ص) خاصة ، وهذه الآية (وهي الثانية)
اختلف الناس فيها على أربعة أقوال

(الأول) أنها هذه القرى التي قوتلك فأفاه الله بما لها فهي لله وللرسول ولذي
القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، قال عكرمة وغيره : ثم نسخ ذلك
في سورة الانفال .

(الثاني) هو ما غنمتم بصلح من غير إيحاف خيل ولا ركاب فيكون لمن سمي
الله فيه ، والأولى للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة إذا أخذ منه حاجته كان للباقي
في مصالح المسلمين .

(الثالث) قال معمر الأول للنبي (ص) والثانية في الجزية والخراج
للأصناف المذكورة فيه ، والثالثة الغنيمة في سورة الانفال للغنائم

(الرابع) روى ابن القاسم وابن وهب في قوله تعالى : فما أوجفتم عليه من
خيل . . . هي النضير لم يكن فيها خمس ولم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ،
وكانت صافية لرسول الله (ص) فتقسمها بين المهاجرين وثلاث من الأنصار ،
وقوله تعالى (ما أفاء الله . . .) هي قريظة ، وكانت قريظة والخندق
في يوم واحد .

قال ابن ضويان في شرح منار السبيل (مذهب الحنابلة) والفقهاء هو ما أخذ
من مال الكفار يحمق من غير قتال ، كالجزية والخراج وعشر التجارة من الحرب
ونصف العشر من الذمى ، وما تركوه فزعا أو عن ميت ولا وارث له ومصرفه
في مصالح المسلمين ، ثم شرحه بقوله لعموم نفعها ودعاء الحاجة إلى تحصيلها ،
قال عمر رضي الله عنه ما من أحد من المسلمين إلا له في هذا المال نصيب إلا
العبيد فليس لهم فيه شيء ، وقرأ (ما أفاء الله على رسوله . . .) فقال هذه
استوعبت المسلمين ، ولئن عشت لياتين الراعي بمررد حير نصيبه منها لم يعرق
فيها جبينه . وقال أحمد بن النضر في حق لكل المسلمين ، وهو بين الغنى والفقير ،

وتبدأ بالأم فالأم من سد ثغر وكفاية أهل وحاجة من يدفع عن المسلمين وعمارة القناطر ورزق القضاة والفقهاء وغير ذلك ، فإن فضل شيء قسم بين أحرار المسلمين غنيهم وفقيرهم وبيت المال ملك للمسلمين ويضمنه متلفه ويحرم الأخذ منه بلا إذن الإمام .

وأفضل ما قرأه في النية ما صنفه ابن رشد في البداية ، وأما النية عند الجمهور فهو كل ما صار للمسلمين من الكفار قبل الرعب والخوف من غير أن يوجف عليه بخيل أو رجل . واختلف الناس في الجهة التي يصرف إليها ، فقال قوم إن النية لجميع المسلمين ، الفقير والغني ، وأن الإمام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة ، وينفق منه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر وإصلاح المساجد وغير ذلك ، ولا خمس في شيء منه ، وبه قال الجمهور ، وهو الثابت عن أبي بكر وعمر .

وقال الشافعي بل فيه الخمس ، والخمس مرسوم على الأصناف التي ذكروا في آية الغنائم وهم الأصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنيمة وأن الباقي هو مصروف إلى اجتهاد الإمام يفتق منه على نفسه ومن رأى ، وأحسب أن قوماً قالوا إن النية غير خمس ، ولكن يقسم على الأصناف الخمس الذين يقسم عليهم الخمس ، وهو أحد أقوال الشافعي فيها أحسب .

وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الأصناف الخمسة أو هو مصروف إلى اجتهاد الإمام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة . ثم قال : إن من جعل الأصناف في الآية تنبيهاً على المستحقين له قال هو لهذه الأصناف المذكورين ومن فوقهم ، ومن جعل ذكر الأصناف تعديداً للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الأصناف ، أعني أنه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه .

وأما تخميس النية فلم يقل به أحد قبل الشافعي ، وإنما حملة على هذا القول أنه رأى النية قد قسم في الآية على عدد الأصناف الذين قسم عليهم الخمس ، فاعتقد لذلك أن فيه الخمس ، لأنه ظن أن هذه القسمة مختصة بالخمسة ،

وليس ذلك بظاهر بل الظاهر أن هذه القسمة تخص جميع النوى لا جزءاً منه ، وهو الذى ذهب اليه فيما أحسب قوم .

وخرج مسلم عن عمر وذكر الحديث السابق الاشارة اليه في مذهب الاحناف . ثم قال وهذا يدل على مذهب مالك

(قلت) وفي آخر الكتاب سنفرد بمنا لمصارف هذه الاموال في عصرنا الحاضر كما ذكرها الدهلوى في كتابه حجة الله البالغة ، وكذا الرق في الاسلام وما اشتملته سورة الانفال من الاستعداد للقتال إن شاء الله

قوله (انجلوا عنه) أى هربوا ، يقال جلا للقوم عن منازلهم إذا هربوا ، قال الله تعالى (ولولا أن كذب الله عليهم الجلاء)

قوله (ومؤنة عاملى) أى مؤنة خليفى ، والعامل هو الذى يتولى أمور الرجل فى ماله ومملكه وعمله ، ومنه قيل للذى يستخرج الزكاة عامل والذى يأخذه العامل من الاجرة يقال له عمالة بالضم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وينبغى للإمام أن يضع ديوانا يثبت فيه أسماء المقاتلة وقدر أرزاقهم ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قدمت على عمر رضى الله عنه من هند أبى موسى الأشعرى بثمانمائة ألف درهم ، فلما صلى الصبح اجتمع اليه فصر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم قد جاء للناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الاسلام ، أشيروا على بنى أبدأ منهم ؟ فقالوا بك يا أمير المؤمنين إنك ولئى ذلك ، قال لا ، ولكن أبدأ برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الاقرب فالاقرب اليه ، فوضع الديوان على ذلك .

ويستحب أن يجعل على كل طائفة عريفا لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عام خبير على كل عشرة عريفا ، ولأن فى ذلك مصلحة ، وهو أن يقوم التحريف بأمورهم ويجمعهم فى وقت العطاء وفى وقت الغزو ويجعل العطاء فى كل عام مرة أو مرتين ولا يجعل فى كل شهر ولا فى كل أسبوع لأن ذلك يشغلهم عن الجهاد

(فصل) ويستحب أن يبدأ بقريش لقوله صلى الله عليه وسلم «قدموا قريشا ولا تتقدموها» ولأن النبي صلى الله عليه وسلم منهم ، فإنه محمد بن عبد الله ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة .

واختلف الناس في قريش ، فمنهم من قال كل من ينتسب إلى فهر بن مالك فهو من قريش .

ومنهم من قال : كل من ينتسب إلى النضر بن كنانة فهو من قريش ، ويقدم من قريش بنو هاشم لأنهم أقرب قبائل قريش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويضم إليهم بنو المطلب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد وشبك بين أصابعه»

وعن عمر رضي الله عنه أنه قال حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم فإذا كان السن في الهاشمي قدمه على المطلب ، وإذا كان في المطلب قدمه على الهاشمي ثم يعطى بنو عبد شمس وبنو نوفل ابني عبد مناف ، ويقدم بنو عبد شمس على بنو نوفل ، لأن عبد شمس أقرب إليه لأنه أخو هاشم من أبيه وأمه ونوفل أخوه من أبيه ، وأشد آدم بن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز :

يا أميين الله إني قائل قول ذي بر ودين وحسب
عبد شمس لا تنها إنما عبد شمس عم عبد المطلب
عبد شمس كان يتلو هاشما وهما بعد لائم ولائ

ثم يعطى بنو عبد العزى وبنو عبد الدار ، ويقدم عبد العزى على عبد الدار لأن فيهم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن خديجة بنت خويلد منهم ولأن فيهم من حلف المطلبين وحلف الفضول ، وهما حلفان كانا من قوم من قريش اجتمعوا فيهما على نصر المظلوم ومنع الظالم .

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : شهدت حلف الفضول ولو دعيت إليه لأجبت ، وعلى هذا يعطى الأقرب فالأقرب حتى تنقضي قريش ، فإن استوى إثنان في القرب قدم أسنهما لما روينا من حديث

عمر في بنى هاشم وبنى المطلب ، فإن استويا في السن قدم أقدمهما هجرة وسابقة ، فإذا انقضت قرين قدم الأنصارى على سائر العرب لما لهم من السابقة والآثار الحميدة في الإسلام ، ثم يقسم على سائر العرب ثم يعطى المعجم ولا يقدم بعضهم على بعض إلا بالسن والسابقة دون النسب

(فصل) ويقسم بينهم على قدر كفايتهم لأنهم كفوا المسلمين أمر الجهاد فوجب أن يكفوا أمر النفقة ، ويتعاهد الامام في وقت العطاء عدد عياله لأنه قد يزيد وينقص ويتعرف الاسعار وما يحتاجون اليه من الطعام والكسوة لأنه قد يغلو ويرخص ، ليكون عطيتهم على قدر حاجتهم ، ولا يفضل من سبق الى الاسلام أو الى الهجرة على غيره لأن الاستحقاق بالجهاد وقد تساوا في الجهاد فلم يفضل بعضهم على بعض كالغنائم في الغنيمة .

(فصل) ولا يعطى من النية عبث ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال لأن النية للمجاهدين وليس هؤلاء من أهل الجهاد وإن مرض مجاهد فإن كان مرضا يرجى زواله أعطى ، لأن الناس لا يتخلون من حارص مرض ، وإن كان مرضا لا يرجى زواله سقط حقه من النية لأنه خرج عن أن يكون من المجاهدين .

وإن مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة فقيه قولان (أحدهما) أنه لا يعطى ولده ولا زوجته من النية شيئا ، لأن ما كان يصل اليهما على سبيل التبعية لمن يعولهما وقد زال الاصل وانقطع التبعية (والثاني) أنه يعطى الولد الى أن يبلغ وتعطى الزوجة الى أن تتزوج ، لأن في ذلك مصلحة ، فإن المجاهد إذا علم أنه يعطى عياله بعد موته توفر على الجهاد ، وإذا علم أنه لا يعطى اشتغل بالكسب لعياله وتمطل الجهاد .

فإذا قلنا بهذا فبإلحاق الولد فإن كان لا يصلح للقتال كالاعمى والزمن أعطى الكفاية كما كان يعطى قبل البلوغ ، وإن كان يصلح للقتال وأراد الجهاد فرض له وإن لم يرد الجهاد لم يكن له في النية حق ، لأنه صار من أهل الكسب ، وإن تزوجت الزوجة سقط حقه من النية ، لأنها استغنت بالزوج ، وإن دخل

وقت العطاء فات المجاهد انتقل حقه إلى ورثته لأنه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه إلى الوارث .

(للشرح) أثر أبي هريرة عن عمر أنه قال يوم الجابية وهو يخطب الناس إن الله عز وجل جعلني خازناً لهذا المال وقاسمه ، ثم قال بل الله قاسمه وأنا باديء بأهل النبي صلى الله عليه وسلم ثم أشرفهم ، ففرض لأزواج النبي عشرة آلاف إلا جويرية وميمونة ، فقالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعدل بيننا ، فعدل عمر بينهن ثم قال إني باديء بأصحابي المهاجرين الأولين فإننا أخرجنا من ديارنا ظلماً وعدواناً ، ثم أشرفنا ففرض لأصحاب بدر منهم خمسة آلاف ولين شهد بدرأ من الانصار أربعة آلاف ، وفرض لمن شهد أحداً ثلاثة آلاف وقال من بقي أسرع في الهجرة وأسرع به في العطاء ، ومن أبطأ في الهجرة أبطئ به في العطاء فلا يلو من رجل إلا مناخ راحلته ، أخرجته أحمد ، وقال المهيمى رجاله ثقات فقلنا من مجمع الزوائد

حديث (جعل عام خيبر على كل عشرة عريفاً) أخرجه البيهقي وأصحاب السهم
 (قدموا قريشاً) أخرجه الطبراني عن عبد الله بن السائب والبخاري
 كما في مجمع الزوائد بلفظ : قدموا قريشاً ولا تقدموها وتعلموا من قريش ولا تعلموها ولو لا أن تبطر قريش لا أخبرتها ما لحيارها عند الله تعالى ،
 وأخرج الشافعي والبيهقي في المعرفة عن ابن شهاب بلاغا وإني عدى عن
 أبي هريرة : قدموا قريشاً ولا تقدموها وتعلموا من قريش ولا تعلموها ،
 حديث (إنما بنو هاشم وبنو عبد المطلب ...) سبق تخريجه فيما قبله
 (عمر) حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم (...)
 البيهقي والشافعي .

حديث (شهدت حلب الفضول) أخرجه الحاكم بلفظ : شهدت غلاماً مع
 عمرو بن حلف المطيبين فما يسرفني أن لي حمر النعم وإني أنكته . عن عبد الرحمن
 ابن عوف .

قوله (أنشدكم بالله) أى أسألكم بالله وأقسم عليكم . قوله (فى قلوب الكفار من الرعب) أى الخوف ، يقال رعبته فهو مرعوب إذا أفرغته ولا يقال أروعته ومنه الحديث نصرت بالرعب .

قوله (يضع ديوانا) أى كتاباً يجمع فيه أسماء الجند ، وأصله ديوان فموض من أحد الواوین ياء لأنه يجمع على دواوین ، ولو كانت الواو أصلية لقیل دیاوین بل يقال دونت دواوین . قوله (لوى) تصغير لوى وهو ثور الوحش ، سمي به الرجل . قوله (قول ذى بر ودين وحسب) المر فعل الخیر والحسب كرم الآباء والأجداد .

قوله (يتلو هاشماً) أى يتبعه فى كرمه ونخره وسائر مناقبه . قوله (حلف المطيبين وحلف الفضول) هما حلفان كانا فى الجاهلية من قريش ، وسموا المطيبين لأن ما تركه بنت عبد المطلب عملت لهم طيباً فى جفنة وتركتها فى الحجر فغمسوا أيديهم فيها وتحالفوا ، وقيل أنهم مسحوا به الكعبة توكيداً على أنفسهم ، ولأى أمر تحالفوا ؟ قيل على منع الظالم ونصر المظلوم ، وقيل لأن بنى عبد الدار أرادت أخذ السقاية والرئاسة من بنى هاشم فتحالفوا على منعهم ، ونهر الآخرون جروراً وغمسوا أيديهم فى الدم

وقيل سمو المطيبين لأنهم تحالفوا على أن ينفقوا أو يطعموا الوفود من طيب أموالهم ، وفى حلف الفضول وجهان (أحدهما) أنه اجتمع فيه رجال الفضل بن الحارث والفضل بن وداعة والفضل بن فضالة ، والفضل جمع الفضل . قال الهروى يقال فضل وفضول كما يقال سعد وسعود . وقال الواقدي هم قوم من جرهم تحالفوا يقال لهم فضل وفضال وفضالة ، فلما تحالف قريش على مثله سمو حلف الفضول .

وقيل كان تحالفهم على أن لا يجدوا بمكة مظلوماً من أهلها ومن غيرهم إلا قاموا معه (والثانى) أنهم تحالفوا على أن ينفقوا من فضول أموالهم فسموا بذلك حلف الفضول ، وسموا حلف الفضول لفاضل ذلك الطوبى ، وتوفر على الجهاد أى كثرت رغبته وحمته فيه من الرفر وهو كثرة المال

قال الشوكانى : كان عمر يفاضل فى العطاء على حسب البلاء فى الإسلام

والقدم فيه والغناء والحاجة ، ويفضل من شهد بدرأ على غيره من لم يشهد ، وكذلك من شهد أحداً ومن تقدم في الهجرة ، وقد أخرج الشافعي في الام أن أبا بكر وعليا ذهبا إلى التسوية بين الناس في القسمة وأن عمر كان يفضل ، وروى البزار والبيهقي عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : قدم على أبي بكر مال البحرين فقال من كان له على رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية فليات ، فذكر الحديث بطوله في تسويته بين الناس في القسمة ، وفي تفضيل عمر للناس على مراتبهم .

وروى البيهقي من طريق آخر قال : أتت علياً امرأتان ، فذكر القصة وفيها إنى فطرت في كتاب الله فلم أر فضلاً لولد اسماعيل على ولد إسحاق ، ثم روى عن عثمان أنه كان يفاضل بين الناس كما كان يفاضل عمر ، كما أنه لا فضل للامام على الناس في تقديم ولا توفير نصيب ، وأن للعبد المملوك فيه نصيب ، لما أخرجه أبو داود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بظبية بها خرز فقسما للحررة والامة . وقول عائشة أن أبا بكر كان يقسم للحر والعبد ، ولا شك أن أقوال الصحابة لا تعارض المرفوع فمنع العبيد اجتهاد من عمر ، والنبي قد أعطى الامة ولا فرق بينها وبين العبد ، ولهذا كان أبو بكر يعطى العبيد ، وأنه لا بد من التفضيل فالرجل وسبقه للاسلام

قلت : روى الشافعي أن عمر لما دون الدواوين قال بمن تزون أبدأ؟ قيل له أبدأ بالاقرب فالاقرب بك ، قال بل أبدأ بالاقرب فالاقرب برسول الله (ص) وهذا سبق للاسلام على سائر الانظمة الحديثة التي يتشدد بها المتشددون قوله (ولا يعطى من النوى صبي . . .) ففي ما قيل رده له . وأما قوله (وان مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة ففيه قولان)

قلت المصواب فيه والله أعلم هو إعطاء الولد وأمه لما ثبت عن عمر في صحيح البخارى عن أسلم مولى عمر قال : خرجت مع عمر بن الخطاب إلى السوق فلحقت عمر امرأة شابة فقالت يا أمير المؤمنين هلك زوجي وترك صبية صغيراً والله ما ينضجون كراعا ولا لهم زرع ولا ضرع وخشيت أن تأكلهم الضبيج وأنا لبنة خفاف بن إيماء القفارى وقد شهد أبى الحديدية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

فوقف معها همز ولم يمض وقال مرحباً بنسب قريب ، ثم انصرف إلى أمير ظهير
كان مربوطاً في الدار فحمل عليه غرارتين ملاًهما طعاماً وجعل بينهما نفقة وثياباً
ثم ناو لها خطامه فقال اقتاديه فلان يعني هذا حتى يأتكم الله بخير ، فقال رجل
يا أمير المؤمنين أكثرت لها ، فقال ثكالك أمك ، فوالله لأني لأرى أبا هذه
وأخاها قد حاصراً حصناً زماناً فافتتحناه فأصبحنا نستفيء سهماً فيها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان في الفىء أراض كان خمسها لأهل الخمس ؛ فأما أربعة
أخماسها فقد قال الصائغ رحمه الله تكون وقفاً ، فمن أصحابنا من قال هذا على
القول الذي يقول إنه للمصالح ، فإن المصلحة في الأراض أن تكون وقفاً لأنها
تبقى فتصرف غلتها في المصالح .

وأما إذا قلنا إنها للمقاتلة فإنه يجب قسمتها بين أهل الفىء لأنها صارت لهم
فوجبت قسمتها بينهم كأربعة أخماس الغنيمة ومن أصحابنا من قال تكون وقفاً
على القولين ، فإن قلنا إنها للمصالح صرفت غلتها في المصالح ، وإن قلنا إنها للمقاتلة
صرفت غلتها في مصالحهم ، لأن الاجتهاد في مال الفىء إلى الامام ، ولهذا يجوز
أن يفضل بعضهم على بعض ، ويخالف الغنيمة فإنه ليس للامام فيها الاجتهاد ،
ولهذا لا يجوز أن يفضل بعض الغانمين على بعض وبالله التوفيق

(الشرح) وقد تقدم الكلام على هذا في أول الفىء ، وآراء المذاهب
والصواب منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجزية

(الشرح) سميت جزية لأنها قضاء عما عليهم ما أخذ من قولهم جرى مجرى إذا قضى
قال الله تعالى ولا تجزى نفس عن نفس شيئاً ، أى لا تقضى ولا تعين ، وفي
الحديث أنه قال لأبي بردة بن نيار في الاضحية بالجزعة من المعز تجزى عنك ولا

عجزى عن أحد بعدك ، والمتجازى المتقاضى عند العرب ، وقيل الجزاء
الغذاء ، قال الشاعر :

معيم عندها لم يجز مكبول

أى لم يقد ، ويدينون دين الحق أى يطيعون ، والدين الطاعة والانقياد
قال المصنف رحمه الله تعالى :

لا يجوز أخذ الجزية ممن لا كتاب له ولا شبيهة كتاب كعبدة الاوثان لقوله
عز وجل (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم
الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية
عن يدهم صاغرون) نفص أهل الكتاب بالجزية فدل على أنها لا تؤخذ من
غيرهم ، ويجوز أخذها من أهل الكتابين وهم اليهود والنصارى للآية ، ويجوز
أخذها ممن بدل منهم دينه ، لأنه وإن لم تكن لهم حرمة بأنفسهم فلم يحرمة
بآبائهم ، ويجوز أخذها من الجوس لما روى عبد الرحمن بن عوف أن النبي (ص)
قال سدوا بهم سنة أهل الكتاب

وروى أيضا عبد الرحمن بن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية
من مجوس مجر ، واختلف قول الشافعى رحمه الله هل كان لهم كتاب أم لا ؟ فقال
فقال فيه قولان (أحدهما) أنه لم يكن لهم كتاب ، والدليل عليه قوله عز وجل
« وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه واتقوا لعلكم ترحمون » — أن تقولوا إنما
أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وإن كنا عن دراستهم لغافلين ، (والثاني) أنه
كان لهم كتاب ، والدليل عليه ما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : كان لهم
علم يعلمونه وكتاب يدرسونه ، وإن ملككم سكر فوقع على ابنته أو أخته فاطلع
عليه بمض أهل مملكته لجاهوا واثقوا عليه الحد فامتنع فرفع الكتاب من بين
أظهمهم وذهب العلم من صدورهم .

(فصل) وان دخل وثني في دين أهل الكتاب نظرت فإن دخل قبل
التبديل أخذت منه الجزية وعقدت له الذمة لأنه دخل في دين حق ؛ وان دخل
بعاد التبديل نظرت فإن دخل في دين من بدل لم تؤخذ منه الجزية ولم تعقد له

الذمة لأنه دخل في دين باطل ، وإن دخل في دين من لم يبدل فإن كان ذلك قبل
النسخ بشريعة بعده أخذت منه الجزية لأنه دخل في دين حق ، وإن كان بعد
النسخ بشريعة بعده لم تؤخذ منه الجزية

وقال المزني رحمه الله تؤخذ منه ، ووجهه أنه دخل في دين يقر عليه أهله ،
وهذا خطأ لأنه دخل في دين باطل فلم تؤخذ منه الجزية كالمسلم إذا ارتد ، وإن
دخل في دينهم ولم يعلم أنه دخل في دين من بدل أو في دين من لم يبدل كنصارى
العرب وهم هراء وتغول وتغلب أخذت منهم الجزية ، لأن عمر رضى الله عنه
أخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، ولأنه أشكل أمره فحقت دمه بالجزية احتياطاً
للدن ، وأما من تمسك بالكتاب الذى أنزلت على شيث وإبراهيم وداود فقيه وجهان
(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق أنهم يقرون ببذل الجزية لأنهم أهل كتاب
فأقروا ببذل الجزية كاليهود والنصارى

(والثانى) لا يقرون لأن هذه الصحف كالأحكام التى تنزل بها الوحي ،
وأما السامرة والصائبون فقيهم وجهان (أحدهما) أنه تؤخذ منهم الجزية
(والثانى) لا تؤخذ وقد بيناهما في كتاب النكاح ، وأما من كان أحد أبويه وثقياً
والآخر كتابياً فعلى ما ذكرناه في النكاح . وإن دخل وثني في دين أهل الكتاب
وله ابن صغير لحاه الإسلام وبلغ الابن واختار المقام على الدين الذى انتقل إليه
أبوه أخذت منه الجزية ، لأنه تبعه في الدين فأخذت منه الجزية ، وإن غزا
المسلمون قوماً من الكفار لا يعرفون دينهم ، فادعوا أنهم من أهل الكتاب
أخذت منهم الجزية لأنه لا يمكن معرفة دينهم إلا من جهتهم فقبل قولهم . وإن
أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا أنهم من غير أهل الكتاب نبذ إليهم عهدهم لأنه
بان بطلان دعواهم .

(الشرح) حديث عبد الرحمن بن عوف : سئواهم سنة أهل الكتاب ،
رواه الشافعى ومالك فى الموطأ أن عمر ذكر الجوس فقال ما أدرى كيف أصنع
فى أمرهم ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد لسوءت رسول الله (ص) يقول :
سئواهم سنة أهل الكتاب وقال الجدي بن تيمية : هو دليل على أنهم ليسوا
من أهل الكتاب .

حديث عبد الرحمن بن عوف ، أخذ الجزية من جهوس هجر ، عن عمر أ. لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله (ص) أخذها من جهوس هجر . رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وروى أبو عبيد في كتاب الأموال بسند صحيح عن - يذيفة : لولا أني رأيت أصحابي يأخذوا الجزية من المجوس ما أخذتها

أثر على ، كان لهم علم . . . ، روى الشافعي وعبد الرزاق بإسناد حسن عن علي كان المجوس أهل كتاب يدرسونه وعلم يقرأونه فشرب أمهرم الخنز فوقع على أخته فلما أصبح صبا أهل الطمع فأعطاهم ، وقال إن آدم كان ينسكح أولاده بناته فأطاعوه وقتل من خلفه ، فأمرى على كتابهم ما في قلوبهم منه فلم يبق عندهم منه شيء وهذا الأثر ضعيف لأن فيه على أبي سعد البقال

وروى ابن حميد في تفسيره في سورة البروج بإسناد صحيح عن ابن أبي ليلى لما هزم المسلمون أهل فارس قال عمر اجتمعوا فقال إن المجوس ليسوا أهل كتاب فنضع عليهم الجزية ولا من عبدة الأوثان فتجري عليهم أحكامهم ، فقال علي بل هم أهل كتاب ، وذكر الأثر السابق

اللغة قوله ، لا يجوز أخذ الجزية . . . ، قال ابن الترمكاني في الجوهر النقي : وعند الحنفية تخصيص أهل الكتاب بأداء الجزية لا ينفي الحكم عن غيرهم ، والوثني والعجمي لا يتحتم قتله بل يجوز استرقاقه ، فلم يتداوله قوله تعالى (اقتلوا المشركين) بل هو مختص بالوثني العربي الذي يسقط قتله بعة واحدة وهي الاسلام بخلاف العجمي لأنه يسقط قتله بعة أخرى وهي الاسترقاق . وذكر البيهقي في هذا الباب حديث بريدة : إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال ، وفيه فإن هم أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية .

(قلت) التبويب خاص ولفظ المشركين عام فهو غير مطابق لدعاه

قال النووي في شرح مسلم : هذا مما يستدل به مالك والأوزاعي وموافقهما في جواز أخذ الجزية من كل كافر ، عربياً كان أو أعجمياً أو كنياً أو مجوسياً أو ظهرياً ، وذكره الخطابي في المعالم ثم قال ظاهره (أي الحديث) موجب قبول الجزية من كل مشرك كتابي أو غير كتابي من عبدة الشمس والنيران والأوثان .

ويؤيد هذا المذهب قوله عليه السلام في حديث ابن عباس ، ويؤدى اليهم المعجم الجزية ، أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح ، وذكره البيهقى في باب من زعم إنما تؤخذ الجزية من المعجم .

قال ابن عبد البر بعد أن ذكر سنوا بهم ... ، هذا من الكلام العام الذى أريد به الخاص ، لأن المراد سنة أهل الكتاب فى أخذ الجزية فقط ، واستدل بقوله سنة أهل الكتاب على أنهم ليسوا أهل كتاب وقال ابن بطال لو كان لهم كتاب ورفع لرفع حكمه ، ولما استغنى حل ذبايحهم ونكاح نسائهم ، فالجواب أن الاستثناء وقع تبعاً للأثر الوارد ، لأن فى ذلك شبهة تقتضى حقن الدم ، بخلاف النكاح فإنه مما يحتاط له قال ابن المنذر ليس تحريم نكاحهم وذبايحهم متفقاً عليه . ولكن الأكثر من أهل العلم عليه .

وقال الشوكانى بعد أن أورد حديث ابن عباس قال : مرض أبو طالب لجاهته قريش وجاءه النبي صلى الله عليه وسلم وشكوه الى أبي طالب ، فقال يا ابن أخى ما تريد من قومك ؟ قال أريد منهم كلمة تدين لهم بها العرب وتؤدى لهم بها المعجم الجزية . الخ .

رواه الترمذى وحسنه والنسائى وصححه الحاكم ، وحديث المنهرة بن شعبة أنه قال لعامل كسرى أمرنا نبينا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية ، البخارى ، فيه الاخبار بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتال المجوس حتى يؤدوا الجزية ، زاد الطبرانى وإنا والله لا نرجع الى ذلك الشقاء حتى نغلبكم هلى ما فى أيديكم .

وحديث ابن عباس فيه متمسك لمن قال لا تؤخذ الجزية من الكتابى إذا كان هربياً ، قال فى الفتح : فأما اليهود والنصارى فهم المراد بأهل الكتاب بالاتفاق ، وفرق الحنفية فقاروا تؤخذ من مجوس المعجم دون مجوس العرب . وحكى الطحاوى عنهم أنها تقبل الجزية من أهل الكتاب ومن جميع كفار المعجم ولا يقبل من مشركى العرب إلا الاسلام أو السيف

وعن مالك تقبل من جميع الكفار إلا من ارتدوا به ، قال الأوزاعي وفقهاء الشام : وحكى ابن القاسم عن مالك أنها لا تقبل من قريش . وحكى ابن عبد البر الاتفاق على قبولها من المجوس ، لكن حكى ابن التين عن عبد الملك أنها لا تقبل إلا من اليهود والنصارى فقط ، ونقل الاتفاق على أنه لا يحل فكاح فسائهم ولا أكل ذبائحهم . وحكى غيره عن أبي ثور حل ذلك . قال ابن قدامة وهذا خلاف إجماع من تقدمه

وقال الشافعي : تقبل من أهل الكتاب ، عرباً كانوا أو عجماً ، ويلتحق بهم المجوس في ذلك ، قال أبو عبيد : ثبتت الجزية على اليهود والنصارى بالكتاب ، وعلى المجوس بالسنة

قال الإمام الخطابي في المعالم : جواز أخذ الجزية من العرب كجوازه من العجم ، وكان أبو يوسف يذهب إلى أن الجزية لا تؤخذ من عربي ، وقال مالك والأوزاعي والشافعي : العربي والعجمي في ذلك سواء ، وكان الشافعي يقول : إنما الجزية على الأديان لا على الأنساب ، ولولا أن فائم بن منى الباطل وددنا أن الذي قال أبو يوسف كما قال وأن لا يجرى على عربي صغار ، ولكن الله أجل في أعيننا من أن نهب غير ما قضى به .

قوله : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، أي خذوهم على طريقهم ، أي آمنوا وخذوا عنهم للجزية ، والسنة الطريق قوله : نبذ إليهم عهدهم ، أي رمى به والنبذ الرمي .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل رضي الله عنه قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأمرني أن آخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافياً ، وإن النزم أكثر من دينار عقدت له الذمة أخذ بأدائه لأنه عوض في عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار وبقى الأمر فيما زاد على ما يقع عليه النراضى ، كما لو وكل وكيلاً في بيع سلعة وقال لا تبع بما دون دينار فإن امتنع قوم من أداء الجزية باسم الجزية وقالوا تؤدى باسم الصدقة ، ورأى

الامام أن يأخذ باسم الصدقة جاز ، لأن نصارى العرب قالوا لعمر رضى الله عنه لا تؤدى ما تؤدى لعجم ، ولكن خذ منا باسم الصدقة كما تأخذ من العرب فأبى عمر رضى الله عنه وقال لا أقركم إلا بالجزية ، فقاوا خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين ، فأبى عليهم ، أرادوا اللحاق بدار الحرب فقال زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر : إن بنى تغلب عرب وفيهم قوة فخذ منهم ما قد بذلوا ولا تدعهم أن يلحقوا بعدوك ، فصالحهم على أن يضعف عليهم الصدقة ، وإن كان ما يؤخذ منهم باسم الصدقة لا يبلغ الدينار وجب لإتمام الدينار ، لأن الجزية لا تكون أقل من دينار ، وإن أضعف عليهم الصدقة فبلغت دينارين ، فقالوا أسقط عنا ديناراً وخذ منا ديناراً باسم الجزية وجب أخذ الدينار ، لأن الزيادة وجبت لتغيير الاسم ، فإذا رضىوا بالاسم وجب إسقاط الزيادة

(الشرح) حديث معاذ بن جبل ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لما وجهه إلى اليمن أمره أن يأخذ من أقر من ثلاثين تبعياً أو تبعه ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم يبنى محتمل ديناراً أو عدله من المعافى ثيساب تكون باليمن ، قال أبو داود في بعض المسخ هذا حديث منكر بلفظ عن أحمد أنه كان ينكر هذا الحديث إنكاراً شديداً .

قال البيهقي في السنن الكبرى إنما المنكر رواية أبي معاوية عن الاعمش عن إبراهيم عن مسروق عن معاذ ، فأما رواية الاعمش عن أبي وائل عن مسروق فإنها محفوظة ، أخرجه أبو داود والنسائي من رواية أبي وائل ، ورواه النسائي وباقي أصحاب السنن وابن حبان والدارقطني ، والحاكم من رواية أبي وائل عن مسروق ، قال الحافظ في التلخيص رجح الترمذى والدارقطني في العلل الرواية المرسلة ، ويقال إن مسروقاً أيضاً لم يسمع من معاذ وقد بالغ ابن حزم في تقرير ذلك ، وقال ابن عبد البر في التمهيد إسناده متصل صحيح ثابت ، وهم عبد الحق فنقل عنه أنه قال مسروق لم يلق معاذاً . وتمتبه ابن القطان بأن أبا عمر إنما قال ذلك في رواية مالك عن حميد بن قيس عن طاوس عن معاذ ، وقد قال للشافعي طاوس عالم بأمر معاذ ، وإن لم يلقه لكثرة من لقبه بمن أدرك معاذاً ، وهذا مما

لا أعلم من أحد فيه خلافاً ، وقد رواه الدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم أيضاً عن طاوس عن ابن عباس قال لما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذاً وهذا موصول لكن المسعودي اختلط ، ويفرد بوصله عنه بقية بن الوليد ، وقد رواه الحسن بن عمار عن الحكم أيضاً ، لكن الحسن ضعيف ، ويدل على ضعفه قوله فيه إن معاذاً قدم على النبي صلى الله عليه وسلم من اليمن فسأله ، ومعاذ لما قدم على النبي صلى الله عليه وسلم كان قد مات ، ورواه مالك في الموطأ من حديث طاوس عن معاذ أنه أخذ من ثلاثين بقرة تبيعاً ومن أربعين بقرة مسنة وأتى بما دون ذلك فأبى أن يأخذ منه شيئاً وقال لم لسمع فيه من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً حتى ألقاه ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقدم معاذ بن جبل

قال ابن عبد البر ورواه قوم عن طاوس عن ابن عباس عن معاذ ، إلا أن الذين أرسلوه أثبت من الدين أسندوه ، قلت ورواه البزار والدارقطني من طريق ابن عباس لكنه من طريق بقية عن المسعودي وهو ضعيف
أثر عمر (أن نصارى العرب قالوا العمر ...) أخرجه الشافعي أنه طلب الجزية من نصارى العرب تنوخ وجرها وبنوا تغلب ، فقالوا نحن عرب لا يؤدى ما يؤدى العجم ، فخذ منا ما شئت بهذا الاسم لا باسم الجزية ، فراضاهم على أن يضعف عليهم الصدقة ، وقالوا هؤلاء هم حق رضوا بالاسم وأبوا المعنى وروى ابن أبي شيبة عن عمر أنه صالح نصارى بني تغلب على أن يضعف عليهم الزكاة مرتين على أن لا ينصروا صغيراً. وعلى أن لا يكرهوا على دين خيرهم ورواه البيهقي في السنن .

قال ابن رشد في بداية المجتهد وهو كم الواجب ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فرأى مالك أن القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه ، وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعون درهماً ، ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعي : أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود ، وذلك بحسب ما يصالحون عليه .

وقال قوم لا توقيت في ذلك ، وذلك مصروف إلى اجتهاد الامام ، وبه قال الثوري ، وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية إثنا عشر درهما وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من إثني عشر درهما ولا يزداد الغني على ثمانية وأربعون والوسط أربعة وعشرون درهما ، وقال أحمد دينار أو عدله معافى لا يزداد عليه ولا ينقص منه وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن ، وذكر الحديث وثبت أن عمر ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام .

وروى عنه أيضاً أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين وإثني عشر ، فمن حمل هذه الأحاديث كلها على التخيير وتمسك في ذلك بمموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متفق على صحته ، وإنما ورد للكتاب في ذلك عاماً قال لا حد في ذلك . وهو الأظهر والله أعلم

ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولا حد لا أكثره ومن رجح حديثي عمر قال إما بأربعين درهما وأربعة دنانير وإما بثمانية وأربعين درهما وأربعة وعشرين وإثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لأنه مرفوع قال دينار فقط أو عدله معافى لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه .

وقال صديق حسن خان في الروضة : وأما قدرها فضرب عمر بن الخطاب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام ، قلت قد صح من حديث معاذ بعث النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فأمره أن يأخذ من كل حام ديناراً أو عدله معافياً ، فاختلّفوا في الجمع بينه وبين حديث عمر فقال الشافعي أقل الجزية دينار على كل بالغ في كل سنة ، ويستحب للامام المماكسة ليزداد ولا يجوز أن ينقص من دينار وأن الدينار مقبول من الغني والمتوسط والفقير .

وتأول أبو حنيفة حديث عمر على الموسرين وحديث معاذ على الفقراء ، لأن أهل اليمن أكثرهم فقراء ، فقال على كل موسر أربعة دنانير وعلى كل متوسط ديناران وعلى كل فقير دينار

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والمستحب أن يجعل الجزية على ثلاث طبقات فيجعل على الفقير المعتمل ديناراً وعلى المتوسط دينارين وعلى الغنى أربعة دنانير ، لأن عمر رضي الله عنه بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة ، فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين وإثنى عشر ، ولأن بذلك يخرج من الخلاف ، لأن أبا حنيفة لا يجيز إلا كذلك .

(فصل) ويجوز أن يضرب الجزية على مواشيتهم وعلى ما يخرج من الأرض من ثمر أو زرع ، فإن كان لا يبلغ ما يضرب على الماشية وما يخرج من الأرض ديناراً لم يجز ، لأن الجزية لا تجوز أن تنقص عن دينار ، وإن شرط أنه ان نقص عن دينار تم الدينار جاز لأنه يتحقق حصول الدينار ، وإن غلب على الظن أنه يبلغ الدينار ولم يشترط أنه لو نقص الدينار تم الدينار فضبه وجمان (أحدهما) أنه لا يجوز لأنه قد ينقص عن الدينار (والثاني) أنه يجوز لأن الغالب في الثمار أنها لا تختلف .

وان ضرب الجزية على ما يخرج من الأرض فباع الأرض من مسلم صح البيع لأنه مال له ، وينقل ما ضرب عليها إلى الرقبة لأنه لا يمكن أخذ ما ضرب عليها من المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الحراج ، ولأنه جزية فلا يجوز أخذها من المسلم ولا يجوز إقرار الكافر على الكفر من غير جزية فانتقل إلى الرقبة .

(فصل) ويجب الجزية في آخر الحول لأن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم في كل سنة دينار . وروى أبو مجلز أن عثمان ابن حنيف وضع على الروموس على كل رجل أربعة وعشرين في كل سنة ، فإن

مات أو أسلم بعد الحول لم يسقط ما وجب لآلته عوض عن الحقر والمساكنة وقد استوفى ذلك فاستقر عليه العوض كالأجرة بعد استيفاء المنفعة ، فإن مات أو أسلم في أثناء الحول ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يلزمه شيء لأنه مال يتعلق وجوبه بالحول فسقط بموته في أثناء الحول كالزكاة .

(والثاني) وهو الصحيح أنه يلزمه من الجزية بحصة ما مضى لأهاتها عوضا عن الحقر والمساكنة ، وقد استوفى البعض فوجب عليه بحصته ، كما في أسنجر عينا مدة واستوفى المنفعة في بعضها ثم هلكت العين

(فصل) ويجوز أن يشترط عليهم في الجزية ضيافة من يربهم من المسلمين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم صالح أكيذر دومة من نصارى أيلة على ثلاثمائة دينار ، وكانوا ثلاثمائة رجل ، وأن يضيفوا من يربهم من المسلمين . وروى عبد الرحمن بن غنم قال : كتبت لعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين صالح نصارى أهل الشام ، بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا كتاب لعبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين من نصارى مدينة كدى إنكم لما قدمتم علينا سألفاكم الأمان لأنفسنا وذرائعنا وأموالنا ، وشرطنا لكم أن تنزل من يربنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم ، ولا يشترط ذلك عليهم إلا برضاهم ، لأنه ليس من الجزية ، ويشترط عليهم الضيافة بعد الدينار الحديث أكيذر دومة ، لأنه إذا جعل الضيافة من الدينار لم يؤمن أن لا يحصل من بعد الضيافة مقدار الدينار ، ولا تشترط الضيافة إلا على فني أو متوسط ، وأما الفقير فلا تشترط عليه وإن وجبت عليه الجزية ، لأن الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها .

ويجب أن تكون أيام الضيافة من السنة معلومة ، وعدد من يضاف من الفرسان والرجالة وقدر الطعام والأدم والعلوفة معلوما ، ولأنه من الجزية فلم يحز مع الجمل بها ، ولا يكفون إلا من طعامهم وإدامهم لما روى أسلم أن أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقالوا إن المسلمين إذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج في ضيافتهم ، فقال أطمعهم بما نأكلون ولا تزيدهم على ذلك .

ويقسط ذلك على قدر جزئهم ولا تزداد أيام الضيافة على ثلاثة أيام ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الضيافة ثلاثة أيام ، وعليهم أن يستكثروهم في فضول مساكنهم وكنائسهم ، لما روى عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتب على نصارى الشام ، وشرطنا أن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين من ليل ونهار وأن توسع أبوابها للبارة وأبناء السبيل ، فإن كثروا وضاق المكان قدم من سبق ، فإذا جاءوا في وقت واحد أقرع بينهم لتساويهم ، وإن لم تسهم هذه المواضع نزلوا في فضول بيوت الفقراء من غير ضيافة

(الشرح) أثر عمر د بعث عثمان بن حنيف ، أخرجه أبو عبيد في الأموال أثر عمر أنه ضرب في الجزية على الغنى ثمانية وأربعين درهماً وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير المكتسب لثني عشر ، أخرجه البيهقي في السنن من طرق كلها مرسلة .

حديث لا ينبغي لمسلم . . . عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على مؤمن جزية ، أخرجه البيهقي وابن جرير حديث عمر بن عبد العزيز أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن أن على كل إنسان منكم ديناراً كل سنة أو قيمته من المعافر ، يعني أهل الذمة منهم ، رواه الهافعي في مسنده وهو مرسل أثر عثمان بن حنيف سبق تخريجه

حديث صالح أ كيدر دومة . . . عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد دومة فأخذوه فأتوا به فخص دمه وصالحه على الجزية . أخرجه أبو داود وسكت عنه المنذرى ورجال أسناده ثقات وفيه عنينة محمد بن إسحاق وأخرج البيهقي عن عبد الله بن أبي بكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد إلى أ كيدر بن عبد الملك - رجل من كنده - كان ملكاً على دومة وكان نصرانياً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالد إنك ستجده يصيد البقر ، فخرج خالد حتى إذا كان من حصنه منظر العين وفي ليلة مقمرة صافية وهو على سطح ومعه امرأته ، فأتت البقر تحك بقرونها باب القصر ،

فقال له امرأته هل رأيت مثل هذا قط؟ قال لا والله، قالت فمن يترك مثل هذا قال لا أحد، فنزل فأمر بفرسه فسرج وركب معه نفر من أهل بيته فيهم أخ له يقال له (حسان) فخرجوا معه بطارفيهم فالتقاهم خيل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذته وقتلوا أخاه حسان وكان عليه قباء ديباج مخوص بالذهب فاستلبه إياه خالد بن الوليد فبعث إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل قدومه عليه، ثم إن خالد قدم بالأكيدر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فحقت له دمه وصالحه على الجزية وأخلى سبيله فرجع إلى قرينته،

أثر عبد الرحمن بن غنم قال كتبت لعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين صالح أهل الشام: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا كتاب لعبد الله عمر أمير المؤمنين من نصارى مدينة كذا وكذا، إنكم لما قدمتم علينا سألفاكم الأمان لأنفسنا وذراريها وأموالنا وأهل ملتنا، وشرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث في مدينتنا ولا فيما حولها دير ولا كنيسة ولا قلاية ولا صومعة راهب، ولا نجد ما خرب منها ولا نحجي ما كان منها في خطط المسلمين، وأن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين في ليل ولا نهار ولا نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل، وأن نزل من مر بنا من المسلمين ثلاثة أيام ونقطعهم، وأن لا يؤمن في كنائسنا ولا منازلنا جاحوسا ولا نكتم غشا للمسلمين ولا نعلم أولادنا القرآن ولا نظهر شركا ولا ندعوا إليه أحداً ولا نمنع أحداً من قرابتنا الدخول في الإسلام إن أراد، وأن نوقر المسلمين وأن نقوم لهم من مجالسنا إن أرادوا جلوسا ولا نقسبه بهم في شيء من لباسهم من قفلسوة ولا عمامة ولا نظلين ولا فرق شعر، ولا نتكلم بكلامهم ولا نتكلم بكلامهم ولا نكلمهم معنا ولا ننقش خواتمنا بالعربية ولا نبيع الخور، وأن نجزم مقاديرهم رهوسنا وأن نلزم زيننا حيث ما كنا وأن نشد الزناهير على أوساطنا وأن لا نظهر صليبنا وكتبتنا في شيء من طريق المسلمين ولا أسواقهم، وأن لا نظهر الصليب على كنائسنا، وأن لا نضرب بناقوس في كنائسنا بين حضرة المسلمين وأن لا نخرج شعائنا ولا باعونا، ولا نرفع أصواتنا مع أمواتنا ولا نظهر النهران معهم في شيء من طريق المسلمين ولا نجاوزهم موتانا ولا نتخذ من

الرفيق ما جرى عليه سهام للمسلمين ، وأن نرشد المسلمين ولا نطلع عليهم في منازلهم ، فلما أتيت عمر رضى الله عنه بالكتاب زاد فيه وأن لا تضرب أحداً من المسلمين ، شرطنا لهم ذلك على أنفسنا وأهل ملتنا وقبلنا منهم الأمان ، فإن نحن خالفنا شيئاً مما شرطناه لكم فضعناه على أنفسنا فلا ذمة لنا وقد حل لكم ما يحل لكم من أهل المعاهدة والشقاوة . أخرجه البيهقي في السنن

أثر أسلم أن أهل الجزية من أهل الشام قال الحافظ لم أجده ، وذكر ابن أبي حاتم من طريق صعصعة بن يزيد أو يزيد بن صعصعة عن ابن عباس من قوله أثر عبد الرحمن بن غنم سبق تخريجهم في نفس الباب

حديث : الضيافة ثلاثة أيام ، روى البيهقي عن أسلم مولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن عمر بن الخطاب ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنائير وعلى أهل الورق أربعين درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى البيهقي عن حارثة بن مضرب أن عمر بن الخطاب فرض على أهل السواد ضيافة يوم وليلة فمن حبسه مرض أو مطر أنفق من ماله .

قال الشافعي وحديث أسلم بضيافة ثلاث أشبه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الضيافة ثلاثاً ، وقد يجوز أن يكون جعلها على قوم ثلاثاً وعلى قوم يوماً وليلة ، ولم يجعل على آخرين ضيافة ، كما يختلف صلحه لهم ، فلا يرد بعض الحديث بعضاً .

وعن أبي شريح قال : سمعت أذناى وأبصره عيناى رسول الله (ص) وهو يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته ، قيل يا رسول الله وما جائزته ؟ قال يوم وليلة والضيافة ثلاثة أيام ، فما كان أكثر من ذلك فهو صدقة ، ولا يشوى عنده حتى يخرج ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت ، رواه البخارى ومسلم عن الليث بن سعد

اللغة : قوله (يضرب عليها الجزية) أى يجعل ضريبة تؤدى كل سنة مثل ضريبة العبد وهى غلته .

قوله (دومة) اسم حصن وأصحاب اللغة يقولون بضم الدال ، وأصحاب

الحديث يفتحونها ، قال ذلك الجوهري وقد أخطأ من همزها قوله (والأدم
والملوفة) وهي علمف الدواب بضم العين ، فأما الملوفة بالفتح فهي الناقة والشاة
يملقها ولا يرسلها ترعى وكذا العليفة
الباعوث للنصارى كالأستسقاء للمسلمين ، وهو اسم سرياني ، والشعافين
عيد عند عدم .

قوله (والمستحب أن يجعل الجزية ...) وسبق إيضاحه فيما قبله

قوله (ويجوز أن يضرب الجزية ...) قال صديق حسن خان في الروضة ،
عن عمر بن عبد العزيز : من مر بك من أهل الذمة فخذ بما يدرون به من
التجارات من كل عشرين ديناراً فما نقص فبحساب ذلك حتى يبلغ عشرة دنانير ،
فإن نقصت تلك دينار فدعها ولا تأخذ منها شيئاً واكتب لهم بما تأخذ منهم
كتاباً الى مثله من الحول ، قلت عليه أبو حنيفة

وقال الشافعي : الذي يلزم اليهود والنصارى من العشور هو ما صلحوا عليه
وقت عقد الذمة ، وكتب عمر بن عبد العزيز الى عماله أن يضموا الجزية عن
أسلم من أهل الجزية حين يسلمون . قلت عليه أبو حنيفة
وقال الشافعي : لا تسقط بالاسلام وبالوات لأنه دين حل عليه كسائر الديون .
وقال ابن الترمكاني : ذكر صاحب الاستذكار عن الشافعي قال : إذا أسلم في بعض
السنة أخذت منه بحسابه .

وحكى عن مالك وأبي حنيفة وأصحابه وابن حنبل أنه يسقط عنه ما مضى .
قال ابن الترمكاني هو الصواب لعموم قوله عليه السلام : ليس على المسلم جزية ،
وقول عمر ضموا الجزية عن أسلم ، ولا يوضع إلا ما مضى
قال ابن ضويان في كتاب منار السبيل : من أسلم منهم بعد الحول سقطت
عنه الجزية ، نص عليه لحديث ابن عباس مرفوعاً : ليس على مسلم جزية ، رواه
أحمد وأبو داود .

وقال أحمد : قد روى عن عمر أنه قال : إذا أخذها في كفه ثم أسلم ردها ،
وروى أبو عبيد أن يهودياً أسلم فطوب بالجزية ، وقيل إنما أسلمت تعوذاً ،

قال إن في الإسلام معاذاً ، فرفع إلى عمر فقال : إن في الإسلام معاذاً وكتب
أن لا تؤخذ منه الجزية ، وفي قدر الجزية ثلاث روايات

(إحداهن) يرجع إلى ما فرضه عمر على الموسر ثمانية وأربعون درهما ،
وهل المتوسط أربعة وعشرون ، وعلى الفقير المعتدل اثنا عشر فرضها عمر
كذلك بحضور من الصحابة وتابعه سائر الخلفاء بعد فصار إجماعاً .

وقال ابن أبي نجيح : قلت لمجاهد ، ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنائير وأهل
اليمن عليهم دينار ؟ قال جعل ذلك من قبل اليسار ، رواه البخاري
(والثانية) يرجع فيه إلى اجتهاد الامام في الزيادة والنقصان

(والثالثة) يجوز الزيادة لا النقصان ، لأن عمر زاد على ما فرض رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقص ، ويجوز أن يشرط عليهم مع الجزية ضيافة
من يربهم من المسلمين ، لما روى الاحنف بن قيس أن عمر شرط على أهل
الذمة ضيافة يوم وليلة وأن يصلحوا القناطر ، وإن قتل رجل من المسلمين بأرضهم
فمليهم دينه ، رواه أحمد

وروى أسلم أن أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر رضي الله عنه فقاروا
إن المسلمين إذا مروا بنا كففونا ذبح الغنم والدجاج في ضيافتهم ، فقال أطمعهم
بما نأكلون ولا تزيدهم على ذلك

قوله : وتجب الجزية في آخر الحول ... ، قال ابن رشد وهي متى تجب الجزية
فإنهم اتفقوا على أنها لا تجب إلا بعد الحول وأنها تسقط عنه إذا أسلم قبل
انقضاء الحول ، واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية
للحول الماضي بأسره أو لما مضى منه ، فقال قوم إذا أسلم فلا جزية عليه بعد
انقضاء الحول كان إسلامه أو قبل انقضائه ، وبهذا القول قال الجمهور

وقالت طائفة إن أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية ، وإن أسلم قبل حلول
الحول لم تجب عليه وإنهم اتفقوا على أنه لا تجب عليه قبل انقضاء الحول لأن
الحول شرط في وجوبها ، فإذا وجد الرفع لها وهو الإسلام قبل تقرر الوجوب
أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وإنما اختلفوا بعد انقضاء الحول لأنها
قد وجبت ، فن رأى أن الإسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثيراً من

الواجبات قال تسقط عنه ، وإن كان إسلامه بعد الحول ومن رأى أنه لا يهدم الإسلام هذا الواجب كما لا يهدم كسراً من الحقوق المرتبة مثل الديون وذير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول ، فسبب اختلافهم هو هل الإسلام يهدم الجزية الواجبة أو لا يهدمها .

قال الفزرنوى الحنفى فى كتابه الغرة (مسألة) إذا أسلم الذى أو مات بعد وجوب الجزية بمرور الحول سقطت عند أبى حنيفة وعند الشافعى لا تسقط . حجة أبى حنيفة قوله صلى الله عليه و لا جزية على مسلم ، وقوله صلى الله عليه وسلم الإسلام يجب ما قبله ، وروى أن ذمياً طولب بالجزية فى زمن عمر فأسلم ، فقبل إنك أسلمت تعوذاً . سبق إيرادها فيما ذكره منار السبيل ، ولأن الجزية وجبت عقوبة على الكفر وهى تسقط بالإسلام حجة الشافعى أن الجزية وجبت على العصمة والأمن فيما مضى ماله كان فى معرض التلف فخصت له الصيانة بقبول الجزية ، وقد وصل إليه العوض فلا تسقط عنه العوض بالإسلام والموت ، والجواب عنه أن هذا قياس فى مقابلة النص والآثار فلا يقبل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من صبي لحديث معاذ قال : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافياً ، ولأن الجزية تجب لحسن الدم والصبي محقون الدم ، وإن بلغ صبي من أولاد أهل الذمة فهو فى أمان لأنه كان فى الأمان فلا يخرج منه من غير عناد ، فإن اختار أن يكون فى الذمة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يستأنف له عقد الذمة ، لأن العقد الأول كان للأب دونه

فعل هذا جزئته على ما يقع عليه التراضى

(والثانى) لا يحتاج الى استئناف عقد لأنه تبع الأب فى الأمان فتبعه فى

الذمة ، فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من الأب ولا يلزمه جزية جده من الأم

لأنه لا جزية على الأم فلا يلزمه جزية أبيها

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من مجنون لأنه محقون الدم فلا تؤخذ منه الجزية كالصبي ، وإن كان مجن يوماً ويصق يوماً لفق أيام الإفاقة ، فإذا بلغ قدر سنة أخذت منه الجزية لأنه ليس تغليب أحد الأمرين بأولى من الآخر فوجب التلفيق ، وإن كان عاقلاً في أول الحول ثم جن في أثناءه وأطبق المجنون في جزية ما مضى من أول الحول قولان ، كما قلنا فبمن مات أو أسلم في أثناء الحول .

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الجزية أن لا تضربوا الجزية على النساء ولا تضربوا إلا على من جرت عليه الموسى ، ولأنها محقونة الدم فلا تؤخذ منها الجزية كالصبي ، ولا تؤخذ من الخنثى المشكل لجواز أن يكون امرأة ، وإن طلبت المرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم في دار الإسلام من غير جزية جاز لأنه لا جزية عليها ولكن بشرط عليها أن تجرى عليها أحكام الإسلام ، وإن نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان

(أحدهما) أنه لا يعقد لمن لأن دماءهن محقونة ، فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحصن ويستبقوهن

(والثاني) أنه يجوز أن يعقد لمن الذمة وتجري عليهم أحكام المسلمين كما قلنا في الحرية إذا طلبت عقد الذمة ، فعلى هذا لا يجوز سيدهن وما بدلن من الجزية كالمهنية ، وإن دفعن أخذ منهن وإن امتنعن لم يخرجن من الذمة

(فصل) ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال ، لا جزية على مملوك ، ولأنه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبي والمرأة ولا تؤخذ من نصفه حر ونصفه عبد لأنه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد .

ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يؤخذ منه بقدر ما فيه من الحرية لأنه يملك المال بقدر ما فيه من الحرية ، وإن أعنت العبد نظرت فإن كان المعتق مسلماً عقدت له الذمة بما يقع عليه النراضى من الجزية ، وإن كان ذمياً ففيه وجهان (أحدهما) أنه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه النراضى من الجزية

لأن عقد المولى كان له دون العبد (والثاني) يلزمه جرية المولى لأنه تبعه في الامان فلزمه جزيته

(فصل) وفي الراهب والشيخ الفاني قولان بناء على القولين في قتلها ، فإن قلنا يجوز قتلها أخذت مذهبها الجزية ليحقق بها دمها ، وإن قلنا أنه لا يجوز قتلها لم تؤخذ مذهبها لأن دمها محقون فلم تؤخذ مذهبها الجزية كالصبي والمرأة وفي الفقير الذي لا كسب له قولان

(أحدهما) أنه لا تجب عليه الجزية لأن عمر رضى الله عنه جعل أهل الجزية طبقات وجعل أديانهم الفقير المعتمل ، فدل على أنها لا تجب على غير المعتمل ، ولأنه إذا لم يجب خراج الارض في أرض لا نبات لها لم يجب خراج الرقاب في رقبة لا كسب لها ، فعلى هذا يكون مع الاغنياء في عقد الذمة ، فإذا أسير استؤنف الحول .

(والثاني) أنها تجب عليه لأنها تجب على سبيل العوض فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالثمن والأجرة ، ولأن المعتمل وغير المعتمل يستويان في القتل بالكفر فاستويا في الجزية ، فعلى هذا ينظر الى الميسرة ، فإذا أسير طوبى بجزية ما مضى . ومن أصحابنا من قال لا ينظر لأنه يقدر على حنق الدم بالاسلام فلم ينظر ، كما لا ينظر من وجبت عليه كفارة ولا يجد رقبة وهو يقدر على الصوم ، فعلى هذا يقول له إن توصلت الى أداء الجزية خلتك ، وإن لم تفعل نبذنا اليك العهد .

(الشرح) حديث معاذة أمرني أن آخذ . . . سبق تخريجه

أثر أسلمه أن عمر كتب الى أمراء الجزية ، روى البيهقي من طريق زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر كتب الى أمراء الاجناد أن لا تضربوا الجزية الا على من جرت عليه المواسي ولا تضربوا الجزية على النساء والصبيان

وأخرج أبو عبيد في كتاب الأموال عن عمروة : كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن أنه من كان على يهوديته أو نصرانيتها فإنه لا يئزها وعليه الجزية ، على كل حامل ذكر أو أنثى ، عبد أو أمة دينار وافر أو قيمته ،

ورواه ابن زنجويه في الاموال عن الحسن ، قال كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره وقال الحافظ هذان مرسلان يقوى أحدهما الآخر
وروى أبو عبيد في الاموال عن عمر قال ، لا تشتروا رقيق أهل الذمة فإنهم أهل خراج يؤدي بعضهم عن بعض ،

أثر عمر ، لا جزية على مملوك ، قال الحافظ في التلخيص ، لا جزية على العبد ، زوى مرفوعاً وروى موقوفاً على عمر ، وليس له أصل
اللغة : قوله (أو عدله معافياً) العدل بالكسر المثل المساوي للشيء ، ومنه عدل الحمل . قال ابن الأنباري العدل بالكسر ما عادله الشيء من جنسه ، والعدل بالفتح ما عادله من غير جنسه ، قال البصريون العدل والعدل لغتان وهما المثل ، والمعاف البرود تنسب الى معافر باليمن ، وهم حمى من همدان ، أى تنسب اليهم الثياب المعافرية .

قوله (لا تضربوا الجزية) وفي بعضها لا تضعوا . ومعناه لا تلزموهم ولا تجعلوها ضريبة .

قوله (الفقير المعتمل) يقال اعتمل اضطررب في العمل ، قال :

إن الكريم وأبيك يعتمل إن لم يجد يوماً على من يتكلم
والمعتمل قد يكون المكتسب بالعمل من الصناعة وغيرها

قال ابن رشد في بداية المجتهد : وهي أى الاصناف من الناس تجب عليهم فإنهم اتفقوا على أنها إنما تجب بثلاثة أوصاف : الذكورية والبلوغ والحرية ، وأنها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت ، إنما هو عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين ، إذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان ، وكذلك أجمعوا أنها لا تجب على العبيد ، واختلفوا في أصناف من هؤلاء ، منها الجنون وفي المقعد ، ومنها في الشيخ ، ومنها في أهل الصوامع ، ومنها في الفقير هل يتبعها بيتنا منى أمير أم لا ، وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعى ، وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا ؟ أعنى هؤلاء الأصناف

وقال في منار السبيل : ولا تؤخذ الجزية من امرأة وخنثى وصبي ومجنون .
قال في الشرح : لا نعلم فيه خلافاً ، ثم قال وقن (أى عبد) وزمن وأعمى وشيخ
فان وراهب بصومعته ، لأن دماهم محقونة أشبهوا النساء والصبيان
قال أبو يوسف في الخراج : وإنما تجب الجزية على الرجال منهم دون النساء
والصبيان ، ولا تؤخذ الجزية من المسكين الذى يتصدق عليه ولا من أعمى
لا حرفة له ولا عمل ولا ذمى يتصدق عليه ولا من مقعد ، والمقعد والامن إذا
كان اهنا يسار أخذ منها ، وكذلك الأعمى وكذلك المترهبون الذين فى الديارات
إذا كان لهم يسار أخذ منهم ، وإن كانوا إنما هم مساكين يتصدق عليهم أهل
اليسار منهم لم تؤخذ منهم ، وكذلك أهل الصوامع وإن كان لهم غنى ويسار .
ثم قال ولا تؤخذ الجزية من الشيخ الكبير الذى لا يستطيع للعمل ولا شئ له .
وكذلك المغلوب على عقله .

وقال الحافظ فى الفتح ، واختلف السلف فى أخذها من الصبي ، فالجمهور
قالوا لا تؤخذ على مفهوم حديث معاذ ، وكذلك لا تؤخذ من شيخ فان ولا زمن
ولا امرأة ولا مجنون ولا عاجز عن الكسب ولا أجير ولا من اصحاب الصوامع
والأصح عند الشافعية الوجوب على من ذكر آخرأ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وينبت الامام عدد أهل الذمة وأسماءهم ويحلبهم بالصفات التى
لا تتغير بالأيام ، فيقول طويل أو قصير أو ربة أو أبيض أو أسود أو أسمر
أو أشقر أو أدعج العينين أو مقرون الحاجبين أو أقى الأقف ، ويكتب ما يؤخذ
من كل واحد منهم ، ويجعل على كل طائفة عريفاً ليجمعهم عند أخذ الجزية
ويكتب من يدخل معهم فى الجزية بالبلوغ ومن يخرج منهم بالموت والاسلام ،
وتؤخذ منهم الجزية برفق كما تؤخذ سائر الديون ، ولا يؤذيم فى أخذها بقول
ولا فعل لأنه عوض فى عقد فلم يؤذم فى أخذه بقول ولا فعل كأجرة الدار ،
ومن قبض منه جزيته كتبت له براءة لتكون حجة له إذا احتاج اليها .
(فصل) وإن مات الامام أو عزل وولى غيره ولم يعرف مقدار ما عليهم

من الجزية رجع اليهم في ذلك لأنه لا يمكن معرفته مع نعدز البيئنة إلا مع جهنهم
 ويحلفهم استظهاراً ولا يجب لأن ما يدعون لا يخالف الظاهر ، فإن قال بعضهم
 هو دينار وقال بعضهم هو ديناران أخذ من كل واحد منهم ما أقر به ، لأن
 إقرارهم مقبول ، ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض ، لأن شهادتهم لا تقبل ،
 وإن ثبت بعد ذلك بإقرار أو بيئنة أن الجزية كانت أكثر استوفى منهم ، فإن
 قالوا كنا ندفع دينارين ديناراً عن الجزية وديناراً هدية فالقول قولهم مع يمينهم
 واليمين واجبة لأن دعواهم تخالف الظاهر ، وإن غاب منهم رجل سنين ثم قدم
 وهو مسلم وادعى أنه أسلم في أول ما غاب ففيه قولان

(أحدهما) أنه لا يقبل قوله ويطالب بجزية ما مضى في غيبته في حال
 الكفر ، لأن الأصل بقاؤه على الكفر (والثاني) أنه يقبل لأن الأصل براءة
 الذمة من الجزية .

(الشرح) قال أبو يوسف في الحراج ، ولا يضرب أحد من أهل الذمة في
 استيذائهم الجزية ، ولا يقاموا في شمس ولا غيرها ولا يحمل عليهم في أبدانهم
 من المكارة ، ولكن يرفق بهم ويحبسون حتى يؤدوا ما عليهم ولا يخرجون من
 الحبس حتى تستوفى منهم الجزية .

اللعنة . قوله (أدعج العينين) الدعج شدة سواد المقلة وشدة بياض بياضها
 قوله (مقرون الحاجبين) هو التقاء طرفيهما ، وهو مذموم وضده البلج وهو أن
 ينقطعما حتى يكون ما بينهما نقياً من الشعر وهو محمود ، والقنا حديداب الأتف
 مع ارتفاع قسبته .

قوله (ويحلفهم استظهاراً) مأخوذ من الظهور وهو الظاهر الذي لا خفاء به
 والاستظهار الأخذ بالجزم واليقين ، وأصله عند العرب أن الرجل إذا سافر
 أخذ مع بهيره بعيراً آخر خوف أن يعبا بهيره فيركب الآخر والبعير هو الظهر
 ذكره الأزهري .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب عقد الذمة

لا يصح عقد الذمة إلا من الامام أو من فوض اليه الامام لأنه من المصالح العظام فكان الى الامام ، ومن طلب عقد الذمة وهو ممن يجوز لإقراره على الكفر بالجزية وجب العقد له لقوله عز وجل (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق) ثم قال (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) فدل على أنهم إذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم .

وروى بريدة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث أميراً على جيش قال إذا لقيت عدواً من المشركين فادعهم الى الدخول فى الاسلام ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، وإن أبوا فادعهم الى إعطاء الجزية ، فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ، ولا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين ، بذل الجزية والنزاهة أحكام المسلمين فى حقوق الآدميين فى العقود والمعاملات وغرامات المتلفات فإن عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد ، والدليل عليه قوله عز وجل (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) والصغار هو أن تجرى عليهم أحكام المسلمين ، ولا فرق بين الخيارية وغيرهم فى الجزية ، والذي يدعيه الخيارية أن معهم كتاباً من على بن أبى طالب كرم الله وجهه بالبراءة من الجزية لا أصل له ولم يذكره أحد من علماء الاسلام ، وأخبار أهل الذمة لا تقبل وشهادتهم لا تسمع

(الشرح) حديث « أن النبي صلى الله عليه وسلم ... سبق تخريجه

اللغة قوله (عن يد) أى عن قهر ، وقد تقدم ذكره

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان أهل الذمة في دار الاسلام أخذوا بلبس الغيار وشد الزنار ، والغيار أن يكون فيها يظهر من ثيابهم ثوب يخالف لونه لون ثيابهم ، كالأزرق والأصفر ونحوهما ، والزنار أن يشدوا في أوساطهم خيطا غليظا فوق الثياب ، وإن لبسوا القلائس جعلوا فيها خرقا ليميزوا عن قلائس المسلمين ، لما روى عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتبه لعمر بن صالح نصارى الشام فشرطنا أن لا نتعصب بهم في شيء من لباسهم من قلنسوة ولا عمامة ولا فعلين ولا فرق شعر ، وأن نفضد الزنابير في أوساطنا ، ولأن الله عز وجل أعز الاسلام وأهله وندب إلى إعزاز أهله ، وأذل الشرك وأهله وندب إلى إذلال أهله ، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : بعثت بيدي الساعة بالسيف حتى يعبد الله ولا يشرك به شيء ، وجعل الصفار والذلل على من خالف أمرى ، فوجب أن يتميزوا عن المسلمين لنستعمل مع كل واحد منهم ما ندبنا إليه .

وإن شرط عليهم الجمع بين الغيار والزنار أخذوا بهما ، وإن شرط أحدهما أخذوا به لأن التمييز يحصل بأحدهما ، ويجعل في أهناقهم خاتم ليميزوا به عن المسلمين في الحمام وفي الأحوال التي يتجردون فيها عن الثياب ، ويكون ذلك من حديد أو رصاص أو نحوهما ولا يكون من ذهب أو فضة لأن في ذلك إعظاما لهم وإن كان لهم شعر أمروا بحجز النواصي ومنعوا من إرساله كما تصفع الأشراف والأخيار من المسلمين ، لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر على نصارى الشام : وشرطنا أن نجز مقاديرهم وسننا ولا يمنعون من لبس العمامة والاطيلسان لأن التمييز يحصل بالغيار والزنار .

وهل يمنعون من لبس الديباج ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنهم يمنعون لما فيه من التمجيد والتفخيم والتعظيم (والثاني) أنهم لا يمنعون كالألمانيين ممنعوا من لبس المرتفع من القطن والكتان ، وتؤخذ فسألهم بالغيار والزنار لما روى أن عمر كتب إلى أهل الآفاق أن مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زناهن وتكون

زنايرهن تحت الازار لانه إذا كان فوق الازار انكشفت رموسهن واتصفت
أبدانهم ويجملن في أعناقهن خاتم حديد ليميزن به عن المسلمات في الحمام كما قلنا
في الرجال ، وان لبسن الخفاف جملن الخفين من لوفين ليميزن عن النساء
المسلمات ويمنعون من ركوب الخيل ، لما روى في حديث عبد الرحمن بن غنم :
هرطنا أن لا نقعبه بالمسلمين في مراكبهم ، وان ركبوا المحير والبغال ركبوها
على الألف دون السروج ولا يتقلدون السيوف ولا يحملون السلاح لما روى
عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر ولا يركب بالسروج ولا يتقلد بالسيوف ولا
تتخذ شيئاً من السلاح ولا تحمله ويركبون عرضاً من جانب واحد لما روى ابن
عمر أن عمر كان يكتب الى عماله يأمرهم أن يجعل أهل الكتاب المناطق في
أوساطهم وأن يركبوا الدواب عرضاً على شق

(الشرح) أثر عبد الرحمن بن غنم حين صالح عمر نصارى الشام سبق تخريجه
آثاره أن تجز مقدم رموسنا . . . ، أن مروا نساء أهل الأديان . . . ،
و أن لا نقعبه بالمسلمين . . . ، ولا يركب السروج . . . ، أخرج أبو عبيد في
كتاب الاموال عن نافع عن أسلم أن عمر أمر في أهل الذمة أن تجز نواصيهم ،
وأن يركبوا على الألف عرضاً ولا يركبوا كما يركب المسلمين ، وأن لا يوثقوا
كما يوثق المسلمون ،

وقال الحافظ في التلخيص ، وأن يوثقوا المناطق ،

وروى البيهقي عن عمر أنه كتب الى أمراء الاجناد أن يهتموا رقاب أهل
الذمة بخاتم الرصاص وأن تجز نواصيهم وأن تشد المناطق ، ورواه أبو يوسف
في كتاب الخراج .

قوله (أخذوا بلبس الفيار) بالفتح وهو الاسم ، وأما الفيار بالكسر فهو
المصدر كالفتخار ، وقال الصنعاني في تكميلته : الفيار بالكسر علامة أهل الذمة
كالزئار وعلامة المجرس ، جملة اسماً كالشعار والدثار

قوله (الظيلسان) هو الرداء يشتمل به الرجل على كتفيه ورأسه وظهره ،
وقد يكون مقوراً .

وقوله (ركبوها على الأكب) هو جمع إكاف آلة نجعل على الحمار يركب عليها بمنزلة المريج ، قال كالبهزوني المشدود بالأكف ، يقال إكاف ووكاف . ويلجئون إلى أضيق الطرق ، أى يضطرون ، يقال ألقاه إلى الشيء اضطرته إليه قال الحنابلة : ويمنعون من ركوب الخيل وحمل السلاح ومن أحداث الكنائس ومن بناء ما تهدم منها ومن إظهار المنكر والعبد والصليب وضرب الناقوس ومن الجهر بكتابهم ، ومن الأكل والشرب نهار رمضان ، ومن شرب الخمر وأكل لحم الخنزير .

وقال أبو يوسف في الخراج : وينبغي مع هذا أن تحتم رقابهم في وقت جباية رؤسهم حتى يفرغ من عرضهم ، ثم تكسر الخواتيم كما فعل بهم عثمان بن حنيف إن سأوا كسرهما ، وأن يتق دم في أن لا يترك أحد منهم يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في هيئته ، ويؤخذون بأن يجعلوا في أوساطهم الزنارات مثل الخيط الغليظ يعقده في وسطه كل واحد منهم ، وبأن تكون قلائصهم مضرية وأن يتخذوا على أسروجهم في موضع القرايس مثل الرمادة من خشب ، وبأن يجعلوا شركاء نعالهم مثنية ولا يخذوا حذو المسلمين ، وتمنع نساؤهم من ركوب الرحائل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يبدون بالسلام ويلجئون إلى أضيق الطرق لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا لقيتم المشركين في طريق فلا تبتدوهم بالسلام واضطروهم إلى أضيقها ، ولا يصدرون في المجالس لما روى عبد الرحمن بن هتم في كتاب عمر وأن نوقر المسلمين ونقوم لهم من مجالسنا إذا أرادوا الجلوس ، ولأن في تصديرهم في المجالس إعزازاً لهم وتسوية بينهم وبين المسلمين في الإكرام فلم يجز ذلك .

(فصل) ويمنعون من أحداث بناء يعلو بناصيرانهم من المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم : لا سلام يعلو ولا يعل ، وهل يمنعون مساواتهم في البناء

فيه وجهان (أحدهما) أنهم لا يمنعون لأنه يؤمن أن يشرف المشرك على المسلم (والثاني) أنهم يمنعون ، لأن القصد أن يملو الاسلام ، ولا يحصل ذلك مع المساواة ، وإن ملكوا داراً عالية أقرؤا عليها ، وإن كانت أعلى من دور جيرانهم لأنه ملكها على هذه الصفة ، وهل يمنعون من الاستعلاء في غير محلة المسلمين ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنهم لا يمنعون لأنه يؤمن مع البعد أن يملو على المسلمين (والثاني) أنهم يمنعون في جميع البلاد لأنهم يطاولون على المسلمين

(فصل) ويمنعون من اظهار الخمر والخنزير وضرب النواقيس والجهر بالتوراة والانجيل واظهار الصليب واظهار أعيادهم ورفع الصوت على موتاهم ، لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر رضى الله عنه على نصارى الشام شرطنا أن لا نبيع الخمر ولا نظهر صلباتنا ولا كتبنا في شيء من طرق المسلمين ولا أسواقهم ولا نضرب نواقيسنا الا ضرباً خفياً ، ولا نرفع أصواتنا بالقرأة في كنايسنا في شيء من حضرة المسلمين ، ولا نخرج شعائنا ولا باعوثنا ولا نرفع أصواتنا على موتانا .

(فصل) ويمنعون من احداث الكنائس والبيع والصوامع في بلاد المسلمين لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : أيما مصر مصرته للعرب فليس للمعجم أن يبنيوا فيه كنيسة ،

وروى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر على نصارى الشام : انكم لما قدمتم علينا شرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث في مدائننا ولا فيما حولها ديراً ولا قلاية ولا كنيسة ولا صومعة راهب ، وهل يجوز اقرارهم على ما كان منها قبل الفتح ينظر فيه فإن كان في بلد فتح صلحا واستثنى فيه الكنائس والبيع جاز اقرارهما لأنه اذا جاز أن يصلحوا على أن لنا النصف ولهم النصف جاز أن يصلحوا على أن لنا البلد الا الكنائس والبيع .

وان كان في بلد فتح عنوة أو فتح صلحا ولم تستثن الكنائس والبيع ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز كما لا يجوز اقرار ما أحدثوا بعد الفتح (والثاني) أنه يجوز لأنه لما جاز اقرارهم على ما كانوا عليه من الكفر جاز اقرارهم على ما بينى للكفر ، وما جاز تركه من ذلك في دار الاسلام اذا انهدم

فهل يجوز إعادته ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يجوز لما روى كثير بن مرة قال : سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تبني الكنيسة في دار الاسلام ولا يحدد ما خرب منها .

وروى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر بن الخطاب على نصارى الشام : ولا يحدد ما خرب منها ، ولأنه بناء كنيسة في دار الاسلام فنع منه كما لو بناها في موضع آخر .

(والثاني) أنه يجوز لأنه لما جاز تشييد ما تسعب منها جاز إعادة ما انهدم وإن عقدت الذمة في بلد لهم ينهدون به لم يمنعوا من إحداث الكنائس والبيع والصوامع ولا من إعادة ما خرب منها ، ولا يمنعون من إظهار الخمر والتخزير والصليب وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والابحاجيل وإظهار ما لهم من الاعياد ولا يؤخذون بلبس الغيار وشدة الزناهير لأنهم في دار لهم فلم يمنعوا من إظهار دينهم فيه .

(الشرح) حديث أبي هريرة ، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبدهوا اليهود والنصارى بالسلام ، وإذا لقيتموهم في طريق فاضطروهم إلى أضيقتها ، متفق عليه .

وعن أنس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا سلم عليكم أهل الكتاب فقولوا وعليكم ، متفق عليه ، وفي رواية لأحمد ، فقولوا وعليكم ، بغير واو وعن ابن عمر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن اليهود إذا سلم أحدهم إنما يقول السام عليكم فقل عليك ، متفق عليه ، وفي رواية لأحمد ومسلم ، وعليك ، باواو .

وعن عائشة قالت : دخل رهط من اليهود على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال السام عليك . قالت عائشة ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة ، قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة إن الله يحب الرفق في الأمر كله ، فقلت يا رسول الله لم تسمع ما قارا ؟ فقال قد قلت وعليكم ، متفق عليه .

وعن عقبة بن عامر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنى راكب غداً إلى يهود فلا تبدهم بالسلام ، وإذا سلموا عليكم تقولوا وعليكم . رواه أحمد
 أثر عبد الرحمن بن غنم ، أن نوقر المسلمين ، سبق تخريجه
 حديثه بالاسلام يعلو ، أخرجه الدارقطني من حديث طائفة المزني وعلقه
 البخارى ، ورواه الطبرانى فى الصغير من حديث عمر مطولاً فى قصة الضب ،
 وإسناده ضعيف جداً .

أثر عبد الرحمن بن غنم ، أن لا يبيع الخمر ، سبق تخريجه
 أثر ابن عباس ، كل مصر مصره المسلمون لا تبني فيه بيعة ولا كنيسة ولا
 يضرب فيه ناقوس ولا يباع فيه لحم خنزير ، رواه البيهقي وفى إسناده حش
 وهو ضعيف .

أثر عبد الرحمن بن غنم سبق تخريجه

أثر عمر ، لا تبني الكنيسة ، سبق تخريجه

أثر عبد الرحمن ، ولا تجددوا ما خرب منها ، سبق تخريجه
 اللقمة . قوله (ولا يصدرون فى المجالس) أى لا يحملون صدوراً . وهم
 السادة الذين يصدر عن أمرهم ونهيهم .

قوله (ولا تخرج شعائنا ولا باعوثنا) قال الزحشرى والخطابى الشعمانين
 عيدهم الاول قبل فصيحهم بأسبوع يخرجون لصلبانهم ، والباعوث بالمين المهمل
 ولثاء المثناة استسقاؤهم يخرجون بصلبانهم الى الصحراء يستسقون ، قال وروى
 ولا باعوثاً وجدته مضبوطاً بالعين والغين والثاء بثلاث فيهما وأظن النون خطأ
 تصحيفاً ، قال وهو عيد لهم صلحوا على أن لا يظهروا زبيهم للمسلمين فيفتنهم
 قوله (ديراً ولا قلاية) قال الخطابى الدير والقلاية متعبداتهم تشبه الصومعة ،
 وروى قلية وروى بتصحيفاً الباء الموحدة باثنتين من تحتها

قال أبو يوسف فى الحراج ، ويمنعوا من أن يحدثوا بناء بيعة أو كنيسة فى
 المدينة الا ما كانوا صلحوا عليه وصاروا ذمة وهى بيعة لهم أو كنيسة ، فما كان
 كذلك زكت لهم ولم تهدم وكذلك بيوت النيران ، ويتركون يسكنون فى أمصار

المسلمين وأسواقهم يبيعون ويشترون ، ولا يبيعون خمرأ ولا خنزيراً ولا
يظهرون الصليبان في الأمصار ولتسكن قلائسهم طوالاً مضربة .

قالت الحنابلة ويمنعون من تملية البناء على المسلمين وبجرم القيام لهم وتصديرهم
في المجالس وبداءتهم بالسلام وكيف أصبحت أو أمسيت أو كيف أنت أو حالك
ونحرمت تهنئتهم وتعزيتهم وعبادتهم ، وروى حديث أبي هريرة ، وما عدا السلام
بما ذكر في معناه ففسد عليه ، وعنه يجوز عيادتهم لمصلحة راجحة كرجاء السلام
اختاره الشيخ تقي الدين والأجري ، وصوبه في الانصاف . ومن سلم على ذي
ثم علمه سن قوله رد على سلاي لأن ابن عمر مر على رجل فسلم عليه ، فقيل له
إله كافر ، فقال رد على ما سلمت عليك ، فرد عليه فقال أكثر الله مالك وولدك
ثم التفت إلى أصحابه فقال أكثر للجزية .

وإن سلم الذي لزم رده فيقال وعليكم ، لحديث أبي بصرة قال ، قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم : إنا فادون فلا تبدأوهم بالسلام ، فإن سلموا عليكم فقولوا
وعليكم ، وعن أنس قال : نهينا أو أمرنا أن لا نزيد أهل الذمة على د وعليكم ،
رواه أحمد . وإن شئت كافر أجابه يهديك الله ، وكذا إن عطس الذي لحديث
أبي موسى أن اليهود كانوا يتعاطسون عند النبي صلى الله عليه وسلم رجاء أن يقول
لهم برحمكم الله فكان يقول لهم يهديكم الله ويصلح بالكم ، رواه أحمد وأبو داود
والنسائي والترمذي وصححه وتكره مصاحته

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجب على الامام الذب عنهم ومنع من يقصدهم من المسلمين
والكفار واستنقاذ من أسر منهم ، واسترجاع ما أخذ من أموالهم ، سواء كانوا
مع المسلمين أو كانوا منفردين عنهم في بلد لهم ، لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم
وحفظ أموالهم ، فإن لم يدفع حتى مضى حول لم تجب الجزية عليهم لأن الجزية
للحفظ وذلك لم يوجد فلا يجب ما في مقابلته كما لا تجب الاجرة إذا لم يوجد
التكثير من المنفعة ، وإن أخذ منهم خمر أو خنزير لم يجب استرجاعه لأنه محرّم
فلا يجوز اقتناؤه في الشرع فلم تجب المطالبة به

(فصل) وإن عقدت الذمة بشرط أن لا يمنع عنهم أهل الحرب فظرت فإن كانوا مع المسلمين أو في موضع إذا قصدم أهل الحرب كان طريقهم على المسلمين لم يصح للعقد لأنه عقد على تمكين الكفار من المسلمين فلم يصح ، وإن كانوا منفردين عن المسلمين في موضع ليس لأهل الحرب طريق على المسلمين صح للعقد لأنه ليس فيه تمكين الكفار من المسلمين ، وهل يكره هذا الشرط ؟ قال الشافعي رضي الله عنه في موضع يكره ، وقال في موضع لا يكره ، وليست المسئلة على قولين ، وإنما هي على اختلاف حالين ، فالموضع الذي قال يكره إذا طلب الامام الشرط ، لأن فيه اظهار ضعف المسلمين ، والموضع الذي قال لا يكره إذا طلب أهل الذمة الشرط لأنه ليس فيه اظهار ضعف المسلمين ، وإن أثار أهل الحرب على أهل الذمة وأخذوا أموالهم ثم ظفر الامام بهم واسترجع ما أخذوه من أهل الذمة وجب على الامام رده عليهم ، وإن أتلفوا أموالهم أو قتلوا منهم لم يضمنوا لأنهم لم يلتزموا أحكام المسلمين ، وإن أثار من يفتنا وبينهم هدنة على أهل الذمة وأخذوا أموالهم وظهر بها الامام واسترجع ما أخذوه وجب رده على أهل الذمة ، وإن أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم وجب عليهم الضمان لأنهم التزموا بالهدنة حقوق الأدميين ، وإن تقضوا العهد وامتنعوا في ناحية ثم أغاروا على أهل الذمة وأتلفوا عليهم أموالهم وقتلوا منهم ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليهم الضمان (والثاني) لا يجب كالتقواين فيما يتلف أهل الردة إذا امتنعوا وأتلفوا على المسلمين أموالهم أو قتلوا منهم

(الشرح) قوله « ويجب على الامام ، قالت الحنابلة » ويحرم قتال أهل الذمة وأخذ مالهم ويجب على الامام حفظهم ومنع من يؤذيهم ، لأنهم إنما بذوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم .

روى عن علي رضي الله عنه أنه قال « إنما بذوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا .

وقال الكاساني الحنفي في البدائع : وأما بيان حكم العقد فنقول وبالله التوفيق أن انعقد الذمة أحكاماً منها عصمة النفس لقوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون

بالله - إلى قوله عز وجل - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ، نهي سبحانه وتعالى لإباحة القتال إلى غاية قبول الجزية ، وإذا انتهت الإباحة تثبت العصمة طرورة ، ومنها عصمة المال لأنها تابعة لعصمة النفس وعن علي رضي الله عنه وذكر نفس الأثر السابق . قلت وإن الإجماع منعقد على هذا ، وخير ما أختتم لك به ما ذكره الامام رشيد في تفسيره ، وإذا كان من المسلم الثابت أن المرتزق والمنطوع سيان في الحقوق للكتابة التي تمنح للعسكر كان من الحق الواضح أن يعفى المسلمون كلهم من ضريبة الجزية ، أما أهل الذمة فما كان يحق للإسلام أن يجبرهم على مباشرة القتال في حال من الأحوال بل الأمر يبيد ان رضوا بالقتال عن أنفسهم وأموالهم عفوا عن الجزية ، وإن أبوا أن يخاطروا بالنفس فلا أقل من أن يسأحوا بهي من المال وهي الجزية ، ولذلك تطالبني بإثبات بعض القضايا المنطوية في هذا البيان ، أي اثبات أن الجزية ما كانت تؤخذ من الذميين إلا للقيام بمحابتهم والمدافعة عنهم ، وإن الذميين لو دخلوا في الجند أو تكفلوا أمر الدفاع لعفوا عن الجزية ، فإن صدق ظني فاصغ إلى الروايات التي تهطيك الثلج في هذا الباب وتحسم مادة القيل والقال (قلت وسنكتفي بواحدة كوعدها مع الناشر)

منها ما كتب خالد بن الوليد لصلوبا بن نسطونا حينما دخل الفرات وأوغل فيها ، وهذا نصه :

هذا كتاب من خالد بن الوليد لصلوبا بن نسطونا وقومه ، إنى هاهنا تم على الجزية والمنعة وما منعناكم (أي حينناكم) فلنا الجزية والا فلا ؟ كتب سنة اثني عشر في صفر ،

اللفظ . قوله (ويجب على الامام الذب عنهم) هو المنع والدفع عنهم لمن يريد ظلمهم وهلاكهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن تحاكم مشركان إلى حاكم المسلمين نظرت فإن كانا معاهدين فهو بالحيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لقوله عز وجل (فإن جاءوك فاحكم

بينهم أو أعرض عنهم) ولا يختلف أهل العلم أن هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة قبل فرض الجزية ، وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه .

وإن دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور ، وإن كانا ذميين نظرت فإن كان على دين واحد ففيه قولان

(أحدهما) أنا بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم ، لأنهما كافران فلا يلزمه الحكم بينهما كالمجاهدين ، وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه ، وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور .

والقول الثاني أنه يلزمه الحكم بينهما ، وهو اختيار المزني لقوله تعالى (وإن أحكم بينهم بما أنزل الله) ولأنه يلزمه دفع ما قصد كل واحد منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين ، وإن حكم بينهما لزمهما حكمه ، وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور ، وإن كانا على دينين كاليهودى والنصراني ففيه طريقان (أحدهما) أنه على القولين كالقسم قبله ، لأنهما كافران فصارا كما لو كانا على دين واحد .

(والثاني) قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجب الحكم بينهما قولاً واحداً لأنهما إذا كانا على دين واحد فلم يحكم بينهما تحاملاً إلى زيمتهما فيحكم بينهما ، وإذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما برئيس الآخر فيضيع الحق . واختلاف أصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال القولان في حقوق الأدميين وفي حقوق الله تعالى ، ومنهم من قال القولان في حقوق الأدميين وأما حقوق الله تعالى فإنه يجب الحكم بينهما قولاً واحداً ، لأن لحقوق الأدميين من يطالب بها ويتوصل إلى استيفائها فلا تصح بترك الحكم بينهما ، وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها فإذا لم يحكم بينهما ضاعت .

ومنهم من قال القولان في حقوق الله تعالى ، فأما في حقوق الأدميين فإنه يجب الحكم بينهما قولاً واحداً ، لأنه إذا لم يحكم بينهما في حقوق الأدميين ضاع حقه واستضر ، ولا يوجد ذلك في حقوق الله تعالى ، فإن تحاكم إليه ذمى ومجاهد ففيه قولان كالذميين وإن تحاكم إليه مسلم وذمى أو مسلم ومجاهد لزمه

الحكم بينهما قولاً واحداً لأنه يلزمه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر فلزمه الحكم بينهما ، ولا يحكم بينهما إلا بحكم الاسلام لقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولقوله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط)

وإن تحاكم اليه رجل وامرأة في نكاح ؛ فإن كانا على نكاح لو أسلما عليه لم يجر إقرارهما عليه فنكاح ذوات المحارم حكم بإبطاله ، وإن كانا على نكاح لو أسلما عليه جاز إقرارهما عليه حكم بصحته ، لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها ، والدليل عليه قوله تعالى (وقالت امرأة فرعون) فأضاف الى فرعون زوجته . وقوله تعالى (وامرأه حمالة الحطب) فأضاف الى أبي لب زوجه ، ولأنه أسلم خلق كثير على أنكحة في الكفر فأقروا على أنكحتهم ، فإن طلقها أو آلى منها وظاهر منها حكم في الجميع بحكم الاسلام .

(فصل) وإن تزوجها على مهر فاسد وسلم اليها بحكم حاكمهم ثم ترافعا الينا ففيه قولان (أحدهما) يقرون عليه لأنه مهر مقبوض فأقرا عليه ، كما لو أقبضها من غير حكم (والثاني) أنه يجب لها مهر المثل لأنها قبضت عن إكراه بغير حق فصار كما لو لم تقبض .

(فصل) ومن أتى من أهل الذمة محرماً يوجب عقوبة نظرت فإن كان ذلك محرماً في دينه كالقتل والزنا والسرقه والتدفع وجب عليه ما يجب على المسلم ، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن يهودياً قتل جارية على أوضاع لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى يهوديين قد لجرا بعد إحصائهما فأمر بهما فرجما ، ولأنه محرم في دينه وقد التزم حكم الاسلام بعقد الذمة فوجب عليه ما يجب على المسلم ، وإن كان يعقد إباحته كشرب الخمر لم يجب عليه الحد لأنه لا يمتنع تحريمه فلم يجب عليه عقوبة الكافر ، فإن تظاهر به عزر لأنه إظهار منكر في دار الاسلام فعزر عليه .

(للشرح) حديث أنس أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين فقبل لها من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان ؟ حتى سمي اليهودي فأومات برأسها ، لحيه به

فاعترف فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فرض رأسه بحجرين ، رواه الجماعة .
 وفي رواية لمسلم ، فقتلها بحجر لحي . بها إلى النبي صلى الله عليه وبها رمق ، وفي
 رواية أخرى ، قتل جارية من الأنصار على حلي لها ثم ألقاها في قليب ورضخ
 رأسها بالحجارة فأمر به أن يرحم حتى يموت فرجم حتى مات ،

حديث ابن عمر أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وسلم برجل وامرأة منهم
 قد زنيا ، فقال ما تجدون في كتابكم ؟ فقالوا تسخم وجوههما ويخزيان ، قال
 كذبتن إن فيها الرجم ، فأهتوا بالتوراة فأتوها إن كنتم صادقين ، فلهما وبالطوراة
 وجاءوا بقارىء لهم فقروا حتى إذا انتهى إلى موضع منها وضع يده عليه ، فقيل له
 ارفع يدك ، فرفع يده فإذا هي تلوح ، فقال أو قاروا يا محمد إن فيها الرجم ولكننا
 كنا نكاتبه بيننا ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما ، قال فلقد رأيت
 يجمنا عليها بقيها الحجارة بنفسه ، متفق عليه

وفي رواية أحمد ، بقارىء لهم أعور يقال له ابن صوريا ، وفي رواية لأحمد
 ومسلم عن جابر بن عبد الله قال : رجم النبي صلى الله عليه رجلا من أسلم ورجلا
 من اليهود وامرأة .

وعن البراء بن عازب قال : مر على النبي صلى الله عليه وسلم بيهودى محم
 مجهود فدعاهم فقال : أهكذا تجدون حد الزنا في كتابكم ؟ قالوا نعم فدعا رجلا من
 علمائهم فقال : أفشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى ؟ أهكذا تجدون حد
 الزانى في كتابكم ؟ قال لا ، ولولا أنك نشدتنى بهذا لم أخبرك بحد الرجم ، ولكن
 كثر أشرفنا وكنا إذا أخذنا للضعيف أقننا عليه الحد ، فقلنا تعالوا فلنجتمع على
 شيء نقيم على الشريف والوضيع ، فجمعنا التحميم والجلد مكان الرجم ، فقال
 النبي صلى الله عليه وسلم اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه ، فأمر به فرجم
 فأنزل الله عز وجل (يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون في الكفر من
 الذين قارا - إلى قوله - إن أوتيتهم هذا فخذوه) يقولون اتوا محمداً فإن أمركم
 بالتحميم والجلد فخذوه ، وإن أفتاكم بالرجم فاحذروا ، فأنزل الله تبارك وتعالى
 (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك
 هم الفاسقون) قال هي في الكفار كلها . رواه أحمد ومسلم وأبو داود

اللغة : السخيم من السخام وهو سواد القدر . التحميم من الحمه وهي الفحة
والآية تدل على فإن جاءوك متحاكين إليك فأنت مخير بين الحكم بينهم
والاعراض عنهم وتركهم إلى رؤسائهم ، وقد اختلف العلماء في هذا التخيير أهو
خاص بتلك الواقعة وهي حد الزنا هل هو الجلد أو الرجم أو دية القتل ، إذ كان
بنو النضير يأخذون دية كاملة على قتلاهم لقوتهم وشرفهم ، وبنو قريظة يأخذون
نصف دية لضعفهم ، وقد تحاكموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم لجعل الدية سواء
أم هو خاص بالمجاهدين دون أهل الذمة وغيرهم ، أم الآية عامة في جميع القضايا
من جميع الكفار عملاً بقاعدة العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، والمرجح
المختار أن التخيير خاص بالمجاهدين دون أهل الذمة

وقال القرطبي في الجامع : إذا ترفع أهل الذمة إلى الامام ، فإن كان مارفعوه
ظلمًا كالقتل والعدوان والغصب خكم بينهم ومنعه منه بلا خلاف ، وأما إذا لم
يكن كذلك فالامام مخير في الحكم بينهم ، وتركه عند مالك والشافعي ، غير أن
مالكا رأى الاعراض عنهم أولى ، فإن حكم حكم بينهم بحكم الاسلام قال الشافعي
لا يحكم بينهم في الحدود ، وقال أبو حنيفة يحكم بينهم على كل حال ، وهو قول
الزهري وعمر بن عبد العزيز والحكم

وروى عن ابن عباس وهو أحد قولي الشافعي لقوله تعالى (وأن احكم بينهم)
واحتج مالك بقوله تعالى (فإن جاءوك) وهو نص في التخيير ، قال ابن القاسم
والزائبان فالحاكم مخير ، لأن إنفاذ الحكم حق للأساقفة ، والمخالف يقول لا يلتفت
إلى الأساقفة .

قال ابن العربي وهو الأصح ، وقال عيسى عن ابن القاسم لم يكونوا أهل ذمة
إنما كانوا أهل حرب ، وهذا الذي قاله عيسى عنه إنما نزح به لما رواه الطبري
وغيره أن الزائنين كانوا من أهل خيبر أو فدك ، وكانوا حرباً لرسول الله (ص)
وكانوا يبنوا إلى يهود المدينة يقولون لهم اسألوا محمداً عن هذا فإن أفتاكم بغير
الرجم فخذوه منه واقبلوه ، وإن أفتاكم به فاحذروه .

قال ابن العربي : وهذا لو كان صحيحاً لكان مجيبهم بالزائنين وسؤالهم عهداً

وأماناً ، وإن لم يكن عهد و ذمة و دار لكان له حكم الكف عنهم و العدل فيهم ،
فلا حجة لرواية عيسى في هذا .
وقال للشوكاني في النبيل : و حديث أفس بدل علي أنه يقتل الرجل بالمرأة ،
و إليه ذهب الجمهور .

وحكى ابن المنذر الاجماع عليه إلا رواية عن علي و عن الحسن البصرى
و عطاء ، و رواه البخارى عن أهل العلم ، و روى في البحر عن عمر بن عبدالعزيز
و الحسن البصرى و عكرمة و عطاء و مالك و أحد قول الشافعى أنه لا يقتل الرجل
بالمرأة وإنما تجب الدية ، و قد رواه أيضاً عن الحسن البصرى أبو الوليد الباجى
و الخطابى . و حكى هذا القول عن صاحب الكشاف ، و قد أشار السعد فى حاشيته
على الكشاف إلى أن الرواية التى ذكرها الزمخشرى و هم محض ، قال و لا يوجد
فى كتب المذهبين - يعنى مذهب مالك و الشافعى - تردد فى قتل الذكر بالأنثى
وقال فى مكان آخر : حديث ابن عمر بدل علي أن حد الزنا يقام على الكافر كما
يقام على المسلم .

و قد حكى صاحب البحر الاجماع على أنه يجلد الحربى ، و أما للرجم فذهب
الشافعى و أبو يوسف و للقاسمية إلى أنه يرجم المحسن من الكفار ، و ذهب أبو حنيفة
و محمد و زيد بن علي و الناصر و الامام يحيى إلى أنه يجلد و لا يرجم ، قال الامام
يحيى : و الذى كالحربى فى الخلاف ، و قال مالك لا حد عليه .
و أما الحربى المستامن فذهبت العترة و الشافعى و أبو يوسف إلى أنه يحد ،
و ذهب مالك و أبو حنيفة و محمد إلى أنه لا يحد ، و قد بالغ ابن عبد البر فنقل
الاتفاق على شرط الاحصان الموجب للرجم هو الاسلام ، و تعقب بأن الشافعى
و أحمد لا يهترطان ذلك

و من جملة من قال بأن الاسلام شرط ربيعة شيخ مالك و بعض الشافعية ،
ثم قال : و من غرائب التعصبات ماروى عن مالك أنه قال إنما رجم النبي (ص)
اليهوديين ، لأن اليهود يومئذ لم يكن لهم ذمة فتحا كوا اليه ، و تعقب بأنه صلى
الله عليه وسلم اذا أقام الحد على من لا ذمة له فلأن يقبضه على من له ذمة بالأولى
كذا قال الطحاوى .

وقال القرطبي معترضاً على قول مالك : إن مجيء اليهود سائنين له صلى الله عليه وسلم يوجب لهم عهد ، كما لو دخلوا للتجارة فإنهم في أمان إلى أن يردوا إلى ما منهم ، ثم قال ومن جملة ما تمسك به من قال ان الاسلام شرط حديث ابن عمر مرفوعاً موقوفاً من أشرك بالله فليس بمحصن ، ورجع الدارقطني وغيره الوقف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا امتنع الذمي من النزام الجزية أو امتنع من النزام أحكام المسلمين انتقض عهده ، لأن عقد الذمة لا يتم إلا بهما فلم يبق دونهما ، وإن قاتل المسلمين انتقض عهده ، سواء شرط عليه تركه في العقد أو لم يشترط ، لأن مقتضى عقد الذمة الأمان من الجانبين ، والقتال يناهض الأمان فانتقض به العهد ، وإن فعل ما سوى ذلك نظرت فإن كان مما فيه اضرار بالمسلمين فقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى ستة أشياء ، وهو أن يزني بمسلمة أو يصيبها باسم النكاح ، أو يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع عليه الطريق أو يورث عينا لهم أو يدل على عوراتهم ، وأضاف إليه أصحابنا أن يقتل مسلماً ، فإن لم يشترط للكف عن ذلك في العقد لم ينتقض عهده لبقاء ما يقتضى العقد من النزام أداء الجزية والنزام أحكام المسلمين والكف عن قتالهم .

وان شرط عليهم الكف عن ذلك في العقد ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا ينتقض به العقد ، لأنه لا ينتقض به العهد من غير شرط فلا ينتقض به مع الشرط ، كما يظهر الخمر والخنزير وترك الغبار

(الثاني) أنه ينتقض به العهد لما روى أن نصرانياً استكره امرأة مسلمة على الزنا فرفع إلى أبي عبيدة بن الجراح فقال : ما على هذا صالحناكم ، وضرب عنقه ، ولأن عقوبة هذه الأفعال تستوفي عليه من غير شرط فوجب أن يكون لشرطها تأثير ، ولا تأثير إلا ما ذكرناه من نقض العهد ، فإن ذكر الله عز وجل أو كتابه أو ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم أو دينه بما لا ينبغي فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق في حكمه حكم الثلاثة ، الأولى وهي الامتناع من

التزام الجزية والتزام أحكام المسلمين والاجتماع على قتالهم . وقال عامة أصحابنا حكمه حكم ما فيه ضرر بالمسلمين ، وهي الاشياء السبعة ان لم يشترط في العقد التكف عنه لم ينتقض العهد ، وان شرط التكف عنه فعلى الوجهين ، لان في ذلك اضراراً بالمسلمين لما يدخل عليهم من العار فالحق بما ذكرناه مما فيه اضرار بالمسلمين ومن أصحابنا من قال : مه سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله ، لما روى أن رجلاً قال لعبد الله بن عمر سمعت راهباً يشتم رسول الله (ص) فقال لو سمعته لقتلته ، انا لم نعطه الا امان على هذا

وان اظهر من منكر دينهم ما لا ضرر فيه على المسلمين كالخنزير والخنزير وضرب الناقوس والجمهر بالتوراة والانجيل وترك الغيار لم ينتقض العهد ، شرط أو لم بشرط ، واختلف أصحابنا في تعليقه ؛ فمنهم من قال لا ينتقض العهد لانه اظهار ما لا ضرر فيه على المسلمين ، ومنهم من قال ينتقض لانه اظهار ما يتدينون به واذا فعل ما ينتقض به العهد ففيه قولان

(أحدهما) أنه يرد الى مأمنه لانه حصل في دار الاسلام بأمان فلم يجز قتله قبل الرد الى مأمنه كما لو دخل دار الاسلام بأمان صبي

(والثاني) وهو الصحيح أنه لا يجب رده الى مأمنه ، لان أبا عبيدة بن الجراح قتل النصراني الذي استكره المسلمة على الزنا ولم يرده الى مأمنه ، ولانه مشرك لا امان له فلم يجب رده الى مأمنه كالأسير ؛ ويخالف من دخل بأمان الصبي ، لان ذلك غير مفروض لانه اعتقد صحة عقد الايمان فرد الى مأمنه وهذا مفروض لانه نقض العهد فلم يرد الى مأمنه ، فعلى هذا يختار الامام ما يراه من القتل والاسترقاق والمن والغداء ، كما قلنا في الاسير

(الشرح) أثره أن نصرانياً استكره ، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بافظه عن سويد بن غفلة كنا مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أمير المؤمنين بالشام فاتاه نبطي مضروب مشجع ، فغضب غضباً شديداً ، فقال لصهيب انظر من صاحب هذا ، فانطلق صهيب فإذا هو هوف بن مالك الأشجعي ، فقال له ان أمير المؤمنين قد غضب غضباً شديداً ، فلو أتيت معاذ بن جبل فشى معك

إلى أمير المؤمنين فأتى أخاف عليك بادرته ، فجاء معه معاذ فلما انصرف عمر من الصلاة قال ابن صهيب ؟ فقال أنا هذا يا أمير المؤمنين ، فقال أجت بالرجل الذي ضربه ؟ قال نعم ، فقام اليه معاذ بن جبل فقال يا أمير المؤمنين إنه عوف ابن مالك فاسمع منه ولا تعجل عليه ، فقال له عمر مالك ولهذا ، قال يا أمير المؤمنين رأيته يسوق بامرأة مسلمة فذخس الحمار ليصرعها فلم تصرع ثم دفعها فخرت عن الحمار ثم اتغشاهما ففعلت ما ترى ، قال اتنى بالمرأة لتصدقك ، فأتى عوف المرأة فذكر ؛ الذي قال له عمر رضى الله عنه ، قال أبوها ووجهها ما أردت بصاحبتنا فضحتها ، فقالت المرأة والله لأذهبن معه إلى أمير المؤمنين ، فلما أجمعت على ذلك قال أبوها وزوجها نحن نبلغ عنك أمير المؤمنين فأتيا فصدقا عوف بن مالك بما قال ، قال فقال عمر لليهودى والله ما على هذا عاهدناكم فأمر به فصلب ، ثم قال يا أيها الناس فوا بدمية محمد صلى الله عليه وسلم فمن فعل منهم هذا فلا ذمة له . قال سويد بن غفلة والله لأول مصلوب رأيته .

أثره أن رجلا قال لعبد الله بن عمر سمعت راهبا يشتم ، رواه البيهقي بلفظ . أن عرفة بن الحارث الكندي مر به نصراني فدعاه إلى الاسلام فتناول النبي صلى الله عليه وسلم وذكره فرفع عرفة يده فدق أنه ، فرفع إلى عمرو بن العاص فقال عمرو أعطينام العهد ، فقال عرفة معاذ الله أن نكون أعطينام على أن يظهر واشتم للنبي صلى الله عليه وسلم إنما أعطينام على أن نخلى بينهم وبين كناستهم يقوان فيها ما بدا لهم وأن لا نحملهم ما لا يطيقون وإن أرادهم عدو قاتلتهم من ورائهم ونخلى بينهم وبين أحكامهم إلا أن يأتوا راضين بأحكامنا ، فنحكهم بينهم بحكم الله وحكم رسوله ، وإن غيبوا عنا لم نعرض لهم فيها . قال عمرو صدقت .

وروى أبو داود والنسائي عن ابن عباس أن أعمى كانت له أم ولد تشتم النبي صلى الله عليه وتقع فيه ، فنهاها فلا تفهمي ، وبزجرها فلا تنزجر ، فلما كان ذات ليلة جمعت تقع في النبي صلى الله عليه وسلم وتشتمه ، فأخذ المغول لجملة في بطنها واتكأ عليه فقتلها ، فلما أصبح ذكر للنبي صلى الله عليه وهلم لجمع الناس فقال أنشد الله رجلا فعل ما فعل لي عليه حتى إلا قام ، فقام الأعمى يتخطى الناس وهو يتدل حتى قعد بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله

أنا صاحبها كانت تشتمك وتقع فيك فأهاها فلا تنتهي وأزجرها فلا تنزجر ولي
منها ابنان مثل اللوازيين وكانت بي رفيقة ، فلما كان البارحة جعلت تهتمك
وتقع فيك فأخذت المغول فوضته في بطنها وانكأت عليه حتى قتلها فقال النبي
صلى الله عليه وسلم ألا اشهدوا أن دمها هدر

وروى أبو داود من طريق آخر عن علي أن يهودية كانت تشتم النبي (ص)
وتقع فيه فخنقها رجل حتى ماتت فأبطل رسول الله (ص) ذمتها ،

اللغة : المغول بالغين المعجمة قال الخطابي شبيه المشمل فصله دقيق ماض
وكذلك قال غيره هو سيف رقيق له قننا يكون غمده كالسيوط ، واشتقاق
المغول من غاله الشيء واغتاله إذا أخذه من حيث لم يدر

قوله ، إذا امتنع الذمي ، قالت الحنابلة ، ومن أبي من أهل الذمة بذل الجزية
أو أبي الصغار ، أو أبي التزام أحكامنا انتقض عهده ، أو زنى بمسلمة أو أصابها
بنكاح انتقض عهده ، نص عليه لما روى عن عمر أنه رفع إليه رجل أراد
استكراه امرأة مسلمة على الزنى ، فقال ما على هذا صالحناكم ، فأمر به فصلب
في بيت المقدس أو قطع الطريق ، أو ذكر الله تعالى أو رسوله بسوء أو ذكر
كتابه أو دينه بسوء ، نص عليه لما روى أنه قيل لابن عمر إن راهبا يشتم النبي
صلى الله عليه وسلم ، فقال لو سمعته لقتلته إن لم تعط الأمان على هذا ، أو تعدى
على مسلم يقتل أو فغنه عن دينه انتقض عهده لأنه ضرر يعم المسلمين ، أشبه
ما لو قاتلهم . ومثل ذلك إن نجس أو أوى جلسوساً ، ويخبر الامام فيه كالأسير
الحربي بين رق وقتل ومن وفداء ، لأنه كافر لا أمان له قدرنا عليه في دارنا بغير
عقد ولا عهد وما له فيه ولا ينقض عهد نسائه وأولاده ، فإن أسلم حرم قتله
ولو كان سب النبي صلى الله عليه وسلم ، لعموم حديث الإسلام يجب ما قبله ،
وقياساً على الحربي إذا سبه صلى الله عليه وسلم ثم تاب بإسلام قبلت توبته اجماعاً
قال في المروع وذكر ابن أبي موسى أن سب الرسول يقتل ولو أسلم ، اقتصر
عليه في المستوعب .

وذكره ابن البنا في الحصال قال الشيخ تقي الدين وهو الصحيح من المذهب
ونقل ابن المنذر الاتفاق على أن من سب النبي صلى الله عليه وسلم صريحاً وجب

قتله ونقل أبو بكر الفارسي أحد أئمة الدفاعية في كتاب الاجماع أن من سب النبي صلى الله عليه وسلم بما هو قذف صريح كفر بانفاق العلماء ، فلو تاب لم يسقط عنه القتل ، لأن حد قذفه القتل وحد القذف لا يسقط بالتوبة ، ومخالفة القفال فقال كفر بالسب فسقط القتل بالاسلام .

وقال الصيدلاني يزول القتل ويجب حد القذف . قال الخطابي لا أعلم خلافا في وجوب قتله إذا كان مسلماً ، وقال ابن بطال : اختلف العلماء فيمن سب النبي صلى الله عليه وسلم . فأما أهل العمدة والذمة كاليهود فقال ابن القاسم عن مالك يقتل من سبه منهم إلا أن يسلم ، وأما المسلم فيقتل بغير استنابة ، ونقل ابن المنذر عن الليث والشافعي وأحمد وإسحاق مثله في حق اليهود نحوه .

وحكى عن عياض هل كان ترك من وقع منه ذلك لعدم التصريح أو لمصلحة التأليف ، ونقل عن بعض المالكية أنه لم يقتل اليهود الذين كانوا يقولون له السام عليك لأنهم لم تقم عليهم البيعة بذلك ولا أقروا به فلم يقض فيهم بعلمه ، وقيل لأنهم لما لم يظهروه ولووه بالسنتهم ترك قتلهم ، وقيل لأنه لم يحمل ذلك منهم على السب بل على الدعاء بالموت الذي لا بد منه ، ولذلك قال في الرد عليهم وعليكم أى الموت نازل علينا وعليكم فلا معنى للدعاء به ، أشار إلى ذلك القاضي عياض واحتج الطحاوي لأصحابه بحديث أنس الذي فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقتل من كانوا يقولون له السام عليك ، وأيده بأن هذا الكلام لو صدر من مسلم لكانت ردة ، وأما صدوره من اليهودي فالذي هم عليه من الكفر أشد فلذلك لم يقتلهم النبي (ص) وتعقب بأن دماهم لم تحقن إلا بالعمد وليس في العمد أنهم يسبون النبي (ص) فمن سبه منهم تعدى العمد فينتقض فيصير كافراً بهلا عهد فيهدر دمه إلا أن يسلم

ويؤيده أنه لو كان كل ما يعتقدونه لا يؤخذون به لكانوا لو قتلوا مسلماً لم يقتلوا لأن من معتد بهم حل دماء المسلمين ومع ذلك لو قتل منهم أحد مسلماً قتل ، فإن قيل إنما يقتل بالمسلم قصاصاً ، بدليل أنه يقتل به ولو أسلم ، ولو سب ثم أسلم لم يقتل .

ومسك الختام أورد لك بمض ما ذكره الامام المناضل شيخ الاسلام ابن تيمية في كتابه الصارم المسلول على شاتم الرسول (طبعة الهند سنة ١٣٢٢ هـ) فيقول (فصل) في إيراد السنن والأحاديث الدالة على حكم شاتم النبي (ص) فيورد حديث شعبة السابق الاشارة اليه ، وقال رواه أبو داود وابن بطة في سننه وهو من جملة ما استدل به الامام أحمد في رواية ابنه عبدالله ، وذكره بالفاظ متقاربة ، ثم ذكر حديث ابن عباس وقال : سئل الامام أحمد في قتل الذي إذا سب أحاديث ؟ قال نعم ، منها حديث الاحمى الذي قتل المرأة ، قال سمعها تشتم النبي صلى الله عليه وسلم .

وذكر الحديث الثالث فقال : ما احتج به الشافعى على أن الذي إذا سب قتل ورثت منه الذمة ، وهو قصة كعب بن الأشرف اليهودى ، قلت وهي في الصحيحين .

قال الخطابى ، قال الشافعى يقتل الذي إذا سب النبي (ص) وتبرأ منه الذمة واحتج في ذلك بضمير ابن الأشرف .

وكان بودى أن أسير شوطا طويلا مع هذا الامام العظيم وأسرد لك ما ذكره في كتابه المذكور لولا الخوف من الاطالة وتنبية الناشر بالاعتصار على أقل القليل حتى لا يخرج الكتاب عن الحيز المرسوم له ، ومن أراد الزيادة فليرجع إلى الصارم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يمكن مشرك من الإقامة في الحجاز ، قال الشافعى رحمه الله هي مكة والمدينة واليمامة ومخاليقها ، قال الاصمعى سمي حجاز لأنه حاجز بين تهامة ونجد ، والدليل عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه فقال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب ، وأراد الحجاز . والدليل عليه ما روى أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قال : آخر ما تكلم به رسول الله (ص) أخرجوا اليهود من الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب . وروى ابن عمر أن عمر رضى الله عنه أجلى اليهود والنصارى من الحجاز

ولم ينقل أن أحداً من الخلفاء أجلى من كان باليمن من أهل الذمة ، وإن كانت من جزيرة العرب ، فإن جزيرة العرب في قول الأصمعي من أقصى عدن إلى ريف العراق في الطول ، ومن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطرار الشام في العرض ، وفي قول أبي عبيدة ما بين حفر أبي موسى الأشعري إلى أقصى اليمن في الطول وما بين النهرين إلى السماوة ، وفي العرض قال يعقوب حفر أبي موسى هلى منازل من البصرة من طريق مكة على خمسة أو ستة منازل ، وأما نجران فليست من الحجاز ولكن صالحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لا يأكلوا الربا فأكوه ونقضوا العهد فأمر بإجلانهم فأجلهم عمر ، ويجوز تمكينهم من دخول الحجاز لغير الإقامة ، لأن عمر رضى الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجرأ في مقام ثلاثة أيام ولا يمكنون من الدخول بغير إذن الامام ، لأن دخولهم إنما أوجب لحاجة المسلمين ، فوقف على رأى الامام ، فإن استأذن في الدخول فإن كان للمسلمين فيه منفعة بدخوله لحل ميرة أو أداء رسالة أو عقد ذمة أو عقد هدنة أذن فيه ، لأن فيه مصلحة للمسلمين ، فإن كان في تجارة لا يحتاج إليها المسلمون لم يؤذن له إلا بشرط أن يأخذ من تجارتهم شيئاً ، لأن عمر رضى الله عنه أمر أن تؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر ومن حمل الزيت والقمح نصف العشر ليكون أكثر للحمل ، وتقدير ذلك إلى رأى الامام ، لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره إلى رأيه ، فإن دخل للتجارة فله أن يقيم ثلاثة أيام ولا يقيم أكثر منها لحديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه لا يصير مقبياً بالثلاثة ويصير مقبياً بما زاد .

وإن أقام في موضع ثلاثة أيام ثم انتقل إلى موضع آخر وأقام ثلاثة أيام ، ثم كذلك ينتقل من موضع إلى موضع ويقوم في كل موضع ثلاثة أيام جاز ، لأنه لم يصير مقبياً في موضع ، ولا يمنع من ركوب بحر الحجاز ، لأنه ليس بموضع للإقامة ، ويمنع من المقام في سواحه والجزائر المكونة فيه لأنه من بلاد الحجاز وإن دخل لتجارة فرض فيه ولم يمكنه الخروج أقام حتى يبرأ لأنه موضع ضرورة وإن مات فيه وأمكن نقله من غير تغيير لم يدفن فيه لأن الدفن إقامة على التأييد وإن خيف عليه التغيير في النقل عنه لبعد المسافة دفن فيه لأنه موضع ضرورة .

(الشرح) حديث ابن عباس ، اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجمعه ، رواه البخاري عن قتبية وغيره ، ورواه مسلم عن سعيد بن منصور وغيره بلفظ سمعت ابن عباس رضی الله عنه يقول : يوم الخميس وما يوم الخميس ثم بكى ثم قال : اشتد وجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال امتوني أكتب لكم كتاباً لا تضلوا بعد أبداً فتنازعوا ولا يفبغى عند نبي تنازع ، فقال ذروني قالذي أنا فيه خير مما ندعوني اليه وأمرهم بثلاث ، فقال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وأجيزوا الوفد بنحو مما كنت أجيزهم . والثالثة نسبتها ،

حديث أبي عبيدة بن الجراح ، آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه البيهقي في السنن الكبرى وأحمد بلفظ عن أبي عبيدة بن الجراح رضی الله عنه قال : آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اخرجوا يهود الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب ، واعلموا أن شر الناس الذين اتخذوا قبورهم مساجد ،

وروى مسلم وأحمد والترمذي عن عمر بن الخطاب قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لئن عشت لا أخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أترك فيها إلا مسلماً ،

أثر ابن عمر : روى البخاري عن ابن عمر رضی الله عنه قال : لما فدعت بخيبر قام عمر رضی الله عنه خطيباً في الناس فقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أموالها وقال نفركم ما أفرمكم الله ، وإن عبد الله بن عمر خرج إلى ماله هناك فعدي عليه في الليل ففدعت نداءه وليس لنا عدو هناك غيرهم وهم تهمتنا وقد رأيت أجلاهم فلما أجمع على ذلك أتاه أحد بني أبي الحقيق فقال يا أمير المؤمنين تخرجنا وقد أفرنا محمد وعاملنا على الأموال وشرط ذلك لنا ، فقال عمر رضی الله عنه أظننت أني نسيت قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيف بك إذا خرجت من خيبر تعدو بك قلوبك ليلة بعد ليلة ، فأجلاهم وأعطاهم قيمة ما لهم من الثمر مالا وإبلا وعروضاً من أقتاب وحبال وغير ذلك ، ومن طريق آخر عن ابن عمر أن عمر رضی الله عنه أجلى اليهود والنصارى

من أرض الحجاز وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خير أراد إخراج اليهود منها وكانت الأرض إذا أظهر عليها الله ورسوله وللمسلمين، فسأل اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم بها على أن يكفروا العمل ولحم نصف النمر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفرمكم على ذلك ما شئنا، فأقروا بها وأجلاهم عمر رضى الله عنه في إمارته إلى تباه وأربحا

حديث «صالحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لا يأكلوا الربا» سبق تخريجه .

أثر «لأن عمر رضى الله عنه أذن، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ضرب لليهود والنصارى والمجوس بالمدينة اقامة ثلاثة أيام يتسوقون بها ويقضون حوائجهم ولا يقيم أحد منهم فوق ثلاث ليل

أثر عمر «أن عمر رضى الله عنه أمر أن تؤخذ من أنباط الشام، رواه البيهقي في السنن الكبرى عن سالم عن أبيه أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه كان يأخذ من النبط من الحنطة والزيت فصف العشر، يريد بذلك أن يكفر الحمل إلى المدينة ويأخذ من القطنية للعشر

اللقنة قوله (جزيرة العرب) سميت جزيرة لأن البحرين، بحر فارس وبحر الحبشة والرافدين قد أحاطت بها، والرافدان دجلة والفرات، قال

ووليت العراق ورافديه فزاريا أجديد القميص

قوله (ريف العراق) حيث المزارع ومواضع الخصب منها

قوله (إلى أطرار الشام) الجوهرى، أطرار الشام أطرافها. وحفر أبو موسى ركابا احتفرها بطريق مكة من البصرة بين ماوية والنجشانيات، وكان لا يوجد بها قطرة ماء، ولها حكاية والميرة الطعام الذى يمتاره الانسان أى يجي به من بعد، يقال مار أهله يميهم إذا حمل اليهم الميرة، قال الله تعالى «ونمير أهلنا» وأنباط الشام قوم من المعجم .

والقطنية بكسر القاف هو ما سوى الطعام كالعندس واللوييا والحصى وما شاكله .

وقبل الكلام فى الفقه أورد لك ما ذكره البيهقي تحت باب ما جاء فى تفسير

أرض الحجاز وجزيرة العرب (أولاً) قال سنجيد بن العزيز : جزيرة العرب ما بين
الوادى إلى أقصى اليمن إلى تخوم العراق إلى البحر
(ثانياً) قال أبو عبد الرحمن يعنى المقرئ جزيرة العرب من لدن القادسية إلى
لدن قمر عدن إلى البحرين .

(ثالثاً) قال مالك عمر أجلى أهل نجران ولم يجلوا من تيماء لأنها ليست من
بلاد العرب ، فأما الوادى فإني أرى انما لا يجل من فيها من اليهود انهم لم يروها
من أرض العرب .

(رابعاً) قال الشافعى والحجاز مكة والمدينة واليمامة ومخاليقها كلها . وفي
رواية أخرى وليست اليمن بحجاز

وأما ما ذكره ياقوت في المعجم في الجزء الاول طبعة بيروت سنة ١٢٧٤ هـ
في ذكر الاقاليم السبعة داخل دائرة الثاني ، الحجاز حده مما يلي مصر وهدن أبين
واليمن وبادية العرب وبلاد الجزيرة بين نهري الفرات ودجلة إلى أرض لتعلبية
مما يلي للعراق .

وقال في الجزء ٢٠ في كلمة يمن يفصل بينها وبين باقى جزيرة العرب خط يأخذ
من حدود عمان ويبرن الى حد ما بين اليمن واليمامة فألى حدود الهجيرة وتلث
وكثبة وجرش منحدرًا فى السراه إلى شعف عنيز وشعف الجبل أعلاه الى تهامة
الى أم جحدم الى البحر الى جبل يقال له كرمل بالقرب من حمضة ، وذلك حد
ما بين كنانة واليمن من بطن تهامة .

(قلت أنا) وهو لياقوت هذا الخط من البحر الهندى الى البحر اليمنى عرءا
فى الهمة من الشرق الى جهة الغرب . الخ

الحجاز وحده ما بين اليمامة واليمن ونجد والمدينة الشريفة قيل نصفها تهامى
ونصفها حجازى ، وقيل كلها حجازى . وقال الكلبى حد الحجاز ما بين جبل
طوى وطريق العراق ، وسمى الحجاز حجاز لانه حجز بين تهامة ونجد ، وقيل
لانه حجز بين نجد والسراه ، وقيل لانه حجز بين نجد وتهامة والشام قال
الحربى وتبوك من الحجاز ،

وما يهمننا من هذا أن اليمن تخرج عن أرض الحجاز كما ذكر الامام الشافعى

وحكى الحافظ في الفتح في كتاب الجهاد عن الجمهور أن الذي يمنع منه المشركون من جزيرة العرب هو الحجاز خاصة ، قال وهو مكة والمدينة والبيامة وما والاها لا فيما سوى ذلك مما يطلق عليه اسم جزيرة العرب لاتفاق الجميع ، على أن اليمن لا يمنعون منها مع أنها من جملة جزيرة العرب قال وعن الحنفية يجوز مطلقاً إلا المسجد ، وعن مالك يجوز دخولهم المسجد الحرام للتجارة وقال الشافعي لا يدخلون أصلاً إلا بإذن الامام لمصلحة المسلمين اهـ

قال ابن عبد البر في الاستذكار ما لفظه ، قال الشافعي جزيرة العرب التي أخرج عمر اليهود والنصارى منها ، مكة والمدينة والبيامة ومخاليقها ، فأما اليمن فليس من جزيرة العرب . اهـ

قال في البحر (مسئلة) ولا يجوز إقرارهم في الحجاز إذ أوصى صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشياء : إخراجهم من جزيرة العرب ، الخبر ونحوه ، والمراد بجزيرة العرب في هذه الاخبار مكة والمدينة والبيامة ومخاليقها ووج والطائف وما ينسب اليها ، وسمى الحجاز حجازاً لحجزه بين نجد وتهامة .

ثم قال في حديث أبي عبيدة ، أجلي عمر أهل الذمة من الحجاز فلحق بعضهم بالشام وبعضهم بالكوفة ، وأجلي أبو بكر قوماً فلحقوا بخيبر ، فاقضى أن المراد الحجاز لا غير اهـ . وباقي كلام المؤلف في الفصل سبق بيانه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يمكن مشرك من دخول الحرم لقوله عز وجل : إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ، والمسجد الحرام عبارة عن الحرم ، والدليل عليه قوله عز وجل : سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى ، وأراد به مكة ، لأنه أسرى به من منزل خديجة . وروى عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يدخل مشرك المسجد الحرام ، فإن جاء رسولاً خرج إليه من يسمع رسالته ، وإن جاء لئلم ميرة خرج إليه من يشترى منه ، وإن جاء ليسلم خرج إليه من يضم كلامه ، وإن دخل ومرض فيه لم يترك فيه ، وإن مات لم يدفن فيه ، وإن دفن فيه نبش وأخرج منه

للآية ، ولأنه إذا لم يجر دخوله في حياته فلأن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى ، وإن
تقطع ترك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بنقل من مات فيه منهم ودفن
قبل الفتح ، وإن دخل بغير إذن فإن كان طالما بتحريره عزز ، وإن كان جاهلاً أعلم
فإن ما عزز ، وإن أذن له في الدخول بمال لم يجر ، فإن فعل استحق عليه المسمى
لأنه حصل له المعوض ولا يستحق عوض المثل ، وإن كان قاسداً ، لأنه لا أجره
لمثله ، والحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ، ومن طريق العراق على تسعة
أميال ومن طريق الحمرانة على تسعة أميال . ومن طريق الطائف على عرفة على
سبعة أميال ، ومن طريق جدة على عشرة أميال

(فصل) وأما دخول ماسوى المسجد الحرام من المساجد فإنه يمنع منه من
غيره ، لما روى عياض الأشعري أن أبا موسى وفد الى عمر ومعه نصراني
فأعجب عمر خطه فقال قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتاباً ، فقال انه لا يدخل
المسجد ، فقال لم ؟ أجنب هو ؟ قال لا ، هو نصراني ، قال فانتهره عمر ، فإن
دخل من غير إذن عزز لما روت أم غراب قالت : رأيت علياً كرم الله وجهه
على المنبر وبصر بمجوسى فنزل فضربه وأخرجه من باب كندة ، فإن استأذن في
الدخول ، فإن كان لنوم أو أكل لم يأذن له ، لأنه يرى ابتذاله تديننا فلا نهميه من
أقذاره ، وإن كان لسماع قرآن أو علم ، فإن كان ممن يرجى اسلامه أذن له لقوله
عز وجل (وإن أحد من المفركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله)
ولأنه ربما كان ذلك سبباً لإسلامه

وقد روى أن عمر رضى الله عنه سمع أخته تقرأ طه فأسلم ، وإن كان جنباً
ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يمنع من المقام فيه ، لأنه يمنع المسلم إذا كان جنباً فلأن
يمنع المشرك أولى .

(والثاني) أنه لا يمنع لأن المسلم يعتقد تعظيمه فنع ، والمشرك لا يعتقد
تعظيمه فلم يمنع ، وإن وفد قوم من الكفار ولم يكن للامام موضع ينزلهم فيه
جاز أن ينزلهم في المسجد لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل سبي بنى قريظة
والنضير في مسجد المدينة وربط ثمامة بن أثال في المسجد

(الشرح) حديث عطاء لم أعثر على رواية هذا الحديث عن عطاء ، والذي رواه البخاري أن أبا هريرة رضى الله عنه قال بعثني أبو بكر رضى الله عنه فيمن يؤذن يوم النحر بمنى أن لا يحج بعد العام مشرك وأن لا يطوف بالبيت عريان ويوم الحج الأكبر يوم النحر ، وإنما قيل الحج الأكبر من أجل قول الناس الحج الأصغر ، فنبذ أبو بكر رضى الله عنه إلى الناس في ذلك العام فلم يحج في العام القابل الذي حج فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع مشرك ، وأنزل الله في العام الذي لبذ فيه أبو بكر رضى الله عنه إلى المشركين (بأبيها الذين آمنوا وإنما المشركون نجس إلى بعد عامهم هذا)

وروى البيهقي عن علي قال : أرسلت إلى أهل مكة بأربع لا يطوفن بالكعبة عريان ؛ ولا يقربن بالمسجد الحرام مشرك بعد عامه ، ولا يدخل الجنة إلا نفس مؤمنة ، ومن كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد فعهده إلى مدته ، ومن طريق آخر عن زيد بن يثيع قال ، سألتنا علياً رضى الله عنه بأى شيء بعثت قال بأربع فذكرهن إلا أنه قال ولا يجتمع مسلم ومشرك بعد عامهم هذا في الحج ، وزاد ومن لم يكن له عهد فأربعة أشهر

أثر عياض سبق للامام النووي تخرجه في أوائل أجزاء المجموع ، ورواه ابن أبي شيبة والبيهقي

أثر على رواه ابن أبي شيبة والبيهقي

أثر عمر رواه ابن أبي اسحاق وابن هشام في السيرة والبيهقي

حديث أنزل سبي بنى قريظة والنضير في مسجد المدينة سبق تخرجه

وروى الطبراني والبيهقي أن وفد ثقيف قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فأنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم فاشترطوا على النبي صلى الله عليه وسلم أن لا يحشروا ولا يعشروا ولا يجبوا (أى لا يصلوا) ولا يستعمل عليهم من غيرهم . فقال لا تحشروا ولا تعشروا ولا تجبوا ولا يستعمل عليكم من غيركم ، ولا خير في دين ليس فيه ركوع ،

قلت وفي سننه محمد بن اسحاق وهو مدلس ولكنه عنده

حديثه وربط ثمامة بن أثال في المسجد ، أخرجه البخاري عن

أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم خيلاً قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة
يقال له ثمامة بن أثال فربطوه بسارية من سواري المسجد فخرج إليه رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال أطلقوا ثمامة ، فأنطلق إلى نخل قريب من المسجد فاغتسل
ثم دخل المسجد فقال أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ،

اللغة : وبصر بمجوسى ، أى نظر وقيل علم . قال أبو عبيد فى قوله تعالى
« بصرت بما لم يبصروا به ، نظرت من البصر » وقال قتادة فطنت من البصرة
وقال مقاتل علمت . قال الهروى : يقال بصر يبصر إذا صار عليهما بالشيء فإذا
نظرت قلت أبصرت أبصر

التجبية : أن يقوم الانسان قيام الراكع ، وقيل السجود ، والمراد بقولهم
اهم لا يصلون ، من النهاية لابن الأثير

النجل بفتح فسكون الماء النابع من الأرض

وقد اختلف الفقهاء فى دخول غير المشركين من الكفار المسجد الحرام
وغيره من المساجد وبلاد الاسلام ، فقال البيهقى فى تفسيره « أراد بالمشركين
عبدة الأصنام دون غيرهم من أصناف الكفار ، وقيل أراد جميع أصناف
الكفار عبدة الأصنام وغيرهم من اليهود والنصارى . ثم قال والمراد من منعهم
من دخول الحرم لأنهم إذا دخلوا الحرم فقد قربوا من المسجد ، ثم قال ، قال
العلماء وجملة بلاد الاسلام فى حق الكفار ثلاثة أقسام

(أحدها) الحرم فلا يجوز لكافر أن يدخله بحال ، ذمياً كان أو مستأثماً
أظاهر الآية ، وبه قال الشافعى وأحمد ومالك ، فلو جاء رسول من دار الكفر
والإمام فى الحرم فلا يأذن له فى دخول الحرم بل يخرج إليه بنفسه أو يبعث إليه
من يسمع رسالته خارج الحرم ، وجوز أبو حنيفة وأهل الكوفة للمعاهد
دخول الحرم .

القسم الثانى من بلاد الاسلام الحجاز (وخصدها بما سبق الإشارة إليه
فى الفصل قبله) ثم قال فيجوز للكفار دخول أرض الحجاز بالأذن ، ولكن
لا يقيمون فيها أكثر من مقام المسافر وهو ثلاثة أيام ، وروى الأحاديث
فى صدر الفصل .

القسم الثالث سائر بلاد الاسلام فيجوز للكافر أن يقيم فيها بعمد وأمان
وذمة ولكن لا يدخلون المساجد إلا بإذن المسلم
وقوله ، وأما دخول ما سوى المسجد ، قلت ويجوز دخول الكافر المسجد
بإذن المسلم لقول عطية بن شعبان قدم وفد ثقيف على رسول الله صلى الله عليه
وسلم في رمضان فضرب لهم قبة في المسجد ، فلما أسلموا صاموا معه ، أخرجه
الطبراني ، ولحديث أبي هريرة الذي أسروا فيه ثمامسة بن أثال ، ولهذا قالت
الشافعية يجوز دخول الكافر ولو غير كتابي المسجد بإذن المسلم إلا مسجد مكة
وحرماها . قال الزووي في المجموع ، قال أصحابنا لا يمكن كافر من دخول حرم
مكة ، وأما غيره فيجوز أن يدخل كل مسجد ويبيت فيه بإذن المسلمين ويمنع منه
بغير إذن ، ولو كان الكافر جنباً فهل يمكن من اللبس في المسجد فيه وجهان
أصحهما يمكن . اهـ

وقالت الحنفية ومجاهد يجوز دخول الكتابي دون غيره لحديث جابر أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : لا يدخل مسجداً هذا بعد عامنا هذا مشرك إلا أهل
العهد وخدمهم ، أخرجه أحمد بسند جيد ، وهذا هو الظاهر
وقالت المالكية ، لا يجوز للكافر دخول مسجد الحل والحرم إلا للحاجة ،
قال العلامة الصاوي يمنع دخول الكافر المسجد وإن أذن له مسلم إلا لضرورة
عمل ، ومنها قلة أجرته عن المسلم على الظاهر . اهـ
وقالت الحنبلية ، لا يجوز لكافر دخول الحرم مطلقاً ولا مسجد الحل إلا
لحاجة ، قال في كشف القناع ، ولا يجوز لكافر دخول مسجد الحل أو بإذن
مسلم لقوله تعالى : إنما يعمر مساجد الله . . . ، ويجوز دخول مساجد الحل للذمي
والمعاهد والمستأمن إذا استؤجر لمبارتها لأنه لمصلحةهما اهـ
وقال عمر بن عبد العزيز وقنادة والمزني ، لا يجوز دخوله مطلقاً ،

قال المصنف ، رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يمكن حربى من دخول دار الاسلام من غير حاجة ، لأنه
لا يؤمن كيدته ، ولعله يدخل للتجسس أو شراء سلاح ، فإن استأذن في الدخول

لإداء رسالة أو عقد ذمة أو هدية أو حمل مبرة وللسلبيين إليها حاجة جاز الإذن له من غير عوض ، لأن في ذلك مصلحة للسلبيين ، وإذا انتقضت حاجته لم يمكن من المقام ، فإن دخل من غير ذمة ولا أمان فإلزام أن يختار ما يراه من القتل والاسترقاق والمن والقتل .

والدليل عليه ما روى ابن عباس في فتح مكة ومجيء أبي سفيان مع العباس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عمر دخل وقال يا رسول الله هذا أبو سفيان قد أمكن الله منه من خير عقد ولا عهد فدعني أضرب عنقه ، فقال العباس يا رسول الله إني قد أجرته ، ولأنه حزبي لا أمان له فكان حكمه ما ذكرناه كالأسير ، وإن دخل وادعى أنه دخل لرسالة قبل قوله ، لأنه يتعذر إقامة البيعة على الرسالة ، وإن ادعى أنه دخل بأمان مسلم فقيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يقبل قوله لأنه لا يتعذر إقامة البيعة على الأمان

(والثاني) أنه يقبل قوله وهو ظاهر المذهب ، لأن الظاهر أنه لا يدخل من خير أمان ، وإن أراد الدخول لتجارة ولا حاجة للمسلمين إليها لم يؤذن له إلا بمال يؤخذ من تجارته ، لأن عمر رضي الله عنه أخذ العشر من أهل الحرب ، ويستحب أن لا ينقص عن ذلك اقتداء بعمر رضي الله ، فإن نقص باجتهاده جاز لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره إليه ولا يؤخذ ما يشترط على الذمي في دخول الحجاز في السنة إلا مرة ، كما لا تؤخذ الجزية منه في السنة إلا مرة ، وما يؤخذ من الحربى في دخول دار الإسلام فيه وجهان

(أحدهما) أنه يؤخذ منه في كل سنة مرة كأهل الذمة في الحجاز

(والثاني) أنه يؤخذ منه في كل مرة يدخل ، لأن الذمي تحت يد الامام ، ولا يفوت ما شرط عليه بالتأخير ، والحربى يرجع إلى دار الحرب ، فإذا لم يؤخذ منه فات ما شرط عليه ، وإن شرط أن يؤخذ من تجارته أخذ منه ، باع أو لم يبيع ، وإن شرط أن يؤخذ من ثمن تجارته فكسب المتاع ولم يبيع لم يؤخذ منه لأنه لم يحصل الثمن ، وإن دخل الذمي الحجاز أو الحربى دار الإسلام ولم يشرط عليه في دخوله مال لم يؤخذ منه شيء ، ومن أصحابنا من قال يؤخذ من تجارة الذمي نصف العشر ومن تجارة الحربى العشر ، لأنه قد تقرر هذا في الشراء

بفعل عمر رضى الله عنه ، فحمل مطلق المقعد عليه ، والمذهب الاول لانه امان
من غير شرط المال فلم يستحق به مال كالهذنة .

(الفرج) حديث ابن عباس سبق تخريجه

أثر عمر سبق تخريجه

(قلت) سبق إيضاح هذا الفصل ضمن ما سبق بيانه من الفصول

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الهدنة

(الفرج) أصل الهدنة السكون ، يقال هدن يهدن هدونا إذا سكن ، وهدنة
أى سكونه يتعدى ولا يتعدى ، وهدانته صالحته والاسم منها الهدنة ، والموادعة
بمعنى المهادنة ومعناها المفاصلة

قال المصنف رحمه الله تعالى

لا يجوز عقد الهدنة لإقليم أو صقع عظيم إلا بالإمام أو لمن فوض إليه الامام
لانه لو جعل ذلك إلى كل واحد لم يؤمن أن يهادن الرجل أهل إقليم ، والمصلحة
في قتالهم فيعظم الضرر فلم يجوز إلا للإمام أو للنائب عنه ، فإن كان الامام
مستظفرا نظرت فإن لم يكن في الهدنة مصلحة لم يجوز عقدها لقوله عز وجل
(فلا تنهوا وتدعوا إلى السلم وأتمم الاعلون والله معكم)

وإن كان فيها مصلحة بأن رجوا إسلامهم أو بذل الجزية أو معاونتهم على
قتال غيرهم جاز أن يهادن أربعة أشهر لقوله عز وجل (برأه من الله ورسوله
إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الارض أربعة أشهر) ولا يجوز أن
يهادنهم سنة فما زاد لانها مدة يجب فيها الجزية فلا يجوز إقرارهم فيها من غير
جزية ، وهل يجوز فيما زاد على أربعة أشهر وما دون سنة فيه قولان

(أحدهما) أنه لا يجوز لأن الله تعالى أمر بقتال أهل الكتاب إلى أن
يعطوا الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا

يحرمون ما حرم الله ورسوله) وأمر بقتال عبدة الأوثان إلى أن يؤمنوا ، لقوله عز وجل (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ثم أذن في الهدنة في أربعة أشهر وبقى ما زاد على ظاهر الآيتين

والقول الثاني أنه يجوز لأها مدة تقصر عن مدة الجرية بلجاز فيها عقد الهدنة كاربعة أشهر . وإن كان الإمام غير مستظهر بأن كان في المسلمين ضعف وقله ، وفي المشركين قوة وكثرة ، أو كان الإمام مستظهماً لكن العدو على بعد وبحاجة في قصدهم إلى مؤنة بحرفة جاز عقد الهدنة إلى مدة تدعو إليها الحاجة ، وأكثرها عشر سنين ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم هادن قريشاً في الحديبية عشر سنين ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك لأن الأصل وجوب الجهاد إلا فيما وردت فيه الرخصة وهو عشر سنين وبقى ما زاد على الأصل

وإن عقد على عشر سنين وانقضت والحاجة باقية استأنف العقد فيما تدعو الحاجة إليه ، وإن عقد على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد على العشر ، وفي العشر قولان بناء على تفريق الصفقة في البيع ، وإن دعت الحاجة إلى خمس سنين لم تجز الزيادة عليها ، فإن عقد على ما زاد على الخمس سنين بطل العقد فيما زاد ، وفي الخمس قولان .

فإن عقد الهدنة مطلقاً من غير مدة لم يصح لأن إطلاقه يقتضي التأييد وذلك لا يجوز ، وإن هادن على أن له أن ينقض إذا شاء جاز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وادع يهود خيبر وقال : أقرم ما أقرم الله .

وإن قال غير النبي صلى الله عليه وسلم هادنتكم إلى أن يشاء الله تعالى أو أقررتكم ما أقرم الله تعالى لم يجوز لأنه لا طريق له إلى معرفة ما عند الله تعالى ، ويخالف الرسول صلى الله عليه وسلم ، فإنه كان يعلم ما عند الله تعالى بالوحي ، وإن هادنهم ماشاء فلان وهو رجل مسلم أمين عالم له رأى جاز ، فإن شاء فلان أن ينقض نقض .

وإن قال هادنتكم ما شئتم لم يصح لأنه جعل الكفار محكمين على المسلمين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : الإسلام يعلى ولا يعلى ، ويجوز عقد الهدنة على مال يؤخذ منهم ، لأن في ذلك مصلحة للمسلمين ،

ولا يجوز بمال يؤدي اليهم من غير ضرورة لأن في ذلك الحاق صغار بالاسلام فلم يجوز من غير ضرورة ، فإن دعت الى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الاصطلام ، أو أسروا رجلا من المسلمين وخيف تعذيبه جاز بذل المال لاستنقاذه منهم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن الحرث بن عمرو الغطفاني رئيس غطفان قال للنبي صلى الله عليه وسلم : ان جعلت لي شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا ؟ فقال النبي صلى الله عليه حتى أشاور السعديين - يعني سعد بن معاذ وسعد بن عباد وأسمد بن زارة - فقالوا ان كان هذا بأمر من السماء فتسلم لأمر الله عز وجل ، وان كان برأيك فرأيتنا تبع لرأيك ، وان لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم في الجاهلية ثمرة الا شراء أو قراء ، وكيف وقد أعزنا الله بك . فلم يعطهم شيئا ، فلو لم يجوز عند الضرورة لما رجع الى الانتصار ليدفعوه ان رأوا ذلك ، ولأن ما يخاف من الاصطلام وتعذيب الاسير أعظم في الضرورة من بذل المال لجواز دفع أعظم الضررين بأخفهما . وهل يجب بذل المال ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في وجوب الدفع عن نفسه ، وقد بيناه في الصول ، فإذا بذل لهم على ذلك مال لم يملكوه لأنه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر

(الشرح) حديثه أنه صلى الله عليه وسلم هادن قريشا أخرجه البخاري مطولا في كتاب للشروط عن الزهري ، وأخرجها الحاكم في الإكليل من طريق أبو الاسود عن عروة منقطة ، وأخرجها بن عائد في المفازي ، ورواه ابن اسحاق في الدلائل عن موسى بن عقبة ، ورواه عاصم العمري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنها كانت أربع سنين ، وعاصم ضعفه البخاري وغيره ، قال الحافظ وصححه من طريق الحاكم في التلخيص

حديثه وادع يهود خيبر ... ، أخرجه البخاري

حديثه الاسلام يعلو ... ، الدارقطني وعلقه البخاري والطبراني في الصغير
واسناده ضعيف جدا

حديث أبي هريرة أخرجه الطبراني ، وفيه حسان بن الحارث ضعيف .

ورواه ابن إسحاق في المنازى عن الزهري قال : لما اشتد على الناس البلاء بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى هيبنة بن حصن بن وحذيفة بن بدر إلى الحارث ابن أبي عوف المزني وهما قائدا غطفان ، فأعطاهما طلت ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما ، فجزى بينه وبينهما الصلح ولم تقع الشهادة ، فلما أراد ذلك بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عباد فاستشارهما فيه فذكروه مطولا

اللغة (مصحفة) أي تذهب بالمال وقد ذكر . قوله (وخافوا الاصطلام) هو الاستئصال بالقتل وغيره والطاء بدل من التاء وأصله استئصال قطع الأذن يقال ظلم مصطلم وهو خلقة فيه ، والظلم ذكر للنعام والحق أن الامام وأهل الصورى معه هم الذين يفوضون الامام في عقد الهدنة أو لمن يفوضه ، إلا الحنفية فإنهم قالوا . ولا يشترط إذن الامام بالموادعة فإذا وادعهم الامام أو فريق من المسلمين من غير إذن الامام جازت موادعتهم لأن كون عقد الموادعة مصلحة للمسلمين

وقال الحافظ ابن كثير في تفسيره في (براءة من الله ورسوله . . .) اختلف المفسرون ههنا اختلافا كثيرا فقال قائلون هذه الآية لذوى العهود المطلقة غير المؤقتة أو من له عهد دون أربعة أشهر فيكمل له أربعة أشهر ، فأما من كان له عهد مؤقت فأجله إلى مدته ذمها كان لقوله تعالى (فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم) وللحديث . ومن كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد فعهد فعهد إلى مدته . وهذا أحسن الأقوال وأقواها ، وقد اختاره ابن جرير رحمه الله ، وروى عن الكلبى ومحمد بن كعب القرظى وغير واحد . . اهـ

وقال الشوكاني في النبيل : وقد اختلف العلماء هل يجوز الصلح مع المشركين على أن يرد إليهم من جاء مسلماً من عندهم إلى بلاد المسلمين أم لا ؟ فقبيل فعم على ما ذلك عليه قصة أنى جندل وأبى بصير ، وقبيل لا ، وإن الذى وقع فى القصة منسوخ وإن ناسخه حديث . أنا برى . من كل مسلم بين مشركين . وهو قول الحنفية ، وعند الشافعية يفصل بين العاقل وبين المجنون والصبي فلا يردان . وقال الشافعية : جواز الره أن يكون المسلم بحيث لا تجب عليه الهجرة من دار الحرب ، وباقى أقوال المصنف سبق شرحها فيما سبق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم عقد الصلح بالحديبية ، لجاءت أم كاثوم بلى عقبة بن أبي معيط مسلمة ، لجاء أخوها فطلبها فأرسل الله عز وجل (فلا ترجدوا من إلى الكفار) فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، إن الله تعالى منع من الصلح في النساء ، ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها ، ولا يؤمن أن تفتن في دينها لتقصان عقلها ولا يجوز عقدها على رد من لا عشيرة له من الرجال تمنع عنه ، لأنه لا يأمن على نفسه في اظهار دينه فيما بينهم ، ويجوز عقدها على رد من له عشيرة تمنع عنه لأنه يأمن على نفسه في اظهار دينه ، ولا يجوز عقدها مطلقا على رد من جاء من الرجال مسلما ، لأنه يدخل فيه من يجوز رده ومن لا يجوز

(فصل) وان عقدت الهدنة على ما لا يجوز مما ذكرناه أو عقدت الذمة على ما لا يجوز من النقصان عن دينار في الجزية أو المقام في الحجاز أو الدخول إلى الحرم أو بناء كنيسة في دار الاسلام أو ترك الغيار أو اظهار الخمر والخنزير في دار الاسلام وجب نقضه ، لقوله صلى الله عليه وسلم ، من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ، ولما روى عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال : ردوا الجهالات إلى السنة ، ولأنه عقد على محرم فلم يحز الاقرار عليه كالبيع بشرط باطل أو عوض محرم .

(فصل) وان عقدت الهدنة على ما يجوز إلى مدة وجب الوفاء بها إلى أن تنقضي المدة ما أقاموا على العهد لقوله عز وجل (أو فوا بالعقود) ولقوله تعالى (وبشر الذين كفروا بعذاب أليم إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحداً فأنتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين) ولقوله عز وجل (فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم)

وروى سليمان بن عامر قال : كان بين معاوية وبين الروم هدنة فسار معاوية في أرضهم كأنه يريد أن يغير عليهم ، فقال له عمرو بن عبسة سمعت رسول الله

صلى الله عليه وسلم يقول : من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحمل عقده ولا يهدمها حتى يمضى أمدها أو يئذ اليهم على سواء ، قال فانصرف معاوية ذلك العام ، ولأن الهدنة عقدت لمصلحة المسلمين فإذا لم يف لهم عند قدرتها عليهم لم يفوا لنا عند قدرتهم علينا فيؤدى ذلك إلى الأضرار بالمسلمين

وإن مات الامام الذى عقد الهدنة وولى غيره لزمه إضاؤه لما روى أن نصارى نجران أتوا علياً كرم الله وجهه وقالوا إن الكتاب كان بيدك والشفاعة إليك وإن عمر أجلانا من أرضنا فردنا اليها ، فقال على إن عمر كان رشبداً فى أمره وإنى لا أخير أمراً فعله عمر رضى الله عنه .

(الشرح) حديث عقد صلح الحديبية . . . ، أخرجه البخارى من حديث المسور وفيه : فجاءت أم كلثوم . . .

حديث ، من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، متفق عليه
أثره ردوا الجهالات الى السنة . . . ، أخرجه البيهقى فى السنن
أثره أن نصارى نجران . . . ، أخرجه البيهقى فى السنن

اللغة : قوله (ولم يظاهروا عليكم أحداً) أى لم يعاونوا ، والمظاهرة المعاونة والظهير العون ، قال الله تعالى (وأنزل الذين ظاهروهم من أهل الكتاب)

قوله (أو يئذ اليهم على سواء) قال المفسرون فى تفسير قوله تعالى (فائذ اليهم على سواء) أى اطرح اليهم عهدهم حتى تكون أنت وهم فى العلم سواء ، وأصله الوسط وحقيقته العدل ، ومنه (فى سواء الجحيم) أى وسطه

قوله (وأن عمر أجلانا من أرضنا) أى أخرجنا منها ، قال الله تعالى (ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء) وهو الخروج عن الأوطان ، تقول العرب إما حرب مجلية أو سلم مخزية ، معناه إما حرب أو دمار وخروج عن الديار ، وإما صلح وقرار على صغار .

قوله (زهدوا فى الاسلام) أى فقلوا رغبنا فيه ، زهدت فى الشيء وعن الشيء لم أرغب فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجب على الامام منع من يقصد من المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ، لأن الهدنة عقدت على الكف عنهم ، ولا يجب عليه منع من قصد من أهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم وإنما عقدت على تركهم ، بخلاف أهل الذمة فإن أهل الذمة عقدت على حفظهم فوجب منع كل من يقصدهم ، ويجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ضمان أنفسهم وأموالهم ولتعزيز بقصدتهم ، لأن الهدنة تقتضى الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم فوجب ضمان ما يجب في ذلك .

(فصل) إذا جاءت منهم حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة الى بلد فيه الامام أو نائب عنه ولها زوج مقيم على الشرك وقد دخل بها وسلم اليها مهرأ حلالا ، لجاء زوجها في طلبها فهل يجب رد ما سلم اليها من المهر؟ فيه قولان

(أحدهما) يجب لقوله تعالى عز وجل (فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهن ما أنفقوا) ولأن البضع مقوم حيل بينه وبين مالكة فوجب رد بدله ، كما لو أخذ منهم مالا وتعذر رده

والقول الثاني وهو الصحيح ، وهو اختيار المزني أنه لا يجب ، لأن البضع ليس بمال والأمان لا يدخل فيه الا المال ، ولهذا لو أمن مشركا لم تدخل امرأته في الأمان ، ولأنه لو ضمن البضع الحيلولة لضمن بمهر المثل كما يضمن المال عند تعذر الرد بالمثل بقيمته ، ولا خلاف أنه لا يضمن البضع بمهر المثل فلم يضمن بالمسمى ، وأما الآية فإنها نزلت في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية قبل تحريمه النساء ، وقد منع الله تعالى من ذلك بقوله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار) فسقط ضمان المهر .

فإن قلنا لا يجب رد المهر فلا تفرغ ، وإن قلنا انه يجب وعليه التفرغ وجب ذلك في خمس الخمس ، لأنه مال يجب على سهيل المصلحة فوجب في خمس الخمس ، وإن لم يكن قد دفع اليها المهر لم يجب له المهر ، لقوله تعالى (وآتوهن ما أنفقوا) وهذا لم ينق .

وإن دفع إليه مهر أحرماً كالخمر والخنزير لم يجب له شيء لأنه لا قيمة لما دفع إليها فصار كالو لم يدفع إليها شيئاً ، فإن دفع إليها بعض مهرها لم يجب له أكثر منه لأن الوجوب يتعلق بالمدفوع فلم يجب إلا ما دفع . وإن جاءت إلى بلد ليس فيها إمام ولا نائب عنه لم يجب رد المهر ، لأنه يجب في سهم المصالح ، وذلك إلى الإمام أو النائب عنه فلم يطالب به غيره .

(فصل) وإن جاءت مسلمة عاقلة ثم جنت وجب رد المهر لأن الحيولة حصلت بالاسلام ، وإن جاءت مجنونة ووصفت الاسلام ولم يعلم هل وصفته في حال عقلها أو في حال جنونها لم ترد إليه لجواز أن يكون وصفته في حال عقلها فإذا ردت إليهم خدعوها وزهدوها في الاسلام فلم يجوز ردها احتياطاً للاسلام وإن أفاقت ووصفت الكفر وقالت إنها لم تزل كافرة ردت إلى زوجها ، وإن وصفت الاسلام لم ترد ، فإذا جاء الزوج في طلبها دفع إليه مهرها لأنه حبل بينهما بالاسلام ، وإن طلب مهرها قبل الافاقة لم يدفع إليه لأن المهر يجب بالحيولة ، وذلك لا يتحقق قبل الافاقة لجواز أن تفيق وتصف الكفر فترد إليه فلم يجب مع الشك .

(فصل) فإن جاءت صبوية ووصفت الاسلام لم ترد إليهم ، وإن لم يحكم بإسلامها ، لأننا رجوا اسلامها ، فإذا ردت إليهم خدعوها وزهدوها في الاسلام فلإن بلغت ووصفت الكفر قرعت ، فإن أقامت على الكفر ردت إلى زوجها فإن وصفت الاسلام دفع إلى زوجها المهر لأنه تحقق المنع بالاسلام ، فإن جاء يطلب مهرها قبل البلوغ فقيه وجهان

(أحدهما) أنه يدفع إليه مهرها لأنها منعت منه بوصف الاسلام فهي كالبالغة (والثاني) أنه لا يدفع لأن الحيولة لا تتحقق قبل البلوغ لجواز أن تبلغ وتصف الكفر فترد إليه فلم يجب المهر كما قلنا في المجنونة

(فصل) وإن جاءت مسلمة ثم ارتدت لم ترد إليهم لأنه يجب قتلها ، وإن جاء زوجها يطلب مهرها ، فإن كان بعد القتل لم يجب دفع المهر لأن الحيولة حصلت بالقتل ، وإن كان قبل القتل فقيه وجهان (أحدهما) أنه يجب لأن المنع وجب بحكم الاسلام ،

(والثاني) لا يجب لأن المنع وجب لا إقامة الحد لا بالاسلام .

(فصل) وان جاءت مسلمة ثم جاء زوجها ومات أحدهما ، فإن كان الموت بعد المطالبة بها وجب المهر ، لأن الخيلولة حصلت بالاسلام ، وان كان قبل المطالبة لم يجب لأن الخيلولة حصلت بالموت

(فصل) فإن أسلمت ثم طلقها الزوج ، فإن كان الطلاق بائنا فهو كاللموت وقد بناه ، وان كان رجعياً لم يجب دفع المهر لأنه تركها برضاه ، وان راجعها ثم طالب بها وجب دفع المهر لأنه حيل بينهما بالاسلام ، وان جاءت مسلمة ثم أسلم الزوج ، فإن أسلم قبل انقضاء العدة لم يجب المهر لاجتماعها على النكاح ، وان أسلم بعد انقضاء العدة فإن كان قد طالب إياها قبل انقضاء العدة وجب المهر لأنه وجب قبل البيئونة ، وان طالب بعد انقضاء العدة لم يجب لأن الخيلولة حصلت بالبيئونة باختلاف الدين

(فصل) وان هاجرت منهم أمة وجاءت الى بلد فيه الامام نظرت فإن فارقتهم وهي مشركة ثم أسلمت صارت حرة لأننا بينا أن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض فلذلك نفسها بالقهر ، فإن جاء مولاهما في طلبها لم ترد عليه لأنها أجنبية منه لا حق له في رقبتها ، ولأنها مسلمة فلا يجوز ردها الى مشرك وان طلب قيمتها فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فيها قولين كالخرة اذا هاجرت وجاء الزوج يطلب مهرها ، والصحيح أنه لا يجب قيمتها قولاً واحداً ، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله ، لأن الخيلولة حصلت بالقهر قبل الاسلام ، وتخالف الخرة فإنها منعت بالاسلام والأمة منعت بالملك وقد زال الملك فيها قبل الاسلام

وان أسلمت وهي عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة لأنهم في أمان مناوأموالهم محظورة علينا فلم يزل الملك فيها بالهجرة ، فإن جاء مولاهما في طلبها لم ترد اليه لأنها مسلمة فلم يجوز ردها الى مشرك ، وان طالب قيمتها وجب دفعها اليه كما لو فُصِبَ منهم مال وتلف .

وان كانت الأمة مزوجة من حر لجهاء زوجها لم ترد اليه ، وان طلب مهرها فملى القولين في الحرة ، وان كانت مزوجة من عبيد فملى القولين أيضاً ،

إلا أنه لا يجب دفع المهر إلا أن يحضر الزوج فيطالب بها لأن البضع له فلا يملك المولى المطالبة به ، ويحضر المولى وبطالب بالمهر ، لأن المهر له فلا يملك الزوج المطالبة به .

(فصل) وإن هاجر منهم رجل مسلم فإن كان له عشيرة تمنع عنه جاز له العود إليهم ، والأفضل أن لا يعوه ، وقد بينا ذلك في أول السير ، فإن عقد المدينة على رده واختار العود لم يمنع ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لآبي جندل وأبي بصير في العود

وإن اختار المقام في دار الإسلام لم يمنع لأنه لا يجوز إجبار المسلم على الانتقال إلى دار الشرك ، وإن جاء من يطلبه قلنا للطالب إن قدرت على رده لم تمنعك منه ، وإن لم تقدر لم تمنعك عليه ، ونقول للطالب في السر إن رجعت إليهم ثم قدرت أن تهرب منهم وترجع إلى دار الإسلام كان أفضل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد أبا بصير فهرب معهم وأتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال قد وفيت لهم ونهاني الله عنهم .

(الشرح) حديثه أذن لآبي جندل وأبي بصير في العود ، أخرجه البخاري عن عروة بن الزبير في حديث طويل في صلح الحديبية ، وفيه ثم رجع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة لجاه أبو بصير - رجل من قريش وهو مسلم - فأرسلوا في طلبه رجلين فقالوا للمهد الذي جعله لنا فدفعه إلى الرجلين فخرجا به حتى بلغا ذا الحليفة فنزلوا يأكلون تمرأ لهم ، فقال أبو بصير لأحد الرجلين والله سيفك هذا يا فلان جيد ، فاستله الآخر فقال أجل إنه جيد ، لقد جربت به ثم جربت ، فقال أبو بصير أرني أنظر إليه ، فأمكنه منه فضربه حتى برد وفر الآخر حتى أتى المدينة فدخل المسجد يدعو ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين رآه : لقد رأيته هذا ذعراً ، فلما انتهى إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال قتل صاحبني والله وإني لمقتول ، لجاه أبو بصير فقال يا نبي الله قد أوفى الله ذمتك رددتني إليهم ثم أنجاني الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم ويل أمه مسعر حرب لو كان له أحد ، فلما سمع ذلك عرف أنه سهرده إليهم ، فخرج حتى أتى

سيف البحر ، قال وتفلت منهم أبو جندل بن سهل فلحق بأبي بصير ،
وأخرجه أحمد وفيه : يا أبا جندل اصبر واحتسب فإن الله جاعل لك ولن
معلك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً ، وفي رواية للبخاري عن مروان والمسور
« فرد يومئذ أبا جندل إلى أبيه سهيل » .

حديث « رد أبي بصير . . . » جزء من الحديث السابق الإشارة إليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن ألتف منهم على مسلم مالا وجب عليه ضمانه وإن قعله وجب
عليه القصاص ، وإن قذفه وجب عليه الحد لأن الهدنة تقتضى أمان المسلمين في
النفوس والمال والعرض فلزمهم ما يجب في ذلك ، ومن شرب منهم الخمر أو زنى
لم يجب عليه الحد لأنه حق لله تعالى ، ولم يلزم بالهدنة حقوق الله تعالى ، فإن سرق
مالا لمسلم ففيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يجب عليه القطع لأنه حد خالص لله تعالى فلم يجب عليه
كحد للشرب والزنا .

(والثاني) أنه يجب عليه ، لأنه حد يجب لصيانة حق الأدي ، فوجب
عليه كحد القذف .

(الشرح) قوله « والمال والعرض » (الأمان في العرض) هو أن لا يذكر
سلفه وآبائه وأن لا يذكره نفسه بسوء وبما ينزل قدره ومحل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا نقض أهل الهدنة عهدهم بقتال أو مظاهرة عدو أو قتل مسلم
أو أخذ مال انتقضت الهدنة لقوله عز وجل (فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم)
فدل على أنهم إذا لم يستقيموا لنا لم نستقم لهم لقوله عز وجل (إلا الذين عاهدتم
من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم أحداً فأتموا إليهم عهدهم إلى
مدتهم) فدل على أنهم إن ظاهروا علينا أحداً لم تم إليهم عهدهم ، ولأن الهدنة
تقتضى السكف عنا فانتقضت بتركه ولا يفنقر نقضها إلى حكم الإمام بنقضها لأن

الحكم إنما يحتاج إليه في أمر محتمل وما أظاهروا به لا يحتمل غير نقض العهد ،
وإن نقض بعضهم وسكت الباقيون ولم ينكروا ما فصل الناقض انتقضت الهدنة
في حق الجميع .

والدليل عليه أن ناقة صالح عليه السلام عقرها القدار العيزار بن سالف
وأمسك عنها القوم فأخذهم الله تعالى جميعهم به ، فقال الله عز وجل (فقدم
عليهم ربهم بذنبيهم فسواها ولا يخاف عقباها) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم
وادع بني قريظة وأعان بعضهم أبان بن حرب على حرب رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الخندق ، وقيل إن الذي أعان منهم ثلاثة : حي بن أخطب وأخوه
وآخر معهم ، فنقض النبي صلى الله عليه وسلم عهدهم وغزاهم وقتل رجالهم ونسي
ذرائعهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم هادن قريشاً بالحديبية وكان بنو بكر
حلفاء قريش وخزاعة حلفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخاربت بنو بكر
خزاعة ، وأعان نفر من قريش بنو بكر على خزاعة ، وأمسك سائر قريش ،
لجعل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك نقضاً لعهدهم وسار إليهم حتى فتح مكة ،
ولأنه لما كان عقد بعضهم الهدنة أماناً لمن عقد ولمن أمسك وجب أن يكون
نقض بعضهم نقضاً لمن نقض ولمن أمسك .

وإن نقض بعضهم العهد وأذكر الباقيون أو اعتزلوهم أو راسلوا إلى الإمام
بذلك انتقض عهد من نقض وصار حرباً لنا بنقضه ولم ينتقض عهد من لم يرض
لأنه لم ينتقض العهد ولا رضى بفعل من نقض ، فإن كان من لم ينتقض مختلطاً بمن
نقض أمر من لم ينتقض بتسليم من نقض إن قدروا أو بالتهيز عنهم ، فإن لم يفعلوا
أحد هذين مع القدرة عليه انتقضت هدنتهم ، لأنهم صاروا مظاهرين لأهل
الحرب ، وإن لم يقدروا على ذلك كان حكمهم حكم من أسره الكفار من المسلمين
وقد بيناه في أول السور ، وإن أسر الإمام قوماً منهم وادعوا أنهم ممن لم ينتقض
العهد وأشكل عليه حالهم قبل قولهم ، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا
من جهتهم

(فصل) وإن ظهر منهم من يخاف منه الحيانة جاز للإمام أن يفتد إليهم
عهدهم لقوله عز وجل (وإما تخافن من قوم خيانة فابتد إليهم على سواء إن الله

لا يجب الخائفين) ولا تنتقض الهدنة إلا أن يحكم الامام بنقضها لقوله عز وجل (فانذروا اليهم على سواء) ولأن نقضها لحرف الحيانة وذلك يقتضي النظر واجتهاد فانظر إلى الحاكم ، وان خاب من أهل الذمة خيانتهم لم يفيد اليهم ، والفرق بينهم وبين عقد أهل الهدنة أن النظر في عقد الذمة واجب لهم ، ولهذا إذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم فلم ينقض لحرف الحيانة والنظر في عقد الهدنة لنا ، ولهذا لو طلبوا الهدنة كان النظر فيها إلى الامام ، وان رأى عقدها عقد وان لم ير عقدها لم يعقد فكان النظر إليه في نقضها عند الخوف ، ولأن أهل الذمة في قبضته فإذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها وأهل الهدنة خارجون عن قبضته فإذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها لجهاز نقضها بالخوف ، وان لم يظهر منهم ما يخاف معهم الحيانة لم يجوز نقضها ، لأن الله تعالى أمر بفيد العهد عند الخوف فدل على أنه لا يجوز مع عدم الخوف ، ولأن نقض الهدنة من غير سبب يبطل مقصود الهدنة ويمنع الكفار من الدخول فيها والسكون لليها وإذا نقض الهدنة عند خوف الحيانة ولم يكن عليهم حق ردهم إلى ما منهم ، لأنهم دخلوا على أمان فوجب ردهم إلى الأمان وان كان عليهم حق استوفاه منهم ثم ردهم إلى ما منهم .

(الشرح) حديث (وادع بنى قريظة) أما المواعدة فرواها أبو داود في حديث طويل من طريق عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن رجل من الصحابة وأما القرض فرواه ابن إسحاق في المغازي كان الذين حزبوا الأحزاب نفرًا من بني النضير فكان منهم حي بن أخطب وكنانة بن أبي الحقيق ونفر من بني وائل فذكر الحديث قال : وخرج حي بن أخطب حتى أتى كعب بن أسد صاحب عقد بنى قريظة ، فلما سمع به أغلق حصنه وقال : اني لم أر من محمد إلا صدقا ووفاء وقد وادعني ووادعته فدعني وارجع عني فلم يزل به حتى فتح له ، فقال له ويحك يا كعب جنتك بعز الدهر بقريش ومن معهم انزلتها بردهم وجنتك بغطفان على قادتها وسادتها انزلتها إلى جانب أحد جنتك ببحر طام لا يرده شيء فقال جنتي والله بالذال فلم يزل ، حتى وادعته فنقض العهد وأظهر البراءة من رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وفي البخاري من طريق موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن يهود
 بني النضير وقريظة حاربوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجلى بني النضير وأقر
 قريظة ومن عليهم حتى حاربوا معه فقتل رجالهم وقسم أموالهم وأولادهم بين
 المسلمين إلا بعضهم لحقوا برسول الله (ص) فأمنهم وأسلموا .

حديث (ولان النبي صلى الله عليه وسلم هادن قريشا . . .) مسلم في صحيحه
 عن أنس (أن قريشا صالحوا النبي صلى الله عليه وسلم . . .) وأصل الحديث
 في صحيح البخاري من حديث المسور .

اللمعة : قوله (قدمم عليهم ربههم) قال الجوهرى : دمدمت الشيء إذا
 الصقته بالأرض وطحطحته .

وقال العريزي : أرجف أرضهم وحركها عليهم .

وقال الأزهري : أطبق عليهم والكل معناه أهلكتهم ، فسواها أى سواها

بالأرض قال الشاعر :

قدمدموا بعد ما كانوا ذوى نعم وهيشة أسكنوا من بعدها الحفرا
 ولا خلاف فيما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا دخل الحربى دار الاسلام بأمان فى تجارة أو رسالة ثبت له
 الامان فى نفسه وماله ويكون حكمه فى ضمان النفس ، والمال وما يجب عليه من
 الضمان والحدود حكم المهادن لانه مثله فى الامان فكان مثله فيما ذكرناه ، وإن
 عقد الامان ثم عاد إلى دار الحرب فى تجارة أو رسالة فهو على الامان فى النفس
 والمال كالذى إذا خرج إلى دار الحرب فى تجارة أو رسالة . وإن رجع إلى
 دار الحرب بنية المقام وترك ماله فى دار الاسلام انتقض الامان فى نفسه ولم
 ينتقض فى ماله ، فإن قتل أو مات انتقل المال إلى وارثه وهل ينغم أم لا ،
 فيه قولان

قال فى سير الواقدى : ونقله المزنى أن ينغم ماله وينتقل إلى بيت المال فىنا

وقال فى المكاتب : يرد إلى ورثته فذهب أكثر أصحابنا إلى انها على قولين .

(أحدهما) أنه يرد إلى ورثته وهو اختيار المزي ، والدليل عليه أن المال لو أمانة
ومن وراثته مالا وورثته بمحقوقه ، وهذا الأمان من حقوق المال فوجب أن يورث
والقول الثاني أنه ينعيم وينتقل إلى بيت المال فبنا ، ووجهه أنه لما مات انتقل ماله
إلى وراثته وهو كافر لا أمان له في نفسه ولا في ماله فكان غنيمته .

وقال أبو علي بن شهران : المسألة على اختلاف حالين ، فالذي قال ينعيم إذا
عقد الأمان مطلقاً ولم بشرط لو ارثته ، والذي قال لا ينعيم إذا عقد الأمان لنفسه
ولو ارثته ، وليس للشافعي رحمه الله ما يدل على هذه الطريقة ، وأما إذا مات في
في دار الإسلام فقد قال في سير الواقدي أنه يرد إلى وراثته ، واختلف أصحابنا
فيه ، فمنهم من قال هو أيضاً على قولين كالتي قبلها ، والشافعي نص على أحد القولين
ومنهم من قال يرد إلى وراثته قولاً واحداً ، والفرق بين المسألتين أنه إذا مات في
دار الإسلام مات على أمانه فكان ماله على الأمان ، وإذا مات في دار الحرب
فقد مات بعد زوال أمانه فبطل في أحد القولين أمان ماله ، فإن استرق زال
ملكه عن المال بالاسترقاق ، وهل ينعيم؟ فيه قولان ، أحدهما ينعيم في بيت المال
والقول الثاني أنه موقوف لأنه لا يمكن نقله إلى الوارث لأنه حي ولا إلى مستوفيه
لأنه مال له أمان ، فإن عتق دفع المسألة إليه بملكه القديم ، وإن مات عبداً ففي
ماله قولان حكاهما أبو علي بن أبي هريرة (أحدهما) أنه ينعيم فينا ولا يكون
موروثاً ، لأن العبد لا يورث (والثاني) أنه لو ارثته لأنه ملكه في حرثته

(فصل) فإن اقترض حربى من حربى مالا ثم دخل اليينا بأمان أو أسلم
فقد قال أبو العباس عليه رد البديل على المقرض لأنه أخذه على سبيل المعاوضة
فلزمه البديل ، كما لو تزوج حربية ثم أسلم ، قال ويحتمل أنه لا يلزمه البديل ، فإن
الشافعي رحمه الله قال في النكاح : إذا تزوج حربى حربية ودخل بها وماتت ثم
أسلم الزوج أو دخل اليينا بأمان لجهاء وارثها يطلب ميراثه من صداقها أنه لا شيء .
له لأنه مال فانت في حال الكفر ، قال والاول أصح ويكون تأويل المسألة أن الحربى
تزوجها على غير مهر ، فإن دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم مالا أو اقترض
منهم مالا وعاد إلى دار الإسلام ثم جاء صاحب المال إلى دار الإسلام بأمان ووجب
على المسلم رد ما سرق أو اقترض لأن الأمان يوجب ضمان المال في الجاهنين فوجب رده

باب خراج السواد

(النرج) الخراج الإتاوة ، وهو ما يؤخذ من الأرض أو من الكفار بسبب الأمان قال الأزهرى : الخراج يقع على الضريبة ويقع على مال الفنى ويقع على الجزية ، وسواد العراق قراها ومزارعها ، سميت سواداً لكثرة خضرتها ، والعرب تقول لكل أخضر أسود قال المصنف رحمه الله تعالى :

سواد العراق ما بين عبادان إلى الموصل طولاً ، ومن القادسية إلى حلوان عرضاً . قال الساجى هو إثنتان وثلاثون ألف ألف جريب ، وقال أبو عبيد هو ستة وثلاثون ألف ألف جريب ، وفتحها عمر رضى الله عنه وقسمها بين العاميين ثم سألمهم أن يردوا ففعلوا ، والدليل عليه ما روى قيس بن أبي حازم البجلي قال : كنا ربيع للناس في القادسية فأعطانا عمر رضى الله عنه ربع السواد وأخذناها ثلاث سنين ، ثم وفد جرير بن عبد الله البجلي إلى عمر رضى الله عنه بعد ذلك فقال : أما والله لولا أنى قاسم مستول لكنتم على ما قسم لكم وأرى أن تردوا على المسلمين ففعلوا . ولا تدخل في ذلك البصرة . وإن كانت داخلها في حد السواد ، لأنها كانت أرضاً سبخة فأحياها عمرو بن العاص الثقفى وعنتبة بن غزوان بعد الفتح إلا مواضع من شرقى دخلتها تسميها أهل البصرة الفرات ، ومن غربى دخلتها نهر يعرف بنهر المرة .

واختلف أصحابنا فيما فعل عمر رضى الله عنه فيما فتح من أرض السواد فقال أبو العباس وأبو اسحاق : باعها من أهلها وما يؤخذ من الخراج ثمن ، والدليل عليه أن من لدن عمر إلى يومنا هذا تباع وتبتاع من غير انكار . وقال أبو سعيد الاصطخرى وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين فلا يجوز بيعها ولا شراؤها ولا هبتها ولا رهنها ، وإنما تنقل من يد إلى يد وما يؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص فى سير الراقدى ، والدليل عليه ما روى بكير بن عامر عن عامر قال اشترى عقبة ابن فرقد أرضاً من أرض الخراج ، فأتى عمر فأخبره ، فقال بمن اشترىها ؟ قال من أهلها ؛ قال فهو لولا . أهلها المسلمون أبتموه شيئاً ؟ قال لا ، قال فاذهب فاطلب مالك ، فإذا قلنا انه وقف فهل تدخل المنازل فى الوقف ؟ فيه

وجهمان (أحدهما) أن الجميع وقف (والثاني) أنه لا يدخل في الوقف غير المزارع ، لأننا لو قلنا ان المنازل دخلت في الوقف أدى الى خرابها ، وأما الثمار فهل يجوز لمن هي في يده الانتفاع بها ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها في مصالح المسلمين . والدليل عليه ما روى الساجي في كتابه عن أبي الوليد الطيالسي أنه قال: أدركت الناس بالبصرة ويحمل اليهم الثمر من الفرات فيؤتى به وي طرح على حافة الشط ويلقى عليه الحفبش ولا يطهر ولا يشترى منه الا أعرابي أو من يشتره فيبيذه ، وما كان للناس يقدمون على شرائه . ووجه الثاني أنه يجوز لمن في يده الارض الانتفاع بثمرتها لأن الحاجة تدعو اليه بخلاف كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجزول

(فصل) ويؤخذ الخراج من كل جريب شمير درهمان ، ومن كل جريب حنطة أربعة دراهم ، ومن كل جريب شجر وقصب وهو الرطبة ستة دراهم . واختلف أصحابنا في خراج النخل والسكرم ، فمنهم من قال يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم ، ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم ، لما روى مجاهد عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضی الله عنه بعث عثمان بن حنيف ليجعل على جريب الشمير درهمين وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم وعلى جريب الشجر والقصب ستة دراهم وعلى جريب السكرم ثمانية دراهم وعلى جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب الزيتون اثني عشر ، ومنهم من قال يجب على جريب السكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية ، لما روى أبو قتادة عن لاحق بن حميد يعني أبا مجلز قال بعث عمر بن الخطاب عثمان بن حنيف وفرض على جريب السكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البر أربعة وعلى جريب الشمير درهمين وعلى جريب القصب ستة وكتب بذلك الى عمر فأجازاه ورضى به . وروى عباد بن كثير عن قحزم قال جبي عمر العراق مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف وجباها عمر بن عبدالعزيز مائة ألف وأربعة وعشرون ألف ألف وجباها الحجاج ثمانية عشر ألف ألف وما يؤخذ من ذلك يصرف في مصالح المسلمين الا هم فالاهم لانه للمسلمين فصرف في مصالحهم والله أعلم

(الهرج) قال أبو يوسف في كتاب الخراج : فلما افتتح السواد شاورهم
رضي الله عنه الناس فيه فرأى عامتهم أن يقسمه ، وكان بلال بن رباح من أشدهم
في ذلك ، وكان رأى عبد الرحمن بن عوف أن يقسمه ، وكان رأى عثمان وحلي
وطليحة رأى عمر رضي الله عنه ، وكان رأى عمر (رض) أن يتركه ولا يقسمه
حتى قال عند إلحاحهم عليه في قسمته : اللهم اكفني بلالا وأصحابه فمكتوبوا بذلك
أياما حتى قال عمر رضي الله عنه لهم قد وجدت حجة في تركه وأن لا أقسمه
قول الله تعالى (للمعزاة المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون
فضلا من الله ورضوانا) فتلا عليهم حتى بلغ إلى قوله تعالى (والذين جاءوا من
بعدهم) قال : فكيف أقسمه لكم وأدع من يأتي بغير قسم فأجمع على تركه وجمع
خرجه واقاربه في أيدي أهله ووضع الخراج على أرضهم والجزية على رؤسهم
ومسح عمر السواد فبلغ ستة وثلاثين ألف ألف جريب وأنه وضع على جريب
الزرع درهما وفضيلا ، وعلى الكرم عشرة دراهم ، وعلى الرطبة خمسة دراهم ،
وعلى الرجل اثني عشر درهما وأربعة وعشرين درهما وثمانية وأربعين درهما .
وبعث عمر عمار بن ياسر على الصلاة والحرب ، وعبدالله بن مسعود على القضاء
وبيت المال ، وعثمان بن حنيف على مساحة الأرضين ، وجعل بينهم شاة كل يوم
شطرها وبطنها لعمار بن ياسر وربعها لعبد الله بن مسعود ، والرابع الآخر لعثمان
ابن حنيف وقال : اني أنزلت نفسي وإياكم من هذا المال بمنزلة والى اليقيم فإن الله
تبارك وتعالى قال (ومن كان غنيا) . . . إلى . . . (بالمعروف) والله ما أرى
أرضا يؤخذ منها شاة في كل يوم الا استسرع خرابها قال : فسح عثمان الأرضين
وجعل على جريب العنب عشرة دراهم ، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم ، وعلى
جريب القصب ستة دراهم ، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم ، وعلى جريب
القمير درهمين ، وعلى الرأس اثني عشر درهما وأربعة وعشرين درهما وثمانية
وأربعين درهما ، وعطل من ذلك النساء والصبيان .

قال سعيد بن أبي عروبة خالفني بعض أصحابي فقال على جريب النخل عشرة
دراهم ، وعلى جريب العنب ثمانية دراهم .

- ٣٢ كتاب الديات - باب من نجب الدية بقتله وما نجب به الدية من الجنايا ،
نجب الدية بقتل المسلم والذي
٥ أنواع القتل من العمد وغيره
٦ ونجب الدية بقتل الخطأ
٨ ونجب على الجماعة وتقسم بينهم
١١ وان سلم صبيا الى ساج ليعلمه السباحه ففرق ضمنه الساج .
١٤ ان زنا باسرة فجلت وماتت من الولادة فماذا عليه ١٥ ان حفر بئرا
في طريق الناس فملك به أحد ضمن ، وان وضع حجرا في طريق الناس
فملك به أحد ضمن ١٧ وان كان معه دابة فأتلقت إنسانا أو مالا ضمن
٢٥ إن طرح في الطريق قشر البطيخ فزلق به إنسان مات ضمن .
٢٦ إن وقع في الطريق فصدمه رجل فانا ، ما العمل
٢٩ إن اصطدمت سفينتان وهلكتا وما فيهما ، ما العمل ٣٥ ان خرق
رجل سفينة ففرق ما فيهما لزمه ضمانه ٣٦ إذا وقع رجل في بئر ووقع
عليه آخر فمات الاول ما العمل
٤٠ باب الديات ، دية المسلم مائة من الابل ٤١ . الدية تزيد إذا كانت
الجنابة في الأشهر الحرم أو كانت على محرم ٤٧ ونجب الدية من
الصنف الذي يملكه القاتل ، وإذا أراد أن يجعل الدية مالا يجب ألف
دينار ٥١ دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ، ودية الجوسي كم
٥٢ دية المرأة نصف دية الرجل ٥٤ ما هي دية الجنين ؟
٥٩ دية الجنين اذا كانت مالا يجب خمسون دينارا ، واذا كان أحد أبويه
نصرانيا أو .
٦٢ باب أروش الجنابات ، أنواع الجنابات التي توجب الأروش ، شعاج في
الرأس والوجه ، وجروح فيما عداهما ، واسم كل ٦٤ ما هو مقدار
أرش الموضحة وما هي ؟ ٦٦ ما هو مقدار أرش الهاشمة وما هي ،
وكذلك المثقة والمأمومة

- ٦٩ الجائفة ما هي وما ارشها
- ٧١ جزاء من أدخل خشبة في دبر انسان أو أذهب بكارة فتاة
- ٧٥ في اتلاف العينين الدية وفي أحدهما نصفها
- ٧٦ وفي اتلاف بعض الضوء بقسطه من الدية ، ويجب في الجفون الدية
- ٨٠ وفي الاذنين الدية وفي احدهما نصفها
- ٨١ وفي السمع الدية وان نقص السمع بقسطه
- ٨٣ وان قطع بعض الاذن وجب الارش بقدره
- ٨٤ وفي مارن الأنف الدية ، وان قطع بعضه فبحسابه وفي اتلاف الشم الدية
- وفي بعضه بقسطه ٨٧ وان لسكه أو ضرب رأسه بحجر فزال عقله
- وجبت الدية ٨٨ وفي الثفتين الدية
- ٩٠ وفي اللسان الدية وان ذهب بعض النطق فبحسابه
- ٩٥ وان أذهب حاسة الذوق من الحلاوة والمرارة الخ وجبت الدية وان قطع لسان اخرس فان كان بقي بعد الققطع ذوقه وجبت حكومة
- ٩٧ وفي كل سن خمس من الابل ١٠٠٠ إن كسر بعض سن فبقسطه
- ١٠١ إن قلع أسنان رجل كاهها ما العمل ١٠٢ وفي اللحين الدية وهما الفك
- ١٠٥ وفي اليدين الدية وفي كل أصبع عشرها ، وان جنى على يد فشلت أو أصبع فشلت وجب عليه ما يجب في قطعها
- ١٠٩ ويجب في الرجلين الدية وفي قدم الأعرج الدية ، وإذا كسر الساعد أو غيره فعالجه وعادت سليمة وجبت الحكومة ١١٢ وفي الإلتهين الدية
- وان كسر صلبه فعالجه وتم الشفاء ففيه حكومة وان كسر صلبه وعجز عن الرطاء وجبت الدية ١١٣ وفي الذكر الدية وفي الانثيين الدية ، وفي البعض بحسابه ١١٨ أرش الجروح تساوى المرأة فيه الرجل إلى ثلث الدية ثم يختلف ، ويجب في ثدي المرأة الدية
- ١٢١ إن قطع حلمتي الرجل ما العمل .
- ١٢٣ ان قطع الشفران من المرأة ، إذا وطئ امرأة فأفضاها

- ١٢٤- وان أتلّف الشعوب ففيه حكومة ١٢٩ وفي الزقوة جعل وهي العظم
المدور في النحر إلى الكتف ، وفي الضلع جعل
١٣١ إن ضرب أحد بمثقل وحصل أثر ففيه حكومة
١٤١ باب العاقلة وما تحمله من الديات ، صور بما تحمله العاقلة ومالا تحمله ،
وحكمة ذلك ١٤٥ وما يجب بخطأ الحاكم من الدية هل تحمله عاقلته
أريت المال ١٤٦ وما يجب بجناية العمد يجب حالا ، وما يجب بجناية
الخطأ من الدية يجب مؤجلا على ثلاث سنين .
- ١٥٣ من هم العاقلة ١٥٨ لا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم
١٦٢ ولا يعقل فقير ، وإذا قسمت الدية على العاقلة قدم الأقرب فالأقرب
١٦٩ باب اختلاف الجاني وولي الدم ، وذلك إذا ادعى الجاني أن القاتل كان
عبداً ، وقال ولي الدم بل كان حراً أو إذا اشترك ثلاثة في جرح رجل
ومات المجرّوح . . . ١٧٢ أن جسي على عضو فادعى الجاني أنه أشل
وادعى المجني عليه أنه سليم
١٧٤ أن قطع يد رجل ومات وادعى واليه أنه مات من الجناية ، وقال الجاني
بل مات بسبب آخر
١٨٠ أن اصطدمت سفينتان فقتلنا وادعى صاحب السفينة على القيم أنه فرط في
ضبطها وأنكر القيم ، وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ما العمل
١٨٤ باب كفارة القتل ، وبيانها
١٨٦ الفرق بين قتل العمد والخطأ ١٨٩ إذا اشترك جماعة في قتل واحد
فعمل كل واحد كفارة
١٩٠ كتاب قتال أهل البغي وهم الذين يخرجون على الإمام الخليفة
١٩٢ شروط وأوصاف تتوفّر في الإمام
١٩٤ متى يجوز خلع الإمام ومتى يجوز قتال من خرج على الإمام
٢٠٠ كيفية قتال من خرج على الإمام ٢٠٢ إذا رجع من خرج إلى طاعة
الإمام لا يقاتل ٢٠٤ إذا قاتل من خرج فلا يقتل أسيرهم ولا يؤخذ

- ما لهم ٢١٣ إذا استولى الخارجون على بلد ونصبوا قاضيا ما العمل
- ٢١٦ إذا أظهر قوم رأى الخوارج لم يتعرض لهم
- ٢١٧ من هم الخوارج
- ٢٢١) باب قتل المرتد وبما ذابرتد ١٣ وإذ اتاب للرتد ٢٠ ان كان له ولد حكم بإسلامه
- ٢٤٠ للسحر حقيقة؟ وهل سحروا الرسول إذا ارتد جماعة
- ٢٤٧ باب صول الفحل وكيف تدافع عن نفسك ٢٥٤ إذا وجد الرجل رجلا مع امرأته ٢٦٢ كتاب السير والجهاد ٢٦٥ الجهاد فرض ٢٦٧ لا يجهاد أحد من أحد ٢٧٠ لا يجب الجهاد على المرأة ولا يجب على الاعشى
- ٢٧٥ وإن كان أحد أبوه مسلما رجب إذنه ٢٧٧ ويجب على الامام أن يحوط بلاد الاسلام بالجيوش وأن يستعمل أمراء ثقافت ٢٨٠ ولا يستعين بالكفار من غير حاجة ٢٨٧ فريق يجب قتاله حتى يسلم وآخر حتى يدفع الجزية
- ٢٩٠ متى يجرم الفرار من الراحف ٢٩٥ ولا يجوز قتل نسائهم ، وأما الشيخ ...
- ٢٩٦ ولا يقتل رسولهم ٩٩ من يستحق سلب القتيل ومن لا يستحق
- ٣٢٤ وإن أسلم رجل قبل الاسر . وإن سبي للمسلم صبيا . وإن وصف الاحلام صبي عاقل كافر لا يصح اسلامه ٣٢٧ وان سبيت امرأة ومعها ولد صغير لا يفرق بينهما إن سبي الزوجان انفسخ النكاح ٣٣٣ وما أصاب للمسلمون من مال الكفار وخيف أن يرجع اليهم ٣٣٧ إذا سرق بعض الغنائم
- ٣٤٠ وإن نجس رجل الكفار ٣٤٧ وإن أسر الكفار مسلما وأطلقوه فله أن يؤذيهم ٣٤٨ باب الأنفال . ان قال الأمير من فعل فلان يؤدى الى النصر فله كذا ٣٥٤ باب قسم الغنيمة وما هي ٣٦٠ من يستحق ومن لا حق له في الغنيمة ٣٦٤ باب قسم الخمس . سهم ذوى القربى . سهم لليتامى . سهم المساكين . سهم ابن السبيل ٣٧٥ باب قسم الفداء وبهاه
- ٣٨٦ باب الجزية ومن تؤخذ ٣٩١ أقل الجزية ٣٩٥ ميعاد دفع الجزية
- ٤٠٨ باب عقد الدمة ومن يصح ، وعرضن الاسلام أو الجزية على العدو قبل قتاله . ولا يبدون بالسلام . ويمنعون من إظهار الخبز ومن أحداث

الكنائس . ويجب عن الامام الدب عنهم
٤٠٩ ومن أنى من أهل الذمة محرما حكمتا عليه . إذا امتنع الذمى من التزام
ما عليه نقض عهده .

٤٢٨ لا يمكن مشرك من دخول الحرم والحجاز . باب الهدنة وهم من حق
الامام . ان عقد الهدنة على ما لا يجوز وجب نقضه
٤٤٩ إذا نقض أهل الهدنة . خراج السواد وبياه

تمّ الجزء التاسع عشر ويليه الجزء العشرون
وأوله كتاب الحدود

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المجموع

شرح المَهْدَبِ

الجزء العشرون

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الحدود

(الشرح) أصل الحد في اللغة : المنع ، وقيل للبواب حداد ، لأنه يمنع من بدخل الدار من غير أهلها ، قال الأعشى :

فقمنا ولما يضح ديكتنا إلى جونة عند حدادها
وسمى الحديد حديداً لمنعه من السلاح ووصوله إلى لابسه : وحده الشيء
يمنع أن يدخل فيه ما ليس منه وأن يخرج منه ما هو منه ، والحد في الشرع يمنع
المحدود من العود إلى ما كان ارتكبه ، وكذلك السجن سمي حداداً لهذا المعنى
قال الشاعر :

لقد ألفت الحداد بين عصاة فسائل في الاقياد ماذا ذنوبها
قال القائل الأعلى للقوات الاندلسية في حينه في كتابه المحلى لم يصف الله تعالى
حداً من العقوبة محذوداً لا يتجاوز في النفس أو الأعضاء أو البشرية الا في
سبعة أشياء وهي :

- ١ - المحاربة ٢ - الردة ٣ - الزنا ٤ - القذف بالزنا
- ٥ - السرقة ٦ - جحد العارية ٧ - تناول الخمر في شرب أو أكل

قال المصنف رحمه الله :

{ باب حد الزنا }

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام ، والدليل عليه قوله عز وجل : ولا تهربوا
الزنا إنه كان قاحشة وساء سبيلاً ، وقوله تعالى : والذين لا يدعون مع الله الهاً
آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق
أثاماً ، وروى عبد الله قال : سألت النبي صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم
عند الله عز وجل قال : أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، قلت : إن ذلك لعظيم ،
قال : قلت : ثم أي قال أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل منك . قال قلت : ثم أي
قال أن تزاني حليلة جارك .

(الشرح) حديث عبد الله ، سألت النبي صلى الله عليه وسلم . . . ، متفق عليه وأخرج أحمد والطبراني في الكبير والأوسط عن المقداد بن الأسود رضى الله عنه لأصحابه ما تقولون في الزنا ؟ قالوا حرام حرمه الله عز وجل ورسوله فهو حرام إلى يوم القيامة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه : لأن يزني الرجل بعشر نسوة أيسر عليه من أن يزني بامرأة جاره ،

وروى بن أبي الدنيا والخرائطي عن ابن عمر قال ، قال رسول الله (ص) الزاني بحليلة جاره لا ينظر الله اليه يوم القيامة ولا يزكبه ، ويقول ادخل النار مع الداخلين ،

اللغة قوله (أن تجعل لله نداً) الند المثل والنظير وكذلك النديد والنديدة . أجمعت الشرائع القديمة والحديثة على حرمة الزنا ، وهو أن يأتي رجل وامرأة بفعل الجماع بخير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة ، وما زالت المجتمعات البشرية مجمعة عليه منذ أقدم عصور التاريخ إلى يومنا الحاضر ولم يخالفها فيه حتى اليوم إلا شذمة قليلة من الذين جعلوا عقولهم تابعة لأهوائهم وشهواتهم البهيمية أو أتوا من قبل عقولهم ، ويظنون كل مخالفة للنظام والعرف الجاري اختراعاً لفلسفة جديدة ، والعلّة في هذا الاجماع العالمى أن الفطرة الانسانية بنفسها تقتضى حرمة الزنا ، وبما يتوقف عليه بقاء النوع الانسانى وقيام تمدن الانسانى أن لا تكون الحرية للرجل والمرأة فى أن يجتمعا ابتغاء اللذة وقضاء الشهوة هما النفسية متى شاءا ثم يفترقا متى أرادا ، بل يجب أن تكون العلاقة بين كل رجل وامرأة قائمة على عهد للوفاء دائم بحكم معروف فى المجتمع ، وتكون مستفدة الى ضمان المجتمع كله .

قالت الحنابلة فى منار السبيل : الزنى هو فعل الفاحشة فى قبل أو دبر وهو من أكبر الكبائر ، قال الامام أحمد لا أعلم حداً بعد القتل ذنباً أعظم من الزنا ، وأجمعوا على تحريمه .

ولقد كان الزنا فى الجاهلية على قسمين سراً وعلانية ، وعاماً وخاصاً ، فالخاص السرى هو أن يكون للبرأة خـدن يزنى بها سراً فلا تبذل نفسها لكل أحد ،

والمعلم الجهرى هو المراد بالسفاح ، كما قال ابن عباس وهو البغاء ، وكان البغايا من الاماء وكن ينصبن الرايات الحمر لتعرف منازلهن
وروى عن ابن عباس أن أهل الجاهلية كانوا يجرمون ما ظهر من الزنا ويقولون انه لؤم ، ويستحلون ما حفى ويقولون لا بأس به ، وهذان النوعان معروفان الآن وقاشبان فى بلاد الافرنج والبلاد التى تقلد الافرنج فى شرور مدينتهم كصر والاسفانة .

وقبل الكلام فى الأحكام علينا أن نلقى نظرة سريعة على أحكام الشرائع السابقة ، فى الكتاب المقدس لليهود الاصحاح الثانى والعشرون ١٦ ، ١٧ ، وإذا أراد رجل عذراء لم تخطب قاضطجع معها يهرها لنفسه زوجة إن أبى أبوها أن يعطيه إياها يزن له فضة كهر العذارى ،

وفى ٢٨ ، ٢٩ من نفس المرجع ، إذا وجد رجل ففأة عذراء غير مخطوبة فأمسكها واضطجع معها فوجد يعطى الرجل الذى اضطجع معها لأبى الففأة خمسين مثقالا من الفضة وتكون هى له زوجة من أجل أنه قد أخذها ، غير أنه إذا زنى أحد بنت القسيس هو قب بالشنق بموجب القانون اليهودى وعوقبت البنت بالاحراق وهذه الفكرة هى شبيهة بفكرة الهنادك ، فى كتاب القانون الدينى لما نوه أياما رجل زنى بنت من طبقته عن رضاها فليس عليه شيء من العقوبة ، وله أن يؤدى الاجرة إلى والدها وينكحها إن رضى به . وأما إذا كانت البنت من طبقة أعلى من طبقته فلتخرج البنت من بيتها ويعاقب الرجل بقطع الاعضاء ، ويجوز تغيير هذه العقوبة بإحراق البنت حية إذا كانت من الطبقة البرهمية .

أما عقوبة الزنا بالمنزوجة فعند المصريين الفراعنة أن يضرب الرجل ضربا شديدا بالعصا ويحصد أنفه ، وكذا فى بابل وآشور وقارس القديمة ، أما الهنود فكانت عقوبة المرأة عندهم أن تطرح أمام الكلاب حتى تمزقها ، وعقوبة الرجل أن يضجع على سرير محمى من الحديد وتشتعل حوله النار ، وقد كان من حق الرجل عند اليونان والروم فى بدء الامر أنه إذا وجد أحدا يزنى بامرأته أن يقتله أو ينال منه إن شاء غرامة مالية ، ثم أصدر قيصر أغسطس مرسوما بأن

يصادر الرجل بنصف ما يملك من المال والبيوت ويبنى من موطنه ، وأن محرّم المرأة من نصف صداقها وتصادر بنصف ما يملك من المال وتبنى إلى بقعة أخرى ثم جاء قسطنطين وغير هذا القانون بإعدام الرجل والمرأة ، ثم تغير هذا في عهد ليون مارسين بالحبس المؤبد ، ثم جاء قيصر جستينين وخفف هذه العقوبة وغيرها بضرب الاسواط ثم حبسها في دير الراهبات وإعطاء زوجها الحق في أمه إن شاء استخرجها من الدير في ضمن مدة سنتين ، أو تركها فيه إن شاء طول حياتها .

وأما الأحكام في القانون اليهودي عن الزنا بامرأة الغير فهي : إذا اضطلع رجل مع امرأة اضطلع زرع وهي أمة مخطوبة لرجل ولم تقد فداء ولا أعطيت حريتها فليكن تأديب ولا يقتل لأنها لم تعتق ،
 • إذا وجد رجل مضطجعاً مع امرأة زوجة بعل يقتل الاثنان ، الرجل المضطجع مع المرأة والمرأة ،

• إذا كانت فتاة عذراء مخطوبة لرجل فوجدتها رجل في المدينة واضطلع معها فاخرجوها كليهما إلى باب تلك المدينة وارجموها بالحجارة حتى يموتا ، الفتاة من أجل أنها لم تصرخ في المدينة ، والرجل من أجل أنه أذل امرأة صاحبه فتنزع الفر من وسطك ، ولكن إن وجد الرجل الفتاة المخطوبة في الحقل وأمسكها الرجل واضطلع معها يموت الرجل الذي اضطلع معها وحده ، وأما الفتاة فلا تفعل بها شيئاً ، الاصحاح الثاني والعشرون ٢٢ - ٢٦ . وقد استنبط المسيحيون استنباطات خاطئة .

ومن بعض أقوال المسيح في المرأة التي جاء بها اليهود وهي زانية ليحكم ، فإذا زنى عندهم رجل بكر بامرأة باكرة فإن فعلها على كونه ذنباً ليس بجريمة مستلزمة للعقوبة على كل حال .

وأما إذا كان أحد المرتكبين لهذا الفعل للرجل أو المرأة أو كلاهما متزوجاً فإنه الجريمة غير أن الذي يجعله الجريمة أنها هو نقض العهد لا الزنا المحض ، فكل من أتى بفعل الزنا بعد كونه متزوجاً فإنه مجرم لأنه نقض العهد الذي كان عقده مع زوجته أو زوجها إن كانت المرتكبة امرأة أمام المذبح بواسطة القسيس ،

٧
أما عقوبته على إتيانه بهذه الجريمة فإنما هي أن تقيم زوجته عليه الدعوى وتشكو
غدره إلى المحكمة وتطلب منها التفريق بينهما ، وكذلك ليس من حق زوج المرأة
الزانية أن يقيم عليها الدعوى في المحكمة ويطلقها أمامها فحسب ، بل له كذلك أن
ينال غرامة مالية من الرجل الذي أفسد زوجته . ومن العجيب أن هذه العقوبة
سيف يقطع من جانبيه ، فإن المرأة وإن كان لها أن تقيم الدعوى على زوجها
الغادر وتمتلك من المحكمة حكم تفريقها منه ، ولكن لا يجوز لها أن تنسكح
رجلا آخر طول حياتها ، وكذلك الرجل إن فعل بزوجه الغادرة ، ومعنى ذلك
أن كل من أحب من الزوجين أن يحيا في الدنيا حياة الرهبان والراهبات فعليه أن
يشكو إلى المحكمة .

أما الإسلام فإنه يراها جريمة مستلزمة للتواخذه والتوبة ويغالب في نظره شدة
هذه الجريمة لا على أساس أنه نقض المهد أو تعدى على فراش غيره ، ولكن على
أساس أنه سلك لقضاء شهوته طريقاً غير مشروع ، وعلى أساس أنه إذا أطلق
عنان الناس لآتيانها متى شاؤوا ، فإنها لا تلبث أن تستأصل شأفة نوع
الإنسان وتمده مآ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا وطئ رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير
عقد ولا شبهة عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم
وجب عليه الحد ، فإن كان محصناً وجب عليه الرجم لما روى ابن عباس رضي الله
عنه قال ، قال عمر : لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد
الرجم في كتاب الله فيضلون ويتركون فريضة أنزلها الله ، إلا إن الرجم إذا أحسن
الرجل وقامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف ، وقد قرأتها الشيخ والشهيد إذا
زانيا فارجموها البينة ، وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا ، ولا يجلد
المحصن مع الرجم لما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجني رضي الله عنهما قالا :
كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام إليه رجل فقال إن ابني كان عسيفاً
على هذا فزني بإسرأته ، فقال على إبنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أئيس

على امرأة هذا فإن اعترفت قارحها ، فعدا عليها فاعترفت فرجها ، ولو وجب
الجلد مع الرجم لأمر به .

(فصل) والمحسن الذي يرجم هو أن يكون بالغاً عاقلاً حراً وطىء في نكاح
صحيح ، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً لم يرجم ، لأنهما ليسا من أهل الحد ، وإن كان
مملوكاً لم يرجم .

وقال أبو ثور : إذا أحسن بالزوجة رجم ، لأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه
الحز والمبد كاقطع في السرقة ، وهذا خطأ لقوله عز وجل (فإذا أحسن فإن
أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فأوجب مع
الاحسان خمسين جلدة .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا زنت
أمة أحدكم فليجلدها الحد ، ولأن الرجم أعلى من جلد مائة ، فإذا لم يجب على
المملوك جلد مائة فلأن لا يجب الرجم أولى ، ويخالف القاطع في السرقة فإنه ليس
في السرقة حد غير القاطع ، فلو أسقطناه سقط الحد وفي ذلك فساد ، وليس
كذلك الزنا فإن فيه حداً غير الرجم فإذا أسقطناه لم يسقط الحد . وأما من لم يطأ
في النكاح الصحيح فليس بمحسن وإذا زنى لم يرجم ، لما روى مسروق عن عبد الله
قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحمل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله
إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى والنفس بالنفس والبارك
لدينه المفارق للجماهير ، ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطىء في نكاح صحيح
واختلف أصحابنا هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كاله بالبلوغ والمقل
والحرية أم لا ؟ فمنهم من قال ليس من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال
فلو وطىء وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم ، لأنه وطء أبيع
للزوج الأول فثبت به الاحسان ، كما لو وطىء بعد الكمال ، ولأن النكاح يجوز
أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء .

ومنهم من قال من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال ، فإن وطىء في حال
الصغر أو الجنون أو الهرق ثم كمل وزنى لم يرجم ، وهو ظاهر النص ، والدليل
عليه ما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لمن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم ، فلو جاز أن يحصن الوطء في حال نقصان لما علق الرجم بالزنا ، ولأن الاجمان كمال فشرط أن يكون وطؤه في حال الكمال ، فعلى هذا إذا وطئ في نكاح صحيح فإن كانا حريين بالنين عاقلين صاروا محصنين ، وإن كانا مملوكين أو صغيرين أو مجنونين لم يصيرا محصنين ، وإن كان أحدهما حراً بالغا عاقلاً والآخر مملوكاً أو صغيراً أو مجنوناً ففيه قولان

(أحدهما) أن الكامل منهما محصن والناقص منهما غير محصن وهو الصحيح لأنه لما جاز أن يجب بالوطء الواحد الرجم على أحدهما دون الآخر جاز أن يصير أحدهما بالوطء الواحد محصناً دون الآخر

والقول الثاني أنه لا يصير واحد منهما محصناً لأنه وطء لا يصير به أحدهما محصناً فلم يصير الآخر به محصناً كوطء الشبهة ، ولا يشترط في إحصان الرجم أن يكون مسلماً لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى يهوديين زنيا فأمر برجمهما

(فصل) وإن كان غير محصن نظرت فإن كان حراً جلد مائة وغرب سنة لقوله عز وجل (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وروى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لمن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم . وإن كان مملوكاً جلد خمسين عبداً كان أو أمة لقوله عز وجل (فإن أتيتن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فجعل ما على الأمة نصف ما على الحرة لنقصانها بالرق ، والدليل عليه أنها لو اعتقت كمل حدتها ، والعبيد كالأمة في الرق فوجب عليه نصف ما على الحر ، وهل يغرب العبد بعد الجلد؟ فيه قولان

(أحدهما) أنه لا يغرب لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص) قال : إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد . ولم يذكر النفي ، ولأن القصد بالتغريب تهذيبه بالأخراج عن الأهل ، والمملوك لا أهل له والقول الثاني : أنه يغرب ، وهو الصحيح ، لقوله عز وجل (فعليهن نصف

ما على المحصنات من العذاب) ولأنه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد ، فإذا قلنا إنه يغرب ففي قدره قولان :

(أحدهما) أنه يغرب سنة ، لأنها مدة مقدرة بالشرع ، فاستوى فيها الحر والعبد كدة العنين .

(والثاني) أنه يغرب نصف سنة للآية ، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد

(الشرح) أثر ابن عباس ، لقد خشيت أن يطول بالناس ... ، متفق عليه وفي رواية أخرى ، قال عمر وهو جالس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله بعث محمداً بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل الله عليه آية الرجم قرأناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجعها بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلون بترك فريضة أنزلها الله ، وإن الرجم في كتاب الله حق على كل من زنى إذا أحسن من الرجال أو النساء إذا قامت البينة أو كان الجبل أو الاعتراف ، رواه مسلم عن أبي الطاهر وحرمة ، ورواه البخاري عن يحيى بن سليمان عن ابن وهب . ورواه البيهقي . وقال الحافظ وعزاه للشيخين ومراده أصل الحديث ، وفي رواية للبرمذني ، لولا أني أكره أن أزيد في كتاب الله لكتبته في المصحف ، فإنني قد خشيت أن يحيى قوم فلا يجدونه في كتاب الله فيكفرون به ،

وروى الحاكم والطبراني ، الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة لما قضيا من اللذة .

وروى ابن حبان والبيهقي ، عن زر بن حبیش قال ، قال لي أبي بن كعب كآين تعد أو كآين تقرأ سورة الاحزاب ؟ قلت ثلاث وسبعين آية ، قال أقط لقد رأيتها وإياها لتعدل سورة البقرة وإن فيها للشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم

حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا ، إن رجلا من الاعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أنهدك الله إلا قضيت لي

بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفضه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله واثمن
 لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل : قال ان ابني كان عسيفا على هذا
 فزني بامرأته وإني أخبرت أن علي ابني الرجم فالتدبيت منه بمائة شاة ووليدة
 فسالت أهل العلم فأخبروني أن علي ابني جلد مائة وتغريب عام ، وان علي امرأة
 هذا الرجم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لا قضين
 بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد وعلى ابنتك جلد مائة وتغريب عام ، واغد
 يا أنيس (لرجل من أسلم) إلى امرأة هذا ، فان اعترفت فارجمها قال فعدا عليها
 فاعترفت فأمر بها رسول الله (ص) فرجمت ، رواه الجماعة والبيهقي .

حديث أبي هريرة ، إذا زنت أمة أحدكم رواه البخاري ومسلم
 وأحمد وأبو داود ، إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها
 ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب ثم ان زنت الثالثة فليمها ولو بحبل من شعر ،
 وفي رواية أبي داود ، في الرابعة الحد والبيع .

حديث عبد الله ، لا يجل دم امرئ متفق عليه ، وأبو داود
 والترمذي والنسائي .

وعن عائشة ، لا يجل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً
 رسول الله إلا في إحدى ثلاث زنا بعد إحسان فانه يرحم ورجل خرج محاربا لله
 وللرسول فانه يقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض أو يقتل نفسا فيقتل بها ،
 رواه أبو داود والنسائي .

حديث عبادة بن الصامت ، خذوا عني ، أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم كان إذا نزل عليه الوحي كرب لذلك وتزيد وجهه فأنزل الله عليه
 ذات يوم فلقى ذلك فلما سرى عنه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا النبي
 بالثيب ، والبكر بالبكر جلد مائة ثم رجم بالحجارة والبكر جلد مائة ونفي سنة ،
 رواه مسلم .

وفي رواية ، خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة
 ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم ، رواه الجماعة الا البخاري والنسائي

حديث ابن عمر ، أتى يهوديين . ، سبق تخريجه

اللفظة . قوله (وجب عليه الرجم) وأصله الرمي بالرجم وهي الحجارة للضخام . وكل رجم في القرآن فعناه القتل . وأما الجلد فأخوذ من جلد الانسان وهو الضرب الذي يصل إلى جلده . قال الجوهرى جلده الحد جلدأ أى ضربه وأصاب جلده كقولك رأسه وبطنه ، وإنما جعلت العقوبة في الزنا بذلك ولم تجعل بقطع آلة الزنا كما جعلت عقوبة السرقة والمحاربة بقطع آلة السرقة وهي اليد والرجل لأنه يؤدي إلى قطع النفس ، ولعل قطع يد السارق يكون عاماً في السارق والسارقة و قطع الذكر يختص بالرجل دون المرأة

قوله (كان عسيفاً) العسيف الاجير والجمع عسفاء قال :

أطمت النفس في الشهوات حتى أعادتني عسيفا عند عبدي

(لا يثرب) قال الخطابي لا يقتصر على التثريب

(العسيف) قال مالك الاجير ، ويطلق العسيف على السائل والعبد والخادم والعسيف في أصل اللغة الجور وسمى الاجير بذلك لأن المستأجر يمسفه على العمل أى يجور عليه

(تنبيه) قوله يا أنيس بضم الميمزة بمدفا فون ثم تحتية ثم سين مهملة مصفرا قال ابن عبد البر هو ابن الضحاك الاسلمى ، وقيل ابن مرشد ، وقال ابن السكن في كتاب الصحابة لم أدر من هو ولا ذكر الا في هذا الحديث ، وغلط بعضهم فقال انه أنس بن مالك .

قوله ، اذا وطىء رجل من أهل دار الاسلام . . . وهو من باب ما لا خلاف فيه ، وهذا قول امام الاثمة ابن حزم في مراتب الاجماع ، وانفقوا أن من زنى وهو حر بالغ غير محصن وهو عاقل مسلم غير سكران ولا مكره في أرض غير حرم مكة ولا في أرض الحرب بامرأة بالغة ليست أمة لزوجته ولا لولده ولا لأحد من رقبته ولا لأحد من أبويه ولا من ولده بوجه من الوجوه ولا ادعى أنها زوجته ولا ادعى أنها أمته بوجه من الوجوه ولا هى من المغنم ولا هى مخدومة له ولا مباحة الفرج له من مالكها ، وهى عاقلة غير سكرى ولا

مكرهة ولا هي مستأجرة للزنا ، ولا هي أمته متزوجة من عبده ، ولا هي ذمية ولا هي حربية وهو يعلم أنها حرام عليه أو ليست ملكا له ولا عقد عليها فكأحا ولم يتب ولا تقادم زناه قبل أخذه بشهر ولا تزوجها ولا اشتراها بعد أن زنى بها أن عليه جلد مائة ، وانفقوا أنه اذا زنى كما ذكرنا وكان قد تزوج قبل ذلك وهو بالغ مسلم حر عاقل بحرة مسلمة بالغة عاقلة فكأحا صحيحا ووطنها وهو في عقله قبل أن يزنى ولم يتب ولا طال الامر أن عليه الرجم بالحجارة حتى يموت .

قوله (المحصن الذي يرجم ...) قال ابن حزم في المحلى قال الله تعالى (فإذا أحصن ...) فيبين ندرى أن الله تعالى أراد فإذا تزوجن ووطنن فعلمين نصف ماعلى الحرائر المحصنات من العذاب ، والحررة المحصنة فإن عليها جلد مائة والرجم وبالضرورة ندرى أن الرجم لا نصف له فبقي عليهن نصف المائة ثم قال : واختلاف الناس في المملوك الذكر اذا زنى ، فقالت طائفة ان حده حد الحر من الجلد والنفي والرجم .

وقال الكاساني في البدائع ان وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية ، لأن فعل الزنا لا يتحقق وهو الرطه ، لأنها موطوءة وليست بواطئة ، وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة ، وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنيا بها فلا يجب عليها الحد ، وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة مزنيا بها ، الا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية ، والأهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب .

قالت الحنابلة في منار السبيل : فإذا زنى المحصن وجب رجمه حتى يموت . وروى حديث عمر السائق الاشارة اليه وحديث ماعز ، ولا يجب الرجم الا على المحصن بإجماع أهل العلم ، والمحصن هو من وطئ زوجته في قبلها بنكاح صحيح لا باطل ولا فاسد لأنه ليس بنكاح في الشرع ، وهما حران مكلفان فلا احصان مع صغر أحدهما أو جنونه أو رقه ، ولأن الاحصان كمال فيشترط أن يكون في حال الكمال وتصير الزوجة أيضا محصنة حيث كانا بالصفات المتقدمة

حال الوطء ولا يشترط الاسلام في الاحصان ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن الزنى ووطء الشبهة لا يصير به أحدهما محصناً ، ولا نعلم بينهم خلافاً في أن التسرى لا يحصل به الإحصان لأحد منهما ، لكونه ليس بتكاح ولا تثبت فيه أحكامه ، وإن زنى الحر غير المحصن جلد مائة جلدة وغرب عاماً إلى مسافة قصر لأن أحكام السفر من القصر والفطر لا تثبت بدونه ، وفي الكافي وحيث رأى الامام الزيادة في المسافة فله ذلك ، لأن عمر رضى الله عنه غرب إلى الشام والعراق ، وإن رأى زيادة على الحول لم يجهز لأن مدة الحول منصوص عليها فلم يدخلها الاجتهاد والمسافة غير منصوص عليها فرجع فيها إلى الاجتهاد اهـ

وتغرب المرأة مع محرم لعموم نهيها عن السفر بلا محرم وعليها أجرته ، ويغرب غريب إلى غير وطنه . وإن زنى الرقيق جلد خمسين جلدة ، بكر أو ثيباً لقوله تعالى (فمليين نصف ما على المحصنات ...) والعذاب المذكور في القرآن مائة جلدة فينصرف التنصيف إليه دون غيره وللرجم لا يتأني تنصيفه

وعن عبد الله بن عباس المخزومي قال : أمرني عمر بن الخطاب في قضية من قريش جلدنا ولائد من ولائد الامارة خمسين خمسين في الزنى ، رواه مالك . ولا يغرب لأن تغريبه إضراراً بسببه دونه ، ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر بتغريب الأمة إذا زنت في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد ، وقد سبق قالت المالكية : والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف ، محصنون ثيب وأبكار ، وأحرار وعبيد ، وذكور وأنثى ، والحدود الاسلامية ثلاثة : رجم وجلد وتغريب .

فأما الثيب الأحرار المحصنون فإن المسلمين أجمعوا على أن حدم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء ، فإنهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة ، أغنى قوله تعالى (الزانية والزاني) الآية . واختلفوا في موضعين ، أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ، والموضع الثاني في شروط الاحصان

قال القرطبي في تفسيره : قوله تعالى (مائة جلدة) هذا حد الزاني الحر البالغ البكر ، وكذلك الزانية البالغة البكر الحرة ، وثبت بالسنة تغريب عام على الخلاف

في ذلك ، وأما المملوكات فالراجب خمسون جلدة لقوله تعالى (فإن أتيتن بفاحشة) وهذا في الأئمة ثم العبد في معناها ، وأما المحصن من الاحرار فعليه الرجم دون الجلد ، ومن العلماء من يقول يجلد مائة ثم يرجم .

ثم قال في مكان آخر فإن زنى بالغ بصبية أو عاقل بمجنونة أو مستيقظ بفائمة فإن ذلك من جهة الرجل زنى فهذا زان فكبح غير زانية ، ثم قال قلنا هو زنى من كل جهة إلا أن أحدهما سقط فيه الحد والاخر ثبت فيه

قال للشوكاني: والحاصل أن أحاديث التنزيب قد جاوزت حد الشهرة المعتبرة عند الحنفية فيما ورد من السنة زائداً على القرآن ، فليس لهم معذرة عنها بذلك وقد حملوا بما هو دونها ، وقد أجاب صاحب البحر عن أحاديث التنزيب بأنه عقوبة لاحد ، ويحجب عن ذلك بالقول بموجبه ، فإن الحدود كلها عقوبات ، والنزاع في ثبوته لا في مجرد التسمية

(قلت) فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم ؛ وقال الحسن البصرى واسحاق وأحمد وأبو داود الزانى المحصن يجلد ثم يرجم ، وعمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد ، كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلد واحد منهم .

ومن جهة المعنى أن الحد الاصغر ينطوى في الحد الاكبر ، وذلك أن الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزانى . . .) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضاً بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره أن علياً رضى الله عنه جلد شراحة الهمسدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله .

وأما الاحصان فإنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم ، واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء . والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام ، فإذا زنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده الرجم

ورافق أبو حنيفة مالكا في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعني أن يكون الزاني والزانية حريين ولم يشترط الإسلام الشافعي . وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودية ، وعمدة مالك من طريق المعنى أن الأحسان عنده فضيله ، ولا فضيلة مع عدم الإسلام وهذا مبناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب إليه فهذا هو حكم الثيب .
وأما الأبكار فإن للسليين أجمعوا على أن حد البكر في الزنا جلد مائة ، واختلفوا في التغريب فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا .
وقال الشافعي : لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكراً كان أو أنثى حراً كان أو عبداً .

وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت ، ومن خصص المرأة من هذا المموم قائما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغيرة لا أكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل أعني المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك .

وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مني على رأيهم أن الزيادة على النص فسوخ وأنه ليس يفسخ الكتاب بأخبار الآحاد ، ورووا عن عمر أنه حد ولم يغرب ، وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر أنهم غربوا .

وأما حكم العبيد في هذه الفاحشة فإن العبيد صنفان ذكور وإناث ، أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة ، واختلفوا إذا لم تزوج ، فقال جمهور فقهاء الأمصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وإنما عليها تعزير فقط ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وقال قوم لا حد على الأمة أصلا ، والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الأحسان في قوله تعالى . فإن أحسن . فمن فهم الأحسان للتزوج قال بدليل الخطاب لا نجد له الغير المتزوجة ، ومن فهم من الأحسان الإسلام

جملة عاما في المتزوجة وغيرها ، واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حداً
بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد ، وأما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على
أن حد العبد نصف حد الحر قياساً على الأمة ، وقال أهل الظاهر حده مائة جلدة
مصحراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا ...) ولم يخصص حرّاً من عبداً ، ومن
الناس من ورأ الحد عنه قياساً على الأمة ، وهذا شاذ وروى عن ابن عباس .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحسن وزنى ففيه وجهان
(أحدهما) أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب لأنهما حدان يجبان بالزنا
فتداخلا ، كما لو وجب حدان وهو بكر .
(والثاني) أنه لا يدخل فيه لأنهما حدان مختلفان فلم يدخل أحدهما في الآخر
كحد السرقة والشرب ، فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يضرب ، لأن التغريب
يحصّل بالرجم .

(الشرح) أخرج البيهقي في سننه الكبرى عن سعيد بن المسيب أنه سئل
عن رجل تزوج امرأة ولم يمسه ثم زنى ، فقال سعيد السنة فيه أن يجلد ولا يرجم
وأخرج عن رجل من بنى عجل قال : جئت مع علي رضي الله عنه بصفرين فإذا
رجل في زرع ينادي أني قد أصبت فاحشاً فأقيموا عليّ الحد ، فرفعته الى علي
رضي الله عنه ، فقال له علي رضي الله عنه هل تزوجت ؟ قال نعم ، قال فدخلت
بها ؟ قال لا ، قال لجلده مائة وأغرمه نصف للصدّاق وفرق بينهما .
ورواه من طريق أخرى : ثم قال ، قال الشيخ أما التفريق بينهما بالزنا حكماً
فلا نقول به .

وأخرج عن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة كانوا يقولون : من تزوج
من لم يكن أحسن قبل ذلك فزنى قبل أن يدخل بامرأته فلا يرجم عليه ، والمرأة
مثل ذلك ، فإن دخل بامرأته ساعة من ليل أو نهار أو أكثر فزنى بعد ذلك فعليه
الرجم والمرأة مثل ذلك والاماء وأمهات الاولاد لا يوجبن بالرجم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأوطء الذى يجب به الحد أن يغيب الحشفة فى الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد يجب بالوطء فى الدبر لأنه فرج مقصود فتعلق الحد بالابلاج فيه كالقبيل ، ولأنه إذا وجب بالوطء فى القبيل ، وهو مما يستباح ، فلأن يجب بالوطء فى الدبر وهو مما لا يستباح أولى .

(فصل) ولا يجب على الصبي والمجنون حد الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفق ، ولأنه إذا سقط عنه التكليف فى العبادات والمآثم فى المعاصى فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرء والاسقاط أولى ، وفى السكران قولان وقد بيناهما فى الطلاق .

(فصل) ولا يجب على المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنها مسلوقة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة ، وهل يجب على الرجل إذا أكره على الزنا؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو المذهب أنه لا يجب عليه لما ذكرنا فى المرأة (والثانى) أنه يجب لأن الوطء لا يكون إلا بالانتقار الحادث عن الشهوة والاختيار

(فصل) ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا لما روى سعيد بن المسيب قال ذكر الزنا بالتمام ، فقال رجل زينت البارحة ، فقال إنا تقول؟ قال ما علمت أن الله عز وجل حرمه ، فكتب - يعنى عمر - إن كان يعلم أن الله حرمه فخذوه وإن لم يكن قد علم فأعلموه فإن عاد فارجموه .

وروى أن جارية سوداء رفعت إلى عمر رضى الله عنه وقيل إنها زنت فحفظها بالدرء خفقات ، وقال أى لكاع زينت؟ فقالت من غوش بدرهمين - تخبير بصاحبها الذى زنى بها ومهرها الذى أعطاهما - فقال عمر رضى الله عنه ما ترون؟ وعنده على وعثمان وعبد الرحمن بن عوف ، فقال على رضى الله عنه أرى أن

ترجمها ، وقال عبد الرحمن أرى مثل ما رأى أخوك ، فقال لعثمان ما تقول ؟ قال أراها تستهل بالذى صنعت لا ترى به بأساً ، وإنما حد الله على من علم أمر الله عز وجل ، فقال صدقت ، فإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريره فإن كان قد نهاها فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لأننا نعلم كذبه ، وإن كان قريب العهد بالاسلام أو نشأ في بادية بعيدة من المسلمين أو كان مجنوناً فأتى وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد ، وإن وطئ المرتبة الجارية المرهونة بإذن الراهن ، وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان . (أحدهما) أنه لا يقبل دعواه إلا أن يكون قريب العهد بالاسلام أو نشأ في موضع بعيد من المسلمين كما لا يقبل دعوى الجهل إذا وطئها من غير إذن الراهن (والثاني) أنه يقبل قوله لأن معرفة ذلك تحتاج إلى فقه .

(فصل) وإن وجد امرأة في فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة .

(فصل) وإن كان أحد الشريكين في الوطء صغيراً والآخر بالغاً أو أحدهما مستبقظاً والآخر نائماً ، أو أحدهما عاقلاً والآخر مجنوناً ، أو أحدهما عالماً بالتحريم والآخر جاهلاً ، أو أحدهما مختاراً والآخر مستكرهاً ، أو أحدهما مسلماً والآخر مستأمناً وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر ، لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر .

وإن كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب ، لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب ، وإن أقر أحدهما بالزنا وأنه الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدي أن رجلاً أقر أنه زنى بامرأة ، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم إليها فجحدت فحد الرجل .

وروى أبو هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني أن النبي (ص) قال : على ابنتك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة .

(فصل) وإن استأجر امرأة ليزني بها أو تزوج ذات رحم محرمة فوطئها وهو به تنقذ تحریمها وجب عليه الحد لأنه لا تأثير للعقد في إباحة وطئها فكان وجوده كعدمه ، وإن ملك ذات رحم محرمة ووطئها ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليه الحد لأن ملكه لا يبيح وطئها بحال فلم يسقط الحد (والثاني) أنه لا يجب عليه الحد ، وهو الصحيح لأنه وطئ في ملك فلم يجب به الحد كوطئ أمته الحائض ، ولأنه لا يختلف للذهب أنه يثبت به النسب وتصهر الجارية أم ولد له فلم يجب به الحد ، فإن وطئ جارحة مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد . وقال أبو ثور : إن علم بتحریمها وجب عليه الحد ، لأن ملك البعض لا يبيح الوطء . فلم يسقط الحد كذلك ذات رحم محرمة . وهذا خطأ لأنه اجتمع في الوطء ما يوجب الحد وما يسقط فغلب الاسقاط ، لأن مبنى الحد على الدرء والاسقاط ، وإن وطئ جارحة ابنه لم يجب عليه الحد ، لأن له فيها شبهة ويلحقه نسب ولذا لم يلزمه الحد بوطئها

(الشرح) حديث رفع القلم ... ، سبق تخريجه

حديث رفع عن أمي ... ، أخرجه الطهراقي عن ثوبان

أثر سعيد بن المسيب أخرجه البيهقي في السنن من رواية بكر بن عبد الله عن عمر أنه كتب إليه في رجل قيل له متى عمك بالنساء فقال البارحة ، قيل بمن ؟ قال بأم مشواي - يعني ربة منزلي - فقيل له قد هلكت ، قال ما علمت أن الله حرم الزنا ، فكتب عمر أن يستحلف ثم يخلى سبيله

وقال الحافظ في التلخيص : وروينا في فوائد عبد الوهاب بن عبد الرحيم الجويري قال : أنا سفيان عن عمرو بن دينار أنه سمع سعيد بن المسيب يقول : ذكر الزنا بالشام فقال رجل قد زليت البارحة ، فقالوا ما تقول ؟ فقال أو حرمه الله ؟ ما علمت أن الله حرمه ، فكتب إلى عمر فقال : إن كان علم أن الله حرمه فخذه ، وإن لم يكن علم فعلوه فإن عاد لخذه . ثم قال وهكذا أخرجه عبد الرزاق

حديث سهل أخرجه البيهقي بالفاظ مضاربة وأحمد وأبو داود وفيه عبد السلام

ابن حفص منكلم فيه . أثره أن جارية سوداء ، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وأخرج عن سعيد بن المسيب أنه سمع ابن عباس يقول : بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب الناس يوم الجمعة أتاه رجل من بني لبيك بن بكر بن عبد مناة فنخطبى الناس حتى أقرب إليه فقال يا رسول الله أقم على الحد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجلس فأنتمره ، اجلس ثم قام للثانية فقال مثل ذلك ، فقال اجلس ثم قام الثالثة فقال مثل ذلك ، فقال ما حدك ؟ قال أتيت امرأة حراماً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجال من أصحابه فيهم علي بن أبي طالب وعباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه مائة جلدة ، ولم يكن اللبى تزوج ، فقيل يا رسول الله ألا نهلكى خبث بها ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتتوني به مجلوداً ، فلما أتى به قال له من صاحبك ؟ قال فلانة لامرأة من بني بكر فدعاها فسألها عن ذلك فقالت كذب والله ما عرفه وأنى بما قال لبريته ، الله على ما أقول من الشهداءين ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم من شهودك أنك خبثت بها فإياها تنكر . فإن كان لك شهداء جلدتها وإلا جلدتك حد القرية ، فقال يا رسول الله ما لي شهداء ، فأمر به لجلد حد القرية ثمانين ، وفيه القاسم بن فياض تكلم فيه غير واحد ، وقال اللسانى هذا حديث منكر حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني سبق تخريجه

اللغة . قوله (تخففها بالدرة خفقات) أى ضربها ضرباً خفيفاً ، يقال خففه يخففه ويخففه ، والخففة الدرّة التى يخفق بها ، وهى آلة عريضة فيها جلود مخفوفة قوله (أى لكع) اللكع اللثيم والمرأة لكاع ولا يستعمل الا فى النداء . وقال أبو عبيد اللكع عند العرب العبد ، وقال الليث يقال امرأة لكاع وملكعانة ، ورجل لكع وملكعان ولكيع كل ذلك بوصف به الاحمق

قوله (من غوش بدرهمين) هو اسم طائر سمي به الرجل . قوله (أراها نستهل) أراها أظنها وكل ما كان أرى بالضم لما لم يسم فاعله فعناه أظن وكل ما كان مفتوحاً فهو الذى من رأى أو رؤية البصر وتسمّل بتخفيف اللام أى نراه سهلاً لا بأس به عندها ومن رواه بالتشديد فهو خطأ وإن صح فقتضاه تضحك . قوله (وميناه على الدرّة والاسقاط) الدرّة الدفيع ودرّاه دفعه وقد ذكر

قوله ، والوطء الذي يجب به الحد . . . ، قلت فيه مسألتان :
الأولى : غياب الحشفة في الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك لا بما دونه
وهذا ما لا خلاف فيه :

الثانية : ما يجب بالوطء في الفرج من الحد يجب بالوطء في الدبر . . . ،
ففيه خلاف .

قال الكاساني في البدائع ، الوطء في الدبر في الأثني أو الذكر لا يوجب الحد
عند أبي حنيفة ، وإن كان حراماً لعدم الوطء في القبل فلم يكن زناً .

ثم قال : ولأبي حنيفة ما ذكرنا أن اللواطه ليست بزناً لما ذكرنا أن الزنا
اسم للوطء في قبـل المرأة ، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال لاط وما زنا وزنا
وما لاط ، ويقال فلان لوطى وفلان زانى فكذا يختلفان اسماً واختلاف الأسمى
دليل اختلاف المعانى ، ولهذا اختلف الصحابة في حد هذا الفعل ، ولو كان هذا
زناً لم يكن لاختلافهم معنى ، لأن موجب الزنا كان مملوما لهم بالنص فتبين أنه
ليس بزناً ولا في معنى الزنا أيضاً لما في الزنا من اشتباه الأقسام وتضييع اولاد
ولم يوجد ذلك في هذا الفعل إنما فيه تضييع الماء المهين الذي يباح مثله بالعزل .

والشافعى يوجب الحد وهو الرجم إن كان محصناً والجلد إن كان غير محصن
لأنه زناً بل لأنه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعى لوجوب الحد
وهو الوطء الحرام .

وقالت الحنابلة : وشرط وجوب الحد ثلاثة (أحدها) تغييب الحشفة في
فرج أو دبر لا آدمى حتى ذكر أو أثنى ، واستدلوا بحديث أبي هريرة في حديث
الاسلمى الذى رواه أبو داود والدارقطنى ، فأقبل عليه في الخامسة قال أنسكتها؟
قال : نعم ، قال : كما يغيب المرود في المسكحة والرشا في البئر ، قال : نعم ، وفي
آخره فأمر به فرجم ، ولو تلوط بغيلام لزمه الحد ، لحديث أبي موسى مرفوعاً
: إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وعنه حده الرجم بكل حال ، لأنه لإجماع
الصحابة قانهم أجمعوا على قتله وإنما اختلفوا في الكيفية .

قال الخطابي في معالم السنن : بعد أن أورد حديثي ابن عباس (من وجدتموه

يعمل عمل قوم لوط فافعلوا الفاعل والمفعول به (والثاني (البكر يؤخذ على اللوطية قال يرمم) قلت : وفي كليهما ضعف ، بل قال الحافظ في التلخيص عن الاول استنكره للفساني ، ورواه ابن ماجه والحاكم وإسناده أضعف من رواية الترمذى وغيره .

وقال ابن الطلاع في أحكامه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رجم في اللواط ولا أنه حكم فيه ، وفي الثاني قال لا يصح وقد أخرجه للبخاري وفيه عاصم منبوك . في هذا الصنع هذه المتقوية العظيمة ، وكان معنى الفقهاء فيه أن الله سبحانه أطر الحجارة على قوم لوط فقتلهم بها ورتبوا للقتل المأمور به على معاني ما جاء فيه من أحكام الشريعة فقاروا : يقتل بالحجارة رجما إن كان محصنا ومجهد مائة إن كان بكرا ولا يقتل ، وإلى هذا ذهب سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح والنخعي والحسن وقتادة وهو أظهر قول الشافعي . وحكى ذلك أيضاً عن أبي يوسف ومحمد .

وقال الاوزاعي : حكمه حكم الزاني ، وقال مالك بن أفسر وإسحاق بن راهويه يرمم ان أحسن أو لم يحسن وروى ذلك عن الشعبي ، وقال أبو حنيفة يعزر ولا يحد وذلك أن هذا الفعل ليس عندهم بزنا .

وقال بعض أهل الظاهر لا شيء على من فعل هذا الصنيع (قلت) وهذا أبعد الاقاريل عن الصواب وادعائها إلى إغراء الفجار به وتهوين ذلك بأعينهم وهو قول مرغوب عنه .

قال الشيخ الفقي في تعليقه : والظاهر والله أعلم هو قتل الفاعل والمفعول به كما هو ظاهر الحديث ، لان في هذه الفاحشة القنطرة إفساداً أى إفساد للفطرة وعكسا للأوضاع ؛ ولذلك جمع الله تعالى لاهلها الفاعلين والمفعول بهم عقوبتين عظيمتين الحسب والحصب بحجارة من سجيل (قلت) ردا عليه ، أما الفعلة فأوافقها على ما قاله فيها بل ثبت فيها اللعن والحسب لقوم لوط ، أما الحد استنادا إلى حديث لم يصح سنده فهذا تشريع حكم لم يأذن به الله ولا فعله رسوله وحكم بغير ما أنزل الله ، وللحاكم أن يختار ما يشاء من المعتذبات لولا الفسقة حتى يردعهم

وقد أخرج أبو داود الطيالسي في مسنده والبيهقي عن علي أنه رجم لوطيا ، قال الشافعي وهذا ناخذ محصنا كان أو غير محصن ، وأخرج البيهقي عن أبي بكر أنه جمع الناس في حق رجل يدعى كما تنكح النساء فسأل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكان أشدم يومئذ قولا علي بن أبي طالب قال : هذا ذنب لم تعص به أمة من الأمم إلا أمة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم نرى أن تحرقه بالنار فاجتمع أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على أن يحرقه بالنار فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد يأمره أن يحرقه بالنار ، وفي إسناده إرسال .

وروى من وجه آخر عن علي في غير هذه القصة قال يرحم ويحرق بالنار ، وأخرج للبيهقي عن ابن عباس أنه سئل عن حد اللوطي فقال ينظر أعلى بناء في القرية فيرمى به منكمسائم يتبع بالحجارة ، وقد اختلف أهل العلم في عقوبة الفاعل للواط والمفعول به بعد اتفاقهم على تحريمه وأنه من الكبائر .

قوله ، ولا يجب على الصبي فهذا مما لا خلاف فيه .

قوله ، ولا يجب على المرأة إذا كرهت

قال الكاساني في البدائع ، وكذلك الوطء عن إكراه لا يوجب الحد ، قلت : أما الرجل فلا إكراه عليه ، لأن الوطء لا يكون إلا بالتشاور الحادث عن الشهوة .

قوله ، وإن كان أحد الشريكين

وقال الشوكاني : استدل بحديث سهل بن سعد مالك والشافعي فقال لا يحد من أقر بالزنا بامرأة معينة للزنا لا للقدف ، وقال الأوزاعي وأبو حنيفة يحد للقدف فقط قال : لأن إنكارها شبهة وأجيب بأنه لا يبطل إقراره ، وذهب الهادوية ومحمد ، وروى عن الشافعي إلى أنه يحد للزنا وللقدف ، واستدلوا بحديث ابن عباس الذي ذكرناه (قلت السابق نخرجه) وهذا هو الظاهر لوجهين ، الأول أن غاية ما في حديث سهل أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد ذلك الرجل للقدف وذلك لا ينتهض للاستدلال به على السقوط لاحتمال أن يكون ذلك لعدم الطلب من المرأة أو لوجود مسقط بخلاف حديث ابن عباس فإن فيه أنه أقام الحد عليه

والوجه الثاني أن ظاهر أدلة القذف العموم فلا يخرج من ذلك إلا ما خرج بدليل وقد صدق على من كان كذلك أنه قاذف

قوله ، وإن استأجر امرأة . ، روى محمد بن حزم بسنده أن امرأة جاءت إلى عمر بن الخطاب فقالت يا أمير المؤمنين أقبلت أسوق فنهال فلقيني رجل حفن لي حفنة من تمر ثم حفن لي حفنة من تمر ثم حفن لي حفنة من تمر ثم أصابني ، فقال عمر ما قلت ؟ فأعادت ، فقال عمر وبشير بيده مهر مهر مهر ثم تركها . وبه إلى عبد الرزاق أن امرأة أصابها الجوع فأتت راعياً فسأته الطعام فأبى عليها حتى تعطيه نفسها ، قالت فحقي لي ثلاث حثيات من تمر وذكرت أنها كانت جهدت من الجوع ، فأخبرت عمر فكبر وقال مهر مهر مهر ودرأ عنها الحد وقال أبو محمد ، ذهب إلى هذا أبو حنيفة ولم ير الزنا إلا ما كان عن مطارفة وأما ما كان عن عطاء أو استئجار فليس زناً ولا حد فيه .

وقال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور وأصحابنا وسائر الناس هو زنا كله وفيه الحد وأما المالكيون والشافعيون فعهدها بهم يشنعون خلاف صاحب الذي لا يعرف له مخالف من الصحابة إذا وافق قلبهم ، وهم قد خالفوا عمر ، ولا يعرف له مخالف من الصحابة بل هم يعدون مثل هذا إجماعاً ، ويستدلون على ذلك بسكوت من بالحضرة من الصحابة عن التنكير لذلك

وأما الحنفية المقلدون لأبي حنيفة في هذا فنعمت الدنيا التي لا يكاد يوجد لها نظير أن يقلدوا عمر في إسقاط الحد ههنا بثلاث حثيات من تمر مهر ، وقد خالفوا هذه القضية بعينها فلم يجزوا النكاح الصحيح مثل هذا وأضاعفاه مهرأ بل مثعوا من أقل من عشرة دراهم في ذلك ، فهذا هو الاستخفاف حقاً والأخذ بما اشتروا من قول صاحب حيث اشتروا وترك ما اشتروا ، فها هذا ديننا وأف لهذا عملاً ، ثم قال : وعلى هذا لا يشاء زان ولا زانية أن يزلما علة إلا فعلاً وهما في أمن من الحد بأن يعطيهما درهما يستأجرها به للزنا

ثم قال : وحد الزنا واجب على المستأجر والمستأجرة بل جرمهما أعظم من جرم الزاني والزانية بغير استئجار لأن المستأجر والمستأجرة زادوا على سائر الزنا حراماً آخر ، وهو أكل المال بالباطل ، وأما المخدمة فروى ابن الماجشون

صاحب مالك أن المخدمة سنين كثيرة لا حد على المخدم إذا وطئها ، وهذا قول قاسد ، ومع فساده ساقط . أما فساده فإسقاطه الحد الذي أوجبه الله تعالى في الزنا ، وأما سقوطه فتفرقة بين المخدمة مدة طويلة والمخدمة مدة قصيرة ويكلف تحديد تلك المدة المسقط للحد التي يسقط فيها الحد ، فإن حد مدة كان متزايداً من القول بالباطل بلا برهان ، وإن لم يجد شيئاً كان محرماً موجبا شارعاً ما لا يدري فيما لا يدري ، وهذه تخاليف نعوذ بالله منها .

والحد كامل واجب على المخدم والمخدمة ولو أخذها عمر نوح في قومه لأنه زنا وعهر من ليست له فراشاً . ثم قال من زنى بامرأة ثم تزوجها لم يسقط الحد بذلك ، لأن الله تعالى قد أوجبه عليه فلا يسقطه زواجه إياها ، وكذلك إذا زنى بأمة ثم اشتراها ، وهو قول جمهور العلماء .

وقال أبو حنيفة لا حد عليه في كلتا المسألتين ، وهذه من تلك الطوام .

قال الشوكاني بعد أن أورد حديث البراءة لقيت خالي ومعه الراية فقلت أن تريد ، قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعد أن أضرب عنقه وأخذ ماله ، رواه الخمسة ولم يذكر ابن ماجه والترمذي أخذ المال . وأخرج أبو داود عن البراءة بينما أطوف على إبل لي ضلت إذ أقبل ركب أو فوارس معهم لواء ، فجعل الأعراب يطيفون بي لمنزلي من النبي (ص) إذ أتوا قبة فاستخرجوا منها رجلاً فضربوا عنقه ، فسألت عنه فذكروا أنه أعرس بامرأة أبيه ،

ثم أورد الاختلافات في الروايات ، ثم قال وللحديث أسانيد كثيرة منها ما رجاله رجال الصحيح ، والحديث فيه دليل على أنه يجوز للإمام أن يأمر بقتل من خالف قطعياً من قطعيات الشريعة ، ثم قال ولكنه لا بد من حمل الحديث على أن ذلك الرجل الذي أمر صلى الله عليه وسلم بقتله عالم بالتحريم وفعله مستحلاً وذلك من موجبات الكفر والمرند يقتل ، وفيه أيضاً متمسك لقول مالك أنه يجوز التعزير بالقتل ، وفيه دليل أيضاً على أنه يجوز أخذ مال من ارتكب معصية مستحلاً لها بعد إراقة دمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واللواط محرم لقوله عز وجل (ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها أحد من العالمين) فسماه فاحشة ، وقد قال عز وجل (ولا تقرّبوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن) ولأن الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحداً ، فدل على تحريمه ، ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد ، وفي حده قولان

(أحدهما) وهو المشهور من مذهبه أنه يجب فيه ما يجب في الزنا ، فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب ، وإن كان محصناً وجب عليه الرجم ، لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ، ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا

والقول الثاني أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ، ولأن تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ ، وكبى يقتل ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل في الخبر فأنصرف لإطلاقه إلى القتل بالسيف .

(والثاني) أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا

(الشرح) حديث أبي موسى الأشعري في إسناده محمد بن عبد الرحمن كذبه أبو حاتم . وقال البيهقي لا أعرفه ، والحديث منكر به هذا الإسناد ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى .

حديث ابن عباس أخرجه الخمسة إلا اللساني والحاكم والبيهقي ، وقال الحافظ رجاله موثقون إلا أن فيه اختلافاً ، وقال الترمذى إنما يعرف هذا الحديث عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم من هذا الوجه وروى محمد بن اسحاق هذا الحديث عن عمرو بن أبي عمرو فقال : ملعون

من عمل قوم لوط . ولم يذكر القتل ، وقال يحيى بن معين : عمرو بن أبي عمرو
 مولى المطلب ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه
 وسلم قال ، اقلوا الفاعل والمفعول به ، قال الشوكاني ومجايب عن ذلك بأنه قد
 احتج الشيخان به ، وروى عنه مالك في الموطأ وقد استنكر الفسائي هذا الحديث
 وقد سبق الكلام في هذا الموضوع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن حرمت مباشرة في الفرج بحكم الزنا أو اللواط حرمت
 مباشرة فيما دون الفرج بشهوة ، والدليل عليه قوله عز وجل (والذين هم
 لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين)
 ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن
 ثالثهما العيطان ، فإذا حرمت الخلو بها ، فلأن تحرم المباشرة أولى لأنها أدهى
 إلى الحرام ، فإن فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى ابن مسعود رضى الله عنه
 أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ، إني أخذت امرأة في البستان
 وأصبت منها كل شيء . غير أني لم أتكلمها فأعمل بي ما شئت ، فقرأ عليه أقم الصلاة
 طرفي النهار وزلفا من الليل إن الحسنات يذهبن السيئات . ويعزر عليه لأنه
 معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير .

(فصل) ويحرم إتيان المرأة المرأة لما روى أبو موسى الأشعري أن النبي (ص)
 قال ، إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ، ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها
 مباشرة من غير ابلاج فوجب بها التعزير دون الحد كباشرة الرجل المرأة
 فيما دون الفرج .

(الشرح) حديث ، لا يخلون رجل بامرأة . رواه البخاري ومسلم عن
 ابن عباس ، لا يخلون أحدكم بامرأة إلا مع ذي محرم ،
 وروى الطبراني عنه ، من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة
 ليس بينه وبينها محرم ،

وروى عن أبي أمامة ، اياك والخلوة بالنساء ، والذي قضى بيده ما خلا
رجل بامرأة الا ودخل الشيطان بينهما ، ولأن يزحم رجل خنزيراً متلطخا بطين
أو حماة خير له من أن يزحم منكبه منكب امرأة لا تحل له ، حديث غريب
وأخرج الخطيب في تاريخ بغداد عن عمر بن الخطاب ، لا يتحلون رجل
بامرأة فإن نالهما الشيطان ، ومن ساءت سيقتة وسرته حسنته فذاكم مؤمن ،

حديث أبي موسى سبق تخريجه

اللغة . قوله (وزلفاً من الليل) الزلفة للطائفة من الليل ، وجمعها زلف وزلفات
وما ذكره المصنف لا خلاف فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وبحرم اتيان البهيمة لقوله عز وجل (والذين هم لفروجهم حافظون
الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) فإن أتى البهيمة وهو
من يجب عليه حد الزنا ففيه ثلاثة أقوال

(أحدها) أنه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال دم . وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا معها ، وكيف يقتل ؟
على الوجهين في اللواط .

والقول الثاني أنه كالزنا ، فإن كان غير محصن جلد وغرب ، وإن كان محصنا
رجم ، لأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا
والقول الثالث أنه يجب فيه التعزير ، لأن الحد يجب للردع عما يشتهي وتميل
النفس إليه ، ولهذا وجب في شرب الخمر ولم يجب في شرب البول وفرج البهيمة
لا يشتهي فلم يجب فيه الحد .

وأما البهيمة فقد اختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من قال يجب قتلها لحديث ابن
عباس وأبي هريرة ، ولأنها ربما أتت بولد مهوه الخلق ، ولأنها إذا بقيت كثير
تصير الفاعل بها .

ومنهم من قال لا يجب قتلها ، لأن البهيمة لا تذبح لفهر ما كلة ، وحديث

ابن عباس يروي عمرو بن عمرو وهو ضعيف ، وحديث أبي هريرة يروي عن علي بن مسهر ، وقال أحمد رحمه الله إن كان روى هذا الحديث غير علي وإلا فليس بشيء . ومنهم من قال إن كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت ، وإن كانت مما لا تؤكل لم تذبح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير ما كلة ، فإن قلنا إنه يجب قتلها وهي مما يؤكل ففي أكلها وجهان

(أحدهما) أنه يحرم لأن ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع

(والثاني) أنه يحل أكلها لأنه حيوان ما كوله ذبحه من هو من أهل الذكاة وإن كانت البهيمة لغوره وجب عليه ضمها إن كانت مما لا تؤكل وضمان ما نقص بالذبح إذا قلنا إنها تؤكل لأنه هو السبب في إتلافها وذبحها .

(فصل) وإن وطئ امرأة ميتة وهو من أهل الحد ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجب عليه الحد لأنه إبلاخ في فرج محرم ولا شبهة له فيه

فأشبهه إذا كانت حية

(والثاني) أنه لا يجب لأنه لا يقصد فلا يجب فيه الحد

(الشرح) حديث ابن عباس : من أتى بهيمة ... أخرجه أبو يعلى ، وقال في إسناده كلام ، ورواه ابن عدى عن أبي يعلى ، ثم قال : قال لنا أبو يعلى : بلغنا أن عبيد الغفار رجع عنه ، وقال ابن عدى أنهم كانوا اقنوه

حديث أبي هريرة : من وقع على بهيمة ... رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي عمرو وسبق الكلام عليه

حديث نهى النبي عن ذبح الحيوان إلا لا كلة ، أبو داود في المراسيل وفي الموطأ وروى البيهقي عن ابن عباس : من وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة معه ، فقيل لابن عباس ما شأن البهيمة ؟ فقال ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً ، ولكن أرى رسول الله صلى الله عليه وسلم كره أن يؤكل من لحمها أو ينتفع بها بعد ذلك العمل

قال الشوكاني : وقد روى سفيان الثوري عن عاصم عن أبي رزين عن ابن

عباس أنه قال : من أتى بهيمة فلا حد عليه ،

حدثنا بذلك محمد بن بشار حدثنا عبد الرحمن بن مهدي حدثنا سفيان ، وهذا أصح من حديث ابن عباس
اللغة قوله (مشوه الخلق) أي قبيح الخلق ، ومنه الحديث شامت الوجوه قبحت . وشوهه الله فهو مشوه ، قال الشاعر يصف فرساً :

فهي شوهاء كالجوالق فوها مستجاف يضل فيه الشكيم
قال الشوكاني اختلف أهل العلم فيمن وقع على بهيمة ، فأخرج البيهقي عن جابر بن زيد أنه قال من أتى بهيمة أقيم عليه الحد ، وأخرج أيضاً عن الحسن أنه قال ان كان محصناً رجم . وروى عن الحسن البصري أنه قال هو بمنزلة الزاني ، قال الحاكم أرى أن يجلد ولا يبلغ به الحد ، وهو مجمع على تحريم إتيان البهيمة ، كما حكى ذلك صاحب البحر ، وقد ذهب إلى أنه يوجب الحد كالزنا الشافعي في قول له والهادوية وأبو يوسف ، وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي في قول له والمرضى والمؤيد باقته والناصر والامام يحيى إلى أنه يوجب التعزير فقط ، إذ ليس بزنا ، ورد بأنه فرج محرم شرعاً مشتمى طبعاً فأوجد الحد كالقبح ، وذهب الشافعي في قول له إلى أنه يقتل أخذاً بحديث الباب

وقد ذهب إلى تحريم لحم البهيمة المفعول بها وإلى أنها تذبح على عليه السلام والشافعي في قول ، وذهبت القاسمية والشافعي في قول له وأبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه يكره أكلها تنزيهاً فقط ، قال في البحر أنها تذبح البهيمة ، ولو كانت غير ما كوله لآتأت بولد مشوه ، كما روى أن راعياً أتى بهيمة فأنث بولد مشوه اه (قلت) أما الإتيان بولد مشوه من بهيمة فماذا يعتبر من الفروض الغير معقولة التي أوردها هؤلاء في وقت الفراغ الذهني

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم الاستمناء لقوله عز وجل ، والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، ولأنها مباشرة تفضي إلى قطع النسل لحرم كاللواط . فإن فعل عزر ولم يحد ، لأنها مباشرة محرمة من غير إيلاج فأشبهت مباشرة الاجنبية فيما دون الفرج وباقه التوفيق

(الشرح) قال الكاساني في البدائع : وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية . وقالت الحنابلة وإن زنى بميتة فروايتان وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والكافي ، والمقنع ، والمحرم ، والشرح ، والحاوي الصغير ، وغيرهما ، وحكماهما في الكافي وغيره وجهين .

(أحدهما) لا حد عليه وهو الصحيح من المذهب اختاره ابن عبدوس في تذكرته وصححه في التصحيح ، وحزم به في الرجيز والأدمى ومنوره وغيرهما . (والوجه الثاني) يجب عليه الحد اختاره أبو بكر والناظم وقدمه في الرعايتين

قوله « ويحرم الاستمناء . . . » ، قالت الحنابلة ومن استمنى بيده بلا حاجة عزر وعنه بكره ذلك نقل ابن منصور لا يمجبن بلا ضرورة . قال مجاهد كانوا بأسرون فتيانهم أن يستمفوا به ، وقال العلاء بن زياد كانوا يفعلونه في منازلهم وعنه يحرم مطلقا .

وقال ابن عقيل إن كان غنيا بوجود طول زوجة أو أمة أو حرة لم يجز له الاستمناء ، وأصحابنا وشيخنا لم يطلقوا التحريم ولم يذكروا سوى الكراهة قال وإن كان غير قادر على طول امرأة لكانه لا شهوة له تحمل على الزنا ولا يخاف غلبان اللذة حرم عليه أيضا للخبر ، فإن كان متردد الحال به للفتور والشهوة وليس له ما يتزوج به لم يحرم ، لأن حاله دون القادر ودون حال المتغلب للشهوة وإن كان متغلب الشهوة خائفا من العنت للضييق والشهوة ولا جدة له على السكاح جاز له ذلك ، قال في الفصول وإن استمنى وصور في نفسه شخصا أو دعا باسمه فإن كانت زوجته أو أمته وكان غائبا عنها فلا بأس وإن كان الشخص الذي يتصوره أو نادى أجنبية أو غلاما كره ذلك .

وقال في المفردات : الاستمناء أحب إلى من نكاح الأتمة ، وقال إذا قور بطيخة أو سوى عجيئة أو أدما أو كدة في صنم فاستمنى به كان على ماة مناس التفصيل ، قال أبو العباس وهذا ليس بجديد ، ولو خرج على الآلة الذي تستمنى به

المرأة لكان أقرب ، مع أن الرجل أغنى عن الآلة منها ، وقال ابن مفلح في
الفروع : والمرأة كرجل فستعمل شيئاً مثل الذكر ، ويحتمل المنع وعدم
القياس . ذكره ابن عقيل

وفي هامش مخطوطة الأزهر حاشية : قال القاضي في ضمن المسألة لما ذكر
المرأة قال بعض أصحابنا لا بأس به إذا قصد به طفي الشهوة والتعفف عن الزنا ،
قال والصحيح عندي أنه لا يباح والله أعلم

قال ابن العربي في أحكام القرآن ، قال محمد بن عبد الحكم : سمعت حرمة بن
عبد العزيز قال سألت مالكاً عن الرجل يجلد هميرة فتلا هذه (والذين هم لفروجهم
حافظون . . . هم العادون) وهذا لأنهم يكونون عن الذكر بعمية ، وفيه يقول
الشاعر : إذا حلت بواد لا أنيس به فاجلد هميرة لا داء ولا حرج
ويسميه أهل العراق الاستمنا ، وهو استعمال من المني ، وأحمد بن حنبل
على ورعه يجوز به لأنه إخراج فضلة من البدن لجواز عند الحاجة ، أصله الفصد
والحجامة . وعامة العلماء على تحريمه وهو الحق الذي لا ينبغي أن يدان الله إلا
به . وقال بعض العلماء إنه كالفاعل بنفسه وهي معصية أحدثها الشيطان وأجراها
بين الناس حتى صارت قبيحة ، وبأليتها لم تقل ، ولو قام الدليل على جوازها لكان
ذو المروءة يعرض عنها لدنائها .

فإن قيل فقد قيل إنها خير من نكاح الأمة ، قلنا نكاح الأمة ولو كانت كافرة
على مذهب العلماء خير من هذا ، وإن كان قبيحاً قال به قائل ، ولكن الاستمنا
ضعيف في الدليل عار بالرجل الذي فكيف بالرجل الكبير (وهذا لص ما نقله
القرطبي ولم يشر إلى مصدره)

وقال الخازن في تفسيره فن ابتغى وراء ذلك . . . ، فيه دليل على أن
الاستمنا باليد حرام ، وهو قول أكثر العلماء . سئل عطاء فقال مكروه ،
سمعت أن قوماً يحشرون وأيديهم حبال فأظن أنهم هؤلاء . وقال سعيد بن جبير
عذب الله أمة كانوا يعبثون بمذاكيرهم .

وقال ابن كثير في تفسير الآية ، وقد استدلل الإمام الشافعي رحمه الله ومن
وافقه على تحريم الاستمنا باليد بهذه الآية الكريمة (والذين هم لفروجهم

حافظون .. أيمانهم) قال فهذا الصنيع خارج عن هذين القسمين ، وقد قال الله تعالى (فمن انهى ...) وقد استأنسوا بحديث رواه الامام الحسن بن عرفة في جزئه المشهور حيث روى بمنعته إلى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : سبعة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ، ولا يذكهم ولا يجمعهم مع العاملين ويدخلهم النار أول الداخلين الا أن يتوبوا ، ومن تاب تاب الله عليه ، التناكح يده والفاعل والمفعول به ، ومن شرب الخمر ، والضارب والديه حتى يستغيبا ، والمؤذى جهرائه حتى يلغوه والتناكح حليلة جاره ، وقال ابن كثير حديث قريب واستناده فيه من لا يعرف لجهالته .

وقال ابن حزم في مراتب الإجماع ، واختلفوا في الاستمناء أحرام هو أم مكروه أم مباح ؟ ،

(قلعب) ولو كان الأمر لي لأفضت كثيراً في هذا الموضوع الذي أصبح هم كثيراً من شبابنا في هذه الأيام التي تأخر فيها سن الزواج لطول مدة التعليم ، ولكن الأمر قد مراعاة لطلب الناشر لذكرت ما قاله أهل الظاهر وما روه عن الصحابة وبعض التابعين حينما سئلوا (انما هو عضوك تدلكه) ونشرت مجلة الدكتور بحثاً عن الاستمناء قررت أن الإفراط فيه مضر

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب إقامة الحد

لا يقيم الحدود على الاحرار الا الامام أو من فوض اليه الامام لانه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بإذنه ولا في أيام الخلفاء الا بإذنهم ، ولانه حق لله تعالى يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن في استمناؤه الخيف فلم يجز بغير اذن الامام ، ولا يلزم الامام أن يحضر إقامة الحد ولا أن يبتدىء بالرجم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر برجم جماعة ولم ينقل أنه حضر بنفسه ولا أنه رمم بنفسه ، فإن ثبت الحد على عبد بإقراره ، ومولاه حر مكاف عدل فله أن يجلد في الرثا والقذف والشرب ، لما روى على كرم الله وجهه أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال : أقيموا الحدود على ما ملككم أيمانكم . وقال عبد الرحمن ابن أبي ليلى : أدركت بقايا الأنصار وهم يضربون الوليدة من ولائهم في مجالسهم اذا زنت ، وهل له أن يغربه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يغرب الا الامام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ، ثم اذا زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ، ثم اذا زنت الثالثة فتبين زناها فليبمها ولو بجمل من شعر ، فأمر بالجلد دون النفي

(والثاني) وهو المذهب أني له أن يغرب لحديث على كرم الله وجهه ، ولأن ابن عمر جلد أمة له زنت ونفاها الى فدك ، ولأن من ملك الجسد ملك النفي كالامام ، وان ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجوز أن يقيم عليه الحد ، وهو المذهب ، لا فاقد جعلناه في حقه كالامام ، وكذلك في اقامة الحد عليه بالبينة

(والثاني) أنه لا يجوز لأنه يحتاج الى تزكية المشهود ، وذلك الى الحاكم ، فعلى هذا اذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد أن يقيم الحد من غير اذنه ، وهل له أن يقطعه في السرقة ؟ فيه وجهان . أحدهما أنه لا يملك ، لأنه لا يملك من جنس القطع ويملك من جنس الجسد وهو القمير . والثاني أنه يملك وهو المنصوص في البويطى لحديث على كرم الله وجهه ، ولأن ابن عمر قطع عبداً له سرق ، وقطعت عاتقة رضى الله عنها أمة لها سرقت ، ولأنه حد فملك السيد اقامته على مملوكه كالجلد ، وله أن يقتله بالردة على قول من ملك اقامة الحد على العبد ، وعلى قول من منع من القطع يجب أن لا يجوز له القتل ، والصحيح أن له أن يقتله ، لأن حفصة رضى الله عنها قتلت أمة لها سحرها ، والقتل بالسحر لا يكون الا في كفر ، ولأنه حد فملك المولى اقامته على المملوك كسائر الحدود وان كان المولى فاسقاً ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يملك اقامة الحد لأنه ولاية تثبت بالملك فلم يمنع الفسق منها كزواج الأمة .

(والثاني) أنه لا يملكه لأمة ولاية في إقامة الحد فنع الفسق منها كولاية الحاكم ، وإن كانت امرأة فالذهب أنه يجوز لها إقامة الحد ، لأن الشافعي استدل بأن فاطمة عليها السلام جلدت أمة لها زنت .

وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز لها لأنها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية الزوج ، فعلى هذا فيمن يقيم وجهان (أحدهما) أنه يقيمه وليها في النكاح قياساً على تزويج أمتها (والثاني) أنه يقيمه عليها الإمام لأن الأصل في إقامة الحد هو الإمام ، فإذا سقطت ولاية المولى ثبت الأصل ، وإن كان للمولى مكاتب ففيه وجهان ذكرناهما في الكتابة .

(الشرح) حديث « أقيموا الحدود ... »

عن علي قال : أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأمة لجزت فقال أقم عليها الحد فانطلقت فوجدتها لم تجف من دماؤها ، فرجمت فقال أفرقت ؟ فقلت وجدتتها ولم تجف من دماؤها ، قال فإذا جفت من دماؤها فأقم عليها الحد ، قال ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقيموا الحد على ما ملكت أيما نكح ، أخرجه البيهقي ومن طريق آخر ، عن علي قال : ولدت أمة لبعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي (ص) أقم عليها الحد فذكر نحوه

ومن طريق آخر قال : خطبنا على رضى الله عنه فقال أيها الناس أيما عبد وأمة لجزا فقيموا عليهما الحد وإن زنيا أجلا وهما الحد ... ثم ذكر باقي الحديث الاول في أن دماها لم يجف بعد .

وأخرج مسلم قال خطب علي فقال يا أيها الناس أقيموا الحدود على أرقابكم من أحسن منهم ومن لم يحسن ، فإن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلاها فإذا هي حديثة عهد بالنفاس .. وذكر ما سبق

حديث أبي هريرة ، إذا زنت أمة أحدكم ... ، أخرجه مسلم والبخاري عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني وأحمد وأبو داود ، وذكر فيها الرابعة الحد والبيع ،

أثر فاطمة رضى الله عنها أن فاطمة جلدت أمة لها زنت ، أخرجه البيهقي في

السنن الكبرى أن قاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حدثت جارية لها زنت وأخرج أن أنس بن مالك كان إذا زنى يملوكة أمر بعض بنيه فأقام عليه الحد . وروى عن عبد الله بن عمر أنه حد جارية له زنت . وروى عن سعيد بن جبير يقول إذا زنت الأمة لم تجلد الحد ما لم تزوج ، فسألت عبد الرحمن بن أبي ليلى فقال أدركت بقايا الانصار وهم يضربون الوليدة من ولائهم في مجالسهم إذا زنت وروى البيهقي عن أبي الولاد عن أبيه عن الفقهاء الذين ينتهي إلى قولهم من أهل المدينة كانوا يقولون لا يذبح لأحد أن يقيم شيئاً من الحدود دون السلطان إلا إن للرجل أن يقيم حد الزنا على عبده وأمه

اللغة . قوله (يضربون الوليدة من ولائهم) الوليدة الأمة وجمعها ولائد قيل سميت بذلك لأنها تربي تربية الاولاد وتعلم الاداب

قوله (ولا يثرب عليها) التثريب التعمير والاستقصاء . في اللوم ، قال الله تعالى (لا تثريب عليكم) أى لا توبيخ عليكم ولا تعداد لذنوبكم

(ولا يثرب عليها) بمشاة تحتية مضمومة ومثلثة مفتوحة ثم راء مفردة وبعدها موحدة وهو التننيف

قوله (لا يقيم الحدوه ..) فهذا كما قلنا سابقا لا خلاف فيه

قوله فإن ثبت الحد على عبد ... ، قال الشوكاني أن المراد بالتبوي أن يعلم السيد بذلك ، وإن لم يقع إقرار ولا قامت شهادة ، وإليه ذهب بعضهم ، وحكى في البحر الاجماع على أنه يعتبر شهادة أربعة في العبد كالححر ، والأمة حكمها حكمه وقد ذهب الاكثر إلى أن الشهادة تكون إلى الامام أو الحاكم . وذهب بعض أصحاب الشافعى إلى أنها تكون عند السيد ، ثم قال وفي الرابعة الحد والبيع نص في محل النزاع ، وبها يرد على النووي حيث قال إنه لما لم يحصل المقصود من الزجر عدل إلى الاخراج عن الملك دون الجلد مستدلاً على ذلك بقوله فليعما ، وكذا وافقه ابن دقيق العيد وهو مردود .

وأما الحفاظ في الفتح فقال الارجح انه يجلد ما قبل البيع ثم يبيعها ، وصرح بأن السكوت عن الجلد للعلم به ، ولا يخفى أنه لم يسكت عن ذلك ، وظاهر الامر

بالبيع أنه واجب ، وذهب الجمهور الى أنه مستحب فقط ، وزعم بعض الشافعية أن الأمر بالببيع منسوخ كما حكاه ابن الرقعة في المطلب ولا أعرف له ناسخاً ، وإن كان هو الذي عن إضاعة المال كما زعم بعضهم ، فيجاب عنه أولاً بأن الإضاعة إنما تكون إذا لم يكن شيء في مقابل المبيع ، والمأمور به هنا هو البيع لا الإضاعة وذكر الحبل من الشعر للبالغ ، ولو سلم عدم إرادة المبالغة لما كان في البيع بحبل من شعر إضاعة وإلا لزم أن يكون بيع الشيء الكثير بالحقير إضاعة وهو ممنوع .

وقد ذهب داود وأهل الظاهر إلى أن البيع واجب لأن ترك مخالطة النفسه ومفارقتهم واجبان ، وبيع الكثير بالحقير جائز إذا كان البائع عالماً به بالاجماع . قال ابن بطال حمل للفقهاء الأمر بالببيع على الحض على مهادة من تكرر منه الزنا فلا يظن بالسيد الرضا بذلك ولما في ذلك من الوسيلة إلى تكثير أولاد الزنا ، قال وحمله بعضهم على الرجوب ولا سلف له في الأمة فلا يشتغل به . اهـ

وظاهره أنه أجمع السلف على عدم وجوب البيع ، فإن صح ذلك كان هو القرينة الصارفة للأمر عن الرجوب وإلا كان الحق ما قاله أهل الظاهر ، والأحاديث دالة على أن السيد يقيم الحد على مملوكه ، وإلى ذلك ذهب جماعة من السلف والشافعية .

وذهبت العترة إلى أن حد المالك إلى الامام إن كان ثم إمام وإلا كان إلى سيده وذهب مالك إلى أن الأمة إن كانت مزوجة كان أمر حدها إلى الامام ، إلا أن يكون زوجها عبداً لسيدها فأمر حدها إلى السيد ، واستثنى مالك أيضاً القطع في السرقة ، وهو وجه للشافعية ، وفي وجه لم آخر يستثنى حد الشرب . وروى عن الثوري والأوزاعي أنه لا يقيم السيد الحد الزنا . وذهبت الحنفية إلى أنه لا يقيم الحد على المالك إلا الامام مطلقاً ، إلا أن الأحاديث التي ذكرت سابقاً أنه يحد المملوك سيده من غير فرق بين أن يكون الامام موجوداً أو معدوماً ، وبين أن يكون السيد صالحاً لإقامة الحد أم لا

وقال ابن حزم : يقيم السيد الحد إذا كان كافراً ، وروى قول ابن أبي ليلى

المذكور سابقاً . وروى الشافعي عن ابن عباس أنه قطع يد عبده ، ووجد عبداً له زنى .

وأخرج مالك عن عائشة أنها قطعت يد عبد لها ، وأخرج أيضاً أن حفصة قتلت جارية لها سحرتها ، وقد احتج من قال أنه لا يقيم الحدود مطلقاً إلا الامام بما رواه الطحاوي عن مسلم بن يسار أنه قال : كان رجل من الصحابة يقول الزكاة والحدود والنفي والجمعة الى السلطان . وقال الطحاوي لانعلم له مخالف من الصحابة وتعبه ابن حزم بأنه خالفه اثني عشر صحابياً ، والأحاديث تدل على أن الأمة والعبيد يجلدان سواء كانوا محصنين أم لا . وقد اختلف أهل العلم في المملوك اذا كان محصناً هل يرجم أم لا ، فذهب الأكثر الى الثاني ، وذهب الزهري والثوري الى الأول ، واحتج الأولون بأن الرجم لا يقتصف ، واحتج الآخرون بعموم الأدلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والمستحب أن يحضر اقامة الحد جماعة لقوله عز وجل (وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين) والمستحب أن يكونوا أربعة ، لأن الحد يثبت بشهادتهم ، فإن كان الحد هو الجلد وكان صحيحاً قوياً والزمان معتدلاً أقام الحد ولا يجوز تأخيره ، فإن الفرض لا يجوز تأخيره من غير عذر ولا يجرى ولا يمد لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال : ليس في هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صغد ويفرق الضرب على الاعضاء ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة لما روى هنيذة بن خالد الكندي أنه شهد علياً كرم الله وجهه أقام على رجل حداً وقال للجلاد اضربه واضط كل عضو منه حقه واتق وجهه ومذاكيره

وعن عمر أنه أتى بجارية قد لجزت فقال اذهبا بها واضرباها ولا تخرقا لها جلداً ، ولأن القصد الردع دون القتل ، وان كان الحر شديداً أو للبرد شديداً أو كان مريضاً مرضاً يرجى برؤه ، أو كان مقطوعاً أو أقيم عليه حد آخر ترك الى أن يعتدل الزمان ويبرأ من المرض أو القطع ويسكن ألم الحد ، لأنه إذا أقيم عليه الحد في هذه الاحوال أعان على قتله .

وإن كان نضو الخلق لا يطبق الضرب أو مريضاً لا يرجى برؤه جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة ، لما روى سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضى ، فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها ، فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك وقال استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا ما رأينا بأحد من الضمر مثل الذى هو به لو حملناه اليك يا رسول الله لتفسخت عظامه ، ما هو الا جلد على عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ، ولأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يتلف به ولا يمكن تركه لأنه يؤدي إلى تعطيل الحد قال الشافعى رحمه الله ولأنه إذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى ، وإن وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع ، وقد بيناه فى القصاص .

(فصل) وإن أقيم الحد فى الحال التى لا تجوز فيها إقامته فملك منه لم يضمن لأن الحق قتله ، وإن أقيم فى الحال التى لا تجوز إقامته ، فإن كانت حاملاً فتلف منه الجنين وجب الضمان ، لأنه مضمون فلا يسقط ضمانه بحنابة غيره ، وإن تلف المحدود فقد قال اذا أقيم الحد فى شدة حر أو برد فملك لا ضمان عليه . وقال فى الأم اذا ختن فى شدة حر أو برد فتلف وجهى على عاقلته الدية ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المستلتمين الى الاخرى وجعلهما على قولين (أحدهما) لا يجب لأنه ملك من حد (والثانى) أنه يجب لأنه مفرط ، ومنهم من قال لا يجب الضمان فى الحد لأنه منصوص عليه ويجب فى الختان لأنه ثبت بالاجتهاد ، وإن قلنا انه يضمن فى القدر الذى يضمن وجهان (أحدهما) أنه يضمن جميع الدية لأنه مفرط (والثانى) أنه يضمن نصف الدية لأنه مات من واجب ومحذور فسقط للنصف ووجب النصف

(الشرح) حديث سهل بن حنيف ، الحديث عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف أن رجلاً مقعداً زنا بامرأة فأمر النبي (ص) أن يجلد بأثكال النخل ،

يروى أنه أمر أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ، أخرجه الشافعي ، ورواه البيهقي وقال هذا هو المحفوظ عن أبي أمامة مرسلًا ، ورواه أحمد وابن ماجة من حديث أبي الزناد عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن سعيد ابن سعد بن عبادة قال : كان بين أبياتنا رجل عرج ضعيف فلم يرع إلا وهو على أمة من إماء الدار يجثب بها ، فرفع شأنه سعد بن عبادة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اجلدوه مائة سوط ، فقال يا بني الله هو أضعف من ذلك لو ضربناه مائة سوط ل مات ، قال فخذوا له عشكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه واحدة واخلوا سبيله ، ورواه الدارقطني وقال وهم فيه فليح ، ورواه أبو داود عن رجل من الأنصار ، ورواه النسائي عن سهل بن حنيف ، ورواه الطبراني عن أبي سعيد الخدري . قال الحافظ بن حجر : فإن كانت الطرق كلها محفوظة فيكون أبو أمامة قد حملة عن جماعة من الصحابة وأرسله مرة .

اللغة . قوله (ليس في هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صغد) الغل بالفتح شد العنق بجبل أو غيره ، والغل بالضم الجبل ، والصغد ياسكان الفاء مصدر صغده بالحديد يصفده يخفف ويثدد . والصغد بالتحريك القيد وهو الغل في العنق أيضا ، وجمعه أيضا أصفاد وصفد ، قال الله تعالى : مقرنين في الأصفاد ،

قوله (نضو الخلق) أي مهزول ، وأصل النضو البعير المهزول والناقة نضوة وقد أنضاه الحفر هزله .

قوله (مائة شمراخ) القمراخ واحد الشماريخ ، وهو العشكال الذي يكون عليه البسر والرطب

قوله (اشتكى رجل منهم حتى أضفى) أي مرض ، والأضفى المرض ، يقال أضناه المرض أي أثقله . قوله (مسرف الحر) أي مفرط في شدة الحر ، وأصل السرف ضد القصد .

قوله (والمستحب أن يحضر . . .) قلته بل الواجب ، لقول الله عز وجل : وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ،

قوله (والمستحب أن يكونوا أربعاً . . .) قال ابن حزم : وانفقوا أنه إن

صف الناس صفواً كصفوف الصلاة فرجه الشهود أولاً ثم الناس ورجه الإمام في المقر أولاً ثم الناس ، واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان ، وقيل سبعة وقيل ما فوقها . وقال ابن حزم : ويقتين ندري أن الله لو أراد بذلك عدداً لبينه ولا وقضنا عليه ولم يدعنا نخطب فيه عشواه قوله (وكان صحيحاً قوياً . . .) وهذا ما لا خلاف فيه من تنفيذ الحد فوراً دون إبطاء لكثرة الأحاديث في ذلك

قوله (كان مريضاً . . .) قال النووي في شرحه لصحيح مسلم أن النفساء والمریضة ونحوهما يؤخر جلدهما إلى البرء . قال الخطابي في المعالم : ان المريض إذا كان ميؤوساً منه ومن معاودة الصحة والقوة إياه ، وقد وجب عليه الحد ، فإنه يتناول بالضرب الخفيف الذي لا يهدده .

وقال الهافمي : إذا ضربه هربة واحدة بما يجمع له من الشماريخ فعلم أن قد وصلت كلها إليه ووقعت به أجزاء ذلك . وكان بعض أصحاب الهافمي يقول : إذا كان السارق ضعيف البدن خفيف عليه من القطع التلف لم يقطع ، وقال بعضهم في وجوب القصاص على من قتل رجلاً مريضاً بنوع من الضرب لو ضرب بمثله صحيحاً لم يهلك ، فإنه يعتبر خلفه المقتول في الضعف والقوة وبنيته في احتمال الألم ، فإن من الناس من لو ضرب بالضرب المبرح الشديد لا يحتمله بدنه وسلم عليه . ومنهم من لا يحتمله ويسرع إليه التلف بالضرب الذي ليس بالمبرح الشديد فإذا مات هذا الضعيف كان ضاربه قاتلاً وكان حكم الآخر بخلافه لقوة هذا وضعف ذلك .

(قلت) وهذا قول فيه نظر وضبط ذلك غير ممكن واعتباره متمذراً والله أعلم وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابه لا تعرف الحد إلا حداً واحداً الصحيح والزمن فيه سواء ، قالوا ولو جاز هذا لجاز مثله في الحامل أن تضرب بشماريخ النخل ونحوه فلما أجمعوا أنه لا يجرى ذلك في الحامل كان الزمن مثل ذلك

(قلت) إن أول إشارة عن كيفية ضرب السوط تتضمنها كلمة (فاجلدوا) من آية القرآن نفسه ، فإن الجلد مأخوذ من الجلد وهو ظاهر البشرة من جسد اللسان ، ومن ثم قد اتفق أصحاب المعاجم والماء التفسر على أن الضرب

بالسوط ينبغي أن يصيب الجلد فقط ولا يمدوه إلى اللحم ، فكل ضرب بقطع اللحم أو ينزع الجلد ويخرج اللحم مخالف للقرآن ، ويجب أن لا يكون كل عصار أو سوط يستعمل للضرب شديداً جداً ولا رقيقاً لينا جداً ، بل يجب أن يكون بين اللين والشدة ، والغلظة والدقة ، فقد روى مالك في الموطأ أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدعا رسول الله (ص) بسوط فأتى بسوط مكسور ، فقال فوق ذلك ، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال بين هذين ، فأتى بسوط قد لان وركب به ، فأمر به للجلد وروى أبو عثمان الهندي عن عمر أنه أتى بسوط فيه شدة ، فقال أريد ألين من هذا ، فأتى بسوط فيه لين ، فقال أريد أشد من هذا ، فأتى بسوط بين السوطين فقال اضرب .

وكذلك لا يجوز أن يستعمل في الضرب سوط فيه العقود أو له فرعان أو ثلاثة فروع . وكذلك يجب أن يكون الضرب بين الضربين ، وقد كان عمر يقول للضارب لا ترفع إبطك (ذكره الجصاص وابن العربي في كتابيهما أحكام القرآن) أى لا تضرب بكل قوة يدك ، والفقههاء متفقون على أن الضرب لا ينبغي أن يكون مبرحاً أى موجعاً ، ولا ينبغي أن يكون في موضع واحد من الجسد ، بل يفرق على الجسد كله حيث يأخذ كل عضو من أعضائه حقه ، إلا الوجه والفرج والرأس أيضاً عند الحنفية فإنها لا يجوز ضربها

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا ضرب أحدكم فليترك الوجه ، رواه أبو داود . وروى عن علي أنه أتى برجل سكران أو في حد فقال : اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير ، ذكره الجصاص في أحكام القرآن ولا يجوز الضرب في ساعة يشتد فيها الحر أو البرد بل يجب في ساعة اعتدال الجو في الصيف والشتاء . وكذلك لا يجوز شد الجاني ولا مده للضرب ، اللهم إلا أن يحاول الفرار .

وإذا أريد ضرب امرأة حامل يجب أن يؤخر حتى تضع حملها وتفضى أيام نفاسها ، وإذا أريد رجها يجب أن يؤخر حتى تضع حملها وتطم صديها ، وإذا كان الزنا ثبت بشهادة الشهود فليبدأ بالضرب الشهود . وإن كان ثبت بإقرار

الجماني فليبدأ به القاضي نفسه حتى لا يستهين بالشهود بمسامة شهادتهم والقاضي بمسامة قضائه ان علياً رضي الله عنه لما قضى بالرجم لشراحة الهمدانية المذكورة قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرى للشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ، ولكنها أقرت فانا أول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ، أخرجه الامام أحمد وهذا واجب عند الحنفية وليس بواجب عند المالكية

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجب التغريب نفي إلى مسافة يقصر فيها الصلاة ، لأن ما دون ذلك في حكم الموضع الذي كان فيه من المنع من التقصر والنفط والمسح على الخف ثلاثة أيام ، فإن رجع قبل انقضاء المدة رد إلى الموضع الذي نفي إليه ، فإن انقضت المدة فهو بالخيار بين الإقامة وبين العود إلى موضعه ، وإن رأى الإمام أن ينفيه إلى أبعد من المسافة التي يقصر فيها الصلاة كان له ذلك لأن عمر رضي الله عنه غرب إلى الشام وغرب عثمان رضي الله عنه إلى مصر ، وإن رأى أن يزيد على سنة لم يجر ، لأن السنة منصوص عليها والمسافة مجتهد فيها .

وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال يغرب إلى حيث ينطلق عليه اسم الغربة ، وإن كان دون ما تقصر إليه الصلاة ، لأن المقصد تعذيبه بالغربة وذلك يحصل بدون ما تقصر إليه الصلاة ولا تغرب المرأة إلا في صحبة ذي رحم محرم أو امرأة ثقة في صحبة مأمونة ، وإن لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة يتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ومن أين يستأجر فيه رجمان ، من أصحابنا من قال يستأجر من مالها ، لأنه حق عليها فكانت مؤتمنة عليها ، وإن لم يكن لها مال استؤجرت من بيت المال . ومن أصحابنا من قال يستأجر من بيت المال ، لأنه حق لله عز وجل فكانت مؤتمنة من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها .

(الشرح) أثر عمر وأثر عثمان أخرجه البيهقي في السنن الكبرى

قوله (مصرف الحر) أي مفرط في شدة الحر ، وأصل السرف ضد التقصد واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلاً . وقال الشافعي لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكراً أو أنثى حرّاً أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ، ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة ابن الصامت وفيه البكر بالبكر . الخ . وكذلك حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني في الباب . ومن خصص المرأة من هذا العموم فإنما خصه بالقياس ،

لأنه رأى أن المرأة تعرض بالفرقة لأكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل
أعنى المصلح الذي كثروا ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب
وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص لسخ وأنه ليس بنسخ الكتاب بأخبار
الأحاد . ورووا عن عمر أنه حـد ولم يغرب . وزوى الكوفيون عن أبي بكر
وعمر أنهم غربوا .

وقالت الحنابلة : وإن زنى الحر غير المحصن جلد مائة وغرب عاماً إلى مسافة
قصر لأن أحكام السفر من القصر والفطر لا تثبت بدونه ، قاله في الكافي . وقال
وحيث رأى الامام الزيادة في المسافة فله ، وإن رأى الزيادة على الحول لم يجز له
ذلك لأن مدة الحول منصوص عليها فلم يدخلها الاجتهاد والمسافة غير منصوص
عليها فرجع فيها إلى الاجتهاد . اهـ
وتغرب امرأة مع محرم لعموم نهيها عن السفر بلا محرم وعليها أجرة ،
ويغرب غريب إلى غير وطنه .

قال ابن حزم بعد أن أورد الآراء وناقش الأدلة لكل من المانعين والمجوزين
هذه آثار متظاهرة رواها ثلاثة من الصحابة ، عبادة بن الصامت ، وأبو هريرة
وزيد بن خالد الجهني بإيجاب تغريب عام مع جلد مائة على الزاني الذي لم يحصن
مع أقسام النبي صلى الله عليه وسلم باقته تعالى في قضائه به أنه كتاب الله تعالى ،
وكتاب الله تعالى هو وحبه وحكمه ، وفرق عليه السلام بين حد المملوك وحد
الحر فصح النص أن على المالك ذكوره وانا منهم نصف حد الحر والحررة وذلك
جلد خمسين ونفي ستة أشهر

وقال الشوكاني في النيل : إن أحاديث التغريب قد جاوزت حد القهورة المعتبرة
عند الحنفية فيما ورد من السنة زائدا على القرآن فليس لهم معذرة عنها بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان الحد رجماً وكان صحبها والزمان معتدل رجماً ، لأن الحد
لا يجوز تأخيره من غير عذر ، وإن كان مريضاً مرضاً يرجى زواله أو الزمان
مصرف الحر أو البرد فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يؤخر رجمه لأن القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه (والثاني) أنه يؤخر لأنه ربما رجع في خلال الرجم ، وقد أثر في جسمه الرجم فيعين الحر والبرد والمرض على قتله ، وإن كان امرأة حاملا لم ترجم حتى تضع لأنه يتلف به الجنين .

(فصل) فإن كان المرجوم رجلا لم يحفر له ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ، ولأنه ليس بعورة ، وإن كان امرأة حفر لها لما روى بريدة قال جاءت امرأة من غامد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالزنا ، فأمر حفر لها حفرة إلى صدرها ثم أمر برجمها لأن ذلك أستر لها

(فصل) وإن هرب المرجوم من الرجم ، فإن كان الحد ثبت بالبينة أتبع ورجم لأنه لا سبيل إلى تركه ، وإن ثبت بالإقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدري قال : جاء ماعز إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن الآخر زنى وذكر إلى أن قال اذهبوا بهذا فارجموه ، فأتينا به مكانا قليل الحجارة فلما رميناه اشتد من بين أيدينا يسمى فتمنناه فأتى بنا حرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه فرميناه حتى قتلناه ثم اجتمعنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سبحان الله فهلا خلبتم عنه حين سمع من بين أيديكم ، وإن وقف وأقام على الإقرار رجم ، وإن رجع عن الإقرار لم يرجم لأن رجوعه مقبول وبالله التوفيق

(الشرح) حديث لم يحفر لماعز . . . رواه أحمد عن أبي سعيد بلفظ . لما أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نرجم ماعز بن مالك خرجنا به إلى البقيع فواقه ما حفرنا له ولا أوثقناه ، ولكن قام لنا فرميناه بالمطام والخزف ، فاشتكى فخرج يشتد حتى انتصب لنا في عرض الحرة فرمينا بجماد الجندل حتى سكت ، وأخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري وأبو داود

حديث : جاءت امرأة من غامد . . . أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إنى قد زنت فطهرنى ، وأه ردها ، فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردنى ؟ لعنك

تردني كما رددت ما عزأ فو الله إني لحبلى ، قال إما لا فأذهبي حتى تلدى ، فلما ولدت
 أنته بالصبي في خرقة ، قالت هذا قد ولدته ، قال اذهبي فأرضعيه حتى تفظميه ،
 فلما فطمته أنته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد
 أكل الطعام ، فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها
 وأمر الناس فرجموها ، فيقبل خالد بن الوليد بمحجر فرمى رأسها فنضح الدم على
 وجه خالد فسبها ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه إياها ، فقال مهلا يا خالد
 فو الذى نفسى بيده لقد تابعت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ، ثم أمر بها
 فصل عليها ودفنت .

وعن عبد بن بريدة عن أبيه أن ماعز بن مالك الأسلمى أتى رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إني زيت وإني أريد أن تطهرني ، فرده ،
 فلما كان من الغد أتاه فقال يا رسول الله إني قد زيت ، فرده الثانية ، فأرسل
 رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قومه هل تعلمون بعقله بأساً تنسكرون منه
 شيئاً ، قالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فيما نرى ، فاتاه الثالثة فأرسل اليهم
 أيضاً ، فسأل عنه فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله ، فلما كان الرابعة حفر له
 حفرة ثم أمر به فرجمه ، رواه أحمد ومسلم . وقال أحمد في آخره فأمر النبي
 صلى الله عليه وسلم فحفر له حفرة لجعل فيها الى صدره ثم أمر الناس بجمه .

اللغة . قوله (ان الاخر زنى) بقصر الألف وكسر الحاء معناه الا بعد .
 ويقال فى الشتم أبعده الله الاخر . وقال فى التلويح أى الغائب البعيد المتأخر ،
 ويقال هذا عند شتم الانسان من يخاطبه كأنه نزوه بذلك

قوله (فأتى بنا حرة) الحرة أرض ذات أحجار كثرة سود نخرة كأنها
 أحرقت بالنار والجمع الحرار والحرات وأحرون بالواو والنون كما قالوا أرضون
 وأحرون جمع أحرة . قال الراجز

لا حمس الا جنبدل الاحربن

قوله (وان كان الحد . . .) وقد سبق الكلام عليه

قوله (فلن كان المرجوم رجلاً . .) قال الشوكاني اختلفت الروايات فى ذلك

لحديث أبي سعيد فيه أنهم لم يحفروا للماعز . وحديث عبد الله بن ربيعة فيه أنهم حفروا ، وقد جمع بين الروايتين بأن المنفى حفيرة لا يمكنه الوثوب منها والمثبت عكسه أو أنهم لم يحفروا له أول الأمر ، ثم لما وجد مس الحجارة خرج من الحفرة فنبعوه ، وعلى فرض عدم إمكان الجمع فواجب تقديم رواية الإثبات على المنفى ، ولو فرضنا أن ذلك غير مرجح توجه إسقاط الروايتين والرجوع الى غيرهما لوجدنا حديث خالد بن اللجلاج الذي أخرجه أبو داود وأحمد بلفظ أن أباه أخبره ، فذكر قصة رجل اعترف بالزنا ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أحصفت ؟ قال نعم ، فأمر برجمه ، فذهبنا فحفرنا له حتى أمكننا ورميناه بالحجارة حتى هدا ، فإن فيه التصريح بالحفر بدون تسمية المرجوم . وكذلك حديثه أيضا في الحفر للغامدية .

وقد ذهبت العترة إلى أنه يستحب الحفر إلى سرة الرجل وتدى المرأة . وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنه لا يحفر للرجل . وفي قول للشافعي أنه اذا حفر فلا بأس ، وبه قال الامام يحيى . وفي وجه للشافعية أنه بخير الامام .

وفي المرأة ثلاثة أوجه ثالثها يحفر ان ثبت زناها بالبينة لا بالاقرار ، والمروى عن أبي يوسف وأبي ثور أنه يحفر للرجل والمرأة على المشهور عن الأئمة الثلاثة أنه لا يحضر مطلقاً ، وللظاهر مشروعية الحفر .

ثم قال : قالت الحنابلة والشافعية والحنفية والعترة : ويروى عن مالك في قول له أنه يقبل من المقر الرجوع عن الاقرار ويسقط عنه الحد . وذهب ابن أبي ليلى وأبو ثور ورواية عن مالك وقول للشافعي أنه لا يقبل منه الرجوع عن الاقرار بمد كاله كفره من الاقرارات ، قال الاولون ويترك اذا هرب لعله يرجع .

قال في البحر (مسألة) واذا هرب المرجوم بالبينة أتبع بالرجم حتى يموت لا بالاقرار لقوله صلى الله عليه وسلم لما عزم هلا خليتموه ، ولصحة الرجوع عن الاقرار ، ولا ضمان اذا لم يضمّنهم صلى الله عليه وسلم لاحتمال كون هربه رجوعاً أو غيره . اهـ

وذمبت المالكية إلى أن المرجوم لا يترك إذا هرب . وعن أشهب أن ذكر
عذراً فقبل يترك والا فلا ، ونقله العيني عن مالك ، وحكى اللخمي عنه قواين
فيمين رجع إلى شبهة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد القذف

القذف محرم والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا يا رسول الله وما هن ؟
قال : الشرك بالله عز وجل ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ،
وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات .

(الشرح) حديث أبي هريرة مرفق عليه ، والطبراني والنسائي وابن مردويه
وابن حبان والحاكم بنحوه .

وعنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تحاسدوا ولا تباغضوا
ولا تناجشوا ولا تدابروا ولا يبيع بعضكم على بيع بعض وكونوا عباد الله اخواناً
المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره ، التقوى ما هنا يشير إلى صدره
ثلاث مرات ، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم
حرام دمه وماله وعرضه ، مسلم

اللغة : أصل القذف الرمي بالحجارة وغيرها والقذف بالزنا مأخوذ منه ،
والسبع الموبقات هي المملكات ، وأوبقه الله أهلكه ، يقال منه وبق يبق وأوبق
يوبق إذا هلك قال الله تعالى : أو يوبقهن بما كسبوا ،

قوله (التولي يوم الزحف) التولي الأدبار فراراً من القتال ، والزحف هو
المشي إلى القتال .

قالت الحنابلة : والقذف حرام وواجب ومباح ليحرم (قذف) من أتى
ما نصت عليه الآية ، والذين يرمون المحصنات . . . ، وواجب على من يرى

زوجته تزني ، ويباح اذا رآها تزني ولم تلد أو استفاض زناها بين الناس أو أخبره به ثقة لا عداوة بينه وبينها أو يرى معروفاً به عندها خلوة ، لأن ذلك مما يغلب على الظن زناها ، ولم يجب لانه لا طرر على غيرها حيث لم تلد وفراقها أولى . وصريح القذف : يا منيوك ، يا منيوك ، يا عامر ، يا لوطي ، ولست ولد فلان فـقـذف لأمه وكنابته زنت يدك أو رجلاك ، أو يدك أو بدنك ، ويا مخنت يا قحبة يا لاجرة يا خبيثة ، أو بقول لزوجة شخص فضحت زوجها وغطيت رأسك وجعلت له قروناو علقت عليه أولادا من غيره وأفسدت فراشه فإذا أراد بهذه الألفاظ حقيقة الزنى حد والا عزر قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم أو كافر ألزم حقوق المسلمين من مرتد أو ذمي أو معاهد محصنا ليس بولد له بوطه بوجب الحد ووجب عليه الحد فإن كان حراً جلد ثمانين جلدة لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وان كان مملوكا جلد أربعين لما روى يحيى ابن سعيد الانصارى قال : ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكا افتري على حر ثمانين جلدة ، فبلغ ذلك عبد الله بن عامر بن ربيعة فقال أدركت الناس من زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى اليوم فما رأيت أحداً ضرب المملوك المفتري على الحر ثمانين قبل أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم . وروى خلاص أن علياً كرم الله وجهه قال في عبد قذف حراً فصف الحد ، ولأنه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا .

(فصل) وان قذف غير محصن لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) فدل على أنه اذا قذف غير محصن لم يجلد والمحصن الذي يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ والعقل والاسلام والحرية والعفة عن الزنا ، فإن قذف صغيراً أو مجنوناً لم يجب به عليه الحد ، لأن ما يرمى به للصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد فلم يجب الحد على القاذف ، كما لو قذف بالغاً عاقلاً بما هوون الوطء وان قذف كافراً لم يجب عليه الحد لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي (ص)

قال ، من أشرك بالله فليس بمحصن ، وإن قذف مملوكا لم يجب عليه الحد ، لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه .

وإن قذف زانيا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل ، والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، فأسقط الحد عنه ، إذا ثبت أنه زنى فدل أنه إذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد .

وإن قذف من وطئ في غير ملك وطنا محرما لا يجب به الحد كمن وطئ امرأة ظنها زوجته أو وطئ في نكاح مختلف في صحته ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب عليه الحد ، لأنه وطئ محرما لم يصادف ملكا فسقط به الإحصان كالزنا (والثاني) أنه يجب لأنه وطئ لا يجب به الحد فلم يسقط به الإحصان كما لو وطئ زوجته وهي حائض .

(فصل) وإن قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب عليه الحد للعموم الآية ، والمذهب الأول ، لأنه عقوبة تجب لحق الأدمى فلم تجب للولد على الوالد كالفصاح وإن قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد ، لأنه لما لم يثبت له عليه الحد بقذفه لم يثبت له عليه بالإرث عن أمه وإن كان لها ابن آخر من غيره وجب له ، لأن حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الانفراد .

(الشرح) حديث يحيى بن سعيد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى . وأخرج مالك في الموطأ والبيهقي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك إذا قذف إلا أربعين سوطا .

حديث ابن عمر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، وفي رواية أخرى عنه لا يحصن أهل الشرك بالله شيئا .

وفي رواية عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عنها وقال أنها لا تحصنك .

وقال الدارقطني : فيه أبو بكر بن أبي مريم ضعيف ، وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا الصحابي ، قال البيهقي : وروى من وجه آخر إلا أنه منقطع .

اللغة : قوله (اقترى على حر) أى كذب قال الله تعالى ، لا تفتروا على الله كذبا ، وقد ذكر .

الاحسان : قالت المالكية في تفسيره ، والمحصنات من الذين أتوا الكتاب ، فالاحسان ما هنا هو الحرية .

قالت الحنفية في أحكام القرآن للجصاص : المحصنات من العتائف ، ثم قالوا في البدائع من الحرار لا العتائف عن الزنا فدل أن الحرية شرط .
وقال الشوكاني : والمراد بالمحصنات المرأة العفيفة :

احصان رزان مازن بريسة وتصيح غرثى من لحوم الغوافل

وقد ورد الاحصان في القرآن لمان منها الحرية ومنها ذوات الاثروج ، وقال ابن حزم احصان الفرج .

قال ابن العربي في أحكام القرآن (وهو مالكي) وشروط القذف عند العلماء نسمة : شرطان في القاذف ، وشرطان في المقدوف به ، وخمسة في المقدوف به ، فأما الشرطان في القاذف فالمعتل والبلوغ ، وأما الشرطان في القذف به فهو أن يقذفه بوطء يلزمه فيه الحد وهو الزنا أو اللواط أو ينفيه من أبيه دون سائر المعاصي ، وأما الخمس التي في المقدوف فهي المعتل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التي رمى بها كان عفيفا عن غيرها أو لا

وقال ابن رشد في البداية : واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده ، فقال الجمهور من فقهاء الأئمة حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة ، وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وعن ابن عباس ، وقالت طائفة حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأئمة أبو ثور والاوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا ، وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ؛ ولما أجمعوا أيضاً أن حد الكتابي ثمانون فكان العبد أحرى بذلك . قالت الحنابلة في الفروع من قذف بزنا في قبل وهو مكاف مختار محصنا ولو ذات محرمة نص عليه جلد الحر ثمانين والعبد أربعين ولو عتق قبل حد .

قوله ، وان قذف غير محسن . . . ، قالت الحنابلة في الفروع : ومن قذف غير محسن عزر ، لأن الآية مفهوما أنه لا يجلد بقذف غير المحسن .

قال ابن حزم في المراتب : وانفقوا أن الحر العاقل البالغ المسلم غير المكره إذا قذف حراً عاقلاً بالعمى مسلماً عفيفاً لم يحد قط في زنا أو حرة بالذمة عاقلة مسلمة عفيفة غير ملاعنة لم تحد في زنا قط بصريح الزنا أنه يلزمه ثمانون جلدة .

قوله ، وان قذف صنهاً أو مجنوناً . . . ، قال مالك : إذا بلغت الصبية حتى توطأ فعلى قاذفها الحد ، وكذلك يجلد المجنون - وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما والحسن بن حي لا حد على قاذف صغير ولا مجنون .

قال ابن حزم : الصغار محسنون يمنع الله تعالى لهم من الزنا ويمنع أهلبيهم ، وكذلك المجانين ، وكذلك المجرب والرتقاء والقرناء والعنين ، وقد يكون كل هؤلاء محسنين بالعمى ، وأما البكر والمكره فمحسنان بالعمى فإذا كل هؤلاء يدخلون في جملة المحسنات يمنع الفروج من الزنا فعلى قاذفهم الحد ، ولا سيما القائلون إن الحرية إحصان وكل حرة محصنة واسقاط الحد عن قاذفهم خطأ محض لا إشكال فيه .

قوله ، وإن قذف كافراً . . . ، قال مالك : سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد ، وقال إبراهيم النخعي : لا حد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أو كناية وهو قياس قول الشافعي .

وقالت الحنفية شرائط الإحصان خمسة : العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا ، وقالوا إن الحد إنما وجب بالقذف دفماً لعار الزنا عن المقذوف وما في الكافر من عار الكفر أعظم .

قوله ، وان قذف مملوكاً ، قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي وسفيان الثوري وعثمان البتي والحسن بن حي والشافعي وأصحابهم لا حد على قاذف العبد والأمة وقال الحسن البصري الزوج بلا عن الأمة وان قذفها وهي أمة جلد لأنها امرأته

وسأل أميراً من الأمراء ابن عمر عن رجل قذف أم ولد لرجل ، فقال ابن عمر يضرب الحد صاعراً .

وعن ابن سيرين قال أراد عبد الله بن زياد أن يضرب قاذف أم ولد فلم يتابعه على ذلك أحد ، وروى عن عطاء والزهرى لا حد على قاذف أم ولد . قال ابن حزم : أما قولهم لا حرمة للعبد والأمة فكلام سخيف والمؤمن له حرمة عظيمة ورب عبد جلت خيرة من خليفة قرشي ، وسوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حرمة للعرض من الحر والعبد .

قوله ، وإن قذف زانيا ، قلت : هذا ما لا خلاف فيه في حالة ثبوت الزنا . قوله ، وإن قذف الوالد ولده . . . ، قال عطاء : إذا اقترى الأب على الابن فلا يحد ، وقال الحسن ليس على الأب لابنه حد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل وأصحابهم والحسن بن حنبل وإسحاق بن راهويه . وقال سفيان الثوري في الأب يقذف ابنه أنهم يستحبون الدرأ عنه ، وقال في المرأة تزني وهي محصنة وتقتل ولدها أنه يدرأ عنها الحد ، وقال ابن حزم : الحدود والقود واجبان على الأب للولد لأنه حد لله تعالى وليس حداً للمقذوف ثم قال : والحكم عند الحنفية في إسقاط الحد عن الجد إذا قذف ولد الولد كالحكم في قاذف الأبوين الأثنين ، والعجب بأن الحنفية قد فرقوا بين حكم الولد وبين حكم ولد الولد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن رفع القاذف إلى الحاكم وجب عليه السؤال عن إحصان المقذوف لأنه شرط في الحكم فيجب السؤال عنه كمدالة الشهود ، ومن أصحابنا من قال لا يجب ، لأن البلوغ والعقل معلوم بالنظر إليه ، والظاهر الحرية والاسلام والعفة .

وإن قال القاذف أمهلي لا قيم البينة على الزنا أمهل ثلاثة أيام ، لأنه قريب لقوله عز وجل ، ولا تمسوها بسوء فإخذكم عذاب قريب ، ثم قال ، وتمتعوا في داركم ثلاثة أيام ، .

(فصل) وإن قذف محصنة ثم زنى المقدوف أو وطئ وطناً زال به الإحصان سقط الحد عن القاذف .

وقال المزني وأبو نور لا يسقط لأنه معنى طراً بعد وجوب الحد فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقدوف وثبوت الزاني وحرثته ، وهذا خطأ لأن ما ظهر من الزنا يقع شبهة في حال القذف ، ولهذا روى أن رجلاً زنى بامرأة في زمان أمير المؤمنين عمر رضی الله عنه فقال والله ما زنت إلا هذه المرة ، فقال له عمر كذبت إن الله لا يفضح عبده في أول مرة ، والحد يسقط بالشبهة ، وأما رددة المقدوف ففيها وجهان .

(أحدهما) أنها تسقط الحد (والثاني) أنها لا تسقط ، لأن الردة تدن والعادة فيها الإظهار ، وليس كذلك الزنا فإنه يكتم ، فإذا ظهر دل على تقدم أمثاله وأما ثبوت الزاني وحرثته فإنها لا تورث شبهة في بكارته ورفقه في حال الزنا .

(الشرح) أثر عمر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى

قوله (وإن قذف محصناً . . .) قال ابن حزم في المحلى : إن من قذف قاذف ثم زنى المقدوف لم يسقط ذلك الزنا ما قد وجب من الحد على قاذفه لأنه زنا غير الذي رماه به فهو إذا رمى محصناً أو محصنة فعليه الحد ولا بد ولا يسقط حد قد وجب إلا بنص أو إجماع ، ولا نص ولا إجماع ما ههنا أصلاً على سقوطه بعد وجوبه بنص .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجب الحد إلا بصريح القذف أو بالكناية مع النية ، فالصريح مثل أن يقول زينت أو يا زاني ، والكناية كقوله : يا فاجر أو يا خبيث ، أو يا حلال بن الحلال ، فإن نوى به القذف وجب به الحد ، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح كالطلاق والعناق ، وإن لم ينو به القذف لم يجب به الحد ، سواء كان ذلك في حال الخصومة أو غيرها ، لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفاً من غير نية كالكناية في الطلاق والعناق

(فصل) وإن قال لظت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف لأنه قذفه

بوطه بوجب الحد فأشبه القذف بالزنا

وإن قال بالوطى وأراد به أنه على دين قوم لوط لم يجب به الحد لأنه محتمل ذلك ، وإن أراد أنه بعمل عمل قوم لوط وجب الحد ، وإن قال لامرأته يا زانية فقالت بك زينة لم يكن قولها قذفاً له من غير نية ، لأنه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانياً بأن وطنها وهو يظن أنها زوجته وهي تعلم أنه أجنبي ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفي الزنا ، كما يقول الرجل لغيره سرقت ، فيقول معك سرقت ، ويريد أني لم أسرق كما لم تسرق ، ويجوز أن يكون معناه ما وطني غيرك ، فإن كان ذلك زناً فقد زينف .

وإن قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى مني لم يكن قولها قذفاً له من غير نية لأنه يجوز أن يكون معناه ما وطني غيرك ، فإن كان ذلك زناً فأنت أزنى مني ، لأن المذهب في الجماع فعل الرجل . وإن قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفاً من غير نية ، لأن لفظة أفعل لا تستعمل إلا في أمر يشتركان فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية ، وما ثبت أن فلاناً زان ولا أن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم . وإن قال فلان زان وأنت أزنى منه ، أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زناً غيره ثم جمعه أزنى منه .

(فصل) وإن قال لامرأته يا زانية فهو قذف لأنه صرح بإضافة الزنا إليها وأسقط الهاء للترخيم ، كقولهم في مالك يا مال ، وفي حارث يا حارث . وإن قال لرجل يا زانية فهو قذف لأنه صرح بإضافة الزنا إليه وزاد الهاء للبالغ ، كقولهم هلامه ونسابة وشتامه ونوامه ، فإن قال زناة في الجبل فليس بقذف من غير نية ، لأن الزنا هو الصعود في الجبل ، والدليل عليه قول الشاعر

وارق إلى الخيرات زنتا في الجبل

وإن قال زناة ولم يذكر الجبل ففيه وجهان (أحدهما) أنه قذف لأنه لم يقرن به ما يدل على الصعود (والثاني) وهو قول أبي الطيب بن سلمة رحمه الله أنه إن كان من أهل اللغة فليس بقذف ، وإن كان من العامة فهو قذف لأن العامة لا يفرقون بين زينة وزناه .

(فصل) وإن قال زنى فرجك أو دبرك أو ذكرك فهو قذف لأن الزنا يقع بذلك ، وإن قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال هو قذف ، وهو ظاهر ما نقله المزني رحمه الله ، لأنه أضاف الزنا إلى عضو منه فأشبهه إذا أضاف إلى الفرج ، ومنهم من قال ليس بقذف من غير نية . وخطأ المزني في النقل لأن الزنا لا يوجد من هذه الأعضاء حقيقة ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم العيناان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه ، فإن قال زنى بدنك قضيه وجهان (أحدهما) أنه ليس بقذف من غير نية . لأن الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا في القذف .

(والثاني) أنه قذف لأنه أضاف إلى جميع البدن والفرج داخل فيه ، وإن قال لا ترد يد لا مس لم يكن قاذفا ، لما روى أن رجلا من بني فزارة قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتى لا ترد يد لا مس ، ولم يجعله النبي صلى الله عليه وسلم قاذفا . وإن قال زنى بك فلان وهو صبي لا يجمع مثله لم يكن قاذفا ، لأنه لا يوجد منه الوطء الذي يجب به الحد عليها ، وإن كان صبيا يجمع مثله فهو قذف لأنه يوجد منه الوطء الذي يجب به الحد عليها . وإن قال لامرأته زينت بفلاة أو زنت بك فلاة لم يجب به الحد ، لأن ما رماها به لا يوجب الحد .

(فصل) وإن أتت امرأته بولد فقال ليس مني لم يكن قاذفا من غير نية لجواز أن يكون معناه ليس مني خلقا أو خلقا أو من زوج غيري أو من وطء شبهة أو مستعار . وإن نفي نسب ولده بالعان فقال رجل لهذا الولد لست بأبني فلان لم يكن قاذفا ، لأنه صادق في الظاهر أنه ليس منه ، لأنه منفي عنه . قال القاسمي رحمه الله : إذا أقر بسب ولد فقال له رجل لست بأبني فلان فهو قذف . وقال في الزوج : إذا قال للولد الذي أقر به لست بأبني أنه ليس بقذف .

واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال إن أراد القذف فهو قذف في المسألين ، وإن لم يرد القذف فليس بقذف في المسألين ، وحمل جوابه في المسألين على هذين الحالين . ومن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجملها على قولين

(أحدهما) أنه ليس بقذف فيها لجواز أن يكون معناه لست بابن فلان أو لست بابني خلقاً أو خلقاً

(والثاني) أنه قذف لأن الظاهر منه النفي والقذف، ومن أصحابنا من قال ليس بقذف من الزوج وهو قذف من الأجنبي، لأن الأب يحتاج إلى تأديب ولده فيقول لست يائس مبالغة في تأديبه، والأجنبي غير محتاج إلى تأديبه لجعل قذفاً منه

(فصل) وإن قال لعربي يا نبطي، فإن أراد نبطي اللسان أو نبطي الدار لم يكن قذفاً، وإن أراد نفي نسبه من العرب ففيه وجهان (أحدهما) أنه ليس بقذف لأن الله تعالى علق الحد على الزنا فقال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) وشهادة الأربعة يحتاج إليها في إثبات الزنا (والثاني) أنه يجب به الحد لما روى الأشعث بن قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا أوتي برجل يقول إن كنانة ليست من قريش إلا جلدته وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: لا حد إلا في اثنتين، قذف محصنة ونفي رجل من أبيه.

(فصل) ومن لا يجب عليه الحد لعدم إحصان المقدوف أو لتعريض بالقذف من غير نية عزر لانه آذى من لا يجوز أذاه، وإن قال لامرأته استكرهت على الزنا ففيه وجهان (أحدهما) أنه يعزر لانه يلحقها بذلك طار عند الناس (والثاني) أنه لا يعزر، لانه لا طار عليها في الشريعة بما فعلها مستكرهة.

(الشرح) قوله ولا يجب الحد إلا بصريح القذف، قالت الحنابلة: وصريح القذف يا زان يا عاهر، قد زنت، زنا فرجك ونحوه. وكذا بالوطى. نقله واختاره الأكثر.

قال أحمد ويحمد، قالوا وإن فسر يا منيوكة بفعل زوج فليس قذفاً، ذكروه في الرعاية والنبصرة. وإن أراد بزاني العين أو يا عاهر اليد لم يقبل منه مع سبقه ما يدل على قذفه. صريح، وكنابته زنت يداك أو رجلاك أو يدك أو بدنك

وبما غنث ، وبما فجة ، وبما فجرة وبما خبيثة ، أو يقول لزوجة شخص فضحت
زوجك وغطيت رأسه وجعلت له قرونا وعلقت عليه أولاد من غيره وأفسدت
فراشه ، قال الامام أحمد في رواية حنبل لا أرى الحد الا على من صرح بالقذف-
أو الشقمة ، فإن أراد بهذه الالفاظ حقيقة الزنى حد والا عزر

قال ابن رشد في البداية: اذا كان القذف بلفظ صريح وجب الحد ، واختلفوا
ان كان بتعريض فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى لا حد في
التعريض ، الا أن أبا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير . ومن قال بقولهم من
الصحابة ابن مسعود .

وقال مالك وأصحابه : في التعريض الحد ، وهي مسألة وقعت في زمان عمر
فشاور عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها ، فرأى عمر فيها الحد ، وهددة مالك أن
الكناية قد تقوم بعرف- المادة والاستعمال مقام النص الصريح ، وان كان اللفظ
فيها مستعملا في غير موضعه ، أعنى مقولا بالاستعارة ، وهددة الجمهور أن
الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبيه والحدود تدرأ بالشبهات والحق أن الكناية
قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضمنت في مواضع ، وذلك أنه اذا لم يكفر
الاستعمال لها .

قال ابن حزم : من قال لآخر لآخر بفلانة أو قال فسقت بها ، فإن أبا حنيفة
والشافعي وأصحابهما قالوا لا حد في ذلك ، ثم قال ان كان لهذين اللفظين وجه
غير الزنا فكما قارا ، وان كان لا يفهم منهما غير الزنا فالحد في ذلك ، فلما نظرنا
فيهما وجدناهما يقمان على اتيناهما في الدر فسقط الحد في ذلك ، وكذلك لو قال
جامعتها حراما ولا فرق ، قال على فلو أخبر بهذا عن نفسه لم يكن معتبرا بالزنا .
قوله ، وان قال لطلت . . . ، قالت الحنابلة : وصريح القذف- بالوطى ولا
تحتل غيره . أورد ابن حزم في المحلى آثار عن قتادة أن رجلا قال لاني الاسود
الدولى بالوطى ، قال يرحم الله لوطا

وعن عكرمة حينما سأل عن رجل قال لا آخر يا لوطى ؟ قال عكرمة ليس
عليه حد . وعن الزهري وقتادة أنهما قالا جميعا في رجل قال لرجل يا لوطى
أنه لا يحد ، وبه يقول أبو حنيفة وأبو سليمان وأصحابنا .

وقال آخرون لا حد في ذلك إلا أن يبين عن ابن جريج قال . قلت لعطاء
في رجل قال لأخرا يا لوطي ، قال لا حد عليه حتى يقول إنك لتصنع بفلان ،
وعن النخعي قال نيته يسأل عما أراد بذلك .

وقالت طائفة عليه الحد واستدلوا بحكم عمر بن عبد العزيز حينما رفع إليه
مثل هذا الأمر ، فجعل عمر يقول يا لوطي يا محمدي ، فكأنه لم ير عليه الحد
وضربه بضعة عشر سوطا ، ثم أرسل إليه من الغد فأكمل له الحد . وعن الشعبي
قال يجلد ، ويأجج الحد يقول مالك والشافعي

قال ابن حزم في المحلى : واللواط ليس عندنا زنا فلا حد في الرمي به ، فإن
قالوا إن الرمي بذلك حرام ، قلنا نعم وإثم ، ولكن ليس كل حرام وإثم فجب
فيه الحدود ، فالغصب حرام ولا حد فيه ، وأكل لحم الخنزير حرام ولا حد فيه
والرمي بالكفر حرام ولا حد فيه

قوله : وإن قال لأمراته ... ، فهذا ما لا خلاف فيه

قوله : وإن قال لأمراته يا زاني ... ، قالت الحنابلة : وإن قال لرجل
يا زانية أو لامرأة يا زان فصریح كفتح التاء وكسرها لهما خلافا لصاحب الرعاية
في عالم بعربية ، وقيل كناية .

وإن قال زنأت في الجبل فصریح ، وقيل إن عرف العربية وقال أردت
للععود في الجبل ، قيل فإن لم يقل في الجبل ، وقيل لا قذف

قوله : وإن قال زنى فرجك أو درك ، سبق الكلام عليه في الباب

قوله : وإن أتت امرأة بولد ، قال ابن حزم : اختلف للناس فيمن نفي آخر
عن نفسه ، فقالت طائفة فيه الحد ، وقالت طائفة لا حد فيه ، فأما من أوجب
فيه الحد فهو كما قال ابن مسعود لا حد إلا في اثنين ، أن يقذف محصنة أو ينفي
رجلا عن أبيه ، وإن كانت أمه أمة

وعن الشعبي في الرجل ينفي الرجل من نخذه ، قال ليس عليه حد إلا أن ينفيه
من أبيه ، وعنه والحسن يضرب الحد ، وعن النخعي من نفي رجلا عن أبيه كان
أبوه ما كان ، كان عليه الحد ، وعنه في رجل نفي رجلا عن أبيه قال له لست

لأبيك وأمه نصرانية أو مملوكة ، قال لا يحد ، وفي قضية رفعت لعمر بن عبد العزيز أن رجلاً قال لآخر يهودى بن يهودى ، فقال له أجل واقه إني لليهودى ابن اليهودى ، قال ان كان الذى قال له ذلك يعرف أبوه فحد اليهودى

وعن معاذ بن جبل وعهد الله بن عمر قالوا : ليس الحد إلا فى الكلمة ليس لها مصرف - وليس لها إلا وجه واحد - وعن علي إذا بلغ الحد لعل وعسى فالحد معطل . وعن ابن عباس فيمن قال لرجل يا بطلى أنه لا حد طيبه ، وكذا الشعبي وعطاء ، قال ابن حزم فلما اختلفوا كما ذكرنا وجب أن ننظر لنعلم الحق فنقومه فوجدنا الزهرى يقول فى نقي المرء عن أبيه أو عن نسبه أن السنة على الناقى فى كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأتي بأربعة شهداء ، فنظرنا هل نجد هذا الذى ذكر الزهرى فى كتاب الله تعالى فلم نجد

فإن كانوا الناقى قاذف - ولا بد ، قلنا لا ما هو قاذف - ولا قذف - أحداً ، وقد ينفيه عن نسبه بأنه استلحق وأنه من غيرهم ابن نكاح صحيح ، فقد كانت العرب تفعل هذا فلا قذف - ها هنا أصلاً - ثم نظرنا فوجدنا الله تعالى قد أوجب القذف بالزنا الحد ، وجاءت به السنة الصحيحة ، وصح به الإجماع المحقق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما يجب بالقذف من الحد أو التعزير بالأذى فهو حق للقذوف يستوفى إذا طالب به ويسقط إذا عفا عنه ، والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أبعجز أحدكم أن يكون كأتى ضمضم كان يقول تصدقت بمرضى ، والتصدق بالمرض لا يكون إلا بالغو عما يجب له ، ولأنه لا خلاف - أنه لا يستوفى إلا بمطالبتة فكان له الغو كالتقصاص ، وإن قال لغيره ائذنى فقتله ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا حد عليه لأنه حق له فسقط بإذنه كالتقصاص

(والثاني) أنه يجب عليه الحد لأن العار يلحق بالعشيرة فلا يملك إلا ياذن فيه ، وإذا أسقط الأذن وجب الحد ، ومن وجب له الحد أو التعزير لم يجز أن

يسنوفى الا بمحضرة السلطان لانه يحتاج الى الاجتهاد ويدخله التخفيف ، فلو
فوض الى المقدوف - لم يؤمن أن يحيف للثقى

(فصل) وان مات من له الحد أو التعزير وهو من يورث انتقل ذلك الى
الوارث ، وفيمن يرثه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه يرثه جميع الورثة لانه موروث فكان لجميع الورثة كالمال
(والثاني) أنه لجميع الورثة الا لمن يرث بالزوجية ، لان الحد يجب لدفع
العار ولا يلحق للزوج عار بعد الموت لانه لا تبقى زوجية

(والثالث) أنه يرثه العصابات دون غيرها لانه حق ثبت لدفع للعار فاخص
به العصابات كولاية النكاح ، وان كان له وارثان فمما أحدهما ثبت للآخر جميع
الحد لانه جعل للردع ولا يحصل الردع الا بما جعله الله عز وجل للردع ، وان
لم يكن له وارث فهو للمسلمين ويستوفيه السلطان .

(فصل) وان جن من له الحد أو التعزير لم يكن لوابه أن يطالبه باستيفائه
لانه حق يجب للثقى ودرك النيط فأخر الى الاقامة كالتقصاص ، وان قذف -
مملوكا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد ، لانه ليس بمال ولا له بدل ،
هو مال فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح اذا عتقت الأمة تحت عبد ، وان
مات المملوك ففي التعزير ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه يسقط لانه لا يستحق عنه بالارث فلا يستحق المولى لانه
لو ملك بحق الملك للملك في حياته (والثاني) أنه للدولى لانه حق ثبت للمملوك
فكان المولى أحق به بعد الموت كالمكاتب (والثالث) أنه ينتقل الى عصباته
لانه حق ثبت لنفي العار فكان عصباته أحق به .

(الشرح) الحديث أخرجه ابن السني

اللغة . قوله تصدقت بعرضي ، قال أبو بكر بن الانباري ، قال أبو العباس
المرض موضع الظم والمدح من الانسان ، ومحناه أموره التي يرتفع بها أو يسقط
بذكرها ومن جهتها يحمده أو يذمه ، ويجوز أن يكون ذكر أسلافه لانه يلحقه
التقصية بعينهم .

وقال ابن قتيبة رضى الرجل نفسه ، واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم : أهل الجنة لا يبولون ولا يتغوطون ، إنما هو عرق يخرج من أعراضهم مثل المسك أى أبدانهم . واحتج بهذا الحديث المذكور ، تصدقت بعرضي ، أى بنفسى وأحلفت من يفتاني . قال ولو كان العرض الأسلاف لما جاز له أن يجمل من يفتاهم وله كلام بطول .

قوله : العار يلحق بالمسيرة ، هم القبيحة

قوله : لم يؤمن أن يحيف ، الحيف الجور والظلم وقد ذكر مراراً ، وأصل النفسى من شفاء الله من المرض إذا زال عنه ، فكأنه يزول ما يجد من القبيح والحزن . قوله : جعل للردع ، الردع للكف ، ردهته فارتدع أى كففته فارتكف قوله : وما يجب بالقذف من الحد ، قال ابن رشد وأما سقوطه فإنهم اختلفوا فى سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي لا يصح العفو أى لا يسقط الحد ، وقال الشافعي يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ وقال قوم إن بلغ الإمام لم يجز العفو ، وإن لم يبلغه جاز العفو ، واختلف قول مالك فى ذلك ، فمرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف السر على نفسه . وهو المشهور عنهم . والسبب فى اختلافهم هل هو حق لله أو حق للادميين أو حق لكليها ، فمن قال حق لله لم يجز للعفو كالزنا ، ومن قال حق للادميين أجاز العفو ، ومن قال لكليها وغلب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل وقياساً على الأثر الوارد فى السرقة ، وهمدة من رأى أنه حق للادميين وهو الأظهر أن المقذوف إذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد

قال ابن حزم فنظرنا فى قول مالك فوجدناه ظاهر التناقض ، وكذا قول أبى حنيفة ثم قال فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام حد القذف ولم يشاور عائشة أن تعفو أم لا ، فلو كان لها فى ذلك حق لما عطله صلى الله عليه وسلم ، فصعب أن الحد من حقوق الله تعالى لا مدخل للمقذوف فيه أصلاً ولا عفو له عنه .

قالت الحنابلة والصدقة بالمرض لا تكون إلا بالعفو عما وجب له ، ولأنه

حق له لا يقيم الا بطلبه فيسقط بعفوه كالفصاح (قلت) وما ذهب اليه ابن حزم
فهو الحق والله أعلم

قوله ، وان مات من له الحد ، قالت الحنابلة في الفروع وحق القذف للورثة
فص عليه ، وقيل سوى الزوجين ، وفي المعنى للعصبة ، وان عفا بعضهم حده
الباقون كاملاً ، وقيل يسقط . وسأله ابن منصور اقرى على أبيه وقد مات فعفا
ابنه ، قال جائز ، وسأله الأزم ، أله العفو بعد رفعه ؟ قال في نفسه ، فإنما هو
حقه ، واذا قذف أباه فهذا شيء يطلبه غيره .
قال في الروضة ، ان مات بعد طلبه ملكه وارثه ، فإن عفا بعضهم حد لمن
يطلب منهم بقسطه وسقط قسط من عفا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان قذف جماعة نظرت فإن كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا
كلهم زناة كأهل بغداد لم يجب الحد ، لأن الحد يجب لنفي العار ولا عار على
المقذوف لأننا نقطع بكذبه وبميزر للكذب . وان كانت جماعة يجوز أن يكونوا
كلهم زناة نظرت ، فإن كان قد قذف - كل واحد منهم على الانفراد وجب لكل
واحد منهم حد ، وان قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان
قال في القديم يجب حد واحد ، لأن كلمة القذف - واحدة ، فوجب حد
واحد ، كما لو قذف - امرأة واحدة

وقال في الجديد يجب لكل واحد منهم حد ، وهو الصحيح لأنه الحق العار
بقذف - كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد ، كما لو أفرد كل واحد منهم
بالقذف - ، فإن قذف - زوجته رجل ولم يلاعن ففيه طريقتان ، من أصحابنا من
قال هي على قولين ، كما لو قذف - رجلين أو امرأتين ، ومنهم من قال يجب حد
واحد قولاً واحداً ، لأن القذف - ههنا بزنا واحد ، والقذف - هناك بزناين ،
فإن وجب عليه حد لاثنين فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا قدم السابق
منهما لأن حقه أسبق ، وان وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معاً
وتشاحا أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة

وإن قال لزوجته يازانية بكت الزانية وهما محصنتان لزمه حدان ، ومن حضر
منهما وطالبت بحدما حد لها ، وإن حضرتنا وطالبتا بحدما ففيه وجهان
(أحدهما) أنه يبدأ بحد البت لأنه بدأ بقذفها (والثاني) وهو للذهب أنه
يبدأ بحد الأم لأن حدما يجمع عليه وحد البت مختلف فيه ، لأن عند أبي حنيفة
لا يجب على الزوج بقذف زوجته حد ، ولأن حد الأم أكد لأنه لا يسقط إلا
بالبينة وحد البت يسقط بالبينة وباللعان فقدم آكدهما
(فصل) وإن وجب حدان على حر لاثنتين فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى
يهرأ ظهره من الأول ، لأن الموالاتة بينهما تؤدي إلى التلف . وإن كان الحدان
على عبد ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يجوز الموالاتة بينهما ، كما لو كانا على حر (والثاني) أنه يجوز
لأن الحدين على العبد كالحد الواحد .

(فصل) وإن قذف أجنبياً بالزنا فحد ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا عزر للأذى
ولم يحد ، لأن أبا بكره شهد على المغيرة بالزنا بجلده عمر رضى الله عنه ثم أعاد
القذف وأراد أن يجلده ، فقال له على كرم الله وجهه : إن كنت تريد أن تجلده
فارجم صاحبك ، فترك عمر رضى الله عنه جلده ، ولأنه قد حصل التكذيب
بالحد ، وإن قذفه بزنا ثم قذفه بزنا آخر قبل أن يقام عليه الحد ففيه قولان .
(أحدهما) أنه يجب عليه حدان لأنه من حقوق الأدميين فلم تعداخذ كالديون
(والثاني) يلزمه حد واحد ، وهو للصحيح لأنهما حدان من جفس واحد لمستحق
واحد فتداخلا ، كما لو زنى ثم زنى .

وإن قذف زوجته ولا عنها ثم قذفها بزنا أضافه الى ما قبل اللعان ففيه وجهان
(أحدهما) أنه لا يجب عليه الحد لأن اللعان في حق الزوج كالبينة ، وإن
أقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد فكذلك إذا لاعنها

(والثاني) أنه يجب عليه الحد ، لأن اللعان إنما يسقط احصانها في الحالة
التي يوجد فيها وما بعدها وما يسقط فيما تقدم فوجب الحد بما رماها به ، وإن
قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبي وجب عليه الحد ، لأن اللعان يسقط
الاحصان في حق الزوج لأنه بينة يختص بها ، فأما في حق الأجنبي فهي باقية على

إحصائها فوجب عليه الحد بقذفها ، وإن قذفها الزوج ولا عنها ولم تلاعن فحدث
ثم قذفها الاجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا حد عليه لأنه قذفها
بزنا حدث فيه فلم يجب ، كما لو أقيم عليها الحد بالبينة (والثاني) أنه يجب لأن
اللمان يختص به للزوج فزال به الاحصان في حقه وبقي في حق الاجنبى

(الشرح) أثره أبا بكره شهد على المعيرة ، سبق تخريجه

قوله : وإن قذف جماعة ، قالت الحنابلة في الفروع : ومن قذف جماعة بكلمة
فحد طالبوا أو بعضهم فيحد لمن طلب ثم لا حد نقله الجماعة ، وفي رواية لكل
واحد حد . وكأروا في منار السبيل : ومن قذف أهل بلدة أو جماعة لا يتصور
الزنى منهم عزز ولا حد ، وإن كان يتصور الزنى منهم عادة وقذف كل واحد
بكلمة فلكل واحد حد ، وإن كان إجمالا كقوله هم زناة فحد واحد لقوله
ووالذين يرمون المحصنات ، ولم يفرق بين قذف واحد وجماعة ، ولأنه قذف
واحد فلا يجب به أكثر من حد

قال ابن رشد واختلفوا إذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه إلا حد
واحد جمعهم في القذف أو فرقهم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد
وجماعة . وقال قوم بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعي والليث وجماعة
حتى روى عن الحسن بن حبي أنه قال ، إن قال إنسان من دخل هذه الدار فهو
زان جلد الحد لكل من دخلها .

وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة ، مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد
وان قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل إنسان منهم حد ، فعمدة من لم
يوجب على قاذف الجماعة الا حد واحد حديث أفس وغيره أن هلال بن أمية
قذف امرأته بشريك بن سحماه ، فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فلاعن
بينهما ولم يحده لشريك ، وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل
وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للادميين ، وأنه لو عفا
بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد .

وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات ، أو في مجلس واحد أو في

مجالس فلائه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقم عليه الحد لأن المستحق مجهول ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل (لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم نسؤكم) ولأن الحد يدرأ بالشبهة ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم ، ألا سترته بثوبك يا هزال ،

وان قال سمعت رجلا يقول ان فلانا زنى لم يحد لأنه ليس بقاذف وانما هو حاك ولا يسأله عن القاذف- ، لأن الحد يدرأ بالشبهة . وان قال زنى فلان فهل يلزم السلطان أن يسأل المقذوف- فيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه لأنه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزم الامام اعلامه ، قالوا نفع له عنده مال لا يعلم به ، فعلى هذا ان سأل المقذوف- فأكذبه وطالب بالحد حد ، وان صدقه حد المقذوف- لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت قارجها ، واروجه الثاني أنه لا يلزم الامام اعلامه لقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحد بالشبهات ،

(الشرح) حديث ، يا أنيس اغد على امرأة هذا ... ، سبق تخريجه
حديث ، ادروا الحد بالشبهات ... ، سبق تخريجه
قوله ، اذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل ... ، سبق الكلام عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا قذف محصنا وقال قذفته وأنا ذاهب العقل فإن لم يعلم له حال جنون قالقول قول المقذوف- مع يمينه أنه لا يعلم أنه مجنون ، لأن الاصل عدم الجنون . وان علم له حال جنون ففيه قولان بناء على القولين في الملقوف- اذا قد تم اختلافا في حياته ، أحدهما أن القول قول المقذوف- لأن الاصل الصحة والثاني أن القول قول القاذف- ، لأنه يحتمل ما يدعيه والاصل حمى الظهر .

ولأن الحد يسقط بالشبهة ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ، ادهم والحدود بالشبهات وادروا الحدود ما استطعتم ، ولأن بخطى الامام في العفو خير من أن بخطى في العقوبة .

(فصل) وإن عرّض بالقذف وادعى المقذوف أنه أراد قذفه وأنكر القاذف قال قول قوله لأن ما يدعيه محتمل والأصل برائة ذمته (فصل) وإن قال لمحصنة زنت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة ، فإن عرف أنها كانت نصرانية أو أمة لم يجب الحد لأنه أضاف القذف إلى حال هي فيها غير محصنة . وإن قال لها زنت ثم قال أردت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة ، وقالت المقذوفة بل أردت قذفي في هذا الحال وجب الحد لأن الظاهر أنه أراد قذفها في الحال ، فإن قذف امرأة وادعى أنها مشركة أو أمة وادعت أنها أسلمت أو أعتقت قال قول القاذف ، لأن الأصل بقاء الشرك والرق .

وإن قذف امرأة وأقر أنها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت ، وأنكرت المرأة ذلك قال قول قولها ، لأن الأصل بقاؤها على الاسلام . وإن قذف مجهولة وادعى أنها أمة أو نصرانية ، وأنكرت المرأة ، ففيه طريقان ذكرناهما في الجنائيات .

(فصل) وإن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها ، وأنكر ، فشهد شاهدان أنه قذفها جاز أن يلاعن ، لأن انكاره للقذف لا يكذب ما يلاعن عليه من الرنا ، لأنه يقول إنما أنكرت القذف ، وهو الرمي بالكذب وما كذبت عليها لاني صادق أنها زنت فجاز أن يلاعن ، كما لو ادعى على رجل أنه أودعه مالا ، فقال المدعى عليه مالك عندي شيء ، فشهد شاهدان أنه أودعه فإن له أن يحلف لأن انكاره لا يمنع الابداع لأنه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شيء .

(الشرح) حديث ادرءوا الحدود بالضبهات ، سبق تخرجه

(قلت) وفي نهاية باب القذف أجمل أحكام هذا الباب

— إن الآية للكريمة وإن جاءت بكلمة ، برمون المحصنات ، تدل على أنه ليس المراد بالرمى في هذا المقام الرمي بكل نوع من أنواع الجرائم ، بل المراد به ههنا الرمي بالزنا خاصة .

٢ — ان الرمي حكم شامل سواء كان القذف من الرجال أو النساء للرجال أو للنساء — ٣ — وحكم القذف أن يضرب ثمانين جلدة

٤ — وهذا الحكم إنما ينفذ في ما إذا كان العاذف قذف محصنا من الرجال أو النساء ولا ينفذ في ما إذا كان المقذوف غير محصن . أما إذا كان معروفاً بفسجوره لا ينشأ السؤال عن قذفه ، ولكنه إذا لم يكن كذلك فلقاضي أن يعين برأيه عقوبة من يقذفه أو لمجلس الشورى أن يضع في هذا الباب قانوناً حسب الظروف والحاجات

٥ — لا يبدان أحد باقراف القذف بمجرد أنه رمى غيره بالزنا بدون أن يقيم عليه الشهادة ، بل لإدائه باقراف القذف عدة شروط لا بد من استيفائها في القاذف والمقذوف وفعلة القذف نفسها ، والبيك بيانها :

أما الشروط التي لا بد من وجودها في القاذف

(أ) أن يكون بالغاً فإذا كان للقاذف صبياً لا يقام عليه الحد ، وإنما يقام عليه التنزيه (ب) أن يكون عاقلاً فإذا كان القاذف مجنوناً لا يقام عليه الحد ، وكذلك لا يقام حد القذف على من كان في سكر ، إلا إذا سكر بمحرم ، لأنه كالتصاحي فيما فيه حرق العباد كسكر الكلوروفارم مثلا

(ج) أن يكون قد قذف بإرادته الحرة طائفاً ، فمن قذف مكرهاً لا يقام عليه الحد (د) أن لا يكون والداً ولا جداً للمقذوف لأنه لا يقام عليه الحد . هذه الشروط منفي عليها بين الفقهاء إلا أن الحنفية قد أضافوا إليها شرطاً خامساً هو أن يكون للقاذف ناطقاً ، فإذا قذف الأخرس غيره بالإشارة والكناية لا يقام عليه الحد ، وقد خالفهم الإمام الشافعي في ذلك وقال ان الأخرس إذا كانت اشارته أو كنياته واضحة يعرف بها مقصوده فهو قاذف ، لأن اشارته لا تقل عن صريح القول في تشويه سمعة المقذوف وإلحاق العار بذيله ، ولكن

إشارة الآخرس عند الحنفية ليست بقوة التأثير حتى يضرب على أساسها ثمانين
جلدة وإنما التعزير عندهم .

أما الشروط المطلوبة في المقذوف :

- ا - أن يكون عاقلاً قد رمى بارتكاب الزنا في حالة العقل ، فإذا قذف أحد
مجنوناً ، سواء أكان أفاق من جنونه فيما بعد أو لم يفق لا يستحق حد القذف ،
لأن المجنون لا يستطيع الاهتمام بحفظ عفافه ، ولأنه لو قامت عليه الشهادة
بالزنا لما استحق الحد ولا قدح ذلك في عرضه ، ولكن مالك والليث بن سعد
يقولان إن قاذف المجنون يستحق الحد لأنه على كل حال يرميه بما هو بريء منه
- ب - أن يكون بالغاً ، فإذا قذف أحد صبياً أو قال عن شاب أنه ارتكب
الزنا في صباه فإنه لا يوجب عليه الحد ، لأن الصبي كالمجنون ، إلا أن مالك يقول
بأنه إذا قذف أحد طفلاً يكاد يبلغ الحلم لا يستحق الحد ، وأما إذا قذف بفتاً
وهي في سن من الممكن أن يزني بها فيها فإنه يستحق الحد ، لأن ذلك لا يمس
عرضها وحدها بل يمس كذلك بعرض أمرتها ويفسد عليها مستقبلها
- ج - أن يكون مسلماً أى رمى بأنه ارتكب الزنا في حالة إسلامه فإذا قذف
أحد الكافر أو قال عن مسلم أنه ارتكب الزنا في حال الكفر فإنه لا يستحق الحد
- د - أن يكون حراً فمن قذف للعبد أو الامة أو قال عن حر أنه ارتكب
الزنا أيام كان عبداً لم يعتق بعد فإنه لا يستحق الحد لأن العبد قد لا يستطيع
الاهتمام بحفظ عفافه لما يكون به من الضعف والغلبة على أمره ، إلا أن داود
الظاهري وابن حزم قالوا إن قاذف العبد والامة أيضاً يستحق الحد
- هـ - أن يكون عفيفاً ريثاً عن فعل الزنا وشبهته ومعنى البراءة من الزنا أن
لا تكون جريمة الزنا قد ثبتت فعلاً عليه قبلاً ، ومعنى البراءة من شبهة الزنا أن
لا يكون وطئاً بنكاح فاسد أو ملكية شذوثة ولا تكون حياته ماجنة خلية ،
ولا يأتي الافعال القبيحة المحظورة ، لأن هذه الامور قاذحة في عفافه على كل
حال ولا ينبغي أن يستحق ثمانين جلدة من يقذف صاحب مثل هذا العرض
المقدوح فيه ، ولذا اذا قامت على المقذوف بينة بجريمة الزنا قبل أن يقام عليه

حد القذف ترك القاذف لأن المقذوف لم يعد عنافه ثابتاً ، ولكن ليس معنى عدم إقامة الحد في هذه الصور الحسن أن قاذف المجنون أو الصبي أو الكافر أو العبد أو غير اللعيف لا يستحق عقوبة بل انه يستحق التعزير ويبلغ به غاية الشروط اللازمة في فعلة القذف نفسها :

أن كل رمى بحوله الى القذف أحد الأمرين : إما أن يرمى القاذف المقذوف بصريح الزنا إذا ثبتت بشهادة الشهود وجب عليه الحد أو يقول عنه أنه ولد الزنا ولكن يجب التصريح بارتكابه للزنا في كلتا الحالتين ، ولا عبرة بالكناية ، فإن ارادة الرمي بالزنا أو الطعن في النسب متوقفة في الكناية على نية القاذف ، فإن كفى بالهناظ سيق ذكرها كياتاجر وكيا ابن الحرام فلا قذف فيها ، غير أن الفقهاء قد اختلفوا حول اعتبار التعريض قذفاً ، والتعريض هو أن يقول أحد لغيره مثلاً يا ابن الحلال أما أنا فما زنت أو ما ولدتني أمي بالزنا ، فقال مالك رحمه الله إن من جاء بتعريض يفهم به قطعاً أنه يريد أن يقول عن مخاطبه أنه زنا أو أنه ولد الزنا وجب عليه حد القذف

أما أبو حنيفة وأصحابه ، والشافعي وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح فقالوا إنه ليس التعريض قذفاً ، لأنه على كل حال يحتمل الشك ، ولأن الاصل براءة الذمة فلا ينبغي أن يرجع عنه بالشك

وأما أحمد وإسحاق بن راهويه فقالا : ان التعريض ليس بقذف في حال الرضى والمزاح ، وهو قذف في حال الغضب والمجادلة . فقد أقام عمر وعلى الحد على التعريض . وروى أن رجلين استبيا في زمن عمر ، فقال أحدهما للآخر : ما أنا بزان ولا أمي بزانية . فاستشار عمر الصحابة فقال بعضهم مدح أباه وأمه وقال الآخرون : أما كان لأبيه مدح غير هذا ؟ لجلده عمر ثمانين جلدة (أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٢٠)

وكذلك أن الفقهاء بينهم الخلاف حول اعتبار الرمي بعمل قوم لوط قذفاً ، فيقول أبو حنيفة أنه ليس قذفاً ، ويقول أبو يوسف ومحمد من أصحابه ومالك والشافعي أنه قذف يجب عليه الحد

٦ - وكذلك هناك خلاف بين الفقهاء حول اعتبار القذف من الجنایات التي تؤخذ الناس عليها شرطة الدولة ومحكمتها ، فيقول ابن أبي ليلى انه من حق الله فيجب أن يقام عليه الحد سواء أطلب به المقذوف أو لم يطلب وهو من حق الله ولكن للمقذوف فيه حق من حيث دفع العار عنه عند أبي حنيفة وأصحابه أيضا ، ولكن بمعنى أنه اذا ثبتت الجريمة على أحد وجب أن يقام عليه الحد ، ولكن يتوقف رفع أمره الى الحكم على ارادة المقذوف ومطالبته فهو من هذه الجهة من حقوق العباد .

وهذا الرأي هو الذي ذهب اليه الشافعي والاوزاعي ، وأما مالك فعنده التفصيل ، فيقول : ان قذف القاذب بحضور من الامام يؤخذ عليه والا فإن اقامة الدعوى عليه متوقفة على مطالبة المقذوف

٧ - ليس القذف من الجرائم التي يجوز الرضاى عليها بين الفريقين

٨ - وعدد الخنفة لا يطلب بإقامة الحد على القاذف الا المقذوف نفسه أو من لحق بنفسه العار لقذفه عندما لم يكن المقذوف نفسه حاضراً للمطالبة كالوالد والوالدة والاولاد وأولاد الاولاد

وعند مالك الشافعي هذا حق من الحقوق القابلة للوراثة ، فإذا مات المقذوف قبل استيفاء الحد على القاذف فلورثته أن يطالبوا به ، غير أنه من العجيب أن الشافعي يستثنى من الورثة الزوج والزوجة ، ويستدل على ذلك بأن علاقة الزوجية ترتفع بالموت وأن المقصود من الحد دفع العار عن النسب وهو لا يلحق بالزوج وبالزوجة - وهذا استدلال غير قوى في حقيقة الامر - فإذا كانت المطالبة بإقامة الحد على القاذف حقا يرثه ورثة المقذوف بعد موته فما هناك سبب معقول لان يحرم منه الزوجان

٩ - واذا ثبت عن رجل أنه ارتكب القذف فإن الشيء الوحيد الذي ينقذه من الحد هو أن يأتي بأربعة شهداء ، ويجب أن يحضر هؤلاء الشهداء المحكمة مجتمعين ويؤدوا الشهادة في وقت واحد ، وهذا قال الحنفيون أما الشافعيون فقد ذهبوا الى أنه لا يحصل أى فرق بحضور الشهداء المحكمة مجتمعين أو متفرقين

يل الأفضل أن يأتوا واحداً بعد الآخر مثل ما يكون في سائر الأفضية ، ويجب أن يكون الشهاداء متصفين بالعدل

١٠ - ومن لم يستطع أن يقدم إلى المحكمة شهادة تبرئه من جريمة القذف فقد حكم عليه القرآن بثلاثة أحكام

(أ) أن يجلد ثمانين جلدة (ب) أن لا تقبل له شهادة (ج) أنه قاسق

وقد انفقوا على أنه لا يسقط الحد عن القاذف بثبوته وأنه لا بد له من الحد واختلقوا هل القاذف يفسق بفعل القذف ذاته أو انما يفسق بعدما تحكم عليه المحكمة بالحد ، فهو يفسق بفعل القذف ذاته عند الشافعي والليث بن سعد وعلى العكس من ذلك يقول أبو حنيفة وأصحابه ومالك أنه لا يفسق إلا بعدما يقام عليه الحد والصحيح عندي في هذا الشأن أن كون القاذف قاسقاً عند الله نتيجة لفعل القذف نفسه ، وأما كونه قاسقاً عند الناس فتوقف على أن تثبت جريمته ويقام عليه الحد .

وهناك خلاف شديد حول « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، هل اليه أيضا يرجع العفو المذكور في جملة إلا الذين تابوا وأصلحوا أم لا ، فنقول طائفة منهم القاضي شريح وسعيد بن المسيب ، والحسن البصري والبخمي وابن سيرين ومكحول وعبد الرحمن بن زيد وأبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد وسفيان الثوري والحسن بن صالح أن من تاب وأصلح لا يبقى قاسقاً عند الله ولا عند الناس مع إقامة الحد عليه وعدم الاعتداد بشهادته الى الأبد

وتقول طائفة أخرى منهم عطاء وطلوس ومجاهد والشعبي والقاسم بن محمد وسالم والزهرى وعكرمة وعمر بن عبد العزيز وابن أبي نجیح وسليمان بن يسار ومسروق والضحاك ومالك وعثمان بن النهي والليث بن سعد والشافعي وأحمد بن حنبل والشافعي أن جملة « إلا الذين تابوا وأصلحوا ، لا يرجع العفو المذكور فيها إلى إقامة الحد ، ولكنه يرجع الى أن من أقيم عليه الحد إذا تاب وحسنت حاله تقبل شهادته ولا يبقى قاسقاً ، واستدلوا بقصة إقامة عمر الحد على أبي بكر حينما لذف المنهورة بن شعبة .

والصحيح عندي أن حقيقة توبة المرء لا يعطها إلا الله ، ومن تاب عندنا فإن غاية ما لنا أن نحامله به هو أن لا نسميه الفاسق ولا نذكره بالفسق ، وليس من الصحيح أن نبالغ في مجاملته حتى نعود إلى الثقة بقوله بمجرد أنه قد تاب عندنا في ظاهر الأمر .

١١ - أن يكون حد القذف في الضرب أخف من ضرب الزاني

١٢ - اتفق الفقهاء على أن من لقي حده مرة في القذف لا يؤاخذ إلا إذا

جاء بتهمة جديدة أخرى .

١٣ - والفقهاء بينهم خلاف حول قذف الجماعة ، فالحنفية يرون أن من

قذف عدة أفراد بلفظ أو بالفاظ لا يلقى إلا حداً واحداً ، لأنه ما من تهمة بالزنا

إلا وهي تناول عرض شخصين ، وعلى العكس من ذلك يقول الشافعي إن من

قذف جماعة بلفظ أو بالفاظ متكررة يقام عليه الحد لكل فرد منهم على حدة ،

وبهذا يقول عثمان البني وابن أبي ليلى ويوافق عليه الشعبي والأوزاعي

هذه الخلاصة التي أوردتها لك هي ما كنت أحب أن أتبع كل باب من

أبواب الفقه الواردة بمنها لولا ضيق المقام

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب حد السرقة

اللفظ : السارق الذي يأخذ الشيء على وجه الاستخفاء بحيث لا يعلم به المسروق

منه ، مأخوذ من مسارقة النظر ، ومن قوله تعالى : إلا من استرق السمع ،

والمتنب الذي يأخذ بالقهر والغلبة مع العلم به ، وأصل النصب الغنيمة ، والانتهاج

الافتعال من ذلك ، والمختلس الذي يأخذ الشيء عياناً ثم هرب ، مثل أن يمد يده

إلى منديل إنسان فيأخذه ، هكذا ذكره في البيان

قال المصنف رحمه الله تعالى :

ومن سرق وهو بائع عاقل مختار التزم حكم الإسلام لصاها من المال الذي

يقصد إلى سرقة من حرز مثله لا شبهة له فيه وجب عليه القطع ، والدليل عليه

قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأن السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الاحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لآدى ذلك إلى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب نهبه مشهورة فليس مناه ، ولأن المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالناس وبالسلطان فلم يحتاج في ردهه إلى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لأنه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتاج إلى القطع .

(فصل) ولا يجب على صبي ولا على مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفتق .

وروى ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بحارية قد سرقت فوجدها لم تحص فلم يقطعها . وهل يجب على السكران ؟ فيه قولان ذكرناهما في الطلاق ، ولا يجب على مكره لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأن ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره ككلمة الكفر ، ولا نهب على الحرى لأنه لم يلزم حكم الاسلام ، وهل يجب على المساقم فيه قولان ذكرناهما في السير .

(الشرح) حديث جابر ، ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع ، رواه الخمسة وصححه الترمذى والحاكم والبيهقى وابن حبان وصححه . وفي رواية له من ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير عن جابر ، وليس فيه ذكر الخائن ، ورواه ابن الجوزى في الملل وقال لم يذكر فيه الخائن غير مكى . قال الحافظ قد رواه ابن حبان من غير طريقه فأخرجه من حديث سفیان عن أبي الزبير عن جابر بلفظه ، ليس على المختلس ولا على الخائن قطع ،

وقال ابن أبي حاتم في الملل لم يسمعه ابن جريج من أبي الزبير إنما سمعه من ياسين بن معاذ الزيات وهو ضعيف ، وكذا قال أبو داود . وقال الحافظ أيضاً :

وقد رواه المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر ، وأسنده للنسائي من حديث المغيرة ، ورواه سويد بن نصر عن ابن المبارك عن ابن جريج أخبرني أبو الزبير قال النسائي ورواه عيسى بن يونس والفضل بن موسى وابن وهب ومحمد بن زيد وجماعة فلم يقل واحد منهم عن ابن جريج حدثني أبو الزبير ولا أحسبه سمعه عنه وقد أعله ابن القطان بمنعته أبي الزبير عن جابر ، وأجيب بأنه قد أخرجه عهد الرزاق في مصنفه ، وصرح بإسناد أبي الزبير من جابر . وعن عبد الرحمن ابن عوف عند ابن ماجه بإسناد صحيح بنحو الحديث المذكور . وعن أنس عند ابن ماجه أيضا والطهراني في الاوسط ، وعن ابن عباس عند ابن الجوزي في العمل وضعفه .

قال الشوكاني : وهذه الاحاديث يقوى بعضها بعضها ولا سيما بعد تصحيح الفرزدق وابن حبان ، وباسين الزيات هو الكوفي وأصله بياض . قال المنذري لا يصح بحديثه ، والمغيرة بن مسلم هو السراج خراساني ، كنيته أبو سلمة . قال ابن معين صالح الحديث صدوق ، وقال أبو داود الطيالسي انه كان صدوقا

حديث . رفع القلم عن ثلاث . . . سبق تخريجه

حديث . أتى بجارية .. أخرجه البيهقي عن القاسم قال . أتى عبد الله بجارية قد صرقت ولم تحصن فلم يقطعها .

وأخرج البخاري ومسلم والبيهقي عن ابن عمر قال : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فاستصغرنى ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فقبلنى ، قال ابن نافع حدثت بهذا الحديث عمر بن عبد العزيز فقال إن هذا الحد بين الصغير والكبير

حديث . رفع عن أمي .. سبق تخريجه

الامة : قوله (فصاها من المال) النصاب الاصل ، ومنه قولهم كريم النصاب وقد ذكر في الزكاة .

قوله (من الخلاص) الخلاص بالكسر ما أخلصته النار من الذهب ومثله الخلاصه ، وهو الذى أخلص ولم يضرب ، والتبر غير مخلص
قوله (من حرز مهتوك) قد ذكرنا أن أصل الهتك خرق الستر

قوله (ومن سرق وهو بالغ) قال ابن حزم في مراتب الإجماع : وانفقوا
 أنه من سرق من حرز من غير مغنم ولا من بيت المال بيده لا آله وحده منفردا
 وهو بالغ عاقل مسلم حر في غير الحرم بمكة وفي غير دار الحرب فسرق من غير
 زوجته ومن غير ذى رحمه ومن غير زوجها إن كانت امرأة وهو غير سكران
 ولا مضطر بمجوع ولا مكره فسرق مالا متملكاً يحل للمسلمين بيعه وسرقه من غير
 غاصب له وبلغت قيمة ما سرق عشرة دراهم من الورق المحض بوزن مكة ولم يكن
 لحما ولا حيوانا مذبوها ولا شيتا يؤكل أو يشرب ولا طهرا ولا صيدا ولا كلبا
 ولا سنورا ولا زبلا ولا عذرة ولا ترابا ولا زرينخا ولا حصى ولا حجارة
 ولا نخارا ولا زجاجا ولا ذهباً ولا قسبا ولا خشبا ولا قاكمة ولا حماراً ولا
 حيوانا سارحاً ولا مصحفاً ولا زرعاً من فدانته ولا تمراً من حائطه ولا شجراً
 ولا حراً ولا عهداً يتكلم ويعقل ، ولا أحدث فيه جنابة قبل إخراجة له من مكان
 لم يؤذن له في دخوله من حرزه وتولى إخراجة من حرزه بيده فهدد عليه بكل
 ذلك شاهدان رجلان ولم يختلفا ولا رجعا عن شهادتهما ولا ادعى هو ملك
 ما سرق وكان سالم اليد اليسرى وسالم الرجل اليمنى لا ينقص منها شيء ولم يهبه
 المسروق منه ما سرق ولا ما كره بعد ما سرق ولا رده السارق على المسروق منه
 ولا أعاده السارق وحضر الشهود على السرقة ولم يمض السرقة شهر فقد وجب
 عليه الحد ، وانفقوا أن الغاصب المجهل الذي ليس بخاربا لا يقطع عليه ،
 واختلفوا في المختلس أتقطع يده أم لا .

قالت الحنابلة لا يقطع على منتهب الذي يأخذ المال على وجه الغنيمة لحديث
 جابر ولا يختطف وهو الذي يختلس الشيء ويمر به غاصب

قال ابن رشد أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع
 وقال الشوكاني ذهب إلى أنه لا يقطع المختلس والمنتهب والخائن المنرة والشافعية
 والحنفية . وذهب أحمد وإسحاق وزفر والخوارج إلى أنه يقطع ، وذلك لعدم
 اعتبارهم الحرز .

(فصل) ولا يجب فيما دون النصاب ، والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار ، لما روته عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً ، فإن سرق غير الذهب قوم بالذهب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدر للنصاب بالذهب فوجب أن يقوم غيره به . وإن سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يقطع لأن النبي صلى الله عليه وسلم نص على ربع دينار ، وهذا قيمته دون ربع دينار وهو قول عامة أصحابنا أنه يقطع لأن الخلاص يقع عليه اسم الدينار ، وإن لم يصرف ، لأنه يقال دينار خلاص كما يقال دينار قراضة

وإن نقب اثنان حرزاً وسرقا نصابين قطعاً لأن كل واحد منهما سرق نصاباً وإن أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئاً قطع الذي أخرج دون الآخر لأنه هو الذي انفرد بالسرق ، فإن اشتركا في سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما وقال أبو ثور يجب القطع عليهما ، كما لو اشترك رجلان في القتل وجب القصاص عليهما ، وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصاباً ، وبخالف القصاص فإنما لو لم نوجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقاً إلى إسقاط القصاص ، وليس كذلك السرقة . فإنما إذا لم نوجب القطع على الشريكين في سرقة نصاب لم يصرف الاشتراك طريقاً إلى إسقاط القطع ، لأنها لا يقصدان إلى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما ، فإذا اشتركا في نصابين أو جننا القطع .

وإذا نقب حرز أو سرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمناً آخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي العباس أنه يجب القطع لأنه سرق نصاباً من حرز منه فوجب عليه القطع ، كما في سرقة في دفعة واحدة

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مشترك .

(والثالث) وهو قول أبي علي بن خهران أنه إن عاد وسرق الثمن الثاني بعد

ما اشتهر هناك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه ، وإن سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه .

(الشرح) حديث : لا يقطع السارق الا في ربع دينار . . . ، رواه الجماعة الا ابن ماجه والبيهقي . وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعداً ، رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه . وفي رواية قال : تقطع يد السارق في ربع دينار ، رواه البخاري والنسائي وأبو داود . وفي رواية قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً ، البخاري . وفي رواية قال : اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيها هو أدنى من ذلك ، وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم ، والدينار اثني عشر درهما ، رواه أحمد . وفي رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن ، قيل لعائشة ما ثمن المجن ؟ قالت ربع دينار ، رواه النسائي

وعن أبي هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لمن أقت السارق يسرق البيضة فقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده ، قال الأعمش كانوا يرون أنه بيض الحديد ، والحبل كانوا يرون أن منها ما يساوي دراهم ، متفق عليه ، وليس لمسلم فيه زيادة

أخرج البيهقي أن أمهر المؤمنين علياً قطع في ربع دينار ، وكانت قيمته درهمين ونصفاً وأخرج عنه أنه قال القطع في ربع دينار فصاعداً . وعنه : أنه قطع يد سارق في بيضه من حديد ثمنها ربع دينار ورجاله ثقات ولكنه منقطع ذهب الخلاب والسلف الى ثبوت القطع في ثلاثة دراهم أو ربع دينار ، واختلفوا فيها يقوم به ما كان من غير الذهب والفضة ، فذهب مالك في المشهور عنه أنه يكون للتقويم بالدرهم لا بربع الدينار اذا كان الصرف مختلفاً

اللغة : قوله (حريسة الجبل) الحريسة هي الشاة المسروقة من المرعى ، يقال فلان يأكل الحرائس اذا كان يأكل أغنام الناس ، والسارق يحترس ، قال
انا حلام لا يشيب غلامنا غريباً ولا تؤوى الينا الحرائس
وكانها لا حارس لها هناك الا الجبل .

وقال ابن السكيت : الحريرة المسروقة لبلا ، قال في الشامل حريرة بمعنى
محروسة أى مسروقة ، كما يقال قتل بمعنى مقتول ، وسمى السارق حارساً
قوله (المجن) بكسر الميم وفتح الجيم وتشديد النون وهو النرس ، ويقال له
محنة بكسر الميم .

وقال الشافعي : الأصل في تقويم الأشياء هو الذهب ، لأنه الأصل في
جواهر الارض كلها ، حتى قال إن الثلاثة الدراهم إذا لم تكن قيمتها ربع دينار
لم توجب القسطع .

قال مالك : وكل واحد من الذهب والفضة معتبر في نفسه لا يقوّم بالآخر .
وذكر بعض البغداديين أنه ينظر في تقويم العروض بما كان غالباً في نفود أهل
البلد . وذهبت العترة وأبو حنيفة وأصحابه وسائر فقهاء العراق إلى أن النصاب
الموجب للقسطع هو عشرة دراهم ولا قطع في أقل من ذلك . واحتجوا بما أخرجه
البيهقي والطحاوي عن ابن عباس قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقوّم بعشرة دراهم . وأخرج نحو ذلك النسائي عنه . وأخرج
أبو داود أن ثمنه كان ديناراً أو عشرة دراهم

وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان ثمن المجن
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم . وأخرج النسائي عن عطاء
مرسلاً : أدنى ما يقطع فيه ثمن المجن ، قال وثمانه عشرة دراهم . قالوا هذه
الروايات في تقدير ثمن المجن أرجح من الروايات الأولى ، وإن كانت أكثر
وأصح ، ولكن هذا أحوط ، والحدود تدفع بالشبهات كأنها شبهة في العمل بما
دونها . وروى نحو ذلك عن ابن العربي قال : وإليه ذهب سفيان مع جلالته .
قال الشوكاني وبجواب الروايات المروية عن ابن عباس وابن عمرو في
إشنادهما جميعاً محمد بن إسحاق وقد عنعن ، ولا يصحج بمثله إذا جاء بالحديث
منعنا فلا يصلح لمعارضته ما في الصحيحين ، وقد تمسك الطحاوي فزعم أن
حديث عائشة في الصحيحين مضطرب ثم بين الاضطراب بما يفيد بطلان قوله .
وقد استوفى الرد عليه صاحب الفتح

ونقل ابن عياض عن النخعي أنه لا يجب القطع إلا في أربعة دنانير أو أربعين درهما ، وهذا قول لا دليل عليه .

وحكى ابن المنذر عن الحسن البصري أنه يقطع في درهمين ، وحكاه في البحر عن زياد بن أبي زياد ولا دليل على ذلك من المرفوع وقد أخرج ابن أبي شيبة عن أنس بسند قوي أن أبا بكر قطع في شيء ما يساوي درهمين ، وفي لفظ لا يساوي ثلاثة دراهم .

ونقل ابن المنذر عن أبي هريرة وأبي سعيد في أربعة دراهم ، وهو مردود بما سلف . وروى ابن المنذر عن الباقر ثلث دينار ، وروى عن النخعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحسن البصري أنه في خمسة ، واستدلوا بما أخرجه ابن المنذر عن عمر أنه قال : لا تقطع الخمس إلا في خمس .

وروى ابن المنذر عن النخعي وحكاه ابن حزم عن طائفة أنه في دينار . وذهب ابن حزم ونقل نحوه ابن عبد البر أنه في ربع دينار من ذهب ومن غيره في القليل والكثير . واستدل ابن حزم بأن التحديد في الذهب مخصوص ، ولم يوجد نص في غيره فيكون داخل تحت عموم الآية . قال الشوكاني ويحاطب عن ذلك برواية النسائي المذكورة سابقا ، وبحديث : أقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما دون ذلك ، كما في الباب ، لأنه يصدق على ما لم تبلغ قيمته ربع دينار أنه دونه . وإن كان من غير الذهب فإنه يفضل الجنس على جنس آخر مخير له باعتبار الزيادة في الثمن ، وكذلك العرض على العرض باعتبار اختلاف ثمنهما . وذهب الحسن البصري وداود والخوارج إلى أنه يثبت القطع في القليل والكثير . واستدلوا بالآية : والسارق والسارقة ويحاطب بأن إطلاق الآية مقيد بالاحاديث ، واستدلوا بحديث أبي هريرة في الباب فإن فيه يسرق البيضة وقد أجيب عن ذلك أن المراد تخفيف شأن السارق وخسار ما ربحه ، هكذا قال الخطابي وابن قتيبة وفيه تعسف . وذهب ابن ربيعة أنه يثبت القطع في درهم فصاعداً لا دونه .

ثم هذه جملة المذاهب المذكورة في المسألة ، وقد جعلها في الفتح عشرين

مذهبها ولكن البقية على ما ذكرنا لا يصلح جعلها مذاهب مستقلة لرجوعها إلى ما ذكر .

قوله ، وإن نقب اثنان . ، قالت الحنابلة ، ولو اشترك جماعة في هتك حرز وإخراج النصاب قطعوا جميعا ، وإن هتك الحرز أحدهما ودخل الآخر فأخرج المال فلا قطع عليهما ولو تواطأ ، لأن الأول لم يسرق والثاني لم يهتك الحرز . قال في الكافي ويحتمل أن يقطع إذا كانا شريكين

وقال ابن رشد : اختلفوا فيما إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعنى نصاباً دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل أن يكون عدلاً أو صندوقاً يساوي النصاب ، فقال مالك يقطعون جميعاً ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً ، فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق ، أي أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ، قال ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد ، قال : لا تقطع اليد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رجلاً من مزينة قال يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل ؟ قال ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما أواه المراح ، وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجربن فما أخذ من الجربن فبلغ ثمن الجن ففيه القطع ، فأسقط القطع في الماشية إلا ما أواه المراح ، وفي الثمر المعلق إلا ما أواه الجربن ، فدل على أن الحرز شرط في إيجاب التقطع ، ويرجع في الحرز إلى ما يعرفه الناس حرزاً ، فما عرفوه حرزاً قطع بالسرقة منه وما لا يعرفونه حرزاً لم يقطع بالسرقة منه . لأن للشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه إلى العرف كالقبض والتفرق في البيع وإحياء

المواضع ، فإن سرق مالا مضمناً كالذهب والفضة والحز والقز من البيوت أو الخانات الحريرة والدور المنبئة في العمران ودونها أغلاق وجب القطع لأن ذلك حرز مثله ، وإن لم يكن دونها أغلاق ، فإن كان في الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لأنه محرز به ، وإن لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لأنه غير محرز ، فإن سرق من بيوت في غير العمران كالرباطات التي في البرية ، والجواسق التي في البساتين ، فإن لم يكن فيها حافظ لم تقطع مغلقة كان الباب أو مفتوحاً ، لأن المال لا يحرز فيه من غير حافظ ، وإن كان فيها حافظ فإن كان مستيقظاً قطع السارق مغلقة كان الباب أو مفتوحاً لأنه محرز به ، وإن كان نائماً فإن كان مغلقة قطع لأنه محرز ، وإن كان مفتوحاً لم يقطع لأنه غير محرز ، وإن سرق متاع الصيدلة والبقالين من الدكاكين في الأسواق ودونها أغلاق أو درابات وعليها قفل أو سرق أو أوى الحزف ودونها شرايح القصب ، فإن كان الآمن ظاهراً قطع السارق لأن ذلك حرز مثله وإن قفل الآمن ، فإن كان في السوق حارس قطع لأنه محرز به ، وإن لم يكن حارس لم يقطع لأنه غير محرز ، وإن سرق باب دار أو دكان قطع لأن حرزه بالنصب ، وإن سرق حلقة الباب وهي مسمرة فيه قطع لأنها محرزة بالسهمير في الباب ، وإن سرق آجر الحائط قطع لأنه محرز بالشرية في البناء .

وإن سرق الطعام أو الدقيق في غرائر شد بعضها إلى بعض في موضع البيع قطع على المتصوص ، فمن أصحابنا من قال : إن كان في موضع مأمون في وقت الآمن فيه ظاهر ولم يمكن أخذ شيء منه إلا بحول رباطه أو فتح طرفه قطع لأن العادة تركها في موضع البيع .

ومن أصحابنا من قال لا يقطع إلا أن يكون في بيت دونه باب مغلق ، والذي نص عليه الشافعي رحمه الله في غير العراق

وإن سرق حطباً شد بعضه إلى بعض بحيث لا يمكن أن يسبل منه شيء إلا بكل رباطه قطع لأنه محرز بالشد ، وإن كان متفرقاً لم يقطع لأنه غير محرز ، ومن أصحابنا من قال لا يقطع إلا أن يكون في بيت دونه باب مغلق مجتمعاً كان أو

متفرقا ، وان سرق أجزاء ثقالا مطروحة على أبواب المساكن قطع لأن العادة فيها تركها على الابواب .

(فصل) وان نبش قبرا وسرق منه الكفن فإن كان في برة لم يقطع لأنه ليس محرز للكفن وإنما يدفن في البرية للضرورة ، وان كان في مقبرة تلى العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن نبش قطعناه ، ولأن القبر حوز للكفن وان كان الكفن أكثر من خمسة أثواب فسرق ما زاد على الخمسة لم يقطع ، لأن ما زاد على الخمسة ليس بمشروع في الكفن فلم يجعل القبر حرزا له كالكيس المدفون معه ، وان أكل السبع الميت وبقى الكفن فقيه وجهان

(أحدهما) أنه ملك للورثة يقسم عليهم ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، وأبي علي الطبري ، لأن ذلك المال ينتقل اليهم بالارث ، وانها اختص الميت بالكفن للحاجة وقد زالت الحاجة فرجع اليهم .

(والثاني) أنه لم يبيت المال لأنهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده

(فصل) وان نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع لما روى صفوان بن أمية أنه قدم المدينة فنام في المسجد متوسدا رداه فجاءه سارق فأخذ رداه من تحت رأسه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يده ، فقال صفوان اني لم أرد هذا هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتي به ، ولأنه محرز به . وان زحف عنه في النوم فسرق لم يقطع لأنه زال الحرز فيه ، وان ضرب فسطاطا وترك فيه مالا فسرق وهو فيه ، أو على بابه نائم أو مستيقظ قطع لأن عادة الناس احراز المتاع في الخيم على هذه الصفة ، وان لم يكن صاحبه معه لم يقطع السارق لأنه لا يترك الفسطاط بلا حافظ

(فصل) وان كان ماله بين يديه وهو ينظر اليه فتنفله رجل وسرق ماله قطع لأنه سرق من حرزه ، وان نام أو اشتغل عنه أو جعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع لأنه سرقه من غير حرز ، وان علق الثياب في الحمام ولم

بأمر الحامي بحفظها فسرق لم يضمن الحامي لأنه لا يلزمه حفظها ولا يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز ، لأن الحمام مسطرق ، وإن أمر الحامي بحفظها فسرق ، فإن كان الحامي مراعيًا له لم يضمن لأنه لم يفرض ويقطع السارق لأنه سرق من حرز ، وإن نام الحامي أو تشاغل عن الثياب فسرق ضمن الحامي لأنه فرط في الحفظ ولم يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز

(فصل) فإن سرق ماشية من الرعي نظرت فإن كان الراعي ينظر إليها ويبلغها صوته إذا زجرها قطع السارق لأنها في حرز ، وإن سرق والراعي نائم أو سرق منها ما غاب عن عينه بمائل لم يقطع لأن الحرز بالحفظ ، وما لا يراه غير محفوظ ، وإن سرق ما لا يبلغها صوته لم يقطع لأنها تجتمع وتفترق بصوته وإذا لم يبلغها صوته لم تكن في حفظه فلم يجب القطع بسرقة . وإن سرق ماشية سائرة أو جمالا مقطرة فإن كان خلفها سائق ينظر إليها جميعها ويبلغها صوته إذا زجرها قطع لأنها محرزة به .

وإن سرق منه ما غاب عن عينه أو ما لم يبلغه صوته لبعده لم يقطع لما ذكرناه في الرعية ، وإن كان مع الجمال قائد إذا التفت نظر إلى جميعها وبلغها صوته إذا زجرها وأكثر الالتفات إليها قطع لأنها محرزة بالقائد ، وإن سرق مالا ينظر إليه إذا التفت أو لا يبلغه صوته أو لم يكثر الالتفات إليها لم يقطع لأنه سرق من غير حرز ، وإن كانت الجمال باركة فإن كان صاحبها ينظر إليها قطع السارق لأنها محرزة بحفظه . وإن سرق وصاحبها نائم فإن كانت غير معقولة لم يقطع لأنها غير محرزة ، وإن كانت معقولة قطع لأن مادة الجمال إذا نام أن يعقلها ، وإن كان على الجمال أحمال كان حرزها كحرز الجمال ، لأن العادة ترك الأحمال على الجمال .

(الشرح) حديث البراء بن عازب د من حرق ... ، أخرجه البيهقي في المعرفة من حديث بشر بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده ، وقال البيهقي في هذا الإسناد بعض من جهل حاله

وقال البخاري في التاريخ ، قال هشيم بن أسهل شهدت ابن الزبير قطع نباشا وسكت عليه المحافظ في التلخيص بينما قال البيهقي في السنن الكبرى ، قال البخاري

قال عباد بن العوام (عن سهيل) كنا نتهمه بالكذب - يعني سهيلاً - وهو سهيل بن ذكوان .

حديث صفوان بن أمية ، أنه قدم المدينة . . . ، أخرجه البيهقي ، وقال الشوكاني في النيل ، وكذا الحفاظ في التلخيص ، قال البيهقي ليس بصحيح ، وفي النسخة المصورة للسنة الكبرى لم أعثر على ما أورده ، رغم أن البيهقي أورده فيها من طريقته .

وروى الخمسة الا الترمذي نحوه وأحمد ومالك والشافعي والحاكم بطرق منها عن طاوس عن صفوان وطعن في سماع الاول من الثاني ، وقال ابن عبد البر سماع طاوس من صفوان يمكن لأنه أدرك زمن عثمان ، وروى عنه أنه قال : أدركت سبعين صحابياً ، ورواه مالك عن الزهري عن عبيد الله بن صفوان عن أبيه وقد صححه ابن الجارود والحاكم وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال الحفاظ ضعيف ورواه للبخاري مرسلًا

حديث أبو الزبير عن جابر قال : أضاف رجل رجلاً . . . ، قال الحفاظ لم أجده (قلت) وقد أخرج البيهقي في السنة الكبرى عن ابن لعبيد بن الارص قال شهدت علياً أتى برجل اختلس من رجل ثوبه ، فقال المختلس اني كنت أعرفه . وفي نسخة اني كنت أعرفته ، فلم يقطعه علي

حديث محمد بن حاطب أو الحارث أن رجلاً قدم المدينة . . . ، أخرجه مالك والشافعي وفي سنده انقطاع ، والدارقطني وسعيد بن منصور وعبد الرزاق حديث ادره والحدود بالقبهات . . . سبق تخريجه

أثره أن عاملاً كتب الى عمر . . . روى البيهقي من طريق الشعبي يقول ليس علي من سرق من بيت المال قطع

وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن عبداً من رقبتي الخنس سرق من المغنم ، فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال : مال الله سرق بمضه بعضاً . واستناده ضعيف .

وأخرج ابن أبي شيبة أن رجلاً سرق من بيت المال ، فكتب فيه سعد الى

عمر ثم ذكر أثره أن عمر قطع سارقاً سرق نبطية ، قال الحافظ في التلخيص لم
أجده . أثر عبد الله بن عمرو الحضرمي ، أن غلاماً هرق مرأة امرأتى ، أخرجه
مالك والشافعي والدارقطني

قول عمر في سارقة غلام الحضرمي سبق تخريجه

قول عمر لا قطع في عام . له أجده وقرآته في منار السبيل بدون تخريج
وفيه قيل لا محمد تقول به ؟ قال إى لعمري لا أقطعه إذا حملته الحاجة والناس
في شدة ومجاعة .

حديث ، أمر في سارق رداء صفوان ، سبق تخريجه

حديث عائشة ، أنى بسارق قد سرق ، أخرجه البيهقي ومتفق عليه بنحوه

حديث أبي هريرة ، وان سرق فاقطعوا يده ،

أخرجه الدارقطني وفي اسناده إراقدي ، ورواه الشافعي عن أبي هريرة :

السارق إذا سرق فاقطعوا يده ، ثم ان سرق فاقطعوا رجله ، ثم ان سرق

فاقطعوا يده ، ثم ان سرق فاقطعوا رجله ، ورواه الطبراني بإسناد ضعيف

اللغة : قوله (ليس في الثمر المعلق قطع الا ما أراه الجرين) المعلق ما دام

على النخلة فهو معلق على القنو ، والجرين موضع يجفف فيه الثمر ، وهو الجرن

أيضا ، ويسمى أيضا المربد والبيدر والابد ، والمجنّ الرس لأنه يهن أى يستر

والجمع الميجان بالفتح وأصله مجان بوزن مفاعل فأدغم ، ومنه الحديث : كان

وجوههم الميجان المطرقة .

قوله (فإن سرق مالا مئمننا) يقال شيء مئمن ومئمن ، أى مرتفع الثمن

لا يباع الا بالثمن الكثير ، والخانات جمع خان حيث يبيع التجار ، والخان أيضا

موضع ينزله المسافرون .

قوله (ودونها أغلاق) جمع غلق وهو المغلاق الذى يذلق به الباب معروف

ويقال الملقق أيضا بالضم ، والرباطات جمع رباط وهو ما يسكنه النساك والعباد .

والجواسق جمع جوسق وهو منظر يبنى في البساتين ، والجوسق القصر أيضا

قوله (متاع الصبادة) هم الذين يبيعون العقاقير والادوية وأحدهم صبدلالي

والصيدفاني بالنون أيضا لغة فيه ، وزيادة الألف والنون فيه للبالغة ، وهو في القصب كثير .

قوله (ودونها أعلاق أو درابات) هي شباك من خيوط تجعل على الدكاكين بالنهار . قوله (فرائح القصب) جمع شريحة ، هو شيء يفسح من القصب بعد أن يهق يكون مشبكا مثل الشريحة التي تعمل من سعف النخل يحمل فيها البطيخ وسُميت بذلك لتماثلها واستوائها ؛ يقال أشبه شرح شرحا وهو مثل . قيل إن يوسف ابن عمر شريح الحجاج . أي مثله ، وتشريح الشيء بالشيء مداخلته وتشريح العمية مداخله عراها .

قوله (وان زحف عنه) أي تزحج وافسل قليلا قليلا ، من زحف الصبي على الأرض قبل أن يمشي . والفسطاط قد ذكر والمحجن عود معقف الطرف وأصله من المحجن بالتحريك وهو الاوجاج . قوله (طعام قانتال) أي انصب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجب القطع إلا بأن يخرج المال من الحرز بفعله ، فإن دخل الحرز ورى المال إلى خارج الحرز أو نقب الحرز وأدخل يده أو محجنا معه فأخرج المال قطع ، وإن دخل الحرز وأخذ المال ودفعه إلى آخر خارج الحرز قطع لأنه هو الذي أخرجه ، فإن أخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده إلى الحرز لم يسقط القطع لأنه وجب القطع بالإخراج فلم يسقط بالرد ، وإن ربط جيبه أو كفه فوقع منه المال أو نقب حرزاً فيه طعام قانتال قطع لأنه خرج بفعله ، وإن كان في الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج إلى خارج الحرز قطع لأنه خرج بسبب فعله ، وإن تركه في ماء راكد فتركه حتى خرج المال قطع لما ذكرناه وإن حركه غيره لم يقطع ، لأنه لم يخرج المال بفعله ، وإن تفجر الماء وخرج المال فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه يقطع لأنه سبب لخروجه (والثاني) أنه لا يقطع لأن خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله .

وإن وضع المال في الثقب في وقت هبوب الريح فأطارته الريح الى خارج
الحرز قطع كالمو تركه في ماء جار ، وإن وضعه ولا يريح ثم هبت ريح فأخرجته
ففيه وجهان كما قلنا فيما لو تركه في ماء راكد فنفجر الماء فخرج به ، فإن وضع
المال على حمار ثم قاده أو ساقه حتى خرج من الحرز قطع لأنه خرج بسبب فعله
وإن خرج الحمار من ظهر سرق ولا تورد ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يقطع لأن مادة البهائم إذا أثقلها الحمل أن تسير

(والثاني) أنه لا يقطع لأنه سار باختياره . وإن ثقب الحرز وأمر صغيرا
لا يميز بإخراج المال من الحرز فأخرجه قطع ، لأن الصغير كالآلة ، وإن دخل
الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يقطع لأنه استهلكها في الحرز ، ولهذا يجب عليه قيمتها
فلم يقطع كالمو أخذ طعاماً فأكله .

(والثاني) أنه يقطع لأنه أخرجه من الحرز في وعاء فأشبهه إذا جعلها في
جيبه ثم خرج ، وإن أخذ طيباً فنطيب به ثم خرج ، فإن لم يمكن أن يجمع منه
قدر النصاب لم يقطع لأنه استهلكه في الحرز فصار كالمو كان طعاماً فأكله ، وإن
أمكن أن يجمع منه قدر النصاب ففيه وجهان ؛ (أحدهما) أنه لا يقطع لأن
استعمال الطيب اتلاف له فصار كالطعام إذا أكله في الحرز (والثاني) أنه يقطع
لأن عينه باقية ، ولهذا يجوز لصاحبه أن يطالبه برده

(فصل) ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز ، فإن سرق
جذعاً أو عمامة فأخذ قبل أن ينفصل الجميع من الحرز لم يقطع لأنه لا ينفرد
بعضه عن بعض ، ولهذا لو كان في طرف منه نجاسة لم تصح صلواته فيه ، فإذا لم
يجب القطع فيما بقي من الحرز لم يجب فيما خرج منه

وإن ثقب رجلان حرزاً فأخذ أحدهما المال ووضعته على باب الثقب وأخذه
الأخر ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يجب عليهما القطع ؛ لأنهما لم يوجب القطع عليهما سار

هذا طريقاً الى إسقاط القطع

(والثاني) أنه لا يقطع واحد منهما ، وهو الصحيح ، لأن كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز ، وإن نقب أحدهما الحرز ودخل الآخر وأخرج المال فقبه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالمسئلة قبلها ، ومنهم من قال لا يجب القطع قولاً واحداً ، لأن أحدهما نقب ولم يخرج المال ، والآخر أخرج المال من غير حرزه .

(فصل) وإن فتح سراخا فيه غنم فحلب من ألباها قدر النصاب وأخرجه قطع لأن الغنم مع اللبن في حرز واحد فصار كالسرقة فصاحباً من حرزين في بيت واحد

(فصل) فإن دخل السارق إلى دار فيها سكان يفرد كل واحد منهم بيت مقفل فيه مال ففتح بيتاً وأخرج المال إلى صحن الدار قطع لأنه أخرج المال من حرزه . وإن كانت الدار لو واحد وفيها بيت فيه مال فأخرج السارق المال من البيت إلى الصحن ، فإن كان باب البيت مفتوحاً وباب الدار مغلقاً لم يقطع لأن ما في البيت محرز بباب الدار ، وإن كان باب الدار مفتوحاً وباب البيت مغلقاً قطع لأن المال محرز بالبيت دون الدار ، وإن كان باب البيت مفتوحاً وباب الدار مفتوحاً لم يقطع لأن المال غير محرز . وإن كان باب البيت مغلقاً وباب الدار مغلقاً فقبه وجهان .

(أحدهما) أنه يقطع لأن البيت حرز لما فيه فقطع ، كما لو كان باب الدار مفتوحاً (والثاني) أنه لا يقطع لأن البيت المغلق في دار مغلقة حرز في حرز فلم يقطع بالآخر من أحدهما ، كما لو كان في بيت مقفل صندوق مقفل فأخرج المال من الصندوق ولم يخرج من البيت .

(فصل) وإن سرق الضيف من مال المضيف نظرت فإن سرقة من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال : أضاف رجل رجلاً فأنزله في مشربة له فوجد متاعاً له قد اختاه فيه ، فأتى به أبا بكر رضي الله عنه فقال خل عنه فليس بسارق وإنما هي أمانة اختانها ، ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه ، وإن سرقة من بيت مقفل قطع ، لما روى محمد بن حاطب أو الحارث أن رجلاً قدم المدينة فكان يكثر الصلاة في المسجد وهو أقطع اليد والرجل ، فقال له

أبو بكر رضى الله عنه مالك بلبيل سارق، فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حلياً لهم،
 لجمل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت للصالح، فر رجل بصائع فرأى
 عنده حلياً، فقال ما أشبه هذا الحلى بحلى آل أبي بكر، فقال للصائع من اشترينه
 فقال من ضيف أبى بكر فأخذ فأقر، لجمل أبو بكر رضى الله عنه بيكى، فقالوا
 ما بيكىك من رجل سرق، فقال أبكى لغرته بالله تعالى، فأمر به فقطعت يده،
 ولأن البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسرقة منه

(فصل) ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والحنزير والخمر
 والسرجين، سواء سرقه من مسلم أو من ذمى لأن القطع جعل لصيانة الاموال
 وهذه الاشياء ليست بمال فإن سرق اناه يساوى نصاباً فيه خمر ففيه وجهان .
 (أحدهما) أنه لا يقطع لأن ما فيه يجب اراقته ولا يجوز اقراره فيه (والثاني)
 أنه يقطع لأن سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه، كما لو سرق
 اناه فيه بول .

(فصل) وان سرق صنماً أو بريطاً أو مزماراً، فإن كان اذا فصل لم يصلح
 لغير معصية لم يقطع، لأنه لا قيمة لما فيه من التأليف، وان كان اذا فصل يصلح
 لمنفعة مباحة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدهما) أنه يقطع لأنه مال يقوم على منلقه (والثاني) أنه لا يقطع لأنه
 آلة معصية فلم يقطع بسرقة كالخمر (والثالث) وهو قول أبى على بن أبى هريرة
 رحمه الله أنه ان أخرجه مفصلاً قطع لزوال المعصية، وان أخرجه غير مفصل
 لم يقطع لبقاء المعصية، وان سرق أواني الذهب والفضة قطع، لأنها تتخذ
 للزينة لا للمعصية .

(فصل) وان سرق حراً صغيراً لم يقطع لأنه ليس بمال، وان سرقه وعليه
 حل بقدر النصاب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يقطع لأنه قصد سرقة ما عليه
 من المال (والثاني) أنه لا يقطع لأن يده ثابتة على ما عليه، ولهذا لو وجد
 لقيط ومعه مال كان المال له فلم يقطع، كما لو سرق جملاً وعليه صاحبه، وان
 سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يقطع لأنها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الاموال

(والثاني) أنه لا يقطع لأن معنى المال فيها ناقص لأنه لا يمكن نقل المال فيها ، وإن سرق عينا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين في أم الولد ، وإن سرق من غلة وقت على غيره قطع لأنه مال يباع ويبتاع ، وإن سرق الماء ففيه وجهان (أحدهما) أنه يقطع لأنه يباع ويبتاع (والثاني) أنه لا يقطع لأنه لا يقصد إلى سرقة لتكرره .

(فصل) ولا يقطع فيما له فيه شبهة لقوله عليه الصلاة والسلام : ادرءوا الحدود بالشبهات ، فإن سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى أن عاملاً لعمري رضي الله عنه كتب إليه يسأله عن سرق من مال بيت المال ؟ قال لا تقطعه فما من أحد إلا وله فيه حق

وروى الشعبي أن رجلاً سرق من بيت المال فبلغ علياً كرم الله وجهه فقال إن له فيه سهماً ولم يقطعه . وإن سرق ذمي من بيت المال قطع لأنه لا حق له فيه وإن كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقة سارق قطع ، لأن بالكافرين به انقطع عنه حق سائر المسلمين ، وإن سرق من غلة وقت على المسلمين لم يقطع لأن له فيه حق ، وإن سرق فقير من غلة وقت على الفقراء لم يقطع لأن له فيه حق ، وإن سرق منها غنى قطع لأنه لا حق له فيها .

(فصل) وإن سرق رتاج السكرية أو باب المسجد أو تازيره قطع لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قطع سارقاً سرق قبضية من منبر رسول الله (ص) ولأنه مال محرز بحرز مثله لا شبهة له فيه ، وإن سرق مسلم من فتاديل المسجد أو من حصره لم يقطع لأنه جمل ذلك لمنفعة المسلمين وللسارق فيها حق ، وإن سرقة ذمي قطع لأنه لا حق له فيها .

(فصل) ومن سرق من ولده أو ولد ولده ، وإن سفل ، أو من أبيه أو من جده وإن عملاً لم يقطع . وقال أبو ثور يقطع ، لقوله عز وجل (والسارق والسارقة فاقطعوا أيهما) فعم ولم يخص ، وهذا خطأ لقوله عليه الصلاة والسلام : ادرءوا الحدود بالشبهات ، وللاب شبهة في مال الابن وللابن شبهة في مال الاب ، لأنه جمل ماله كماله في استحقاق الفتنة ورد الشهادة فيه ، والاية تخصها بما ذكرناه .

ومن سرق من سواهما من الأقارب قطع لأنه لا شبهة له في ماله ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه . وقال أبو ثور يقطع لموم الآية ، وهذا خطأ لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمي فقال : إن غلامي هذا سرق فاقطع يده ، فقال عمر ما سرق ؟ فقال امرأة امرأتي ، فقال له أرسله ، خادمكم أخذ متاعكم ، ولكن لو سرق من غيركم قطع ، ولأن يده كيد المولى بدليل أنه لو كان بيده مال فدعاه رجل كان القول فيه قول المولى ، فبصهر كما لو نقل ماله من زاوية داره الى زاوية أخرى ؛ ولأن له في ماله شبهة في استحقاق النفقة فلم يقطع كالاب والابن ، وإن سرق من غيره قطع لقول عمر رضى الله عنه ، ولأنه لا شبهة له في مال غيره ، وإن سرق أحد الزوجين من الآخر ما هو محرر عنه فثلاثة أقوال

(أحدها) أنه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع في السرقة كالإجارة .

(والثاني) أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج والزوج يملك أن يحجر عليها ويمتنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء نصار ذلك شبهة (والثالث) أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن للزوجة حقا في مال الزوج بالنفقة ، وليس للزوج حق في مالها ، ومن لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله لقول عمر رضى الله عنه في سرقة غلام الحضرمي الذي سرق امرأة امرأته أرسله فلا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ، ولأن يد عبده كيدته فكانت سرقة من ماله كسرقة .

(فصل) وإن كان له على رجل دين فسرق من ماله ، فإن كان جاحداً له أو بماطلا له لم يقطع ، لأن له أن يتوصل إلى أخذه بدينه ، وإن كان مقراً ملياً أقطع لأنه لا شبهة له في سرقة ، وإن غصب مالا فأحرزه في بيت فنقب المصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يقطع لأنه هتك حرزاً كان له هتكه لا أخذ ماله

(والثاني) أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب (والثالث) أنه إن كان ما سرقه متميزاً عن ماله قطع لأنه لا شبهة له في سرقة ، وإن كان مختلطاً بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع بما لا يجب فيه فلم يقطع

وإن سرق الطعام عام المجاعة نظرت إن كان الطعام موجوداً قطع لأنه غير محتاج إلى سرقة ، وإن كان معدوماً لم يقطع لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا قطع في عام المجاعة أو السنة ، ولأن له أن يأخذه فلم يقطع فيه .
(فصل) وإن نهب المؤجر الدار المستأجرة وسرق منها مالا للمستأجر قطع لأنه لا شبهة له في ماله ولا في نهبك حرزه ، وإن نهب المهر الدار المستأجرة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يقطع لأن له أن يرجع في العارية ليجعل النقب رجوعاً .
(والثاني) وهو المنصوص أنه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز بحق فأشبهه إذا نهب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر ، وإن غصب رجل مالا أو سرقة وأحرزه لجهل سارق فسرقه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقطع لأنه حرز لم يرصه مالكه (والثاني) أنه يقطع لأنه سرق ما لا شبهة له فيه من حرز مثله

(فصل) وإن نهب المسروق منه الدين المسروقة من السارق بعد ما رفع إلى السلطان لم يسقط القطع لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسرف في سارق رداء صفوان أن تقطع يده ؛ فقال صفوان إنني لم أرد هذا هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتيني به ، ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة في الوجوب فلم يؤثر في الحد كالموذي وهو عبد فصار حراً قبل أن يحد أو زني وهو بكر فصار ثيباً قبل أن يحد .

وإن سرق عينا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل أن يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه ، وإن ثبتت السرقة بالبينة فأقر المسروق منه بالملك للسارق أو قال كنت أبحثه له سقط القطع لأنه يحتمل أن يكون صادقا في إقراره ، وذلك شبهة فلم يجب معها الحد

وإن ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهدبه منه أو أباحه له وأنكر المسروق منه ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه في حق المسروق منه لأنه خلاف الظاهر بل يجب تسليم المال إليه . وأما القطع فالمنصوص أنه لا يجب لأنه يجوز أن يكون صادقا . وذلك شبهة فنعت وجوب الحد

وذكر أبو اسحاق وجهاً آخر أنه يقطع لأننا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى إلى أن لا يقطع سارق ، وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا ثبت عليه الزنا بإسراء وادعى زوجيتها فإنه يسقط الحد وإن أفضى ذلك إلى إسقاط حد الزنا ، وإن ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب فالمنصوص في السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فبدهى ، وقال فيمن قامت البينة عليه أنه زنى بأمة ومولاها غائب أنه يجد ولا ينتظر حضور المولى باختلاف أصحابنا فيه على ثلاثة مذاهب .

(أحدهما) وهو قول أبي العباس ابن سريج رحمه الله أنه لا يقام عليه الحد في المسألين حتى يحضر ، وما روى في حد الزنا سهو من الناقل . ووجهه أنه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد بأن يقول المسروق منه كنت أبحثه له ، ويقول مولى الأمة كنت وقفنها عليه ، والحد بدرأ بالهبة فلا يقام عليه قبل الحضور .

(والثاني) وهو قول أبي اسحق أنه ينقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى فيكون في المسألين قولان (أحدهما) أنه لا يجد لجواز أن يكون عقد الغائب شبهة (والثاني) أنه يجد لأنه وجب الحد في الظاهر فلا يؤخر

(والثالث) وهو قول أبي الطيب ابن سلمة وأبي حفص بن الوكيل أنه يجد الزاني ولا يقطع السارق على ما نص عليه ، لأن حد الزنا لا تمنع الإباحة من وجوبه ، والقطع في السرقة تمنع الإباحة من وجوبه ، وإن ثبتت السرقة والزنا بالاقرار فهو كما لو ثبتت بالبينة فيكون على ما تقدم من المذاهب

ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحد الزاني في الاقرار وجهاً واحداً . والصحيح أنه كالبينة ، وإذا قلنا أنه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجب لأنه قد وجب الحد وبقي الاستيفاء فحبس كما يجب

من عليه الفصاح الى أن يبلغ الصبي ويقدم الغائب (والثاني) أنه ان كان للسفر قريبا حبس الى أن يقدم الغائب ، وان كان السفر بعيداً لم يحبس لأن في حبسه اضراراً به والحق لله عز وجل فلم يحبس لأجله

(فصل) واذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه ، لما روت عائشة رضی الله عنها قالت أني رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسارق قد سرق فأمر به ففطع ، فقيل يا رسول الله ما كنا نراك تبلغ به هذا ؟ قال لو كانت قاطمة بنت محمد لآقت عليها الحد

وروى عروة قال : شفع الزبير في سارق فقبل حتى بأني السلطان ، قال إذا بلغ للسلطان فلن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله (ص) ولأن الحد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة .

(فصل) واذا وجب القطع قطعت يده النبي فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً قطعت يده اليسرى فإن سرق رابعاً قطعت رجله اليمنى لما روى أبو هريرة رضی الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق وان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ، وان سرق خامساً لم يقتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم بين في حديث أبي هريرة ما يجب عليه في أربع مرات ، فلو وجب في الخامسة قتل لبين ، ويعزر لأنه معصية ليس حد فيها ولا كفارة فعزر فيها .

(فصل) وتقطع اليد من مفصل الكف لما روى عن أبي بكر رضی الله عنها أنها قالوا : اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ، ولأن البطش بالكف وما زاد من الذراع تابع ولهذا تجب الدية فيه ، ويجب فيما زاد الحكومة ، وتقطع الرجل من مفصل القدم .

وقال أبو ثور : تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبي قال : كان على عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقباً ويقول أدع له ما يعتمد عليه ، والمذهب ما ذكرناه ، والدليل عليه ما روى عن عمر رضی الله عنه أنه كان يقطع القدم من مفصلها ، ولأن البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه .

(فصل) وإن سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى ، فإن كانت له يمين عند السرقة فذهبت بأكله أو جناية سقط الحد ، ولم ينقل الحد إلى الرجل ، والفرق بين المسئلتين أنه إذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذي يقطع بعدها ، وإذا سرق وله يمين تعلق القطع بها ، فإذا ذهبت زال ما تعلق به القطع فسقط ، وإن سرق وله يد ناقصة الأصابع قطعت ، لأن اسم اليد يقع عليها ، وإن لم يبق غير الراحة ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يقطع وينقل الحد إلى الرجل ، لأنه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها ، ولهذا لا يضمن بأرث مقدر فصار كما لو لم يبق منها شيء .
(والثاني) أنه يقطع ما بقي لأنه بقي جزء من العضو الذي تعلق به القطع فوجب قطعه ، كما لو بقيت أظفار ، فإن سرق وله يد شلاء فإن قال أهل الخبرة إنها إذا قطعت انسدت عروقها قطعت ، وإن قاروا لا تنسد عروقها لم تقطع لأن قطعها يؤدي إلى أن يهلك

(فصل) وإذا قطع كالسنة أن يعلق العضو في عنقه ساعة ، لما روى فضالة ابن عبيد قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فأمر به فقطعت يده ثم أمر فعلقته في رقبتة ، ولأن في ذلك ردعاً للناس وبجسم موضع القطع لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال اذهبوا به فآطعوه ثم احسموه ثم اتوني به ، فقطع فأتى به فقال : تب إلى الله تعالى ، فقال تب إلى الله تعالى ، فقال تاب الله عليك والحسم هو أن يغلي الزيت غلياً جيداً ثم يغمس فيه موضع القطع لتنحس العروق وينقطع الدم ، فإن ترك الحسم جاز لأنها مداواة لجاز تركها
وأما ثمن الزيت وأجرة القاطع فهو في بيت المال لأنه من المصلح ، فإن قال أنا أقطع بنفسى ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يمكن كما لا يمكن في القصاص
(والثاني) أنه يمكن لأن الحق لله تعالى والقصد به التنكيل ، وذلك قد يحصل بغيره بخلاف القصاص فإنه يجب للآدمي للثبوت فكان الاستيفاء إليه

(فصل) وإن وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره فاعتقد أنها يمينه أو
اعتقد أن قطعها يجرىء عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهان
(أحدهما) وهو المنصوص أنه يجرئه عن اليمين لأن الحق لله تعالى ومبدأه
على المساهلة فقامت اليسار فيه مقام اليمين
(والثاني) أنه لا يجرئه لأنه قطع ظهر المصروع الذي تعلق به القطع ، فعلى
هذا إن كان القاطع نعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص في يساره ، وإن
قطعها وهو يعتقد أنها يمينه ، أو قطعها وهو يعتقد أن قطعها يجرئه عن اليمين
وجب عليه نصف الدية .

(فصل) إذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما
الآخر ، لأن الضمان بحب لحق الأدمى والارزطع بحب لله تعالى فلا يمنع أحدهما
الآخر كالدية والسكفارة

(الشرح) للشرط في وجوب هذا الحد فهو الحرز ، وذلك أن جميع فقهاء
الامصار الذين تدير عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في
وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بجزء ، والاشبه أن
يقال في حد الحرز أنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يعسر أخذها ، مثل
الاغلاق والحظار وما أشبه ذلك ، وفي الفعل الذي إذا فعله للسارق انصف
بالإخراج من الحرز

ومن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم وقال
أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب ، وإن سرقه
من غير حرز . فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل ، فإذا أواه
المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن ، ومرسل مالك بنحوه ، وعمدة أهل
الظاهر عموم الآية ، قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها إلا ما خصصته
السنة الثابتة من ذلك ، وقد خصصت المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع
وردوا حديث شعيب لموضع الاختلاف فيه . وقال ابن عبد البر العمل بها واجب

إذا رواها النفاذ وأما الحرز عند الذين أوجبوه فإنهم اتفقوا منه على أشياء
واختلفوا في أشياء من اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز ، واختلفهم في
الأوعية ، مثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه
لا يقطع حتى يخرج من الدار ، واختلفهم في الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير
من أشرط الحرز تفضع يده إذا أخرج من البيت ، وقال أبو يوسف ومحمد :
لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار

ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس
بحرز ، فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة : هو حرز وعلى النباش القطع ،
وبه قال عمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، وكذلك قال سفيان
الثوري ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء
جرت المادة بمنظ ذلك الشيء المسروق فيه . فرباط الدواب عنده أحرز وكذلك
الأوعية وما على الإنسان من اللباس فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده .
وإذا توسد النائم شيئاً فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان ، وما
أخذ من المنتبه فهو اختلاس ، ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي
من الحلى أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ، ومن سرق من الكعبة شيئاً لم
يقطع عنده وكذلك من المساجد .

وقد قيل في المذهب أنه إن سرق منها ليلاً قطع ، وانفق القائلون بالحرز
على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان
داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف
إذا كان سارقاً أحدهما داخل البيت والآخر خارجه ، فقرب أحدهما المتاع
المسروق إلى ثقب في البيت فتناول الآخر ، فقيل القطع على الخارج المتناول له ،
وقيل لا قطع على واحد منهما ، وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب ،
والخلاف في هذا كله آيل إلى إطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لا إطلاقه
فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ، ومن رمى بالمسروق من
الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع . وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه
وقيل أن يخرج ، وقال ابن القاسم يقطع

وأما جنس المصروق فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض عنه فإنه يجب في سرقة القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة والأشياء التي أصلها الإباحة فاهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أن القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه .

وقال أبو حنيفة : لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط المنصاب ، وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام ، لا قطع في ثمر ولا كثر ، وعمدته أيضاً في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المصروق الذي يجب فيه للقطع أن لا يكون للشارق فيه شبهة ملك .

واختلفوا في سرقة المصحف ، فقال مالك والشافعي يقطع سارقه ، وقال أبو حنيفة لا يقطع ، ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه أو أن لكل أحد فيه حقاً إذ ليس بمال .

واختلفوا فيمن سرق صغيراً مملوكاً أجمعياً ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور يقطع ، وأما إن كان كبيراً يفقه ، فقال مالك : يقطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع .

وقالت الحنابلة : فإن سرق حراً صغيراً فلا قطع ، لأنه ليس بمال ، ثم روى عنهم أنه يقطع لحديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل يسرق الصبيان ثم يخرج بهم فيبيدهم في أرض أخرى فأمر بيده فقطعت ، رواه الدارقطني

وقال المالكيون : إن سارقه (الحرة الصغير) يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون — واختلفوا إذا سرق العبد من مال سيده ، فالجمهور على أنه لا يقطع ، وقال أبو ثور يقطع ، وقال أهل الظاهر يقطع إلا أن يأمنه سيده واشترط مالك أن يكون بلى الخدمة لسيده بنفسه ، والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه وبدرأ الحد .

قال عمر وابن مسعود ولا يخالف لهما من الصحابة ، وكذا إذا سرق الزوج من زوجته من مالها الخاص أو العكس فقال مالك : إذا كان كل واحد يتفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه .
وقال الشافعي : الاحتياط أن لا يقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني .

وقالت الخنابلة : ولا يقطع أحد الزوجين بسرقة من ماله المحرز عنه اختاره الأكثر كمنعه نفقتها فتأخذها ، أما مال القرابات فقال مالك : أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال الابن لقوله عليه السلام : أنت ومالك لابیك ، ويقطع ما سواهم من القرابات .
وقال الشافعي : لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل ، يعني الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء .

وقال أبو حنيفة : لا يقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ما خصه الأجماع .
وقالت الخنابلة : ويقطع كل قريب بسرقة مال قريبه إلا عمودي نسبه ، وقيل إلا أبويه وإن علوا ، وقيل إلا ذی رحم محرم ، وظاهر أوضاع قطع غير أب ومن سرق من المغنم أو من بيت المال فقال مالك : يقطع ، وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع .

وقالت الخنابلة : لا يقطع على مسلم سرق من بيت المال لقول عمر وابن مسعود من سرق من بيت المال فلا يقطع مامن أحد إلا وله في هذا المال حق .
وروى عن علي بن أبي طالب ليس على من سرق من بيت المال قطع ، وانتفقوا على أنه إذا ثبتت أركان الجريمة فقد وجب القطع والغرم إذا لم يجز القطع ، واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ، فقال قوم عليه الغرم والقطع ، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة .

وقال قوم : ليس عليه غرم إذا لم يجز المسروق منه متاعه بعينه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ، وفرق مالك وأصحابه فقال : إن كان

موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أئزى ،
واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيها حكى عنه ابن القاسم

وحجة من جمع الأمرين أن في السرقة حقان ، حق لله وحق للأدى ، فاقضى
كل حق موجه ، وأيضاً فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه لزم إذا لم
يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمائه قياساً على سائر الأموال الواجبة ، وعمدة الكوفيين
حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، لا يغرم
السارق إذا أقيم عليه الحد ، وهذا الحديث ضعيف لأنه مقطوع ، ووصله بعضهم
وخرجه النسائي .

ويقولون إن القطع هو بدل الغرم وأن اجتماع حقين في حق واحد يخالف
للأصول ، وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس ، والقطع محل اليد اليمنى
باتفاق من الكروع . وقال قوم الأصابع فقط ، ولا دليل عليه ، واختلفوا فيمن
قطعت يده اليمنى في السرقة ، ثم عاد فقال أهل العراق والحجاز تقطع رجله
اليسرى بعد اليمنى . وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى
بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك .

واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى
بعد اليد اليمنى هل يقف القطع إن سرق ثلاثة أم لا ، فقال سفيان وأبو حنيفة يقف
القطع في الرجل وإنما عليه في الثلاثة الغرم فقط . وقال مالك والشافعي إن سرق
ثلاثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، فإذا ذهب محل
القطع من غير سرقة ان كانت اليسرى شلاء . فقيل ينتقل القطع إلى اليد اليسرى
وقيل إلى الرجل .

واختلف في موضع القطع من القدم ، فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل
الساق ، وقيل يدخل الكعبان في القطع ، وقيل لا يدخلان ، وقيل أنها تقطع
من المفصل الذي في وسط القدم ، واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو
ما لم يرفع ذلك إلى الإمام ، واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين أو
بإقرار السارق الحر .

واختلفوا في العبد فقال جمهور فقهاء الأمصار إقراره على نفسه موجب للعبد وليس يوجب عليه غراماً ، وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع لكونه مالا لمولاه ، وبه قال شريح والشافعي وقنادة وجماعة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب حد قاطع الطريق

من شهر السلاح وأخاف السبيل في مصر أو بركة وجب على الامام طلبه لأنه اذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به في قتل النفوس وأخذ الأموال ، فإن وقع قبل أن يأخذ المال ويقتل النفس عزر وحبس على حسب ما يراه السلطان لأنه تعرض للدخول في معصية عظيمة فعزر كالتعرض للسرقة بالنقب والمتعرض للزنا بالقبلة ، وان أخذ نصاباً محرزاً محرز مثله بمن يقطع بسرقة ماله وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى لما روى الشافعي عن ابن عباس أنه قال في قطاع الطريق اذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا ، واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا ، واذا أخذوا المال ولم يقطعتم أيديهم وأرجلهم من خلاف ونفيم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لأنه ساوى السارق في أخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فسأواه في قطع اليد وزاد عليه بإخافة السبيل بشهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فإن لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لأن الحد تعلق بهما ، فإذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقي ، كما قلنا في السارق اذا كانت له يد ناقصة الاصابع ، وان لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع الى اليد اليسرى والرجل اليمنى ، لأن ما يبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده ، وان أخذ دون النصاب لم يقطع

وخرج أبو علي بن خيران قولاً آخر أنه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ في القتل في المحاربة في أحد القولين ، وهذا خطأ لأنه قطع يجب بأخذ المال

فشرط فيه النصاب كالقطع في السرقة ، فإن أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافة أو أخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعامدا لم يقطع لأنه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة .

(فصل) وإن قتل ولم يأخذ المال انحتم قتله ولم يجر لولى الدم العفو عنه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل ، والحد لا يكون إلا حتما ، ولأن ما أوجب عقوبة في غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة ، كأخذ المال ينلظ بقطع الرجل .

وإن جرح جراحة توجب القود فهل ينحتم القود ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه ينحتم ، لأن ما أوجب القود في غير المحاربة انحتم القود فيه في المحاربة كالقتل .

(والثاني) أنه لا ينحتم لأنه تغليظ لا يتبعض في النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة .

(فصل) وإن قتل وأخذ المال قتل وصلب ، ومن أصحابنا من قال يصلب حياً ويمنع الطعام والشراب حتى يموت ، وحكى أبو العباس بن القاسم في التخليص عن الشافعي رضى الله عنه أنه قال : يصلب ثلاثاً قبل القتل . ولا يعرف هذا للشافعي ، والدليل على أنه يصلب بعد القتل قوله صلى الله عليه وسلم : إذا قتلتم فأحسنوا القتلة .

وإن كان الزمان بارداً أو معتدلاً صلب بعد القتل ثلاثاً ، وإن كان الحر شديداً وخيف عليه التغير قبل الثلاث حنط وغسل وكفن وصلب عليه . وقال أبو علي بن أبي هريرة رحمه الله يصلب إلى أن يسيل صديده . وهذا خطأ لأن في ذلك تعطيل أحكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن ، وإن مات فهل يصلب فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله أنه لا يصاب ، لأن الصلب تابع للقتل وصفة له ، وقد سقط القتل فسقط الصلب (والثاني) وهو قول شيخنا القاضى أبي الطيب الطبري رحمه الله أنه يصاب لأنها حقان فإذا تعذر أحدهما لم يسقط الآخر

(فصل) وإن وجب عليه الحد ولم يقع في يد الامام ^{مطلب} إلى أن يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل «أو ينفوا من الأرض» وقد روينا عن ابن عباس أنه قال: ونفيهم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود (فصل) ولا يجب ما ذكرناه من الحد إلا على من باشر القتل أو أخذ المال فأما من حضر رده ألم أو عينا فلا يلزمه الحد لقوله صلى الله عليه وسلم: لا يجل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، أو قتل نفس بغير حق ويمرر لأنه أعان على معصية فعزر، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل للقتل وعلى من أخذ المال القطع لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فأختص بحده.

(فصل) إذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل وأخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم على أخذ المال أو تأخر، لأن حق الآدمي أكد، فإذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لأخذ المال، ولا يرأى بينهما لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما، وإن قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وأخذ المال وقتلنا إن القصاص ينحتم، نظرت فإن تقدم أخذ المال سقط القطع الواجب بسببه، لأنه يجب تقديم القصاص عليه لتأكيد حق الآدمي. وإذا قطع للآدمي زال ما تعلق الوجوب به لأخذ المال فسقط وإن تقدمت الجناية لم يسقط الحد لأخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لأنه استحق بالجناية فيصهر كمن أخذ المال، وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى.

(فصل) وإن تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عز وجل «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» فشرط في الغفر عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم، فدل على أنهم إذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم، وإن تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة، وهو احتمال القتل والصلب وقطع الرجل الئابة، وهل يسقط قطع اليد؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يسقط لأنه قطع عضو

وجب بأخذ المال في المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل (والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يسقط لأنه قطع يد لا أخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة

(فصل) فأما الحد الذي لا يختص بالمحاربة ينظر فيه فإن كان للآدمي وهو حد القذف لم يسقط بالتوبة لأنه حق للآدمي فلم يسقط بالتوبة كالفحص ، وإن كان لله عز وجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يسقط بالتوبة لأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف (والثاني) أنه يسقط وهو الصحيح ، والدليل عليه قوله عز وجل في الزنا ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيماً ، وقوله تعالى في السرقة ، فمن تاب من بعد ظله وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم ، وقوله صلى الله عليه وسلم ، التوبة نجب ما قبلها ، ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق .

فإن قلنا أنها تسقط نظرت فإن كانت وجبت في غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الإصلاح في زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ، وقوله تعالى ، فمن تاب من بعد ظله وأصلح فإن الله يتوب عليه ، فعلق العفو بالتوبة والإصلاح ، ولأنه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الإصلاح في زمان يوثق فيه بتوبته ، وإن وجبت عليه الحدود في المحاربة سقطت بإظهار التوبة والدخول في الطاعة لأنه خارج من يد الإمام ممنوع عليه فإذا أظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية

(الشرح) أثر ابن عباس ، إذا قتلوا وأخذوا المال ، أخرجهم البيهقي والشافعي في مسنده . أثر ابن عباس ، نزل جهنم بالحد فيهم ، أخرجهم البيهقي ، قلت وفي حديث العرفيين المتفق عليه وعتاب الله عز وجل لنبيه حينما قتلهم وسمل أعينهم ما ينص على وجوب الحد عليهم بما اجترحوا فقط ، واختلاف الحدود باختلاف الأفعال كما قال ابن عباس حديث ، إذا قتلتم ، أخرج مسلم عن أبي يعلى شدد ابن أوس عن رسول الله (ص) قال ، إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته ولإحرج ذبيحته ،

حديث ولا يحمل دم امرئ مسلم ، سبق تخرجه حديث ، التوبة نجب ما قبلها ، لم أجده وأخرج ابن أبي حاتم وابن مردويه عن أبي ، التوبة النصح الندم على الذنب حين يفرط منك فلستغفر الله تعالى ثم لا تعود إليه أبداً .

الغصة : قوله (من شهر السلاح) أى سله وأخرجه من غمده ، وأخاف السبيل أى الطريق والمصر البلد العظيم ، قوله (فويح شوكته) الصوكة شدة البأس والحدة فى السلاح وقد شاك بهاك شوكا أى ظهرت شوكته وحدته ، قوله (انتم قتله) أى وجب ولم يسقط بالعمو ولا الفداء ، والحنم قطع الأمر وإرامه من غير شك ولا نظر . قوله (أو ينفوا من الأرض) أى يطردوا نفيت فلانا أى طردته ، وأما الفقهاء فقال بعضهم نفيمهم أن يطلبوا حيث كانوا فيوجدوا ، وقال بعضهم نفيمهم أن يمحسوا ، وقال بعضهم نفيمهم أن يعقلوا فلا يقولوا
قوله (فأما من حضر ردها) أى عونا ، قال الله تعالى ردها بصدقى ، وأردأته أعنفه . قوله (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) أى رجعوا مما كانوا عليه من المصيبة إلى الطاعة وفعل الخير . وتوبة الله تعالى على عباده رجوعه عن الغضب إلى الرضا ، وقد تكون توبة الله عليهم الرجوع من التشديد إلى التخفيف ومن الحظر إلى الإباحة كقوله ، علم أن لن تحصوه فتاب عليكم ، أى رجع بكم إلى التخفيف بعد التشديد وقوله ، علم الله أنكم كنتم تخفون أنفسكم فتاب عليكم ، أى أباح لكم ما حظر عليكم .

قوله (الصلب) أصل الصلب سيلان الصليب وهو الصديد والوردك .
قال الشاعر : جريمة ناهض فى رأس يبقى نرى لعظام ما جمعت صليبا
وقيل للقتول الذى يربط على خشبة حتى يسيل صلبه صليب ومصلوب ،
وسمى ذلك الفعل صليبا ، قوله عليه الصلاة والسلام (التوبة نجب ما قبلها) أصل التوبة الرجوع تاب إذا رجع ، والجب القطع ولهذا قيل لمقطوع الذكر محبوب
قال ابن حزم فى المراتب : وانفقوا أن الفصاحب المجامر الذى ليس محاربا لا قطع عليه ، وانفقوا على أن المحارب هو قاطع الطريق وهو من شهر السلاح بلا سلاح خارج المصر سواء كان مسلما أو ذميا ، وقال ابن حزم هو مسلم عاص واحتلفوا فى داخل المصر ، فقال مالك داخله وخارجه سواء واشترط الشافعى

الفوكه ولم يشترط العدد والشوكة عنده قوة المغالبة ، وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة في مصر ، وقالت الحنابلة : في صحراء أو في مصر وهو الأصح ، والله تعالى أعلم .

أما ما يجب على المحارب فقال مالك إن قتل قتل ولا بد وليس للإمام تخيير في قطعه ولا نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه والتخيير راجع إلى اجتهاد الإمام ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه المقوية مرتبة على الجنایات فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ولا يقطع إلا من أخذ المال ولا ينفي إلا من لم يأخذ المال ولا قتل ، وقال قوم الإمام غنم فيهم على الإطلاق .

واختلفوا في صلبه فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعاً ، وقال قوم بل يقتل ويصلب معاً ، وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولاً ثم يصلب ، وهو قول أشهب ، وقيل أنه يصلب حياً ثم يقتل في الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ، ومن رأى أنه يتل أولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ، ومن رأى أنه يقتل في الخشبة ، فقال بعضهم : لا يصل على تنكيلا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصل عليه ، وقال سحنون : ينزل من عليها ويصل عليه وهل يباد إلى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام .

وقال ابن حزم : إن قتل فقد حرم صلبه وقطعه ونفيه ، وإن قطع فقد حرم قتله و صلبه ونفيه ، وإن نفي فقد حرم قتله و صلبه وقطعه ، وإن صلب فقد حرم قتله وقطعه ونفيه لا يجوز البتة غير هذا .

أما القطع في حنهم فهو أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى ، واختلف إذا لم تكن له اليمنى ، فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ، وقال أشهب تقطع اليد والرجل اليسرى واختلفوا في النفي فقيل إن النفي هو السجن ، وقيل إن النفي هو أن ينفي من

بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن يظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون أقل البلدين ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك وبالأول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم ، فأما أن ينفي بعد أن يقدر عليه فلا .

وقال الشافعي : أما للنفي فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع . وقيل هي عقوبة مقصودة ، فقبل على هذا ينفي ويسجن دائما وكلها عن الشافعي ، وقالت الحنابلة : إن أخافوا الناس ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض فلا يتركون بأوون إلى بلد حتى تظهر توبتهم ، وقيل فلا يأوون إلى بلد عاماً ، وقيل يعزروا بما يردعهم .

والظاهر أن النفي هو تغريبهم عن وطنهم

وأما حكم المحاربين فإن يجارهم الامام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، أما إذا أسر بعد انقضاء الحرب فإن حكمه حكم البدعي واختلفوا في توبته على :

(ا) هل تقبل توبته ؟ (ب) إن قبلت لما صفة المحارب الذي تقبل توبته . (ج) هل يسقط الحكم بالتوبة ؟

قال أهل العلم تقبل توبته ، وأما صفة التوبة التي نسقط الحكم فقد اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال :

(أحدها) أن تكون توبته بوجهين ، بأن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الامام (والثاني) أن يلقى سلاحه ويأتي الامام طائعا ، وهو مذهب ابن القاسم والقول الثاني أن توبته انما تكون بأن يترك ما هو عليه ، وهذا هو قول ابن الماجشون . والقول الثالث أن توبته انما تكون بالمجيء الى الامام ، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام إن أخذ قبل أن يأتي الامام وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل إنها تكون بأن يأتي الامام قبل أن يقدر عليه وقيل إنها انما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط . وقيل تكون بالامرين جميعاً . وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته فإنهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة

أقوال (أحدها) أن يلحق بدار الحرب (والثاني) أن تكون له فئة (والثالث) كيفها كان كانت له فئة أو لم تكن الحق بدار الحرب أو لم يلحق .

واختلف في المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن يزل ، فقبل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقبل لأمان له لأنه إنما يؤمن للشرك . وأما ما نسقط عنه للتوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال .

(أحدها) أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الأدميين ، وهو قول مالك

(والثاني) أن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن ينفوا أولياء المقتول

(والثالث) أن التوبة زرفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء ، وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم

(والرابع) أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الأدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده

وما احتواه هذا الباب من أحكام أرجزها فيما يلي :

١ - تعددت الأقوال فيمن تتحقق فيه صفة لمحارب من المسلمين ، منها أنه اللص الجاهر بلصوصيته المكابر المصر على ذلك في المدينة ، ومنها أنه اللص الجاهر بلصوصيته المصر على ذلك في الصحراء دون المدينة ، ومنها أنه المكابر في الفسق والفتجور ، وقد أوردنا الطبراني في تفسيره

ثم قال إن أولها بالصواب قول من قال إن المحارب لله ورسوله من حارب سابلة المسلمين وأمتهم وأغار عليهم في أمصارهم وقراهم وأخاف عباد الله وقطع طريقهم وأخذ أموالهم وتوثب على حرمانهم لجوراً وفسقا

٢ - للإمام أن يعاقب المحارب بأية عقوبة من عقوبات الآيات ، وقال الطبري بعد أن أورد كافة الآراء ، وإن أولها بالصواب من أرجب على المحارب العقوبة على قدر استحقاقه وجعل الحكم على المحاربين مختلفاً باختلاف أفعالهم

٣ - المحاربون من المسلمين توبتهم بينهم وبين الله ، وعلى الإمام أن يقيم

عليهم حدود ما ارتكبه من جرائم ، وإن بقي في يد المحارب النائب من المال الذي أخذه فللامام أن يسترده منه ويرده إلى أصحابه ، وإذا طلب ولي قتل دم قتيله منه وأقام البينة فعلى الامام أن يقيم عليه الحد . وقال الشافعي : ليس لولي الدم حتى قود ولا فصاص .

٤ - فرض بعضهم حالة ارتداد مسلم إلى الكفر ثم ارتكبه القتل والنهب ثم عوده إلى الاسلام تأمياً قبل القدرة عليه منع بعضهم سقوط الحد عنه بالتوبة هراه الطهري إلى عكرمة والحسن البصري

٥ - للامام أن يقيم عليه حد واحد مما ذكره الآية ولا يجمع عليه حدين

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد الخمر

كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره ، والدليل عليه قوله تعالى : إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، واسم الخمر يقع على كل مسكر ، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام . وروى النعمان بن بشير رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن من التمر الخمر ، وإن من البر الخمر ، وإن من الشعير الخمر وإن من العسل خمر . وروى سعد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أنها كم عن قليل ما أسكر كثيره ، وروى أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أسكر الفرق منه فله الكف منه حرام .

(فصل) ومن شرب مسكراً وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد ، فإن كان حراً جلد أربعين جلدة لما روى أبو ساسان قال : لما شهد على الوليد بن عقبة قال عثمان لعل عليه السلام دونك ابن عمك فاجلده ، قال قم يا حسن فاجلده قال فيها أنت وذاك ولا هذا غيري ، قال وليكنك ضعفت وعجزت ووهنت ،

فقال قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده . لجلده ، وعلى عليه السلام بعد ذلك فعمد
أربعين وقال جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر أربعين وأبو بكر أربعين
وهمر ثمانين . وكل سنة

وإن كان عبداً جلد عشرين لأنه حد يقبض فكان العبد فيه على النصف من
الحرك كحد الزنا ، فإن رأى الامام أن يبلغ حد الحر ثمانين ويحد العبد أربعين جاز
لساروى أبو ورة الكلابي قال ، أرسلني خالد بن الوليد إلى همر رضى الله عنه
فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلي وطلحة والزبير رضى الله عنهم ،
فقلت ان خالد بن الوليد رضى الله عنه يقرأ عليك السلام ويقول ان الناس قد
اهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فيه ، قال عمر هم هؤلاء عندك فسلمهم ، فقال
على عليه السلام تراه إذا سكر هذى وإذا هذى افتري وعلى المغفري ثمانون .
فقال عمر بلغ صاحبك ما قال ، لجلد خالد ثمانين وجلد عمر ثمانين . قال وكان
همر إذا أتى بالرجل القوي المذهبك في الشراب جلدته ثمانين ، وإذا أتى بالرجل
الضعيف الذى كانت منه الزلة جلدته أربعين ، فإن جلدته أربعين ومات لم يضمن
لأن الحق قتله ، وإن جلدته ثمانين ومات ضمن نصف الدية ، لأن نصفه حد
ونصفه تعزير ، وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير .

وإن جلد احدى وأربعين فأتى فيه قولان

(أحدهما) أنه يضمن نصف دية لأنه مات من مضمون وغير مضمون
فضمن نصف دية ، كما لو جرحه واحد جراحة وجرح نفسه جراحات
(والثاني) أنه يضمن جزءاً من أحد وأربعين جزءاً من الدية لأن الاسواط
متناهية تقسطن الدية على عددها ، وتختلف الجراحات فإنها لا تتأهل ، وقد يموت
من جراحة ولا يموت من جراحات ، ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش
من أسواط .

وإن أمر الامام الجلاد أن يضرب في الخمر ثمانين لجلده احدى وثمانين ومات
المضروب ، فإن قلنا ان الدية تقسط على عدد الضرب سقط منها أربعون جزءاً
لأجل الحد ووجب على الامام أربعون جزءاً لأجل التعزير ووجب على الجلاد

جزءه وإن قلنا أنه يقسط على عدد الجناية ففيه وجهان (أحدهما) يسقط نصفها لأجل الحد ويبقى النصف ، على الامام نصفه وعلى الجلاذ نصفه ، لأن الضرب نوعان ، مضمون وغير مضمون ، فسقط النصف بما ليس بمضمون ووجب النصف بما هو مضمون (والثاني) أنه تقسط الدية أثلاثاً فسقط ثلثها بالحد ، وثلثها على الامام ، وثلثها على الجلاذ ، لأن الحد ثلاثة أنواع ، فجعل لكل نوع الثلث .

(فصل) ويضرب في حد الخمر بالأيدي والتمعال وأطراف الثياب على ظاهر النص ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اضربوه ، قال فلنا الضارب بيده ومنا الضارب بتمله ومنا الضارب بشويه ، فلما انفصر قال بعض الناس أخزأك الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان ولكن قولوا رحمك الله . ولأنه لما كان أخف من غيره في العدد وجب أن يكون أخف من غيره في الصفة .

وقال أبو العباس وأبو اسحاق يضرب بالسوط . ووجه ما روى أن علياً رضي الله عنه لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد ، قال فأخذ السوط فجلده حتى انتهى إلى أربعين سوطاً فقال له أمسك . وإن قلنا إنه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط أربعين سوطاً فمات ضمن ، لأنه تعدى بالضرب بالسوط ، ولم يضمن؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه يضمن بقدر ما زاد ألمه على ألم التمتع .

(والثاني) أنه يضمن جميع الدية لأنه عدل من جنس إلى غيره فأشبهه إذا ضربه بما يجرح فمات منه .

(فصل) والسوط الذي يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرى ولا تشد يده ، لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : ليس في هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صغد ،

(فصل) ولا يقام الحد في المسجد لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن

النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إقامة الحد في المسجد ، ولأنه لا يؤمن أن يهدق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد . وإن أقيم الحد في المسجد سقط الفرض لأن النهي لمعنى يرجع إلى المسجد لا إلى الحد فلم يمنع صحته ، كالصلاة في الأرض المقصورة .

(فصل) إذا زنى دفعات حد للجميع حداً واحداً ، وكذلك ان سرق دفعات أو شرب الخمر دفعات حد للجميع حداً واحداً ، لأن سببها واحد فتداخلت ، وإن اجتمعت عليه حدود بأسباب هان زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لأنها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل ، وإن اجتمع عليه الجلد في حد الزنا والقطع في السرقة ، أو في قطع الطريق قدم حد الزنا ، تقدم الزنا أو تأخر لأنه أخف من القطع ، فلما تقدم أمكن استيفاء القطع بعده ، وإذا قدم للقطع لم يؤمن أن يموت منه فيبطل حد الزنا ، وإن اجتمع عليه مع ذلك حد الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا ، لأنهما أخف منه ، وأمکن للاستيفاء . وإن اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يقدم حد القذف لأنه للأدنى (والثاني) أنه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لأنه أخف من حد القذف ، فإذا أقيم عليه حد لم يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الأول ، لأنه إذا توالى عليه حدان لم يؤمن أن يتلف ، وإن اجتمع عليه حد السرقة والقطع في قطع الطريق قطعت بمينه للسرقة وقطع الطريق ، ثم تقطع رجله لقطع الطريق ، وهل تجوز الموالاة بينهما فيه وجهان : (أحدهما) أنه تجوز لأن قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد لجواز الموالاة بينهما (والثاني) أنه لا تجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد ، لأن قطع الرجل لقطع الطريق وقطع اليد للسرقة وهما سببان مختلفان فلا يوالى بين حديهما ، والأول أصح ، لأن اليد تقطع لقطع الطريق أيضاً ، فأشبهه إذا قطع الطريق ولم يسرق وإن كان مع هذه الحدود قتل فإن كان في غير المحاربة أقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينها ، فإذا فرغ من الحدود قتل ، وإن كان القتل في المحاربة ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه يوالى بين الجميع ، والفرق بينه وبين

القتل في غير المحاربة أن القتل في غير المحاربة غير متحتم وربما عفي عنه فتسبلم نفسه ، والقتل في المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة والوجه الثاني أنه لا يوالى بينهما ، لأنه لا يؤمن اذا والى بين الحديدين أن يموت في الثاني فيسقط ما بقي من الحدود .

(الشرح) حديث كل مسكر خمر ، متفق عليه وغيرهما ، ولفظ لمسلم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ، ومن شرب الخمر في الدنيا فمات وهو بدنها لم يقب منها لم يشربها في الآخرة ، وروى أحمد وابن ماجه والدارقطنى والبيهقى كل مسكر خمر ، ما أسكر كثيره فقليله حرام ،

حديث الثيمان بن بشير أن من التمر لخرأ ، رواه أحمد في مسنده عن ابن عمر وروى أيضا عنه أن عمر خطب على المنبر وقال : ألا ان الخمر قد حرمت وهي من خمسة ، من العنب والتمر والعسل والخنطة والشعير ، والخمر ما غامر العقل ، ورواه البخارى ومسلم بنحوه .

حديث سمعه أنها كم عن قليل ، أخرجه البيهقى والنسائى والدارقطنى وقالوا احتج بأكثر رجال هذا البخارى ومسلم في الصحيحين حديث عائشة ما أسكر الفرق منه ، أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وروى البيهقى كل مسكر حرام وما أسكر منه الفرق فله الكف منه حرام ، وروى كل مسكر حرام ، وما أسكر منه الفرق فالحدوة منه حرام ،

أثر أبي ساسان أخرجه البيهقى ، وأخرج مسلم عن حصين بن المنذر قال شهدت عثمان بن عفان أتى بأوليد وقد صلى الصبح ركعتين ثم قال أزيدكم فشهد عليه رجلان أحدهما حران أنه شرب الخمر ، وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها ، فقال عثمان انه لم يتقيؤها حتى شربها ، فقال يا على قم فاجلده ، فقال على قم يا حسن فاجلده ، فقال الحسن ولت حارها من تولى قارها ، فكأنه وجد عليه ، فقال يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده وعلى بعد حتى بلغ أربعين ، فقال أمسك ، ثم قال

جلد النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة ، وهذا أحب إلى . . .

أز أبو وبرة الكلبي أخرجه البيهقي

حديث أبي هريرة رواه أحمد والبخاري وأبو داود

حديث ابن مسعود أخرجه البيهقي . حديث ابن عباس أخرجه البيهقي

اللغة : في تسمية الخمر خمرأ فثلاثة أقوال (أحدها) أنها تخمر للعقل ، أي تستره ، أخذ من خمر المرأة التي تستر به رأسها ، والخمر الشجر الكثير الذي يغطي الأرض . قال (فقد جاوزتما خمر الطريق)

(الثاني) أنها تخمر نفسها لئلا يقع فيها شيء . يفسد ما وخصت بذلك لدوامها تحت الغطاء لزيادة جودتها وشددة سيورها ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام : خمروا الآية ، أي غطوها (الثالث) لأنها تخامر العقل أي تخاطبه . قال الشاعر

تخامر القلب من ترجيع ذكرتها رس لطيف ورهن منك مكبول

قوله (إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان)

الميسر القمار . قال مجاهد كل شيء فيه قمار فهو ميسر حتى لعب الصبيان بالجوز . وقال الأزهري الميسر الجزور التي كانوا يتقمارون عليها ، وسمى ميسراً لأنه يجرأ أجزاء ، وكل ما جزأته أجزاء فقد يسرته ، والياسر الجزار الذي يجرأها ، والجمع أيسار ، والأزلام القداح واحدها زلم بفتح الزاي وضمها وهي السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها على الميسر . قاله للعزبي

وقال الهروي كانت زلمت وسويت ، أي أخذ من حروفها ، وكان أحد الجاهلية يجمعها في وعاء له وقد كتب الأمر والنهي ، فإذا أراد سفراً أو حاجة أدخل يده في ذلك الوعاء فإن خرج الأمر مضى لطيبته ، وإن خرج الناهي كف وانصرف وفيها كلام يطول

وأما الانصاب فهو جمع نصب بفتح النون وضمها ، وهو حجر أو صنم منصوب بذبحون عنده ، يقال نصب ونصب ونصب ثلاث لغات والرجس للقدر والذن ومنه قوله تعالى : إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس ،

أى العمن الخبيث المستفذر ، وقيل الشك ، والرجس أيضا العذاب ، وسجيت
 الاصنام رجسا لأنها سبب الرجس وهو العذاب
 قوله (فيه شدة مطربة ^(١)) الطرب خفة تفتري الانسان من شدة فرح أو حزن
 قال فى الطرب بمعنى الحزن

وقاوا قد بكيت فقلت كلا وهل يبكي من الطرب الجليلد

وقال فى معنى الفرح

باديار الزهو والطرب ومعاني اللهو واللعب

قوله (ما أسكر الفرق منه) للفرق بإسكان الراء مائة وعشرون رطلا
 وبفتحها ستة عشر رطلا . وقال ثعلب الفرق بفتح الراء اثنا عشر مداً ، ولا
 تقل فرق بالاسكان . وقال الزمخشري هما لعنان والفتح أعلى
 قوله (وهنت) يقال وهن الانسان ووهنه غيره يتمدى ولا يتمدى ووهن
 أيضا بالكسر وهنا أى ضعف

قوله (اهتمكوا فى الخمر وتحافروا العقوبة) أى لجوا فيها ، يقال اهتمك
 الرجل فى الامر أى جد ورج ، وكذلك اهتمك ، وتحافروا العقوبة ، أى رأوها
 حقيرة صغيرة . وحقره واستحقره استصغره ، والحقير الصغير

قوله (اذا سكر هذى) أى تكلم بالهذيان ، وهو ما لا حقيقة له من الكلام
 يقال هذى هذى وهذو . قوله (افتري) أى كذب ، والفرية للكذب والمفتري
 الكاذب ، وأصله الخلق فرى الاديم خلقه ، قال الله تعالى ، وتخلقون افكاه أى
 تتقولون وتفترون كذباً . قوله (أخزاك الله) أى أذلك وأهانك ، يقال خزى
 يخزى خزياً ، أى ذل وهان . والخزى فى القرآن بمعنى الذل فى قوله تعالى ، لهم
 فى الدنيا خزى ، وبمعنى الهلاك فى قوله تعالى ومن قبل أن نذل ونخزى ، أى نهلك
 الخمر يطلق على عصير العنب المشتمد اطلاقاً حقيقياً اجماعاً ، واختلفوا هل
 يطلق على غيره حقيقة أو مجازاً ، وعلى الثانى هو مجاز لغة كما جزم به صاحب
 المحكم ؟ قال صاحب الهداية من الخنفيه ، الخمر عندنا ما اعصر من ماء العنب

(١) هذه الفولة لا توجد لها مناسبة هنا

إذا اشتد وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم قال الخطابي زعم قوم أن العرب لا تعرف الخمر إلا من العنب ، فيقال لهم إن الصحابة الذين سموا غير المتخذ من العنب خمرأ عرب فصحاء ، فلو لم يكن هذا الاسم صحيحاً لما أطلقوه . اهـ

وروى ابن عبد البر عن أهل المدينة وسائر الحجازيين وأهل الحديث أنهم أن كل مسكر خمر . وقال القرطبي الأحاديث الواردة عن أنس وغيره على صحتها وأكثرها تبطل مذهب الكوفيين القائلين بأن الخمر لا يكون إلا من العنب . وما كان من غيره لا يسمى خمرأ ولا يتناوله اسم الخمر . وهو قول مخالف للغة العرب وللغة الصحيحة وللصحابة ، لأنهم لما نزل تحريم الخمر فهموا من الأمر بالاجتناب تحريم كل ما يسكر ، ولم يفرقوا بين ما يتخذ من العنب وبين ما يتخذ من غيره ، بل سموا بينهما وحرموا كل ما يسكر نوعه ولم يتوقفوا ولم يستفصلوا ولم يهكل عليهم شيء من ذلك . بل بادروا إلى إتلاف ما كان من غير عصير العنب ، وهم أهل اللسان وبلغتهم نزل القرآن . فلو كان عندهم تردد لتوقفوا عن الإراقة حتى يستفصلوا ويتحققوا التحريم

واختلفوا في مقدار الحد الواجب ، فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون ؛ وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون ، وقالت الحنابلة من شرب مسكراً مائناً أو استعط به أو احتقن به ، أو أكل عجيناً ملتوتاً به ولو لم يسكر حد ثمانين إن كان حرأ وأربعين إن كان رقيقاً .

واختلفوا في حد العبد ، فقال الجمهور هو على النصف من حد الحر ، وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون ، وعند الشافعي عشرون ، وعند من قال ثمانون أربعون .

وادعى القاضي عياض الإجماع على مشروعية حد الشرب ، وقال في البحر (مسألة) ولا ينقص حد الشرب عن الأربعين إجماعاً ، وذكر أن الخلاف إنما هو في الزيادة على الأربعين ، وحكى ابن المنذر والطبري وغيرهما عن طائفة من أهل العلم أن الخمر لا حد فيها وإنما فيها التعمير .

وإذا مات رجل بحد من الحدود لم يلزم الإمام ولا نائبه للقصاص إلا حد

الشرب ، وقد اختلف أهل العلم في ذلك ، فذهب الشافعي وأحمد بن حنبل والهادي والقاسم والناصر وأبو يوسف ومحمد إلى أنه لا شيء فيمن مات بعد أو قصاص مطلقاً من غير فرق بين حد الشرب وغيره ، وقد حكى النووي الإجماع على ذلك ، وفيه نظر ، فإنه قد قال أبو حنيفة وابن أبي ليلى إنها تجب الدية على العاقلة .

واختلفوا في الجلد فقال بعض الشافعية الجلد بالجرید ، وقد صرح القاضي أبو الطيب ومن تبعه بأنه لا يجوز بالسوط ، وصرح القاضي حسين بتعين السوط ، واحتج بأنه إجماع الصحابة ، وخالفه النووي في شرح مسلم فقال أجمعوا على الاكتفاء بالجرید والنعال وأطراف الثياب ، ثم قال والأصح جواز السوط ، وحكى الحافظ عن بعض المتأخرين أنه يتعين السوط للمتبردين وأطراف الثياب والنعال للضعفاء ومن عداهم بحسب ما يليق بهم .

واليك موجز ما مر بك : يتفق الفقهاء في أمور ويختلفون في أخرى

الأمور المتفق عليها :

- ١ - الخمر المستخرجة من العنب محرمة اتفاقاً
- ٢ - يحل للمسكره والمضطر أن يشربها
- الأمور المختلف عليها .
- ١ - يحل شرب القليل الذي لا يذكر من النبيذ المستخرج من غير العنب
- ٢ - الحكم في المخدرات التي لا ينطبق عليها تعريف ولكنها تعمل عملها وأشد
- ٣ - ثبت في أحاديث صحيحة رواها الخمسة قتل شارب الخمر في المرة الرابعة ولا ستاذي الشيخ شاكر رسالة في ذلك .
- وإن بالنفس لرغبة في الايضاح أكثر ولكن ما باليد من حيلة ، ولكن هذا لا يمنعنا أن ننقل رأياً لشيخنا وإمامنا ، وأظن أن الناشر يجب هذا الامام كحجنا فلن يبتخل بالنشر ، وهو الذي أفنى زهرة شبابه في خدمة كتب الشيخ
- يقول ابن تيمية « الحفيضة داخلة فيما حرمة الله ورسوله من الخمر والسكر لفظاً ومعنى ووردت به الاحاديث الصحيحة ، فقد جمع رسول الله صلى الله عليه

وسلم بما أوتي من جوامع الكلم كل ما غطى العقل وأسكر ولم يفرق بين نوع ونوع ، ولا تأثير لكونه ما كولا أو مشروباً ، على أن الخمر قد يصطبغ بها والحشيشة قد نذاب في الماء وتشرب ، فكل خمر يهرب ويؤكل ، والحديشة تؤكل وتشرب وكل ذلك حرام .

أقول : والحق في هذا الموضوع ما نقل عن الامام ابن تيمية فهو الموافق لرأى العارفين بخواص النباتات كابن البطار وغيره . كما يسائر روح الاسلام في علة تحريم المسكرات

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب التعزير

من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة ، كباشرة الاجنبية فيما دون الفرج وسرقة مادون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بنير الزنا أو الجنابة التي لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصي عزز على حسب ما يراه السلطان لما روى عبد الملك بن عمير قال : سئل على كرم الله وجهه عن قول الرجل للرجل يا فاسق يا خبيث ، قال من فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد

وروى عن ابن عباس أنه لما خرج من البصرة استخلف أبا الأسود الدبلي فأتى بلص نقب حرزاً على قوم فوجدوه في النقب ، فقال مسكين أراد أن يسرق فأعجلتموه ، فضربه خمسة وعشرين سوطاً وخلي عنه ، ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود ، فإن كان على حر لم يبلغ به أربعين ، وإن كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من بلغ بما ليس بمحد حدا فهو من المعتدين . وروى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى لا تبلغ بتكال أكثر من عشرين سوطاً ، وروى عنه ثلاثين سوطاً ، وروى عنه ما بين الثلاثين إلى الأربعين سوطاً ، ولأن هذه المعاصي دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيه الحد من العقوبة . وإن رأى السلطان ترك التعزير حاز تركه إذا لم يتعلق به حق آدمي ، لما روى أن النبي صلى الله عليه قال : أقبلوا ذوى الهيئات عثراتهم

إلا في الحدود . روى عبد الله بن الزبير أن رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم في شرايح الحرة الذي يسقون به النخل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : اسق أرضك الماء ثم أرسل الماء إلى جارك ، فغضب الانصاري ، فقال يا رسول الله وأن كان ابن عمك ، فنلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا زبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر ، فقال الزبير فو الله إنى لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) ولو لم يحز ترك التمزير امره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال .

(فصل) وإن عزز الامام رجلا فأتى وجب ضماها لما روى عمرو بن سعيد عن علي كرم الله وجهه أنه قال : ما من رجل أقت عليه حدا فأتى فوجد في نفسه أنه لا دية له إلا شارب الخمر فإنه لو مات ودينه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه ولا يجوز أن يكون المراد به اذا مات من الحد ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم حد في الخمر فثبت أنه أراد من الزيادة على الاربعين ، ولأنه ضرب جمل إلى اجتهاده فإذا أدى إلى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته

(فصل) وإن كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يحز قطعها بنير إذنه ، فإن قطعها قاطع بإذنه فأتى لم يضمن لأنه قطع بإذنه ؛ وإن قطعها بنير إذنه فأتى وجب عليه القصاص لأنه تمدى بالقطع ، وإن كانت على رأس صبي أو مجنون لم يحز قطعها لأنه جرح لا يؤمن معه الهلاك ، فإن قطعت فأتى منه نظرت فإن كان القاطع لا ولاية له عليه وجب عليه القود لأنها جناية بمدى بها ، وإن كان أباً أو جداً وجبت عليه الدية ، وإن كان ولياً غيرهما ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليه القود لأنه قطع منه ما لا يجوز قطعه (والثاني) أنه لا يجب القود لأنه لم يقصد القتل وإنما قصد المصلحة ، فعلى هذا يجب عليه دية مغالطة لأنها عمد خطأ وبقائه التوفيق

(الشرح) أثر عبد الملك بن نمير رواه البيهقي وسعيد بن منصور
أثر ابن عباس رواه البيهقي

أثر همر أنه كتب إلى أبي موسى ، قال الحافظ روى الأول ابن المنذر
وروى عن أبي ردة أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يجلد
فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى ، رواه الجماعة إلا النسائي
حديث ، أقبلا ذوى الهيئات ، رواه البيهقي عن عائشة ، أقبلا ذوى
الهيئات زلاتهم ، وفي رواية أخرى عنها ، أقبلا ذوى الهيئات عثراتهم إلا حداً
من حدود الله ، وأخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن عدى والمقبلي وقال له
طرق ليس فيها شيء . ثبت . وفي رواية ابن عدى ضعيف ، ورواه ابن حبان
وأبو الشيخ وفي إسنادهما ضعيف والطبراني في الأوسط بإسناد ضعيف
وقال الشافعي ذوى الهيئات الذين يقالون عثراتهم الذين ليسوا يعرفون
بالشر فيزل أحدهم الزلة .

حديث عبد الله بن الزبير في شراج الحررة . متفق عليه وغيرهما
أثر على : ما من رجل أقرت عليه الحد . . . ، متفق عليه والبيهقي والشافعي
وأبو داود .

اللغة : التعزير التأديب والاهانة ، والتعزير أيضاً التعظيم ، ومنه قوله عز
وجل (ونعزروه ونوقروه) وهو من الأضداد
قوله (كباشرة الأجنبية) وكذا المباشرة في مواضع كثيرة من الكتاب هو
الصاق بشرة الرجل ببشرة المرأة ، والبشرة ظاهر الجلد .
قوله (فهو من المعتدين) المعتدى هو الذى يجاوز حده وفعل ما لا يجوز فعله
قوله (لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً) النكال ههنا المقبولة التى
تفكك عن فعل جعلت له جزاء أى تمنع عن معاودة فعله . وقوله تعالى (لعلما ما
فكلا لما بين يديها) أى لمن يأتي بعدها فيتعظ بها فتمنعه عن فعل مثلها . وسمى
اللحام نكلاً لأنه يمنع الفرس ، وسمى القييد نكلاً لأنه يمنع المحبوس ، قال الله
تعالى (ان لدينا نكلاً وجميعاً) أى قيوداً
قوله (أقبلا ذوى الهيئات) الهيئة الشارة ، يقال فلان حسن الهيئة ، والهيئة
وأراد ذوى المروءات والاحساب
قوله (شراج الحررة) هى مسابيل الماء من بين الحجارة الى السهل وقد ذكر

قوله (فيها شجر بينهم) أى فيها وقع فيه خلاف بينهم ، يقال اشترى القوم
ونشأجروا اذا اختلفوا واخصموا وتنازعوا ، وقد ذكر أيضا
قوله (فأجد فى نفسى) فيه حذف واختصار ، أى فأوجد فى نفسى منه شكاً
ومحصل فى صدرى منه ارتياب ، وهذا يشبه قوله عليه الصلاة والسلام ، الاثم
ماحاك فى صدرك ، والسلمة ذكرت

ذهب الى أنه لا يجلد فوق العشرة أسواط إلا فى حد الليث وأحد فى المفقور
عنه وإسحاق وبعض الرافعية . وذهب أبو حنيفة والشافعى وزيد بن على
والمؤيد بالله والامام يحيى الى جواز الزيادة على عشرة أسواط ، ولكن لا يبلغ
الى أدنى الحدود ، وذهب الهادى والقاسم والناصر وأبو طالب الى أنه يكون فى
كل موجب للتعزير دون حد جلسه ، والى مثل ذلك ذهب الاوزاعى ، وهو
مروى عن محمد بن الحسن الهيبانى .

وقال أبو يوسف انه ما يراه الحاكم بالغاً ما بلغ . وقال مالك وابن أبى ليلى
أكثره خمسة وسبعون . هكذا حكى ذلك صاحب البحر والذى حكاه النووى عن
مالك وأصحابه وأبى ثور وأبى يوسف ومحمد انه الى رأى الامام بالغاً ما بلغ .
وقال الرافعى : الاظهر أنها تهوز الزيادة على العشرة

وقال البيهقى : عن الصحابة آثار مختلفة فى مقدار التعزير ، وأحسن ما يصار
اليه فى هذا ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم ذكر حديث أبى بردة عن
الجماعة وذكره المصنف . قال الحافظ فتبين بما نقله البيهقى عن الصحابة أنه لا اتفاق
على عمل فى ذلك ، فكيف يدعى نسخ الحديث الثابت ويصار الى ما يخالفه
من غير برهان .

قالت الخنابلة يجب التعزير على كل مكاف . وقال الشيخ تقي الدين : لا نزاع
بين العلماء أن غير المكاف كالصبي المميز يعاقب على الفاحشة تعزيراً بليغاً ويجب
فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة وهى من حقوق الله تعالى لا يحتاج فى اقامته
الى المطالبة ، الا اذا شتم الولد والده فلا يعزر الا بمطالبة والده ، ولا يعزر
الوالد بحقوق ولده ، ولا يزداد فى جلد التعزير على عشرة أسواط ، واذا شرب
مسكراً فى نهار رمضان فيعزر بعشرين مع الحد : ولا بأس بتسويد وجهه

والمناداة عليه وبجرم حلق لحبته وأخذ ماله ، ومن الألفاظ الموجبة للتعزير قوله
لغيره يا فاسق يا كافر يا فاجر يا شقي يا كلب يا حمار يا تيس يا راهصى يا خبيث
يا كذاب يا خائن يا قرنان يا قواد يا ديوث يا علق

ويعزر من قال لادى يا جاح أو لعنه بغير موجب ، وسبق الكلام فيمن مات
وهو يقام عليه الحد أو يعزر .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الاقضية

(باب ولاية القضاء وأدب القاضى)

القضاء فرض على الكفاية ، والدليل عليه قوله عز وجل ، يا داود إنا جعلناك
خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ، وقوله عز وجل ، إن الله يأمركم أن
تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، وقوله
تعالى ، وأن احكم بينهم بما أنزل الله ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين
الناس ، وبعث عليا كرم الله وجهه إلى اليمن للقضاء بين الناس ، ولأن الخلفاء
الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس ، وبعث عمر رضى الله عنه أبا موسى
الاشعري إلى البصرة قاضيا ، وبعث عبيد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضيا ،
ولأن الظلم فى الطباع فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم فإن لم يكن من
يصلح للقضاء إلا واحد فعين عليه ويلزمه طلبه وإذا امتنع أجبر عليه ، لأن
الكفاية لا تحصل إلا به ، فإن كان هناك من يصلح له غيره نظرت ، فإن كان
خاملا وإذا ولي القضاء اقتشر عليه استحباب أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة
بنشر العلم وإن كان مشهوراً ، فإن كانت له كفاية كره له الدخول فيه ، لما روى
أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فتكأنا ذبح بنير سكين ، ولأنه
يلزمه بالقضاء حفظ الأمانات وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه ،
وإن كان فقيراً رجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه ، لأنه

يكتسب كفاية بسبب مباح ، وإن كان جماعة يصلحون للقضاء . اختار الإمام
أفضلهم وأورعهم وقلده ، فإن اختار غيره جاز لأنه تحصل به الكفاية ، وإن
امتنعوا من الدخول فيه أئماً لأنه حق وجب عليهم فأنوا وتركه كالامر بالمعروف
والنهي عن المنكر ، وهل يجوز للإمام أن يجبر واحداً منهم على الدخول فيه
أم لا فيه وجهان :

(أحدهما) أنه ليس له إجباره لأنه فرض على الكفاية ، فلو أجبرناه عليه
تمين عليه (والثاني) أن له إجباره لأنه إذا لم يجبر بقي الناس بلا قاض وضاعت
الحقوق وذلك لا يجوز .

(فصل) ومن تمين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز أن يأخذ عليه رزقا
لأنه فرض تمين عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه مالا من غير ضرورة ، فإن لم يكن
له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه ، لأن القضاء لا بد منه والكفاية لا بد منها
لجاز أن يأخذ عليه الرزق ، فإن لم يتمين عليه فإن كانت له كفاية كره أن يأخذ
عليه الرزق لأنه قرينة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة ، فإن أخذ جاز لأنه
لم يتمين عليه ، وإن لم يكن له كفاية لم يكره أن يأخذ عليه الرزق ، لأن أبا بكر
الصديق رضي الله عنه لما ولي خراج برزمة إلى السوق ، فقيل ما هذا ؟ فقال أنا
كاسب أهلي فأجروا له كل يوم درهمين

وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : أنزلت نفسي من هذا المال بمنزلة ولي اليتيم
ومن كان غنياً فليستغفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، وبعث عمر رضي
الله عنه إلى الكوفة عمار بن ياسر والياً وعبد الله بن مسعود قاضياً وعثمان بن
حنيفة ماسحاً وفرض لهم كل يوم شاة . نصفها وأطرافها لعمار والنصف الآخر
بين عبد الله وعثمان ، ولأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ مالا على
العمالة جاز للقاضي أن يأخذ على القضاء ، ويدفع إليه مع رزقه ثوباً للقرطاس ،
لأنه يحتاج إليه لكتب المحاضر ويعطى لمن على يابه من الاجرياء لأنه يحتاج
اليهم لإحضار الخصوم ، كما يعطى من يحتاج إليه العامل على الصدقات من العرقاء
ويكون ذلك من سهم المصالح لأنه من المصالح .

(فصل) ولا يجوز أن يكون القاضي كافراً ولا فاسقاً ولا عبداً ولا صغيراً

ولا معتوها ، لانه اذا لم يحز أن يكون واحداً من هؤلاء . شامداً فلأن لا يجوز أن يكون قاضياً أولى ، ولا يجوز أن يكون امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : ما أفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة ، ولانه لا بد للقاضي من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الاقتنان بها . ولا يجوز أن يكون أعمى لانه لا يعرف الخصوم والشهود ، وفي الآخرس الذي يفهم الاشارة وجهان كالجهين في شهادته ، ولا يجوز أن يكون جاهلاً بطرق الاحكام لما روى أن النبي (ص) قال : القضاة ثلاثة ، قاضيان في النار وقاض في الجنة ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو في الجنة ، وأما اللذان في النار فرجل عرف الحق لجار في حكمه فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ، ولانه اذا لم يحز أن يفهم الناس وهو لا يلزمهم الحكم ، فلأن لا يجوز أن لا يقضى بينهم وهو يلزمهم الحكم أولى ، ويكره أن يكون القاضي جباراً عسوفاً ، وأن يكون ضعيفاً مهيناً ، لأن الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته ، والضعيف بطمع فيه الخصم ويتشط عليه ، ولهذا قال بعض السلف وجدنا هذا الامر لا يصلحه الا شدة من غير عنف ولين من غير ضعف .

(فصل) ولا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام أو تولية من فوض اليه الإمام لانه من المصالح العظام فلا يجوز الا من جهة الامام . فإن تحاكم رجلان الى من يصلح أن يكون حاكماً ليحكم بينهما جاز ، لانه تحاكم عمر وأبي بن كعب الى زيد بن ثابت ، وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم . واختلف قوله في الذي يلزم به حكمه ، فقال في أحد القوتين لا يلزم الحكم إلا براضيهما بعد الحكم وهو قول المزي رحمه الله تعالى ، لانه لو ألزم امرأ حكمه كان ذلك عزلاً للقضاة وافتياناً على الامام ، ولانه لما اعتبر راضيهما في الحكم اعتبر رضاهما في لزوم الحكم . والثاني أنه يلزم بنفس الحكم . لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي الذي ولاه الامام ، واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم ، فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الامام ، ومنهم من قال يجوز في الاموال ، فأما في النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز

فيها التحكيم لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجر فيها التحكيم .
 (فصل) ويجوز أن يجعل قضاء بلد إلى اثنين وأكثر على أن يحكم كل واحد
 منهم في موضع ويجوز أن يجعل إلى أحدهما القضاء في حق وإلى الآخر في حق آخر
 وإلى أحدهما في زمان وإلى الآخر في زمان آخر لأنه نيابة عن الامام فكان على
 حسب الاستنابة ، وهل يجوز أن يجعل الیهما القضاء في مكان واحد في حق واحد
 وزمان واحد فيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه نيابة لجاز أن يجعل إلى اثنين
 كأوكالة. والثاني أنه لا يجوز لأنهما قد يختلفان في الحكم فتقف الحكومة ولا
 تنقطع الخصومة .

(فصل) ولا يجوز أن يعقد قلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله
 عز وجل ، فاحكم بين الناس بالحق ، والحق ما دل عليه الدليل ، وذلك لا يتعين
 في مذهب بعينه فإن قلد على هذا الشرط بطلت التولية لأنه علقها على شرط ،
 وقد بطل الشرط فبطلت التولية .

(فصل) وإذا ولي القضاء على بلد كتب له العهد بما ولي ، لأن النبي (ص)
 كتب لعمر بن حزم حين بعثه إلى اليمن وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه
 لانس حين بعثه إلى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله (ص) وروى حارثة
 ابن مضر أن عمر كتب إلى أهل الكوفة : أما بعد فإني بعث اليكم هماراً أميراً
 وعبد الله قاضياً ووزيراً ، فاسمعوا لها وأطيعوا فقد آثرتمكم بهما . فإن كان البلد
 الذي ولاه بعيداً أشهد له على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية ، وإن كان قريباً
 بحيث يتصل به الخبر في التولية ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه
 يجب الأشهاد لأنه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع (والثاني) وهو قول أبي سعيد
 الاصطخري أنه لا يجب الأشهاد لأنه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر إلى الأشهاد
 والمستحب للقاضي أن يسأل عن أمناء البلد ومن فيه من العلماء ، لأنه لا بد له
 منهم فاستحب تقديم العلم بهم . والمستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين ، لأن
 النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين ، والمستحب أن ينزل وسط
 البلد ليتسارى الناس كلهم في القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ويعلموا
 التولية وما فرض اليه .

(فصل) فإذا أذن له من ولاية أن يستخلف فله أن يستخلف ، وإن نهاه عن الاستخلاف لم يجوز له أن يستخلف لأنه نائب عنه فبعب أمره ونهيه ، وإن لم يأذن له ولم ينهه نظرت فإن كان ما نقله يقدر أن يقضى فيه بنفسه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يجوز أن يستخلف لأنه ينظر في المصالح لجاز أن ينظر بنفسه وبغيره (والثاني) وهو المذهب أنه لا يجوز لأن الذي ولاية لم يرض بنظر غيره ، وإن كان ما ولاة لا يقدر أن يقضى فيه بنفسه لكثرة جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه ، لأن تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه إذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه كما أن توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه إذن له في استنابة غيره . وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه أن يقضى فيه بنفسه فيه وجهان (أحدهما) أن له ذلك لأن ما جاز له أن يستخلف في البعض جاز أن يستخلف في الجميع كالإمام (والثاني) أنه لا يجوز لأنه إنما أجاز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه للمعجز فوجب أن يكون مقصوداً على ما عجز عنه .

(فصل) ولا يجوز أن يقضى ولا يولى ولا يسمع البيعة ولا يكاتب قاضياً في حكم في غير عمله ، فإن فعل شيئاً من ذلك في غير عمله لم يعتد به لأنه لا ولاية له في غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية

(فصل) ولا يحكم لنفسه وإن انفقت له حكومة مع خصم تحاكم فيها إلى خليفة له لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحاكم مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان رضي الله عنه مع طلحة إلى جبير بن مطعم ، وتحاكم هلي عليه السلام مع يهودى في درع إلى شريح ، ولأنه لا يجوز أن يكون شاهداً لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكماً لنفسه ولا يجوز أن يحكم لوالده وإن علا ولا لولده وإن سفل وقال أبو ثور يجوز ، وهذا خطأ لأنه منهم في الحكم لهما كما يتهم في الحكم لنفسه وإن تحاكم إليه والده مع ولده فختم لأحدهما فقد قال بعض أصحابنا أنه يحتمل وجهين (أحدهما) أنه لا يجوز كما لا يجوز إذا حكم له مع أجنبي (والثاني) أنه يجوز لأنهما استويا في التعصيب فانفتت عنه تهمة الميل ، وإن أراد أن يستخلف في أعماله والده وولده جاز لأنهما بجزيان بجزى نفسه ، ثم يجوز أن يحكم في أعماله لجاز أن يستخلفهما للحكم في أعماله ، وأما إذا فوض الإمام إلى رجل أن يختار

كاضيا لم يحز أن يختر والده أو ولده لأنه لا يجوز أن يختار نفسه فلا يجوز أن يختار والده أو ولده

(فصل) ولا يجوز أن يرثى على الحكم لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال: لعن الله الراثي والمرثى في الحكم، ولأنه أخذ مال على حرام فكان حراماً كهر للبغي، ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة أن يهدي إليه قبل الولاية لما روى أبو حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله (ص) رجلاً من بني أسد يقال له ابن اللثبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي إليّ، فقام النبي (ص) على المنبر فقال: ما بال العامل تبعته على بعض أعمالنا فيقول هذا لكم وهذا أهدي إليّ! ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر أهدي إليه أم لا، والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة بحمله على رقبته. فدل على أن ما أهدي إليه بعد الولاية لا يجوز قبوله، وأما من كانت له عادة بأن يهدي إليه قبل الولاية برحم أو مودة فإنه إن كانت له في الحال حكومة لم يحز قبولها منه لأنه لا يأخذ في حال يتهم فيه وإن لم يكن له حكومة فإن كان أكثر مما كان يهدي إليه أو أرفع منه لم يحز له قبولها لأن الزيادة حدثت بالولاية، وإن لم يكن أكثر ولا أرفع مما كان يهدي إليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية والاولى أن لا يقبل لجواز أن يكون قد أهدي إليه لحكومة منتظرة

(فصل) ويجوز أن يحضر الولائم لأن الاجابة الى وليمة غير العرس مستحبة وفي وليمة العرس وجهان (أحدهما) أنها فرض على الاعيان (والثاني) أنها فرض على الكفاية، ولا يخص في الاجابة قومادون قوم لأن في تخصيص بعضهم ميلاً ووزكاً للعدل، فإن كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميع لأن الاجابة الى الوليمة اما أن تكون سنة أو فرضاً على الكفاية أو فرضاً على الاعيان الا أنه لا يستتضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه ويستتضر بتركها جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء

(فصل) ويجوز أن يعود المرضى ويهدد الجنائز وبأني مقدم الغائب لقوله صلى الله عليه وسلم: عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع وعاد النبي (ص) سعداً وجابرًا وعاد غلاماً يهودياً في جواره وعرض عليه الاسلام

فأجاب ، وكان يصل على الجنائز فإن كثرت عليه أنى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم ، والفرق بينه وبين حضور الولايم حيث قلنا انها اذا كثرت عليه ترك الجميع أن الحضور فى الولايم لحق أصحابها فإذا حضر عند بعضهم كان ذلك للبل الى من يحضره ، والحضور فى هذه الاشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ما قدر عليه (فصل) ويكره أن يباشر البيع والشراء بنفسه لما روى أبو الأسود المالكى عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ما عدل وال ائجر فى رعيته أبداً ، وقال شريح : شرط على عمر رضى الله عنه حين ولاى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرثى ولا أفضى وأنا غضبان ، ولأه إذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن أن يحابى فيميل الى من حاباه ، فإن احتاج إلى البيع والشراء وكل من يتوب عنه ولا يكون معروفاً به ، فإن عرف أنه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا يحابى فتعود المحاباة إليه ، فإن لم يجد من يتوب عنه تولى بنفسه ، لأنه لا بد له منه ، فاذا وقعت لمن يبايعه حكومة استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لأنه إذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل إليه

(فصل) ولا يقضى فى حال الغضب ولا فى حال الجوع والعطش ولا فى حال الحزن والفرح ، ولا يقضى والنعاس يغلبه ولا يقضى والمرض يلقه ولا يقضى وهو يدافع الأختين ولا يقضى وهو فى حر مزعج ولا فى رد مؤلم لما روى أبو بكر أن النبى (ص) قال : لا يقضى للقاضى أن يقضى بين اثنين وهو غضبان وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقضى القاضى إلا وهو شبعان ريان ، ولأن فى هذه الأحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم ، وان حكم فى هذه الأحوال صح حكمه لأن الزبير ورجلا من الأنصار اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير اسق زرعك ثم أرسل الماء إلى جارك ، فقال الأنصارى : وأن كان ابن عمك يا رسول الله فغضب رسول الله (ص) حتى احمر وجهه ، ثم قال للزبير اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم أرسله إلى جارك لحكم فى حال الغضب .

(فصل) والمستحب أن يجلس للحكم في موضع بارز يصل إليه كل أحد ولا يمتنع من غير عذر ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولي من أمر الناس شيئا فاجتنب دون حاجتهم وفاقهم احتجب الله دون قاقته وفقره والمستحب أن يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يراحم فيه الشيخ والعجوز وأن يكون موضعا لا يتأذى فيه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منقنة ، لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وإياك والغلق والضجر ، وهذه الأشياء تفضي إلى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجج فإن حكم مع هذه الاحوال صح الحكم كما يصح في حال الغضب ، ويكره أن يجلس للقضاء في المسجد لما روى معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سبوفكم وشراكم وبيعتكم ، ولأن الخصومة يحضرها اللغظ والسفه فينزله المسجد عن ذلك ، ولأنه قد يكون الخصم جنبا أو حائضا فلا يمكنه المقام في المسجد للخصومة ، فإن جلس في المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما ، لما روى الحسن البصري قال : دخلت المسجد فرأيت عثمان رضي الله عنه قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقرية ومعه خصم لجلس عثمان وقضى بينهما ، وإن جلس في البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما ، لما روت أم سلمة رضي الله عنها قالت اختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان من الافصار في موارد متقدمة فقضى رسول الله (ص) بينهما في بيتي .

(فصل) وان احتاج إلى اجرياء لإحضار الخصوم اتخذ اجرياء أمناء ويوصيهم بالرفق بالخصوم ، ويكره أن يتخذ حاجبا ، لأنه لا يؤمن أن يمنع من له ظلامة أو يقدم خصما على خصم ، فان دعت الحاجة إلى ذلك اتخذ أمينا بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم ولا يكره للامام أن يتخذ حاجبا . لان يراها كان حاجب عمر والحسن البصري كان حاجب عثمان وقبر كان حاجب علي عليه السلام ، ولان الامام ينظر في جميع المصالح فتدعو الحاجة إلى أن يجعل لكل مصلحة وقتا لا يدخل فيه كل أحد .

(فصل) ويستحب أن يكون له حبس ، لأن عمر رضى الله عنه اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجناً وانخذ على عليه السلام سجناً وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الفاعر فقال :

ماذا تقول لأفراخ بذي مرخ حر الحواصل لا ماء ولا شجر
ألميت كاسبهم في قمر مظلة فارحم عليك سلام الله يا عمر
ظلاله وحبس عمر آخر فقال :

يا عمر الفاروق طال حبسى ومسل منى لأخوتى وعرسى
في حديث لم تقره نفسى والأمر أضوأ من شعاع الشمس

ولاه يحتاج إليه للتأديب ولا ستيفاء الحق من المهاطل بالدين ، ويستحب أن يكون له درة للتأديب ، لان عمر رضى الله عنه كانت له درة يؤدب بها الناس .
(فصل) وان احتاج إلى كاتب اتخذ كاتباً ، لأن للنبي صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ومن شرطه أن يكون عارفاً بما يكتب به القضاة من الأحكام وما يكتبه من المحاضر والسجلات لانه إذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجملة . وهل من شرطه أن يكون مسلماً عدلاً فيه وجهان .

(أحدهما) أن ذلك شرط فلا يجوز أن يكون كافراً لان أبا موسى الأشعري قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فأنهره عمر رضى الله عنه وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ولا تمزومهم وقد أذلهم الله ، ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم ، ولا يجوز أن يكون فاسقاً ، لانه لا يؤمن أن يخون .

(والوجه الثاني) أن ذلك يستحب ، لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضى ثم يرضيه فيؤمن فيه من الحياة
(فصل) ولا يتخذ شهوداً معينين لا تقبل شهادة غيرهم ، لأن في ذلك

تضييقاً على الناس وإضراراً بهم في حفظ حقوقهم ، ولأن شروط الشهادة لا تختص بالمعنين فلم يجوز تخصيصهم بالقبول .

(فصل) ويتخذ قوماً من أصحاب للسائل ليتعرف بهم أحوال من جعلت عدالته من الشهود ، ويذبحى أن يكونوا عدولا برآء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من العصبية في نسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل وأن يكونوا وافرأ العقول ليصلوا بوفور عقولهم إلى المطلوب ولا يسترسوا فيسأروا عدوا أو صديقا ، لأن العدو يظهر القبيح ويخفى الجميل والصديق يظهر الجميل ويخفى القبيح ، وإن شهد عنده شاهد نظرت ، فإن علم عدالته قبل شهادته ، وإن علم فسقه لم يقبل شهادته ويعمل في العدالة والفسق بعلمه ، وإن جهل إسلامه لم يحكم حتى يسأل عن إسلامه ولا يعمل في إسلامه بظاهر الدار كما يعمل في إسلام اللقيط بظاهر الدار ، لأن أعرابيا شهد عند النبي صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن إسلامه ، ولأنه يتعلق بشهادته بإيجاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار ويرجع في إسلامه إلى قوله ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجع إلى قول الأعرابي وإن جهل حربته فقيه وجهان .

(أحدهما) وهو ظاهر النص أنها تثبت بقوله ، لأن الظاهر من الدار حربية أهلها كما أن الظاهر من الدار اسلام أهلها ثم يثبت الإسلام بقوله فكذلك الحربية

(والثاني) وهو الاظهر أنها لا تثبت بقوله ، والفرق بينها وبين الإسلام أنه يملك الإسلام اذا كان كافراً فقبل اقراره به ولا يملك الحربية اذا كان عبداً فلم يقبل اقراره بها ، وإن جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالته لقوله تعالى . فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، ولا يعلم أنه مرضى قبل السؤال .

وروى سليمان عن حربث قال : شهد رجل عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقال له عمر رضى الله عنه انى لسك أعرفك ولا يضرك انى لا أعرفك فأتى بمن يعرفك ، فقال رجل أنا أعرفه يا أمير المؤمنين فقال بأى شيء تعرفه

قال بالعدالة ، قال هو جارك الأدنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه ، قال لا ، قال فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع ، قال لا ، قال فصاحبك في السفر الذي يستدل به على مكارم الاخلاق ، قال لا ، قال لسف تعرفه ، ثم قال للرجل اتقني بمن يعرفك ، ولا به لا يؤمن أن يكون قاسقاً فلا يحكم بشهادته .

وإن أراد أن يعرف عدلته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنمته وسوقه ومسكنه حتى لا يشكبه بغيره ، وبذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد أو ولد ، وبذكر من يهود عليه حتى لا يكون عدواً لا تقبل شهادته عليه ، وبذكر قدر ما يشهد به . لأنه قد يكون ممن يقبل قوله في قليل ولا يقبل قوله في كثير ، ويبحث ما يكتبه مع أصحاب المسائل ، ويجهتد أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المهود له حتى لا يمتثل في تعديل الشهود ولا عند المشهود عليه حتى لا يمتثل في جرح الشهود ولا عند الشهود حتى لا يمتثلوا في تعديل أنفسهم ولا عند المسئولين عن الشهود حتى لا يمتثل لهم الأعداء في الجرح ولا الأصدقاء في التعديل ، ويجهتد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على النواظر على الجرح والتعديل .

قال الشافعي رحمه الله : ولا يثبت الجرح والتعديل إلا باثنين ، ووجهه أنه شهادة فاعتبر فيها العدد .

واختلف أصحابنا هل يحكم القاضي في الجرح والتعديل بأصحاب المسائل أو بمن عدل أو جرح من الجيران ، فقال أبو اسحاق يحكم بشهادة الجيران لأنهم يشهدون بالجرح والتعديل ، فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول الواحد من أصحاب المسائل ، ويجوز بلفظ الخبر ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ، ثم يسمع للشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة .

وحل قول الشافعي رحمه الله في العدد على الجيران . وقال أبو سعيد الاصطخري يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لأن الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عقدم فحكم بشهادة أصحاب المسائل ، فعلى هذا لا يجوز

أن يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين ويجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران
واحداً إذا وقع في نفوسهم صدقه ، ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم
على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة . وحمل قول الشافعي رحمه الله تعالى
في العدد على أصحاب المسائل .

وإن بعث اثنين فعادا بالجرح حكم بالجرح وإن عادا بالتعديل حكم بالتعديل
وإن عاد أحدهما بالتعديل وطاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما في جرح
ولا تعديل ويبعث ثالثاً ، فإن عاد بالجرح كملت بينة الجرح ، وإن عاد بالتعديل
كملت بينة التعديل ، وإن شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لأن
شاهدي الجرح يخبران عن أمر باطن وشاهدي العدالة يخبران عن أمر ظاهر ،
فقدم من يخبر بالباطن ، كالو شهد اثنان بالاسلام وشهد آخران بالردة .

وإن شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح ، لأن بينة
الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل ، ولا يقبل الجرح إلا مفسراً ، وهو أن
يذكر السبب الذي به جرح ، ولأن الناس يختلفون فيما يفتق به الانسان ،
وأهل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده والحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح
والتعديل إلى رأى الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه ، ولا يشهد بالجرح من يشهد
من الجيران وأهل الخبرة إلا أن يعلم الجرح بالمشاهدة في الافعال كالسرفعة وشرب
الخمر أو بالسماع في الاقوال كالشتم والقذف والكذب وإظهار ما يعتقد من البدع
أو استفاض عنه ذلك بالخبر لأنه شهادة على علم .

فأما إذا قال بلغني أو قيل لي انه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجوز أن يشهد
به لقوله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون)

قال الشافعي رحمه الله : ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل على
ولي ، فن أصحابنا من قال يكفي أن يقول هو عدل ، وهو قول أبي سعيد
الاصطخري ، لأن قوله عدل يقتضى أنه عدل عليه وله ، وما ذكره للشافعي
رحمه الله تعالى ذكره على سبيل الاستحباب ، ومنهم من قال لا يقبل حتى يقول
عدل لي وعلى ، وهو قول أبي إسحاق ، لأن قوله عدل لا يقتضى العدالة على

الاطلاق لأنه قد يكون عدلا في شيء دون شيء ، وإذا قل عدل على ولي دل على
العدالة على الإطلاق .

(فصل) ولا يقبل التعديل إلا من تقدمت معرفته وطالت خبرته بالعدا
لأن المقصود معرفة العدالة في الباطن ، ولا يعلم ذلك من لم يتقدم به معرفته ،
ويقبل الجرح من تقدمت معرفته به ومن لم يتقدم معرفته ، لأنه لا يهتد في
الجرح إلا بما شاهد أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه .

(فصل) وإن شهد مجهول للعدالة فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان
(أحدهما) أنه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لأن البحث عن العدالة لحق المشهود
عليه وهو قد شهد له بالعدالة (والثاني) أنه لا يحكم لأن حكمه بشهادته حكم
بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ، ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله
تعالى ، ولهذا لو رضى المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته
(فصل) وإن ثبت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم
بحق نظرت فإن كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته ، وإن
كان بعد زمان طويل ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يحكم بشهادته لأن الأصل بقاء العدالة

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن
عدالته لأنه مع طول الزمان يتغير الحال

(فصل) وإن شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل
الشهادة ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه
وزمانه ، لما روى أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسألهم
فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فأحرقتهم .

وإن فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وإن اتفقوا وعظمهم لما روى أبو حنيفة
رحمه الله قال كنت جالسا عند محارب بن دينار ، وهو قاضي الكوفة ، فجاءه
رجل فادعى على رجل حقا فأفكره ، فأحضر المدعى شاهدين فهدأ له ، فقال
المشهود عليه والذي تقوم به السموات والأرض لقد كذبا على في الشهادة ،
وكان محارب بن دينار متكئا فاستوى جالسا وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الطهر لتخفق بأجنحتها وتزى بما في
حواصلها من هول يوم القيامة ، وإن شاهد الزور لا تزول قدماء حتى يتبوا
مقدمه من النار ؛ فإن صدقنا فآئتنا ، وإن كذبتنا فنظيما على رؤوسنا وانصرفا ،
فنظيما رؤوسهما وانصرفا .

(فصل) والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى
(وشاورهم في الأمر) قال الحسن : إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم من
مشاورتهم لغنيا ، ولكن أراد الله تعالى أن يستسن بذلك الحكام ، ولأن النبي
صلى الله عليه وسلم شاور في أسارى بدر ، فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر
رضي الله عنه بالقتل .

وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن أبا بكر رضي الله عنه كان إذا نزل
به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأي والفقهاء دعا رجلا من المهاجرين ورجالا
من الانصار ، ودعا عمر وعثمان وعلياً وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل
وأبي بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، فضى أبو بكر على ذلك ثم ولي
عمر رضي الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر فإن اتفق أمر مشكل شاورهم فيه ،
فإن اتضح له الحق حكم به ، فإن لم يتضح آخره الى أن يتضح ، ولا يقلد غيره
لأنه مجتهد فلا يقلد

وقال أبو العباس : إن ضاق الوقت وخاف الفتور بأن يكون الحكم بين
مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال في القبلة إذا خاف فوت الصلاة
وقد بينا ذلك في كتاب الصلاة .

وان اجتهد فأداه اجتهاده الى حكم لحكم به ، ثم بان له أنه أخطأ ، فإن كان
ذلك بدليل مقطوع به كالنصر والاجماع والقياس الجلي نقض الحكم لقوله تعالى
(وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال :
ردوا الجهالات الى السنة . وكتب إلى أبي موسى : لا يمتنك قضاء قضيت به ثم
راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق ، فإن الحق قديم لا يطله
شيء ، وإن الرجوع الى الحق أولى من التماذي في الباطل ، ولأنه مفرط في حكمه
غير معذور فيه فوجب نقضه .

(فصل) وان ولى قضاء بلد وكان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ لأنه حكم بمن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الرعية ، وإن كان يصلح للقضاء لم يجب عليه أن يتبع أحكامه لأن الظاهر أنها صحيحة ، فإن أراد أن يتبعها من غير منظم فهل يجوز له ذلك أم لا فيه وجهان (أحدهما) وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى أنه يجوز لأن فيه احتياطا (والثانى) أنه لا يجوز لأنه يشتغل بماض لا يلزمه عن مستقبل يلزمه ، وإن تظلم منه منظم فإن سأل احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما ، لأنه ربما قصد أن يتذله ليحلف من غير حق .

وإن قال لى عليه مال من معاملة أو غصب أو إنلاف أو رشوة أخذها منه على حكم احضره . وان قال حكم على بشهادة عبيدين أو قاسقين فقيه وجهان : (أحدهما) أنه يحضره كما يحضره إذا ادعى عليه مالا (والثانى) أنه لا يحضره حتى يقم بينة بما يدهيه لأنه لا تعذر إقامة البينة على الحكم ، فإن حضر وقال ما حكمت عليه إلا بشهادة حرين عدلين فالقول قواه لأنه أمين ، وهل يحلف؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يحلف لأنه عدل والظاهر أنه صادق .

(والثانى) أنه يحلف لأنه أمين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قواه من غير بين كما ودع إذا ادعى عليه خيانة وأنكرها . وان قال جار على فى الحكم نظرت فإن كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه إذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد كضمن الكلب وضمن ما أتلف على الذى من الخمر لم ينقضه كما لا ينقض على نفسه ما حكم فيه مما يسوغ فيه الاجتهاد ، لأننا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لأحد حق ولا ملك لأنه كلما ولى حاكم نقض ما حكم به من قبله فلا يستقر لأحد حق ولا ملك (فصل) وإذا خرج الى مجلس الحكم فالستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله

صلى الله عليه وسلم وهو ما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا خرج من بيته يقول : اللهم انى أعوذ بك من أن أزل أو أزل أو أضل أو أضل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل على

والمستحب أن يجلس مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم خير المجالس ما استقبال به القبلة ، ولأنه قرينة فكانت جهة القبلة فيها أولى كالآذان .

والمستحب أن يقدم وعليه السكينة والوقار من غير جبرية ولا استكبار لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً وهو متكئ على يساره فقال هذه جلسة المنضوب عليهم ويترك بين يديه القمطر محتوماً ليترك فيه ما يجمع من المحاضر والسجلات ويجلس الكاتب بقربه لبشاهد ما يكتبه فإن غلط في شيء رده عليه .

(فصل) والمستحب أن يبدأ في نظره بالمحسبين لأن الحبس عقوبة وعذاب وربما كان فيهم من نجح تخليته فاستحب السداية بهم ويكتب أسماء المحسبين وينادي في البلدان للقاضي يريد النظر في أمر المحسبين في يوم كذا فليحضر من له محبوس ، فإذا حضر المحبوس أخرج خصم كل واحد منهم ، فإن وجب إطلاقه أطلقه ، وإن وجب حبسه أعاده إلى الحبس ، فإن قال المحبوس حبست على دين وأنا معسر ، فإن ثبت إعساره أطلق ، وإن لم يثبت إعساره أعيد إلى الحبس ، فإن ادعى صاحب الدين أن له داراً وأقام على ذلك البينة فقال المحبوس هي لزيد سئل زيد ، فإن أكذبه بيعت الدار وقضى الدين ، لأن إقراره يسقط يا كذابه وإن صدقه زيد نظرت ، فإن أقام زيد بينة أن الدار له حكم له بالدار ولم تبع في الدين ، لأن له بينة وبدا بإقرار المحبوس وأصاحبه الدين بيته من غير بد فقدمت بيته زيد ، وإن لم يكن لزيد بيته ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يحكم بها لزيد ولا تباع في الدين لأن بيته صاحب الدين بطلت يا كذاب المحبوس وبقى إقرار المحبوس بالدار لزيد .

(والثاني) أنه لا يحكم بها لزيد وتباع في الدين ، لأن بيته صاحب الدين شمنت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فإذا أكذبها المحبوس سقطت البينة في حقه ولم تسقط في حق صاحب الدين .

(فصل) ثم ينظر في أمر الأوصياء والامناء لانهم يتصرفون في حق من لا يملك المأثله ماله وهم الأطفال فإذا ادعى رجل أنه وصي الميت لم يقبل قوله

إلا بيينة ، لأن الأصل عدم الوصية ، فإن أقام على ذلك بيينة ، فإن كان عدلا قويا أقر على الوصية ، وإن كان فاسقا لم يقر على الوصية ، لأن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية ، وإن كان عدلا ضعيفا ضم إليه غيره لينتقوى به وإن أقام بيينة أن الحاكم الذي كان قبله أنفذ الوصية إليه أقره ولم يسأل عن عداله لأن الظاهر أنه لم ينفذ الوصية إليه إلا وهو عدل ، فإن كان وصيا في تفرقة ثلثة فإن لم يفرقه فالحكم في إقراره على الوصية على ما ذكرناه ، وإن كان قد فرقه فإن كان عدلا لم يلزمه شيء ، وإن كان فاسقا ، فإن كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شيء لأنه دفع المرصى به إلى مستحقه ، وإن كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يغرر ، لأنه دفع المال إلى مستحقه فأشبهه إذا كانت

الوصية لمعينين .

(والثاني) أنه يغرر ما فرقه ، لأنه فرق مالم يكن له تفرقة فغرره كما لو فرق ما جعل تفرقة إلى غيره .

(فصل) ثم ينظر في اللقطة والضوال وأمر الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها .

(الشرح) حديث بعث عليا ، رواه أبو داود والحاكم وابن ماجه والبخاري والترمذي وفي طرقة مقال .

أثر بعث أبا موسى الأشعري ، رواه البيهقي

أثر بعث عبد الله بن مسعود ، رواه البيهقي .

حديث د من استقضى أخرجه أصحاب السنن والحاكم والبيهقي من حديث أنس بن مالك ، وأعله ابن الجوزي فقال هذا حديث لا يصح ، قال الحافظ وليس كما قال وكفاه قوة تخريج النسائي ولفظه د من جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكون .

أثر أبي بكر د لما استقضى خرج برزومة روى ابن مسعود بسند صحيح إلى ميمون الجوزي قال : لما استخلف أبو بكر جعلوا له ألفين قال زيدوني

فإن لي عيالا وقد شغلتموني عن التجارة فزادوه خمسمائة ، أخرجه البيهقي .
 أثر عمر ، أنزلت نفسي . . . لم أجده . وروى البخاري عن عائشة أن عمر
 لما استخلف أكل هو وأهله من المال واحترف في مال نفسه
 أثر عمر ، بعث عمار وعبد الله بن مسعود . . . أخرجه البيهقي
 حديث ، ما أفطح قوم ولوا أمرهم . . . أخرجه البخاري من حديث أبي بكر
 . لن يفلح قوم وليتهم امرأة ،

أثر ، تحاكم عمر وأبي بن كعب . . . أخرجه البيهقي عن الشعبي ، كان بين
 عمر وأبي خصومة في حائط ، فقال عمر بيني وبينك زيد بن ثابت فالطلقا فطرق
 عمر الباب فعرف زيد صوته فقال : يا أمهر المؤمنين ألا بعثت إلي حتى آتيتك ؟
 فقال في بيته يؤتى الحكم ،

أثر ، تحاكم عثمان وطلحة . . . أخرجه البيهقي من رواية ابن أبي مليكة ، أن
 عثمان ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة ثم ندم عثمان فقال بعتك
 ما لم أره ، فقال طلحة انما النظر لي لأنك بعت ما رأيت وأنا ابتعت مغبيا ،
 لهما بينهما جبير بن مطعم حكما ، ف قضى أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه
 ابتاع مغبيا ،

حديث ، كتاب عمرو بن حزم . . . رواه مالك والشافعي وعبد الرزاق
 والدارقطني عن معمر ، وأبو داود والنسائي عن الزهري مرسلًا وابن حبان
 والحاكم والبيهقي موصولًا ، وفرقه الدارمي في مسنده ، وقد اختلف أهل
 الحديث في صحته ، فقال أبو داود لا يصح ، وقال ابن حزم صحيفة عمرو بن حزم
 منقطعة لا تقوم بها حجة ، وسليمان بن داود من الرواة لها متفق على تركه ،
 وقال عبد الحق عنه ضعيف ، وقال أبو زرعة عرضته على أحمد فقال ليس بشيء
 ووثق ابن حبان سليمان بن داود الخولاني الراوي عن الزهري ، وقال ليس هو
 الحراني ، قال الحافظ : ولولا أن الحكم بن موسى وهم في قوله سليمان بن داود
 وإنما هو سليمان بن الأرقم لكان لكلامه وجه صحيح ، وصححه الحاكم والبيهقي
 وقال ابن عبد البر : هذا كتاب مشهور يستغنى بشهرته عن الاستناد
 (قلت) وما كان لمثل هذا الحافظ بن عبد البر الذي شهد ابن حزم لكتابه

التمهيد أن يقول مثل هذا فما برك السند تصحح الأحاديث وقال المقيلى حديث
 ثابت محفوظ إلا أنا نرى أنه كتاب مسموع عن فوق الزهري
 أثره كتب عمر إلى أهل الكوفة ، أخرجه البيهقي
 حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين ، أخرجه
 البخاري عن عائشة في حديث الهجرة

أثر تحاكم علي وبهودي إلى شريح أخرجه الحاكم في ترجمة أبي سمير وقال
 منكر ، وأورده ابن الجوزي في الملل وقال لا يصح ، انفرد به أبو سمير وأخرجه
 البيهقي ، وفيه عمرو بن شمر عن جابر الجعفي وهما ضعيفان ، وقال ابن الصلاح
 لم أجده له اسناد ، وقال ابن عسكر في الكلام على أحاديث المذهب اسناده مجهول
 حديث لعن الله الراشي . أخرجه أحمد والنزمذى وابن حبان وابن ماجه ،
 وفي اسناده مقال في بعض الروايات

حديث استعمل ابن التنبية على الصدقة . متفق عليه وغيرهما
 حديث طائد المريض في محرفة . أخرجه البرار عن عبد الرحمن بن عوف
 حديث عاد صلى الله عليه وسلم سمدا وغلاماً يهودياً . البيهقي
 حديث ما عدل وال أنهر . الحاكم في الكنى من رجل
 أثر شريح شرط على عمر أن لا أبيع قال الحافظ لم أجده ، وروى البيهقي
 في السنن ص ١٠٧ ج ١٠ المصورة ، أن بجارة الامير في إمارته خسارة ،
 حديث لا يقضى للقاضي أن يقضى . متفق عليه من حديث أبي بكر ، ورواه
 ابن ماجه بلفظ ، لا يقضى حكم بين اثنين وهو غضبان ، وفي رواية مسلم
 لا يحكم بين اثنين وهو غضبان ، وفي أخرى ، لا يقضى القاضي بين
 اثنين وهو غضبان ،

حديث لا يقضى القاضي وهو شعبان . أخرجه الطبراني في الأوسط
 والحارث في مسنده والدارقطنى والبيهقي من حديث أبي سعيد وفيه القاسم
 العمرى وهو معهم بالوضع
 حديث من ولي شيئاً من أمر الناس . أخرجه أبو داود والحاكم من حديث

القاسم بن عبيدة عن أبي سعيد ورواه أحمد والترمذي عن عمرو بن مرة الجهمي ورواه الطبراني في الكبير عن ابن عباس ، وقال أبو حاتم في العلل : هذا حديث منكر .

أثر كتب عمر إلى أبي موسى إياك والضعير . أخرجه البيهقي حديث جنبوا مساجدكم صيافكم . أخرجه ابن ماجه من حديث مكحول ورواه به وأتم منه والبيهقي كذلك وقال ليس بصحيح ، وقال ابن الجوزي حديث لا يصح ، ورواه البزار وقال ليس له أصل من حديث ابن مسعود ، وله طريق أخرى عن أبي هريرة وأهية

أثر رأى عثمان نام في المسجد وأناه سقاء بقرية . أخرجه البيهقي

حديث أم سلمة اختصم رجلان أخرجه البيهقي

أثر كان يرفأ حاجب عمر . أخرجه البيهقي

أثر اشترى عمر دار وجعلها سجنا . أخرجه البيهقي

وروى الخمسة إلا ابن ماجه عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي (ص)

حبس رجلا في نمة ثم خلى عنه

كتاب النبي صلى الله عليه وسلم على . . أخرجه البخاري تعليقا ورواه أبو داود

عن زيد بن ثابت .

أثر أبي موسى في استعمال كاتبها نصرانيا . رواه البيهقي من حديث نافع بن

الحارث وعلقه البخاري

حديث شهد اهرابيا برؤية الهلال . أخرجه أصحاب السنن وابن خزيمة وابن

حبان والدارقطني والبيهقي والحاكم ، وقال الترمذي مرسلا ، وقال النسائي انه

أولى بالصواب ، وفي رواه سماك ، واذا تفرد بأصل لم يكن حجة

اللغة . قال ابن الاعرابي : القضاء في اللغة إحكام الشيء . وإمضاؤه والفرغ

منه ، وهو قوله تعالى (ثم اقضوا لي) أي افرغوا من أمركم وامضوا ما في

أنفسكم ، وأصله قضى لأنه من قضيت ، لأن الياء لما جاءت بعد الالف أبدلت

همزة ، والجمع الاقضية ، والقضية مثلها وجمعها قضايا على فعال وأصله فعائل .

وقضى أى حكم ، قال الله تعالى (وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه) وقضى فى القرآن واللغة يأتى على وجوه تقارب معانيها ، ومرجمها كلها الى انقطاع الشئ . وتمايه والفراغ منه ، منها قوله تعالى (فقضاهن سبع سموات) أراد قطعهن وأحكم خلقهن وفرغ منهن ، وقوله تعالى (فلما قضى ولو الى قومهم) أى فرغ من تلاوته ، وقوله تعالى (ولو لا أجل مسمى لقضى بينهم) لفصل الحكم وقطع .
وقال أبو ذؤيب :

وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع التوايع تبع
أى صنعهما وأحكم صنعتهما

قوله : فإن كان حاملا ، الحامل الساقط الذى لا نباهة له ، وقد حمل بحمل
خولا وأخملكه أنا .

قوله : من استقطى فكأنما ذبح بغير سكين ، قال فى الشامل : لم يخرج مخرج
الذم للقضاء وإنما وصفه بالمشقة فكان من قلده فقد حمل على نفسه مشقة كمشقة
الذبح ، والمعنوه الناقص العقل ، وقد ذكر فى الوصايا

قوله : وقلده ، هو من القلادة التى تكون فى العنق

قوله : برزمة الى السوق ، الرزمة النكارة من الثياب ، وقد رزمها ترزيمًا ،
أى شد رزمها .

قوله : جباراً ، قيل الجبار الذى يقتل على الغضب ، وقيل هو ذو السطوة
والقهر ، ومنه يقال جهرت على كذا ، وأجبرته إذا أكرهته عليه وقهرته ، ومنه
جبر العظم لأنه كالإكراه على الاصلاح

قوله : عسوقاً ، أى ظلوماً ، والمسف الظلم ، وأصل المسف الاخذ على غير
الطريق ، ومثله المنصف والاعتساف .

قوله : مهينا ، أى حقيراً ، وفسر قوله تعالى (من ماء مهين) أى حقير .
وقال الفراء : المهين العاجز ، وأراد بالضعوف ضعيف الرأى والتدبير لضعيف
الجسم . قوله : من غير عنف ، العنف ضد الرفق يقال عنف عليه وعنف به أيضا
قوله : بنيت على الاحتياط ، الاحتياط على الشئ الإحداق به من جميع

جهاه ومنه سمي الحائط وأصله الحفظ ، حاطه يحوطه أى حفظه ، والمعنى أن يحكم باليقين والقطع من غير تخمين وبأخذ بالثقة فى أموره وأحكامه
قوله : كتب له العهد ، أصل العهد الوصية ، وقد عهدت إليه أى وصيته ،
ومنه اشتق العهد الذى يكتب للولاية ، قال الله تعالى (ولقد عهدنا إلى آدم من قبل نفسه) أى أوصيناه أن لا يأكل من الشجرة فليس ، والعهد العين ، من قوله
على عهد ، والعهد من قولك عهدته بمكان كذا

قوله : قاضياً ووزيراً ، الوزير مشتق من الوزر وهو الحمل والملجأ ، كأنه يسفند إليه فى الأمور ، قال الله تعالى (كلا لا وزر) أى لا ملجأ ، وقيل بل هو مشتق من الوزر وهو اللثقل ، كأنه يحمل أفعال أموره وأعباءه ، والوزر هو الحمل المتقل للظفر ، من قوله تعالى (ووضعتناك وزرك الذى أنقض ظهرك)
قوله : فقد آثرتكم بهما ، قيل فضلتمكم بهما وقيل اخترتكم ، والمراد ههنا خصصتكم بهما دون غيركم ، يقال استأثر فلان بكذا ، أى خص به دون غيره وانفرد به . قال الشاعر :

استأثر الله بالبقاء وبالعد ل وولى الملامة للرجلا

أى تفرد بالبقاء جل وهز

قوله : ابن اللببية ، بضم اللام وإسكان التاء منسوب إلى بنى لب ، وهم حمى من أزد . قوله : طائد المريض فى مخرف من مخارف الجنة ، المخرف بالفتح البستان ، قال الأصمعى واحد المخارف مخرف وهو جنس النخل ، سمي بذلك لأنه يحرف ، أى يجتنى

قوله : لم يؤمن أن يحابى ، المحاباة أن يبيع إليه بأقل من ثمن المثل ، وقد ذكر قوله : والمريض يقلقه ، قال الجوهري : القلق الانزعاج ، يقال بات قلقاً وأقلقه غيره . قوله : يدافع الأخشين ، تلبية الأخبث ، وهما البول والغائط ، ومعناه الخبيثين أى النجسين المسفذين ، لكن لفظة أفعال أبلغ وأكثر
قوله : فى حر مزعج ، أزججه أى أقلقه من مكانه وانزعج بنفسه ، والمزجاج المرأة التى لا تستقر فى مكان والنزاع ضيق الصدر وقلة الصبر

قوله ، فلا يتوفر على الاجتهاد ، أى لا يستوفيه ويثمه ، والموفور النمام
 والوفور النمام ، والوفر المال الكثير ، وشراج الحرة قد ذكر
 قوله ، فى موضع بارز ، أى ظاهر غير مستور ، وبرزوا لله الواحد القهار ،
 أى ظهوروا ولم يستترم عنه شيء .

قوله ، دون قاتنه وفقره ، الفاقة الحاجة والفقر ضد الغنى وهما متقاربان
 قوله ، يحضرها اللفظ والسفه ، هو الصوت والجلبة . يقال لفظوا يلفظون لفظا
 ولفظا ولفظا ، والسفه ههنا التفتت و ذكر المعاييب

قوله ، وإن احتاج إلى أجراء ، الأجراء جمع جرى ممدد غير مهموز وهو
 الوكيل والرسول ، يقال جرى بين الجراية والجراية والجمع أجراء . وسمى
 الوكيل جرياً لأنه يجرى مجرى موكله ، وفى الحديث : قولوا بقولكم ولا
 يستجربنكم الشيطان ، والحاجب مشتق من الحجاب وهو الستر والمنع كأنه يستره
 ويمنع من الدخول إليه ، وبرفا غير مهموز هكذا السماع

قوله ، الحطينة ، سمي الحطينة لقصره والحطينة للرجل القصير ، وقال ثعلب
 سمي الحطينة لدمايته ، وقيل انه كان فى صفرة يلعب مع الصبيان فصرط ، فقيل
 ما هذا ؟ قال حطينة ، يريد صرطة فسمى حطينة

قوله ، بذي مرخ ، بالخاء اسم موضع بعينه ومن رواه مرج بالجيم فخطى .
 لأن المرج يماسكان الرأ . هو الموضع الذى يكون كثير الماء والشجر ، وقد قال
 لا ماء ولا شجر فدل على غيره ، ولا يستقيم وزن للبهت من غير تسكين الرأ
 أيضاً . قوله :

ومل منى اخوتى وعرمى فى حدث لم تقترفه نفسى
 للدرس الزوجة ، ولم تقترفه لم تكسبه والاعراف الاكتساب ، وفلان
 يقترف لعياله أى يكسب ، فى حدث فى أمر وقع ولم يكن قبل
 قوله ، برآ . من الفحناء ، الشحناء المداوة وكذلك الشحنة ، وعدو مشاحن
 ولعل اشتقاقه من الشحن وهو المل . ، أى تمتلئ عداوة من قوله تعالى ، فى الفلك
 المشحون ، أى المملوء .
 قوله ، على جرح عدل أو تزكية غير عدل ، الجرح العيب والفساد ، وجرح

للشاهد إظهار معانيه . والعدل أصله من الاستقامة وترك الميل ، والعدل أيضا
الميل والجور . يقال عدل عن الطريق إذا مال عنها وهو من الاضداد . والمزكبة
ههنا التطهير من قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) فكان
المزكي يشهد لهم بالطهارة والبرامة من العيوب

قوله ، وافرى العقول ، أى تامى للعقول كاملين بارفر والغمام والكمال .
قوله ، ولا يسترسلوا ، استرسل اليه أى انبسط واستأنس به ، وأراد ترك
التحفظ . وأخذ الأمر بالحزم والتبقيظ . قوله ، جارك الأدنى ، أى الاقرب ،
والدنو القرب ضد البعد

قوله ، يستدل بهما على الورع ، الورع التقى والورع التقى ، وقد ورع
برع بالكسر فيهما ورعا ورعة ، وتورع من كذا أى تخرج
قوله ، فيجمعهم الهوى على التواطؤ ، أى تحكهم الشهوة على التوافق ،
واطأه على الأمر أى وافقه

قوله ، وارتاب بهم ، أى شك فيهم ، والريب والارتياب الشك وكذا الريبة
ودانيال بالدال المهمة وكسر النون وكان بمن أسره بختنصر وحبه ثم رأى رؤيا
ففسرها له فأكرمه وخلاه

قوله ، ان الطير لتخفق بأجنحتها وترى بما فى حواصلها ، يقال خفق الطائر
إذا طار وأخفق إذا ضرب بجناحه ، والحوصلة من الطائر بمنزلة السكرش مما يجتر
يجمع فيها الطائر الحب ، وجمعها حواصل ، والتفديد فى اللام لغة فيها . قوله
، يتبوا مقعده من النار ، أى يلزمه ويقم فيه وقد ذكر

قوله ، وشاورهم فى الأمر ، أصله من شرت العسل اذا استخراجته من الخلية
وهى بيت النحل ، كأنه يستخرج ما عنده من الرأى وقد ذكر

قوله ، قلد غيره ، التقليد فى الفتيا والحكم والقبلة وغيرها مأخوذ من الفلادة
التي تكون فى العنق . كأن العامى يجعل ما يلحقه من عمدة العمل والأثم الذى
يعمل فيه بهدوى العالم وقضاء القاضى فى عنق المفتى والقاضى ويتخلص من مأثم
لأن الأعمال توصف بكونها فى الأعناق ، قال الله تعالى (وكل انسان أزمانه
طائر فى عنقه) جاء فى التفسير انه عمله ، وان اجتهد وبذل الجهد فأخطأ فلا

وزر عليه وله أجر وإن تعد الفتوى بنهر الحق أو أخطأ ولم يجتهد في فتواه كان عليه وزره ولا شيء على المستفتى ، ويدل عليه قوله عليه السلام ، إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر .

قوله (أولى من التماذى فى الباطل) التماذى اللجاج فى الشيء . والإقامة عليه يقال تماذى فى غيبه إذا أقام عليه ولج فى اتباعه . قوله (ربما قصد أن يبتذله) الابتذال الامتهان وترك الصون ، وثياب البذلة التى تمتهن ولا تصان
قوله (يسوغ فيه الاجتهاد) أى يلبق ويسهل من قولهم ساغ الطعام إذا سهل مدخله فى الحلق .

قوله (وعليه السكينة والوقار) السكينة أصلها من السكون وهو ضد الحركة والوقار الحلم والرزانة ، وقد قر الرجل يقر وقاراً وقررة فهو وقرر . قوله (ويترك بين يديه القمطر) وهو وعاء السكتب ، وهو الذى يترك فيه المحاضر والسجلات . قال الخليل حرف فى صدرك خير من ألف فى قطرك ، وهو أيضاً الرجل القصير ، المحاضر والسجلات ، المحاضر التى يكتب فيها قصة المنتحا كهن عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد منهما من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به . والسجلات السكتب التى تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضاءه ، وأصل السجل الصحيفة التى فيها الكتاب أى كتاب كان ذكر فى تفسير قوله تعالى (كطى السجل للكتاب) وقيل هو كاتب للنبي صلى الله عليه وسلم وهو مذكر ، ويقال عندى ثلاثة سجلات وأربعة سجلات ولا يؤنث ، لأن المراد به الكتاب وهو مذكر ، ولا يقال ثلاث سجلات على لفظه .

وكالتعليمات فسكتب فى أضيق الحدود بأن نقل المتفق عليه بدون آراء ، أما المختلف فيه فمحاول أن نقل الآراء بإيجاز شديد

قال ابن حزم فى مراتب الاجماع : اتفقوا أن من ولاء الامام القرشى الواجب طاعته ، فإن أحكامه إذا وافق الحق نافذة ، على أنه إن حكم بما يخالف

الاجماع فإن حكمه مردود ، وانفقوا أن من لم يكن محجوراً عليه ، وكان بالغاً
حسن الدين سالم الاعتقاد حراً غير معتق عالماً بالحديث والقرآن والنظر والاجماع
والاختلاف لم يبلغ الثمانين جاز أن يولى القضاء .

وانفقوا أن ما حكم به لغير نفسه ولغير أبويه ولغير عبده ولغير كل من يختلف
في قبول شهادته له من ذوى رحمه ومن ولده أو من ولد ولده بكل وجه وأخواته
وأخوته ومن هو في كفالتة وصديقه الملاطف وعلى عدوه أن حكمه جائز إذا
وافق الحق ، وانفقوا أن من ولى القضاء كما ذكر في جهة ما أو وقت ما أو أمر ما
أو بين قوم ما فإن له أن يحكم بينهم

وانفقوا على أن للقاضي أن يحكم في منزله ، وانفقوا على أنه فرض عليه أن
يحكم بالعدل والحق ، وانفقوا على تحريم الرشوة على قضاء بحق أو باطل أو تعجلاً
لقضاء بحق أو باطل ، وانفقوا أن الامام إذا أعطى الحاكم مالا من وجه طيب
دون أن يسأله إياه فإنه له حلال ، وسواء رتبته له كل شهر أو كل وقت محدود
أو قطعه عنه ، وانفقوا أنه لا يحل لقاضي ولا مفت تقليد رجل بعينه بعد موت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله ، سواء كان ذلك
الرجل قديماً أو حديثاً

وانفقوا على وجوب الحكم بالقرآن والسنة والاجماع ، وانفقوا أن من حكم
بغير هذه الثلاثة أو القياس أو الاستحسان أو قول صاحب لا يخالف له منهم
أو قول تابع لا يخالف له من التابعين ولا من الصحابة ، أو قول الأكثر من
الفقهاء فقد حكم باطل لا يحل ، وانفقوا على قبول شاهدين مسلمين عدلين
فاضلين في دينهما ومعتقدهما حرين بالذين معروف في النسب ضابطين للشهادة .

واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد ، فقال الشافعى يجب أن يكون من
أهل الاجتهاد ، ومثله حكى عبد ارحاب عن المذهب ، وقال أبو حنيفة يجوز
حكم المامى ، قال القاضى وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمه الله عليه من المقدمات
عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة
واختلفوا في اشتراط الذكورة ، فقال الجمهور هي شرط ، وقال أبو حنيفة

يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الأموال ، قال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق في كل شيء .

واختلفوا في عدد القضاة ، فقال مالك واحداً في المصر كله ، والشافعي بجوز أن يكون في المصر قاضيان .

واختلفوا في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان من ليس بوال على الأحكام ، فقال مالك بجوز ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا بجوز ، وقال أبو حنيفة بجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلدة

واختلفوا هل له أن يقوم الأئمة في المساجد الجامعة ، وكذلك هل يستخلف في المرض والسفر ، وينظر في التحجير على السفهاء . وفي الأندلس ، فقال الجمهور الأموال والفروج في ذلك سواء لا يجعل حكم الحاكم منها حراماً ولا يجعل حراماً وذلك مثل أن شهد شاهد زور في امرأة أجنبية أنها زوج لرجل أجنبي ليست له بزوجة ، فقال الجمهور : لا نحل له وإن أحلها الحاكم ، وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه تحل له .

قال المصنف رحمه الله :

(باب ما يجب على القاضي في الخصوم والشهود)

إذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الأول فالأول ، لأن الأول سبق إلى حق له فقدم على من بعده . كما لو سبق إلى موضع مباح ، وإن حضروا في وقت واحد أو سبق بعضهم وأشكل السابق أفرع بينهم فن خرجت له القرعة قدم لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض فسانه ، فإن ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لأن الحق له لجاز أن يؤثر به غيره ، كما لو سبق إلى منزل مباح ، ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة ، لأننا لو قدمناه في أكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه وأضر بالباقيين .

وإن حضر مسافرون ومقيمون في وقت واحد نظرت فإن كان المسافرون قليلاً وهم على الخروج قدموا لأن عليهم ضرراً في المقام ولا ضرراً على المقيمين وحكى بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر أنهم لا يقدمون إلا بإذن المقيمين لتساويهم في الحضور، وظاهر النص هو الأول.

وإن كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى المقيمين لأن في تقديمهم إضراراً بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر، وإن تقدم إلى الحاكم إثنان فادعى أحدهما على الآخر حقاً، فقال المدعى عليه أنا جئت به وأنا المدعى قدم السابق بالدعوى، لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والسابق بالدعوى حق السبق فقدم.

(فصل) وعلى الحاكم أن يسوى بين الخصمين في الدخول والإقبال عليهما والاستماع منهما، لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليجدل بينهم في لحظه وانفضه وإشارته ومقدمه. وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبي موسى الأشعري: آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يباس ضعيف من عدلك، ولأنه إذا قدم أحدهما على الآخر في شيء من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته، والمستحب أن يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي؛ ولأن ذلك أمكن لخطابهما، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ففيه وجهان:

(أحدهما) أنه يسوى بينهما في المجلس كما يسوى بينهما في الدخول والإقبال عليهما والاستماع منهما.

(والثاني) أنه يرفع المسلم على الذي في المجلس لما روى أن علياً رضى الله عنه حاكم يهودياً في درع إلى شريح، فقام شريح من مجلسه وأجلس علياً كرم الله وجهه فيه، فقال على عليه السلام لولا إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تسوا بينهم في المجالس لجلست معه بين يديك. ولا يضيف أحدهما دون

الأخر لما روى أن رجلا نزل بعلي بن أبي طالب عليه السلام فقال له ألك خصم قال نعم ، قال تحول صافيا سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يضيغن أحد الخصمين إلا ومعه خصمه ، ولأن في إضافة أحدهما إظهار الميل وترك العدل ولا يسان أحدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه ، ولا يأمر أحدهما بإقرار لأن فيه إضرارا به ولا بإنكار لأن فيه إضرارا بخصمه . وإن ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعى ، فيه وجهان ، أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يجوز لأنه لا ضرر على الآخر في تصحيح دعواه . والثاني أنه لا يجوز لأنه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته ، وله أن يزن عن أحدهما ما عليه لأن في ذلك تمعنا لها ، وله أن يشفع لأحدهما لأن الإجابة إلى المشفوع إليه إن شاء شفعه وإن شاء لم يشفعه ، وإن مال قلبه إلى أحدهما أو أحب أن يفلح أحدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لأنه لا يمكنه التسوية بينهما في المحبة والميل بالقلب ، ولهذا قلنا يلزمه التسوية بين النساء في القسم ولا يلزمه التسوية بينهما في المحبة والميل بالقلب .

(فصل) ولا ينتهر خصما لأن ذلك يكسره ويمنعه من استيفاء الحجة ، وإن ظهر من أحدهما لدد أو سوء أدب نهاه ، فإن عاد زره وإن عاد عوره ، ولا يزجر شاهداً ولا بتعنته ، لأن ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها وبدعوه إلى ترك القيام بتحمل الشهادة وأدائها وفي ذلك تضييع للحقوق

(فصل) فإن كان بين نفسيهن حكومة فدعا أحدهما صاحبه إلى مجلس الحكم وجبت عليه اجابته لقوله تعالى (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا) فإن لم يحضر فاستمدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه ، لأنه إذا لم يعديه أدى ذلك إلى إبطال الحقوق ، فإن استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم إلى صاحب الشرطة ليحضره ، وإن كان بينه وبين غائب حكومة ولم يكن عليه بيعة فاستمدى الحاكم عليه فإن كان الدائب في موضع فيه حاكم كتب إليه لينظر بينهما ، وإن لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهما كتب إليه لينظر بينهما ، وإن لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى

لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالدفعة للجار ومن الكلب وقيمة
خمر النصراني فلا يكافئه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى به ، ويخالف الحاضر
في البلد حيث قلنا إنه يحضر قبل أن يحق المدعى دعواه لأنه لا مشقة عليه في
الحضور ، فإن حقق الدعوى على الغائب أحضره لما روى أن أبا بكر الصديق
رضي الله عنه كتب إلى المهاجر بن أمية أن ابعت إلى بقيس بن مكشوح في وثاق
فأحلفه خمسين يوماً على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فعل داوديه ،
ولأننا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقاً إلى إبطال الحقوق ، فإن استعداه
على امرأة ، فإن كانت برزة فهي كالرجل لأنها كالرجل في الخروج للحاجات ،
وإن كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها ، وإن توجهت
عليها يمين بعث اليها من يخاطبها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد
على امرأة هذا فإن اعترفت فأرجعها فبعث من يسمع أقرارها ولم يكلفها الحضور

(الشرح) ما روى أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا . . . أخرجه البيهقي
وأخرج ابن عساکر في ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس في قصة
طويلة لسليمان بن داود في الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا لكونها صنعت
منهم أن بزوا بها ، فأمر داود برجمها ، ففروا على سليمان ففرق بين اليهود ودرأ
الحد عنها ، فعلى هذا هو أول من فرق

حديث ابن عمر (أن الطهر لتخفق)

أخرج البيهقي عن ابن عمر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : شاهد
الزور لا تزول قدماه حتى توجب له النار ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الطهر يوم القيامة ترفع مناقيرها وتضرب بأذنانها وتطرح ما في بطونها وليس
عندها طلبه فاتقه ، وفي روايته محمد بن الفرات ضعيف

حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم شاور في أسارى . . .

أخرجه مسلم والبيهقي عن ابن عباس عن عمر قال : لما كان يوم بدر قال
ما ترون في هؤلاء الأسارى ؟ فقال أبو بكر : يا نبي الله بنو العم والمشيرة
والإخوان ، غير أنا نأخذ منهم الفداء ليكون لنا قوة على المشركين ، وعسى الله

أن يهديهم إلى الإسلام ويكونوا لنا عضداً ، قال فإذا ترى يا ابن الخطاب ؟ قلت
يا نبي الله ما أرى الذي رأى أبو بكر ولكن هؤلاء أئمة الكفر وصناديدهم فقر بهم
فاضرب أعناقهم ، قال فهو رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر ولم هو
ما قلت أنا وأخذ منهم الفداء ، فلما أصبحت فدوت على رسول الله (ص)
وإذا هو وأبو بكر قاعدان يسكبان ، فقلت يا نبي الله أخبرني من أي شيء تبكي
أنت وصاحبيك ؟ فإن وجدت بكاء بكيت وإلا تباكيت لبكائك ، قال الذي
عرض على أصحابك لقد عرض على عذابكم أدنى من هذه الشجرة وشجرة قريبة
حينئذ ، فأزل الله عز وجل (ما كان لشيء . .)

أثر عمر ، ردوا الجهالات إلى السنة ، لم أجده

أثر عمر في كتابه إلى أبي موسى ، لا يمنحك قضاء فضيت ، رواه الدارقطني
والبيهقي وسأفه ابن حزم من طريقين وأعلهما بالانقطاع ، لكن اختلاف المخرج
فيهما بما يقوى أصل الرسالة لا سيما وفي بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة
مكتوبة ، ورواه أحمد ، لا يمنحك قضاء فضيته بالأمس راجعت فيه نفسك
وهويت فيه لرشدك أن تراجع الحق ، فإن الحق قديم ، وإن الحق لا يطله شيء .
ومراجعة الحق خير من التنادي في الباطل ،

وروى البيهقي عن عمر بن عبد العزيز ، ما من طينة أهون على فكا وما من
كتاب أسر على رداً من كتاب فضيت به ثم أبصرت أن الحق في غيره ففسخته ،
حديث أم سلمة في السنن الأربعة ، وقال الترمذي حسن صحيح

حديث ، خير المجالس . . . ، أخرجه البيهقي

اللفظة : قوله (آس بين الناس) أي أصلح ، يقال آسوت بينهم أي أصلحت
بينهم ، ويحتمل أن يكون معناه سو بينهم حتى يكون كل واحد منهم أسوة
لصاحبه ، والأسوة القدوة

قوله (حتى لا يطمع شريف في حيفك) أصل الشرف للعلو والرفعة مأخوذ
من الجبل المشرف وهو العالی قال الشاعر :

يبدو وتضمرة البلاد كأنه سيف على شرف يسل ويفعد

أي موضع عال ، والشريف من القوم الرفيع المنزلة العالی القدر والحسب

قوله (في حبيك) أى فى جورك والحيف الجور ، حاف أى جار ، قال الله تعالى (أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله)

قوله (يميل إليه طبعه) الطبع والطباع ما ركب فى الانسان من اللطيم والمشرب وغيرهما من الأخلاق التى لا يزيلها ، يقال فلان كريم الطباع ، وهو اسم مؤنث على فعال نحو مثال ومهاد

قوله (أو أحب أن يفلح) أى يقلب ، يقال فلح خصمه أى غلبه . قوله (لدد) اللدد شدة الخصومة ، يقال رجل ألد بين اللدد ، وهو الشديد الخصومة وقوم لدد ، قال الله تعالى (ألد الخصام) وقال (وتنبذ به قوما لدا) وقال الأزهرى ، اللدد التواء الخصم فى عما كفه ، مأخوذ من لديدى الوادى وهما جانباه . قوله (فإن عاد زبره) الزبر الزجر والمنع ؛ يقال زبره يزره بالضم زبرا إذا انتهره ، كذا ذكره الجوهرى

قوله (ولا يتعننه) أى يطلب زلتة ، تقول جاهنى فلان متعننا اذا جاء يطلب زلتك ، وأصل العنت المشقة ، واستعدى عليه الحائز أى استعانه ، يقال استعديت على فلان الامير فأعدانى أى استعنت به فأعانى ، والاسم منه العدوى وهى المعونة قال زهير :

وإنى لتعدينى على أهم جسرة نخب بوصول صروم وتعدق
وصاحب الشرطة . يقال أشرط فلان نفسه لأمر كذا أى أهلها وأعداها ،
قال الأصمى ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها ،
الواحد شرطة وشرطى . وقال أبو هيب سبوا شرطة لأنهم أعدوا
قوله (ما قتل دادويه) ذكر القلمى أنه بدالهن ماملتهن مفتوحتين وتخفيف
الباء وتسكينها . قوله (فإن كانت برزة) أى ظاهرة غير محتجبة وقد ذكر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب صفة القضاء

إذا حضر عند القاضى خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقا يصح فيه دعواه وسأل القاضى مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه وإن لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان :

(أحد هما) أنه لا يجوز للقاضى مطالبته لأن ذلك حق للمدعى فلا يجوز استيفاؤه من غير إذنه .

(والثاني) وهو المذهب أنه يجوز له مطالبته لأن شاهد الحال يدل على الإذن في المطالبة ، فإن طوب لم يخجل إما أن يقر أو ينكر أو لا يقر ولا ينكر فإن أقر لزمه الحق ولا يحكم به إلا بمطالبة المدعى ، لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير إذنه ، فإن طالبه بالحكم حكم له عليه وإن أنكر فإن كان المدعى لا يعلم أن له إقامة البيعة قال له القاضى ألك بيعة ، وإن كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت ، وإن لم تكن له بيعة وكانت الدعوى في غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضى إحلافه إلا بمطالبة المدعى ، لأنه حق له فلا يستوفيه من غير إذنه ، وإن أحلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها بين قبل وقتها وللمدعى أن يطالب بإعادتها لأن البيعة الأولى لم تكن بيمينه ، وإن أمسك المدعى عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لأنه لم يسقط حقه من البيعة وإنما أخرها .

وإن قال أبرأتك من البيعة سقط حقه منها في هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لم يسقط بالأبراء من البيعة ، فإن استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التي أبرأ فيها من البيعة فإن حلفت سقطت الدعوى ، لما روى وأثل بن حجر أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي هذا غلبي على أرض ورثتها من أبي ، وقال الكندي أرضي وفي يدي أزرعها لا حق له

فيها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : شهادتك أو يمينه ، قال انه لا يتورع عن شيء ، فقال ليس لك الا ذلك ، فإن امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فإن ابتدأ وقال امتنعت لا أنظر في الحساب أمهل ثلاثة أيام لأنها مدة قربه ولا يجهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة ، فإن لم يذكر عذراً لا امتناعه جملة ناكلاً ولا يقضى عليه بالحق بنكوله لأن الحق إنما يثبت بالاقرار أو البيعة . والنكول ليس بإقرار ولا بيعة . فإن بذل اليمين بعد النكول لم يسمع لأن بنكوله ثبت للدعى حق وهو اليمين فلم يجر ابطاله عليه ، فإن لم يعلم المدعى أن اليمين صارته إليه قال له القاضى أنحلف وتستحق ، وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت . وان قال أحلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق

وروى أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما الى عمر ، فقال المقداد هو أربعة آلاف ، وقال عثمان سبعة آلاف ، فقال المقداد لعثمان أحلف أنه سبعة آلاف ، فقال عمر انه أنصفك فلم يحلف عثمان ، فلما ولي المقداد قال عثمان والله لقد أقرضته سبعة آلاف ، فقال عمر لم لم تحلف ؟ فقال خشيت أن يرافق ذلك به قدر بلاء . فقال يمينه .

واختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى في نكول المدعى عليه مع يمين المدعى فقال في أحد القولين هما بمنزلة البيعة لانه حجة من جهة المدعى ، وقال في القول الآخر هما بمنزلة الاقرار وهو الصحيح ، لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين زتب عليه وله فصار كإقراره ، فإن نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله أن بنكول المدعى عليه وجب للدعى حق في رد اليمين والقضاء له فلم يجر سؤال المدعى عليه وبنكول المدعى لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله ، فإن سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بيعة يقيمها وحساباً ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما تارك ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا انه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام أن يترك المدعى عليه يتأخر حق المدعى

في الحكم له وبترك المدعى لا يتأخر إلا حقه وإن قال امتنعت لأنى لا أختار أن أحلف حكم بنكوله ، فإن بذل اليمين بعد الشكول لم يقبل في هذه الدعوى لأنه أسقط حقه منها ، فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف ، فإن حلف ترك وإن نكل ردت اليمين على المدعى فإذا حلف حكم له لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله ، فإن كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين إلى جنبه المدعى عليه ، فإن أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له في هذا المجلس ، لأن اليمين انتقلت عنه إلى جنبه غيره فلم تعد إليه ، فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الأولى قد سقط ، وإن حلف المدعى عليه في الدعوى الأولى سقطت عنه المطالبة ، وإن نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى ، لأن للشاهد معنى تقوى به جنبه المدعى فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث في القسامة ، وهل ترد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد ، فيه قولان

(أدبها) أه لا ترد لأنها كانت في جنبته وقد أسقطت وصارت في جنبه غيره فلم تعد إليه كالدعى عليه إذا نكل عن اليمين فردت إلى المدعى فنكول فإنها لا ترد على المدعى عليه .

والقول الثاني وهو الصحيح أنها ترد لأن هذه اليمين غير الأولى لأن سبب الأولى قوة جنبه المدعى بالشاهد وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الأولى لا يحكم بها إلا في المال وما يقصد به المال ، والثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط إحداها موجبا لسقوط الأخرى ، فإن قلنا أنها لا ترد حسب المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأنه تعين عليه ذلك ، وإن قلنا أنها ترد حلف مع الشاهد واستحق :

(فصل) وإن كانت الدعوى في موضع لا يمكن رد اليمين على المدعى بأن ادعى على رجل ديناً ومات المدعى ولا وارث له غير المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الإصطخري

(أحدهما) أنه يقضى بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين ، لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعمنون فقضى بالنكول لموضع الضرورة

(والثاني) وهو المذهب أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر ، لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه لأنه إما أن يكون صادقا في إنكاره فلا ضرر عليه في اليمين أو كاذبا فيلزمه الاقرار

وإن ادعى وصى ديناً لطفل في حجره على رجل وأنكر الرجل ونكل عن اليمين وقف إلى أن يبلغ الطفل فيحلف ، لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصي ، لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل في الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف إلى أن يبلغ

(فصل) وإن كان للدعى بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهم فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتم فيها لأنها من جهته ، ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها إلا بمسئلة المدعى لأنه حق له فلا يستوفى إلا بإذنه ، فإن قال المدعى عليه أحلفوه أنه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لأن في ذلك طعنا في الديعة للعادة

وإن قال أبرأني منه فخلفوه أنه لم يبرئني منه أو قضينه فخلفوه إلى لم أقضه حلف لأنه ليس في ذلك قدح في البينة وما يدعوه بمحمل خلف عليه ، وإن كانت البينة غير عادلة قال له القاضي زدني في شهودك ، وإن قال المدعى لي بينة خائبة وطلب يمين المدعى عليه أحلف لأن الغائبة كالمعدومة لتعذر اقامتها ، فإن حلف المدعى عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها واجب سماعها والحكم بها لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : البينة العادلة أحق من اليمين العاجزة ولأن البينة كالإقرار ثم يجب الحكم بالإقرار بعد اليمين فكذلك بالبينة وإن قال لي بينة حاضرة ولكني أريد أن أحلفه حلف ، لأنه قد يكون له غرض في احلافه بأن يفورع عن اليمين فيقر ، وأثبات الحق بالاقرار أقوى وأسهل من اثباته بالبينة ، وإن قال ليس لي بينة حاضرة ولا غائبة أو قال كل بينة

تشهد لى فمى كاذبة وطلب لإحلافه فحلف ثم أقام البيئته على الحق فففيه ثلاثة أوجه
(أحدها) أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله (والثاني) أنه ان كان هو الذى
استوفى بالبيئته لم تسمع لأنه كذبها ، وإن كان غيره المستوفى بالبيئته سمعت لأنه
لم يعلم بالبيئته فرجع قوله لا بيئته لى الى ما عنده (والثالث) أنها تسمع بكل حال وهو
الصحيح لأنه يجوز أن يكون ما علم ، وإن علم فلمله نسي فرجع قوله لا بيئته لى الى ما يعتقده
(فصل) وان قال المدعى لى بيئته بالحق لم يجوز له ملازمة الخصم قبل
حضورها لقوله صلى الله عليه وسلم : شاهدك أو بيمينه ليس لك الا ذلك ،
وان شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البيئته بالجرح
قال له قد شهدت عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتكما عندي وقد أطردتك
جرحهما ، وان كان يعلم فله أن يقول وله أن يسكت ، فإن قال المهود عليه لى
بيئته بجرحهما فظن فإن لم يأت بها حكم عليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه
قال فى كتابه الى أبى موسى الأشعري رضى الله عنه واجمل لمن ادعى حقاً فأتى
أمدأ يفتمى اليه ، فإن أحضر بيئته أخذت له حقه والا استحلكت عليه القضية
فانه أتى للفك وأجلى للعمى ، ولا ينظر أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه كثير وفيه
اضرار بالمدعى ، وان قال لى بيئته بالقضاء أو الإبراء أمهل ثلاثة أيام فان لم
يأت بها حلف المدعى أنه لم يقضه ولم يبرئه ثم يقضى له لما ذكرناه وله أن يلازمه
الى أن يقيم البيئته بالجرح أو القضاء لأن الحق قد ثبت له فى الظاهر ، وان شهد
له شاهدان ولم تثبت عدالتهما فى الباطن فسأل المدعى أن يجبس الخصم الى أن
يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق وهو
ظاهر المذهب أنه يجبس لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق (والثاني) وهو قول
أبى سعيد الاضطخري أنه لا يجبس لأن الاصل براءة ذمته ، وان شهد له شاهد
واحد وسأل أن يجسه الى أن يأتى بشاهد آخر ففيه قولان (أحدهما) أنه يجبس
فما يجبس اذا جهل عدالة الشهود (والثاني) أنه لا يجبس وهو الصحيح لأنه لم
يأت بنام البيئته ، ويخالف اذا جهل عدالتهم ، لأن البيئته تم عددها والظاهر
عدالتها وقال أبو اسحاق ان كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولاً
واحداً لأن الشاهد الواحد حجة فيه لأنه يحلف معه

(فصل) وإذا علم القاضى عـ دالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه في قبوله ورده ، وإن علم حال المحكوم فيه نظرت ، فإن كان ذلك في حق الأدمى ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام للحضرمي شهادك أو يمينه ليس لك إلا ذلك ، ولأنه لو كان علمه كشهادة اثنين لانتقد الشكاح به وحده .

(والثاني) وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم هيبه الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه ، ولأنه إذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى ، وإن كان ذلك في حق الله تعالى ففيه طريقان .

(أحدهما) وهو قول أبي العباس وأبي علي بن أبي هريرة لأنها على قولين كحقوق الأدميين .

(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه قولاً واحداً ، لما روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي ، ولأنه مندوب إلى ستره ودرته .

والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا سترته بثوبك يا هزال ، فلم يجوز الحكم فيه بعلمه .

(فصل) وإن سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم إن أجبت وإلا جعلتك فاكلاً ، والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثاً ، فإن لم يجب جعل له فاكلاً وحلف المدعى وقضى له ، لأنه لا يخلو إذا أجاب من يقر أو ينكر ، فإن أقر فقد قضى عليه ما يجب على المقر ، وإن أنكر فقد وصل إنكاره بالنكول عن اليقين فقضينا عليه بما يجب على المنكر إذا نكل عن اليقين

(فصل) وإذا تحاكم إلى الحاكم أعمى لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة إلا عدلين ، لأنه إثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل إلا من عدلين كالإقرار وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة وإن كان مما لا يقبل

فيه الا فذكرين لم يثبت في الترجمة الا ذكرين ، فإن كان اقراراً بالزنا ففيه قولان (أحدهما) أنه يثبت بشاهدين (والثاني) أنه لا يثبت الا بأربعة .

(فصل) وان حضر رجل عند القاضى وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر فهرب أو على حاضر في البلد استقر وتعذر احضاره ، فإن لم يكن بينة لم يسمع دعواه ، لان استماعها لا يفيد ، وان كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بهنقه ، لانا ولم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقاً الى اسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه الا أن يحلف المدعى أنه لم يهرء من الحق لانه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة ابراء أو قضاء أو حوالة .

ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البرائة بشيء من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعى ، فإذا تعذر حضوره وجب على الحاكم أن يحتاط له ويحلف عليه المدعى ، وان ادعى على حاضر في البلد يمكن احضاره ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه تسمع الدعوى والبينة ويقضى بها بعد ما يحلف المدعى ، لانه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالفائب عن البلد والمستتر في البلد (والثاني) أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب ، لانه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم ، وان ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه ، فإن كان له وارث كان احلاف المدعى اليه ، وان لم يكن له وارث فعلى الحاكم أن يحلفه ثم يقضى له ، وان كان على صبي سمعت البينة وقضى عليه بعد ما يحلف المدعى ، لانه تعذر الرجوع الى جوابه فقضى عليه مع عين المدعى كالفائب والمستتر ، وان حكم على الفائب ثم قدم أو على الصبي ثم بلغ كان على حجته في الفدح في البينة والمعارضة بيينة بقيمتها على القضاء أو الابراء .

(فصل) ويجوز للقاضى أن يكتب الى القاضى فيما ثبت عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب اليه فيما حكم به لينفذه ، لما روى الضحاك بن قيس قال كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورت امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها

ولأن الحاجة تدعو إلى كفاي القاضى إلى القاضى فيما ثبت عنده ليحكم به وفيما حكم به لينفذه ، فإن كان الكتاب فيما حكم به جار قبول ذلك فى المسافة القريبة والبعيدة ، لان ما حكم به يلزم كل أحد إمضاؤه ، وإن كان فيما ثبت عنده لم يجر قبوله إذا كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، لأن القاضى الكاتب فيما حمل شهود الكتاب كشاهد الاصل ، والشهود الذين يشهدون بما فى الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الاصل .

(فصل) ولا يقبل الكتاب إلا أن يشهد به شاهدان ، وقال أبو ثور : يقبل من غير شهادة ، لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : إذا عرف المكتوب اليه خط القاضى الكاتب وختمه جاز قبوله وهذا خطأ ، لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن أن يزور على الخط والختم ، وإذا أراد انفاذ الكتاب أحضر شاهدين ويقرا الكتاب عليهما أو يقرأ غيره وهو يسمعه ، والمستحب أن ينظر الشاهدان فى الكتاب حتى لا يحذف منه شيء ، وان لم ينظرا جاز لانهما يؤدبان ما سمعا ، وإذا وصلا إلى القاضى المكتوب اليه قرأ الكتاب عليه وقالوا فشهد أن هذا الكتاب كتاب فلان اليك وسمعناه وأشهدنا أنه كتب اليك بما فيه ، وان لم يقرأ الكتاب ولكنهما سلماه اليه وقالوا فشهد أنه كتب اليك بهذا لم يجر ، لأنه ربما زور الكتاب عليهما ، وان انكسر ختم الكتاب لم يضر ، لان المعول على ما فيه وان محى بعضه ، فإن كانا يحفظان ما فيه أو معهما نسخة أخرى شهدا وان لم يحفظاه ولا معهما نسخة أخرى لم يشهدا لانهما لا يعلمان ما أحمى منه .

(فصل) وان مات للقاضى الكاتب أو عزل جاز للمكتوب اليه قبول الكتاب والعمل به ، لانه ان كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه فى كل حال ، وان كان الكتاب بما ثبت عنده فالكتاب كشاهد الاصل ، وشهود الكتاب كشاهد الفرع ومات شاهد الاصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع وان فسق الكاتب ثم وصل كتابه ، فإن كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر

فسفه لأن الحكم لا يطل بالفسق الحادث بعده ، وإن كان فيما ثبت عنده لم يجوز الحكم به لانه كشاهد الاصل ، وشاهد الاصل إذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع ، وإن مات القاضى المكتوب اليه أو عزل أو ولي غيره قبل الكتاب لأن الممول على ما حفظه شهود الكتاب ونحمله ، ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته .

(فصل) فإن وصل الكتاب إلى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل أنه لا مطالبة عليه ، فإن أقام المدعى بينة أنه فلان بن فلان فقال أنا فلان بن فلان الا أنى غير المحكوم عليه لم يقبل قوله إلا أن يقيم البينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به ، لأن الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة ، وإن أقام بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به توفت عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما ، وإذا حكم المكتوب اليه على المدعى بالحق فقال المحكوم عليه اكتب الى الحاكم الكتاب انك حكمت على حتى لا بدعى على ثانيا فقيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخرى رحمه الله أنه يلزمه لأنه لا يأمن

أن بدعى ثانياً ويقم عليه البينة فيقضى عليه ثانياً (والثاني) أنه لا يلزمه لأن الحاكم إنما يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكتاب هو الذى حكم أو ثبت عنده دون المكتوب اليه

(فصل) إذا ثبت عند القاضى حق بالاقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لأنه لا يؤمن أن ينكر المقر فلزمه الاشهاد ليكون حجة له إذا أنكر ، وإن ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعى غير الاشهاد ، وإن ثبت عنده الحق بالبينة فسأله المدعى الاشهاد فقيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يجب لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضى تجديد بينة أخرى (والثاني) أنه يلزمه لأن في اشهاده على نفسه تعديلاً لبيئته واثباتاً لحقه والزاماً لخصمه ، فإن ادعى عليه حقاً فأنكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على

براهته نلزمه ليكون حجة له في سقوط الدعوى حتى لا يطالبه بالحق مرة أخرى وان سأله أن يكتب له محضراً في هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ما جرى وما ثبت به الحق ، فإن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ولم يأت المحكوم له بقرطاس لم يلزمه أن يكتب لأن عليه أن يكتب وليس عليه أن يفرم ، وان كان عنده قرطاس من بيت المال ، أو آناه صاحب الحق بقرطاس ، فهل يلزمه أن يكتب المحضر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه يلزمه لأنه وثيقة بالحق فلو لمه كالاشهاد على نفسه (والثاني) فإنه لا يلزمه لأن الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر ، وان سأله أن يسجل له وهو أن يذكر ما يكتبه في المحضر ويشهد على انفاذه ويسجل له فهل يلزم ذلك أم لا ؟ على ما ذكرناه في كتب المحضر وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب في نسختين (أحدهما) تسلم الى المحكوم له والاخرى تكون في ديوان الحكم ، فان حضر عند القاضي رجلان لا يعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب : حضر الى رجلان قال أحدهما انه فلان بن فلان وقال الآخر انه فلان بن فلان وبجلهما ويذكر ما جرى بينهما ويشهد على ذلك .

(فصل) وان اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها في كل شهر أو في كل سنة على قدر قلدما وكثرتها وضم بعضها الى بعض ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته اذا احتاج اليه .

وان حضر رجلان عند القاضي فادعى أحدهما أن له في ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدما ، فان كان حكما حكم به غيره لم يعمل به الا أن يشهد به شاهدان أن هذا حكم به فلان القاضي ، ولا يرجع في ذلك الى الخط والختم فانه يحتمل النزوير في الخط والختم ، وان كان حكما حكم هو به فان كان ذا كرا للحكم به طالما به عمل به وألزم الخصم حكمه ، وان كان غير ذا كرا لم يعمل به لأنه يجوز أن يكون قد زور على خطه وختمه

وإن شئنا إثباته عليه أنه يحكم به لم يرجع إلي شهادتهما لأنه يشك في فعله فلا يرجع فيه إلى قول غيره ، كما لو شك في فرض من فروض صلواته ، فإن شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر أنفذ ما شهدا به ، فإن شهد شاهدان أن الأول توقف في شهادتهما لم يجز للثاني أن ينفذ الحكم الذي شهدا به ، لأن الهمود فرع للحاكم الأول ، فإذا توقف الأصل لم يجز للحكم بشهادة الفرع ، كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الأصل ، ثم شهد شاهدان أن شاهد الأصل توقف في الشهادة .

(فصل) إذا اتضح الحكم للقاضي بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلاح فإن لم يفعلا لم يجوز ردّهما لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم . (فصل) إذا قال القاضي حكمت لفلان بكذا قبل قوله لأنه يملك الحكم فقبل الإقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل إقراره به ، وإن عزل ثم قال حكمت لفلان بكذا لم يقبل إقراره لأنه لا يملك الحكم فلم يملك الإقرار به ، وهل يكون شاهداً في ذلك ؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يكون شاهداً لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه ، وذلك لا يوجب ردّ شهادته ، كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبي .

(والثاني) وهو للمذهب أنه لا يكون شاهداً ، لأن شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لأن الحكم لا يكون إلا من عدل فتلحقه التهمة في هذه الشهادة فلم تقبل ويخالف للرضعة لأن شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة نفسها لأن الرضاع يصح من غير عدل ، ولأن المقلب في الرضاع فعل المرأتع ، ولهذا يصح به دونها ، والمقلب في الحكم فعل الحاكم ، فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق .

(الشرح) حديث أم سلمة من ابتلى . . . رواه أبو يعلى والدارقطني والطبراني في الكبير من حديث أم سلمة وفي إسناده عبادة بن كثير وهو ضعيف ورواه البيهقي عن أم سلمة وقال : هذا إسناد فيه ضعف .

(قلت) قال الحافظ في إسناده عبادة بن كثير وهو ضعيف ، وذكر في السنن الكبرى للبيهقي أنه عباه بن كثير .

أثر عمر (أس بين الناس في وجهك ..) أخرجه البيهقي . هذا كتاب عمر إلى أبي موسى أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة أفهم إذا أدلى اليك فإنه لا ينفع كلمة حتى لا نفاذ له ، أسى بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك ، البيئته على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً وحرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً أو بيئته فاضرب له أمدأ ينتهي إليه فإن جاء بيئته أعطيته بحقه ،

أثر (أن علياً حاكم يهودياً في درع ..) أخرجه أبو أحمد الحاكم في الكنى في ترجمة أبي سميصة عن الأعمش عن إبراهيم التيمي وقال مدكر ، وأورده ابن الجوزي في العلل من هذا الوجه وقال لا يصح ، تفرد به أبو سمية ورواه البيهقي من وجه آخر وفي إسناده عمرو بن سمرة عن جابر الجعفي ، وهما ضعيفان ، قال ابن الصلاح في كلامه على أو سيط : لم أجد له إسناداً يثبت ، وقال ابن عساكر في الكلام على أحاديث المذهب : إسناده مجهول

أثر (أن رجلاً نزل بعلي فقال ألك خصم ..) أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف منقطع وهو في مسند إسحاق بن راهويه ، وأخرجه عبد الرزاق من هذا الوجه ورواه ابن خزيمة في صحيحه عن علي قال ، كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يضيف الخصم إلا وخصمه معه ، وأخرج الطبراني في الأوسط أنه صلى الله عليه وسلم أن يضيف أحد الخصمين ، وقال تفرد به الواسطي

أثر (أن أبا بكر كتب إلى المهاجر بن أمية أن ابث إلى بقيس ..) أخرجه البيهقي ، وقال البركاني على تقدير صحته فقد خالفه الضائفي

حديث (يا أليس اغد على امرأة هذا) سبق نظريه

اللفظة : قوله (لا يتورع) أي لا يتق ، والتورع التقوى واجتناب الظلم ،

وقد ذكر .

قوله (أن يوافق قدر بلاء) القدر ما يقدر على الانسان ويقضى عليه من حكم الله السابق في عمله ، يقال قدر وقدر بالفتح والاسكان ، وأقعد الانخفض : ألا يا تقوى للنوائب والقدر وللأمر يأتي المرء من حيث لا يدري والبلاء ما يصيب الانسان من الشدة والتعب في النفس والمال

قوله (جنبه المدعى) جنبه بمعنى جانب

قوله (ونكل عن اليمين) قيل جنب وهاب الاقدام عليهم . قال : فلم أنكل عن الضرب مسمما ، أى لم أجنب ولم أمتنع ، وقيل نكل امتنع ومنه سمي العقيد نكلا لأنه يمنع المحبوس
قوله (لطفل في حجره) الحجر بمعنى الحوض وهو ما بين الابط الى الكشح وهو الجنب لأنه يحمل هنالك

قوله (طمنا في البينة) طمن فيه بالقول يطمن اذا انتقصه وجره
قوله (أحق من اليمين الفاجرة) معناه الكاذبة وقد ذكرنا أن الفجر أصله الشق ومنه سمي الفجر ، وقيل انه الميل عن القصد ، فقيل للكاذب فاجر لأنه مال عن الصدق ، وقيل للدائر عن الخير والعدل عنه فاجر لأنه مال عن الرشد
قوله (ملازمة الخصم) هو أن يقعد معه حيث قعد ، وبذهب معه حيث ذهب ولا يفارقه .

قوله (أطرقتك جرحهما) بمحمل معنيين : أحدهما أن يكون من الطرد بالتحريك وهو مزاوله الصيد للصيد كأنه يزاول جرحه ويخذه من حيث لا يعلم . والثاني بمحمل أن يكون معناه الاتباع ، أى جعلت لك أن تلبه وتنظر زلاته ومعايبه ، من مطاردة الفرسان

قوله (أمدأ ينتهي اليه) الأمد الغاية كالمدى ، يقال ما أمدك أى انتهى عمرك
قوله (والا استحللت عليه القضية) بمحمل معنيين : أحدهما أن يكون من الحلال ضد الحرام ، أى جعل لك أن تقضى عليه ولم يحرم عليك . والثاني أن يكون من الحلول ضد التناجيل ، أى قد وجب القضاء عليه وحان حلوه ولم يجز تأجيله .

قوله (أنى للشك وأجلى للعمى) أى أوضح وأبين ، من جلا لى الخبر ،

أى وضع وبان والعمى ههنا أراد به همى القلب والفحير عن المواب
قوله (هيبة الناس) الهيبة الاجلال والمخافة ، وهبت الشيء ونهيبته أى خففته
قوله (لم يقبل فى الترجمة إلا عدلين) يقال ترجم كلامه إذا فصره بلسان آخر
ومنه الترجمان والجمع التراجم مثل زعفران وزعافر ، ويقال ترجمان ، ولك أن
تضم التاء بضم الجيم ، فنقول ترجمان مثل سرور وسرور . قال :

كالترجمان لقي الانباطا

القياس الجلى ^(١) نقيض الحقى . وجلوت الشيء أظهرته بعد خفائه ، ولهذا
سمى الصبح ابن جلاء لأنه يجلو الأمتصاص ويظهرها من ظلم الليل
قوله (لا يؤمن أن يحرف ^(٢)) تحريف الكلام عن مواضعه تغييره
قوله (ختم الكتاب) أى جعل عليه شىء من شمع أو ما شاكله ويعلم عليه
بعلامة من كتاب أو غيره ، وأصله عند العرب ختم الدن - وهو وعاء الخمر -
بالطين . قال الأعشى :

وصمباء بطاوف هودبها وأبرزها وعليها ختم

دادويه هو خليفة بأدام عامل للنبي صلى الله عليه وسلم على اليمن ، وهو أحد
قتلة الأسود العنسى للكذاب .

حديث (أن رجلا من حضرموت ورجلا من كنده . . .) أخرجه مسلم
والترمذى وصححه .

حديث (رد اليمن على صاحب الحق . . .) أخرجه البيهقى
أثر أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحا كما . . . أخرجه البيهقى
حديث عمر (البيئة المادلة أحق . . .) أخرجه البيهقى

(١) كثيرا ما يأتى للمقرر بكلمات لا مناسبة لها فى المذهب ويشرحها ، ومنها
قوله ، القياس الجلى ، الخ
(٢) الموجود فى المذهب ، فلا يؤمن أن يزور ، ولكن المقرر غير يزور
بيحرف وفسر التحريف

حديث (شاهدك أو يمينه ..)

عن الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومة في بر فأختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : شاهدك أو يمينه ، فقلت انه إذا يحلف ولا يبالي ، فقال : من حلف على يمين بقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان ، متفق عليه

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد ، مسلم وأحد ، وفيها ، إنما كان ذلك في الاموال ،

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد ، أحد وابن ماجه والترمذي .

أثر كتب عمر الى أبي موسى ، واجعل لمن ادعى حقا غائبا ... ، سبق تخريجه
حديث ، لا يمنع أحدكم هيبه الناس ... ، أخرجه البيهقي عن أبي سعيد
الخدري قال ، قال رسول الله صلى الله عليه ، لا يمنع أحدكم مخافة الناس أن يتكلم
بحق اذا علمه ، قال أبو سعيد : فما زال بنا البلاء حتى قصرنا وإنا لنطلع في السر ،
وفي رواية قال : وذلك الذي حملني على أن رحلت الى معاوية فأتته مسامحه ثم
رجعت . وفي رواية عنه ، لا يحقرن أحدكم نفسه أن يرى امرأه عليه فيه مقال
لا يقوم به فيلقى الله فيقول ما منعك أن تقول يوم كذا وكذا ؟ قال يا رب اني
خشيت الناس ، قال إياي أحق أن تخشى ،

حديث ، هلا سترته بشوبك ... ، سبق تخريجه

حديث كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الضحاك أن أورت امرأة
أهيم ... أخرجه البيهقي

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب القسمة

يجوز قسمة الأموال المشتركة لقوله عز وجل (وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء ، وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر بينهم ، وقسم غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرافة ، ولأن بالشركاء حاجة إلى القسمة لينتفع كل واحد منهم من التصرف في ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدي وسوء المشاركة .

(فصل) ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصوا من يقسم بينهم ويجوز أن يرفقوا إلى الحاكم لينصب من أنفسهم بينهم ، ويجب أن يكون القاسم عالماً بالقسمة ليوصل كل واحد منهم إلى حقه ، كما يجب أن يكون الحاكم عالماً بالحكم بينهم بالحق ، فإن كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون قاسماً ولا عبداً ، لأنه نصبه لإلزام الحكم فلم يجز أن يكون قاسماً ولا عبداً كالحاكم ، فإن لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد ، وإن كان فيها تقويم لم يجز أقل من اثنين لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين ، وإن كان فيها خرص فبها قولان

(أحدهما) أنه يجوز أن يكون الخارص واحداً

(والثاني) أنه يجب أن يكون الخارص اثنين

(فصل) إن كان للقاسم نصبه الحاكم كانت أجرته من سهم المصالح ، لما روي أن علياً رضي الله عنه أعطى القاسم من بيت المال ، ولأنه من المصالح فكانت أجرته من سهم المصالح ، فإن لم يكن في بيت المال شيء وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم لأنه مؤنة يجب للمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة ، وإن كان القاسم نصبه الشركاء جاز أن يكون قاسماً وعبداً لأنه وكيل لهم ويجب أجرته عليهم على ما شرطوا لأنه أجير لهم .

(فصل) وإن كان في القسمة رد فهو يبيع لأن صاحب الرد يبدل المال

في مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضاً ، وإن لم يكن فيها رد ففيه قولان :
(أحدهما) أنها يبيع لأن كل جزء من المال مشترك بينهما فإذا أخذ نصف

الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه

(والقول الثاني) أنها فرز النصيبين وتميز الحقين ، لأنها لو كانت بيعاً لم يجر
تمليقه على ما نخرجه القرعة ، ولأنها لو كانت بيعاً لافترقت إلى لفظ التملك
ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع ، فإن قلنا إنها يبيع لم يجر
فيها لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذي انعقدت أجزاءه بالنار ،
وإن قلنا إنها فرز النصيبين جاز .

وإن قسم الحبوب والادهان فإن قلنا أنها يبيع لم يجر أن يتفرقا من غير قبض
ولم يجر قسمتها إلا بالكيل كما لا يجوز في البيع ، وإن قلنا أنها فرز النصيبين لم
يجرم التفريق فيها قبل التقابض ويجوز قسمتها بالكيل والوزن

وإن كانت بينهما ثمرة على شجرة ، فإن قلنا إن القسمة يبيع لم تجز قسمتها
خرصاً كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصاً ، وإن قلنا أنها تميز الحقين فإن
كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص ، وإن
كانت ثمرة النخل والكرم جار لأنه يجوز خرصها للفقراء في الزكاة لجواز للشركاء
(فصل) وإن وقف على قوم نصف أرض وأراد أهل الوقف أن يقاسموا
صاحب المطلق ، فإن قلنا إن القسمة يبيع لم يصح ، وإن قلنا أنها تميز الحقين نظرت
فإن لم يكن فيها رد صححت وإن كان فيها رد ، فإن كان من أهل الوقف جاز لأنهم
يتنازعون المطلق ، وإن كان من أصحاب المطلق لم يجر لأنهم يتنازعون الوقف .

(فصل) وإن طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت فإن لم يكن
على واحد منهم ضرر في القسمة كالحبوب والادهان والثياب الغليظة وماتسارت
أجزاءه من الأرض والدور أجبر الممتنع لأن الطالب يريد أن ينفع به على
الكامل وأن يتخلص من سوء المداركة من غير إضرار بأحد فوجبت اجابته إلى
ما طلب ، وإن كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة التي تنقص قيمتها
بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصنف لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه
وسلم ، لا ضرر ولا إضرار ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة

المال ، ولأنه إن تلاف مال وسفه يستحق بها الحجر فلم يجبر عليه ، وإن كان على أحدهما ضرر دون الآخر فظرت فإن كان الضرر على الممتنع أجبر عليها . وقال أبو ثور رحمه الله : لا يجبر لأنها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما ، وهذا خطأ لأنه يطلب حقا له فيه منفعة فوجب الإجابة اليه ، وإن كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل لا يملك إلا ما يقص به دينه ، وإن كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجبر لأنه قسمة لا ضرر فيها على أحدهما فأجبر الممتنع كما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب

(والثاني) أنه لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه يطلب ما لا يستضر به فلم يجبر الممتنع ، ويخالف إذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ما ينتفع به ، وهذا يطلب ما يستضر به ، وذلك سفه فلم يجبر الممتنع

(فصل) وإن كان بينهما دور أو أراض مختلفة في بعضها فخل وفي بعضها شجر ، أو بعضها يسقى بالسبح وبعضها يسقى بالناضح وطلب أحدهما أن يقسم بينهما إعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين ، قسم كل عين لأن كل واحد منهما له حق في الجميع لجاز له أن يطلب يحقه في الجميع ، وإن كان بينهما عضاد متلاصقة وأراد أحدهما أن يقسم أعيانا وطلب الآخر أن يقسم كل واحد منها على الانفراد ففيه وجهان (أحدهما) أنها تقسم أعيانا كالدار الواحدة إذا كان فيها بيوت (والثاني) أنه يقسم كل واحدة منها ، لأن كل واحدة على الانفراد تقسم كل واحد منها كالدور المنفردة

(فصل) فإن كان بينهما دار وطلب أحدهما أن تقسم فيجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع لأن العلو تابع للعرصة في القسمة ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة ، ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة لم يجب ، ولا يجوز أن يجعل التابع في القسمة منبوتا .

(فصل) وإن كان بين ملكهما عرصة حائط فأراد أن تقسم طولاً فيجعل

لكل واحد منهما نصف الطول في كمال العرض واتفقا عليه جاز ، وإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها لأنه لا ضرر فيها ، وإن أراد قسمتها عرضا في كمال الطول واتفقا عليه جاز ، وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يجبر لأنه لا تدخله القرعة ، لأنه إذا أقرع بينهما ربما صارهما مال كل واحد منهما إلى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به ، وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التي فيها رد

(والثاني) وهو الصحيح أنه يجبر عليها ، لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريرين أن ينتفع بمحصته إذا قسم فأجبر على القسمة ، كما لو أراد أن يقسمها طولاً ، فإن كان بينهما حائط فأراد قسمته نظرت فإن أراد قسمته طولاً في كمال العرض واتفقا عليه جاز ، وإن أراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان : (أحدهما) أنه لا يجبر لأنه لا بد من قطع الحائط وفي ذلك إتلاف (والثاني) أنه يجبر وهو الصحيح لأنه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فأجبر عليها كالعروة فإن أراد قسمته عرضاً في كمال الطول واتفقا عليها جاز ، وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لأن ذلك إتلاف وإفساد

(فصل) وإن كان بينهما أرض مختلفة الأجزاء بعضها عامر وبعضها خراب أو بعضها قوي وبعضها ضعيف أو بعضها شجر أو بناء وبعضها بياض أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح نظرت ، فإن أمكن التسوية بين الشريرين في جيده ورتبته بأن يكون الجيد في مقدمها والردىء في مؤخرها ، فإذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد منهما من الجيد والردىء مثل ما صار إلى الآخر من الجيد والردىء فطلب أحدهما هذه القسمة أجبر الآخر عليها ، لأنها كالأرض المتساوية الأجزاء في إمكان التسوية بينهما فيها ، وإن لم تمكن التسوية بينهما في الجيد والردىء بأن كانت العمارة أو الشجر أو البناء في أحد النصفين دون الآخر نظرت ، فإذا أمكن أن يتم قسمة تعديل بالقيمة بأن تكون الأرض ثلاثين جريباً وتكون عشرة أجرية من جيدها بقيمة عشرين جريباً من رديتها فدعا إلى ذلك أحد الشريرين وامتنع الآخر ففيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوى في الزرع وتوقف القسمة الى أن يتراضيا .

(والقول الثاني) أنه يجبر لوجود التساوى بالتعديل ، فعلى هذا في أجرة القسام وجهان .

(أحدهما) أنه يجب على كل واحد منهما نصف الأجرة ، لانهما يتساويان في أصل الملك .

(والثاني) أنه يجب على صاحب العشرة ثلث الأجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لنفاضلها في المأخوذ بالقسمة ، وان أمكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما الى قسمة التعديل ودعا الآخر الى قسمة الرد ، فإن قلنا : ان قسمة التعديل يجبر عليها فالقول قول من دعا اليها ، لأن ذلك مستحق ، وان قلنا : لا يجبر وقف الى أن يتراضيا على أحدهما .

(فصل) وان كانت بينهما أرض مزروعة وطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع وجبت القسمة ، لأن الزرع لا يمنع القسمة في الأرض فلم يمنع وجوبها كالفهاش في الدار ، وان طلب أحدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر ، لأن الزرع لا يمكن تعديله ، فإن تراضيا على ذلك فإن كان بذرا لم يجز قسمته لانه مجهول ، وان كان قد ظهر فإن كان بما لا ربا فيه كالقصيل والقطن جاز لانه معلوم مشاهد ، وان كان قد انعمد فيه الحب لم يجز لأننا ان قلنا ان القسمة بيع لم يجز لانه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ، ولانه قسمة مجهول ومعلوم ، وان قلنا ان القسمة فرز النصيبين لم يجز لانه قسمة مجهول ومعلوم

(فصل) وإن كان بينهما عبيد أو ماشية أو أخشاب أو ثياب فطلب أحدهما قسمتها أعيانا وامتنع الآخر ، فإن كانت متفاضلة لم يجبر الممتنع ، وان كانت متباعدة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس وأبي اسحاق وأبي سعيد الاصبخري أنه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لأنها متباعدة (والثاني) وهو قول أبي علي بن خيران وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يجبر الممتنع لأنها أعيان مختلفة فلم يجبر على قسمتها أعيانا كالذور المنفرقة

(فصل) وإن كان بينهما منافع فأرادا قسمتها مهايأة ، وهو أن تكون للمدين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر مثل تلك المدة جاز ، لأن المنافع كالأعيان تجاز قسمتها كالأعيان ، وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ، ومن أصحابنا من حكى فيه وجهاً آخر أنه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان ، والصحيح أنه لا يجبر لأن حق كل واحد منهما تعجيل فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة ، وبخالف الأعيان فإنه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد ، فإذا عقدا على مدة اختصر كل واحد منهما بمنفعة تلك المدة ، وإن كان يحتاج إلى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفى منفعته . وإن كسب العبد كسباً متناداً في مدة أحدهما كان لمن هو في مدته ، وهل تدخل فيها إلا كسب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية فيه قولان

(أحدهما) أنها تدخل فيها لأنها كسب فأشبهه المعتاد

(والثاني) أنها لا تدخل فيها لأن المهايأة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر والبيع لا يدخل فيه إلا ما يقدر على تسليمه في العادة ، والنادر لا يقدر على تسليمه في العادة ، فلم يدخل فيه ، فعلى هذا يكون بينهما .

(فصل) وينبغي للقاسم أن يحصى عدد أهل السهام ويعدل السهام بالاجزاء أو بالقيمة أو بالرد ، فإن تساوى عددهم وسهامهم كثلثة بينهم أرض أثلاثاً فله أن يكتب الاسماء ويخرج على السهام ، وله أن يكتب السهام ويخرج على الاسماء ، فإن كتب الاسماء كتبها في ثلاث رقاع في كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم بأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبنفقة أن يخرج رقعة على السهم الأول ، فنخرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثاني فنخرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث ، فإن كتب السهام كتب في ثلاث رقاع ، في رقعة السهم الأول ، وفي رقعة السهم الثاني ، وفي رقعة السهم الثالث ثم بأمر بإخراج رقعة على اسم أحد الشركاء ، أي سهم خرج أخذه ، ثم بأمر بإخراج رقعة على اسم آخر ، فأى سهم خرج أخذه الثاني ، ثم بتعين السهم الباقي للشريك الثالث .

وإن اختلفت سهامهم فإن كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف
قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداساً ويكتب الاسماء ويخرج على
السهام فيأمر أن يخرج على السهم الاول ، فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه
ثم يخرج على السهم الثاني إن خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثاني والذي يليه ،
لأن له سهمين وتعين الباقي لصاحب النصف

وإن خرجت الرقعة الاولى على اسم صاحب النصف أخذ السهم الاول
والذين يليانه وهو الثاني والثالث ثم يخرج على السهم الرابع ، فإن خرج اسم
صاحب الثلث أخذه والسهم الذي يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس
لصاحب السدس ، وإنما قلنا انه يأخذ مع الذي يليه ليفتقع بما يأخذه ولا يستنصر
به ولا يخرج في هذا القسم السهام على الاسماء لانه لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم
الرابع لصاحب النصف فيقول أخذه وسهمين قبله ، ويقول الاخران بل فأخذه
وسهمين بعده فيؤدى الى الخلاف والخصومة .

(فصل) واذا تراضى الشريكان الى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما
فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضى الشركاء ، لانه لما لم يعتبر التراضى في ابتداء
القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة ، فإن نصب الشريكان قسما فقسم بينهما
فالمقصود أنه يعتبر للتراضى في ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة ، وقال في
رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان
(أحدهما) أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما

(والثاني) أنه لا يلزم الحكم إلا برضاهما والقاسم مهنا بمنزلة هذا الحاكم لانه
نصبه للشريكان فيكون على قولين ، أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى
بعد خروج القرعة ، لانه لما اعتبر الرضا في الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة
والثاني أنه لا يعتبر ، لأن القاسم مجتهد في تعديل السهام والاقراع ، فلم يعتبر
الرضى بعد حكمه كالحاكم ، وان كان في القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم إلا
بالتراضى . وقال أبو سعيد الاصطخري تلزم من غير تراض كقسمة الاجبار ،

وهذا خطأ لأن في قسمته الاجبار لا يعتبر الرضى في الابتداء ، وههنا يعتبر باعتبار بعد القرعة .

(فصل) اذا تقاسما أرضاً ثم ادعى أحدهما غلطا ، فإن كان في قسمة اجبار لم يقبل قوله من غير بينة ، لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم ، فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة ، وان كان في قسمة اختيار نظرت فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وان أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا وان قسم بينهما قاسم نصباه ، فإن قلنا انه يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لأنه رضى بأخذ الحق ناقصا ، وان قلنا انه لا يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة ، فإن كان في القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب ، وعلى قول أبي سعيد الاصطخري هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله الا ببينة

(فصل) وان تنازع الشريكان بعد القسمة في بيت في دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه في سهمه ولم يكن له بينة نجالفا ونقضت القسمة كما قلنا في المتبايعين ، وان وجد أحدهما بما صار اليه عيناً فله الفسخ كما قلنا في البيع

(فصل) اذا اقتسما أرضاً ثم استحق بما صار لأحدهما شيء بعينه نظرت فإن استحق مثله من نصيب الاخر أمضيت القسمة ، وان لم يستحق من حصة الاخر مثله بطلت القسمة ، لأن لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع في سهم شريكه ، واذا استحق ذلك عادت الاشاعة ، واذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة في المستحق ، وهل تبطل في الباقي فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يبنى على تفريق الصفقة فإن قلنا ان الصفقة لا تفرق بطلت القسمة في الجميع ، وان قلنا انها تفرق صح في الباقي .

(والثاني) وهو قول أبي اسحاق أن القسمة تبطل في الباقي قولاً واحداً ،

لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لأن المستحق صار شريكاً لكل واحد منهما فبطلت القسمة

(فصل) إذا قسم أو ارتان التركة ثم ظهر دين على الميت فإيه يبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين ، وفيه وجهان فذكرناهما في القفلير ، فإن قلنا إن القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة ، وإن قلنا لإيهما بيع ففي نقضها وجهان والله أعلم

(الشرح) قسم غنائم بدر بشعب ... سبق تخريجه في باب الغنائم وروى البخارى ومسلم من حديث جابر ومن حديث ابن مسعود وغيرهما أنه صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم بين المسلمين

حديث (قسم غنائم خيبر ...) سبق تخريجه في باب الغنائم

حديث (قسم غنائم حنين ...) سبق تخريجه في باب الغنائم

أثر (أن علياً رضى الله عنه أعطى القاسم ...) لم أجده

حديث (لا ضرر ولا ضرار) أخرجه ابن ماجه والدارقطنى من حديث أبى سعيد ، وكذلك رواه مالك مرسلًا وحسنه النووى فى الأربعين النووية

حديث (نهى عن إضاعة المال) أخرجه البخارى ومسلم عن المغيرة بن شعبه . إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ورأد البنات ومنما وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال)

اللعنة قوله (فأرز قوم منه) أى أعطوهم ، والرزق العطاء ، ورزق الجند عطاؤهم ، وقولوا لهم قولاً معروفاً قال فى التفسير قولاً جميلاً للاعتذار

قوله (وإن كان فى القسمة رد) الرد ما يردده أحد الشريكين إلى صاحبه إذا لم يتعادل الجزءان فهرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل ، من رده إذا رجعه إليه .

قوله (فرز الصبين) الفرز مصدر فرزت الشيء أفرزه فرزاً إذا عزلته عن غيره ومبذته ، والقطعة منه فرزة بالكسر ، وكذلك أفرزته بالهمز وكذلك التمييز مثله ، لا ضرر ولا إضرار ، وقد ذكر

قوله (صاحب الطلق) بكسر الطاء هو ضد الوقف ، سمي طلقاً لأن مالكاً

مطلق التصرف فيه والوقت غير مطلق التصرف بل هو منوع من بيعة وهبته ،
والمطلق أيضا الحلال .

قوله (أراض) قال أهل النحو لا يجوز جمع أراض على أراض والصواب
أرضون بفتح الراء ، لأن أفاعل جمع أفعال كأحمر وأحمر وأفكل وأفاكل ، ولا
يجمع فعمل على أفاعل بل يجمع على أرضين وأراض في الفليل وأروض
أيضا ، وقال الجوهري : أراض جمع وآراض جمع الجمع

قوله (يسقى بالسبح) هو الماء الجاري على وجه الأرض ، وقد ذكر في
الزكاة ، والناضح البعير الذي يستقى عليه ، والائقي ناضحة وسانية ، والناضح الذي
ينضح على البعير أي يسوق السانية ويسقى بخلاف غيره

قوله (وإن كان بينهما عضائد) أراد دكاكين متلاصقة متوالية البناء ، قال
الجوهري : أعضاء كل شيء ما يسند حوله من البناء وغيره كأعضاء الحوض ،
وهي حجارة تنصب حول شفيره ، ولعلها سميت عضائد من هذا البناء ، ويقال
عضد من نخل إذا كانت منقطعة متساوية ، والمرصة هي ساحة فارغة لا بناء
فيها بين الدور ، والجمع المراص والمرصات ، والحائط معروف وهو الجدار ،
سمى حائطا لأنه يحيط بما دونه .

قوله (فأراد قسمتها مهايأة) المهايأة أصلها الإصلاح ، وهيأت الشيء أصلحته
وهي مفاعلة من ذلك ، فإذا تصالحا على هذه القسمة قبلها مهايأة ، والاكتساب
الإدارة التي تشذ وبعدم وجودها في كل حين

قوله (جزء مشاع) من أشعت الخبر أي أذعته فهو شائع في الناس لا يعلمه
واحد دون واحد ، كذلك الشيء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد
دون واحد قوله (الفرقة) ذكرنا أن الفرقة ما يتركه الميت تراثا فعه من الترك
والنظر في هذا للكتاب في :

١ - القائم ٢ - المقسوم عليه ٣ - القسمة

والقسمة تنقسم أولا إلى قسمين (١) قسمة رقاب الاموال (٢) منافع الرقاب

فأما فسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام :

١ - فسمة قرعة بعد تقويم وتعديل

٢ - فسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل

٣ - فسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل

وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن . وأما الرقاب فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : مالا ينقل ولا يحول وهي الرباع والأصول ، وما ينقل ويحول ، وهذا قسمان ، إما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض ، وإما مكيل أو موزون ، ففي هذا الباب ثلاثة فصول : الأول في الرباع والأصول ، والثاني في العروض ، والثالث في المكيل والموزون

الرباع والأصول

فيجوز أن تقسم بالتراخي وبالسهمه إذا عدلت بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقاً مهيئاً . وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه ، والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة ، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا قسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام وبمجرى الشركاء . على ذلك ، وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه ، فاختلص في ذلك مالك وأصحابه ، فقال مالك أنها تقسم بينهم إذا دعى أحدهم لذلك ، ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه ، مثل قدر القدم ، وبه قال ابن كنفانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي

وقال ابن القاسم لا يقسم إلا أن يصر لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة ، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن .

وقال ابن الماجشون يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل ، وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر في حظه كل واحد ما ينتفع به لم يقسم ، وإن صار في حظه بعضهم ما ينتفع به وفي حظه بعضهم مالا ينتفع به قسم وجوهوا على ذلك ، سواء

دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ؛ ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف .

واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعة إلى منفعة أخرى مثل الحمام ، فقال مالك يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب . وقال ابن القاسم لا يقسم ، وهو قول الشافعي ، فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار .

وقوله (لا تمضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم) والتمضية التفرقة وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى : بما قل أو أكثر نصيبا مفروضا . أما إذا كانت الرباع أكثر من واحد فإنها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد ومختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون ، فقال مالك إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة

وقال أبو حنيفة والشافعي : بل يقسم كل عقار على حدته ، فعمدة ذلك أنه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة ، وعمدة الفريق الثاني أن كل عقار قائم بنفسه لأنه يتعلق به الصفعة .

واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة في النفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال .

وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهم ، ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها بانفلاق ، وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف ، وأما إن كان بعد الإبار فإنه لا يجوز إلا بشرط .

وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوّم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فإذا قسمت على هذه الصفات وحملت وكفبت في بطائق أسماء المشتركين وأسماء الجهات ، فنخرج اسمه في جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء في الجهات ، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب ، والسهمه إنما

جعلها الفقهاء في القسمة تطيباً لنفوس المتقاسمين ، وهي موجودة في الشرع في قوله تعالى ، فسام فكان من المدحضين ، ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم ، والاثر الصحيح الذي جاء فيه أن رجلاً اعتق سنة أعبد عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث ذلك الرقيق وأما القسمة بالراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المنفقة والمختلفة .

(العروض)

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منها للفساد الداخل في ذلك ، واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة مذهبها ولم يتراضيا الانتفاع بها على الشيعاء وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذ بالقيمة التي أعطى فيها أخذته .

وقال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع ، وحجة مالك أن في ترك الإجماع ضرراً وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا في غير ماموضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضروري في بعض الأشياء ، وأما إذا كانت العروض أكثر من جفس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على الراضى واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه

(المكيل والموزون)

فلا يجوز فيه الفرعة بانفاق ، والمكيل لا يخلو أن يكون صورة أو صبرتين فزائداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف في جواز قسمته على الراضى على التفصيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى ، أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز قسمته جزأاً بغير كيل ولا وزن ، وأما إن كانت قسمته تحريماً ففيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون

ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه نحرأ ، وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكأنا صنفين ، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنعة المعروفة فيما يوزن ، لأنه إن كان يتمكّل بمحول لم يدرك يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كله مذهب مالك ، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل المعروف بالتمكّيل المعروف أو الصنعة المعروفة

(قسمة المنافع)

فإنها لا تجوز بالسهم على مذهب ابن القاسم ولا يجز عليها من أباما ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجز على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمبايعة ، وذلك إما بالآزمان وإما بالاعيان ، أما قسمة المنافع بالآزمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة متساوية مدة انتفاع صاحبه ، وأما قسم الاعيان بأن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة ، وفي قسمة المنافع بالآزمان واختلاف في تحديد المدة التي يجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض . وذلك أيضا فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول ، فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة . وذلك في الاغتلال والانتفاع ، وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع

واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال ، فقيل اليوم الواحد ونحوه ، وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز في خمسة الأيام ، وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا .

وأما التهاؤ في الاعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها ، فقيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين ولا يجوز ذلك

في الفلز والكراء إلا في الزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التمايز بالآ زمان
وكذلك القول في استخدام العبد والدواب بحرى القول فيه على الاختلاف
في قسمتها بالزمان .

وقالت الحنابلة : والقسمة نوعان عن تراض أو إجبار ولا قسمة في مشترك
إلا برضا الشركاء كما هم حيث كان في القسمة ضرر ينقص القيمة كحمام ودور
صغار وشجر مفرد وحيوان ، وحيث تراضيا صحه وكانت يما يثبت فيها ما يثبت
فيه من الاحكام .

وإن لم يراضيا ودعا أحدهما شريكه الى البيع في ذلك أو الى بيع عبد أو
هيمه أو سيف ونحوه مما هو شركة بينهما أجزا ان امتنع ، فإن أبى بيع عليهما
وقسم الثمن ولا إجبار في قسمة المنافع ، فإن اقتسماها بالزمن كهذا شهراً والآخر
مثله أو بالمكان كهذا في بيت والآخر في بيت صح جائزا ولكل الرجوع

الدوع الثاني قسمة إجبار وهي ما لا ضرر فيها ولا رد عوض ، وتأتى في
مكيل وموزون وفي دار كبيرة وأرض واسعة ويدخل الشجر تبعاً ، وهذا النوع
ليس يما فيجبر الحاكم أحد الشريكين إذا امتنع ، ويصح أن يتقاسما بأنفسهما
وأن ينصبا قاسما بينهما ، ويشترط إسلامه وعدالته وتكليفه ومعرفته بالقسمة
وأجرته على قدر أملاكهما ، وان تقاسما بالقرعة جاز ولو تمت القسمة بمجرد
خروج القرعة ولو فيها فيه رداة وضرر

وان خير أحدهما الآخر بلا قرعة وتراضيا لزم بالفرق ، وان خرج في
فصيب أحدهما عيب جهله خير بين فسخ وامساك وأخذ الارش ، وان غبن
غنيا فاحشا بطلت ، وان ادعى كل أن هذا من سهمه تحالفا ونقضت ، وان
حصلت الطريق في حصة أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الدعوى والميقات

لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية ، لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول ، فإن كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة ، وإن كان عينا باقياً ذكر صفتها ، وإن ذكر قيمتها كان أحوط ، وإن كانت العين تالفة ، فإن كان لها مثل ذكر صفتها ، وإن ذكر القيمة كان أحوط ، وإن لم يكن لها مثل ذكر قيمتها ، وإن كان المدعى سيفاً محلياً أو لجاماً محلياً ، فإن كان بفضة قومه بالذهب ، وإن كان بالذهب قومه بالفضة ، وإن كان محلياً بالذهب والفضة قومه بما شاء مذهباً .

وإن كان المدعى مالا عن وصية جاز أن يدعى بمجهولاً ، لأن بالوصية يملك المجهول ، ولا يلزم في دعوى المال ذكر السبب الذي يملك به لأن أسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه ، وإن كان المدعى قتيلاً لزمه ذكر صفته وأنه عمد أو خطأ وأنه انفرد به أو شاركه فيه غيره ، وبذكر صفة العمد لأن القتل لا يمكن تلافيه ، فإذا لم يبين لم تؤمن أن يقتصر فيها لا يجب فيه القصاص ، وإن كان المدعى نكاحاً فقد قال الشافعي رحمه الله : لا يسمع حتى يقول نكحتها بولي وشاهدين ورضاها ، فن أصحابنا من قال لا يشترط لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال ، وما قال الشافعي رحمه الله ذكره على سبيل الاستحباب ، كما قال في امتحان الشهود إذا ارتاب بهم

ومنهم قال إن ذلك شرط لأنه مبني على الاحتياط وتعلق العقوبة بنفسه ، فشرط في دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل

ومنهم قال إن كان يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكره لأنه شرط في الابتداء ، وإن كان يدعى استدامة النكاح لم يشترط لأنه ليس بشرط في الاستدامة ، وإن ادعت امرأة على رجل نكاحاً ، فإن كان مع النكاح حق ندهيه من مهر أو نفقة سمعت دعواها ، وإن لم تدع حقاً سواه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج على المرأة فإذا ادعت المرأة كان ذلك اقراراً ، والإقرار لا يقبل مع انكار المقر له ، كالأقرب له بدار .

(والثاني) أنه تسمع لأن النكاح يتضمن حقوقاً لها فصحت دعواها فيه ، وإن كان المدعى ببعاً أو اجارة ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدهما) أنه لا يفتقر إلى ذكر شروطه لأن المقصود به المال فلم يفتقر إلى ذكر شروطه كدعوى المال

(والثاني) أنه يفتقر إلى ذكر شروطه لأنه دعوى عقد فافتقر إلى ذكر شروطه كالنكاح .

(والثالث) أنه إن كان في غير الجارية لم يفتقر لأنه لا يقصد به غير المال وإن كان في جارية افتقر لأنه يملك به الوطء فأشبه النكاح ، وما لزوم ذكره في الدعوى ولم يذكره ، سأل الحاكم عنه ليدكره ، فتصهر الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها .

(فصل) وإن ادعى عليه مالا مضاعفاً إلى سببه فإن ادعى عليه ألفاً اقترضه أو أتلف عليه فقال ما أقرضني أو ما أتلفني عليه صح الجواب لأنه أجاب عما ادعى عليه ، وإن لم يمرض لما ادعى عليه بل قال لا يستحق علي شيئاً صح الجواب ولا يكلف انكار ما ادعى عليه من القرض أو الأتلاف لأنه يجوز أن يكون قد أقرضه أو أتلف عليه ثم قضاه أو أبراه منه ، فإن أنكره كان كاذباً في إنكاره وإن أقر به لم يقبل قوله أنه قضاه أو أبراه منه فبستضر به ، وإن أنكر الاستحقاق كان صادقاً ولم يكن عليه ضرر .

(فصل) وإن ادعى على رجل ديناً في ذمته فأنكره ولم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ، لكن اليمين على المدعى عليه ، ولأن الأصل براءة ذمته فجعل للقول قوله وإن ادعى علينا في يده فأنكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قصة الحضرمي والكندى شاهداك أو يمينه ، ولأن الظاهر من اليد

المالك فقبل قوله ، وإن تداعيا عينا في يدهما ولا بينة حلغا وجعل المدعى بينهما
فصين لما روى أبو موسى الأشعري رضى الله عنه أن رجلين تداعيا دابة ليس
لأحدهما بينة فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، ولأن يد كل واحد
منهما على نصفها فكان النزول فيه قوله ، كما لو كانت العين في يد أحدهما .

(فصل) وإن تداعيا عينا ولأحدهما بينة وهي في يدهما أو في يد أحدهما
أو في يد غيرهما حكم لمن له البينة لقوله صلى الله عليه وسلم ، شاهدان أو يمينه ،
فبدأ بالحكم بالشهادة ، ولأن البينة حجة صريحة في إثبات الملك لا تهمة فيها ،
واليد تحتمل الملك وغيره ، والذي يقو بها هو اليمين وهو متهم فيها فقدمت البينة
عليها ، وإن كان لكل واحد منهما بينة نظرت فإن كانت العين في يد أحدهما
فضى لمن له اليد من غير يمين . ومن أصحابنا من قال لا يقضى لصاحب اليد من
غير يمين لأن بينته تعارضها بينة المدعى فتسقطها ويبقى له اليد . واليد لا يقضى
بها من غير يمين ، والمنصوص أنه يقضى له من غير يمين لأن معه بينة معها
ترجيح وهو اليد ومع الآخر بينة لا ترجيح معها ، والحجتان إذا تعارضا ومع
إحدهما ترجيح قضى بالي معها الترجيح ، كالتخبرين إذا تعارضا ومع أحدهما
قياس ، وإن كانت العين في يد أحدهما فأقام الآخر بينة ففضى له وسلمت العين
اليه ثم أقام صاحب اليد بينة أنها له فنقض الحكم وردت العين اليه ، لأننا حكمنا
للآخر ظناً منا أنه لا بينة له ، فإذا أتى بالبينة بان لنا أنه كانت له يد وبينة فقدمت
على بينة الآخر .

(فصل) وإن كان لكل واحد منهما بينة واليمين في يدهما أو في يد غيرهما
أو لا يد لأحدهما عليها تعارضت البيعتان ، وفيهما قولان (أحدهما) أنهما
يسقطان وهو الصحيح لأنهما حجفتان تعارضتا ولا مزية لأحدهما على الأخرى
فسقطتا كالتصين في الحادثة ، فعلى هذا يكون الحكم فيه ، كما لو تداعيا ولا بينة
لواحد منهما .

(والثاني) أنهما يستمellan وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال . أحدها أنه
يوقف الأمر إلى أن ينكشف أو يصطلحا ، لأن إحداها صادقة والأخرى كاذبة
ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف ، كالمرأة إذا زوجها ولبان أحدهما بعد

الأخر ولسى السابق منهما . والثاني أنه يقسم بينهما لأن البينة حجة كاليد ، ولو استويا في اليد قسم بينهما فكذلك إذا استويا في البينة . والثالث أنه يقرع بينهما فنخرجت له القرعة حكم له لأنه لا مزية لإحداها على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين إذا أراد الزوج السفر بإحداها

(فصل) وان كانت بيعة أحدهما شاهدين وبيعة الآخر أربعة وأكثر فهما متعارضتان وفيهما القولان لأن الاثنين مقدران بالشرع فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء ، وإن كانت إحدى البيعتين أعدل من الأخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان ، ولأنهما متساويتان في إثبات الحق

وإن كانت بيعة أحدهما شاهدين وبيعة الآخر شاهداً وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان لأنهما يتساويان في إثبات المال ، وإن كانت بيعة أحدهما شاهدين وبيعة الآخر شاهداً وبينا فقيه قولان (أحدهما) أهميتهما رضان وفيهما القولان لأنهما يتساويان في إثبات المال (والقول الثاني) أنه يقضى لمن له الشاهدان لأن بيئته مجمع عليها وبيئته الآخر مختلف فيها

(فصل) وان كانت العين في يد فهرها فشهدت بيعة أحدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بيعة الآخر أنه ملكه من سنتين فقيه قولان . قال في الهويطى هما سواء لان القصد إثبات الملك في الحال وهما متساويتان في إثبات الملك في الحال . والقول الثاني أن التي شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزني وهو الصحيح لأنها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه البيعة الأخرى . وأما إذا كان الشيء في يد أحدهما فإن كان في يد من شهد له بالملك المتقدم حكم له ، وإن كان في يد الآخر فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس رحمه الله يبنى على القواين في المسئلة قبلها ، ان قلنا انهما يتساويان حكم لصاحب اليد ، وان قلنا ان التي شهدت بالملك المتقدم تقدم قدمت ههنا أيضاً لأن للترجيح من جهة البيعة أولى من الترجيح باليد .

ومن أصحابنا من قال يحكم به لمن هو في يده قولاً واحداً لأن اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم .
وأما إذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بيعة أنها ملكه نتجت في ملكه ، وأقام

الآخر أنها دابته ولم يذكر النتائج فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس
الحكم فيه كالحكم في الشهادة بالملك المتقدم وفيها قولان ، لان الشهادة بالنتائج
كشهادته بالملك المتقدم .

وقال أبو اسحاق : يحكم لمن شهد له البيعة بالنتائج قولاً واحداً ، لأن بيعة
النتائج تنفي أن يكون الملك لغيره ، والبيعة بالملك المتقدم لا تنفي أن يكون الملك
قبل ذلك لغير المشهود له .

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد رجل وأقام بيعة أن هذه الدار كانت
في يده أو في ملكه أمس فقد نقل المرنى والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة ،
وحكى البويطى أنه يحكم بها ؛ فقال أبو العباس فيها قولان : أحدهما أنه يحكم
بذلك لأنه قد ثبت بالبيعة أن الدار كانت له والظاهر بقاء الملك . والقول الثاني
أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لأنه ادعى ملك الدار في الحال وشهد له البيعة
بما لم يدعه فلم يحكم بها ، كما لو ادعى داراً فشهدت له البيعة بدار أخرى . وقال
أبو اسحاق لا يحكم بها قولاً واحداً ، وما ذكره البويطى من تخريجه

(فصل) وان ادعى رجل على رجل داراً في يده وأقر بها لغيره نظرت فإن
صدقه المقر له حكم له ، لأنه مصدق فيما في يده ، وقد صدقه المقر له لحكم له
وتنقل الخصومة الى المقر له ، فإن طلب المدعى بين المقر أنه لا يعلم أنها له
ففيه قولان بناء على من أقر بشيء في يده لغيره ثم أقر به لآخر ، وفيه قولان :
(أحدهما) يلزمه أن يقرم للثاني

(والثاني) لا يلزمه ، فإن قلنا يلزمه أن يقرم حلف لأنه ربما خاف أن يحلف
فيقر للثاني فيقرم إليه ، وان قلنا لا يلزمه لم يحلف لأنه ان خاف من اليمين فأقر
للثاني لم يلزمه شيء فلا فائدة في تحليفه ، وان كذبه المقر له ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها الى أن يحدد
صاحبها ، لان الذي في يده لا يدعيها والمقر له أسقط اقراره بالتكذيب وليس
للمدعى بيعة فلم يبق الا أن يحفظها الحاكم كاملاً للضال
(والثاني) وهو قول أبي اسحاق أنه يسلم الى المدعى ، لأنه ليس ههنا من

يدعيه غيره ، وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى ، وان أقر بها الغائب ولا بينة وقف الأمر الى أن يقدم الغائب لأن الذي في يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بها فوجب التوقف ، فإن طلب المدعى بين المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ما ذكرناه من القولين . وان كان للمدعى بينة قضي له ، وهل يحتاج الى أن يحلف مع البينة فيه وجهان :

(أحدهما) أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لأننا حكمنا بإقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ، ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير بين (والثاني) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يحتاج أن يحلف لأنه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه ، وان كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمقصود أنه يحكم ببينة المدعى وتسلم اليه ، ولا يحكم ببينة المدعى عليه وان كان معها يد لأن بينة صاحب اليد إنما يقضى بها اذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بملك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته

وحكى أبو اسحاق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال : ان كان المقر للغائب يدعي أن الدار في يده ودهية أو عارية لم تسمع ببينته ، وان كان يدعي أنها في يده بإجارة سمعت ببينته وقضى بها ، لأنه يدعي لنفسه حقا فسمعت ببينته فيصح المالك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة ، وهذا خطأ لأنه اذا لم تسمع البينة في اثبات الملك وهو الاصل ، فلأن لا تسمع لإثبات الاجارة وهي فرع على الملك أولى ، وان أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان

(أحدهما) أنه يقال له اقرارك لمجهول لا يصح ، فلما أن تقر بها المعروف أو تدعيها لنفسك أو نجملك ناكلا ويحلف المدعى ويقضى له

(والثاني) أن يقال له اما أن تقر بها لمعرف أو نجملك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لأنه بإقراره لغيره نفي أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد (فصل) اذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لأنها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تُلدها في ملك غيره ثم يملك الامة دونها فنكون ابنة أمته ولا تكون له

وان شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها في ملكه فقد قال الشافعي رحمه الله

حكمت بذلك ، وذكر في الشهادة بالملك المتقدم قولين ، فنقل أبو العباس جراب تلك المسألة الى هذه وجعلها على قولين ، وقال سائر أصحابنا يحكم بها همنا قولاً واحداً وهناك على قولين ، والفرق بينهما أن الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت في الحال ، والشهادة همنا بتام الملك وأنه حدث في ملكه فلم يفتقر الى اثبات الملك في الحال .

وان ادعى غزلاً أو طيراً أو آجراً وأقام البيعة أن للغزل من قطنه والطيور من بيضه والآجر من طينه فضى له ، لأن الجميع عين ماله وإنما تغيرت صفته .
(فصل) اذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكة من سنتين وأقام على ذلك بيعة وادعى آخر أنه ابتاعها منذ سنتين وأقام على ذلك بيعة قضى ببيعة الابتباع ، لان بيعة الملك شهدت بالملك على الاصل وبيعة الابتباع شهدت بأمر حادث خفي على بيعة الملك فقدمت على بيعة الملك كما تقدم بيعة الجرح على بيعة التعديل

(فصل) وان كان في يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بيعة حكم له لانه ابتاعها من مالكها ، وان شهدت له البيعة أنه ابتاعها منه وسلمها اليه حكم له لانه لا يسلم الا ما يملكه ، وان شهدت أنه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه للشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هي في يده لانه قد يبيع الانسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب اليد
(فصل) وان كان في يد رجل دار فادعاهما رجل وأقام البيعة أهما له أجراها ممن هي في يده وأقام الذي في يده الدار بيعة أهما له قدمت بيعة الخارج الذي لا يده له ، لان الدار المستأجرة في ملك المؤجر ويده وليس للمستأجر الا الانتفاع فنصهر كما لو كانت في يده دار وادعى رجل أهما له غصبه عليها الذي هي في يده وأقام البيعة فإنه يحكم بها للمغضوب منه .

(فصل) وان تداعى رجلان داراً في يد ثالث فهمد لأحدهما شاهدان أن الذي في يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان أنه أقر له بها قضى للمغضوب منه لانه ثبت بالبيعة أنه غاصب ، واقرار الغاصب لا يقبل لحكم بها للمغضوب منه .

(فصل) اذا ادعى رجل أنه ابتاع داراً من فلان ونقده الثمن وأقام على

ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه وتقدم الثمن وأقام على ذلك بينة وتاريخ أحدهما في رمضان وتاريخ الآخر في شوال قضى لمن ابتاعها في رمضان ، لأنه ابتاعها وهي في ملكه والذي ابتاعها في شوال ابتاعها بعد ما زال ملكه عنها ، وإن كان تاريخهما واحدا ، أو كان تاريخهما مطلقا أو تاريخ أحدهما مطلقا وتاريخ الآخر مؤرخا ، فإن كانت الدار في يد أحدهما قضى له لأن ماله بينة وبدا ، وإن كانت في يد البائع تعارضت البيئتان وفهما قولان ، أحدهما أنهما يسقطان والثاني أنهما يستعملان

فإن قلنا أنهما يسقطان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وقضى له ، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه . وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ، وإن أقر لها جعلت لها نصفين ، وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر ؟ على القولين

وإن قلنا أنهما يستعملان نظرت فإن صدق البائع أحدهما ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبي العباس أنها تجعل لمن صدقه البائع لأن الدار في يده فإذا أقر لأحدهما فقد نقل يده إليه فتصير له يد وبينة

وقال أكثر أصحابنا لا يرجع بإقرار البائع وهو الصحيح لأن البيئتين اتفقا على إزالة ملك البائع وإسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما في أحد الأقوال ويقسم بينهما في الثاني فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي ادعى أنه ابتاع به ، ولا يجيء القول بالوقف لأن المقود لا توقف

(فصل) وإن ادعى رجل أنه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها وتقدمه الثمن وأقام عليه بينة وادعى آخر أنه ابتاعها من عمرو وهو يملكها وتقدمه الثمن وأقام عليه بينة ، فإن كانت في يد أحدهما أو في يد أحد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح أنه لا ترجح البيئتين بقول البائع تعارضت البيئتان ، وفيهما قولان :

(أحدهما) أنهما يسقطان (والثاني) أنهما يستعملان ، فإن قلنا أنهما يسقطان رجع إلى من هو في يده ، فإن ادعاه لنفسه فاقول قوله ويحلف لكل واحد منهما ، وإن أقر لأحدهما سلم إليه . وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ،

وإن أقر لها جعل لكل واحد منهما نصفه ، وهل يحلف للآخر على النصف الآخر ؟ هل القولين ، وإن قلنا إنهما يستعملان أقرع بينهما في أحد الأقوال ويقسم بينهما في القول الثاني فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذي ادعى أنه ابتاعه ولا يجيء الوقف لأن العقود لا توقف

(فصل) وإن كان في يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف وأقام عليه بيعة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف وأقام عليه بيعة ، فإن كانت البيعتان بتاريخ واحد تعارضتا ، وفيهما قولان :

(أحدهما) أنهما يسقطان

(والثاني) أنهما يستعملان ، فإذا قلنا إنهما يسقطان رجع إلى قول من هي في يده ، فإن ادعاهما لنفسه وأكبر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له ، وإن أقر لأحدهما لزمه الثمن لمن أقر له وحلف للآخر قولاً واحداً ، لأنه لو أقر له بعد إقراره للأول لزمه له الألف لأنه يقر له بحق في ذمته فلزمه أن يحلف قولاً واحداً ، وإن قلنا إنهما يستعملان أقرع بينهما في أحد الأقوال ويقسم في القول الثاني ، ولا يجيء الوقف لأن العقود لا توقف وإن كانتا بتاريخين مختلفين ، بأن شهد بيعة أحدهما بعقد في رمضان ، وبيعة أحدهما بعقد في شوال لزمه الثمنان ، لأنه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه في رمضان من أحدهما ثم باعه واشتراه من الآخر في شوال .

وإن كانت البيعتان مطلقين ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يلزمه الثمنان ، لأنه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه في وقتين مختلفين

(والثاني) أنهما يتعارضان فيكون على القولين ، لأنه يحتمل أن يكونا في وقتين فيلزمه الثمنان ، ويحتمل أن يكونا في وقت واحد ، والأصل براءة الذمة .

(فصل) وإن ادعى رجل ملك عبد فأقام عليه بيعة وادعى آخر أنه باعه أو وقفه أو اعتقه وأقام عليه بيعة قدم للبيع والوقف والعتق لأن بيعة الملك شهدت بالأصل وبيعة البيع والوقف والعتق شهدت بأمر حادث خفي على بيعة الملك فتقدمت على بيعة الملك .

وإن كان في يد رجل عبد فادعى رجل أنه ابتاعه وأقام عليه بينة ، وادعى العبد أن مولاه أعتقه وأقام عليه بينة ، فإن عرف السابق منهما بالباريح قضى بأسبق التصرفين ، لأن السابق منهما يمنع صحة الثاني فقدم عليه ، وإن لم يعرف السابق منهما نعارضنا ، وفيهما قولان

(أحدهما) أنهما يسقطان ويرجع إلى من في يده العبد ، وإن كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد ، وإن صدق أحدهما قضى لمن صدقه والقول الثاني أنهما يستعملان فيقرع بينهما في أحد الأقوال فمن خرجت له الفرعة قضى له ويقسم في القول الثاني فيعتق نصفه ويحكم للبتاء بنصف الثمن ولا يجيء للقول بآزقف لأن العقود لا توقف

(فصل) قال في الام : إذا قال لعبد إن قتلت فأنت حر ، فأقام العبد بينة أنه قتل وأقام الورثة بينة أنه مات ففيه قولان

(أحدهما) أنه تتعارض البيئتان ويسقطان ويرق العبد ، لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفي الموت ، وبينة الموت تثبت الموت وتنفي القتل فتسقطان ويبقى العبد على الرق .

(والثاني) أنه تقدم بينة القتل ويعتق العبد لأن بينة الورثة تشهد بالموت وبينة العبد تشهد بالقتل ، لأن المقتول ميت ، ومعها زيادة صفة وهي القتل فقدمت ، وإن كان له عبدان سالم وغانم ، فقال لغانم إن مت في رمضان فأنت حر ، وقال لسالم إن مت في شوال فأنت حر ، ثم مات . فأقام غانم بينة أنه مات في رمضان ، وأقام سالم بينة بالموت في شوال ففيه قولان :

(أحدهما) أنه تتعارض البيئتان ويسقطان ويرق العبدان ، لأن الموت في رمضان ينفي الموت في شوال ، والموت في شوال ينفي الموت في رمضان فيسقطان ويبقى العبدان على الرق

والقول الثاني أنه تقدم بينة الموت في رمضان لأنه يجوز أن يكون قد علمت البيئة بالموت في رمضان وخفي ذلك على البيئة الأخرى إلى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم .

وإن قال لغانم إن مت من مرضي فأنت حر ، وقال لسالم إن برئت من مرضي

فأنت حر ثم مات فأقام غانم بيعة بالموت من مرضه ، وأقام -الم بيعة بأنه برى .
من المرض ثم مات فعارضت البيعتان وسقطنا ورق العبدان ، لأن بيعة أحدهما
أثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه ، والأخرى أثبتت البرء من مرضه ونفت
موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضنا وسقطنا ورق العبدان على الرق

(فصل) وإن اختلف المقاييمان في قدر الثمن أو اختلف المنكاريان في
في قدر الأجرة أو في مدة الاجارة ، فإن لم يكن بيعة فالحكم في النخال والفسخ
على ما ذكرناه في الفسخ في البيع ، وإن كان لأحدهما بيعة قضى له ، وإن كان
لكل واحد منهما بيعة فظرت فإن كانا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضى بالاول
منهما لأن العقد الاول يمنع صحة العقد الثاني ، وإن كانا مطلقتين أو مؤرختين
تاريخاً واحداً ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان ، وفيهما
قولان (أحدهما) أحما يسقطان ويصير كالو لم تكن بيعة فينحالف على
ما ذكرناه في البيع (والثاني) أنهما يستعملان فيقرع بينهما فنخرجت له القرعة
قضى له ولا يجزئ القول بوقف لأن العقود لا يوقف ولا يجزئ القول بالقسمة
لأنهما يتنازعان في عقد والعقد لا يمكن قسمته

وخريج أبو العباس قولاً آخر أنه إذا كان الاختلاف في قدر المدة أو
في قدر الأجرة قضى بالبيعة التي توجب الزيادة كالو شهدت بيعة أن لفلان عليه
التمأ وشهدت بيعة أن له عليه الفين ، وهذا خطأ لأن الشهادة بالالف لا تنفي
الزيادة عليه فلم يكن بينهما وبين بيعة الأخرى تعارض ، وهما أحد البيعتين بنفي
ما شهدت به البيعة الأخرى ، لأنه إذا عقد بأحد العوضين لم يجز أن يعقد
بالعوض الآخر فتعارضنا .

(فصل) إذا ادعى رجلان داراً في يد رجل وعزياً الدهوى الى سبب
يقضى اشتراكهما كالإرث عن ميت والابتاع في صفقة ، فأقر المدعى عليه
بنصفها لأحدهما شاركة الآخر ، لأن دعواهما تقتضي اشتراكهما في كل جزء
منهما ، ولهذا لو كان طعاماً فملك بعضه كان مالكاً منها وكان الباقي بينهما ، فإذا

جمد النصف وأقر بالنصف جمل المجهود بينهما والمقر به بينهما ، وان ادعيا ولم يعزيا الى سبب فأقر لأحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لأن دعواه لا تقتضي الاشتراك في كل جزء منه .

(فصل) وان ادعى رجلان دارا في يد ثالث اكل واحد منهما نصفها وأقر الذي هي في يده بجميعها لأحدهما نظرت فان كان قد سمع من المقر له الاقرار للدعى الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف اليه لانه أقر بذلك ، فإذا صار اليه لزمه حكم إقراره كرجل أقر لرجلين يمين ثم سارت اليمين في يده ، وان لم يسمع منه اقرار قاضي جميعها حكم له بالجميع ، لانه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لأن من له الجميع فله النصف ، ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى ، لأن على النصف بينة ، أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنفصل الخصومة اليه مع المدعى الآخر في النصف .

وان قال الذي في يده الدار فصفها له والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ، ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه يترك النصف في يده لانه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار وبقي على ملكه .

(والثاني) أن الحاكم ينزعه منه ويكون عنده لأن الذي في يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال
(والثالث) أنه يدفع الى المدعى الآخر لانه يدعيه وليس له مسحق آخر وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة ؛ فان عرف أنه كان نصرانيا نظرت فان كانت البيعتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام ، لأن من شهد بالنصرانية شهد بالاصل والذي شهد بالاسلام شهد بأمر حادث خفي على من شهد بالنصرانية ، فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل فان شهدت إحداها بأنه مات وآخر كلامه الاسلام وشهدت الاخرى بأنه مات

وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان ، وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون للقول قول النصراني لأن الظاهر منه (والثاني) أنهما يستعملان ، فإن قلنا بالقرعة أقرع بينهما فن خرجت له القرعة ورث ، وإن قلنا بأوقف وقف ، وإن قلنا بالقسمة فقه وجهان

(أحدهما) أنه يقسم كما يقسم في غير الميراث

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يقسم ، لأنه إذا قسم بينهما يتيقن الخطأ في توريثهما وفي غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم ، وإن لم يعرف أصل دينه تمارضت البيعتان ، سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين وفيها قولان :

(أحدهما) أنهما تسقطان ، فإن كان المال في يد غيرهما فالقول قول من في يده المال ، وإن كان في يديهما كان بينهما ، وإن قلنا أنهما يستعملان ، فإن قلنا يقرع أقرع بينهما ، وإن قلنا بوقف وقف إلى أن ينكشف ، وإن قلنا يقسم قسم . وقال أبو إسحاق لا يقسم لأنه يتيقن الخطأ في توريثهما ، والمنصوص أنه يقسم ، وما قاله أبو إسحاق خطأ لأنه يجوز أن يموت وهو نصراني فورثه ابنه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلما ليأخذ الجميع ، وينقل الميت ويصلى عليه في المسائل كلها ويدفن في مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه وإن كان مسلما كما قلنا في موتي المسلمين إذا اختلطوا بموت الكفار

(فصل) وإن مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان أن أباهما مات مسلما وأن أحد الابنين أسلم قبل موت الأب ، واختلفا في الآخر فقال أسلمت أنا أيضا قبل موت أبي فالمراث بيننا ، وإنكر الآخر فالقول قول المنفق على إسلامه لأن الأصل بقاؤه على الكفر .

ولو اتفقا على إسلامهما واختلفا في وقت موت الأب ، فقال أحدهما مات أبي قبل إسلامك فالمراث لي ، وقال الآخر بل مات بعد إسلامي أيضا فالقول قول الثاني لأن الأصل حياة الأب .

وإن مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنهن مسلمين ، فقال الابوان مات كاهرا وقال الابنان مات مسلما فقد قال أبو العباس بمحمل قولين :

(أحدهما) أن القول قول الأبوين ، لأنه إذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكوما بكفره إلى أن يعلم الإسلام

(والثاني) أن الميراث يوقف إلى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لأن الولد إما يتبع الأبوين في الكفر قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ، ويحتمل أنه كان مسلماً ويحتمل أنه كان كافراً فوقف الأمر إلى أن ينكشف

(فصل) وإن مات رجل وله ابن حاصر وابن غائب وله دار في يد رجل فادعى الحاضر أن أباه مات وأن الدار بينه وبين أخيه وأقام بينة من أهل الخبرة بأنه مات وأنه لا وارث له سواهما انتزعت الدار بمن هو في يده ويمسك إلى الحاضر نصفها وحفظ النصف للغائب ، وإن كان له دين في الذمة قبض الحاضر نصفه ، وفي نصيب الغائب وجهان :

(أحدهما) أنه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالمعين

(والثاني) أنه لا يأخذه لأن كونه في الذمة أحفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع إليه بضمين لأن في ذلك قدحا في البيعة ، وإن لم تكن البيعة من أهل الخبرة الباطنة أو كانت من أهل الخبرة إلا أنها لم تشهد بأنها لا تعرف له وارثاً سواه لم يدفع إليه شيء حتى يبعث الحاكم إلى البلاد التي كان يسافر إليها فيسأل هل له وارث آخر؟ فإذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع إليه . قال الشافعي رحمه الله : يأخذ منه ضمينا ، وقال في الأم : وأحب أن يأخذ منه ضمينا ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان :

(أحدهما) أنه يجب أخذ الضمين لأنه ربما ظهر وارث آخر

(والثاني) أنه يستحب ولا يجب لأن الظاهر أنه لا وارث له غيره ، ومنهم من قال إن كان الوارث ممن يجب كالأخ والعم وجب ، وإن كان ممن لا يجب كالابن استحب ، لأن من لا يجب يتيقن أنه وارث ، ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ، ومن يجب يشك في إرثه ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال إن كان الوارث غير مأمون وجب لأنه لا يؤمن أنه يضيع حق من يظهر ، وإن كان مأمونا لم يجب لأنه لا يضيع حق من يظهر ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وان كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين ، فإن شهد الشهود أنه لا وارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع إليه أكل للفرضين ولا يؤخذ منه ضمن ، وان لم يشهدوا أنه لا وارث له سواه ، أو شهدوا بذلك ولم يكونوا من أهل الخبرة دفع إليه أنقص الفرضين ، فإن كان زوجا دفع إليه ربع المال عائلا ، وان كان زوجة دفع إليها ربع الثمن عائلا ويوقف للباقي ، فإن لم يظهر وارث آخر دفع إليه الباقي

(فصل) وان ماتت امرأة وابنها ، فقال زوجها ماتت فورثها الابن ، ثم مات الابن فورثته ، وقال أخوها بل مات الابن أولا فورثته الام ثم ماتت فورثتها لم يورث مبيت من مبيت ، بل يجعل مال الابن للزوج ومال المرأة للزوج والاخ ، لانه لا يرث الا من تبين حياته عند موت مورثه ، وهمنا لا تعرف حياة واحد من اللبنتين عند موت مورثه فلم يورث أحدهما من الآخر كالغرقى

(فصل) وان مات رجل وله دار وخلف ابناً وزوجة ، فادعى الابن أنه تركها ميراثاً ، وادعت الزوجة أنه أصدقها الدار ، وأقام كل واحد منهما بينة ، قدمت بينة الوجة على بينة الارث ، لان بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الارث

(فصل) وان تداعى رجلان حائطا بين داريهما ، فإن كان مبغيا على تزييع أحدهما مساويا لها في السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفاً لبناه الدار الأخرى ولم تكن بينة لأحدهما قالقول قول من بنى على تزييع داره ، لان الظاهر أنه بنى لداره . وان كان لأحدهما عليه أزوج قالقول قوله لان الظاهر أنه بنى للأزوج ، وإن كان مطلقا وهو الذي لم يقصد به سوى السرة ولم تكن بينة حلقا وجعل بينهما لانه متصل بالملكين اتصالا واحدا

وان كان لأحدهما عليه جذوع ولم يقدم على الآخر بذلك لانهما الرتنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ، ووضع الجذوع يجوز أن يكون بإذن من الجار أو بقضاء حاكم يرى وضع الجذوع على حائط الجار ينهه رضاه يزيل ما تبقيته بأمر محتمل ، كما مات رجل عن دار ثم وجد الدار في يد أجنبي

(فصل) وإن تداعى صاحب السفلى وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما، لأنه حاجز توسط ملكيهما فكان بينهما كالحائط بين الدارين، فإن تنازعا في الدرجة، فإن كان تحتها مسكن فهي بينهما لأنهما متساويان في الانتفاع بها، وإن كان تحتها موضع جب ففيه وجهان

(أحدهما) أنهما يملكان ويحمل بينهما لأنهما يرتفقان بها

(والثاني) أنه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو، وإن تداعيا سلما منصوباً حلف صاحب العلو وقضى له، لأنه يختص بالانتفاع به في الصعود، وإن تداعيا ضمن الدار نظرت فإن كانت الدرجة في الصحن حلقاً وجعل بينهما، لأن لكل واحد منهما بدأ عليه، وإن كانت الدرجة في الدهليز ففيه وجهان:

(أحدهما) أنها بينهما لأن لكل واحد منهما بدأ، ولهذا تنازعا في أصل الدار كانت بينهما.

(والثاني) أنه لصاحب السفلى لأنها في يده، ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها.

(فصل) وإن تداعى رجلان مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر حلقاً وجعل بينهما لأن فيها منفعة لصاحب النهر لأنها تجمع الماء في النهر ولصاحب الأرض منها منفعة لأنها تمنع الماء من أرضه

(فصل) وإن تداعى رجلان دابة وأحدهما راكبها والآخر أخذ بملجامها حلف الراكب وقضى له. وقال أبو إسحاق رحمه الله هي بينهما لأن كل واحد منهما لو انفرد لكانت له، والصحيح هو الأول، لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضى له. وإن تداعيا عمامة وفي يد أحدهما منها ذراع وفي يد الآخر الباق حلقاً وجعلت بينهما، لأن يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة، وإن تداعيا عبداً ولا أحدهما عليه ثياب حلف وجعل بينهما، ولا يقدم صاحب الثياب لأن منفعة الثياب تعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب

(فصل) وإن كان في يد رجل عبد بالغ عاقل فداعى أنه عبده، فإن صدقه حكم له بالملك، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر الحرية، وإن كان

طفلا لا يميز بالقول قول المدعى لأنه لا يعبر عن نفسه وهو في بدء فهو كالبهيمة
وان بلغ هذا الطفل فقال لست بمملوك له لم يقبل قوله ، لأننا حكنا له بالملك
فلا يسقط بإنكاره .

وان جاء رجل فادعى أنه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه لأنه فيه اضرار
بصاحب الملك لأنه ربما يعتقد فيثبت له عليه الولاء . واذا ثبت نسبه لمن يدعى
النسب سقط حق ولائته ، وان كان مرافقا وادعى أنه مملوك فأنكر ففيه وجهان
(أحدهما) أنه لا يحكم بالملك لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع إنكاره
كالبائع (والثاني) أنه يحكم له بالملك وهو الصحيح لأنه لا حكم لقوله

(فصل) وان تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة حلفا
وجعل الجميع بينهما نصفين لأنه فى يدهما فجعل بينهما ، كما لو تداعيا الدار التى
يسكنان فيها ، وان تداعى المكبرى والمكبرى المتاع الذى فى الدار المكراة
فالقول قول المكبرى لان يده ثابتة على ما فى الدار ، وان تداعيا سلبا غير
مسمر فهو للمكبرى لأنه كالمتاع . وان تداعيا سلبا مسمرا فالقول قول المكبرى
لأنه من أجزاء الدار ، وان تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكبرى لأنها
متصلة بالدار فصارت كأجزائها ، وان كانت غير مسمرة فقد قال المصنف رحمه
الله أنهما يتحالفان ويجعل بينهما لان الرفوف قد ترك فى العادة وقد تنقل عنها
فيجوز أن تكون للمكبرى ويجوز أن تكون للمكبرى فجعل بينهما

(فصل) ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممنوع من دفعه لم يجوز
لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير إذنه لان الخيار فيما يقضى به الدين
الى من عليه الدين ولا يجوز أن يأخذ الا ما يعطيه ، وان أخذ بغير إذنه لزمه
رده ، فإن تلف ضمنه لأنه أخذ مال غيره بغير حق ، وان كان ممنوعا من أدائه
فإن لم يقدر على أخذه بالحام فله أن يأخذ من ماله لقوله صلى الله عليه وسلم
ولا ضرر ولا إضرار ، وفى منعه من أخذ ماله فى هذا الحال اضرار به ، وان
كان يقدر على أخذه بالحام بأن تكون له عليه بينة ففيه وجهان
(أحدهما) أنه لا يجوز أن يأخذه لأنه يقدر على أخذه بالحام فلم يجوز أن
يأخذه بنفسه .

(والثاني) وهو المذهب أنه يجوز لأن هذا قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يظنني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذته سرا . فقال عليه السلام خذي ما يكفينك وولدك بالمعروف . فأذن لها في الأخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم ، ولأن عليه في المحاكمة مشقة لجاز له أخذه ، فإن كان الذي قدر عليه من جلس حقه أخذ قدر حقه ، وإن كان من غير جنسه أخذه ولا يجوز أن يملكه لأنه من غير جلس ماله فلا يجوز أن يملكه ولكن يبيعه ويصرف ثمنه في حقه ، وفي كيفية البيع وجهان :

(أحدهما) أنه يواطىء رجلا ليقر له بحق وأنه ممنوع من أدائه فيبيع الحاكم المال عليه .

(والثاني) وهو المذهب أنه يبيع المال بنفسه لأنه بتعذر عليه أن يثبت الحق عند الحاكم وأنه ممنوع من بيعه فملك يبيعه بنفسه ، فإن تلفت العين قبل البيع ففيه وجهان : أحدهما أنها تلتف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه لأنها محبوسة لاستيفاء حقه منها ، فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن . والوجه الثاني : أنها تلتف من ضمان صاحب الحق لأنه أخذها بفهر إذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فإنه أخذها بإذن المالك فتلفت من ضمانه

(الشرح) حديث ابن عباس . أو أن الناس أعطوا . . . متفق عليه بلفظ ولو يعطى الناس بدهوهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ، وأخرجه البيهقي عن نافع عن ابن عمر وابن جبان عن مجاهد عن ابن عمر ، والترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، والدارقطني وإسناده عنده ضعيف

حديث في قصة الحضرمي . . . سبق تخريجه

حديث أبي موسى الأشعري ، أن رجلين تداخيا دابة . . . أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث جابر بلفظ . أن رجلين تداخيا دابة وأقام كل واحد منهما بيعة أنها دابته فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي في يده ، وإسناده ضعيف . وأخرج أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي أن رجلين اختصما

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بغير ، فأقام كل واحد منهما بيته أنه له ،
 فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، وذكر الاختلاف فيه على قتادة ، وقال
 البيهقي هو معلول فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن أنس عن
 بشر بن نبيك عن أبي هريرة .

ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان في صحيحه ، واختلف فيه على سعيد بن
 أبي عروبة ، فقبل عنه عن قتادة عن سعيد بن أبي ردة عن أبيه عن أبي موسى
 وقبل عنه عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة قال : أنبت أن رجلا ، قال
 البخاري قال سماك بن حرب أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث ، فعلى هذا لم يسمع
 أبو بردة هذا الحديث من أبيه ، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن
 قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة مرسل ، قال حماد حدثت به سماك بن
 حرب فقال أنا حدثت أبا بردة وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب : الصحيح أنه
 عن سماك مرسل . ورواه ابن شاذان عن أبي الأحوص عن سماك عن تميم بن
 طرفة أن رجلا ادعى بغيرا فأقام كل واحد منهما بيته أنه له فقصى النبي (ص)
 به بينهما ، ووصله الطبراني بذكر جابر بن سمرة ياستندين في أحدهما حجاج بن
 أرطاة والراوى عنه سويد بن عبد العزيز ، وفي الآخر ياسين الزيات
 والثلاثة ضعفاء .

حديثه شاهدك أو يمينه ، سبق تخريجه

حديثه لا ضرر ولا ضرار ، سبق تخريجه

حديثه أن هنداً قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ... متفق
 عليه عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان
 على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل
 شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وبكفي نبي إلا ما أخذت من ماله بغير علمه
 فهل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله (ص) : أخذت من ماله بالمعروف
 ما يكفبك وبكفي بريك ،

الغنة : المدعى في اللغة كل من ادعى نسباً أو علماً أو ادعى ملكاً في نوزع

فيه أو لم ينزع ، ولا يقال في الشرع مدع إلا إذا نازع غيره ، وسميت البيئة بهنة وهي الشهود ، لأنها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه من بان الشيء إذا ظهر ، وأبفته أظهرته وتبين لي ظهر ووضح .

قوله (امتحان للشهود) وهو اختبارهم ، محنت الشيء وامتحنته أى اخبرته والاسم المحنة وأصله من محنت البئر محناً إذا خرجت زابها وطينها
قوله (التدرجيج) مأخوذ من رجحان الميزان ، ورجحت بفلان إذا كنت أرزن منه ، وتقوم مراجيع في الحلم ، ومعناه أن يكون إحدى المحجتهن أقوى بزيادة شيء ليس في الأخرى

قوله (ونقده الثمن) النقد ضد الفقد وهو إحضاره في المجلس
قوله (وعزى الدعوى) يقال عزيت إلى أبيه ، وعزوته أى نسبته إليه ، واعزى هو أى انتمى وانسب ، وفي الحديث من تعزى بهزاه الجاهلية فأعضوه بين أبيه ، ولا تكذبوا أى من انسب وانتمى ، وذلك قولهم يا آل فلان
قوله (قدحا في البيئة) القدح مثل الجرح ، يقال قدحت في نسبة أى طمنت
قوله (أزع) على وزن فعل محرك مخفف ، الأزع ضرب من الابنية والجمع أزعج وآزاج ، قال الأعشى :

بناه سليمان بن داود حقة له أزعج صم وطوى موثق

ويروى أزعج طال وهو كالعقود في محاريب المساجد وبين الاساطين
قوله (موضع جب) هو السرداب ووعاء الماء ، وقد ذكرنا أن من الدار وسطها .

قوله (مسناة) قال الهروي : المسناة ضفين يبنى للسبيل يرده . سميت مسناة لأن فيها مفاتيح الماء ، يقال سفيك الشيء إذا فتحته . قال الشاعر :

إذا الله سنى عقد أمر تيمرا

وذكر في مواضع من الكتاب ما يدل أن المسناة تجمع الماء من النهر ، ولم أقف منه على حقيقة ، وقد ذكر أهل النفس في قوله تعالى (سبل العرم) أن العرم المسناة ، وكان ذلك سداً يجمع فيه ماء السبول
قوله (سراعاً) هو الذى قارب الاحتلام ، وقد ذكر

قوله (المتاع الذي في الدار) هو مهمنا الأثاث وآلات البيت والأبوية
ولا تصح الدعوى إلا من جاز التصرف حر مكلف رشيد ، وإن تداعيا
عينا لم تخل من أربعة أحوال :

١ - أن لا تكون بيد أحد ولا ثم ظاهر يعمل به ولا بينة فيتحالفان
ويتناصفانها ، وإن وجد ظاهر يرجح أنها لأحدهما عمل به فيحلف بها ويأخذها
٢ - أن تكون بيد أحدهما فهي له يمينه ، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول
ولو أقام بينة .

٣ - أن تكون بهديهما كشيء كل يملك بيمينه فيتحالفان ويتناصفانه ،
فإن قويت يد أحدهما كحيوان واحد سائقه والآخر راكبه فللثاني بيمينه لأن
تصرفه أقوى ، ومتى كان لأحدهما بينة فاليمين له لحديث الحضرمي والترمذي
فإن كان لكل واحد منهما بينة به وتساوتا من كل وجه وتعارضتا وتساقتا
فيتحالفان ويتناصفان ما بأيديهما ، يقترعان فيما عداه ، فن خرجت له القرعة
فهور بيمينه ، وإن كانت اليمين بيد أحدهما فهو داخل والآخر خارج ، وبينه الخارج
مقدمة على بينة الداخل لحديث البينة على المدعى واليمين على المدعى
عليه ، للترمذي .

لكن لو أقام الخارج بينة أنها ملكه والداخل بينة أنه اشتراها منه قدمت
بينة الداخل لما معها من زيادة العلم .

٤ - أن تكون بيد ثالث فإن ادعاهما لنفسه حلف لكل واحد يميناً ، فإن
نكل أخذها منه مع بدلها أي مثاها واقترط عليها ، وإن أقر بها لهما اقتسامها
وحلف لكل واحد يميناً وحلف كل واحد لصاحبه على النصف المحكوم له ،
وإن قال هي لأحدهما وأجهله فصدقه لم يحلف وإلا حلف يميناً واحدة ويقرع
بينهما ، فن قرع حلف وأخذها لحديث أبي هريرة ، أن رجلين تداعيا عينا
لم يكن لواحد منهما بينة ، فأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسدحها على
اليمين أحبا أم كرها ، أبو داود . وروى الشافعي نحوه عن ابن المسيب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اليمين في الدعاوى

إذا ادعى رجل على رجل حقاً فأنكره ولم يكن للدعى بينة ، فإن كان ذلك في غير الدم حلف المدعى عليه ، فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعى ، وقد بينا ذلك في باب الدعاوى ، وإن كانت الدعوى في دم ولم يكن للدعى بينة فإن كان في قتل لا يوجب القصاص نظرت فإن كان هناك لوث حلف المدعى خمسين يمينا وقضى له بالدية .

والدليل عليه ما روى سهل بن أبي جنمة أن عبد الله ومحصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما ، فأتى محصة وذكر أن عبد الله طرح في فقير أو عين ماء فأتى يهوداً فقال أتم واقه فلتمروه ؟ قالوا واقه ما قتلناه ، فأقبل هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن أخو المقتول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذهب محصة يتكلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للكبير الكبير ، فتكلم حويصة ثم تكلم محصة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما أن يدوا صاحبكم وإما أن ياذنوا بحرب من الله ورسوله ، فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فكتبوا إنا والله ما قتلناه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحصة وعبد الرحمن : أنحلّفون خمسين وتستنحون دم صاحبكم ؟ فقالوا لا ، قال أنحلّف لكم يهود ؟ قالوا لا ليسوا بمسلمين ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة ، قال سهل لقد ركضتني منها ناقة حراء ، ولأن باللوث تقوى جنبية المدعى ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعى إذا شهد له عدل وحلف معه .

وإن كانت الدعوى في قتل يوجب القود ففيه قولان : قال في القديم يجب القود بأيمان المدعى لأنها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كاليمين . وقال في الجديد لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم : إما أن يدوا صاحبكم أو ياذنوا بحرب من الله ورسوله ، فذكر الدية ولم يذكر القصاص ، ولأنه حجة لا يثبت

بها للكنكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين . فإن قلنا بقوله القديم وكانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم .

وقال أبو إسحاق رحمه الله لا يقتل إلا واحد بختاره الولي لأنها بيئة ضعيفة فلا يقتل بها جماعة ، وهذا خطأ لأن الجماعة عندنا تقتل بالواحد ، والقسامة على هذا القول كالبيئة في إيجاب القود فإذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة .

(فصل) وإن كان المدعى جماعة ففيه قولان (أحدهما) أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا . لأن ما حلف به الواحد إذا انفرد حلف به كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى

والقول الثاني : أنه يقسط عليهم الخمسون يمينا على قدر مواريتهم لأنه لما قسط عليهم ما يجب بأيمانهم من الدية على قدر مواريتهم وجب أن تقسط الأيمان أيضا على قدر مواريتهم ، وإن دخلها كسر جبر الكسر ، لأن اليمين الواحدة لا تنبعض فكملت ؛ فإن نكل المدعى عن اليمين ردت اليمين على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا لقوله عليه الصلاة والسلام : بيمينكم يهود منهم بخمسون يمينا ، ولأن التعليل بالعدد لحرمة النفس ، وذلك يوجد في يمين المدعى والمدعى عليه وإن كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا

(والثاني) أن الخمسين تقسط على عددهم ، والصحيح من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا ، والصحيح من القولين في المدعين أنهم يحلفون خمسين يمينا ، والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفي عن نفسه ما ينفيه لو انفرد ، وليس كذلك المدعون ، فإن كل واحد منهم لا يثبت لنفسه ما يثبتته إذا انفرد .

(فصل) فأما إذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم : لو أن للناس أعطوا بدعواهم لادهى ناس من الناس دماء ناس وأمواهم ولكن اليمين على المدعى عليه ، ولأن اليمين إنما جعلت في جنب المدعى عند اللوث لقوة جنبته باللوث ، فإذا عدم اللوث حصلت القوة في جنب المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته وعدم القتل فعادت اليمين إليه .

وهل تغلظ بالعدد؟ فيه قولان (أحدهما) أنها لا تغلظ بل يحلف بمينا واحدة، وهو اختيار المزنى لأنها بين توجهت على المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالعدد كما في سائر الدعاوى

(والثاني) أنها تغلظ فيحلف خمسين يمينا وهو الصحيح لأن التغلظ بالعدد حرمة الدم وذلك موجود مع عدم اللوث، فإن قلنا إنها بين واحدة فإن كان المدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة، فإن نكلوا ردت اليمين على المدعى، فإن كان واحدا حلف بمينا واحدة، وإن كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة، وإن قلنا يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينا. وإن كانوا جماعة فعلى القولين

(أحدهما) أنه يحلف كل واحد خمسين يمينا

(والثاني) أنه يقسط على عدد رؤوسهم فإن نكلوا ردت اليمين على المدعى فإن كان واحدا حلف خمسين يمينا، وإن كانوا جماعة فعلى القولين (أحدهما) أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا (والثاني) أنه يقسط عليهم خمسون يمينا على قدر مواريتهم من الدية. وإذا نكل المدعى عليه لحلف المدعى وقضى له، فإن كان في قتل يوجب المال قضى له بالدية، وإن كان في قتل يوجب القصاص وجب القصاص قولاً واحداً، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كاليمين في أحد القولين وكالإقرار في القول الآخر والقصاص يجب بكل واحد منهما

(فصل) وإن ادعى القتل على اثنين وعلى أحدهما ثبت دون الآخر حلف المدعى على صاحب اللوث أو جود اللوث وحلف الذي لالوث عليه لعدم اللوث وإن ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم على القتل لم تسمع دعواه لأنها دعوى محال، وإن ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وأنكر الحاضر حلف المدعى خمسين يمينا، فإن حضر الثاني وأنكر ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يحلف عليه خمسين يمينا، لأنهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما في يمينه فإذا انفرد وجب أن يكرر ذكره والوجه الثاني أنه يحلف خمسا وعشرين يمينا لأنهما لو حضرا حلف عليهما

خمسين يمينا ، فإذا انفرد وجب أن يحلف عليه نصف الخمسين ، فإن حضر الثالث وأدكر ففيه وجهان (أحدهما) أنه يحلف عليه خمسين يمينا (والثاني) أنه يحلف عليه ثلث خمسين يمينا ويجبر الكسر فيحلف سبع عشرة يمينا .

وإن قال قتل هذا عمداً ولا أعلم كيف قتله الاخران أقسم على الحاضر ووقف الأمر الى أن يحضر الاخران ، فإن حضرا وأقرا بالمدفني القود قولان ، وإن أقرا بالخطأ وجب على الأول تلك الدية مغلظة ، وعلى كل واحد من الاخرين تلك الدية مخففة ، وإن أدكر القتل ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يحلف لآه لا يعلم ما يحلف عليه ، ولا يعلم الحاكم ما يحكم به (والثاني) وهو قول أبي اسحاق أنه يحلف لأن جهله بصفة القتل ليس بهمل بأصل القتل ، فإذا حلف حبسا حتى يصفى القتل . وإن قال قتل هذا ونفر لا أعلم عددهم ، فإن قلنا إنه لا يجب القود لم يقسم على الحاضر لأنه لا يعلم ما يخصه ، وإن قلنا انه يجب القود ففيه وجهان (أحدهما) أنه يقسم لأن الجماعة تقتل بآراء واحد فلم يضرب الجهل بعددهم

(والثاني) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يقسم لأنه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم ما يخصه منها .

(فصل) واللوث الذي يثبت لأجله البين في جنية المدعى هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى ، فإن وجد القتل في محله أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لو تأ فيحلف المدعى ، لأن قبيل الانصار وجد في خيبر وأهلها أعداء للأنصار ، لجمل النبي (ص) البين على المدعين ، فصار هذا أصلاً لكل من يغلب معه على الظن صدق المدعى ، فيجمل القول قول المدعى مع يمينه ، وإن كان يخالطهم غيرهم لم يكن لو تأ لجواز أن يكون قتله غيرهم ، وإن تفرقت جماعة عن قبيل في دار أو بستان وادعى الولي أنهم قتلوه فهو لوث ، فيحلف المدعى أنهم قتلوه لأن الظاهر أنهم قتلوه ، وإن وجد قبيل في زحمة فهو لوث ، فإن ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضى له ، وإن وجد قبيل في أرض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث ، فإن ادعى الولي عليه القتل حلف عليه لأن الظاهر أنه قتله فإن كان هناك غيره من سبع أو رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف لأنه يجوز أن يكون قتله السبع أو الرجل المولى

وان تقابل طائفتان فوجد قنيل من احدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الاخرى ، فإن ادعى الولي أنهم قتلوه حلاف وقضى له بالدية ، لأن الظاهر أنه لم تقتله طائفة ، وان شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت ، فان جاءوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا ، لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطوا على الشهادة ، وان جاءوا متفرقين وانفقت أقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولي معهم ، وان شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل وجاءوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا ، لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطوا على الشهادة ، فان جاءوا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان .

(أحدهما) أن ذلك لوث ؛ لان اتفاهم على شيء واحد من غير تواطؤ يدل على صدقهم .

(والثاني) أنه ليس بلوث ، لانه لا حكم لحريم فلو أثبتنا بقولهم لوثا لجهلنا تحريم حكما ، وان قال المجرور قتلني فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا ، لانه دعوى ولا يعلم به صدقه فلا يجعل لوثا ، فان شهد عدل هل رجل بالقتل ، فان كانت الدعوى في قتل يوجب المال حلاف المدعى يمينا وقضى له بالدية ، لان المال يثبت بالشاهد واليمين ، وان كانت في قتل يوجب القصاص حلاف خمسين يمينا ويجب القصاص في قوله القديم والدية في قوله الجديد .

(فصل) وان شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالحصا لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأنه لم تنفق شهادتهما على قتل واحد ، وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة في جانب المدعى ، قال في موضع : يوجب القسامة ، وقال في موضع : لا يوجب القسامة .

واختلاف أصحابنا في ذلك فقال أبو اسحاق هو لوث يوجب القسامة قولاً واحداً لانهما اتفقا على اثبات القتل وانما اختلفا في صفته وجعل للقول الآخر غلطا من الناقل .

وقال أبو الطيب بن سائلة وابن الزكيل ان ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولاً واحداً ، لان كل واحد منهما يكذب الآخر فلا يغلب على الظن

صدق ما يدعيه ، والقول الآخر فلفظ من النـاقل ، ومنهم من قال في المسئلة قولان (أحدهما) أنه لو ثبت بوجوب القسامة ،

(والثاني) ليس بلوث ، ووجههما ما ذكرناه ، وإن شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأن أحدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالإقرار وثبت اللوث على المشهود عليه ونخالف المسئلة قبلها فإن هناك كل واحد منهما يكذب الآخر ، وهما كل واحد منهما غير مكذب للآخر بل كل واحد منهما يقوى الآخر فيحلف المدعى مع من شاء منهما ، فإن كان القتل خطأ حلف يميناً واحدة وثبتت الدية ، فإن حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لأنها تثبت بالإقرار ، وإن حلف مع من شهد بالإقرار المدعى خمسين يمناً ووجب له القصاص في أحد القولين والدية في الآخر ، وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه ولم يقل عمداً ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثاً ، لأنه لو حلف مع شاهده لم يمكن المحكم يمينه ، لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفى موجهه فسقطت الشهادة وبطل اللوث .

(فصل) وإن شهد شاهدان أن فلاناً قتل أحد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث فيحلف الولي على من يدعى القتل عليه ، لأنه قد ثبت أن المقتول قتل أحدهما فصار كالو وجد بينهما مقتول ، فإن شهد شاهد على رجل أنه قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث ، لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت في حقه لوث ، وإن ادعى أحد الوارثين قتل مورثه على رجل في موضع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث في حق المدعى فيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يسقط فيحلف ويستحق لصف الدية وهو اختيار المزني لأن القسامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد ، ثم المكذب أحد الوارثين لا يمنع

الأخر من أن يحلف مع الشهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يقسم مع اللوث .

(والقول الثاني) أنه يسقط ، لأن اللوث يدل على صدق المدعى من جهة الظن وتكذيب المنكر يدل على كذب المدعى من جهة الظن فتعارضوا وسقطا وبقي القتل بغير لوث فيحلف المدعى عليه على ما ذكرناه .

وإن قال أحد الابنين قتل أبي زيد ورجل آخر لا أعرفه ، وقال الآخر قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه أقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية ، لأن كل واحد منهما غير مكذب للآخر لجواز أن يكون الآخر هو الذي ادعى عليه أخوه ، فإن رجعا وقال كل واحد منهما عليه أن الآخر هو الذي ادعى عليه أخى أقسم كل واحد منهما على الذي ادعى عليه أخوه ويستحق عليه ربع الدية .

وإن قال كل واحد منهما عليه أن الآخر غير الذي ادعى عليه أخى صار كل واحد منهما مكذبا للآخر ، فإن قلنا : إن تكذيب أحدهما لا يسقط اللوث أقسم كل واحد منهما على الذي عينه ثانياً واستحق عليه ربع الدية .

وإن قلنا : إن التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة ، فإن أخذ شيئاً رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه ، وإن ادعى القتل على رجل عليه لوث لهماً آخر وقال أنا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعى من القسامة بإقراره وإقراره على نفسه لا يقبل ، لأن صاحب الدم لا يدعيه وهل للمدعى أن يرجع وبطال المقر بالدية فيه قولان .

(أحدهما) أنه ليس له مطالبته ، لأن دعواه على الأول إبراء لكل من سواه (والثاني) أن له أن يطالب ، لأن دعواه على الأول باللوث من جهة الظن والإقرار يمين لجواز أن يترك الظن ويرجع إلى اليقين ، وإن ادعى على رجل قتل العمدة فقبل له صف العمدة ففسره بشبه العمدة فقد نقل المزي أن لا يقسم ، وروى الربيع أنه يقسم ، فن أصحابنا من قال فيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يقسم لأن بقوله قتله عمداً أبرا المأففة ، وبفسيره أبرا
 القتائل (والقول الثاني) أنه يقسم ونجب الدية على المأففة ، لأن الممول على
 التفسير وقد فسره بشبه العمد ، ومنهم من قال يقسم قولاً واحداً لما بيننا
 وقوله (لا يقسم) معناه لا يقسم على ما ادعاه

(فصل) وإن كانت الدعوى في الجنابة على الطرف ولم تكن شهادة بالقول
 قول المدعى عليه مع يمينه لأن اللوث قضى به في النفس بحرمة النفس فلا يقضى
 به في الطرف كالكفارة ، وهل تغلظ اليمين فيه بالمدد؟ فيه قولان
 (أحدهما) لا تغلظ لأنه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغلظ بالمدد
 (والثاني) أنه تغلظ بالمدد لأنه يجب فيه القصاص والدية للمعاظفة فوجب فيه
 تغلظ اليمين ، فإن قلنا لا تغلظ حلف المدهي عليه يميناً واحداً ، وإن قلنا تغلظ
 فإن كان في جنابة توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يميناً ، وإن كان فيما
 لا توجب دية كاملة كاليد الواحدة ففي قدر التغلظ قولان
 (أحدهما) أنه يغلظ بخمسين يميناً لأن التغلظ لحرمة الدم ، وذلك موجود
 في اليد الواحدة .

(والثاني) أنه تغلظ بحصته من الدية ، لأن ديته دون دية النفس فلم تغلظ
 بما تغلظ به في النفس

(فصل) فإن كانت الدعوى في قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقتان :
 (أحدهما) أنه يبنى ذلك على أن المأففة هل تحمل قيمته بالجنابة ، فإن قلنا تحمل
 المأففة قيمته ثبتت فيه القسامة للسيد ، وإن قلنا لا تحمل لم تثبت القسامة .
 (والثاني) وهو قول أبي العباس أن للسيد القسامة قولاً واحداً ، لأن القسامة
 لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة ، فإن قلنا إن السيد يقسم أقسم
 المكاتب في قتل عبده ، فإن لم يقسم حتى يحجز عن أداء الكتابة أقسم المولى ، وإن
 قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات
 ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد؟ فيه قولان :
 (أحدهما) تقسم (والثاني) لا تقسم كما قلنا في غرماء الميت إذا كان له دين

وله شاهد ولم تخلف الورثة أن الغرماء يقسمون في أحد القولين ولا يشهدون في الآخر وقد بينا ذلك في التنفيس .

(فصل) وإن قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعى لم يقسم لأنه إذا أقدم على الردة وهي من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة فإن أقسم صحت القسم .

وقال المزني رحمه الله لا نصح لأنه كافر فلا يصح يمينه بالله ، وهذا خطأ لأن القصد بالقسامة اكتساب المال والمراد من أهل الاكتساب ، فإذا أقسم وجب القصاص لو ارثه أو الدية ، فإن رجع إلى الاسلام كان له ، وإن مات على الردة كان ذلك لبيت المال فينا .

وقال أبو علي بن خيران وأبو حفص بن الوكيل : يبنى وجوب الدية يقسامته على حكم ملكة ، فإن قلنا إن ملكة لا يزول بالردة أو قلنا إنه موقوف فعاد إلى الاسلام ثبتت الدية ، وإن قلنا إن ملكة يزول بالردة أو قلنا إنه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت الدية ، وهذا غلط لأن اكتسابه للمال يصح على الأقوال كلها ، وهذا اكتساب .

(فصل) ومن توجهت عليه يمينه في دم غلظ عليه في اليمين لما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضی الله عنه سر بقوم يحلفون بين الركن والمقام ، فقال أهلى دم؟ قيل لا ، قال أفعلی دظلم من المال؟ قيل لا ، قال لقد خشيت أن يبرها العاس بهذا المقام ، وإن كانت اليمين في نكاح أو طلاق أو أحد قذف أو غيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال فنلظ اليمين فيه كالدوم .

وإن كانت اليمين في مال أو ما يقصد به المال ، فإن كان يبلغ عشرين مثقالا غلظ وإن لم يبلغ ذلك لم يغلظ ، لأن عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم وبين ما دونه ، فإن كانت اليمين في دعوى عتق فإن كان السيد هو الذى يحلف ، فإن كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالا غلظ اليمين ، وإن لم تبلغ عشرين مثقالا لم يغلظ لأن المولى يحلف لإثبات المال ففرق بين القليل والكثير كأروش

الجنابيات فإن كان الذي يحلف هو العبد غلظ قلت قيمته أو كثرت لانه يحلف
لا لبات العتق ، والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال فلم تعتبر قيمته كدعوى
القصاص ، ولا فرقى بين أن يكون في طرف قليل الارش ، أو في طرف
كثير الارش .

(فصل) والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان وفي اللفظ ، فأما التغليظ
بالمكان ففيه قولان (أحدهما) أنه يستحب (والثاني) أنه واجب ، وأما التغليظ
بالزمان فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني رحمه الله أنه يستحب ، وقد بينا
ذلك في اللعان . وقال أكثر أصحابنا : إن التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان . وابه
قولان . وأما التغليظ باللفظ فهو مستحب ، وهو أن يقول والله الذي لا إله هو
عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، لما
روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أحلف رجلاً فقال قل والله الذي لا إله إلا
هو ، ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب ، وهذه الالفاظ أبلغ في الزجر
وأمنع من الاقدام على الكذب .

وان اقتصر على قوله (والله) أجزاء ، لان النبي صلى الله عليه وسلم اقتصر في
احلاف ركاة على قوله والله .

وان اقتصر على صفة من صفات الذات كقوله وعزة الله أجزاء لانها بمنزلة
قوله والله في الحنث في اليمين واجاب الكفارة . وان حلف بالمصحف وما فيه
من القرآن فقد حكى الشافعي رحمه الله عن مطرف أن ابن الزبير كان يحلف على
المصحف . قال ورأيت مطرفاً بصنعاء يحلف على المصحف ، قال الشافعي وهو
حسن ، ولان القرآن من صفات الذات ، ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة .

وان كان الحالف يهودياً أحلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه
من الفرق ، وان كان نصرانياً أحلفه بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ، وان
كان مجوسياً أو وثلياً أحلفه بالله الذي خلقه وصوره

(فصل) ولا يصح اليمين في الدعوى الا أن يستحلفه القاضي لان ركاة
ابن عبد يزيد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله انى طلقت امرأتى
سهيبة أئبته والله ما أردت الا واحدة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

واقه ما أردت إلا واحدة ، قال ركاة واقه ما أردت إلا واحدة ، ولأن الاعتبار بنية الحاكم فإذا حلف من غير استخلافه نوى ما لا يبحث به فيجعل ذلك طريقا إلى إبطال الحقوق ، وإن وصل يمينه استثناء أو شرطا أو وصله بكلام لم يفهمه أحاد عليه اليمين من أولها ، وإن كان الحالف أخرس ولا يفهم إشارته وقف الأمر إلى أن يفهم إشارة ، فإن طالب المدعى أن يرد اليمين عليه لم يرد اليمين عليه لأن رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ، ولا يوجد النكول ، فإن كان الذي عليه اليمين حلف بالطلاق أنه لا يحلف بيمين مغلظة ، فإن كان التغليظ مستحقا عليه لزمه أن يحلف .

وان حنت في يمينه بالطلاق كالو حلف بالطلاق أنه لا يحلف عند القاضي فإن امتنع جعل ناكلا وردت اليمين على خصمه ، وان كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه أن يحلف بيمين مغلظة ، وان امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلا

(فصل) وان حلف على فعل نفسه في نفي أو إثبات حلف على القطع لأن علمه محيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل ، وان حلف على فعل غيره فإن كان في إثبات حلف على القطع لأن له طريقا إلى العلم بما فعل غيره ، وان كان على نفي حلف على نفي العلم فيقول : والله لا أعلم أن أتأخذ منك مالا ولا أعلم أن أتأبرأك من دينه لأنه لا طريق له إلى القطع بالنفي فلم يكلف اليمين عليه

(فصل) وإن ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بأنه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف إلا على ما أجاب ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لأنه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه أو أبرأه منه ، فإذا حلف على نفي البيع والقرض حلف كافها ، وان أجاب بأنه ما باعني ولا أقرضني نفي الاحلاف وجهان

(أحدهما) أنه يحلف أنه لا يستحق عليه شيء ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لما ذكرناه من التعليل

(والثاني) أنه يحلف على نفي البيع والقرض لأنه نفي ذلك في الجواب فليزمه أن يحلف على النفي ، فإن ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر حلف أنه

لا يستحق عليه ما يدعيه ولا شيئاً منه فإن حلف أنه لا يستحق عليه الالف لم يجره لأن يمينه على نفي الالف لا يمنع وجوب بعضها

(فصل) وإن كان جماعة على رجل حق فوكلوا رجلاً في استخلافه لم يجر أن يحلف لهم بيميناً واحدة ، لأن لكل واحد منهم عليه بيميناً فلم تتداخل ، فإن رضوا بأن يحلف لهم بيميناً واحدة فقيه وجهان

(أحدهما) أنه يجوز كما يجوز أن يثبت بينة واحدة حقوق الجماعة

(والثاني) وهو المذهب أنه لا يجوز لأن القصد من اليمين الزجر وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجر ، وإن رضوا كما لو رضيت المرأة أن يقتصر الزوج في العان على شهادة واحدة

(الشرح) حديث سهل بن أبي خيثمة أن عبد الله ومحبصة خرجا ...

أخرجه مسلم والشافعي ، وأخرج بعضه البخاري والبيهقي عن سهل بن أبي خيثمة أن عبد الله بن سهل الأنصاري ومحبصة ابنا مسعود خرجا إلى خيبر ففرقا لحاجتهما ، فقتل عبد الله بن سهل ، فجاء عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحبصة ابنا مسعود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن أخو المقتول ليكلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الذكبر فتكلم حويصة ومحبصة فذكروا له شأن عبد الله بن سهل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أجحلف منكم خمسون فليستحقون قاتلكم أو صاحبكم ، فقالوا يا رسول الله لم نحضر ولم نفهد ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تبرئكم يهود بخمسين يمينا ؟ قالوا يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار ، قال فعقله النبي صلى الله عليه وسلم من عنده .

حديث ، أما أن يدوا صاحبكم ... ، أخرجه البيهقي

حديث ، تبرئكم يهود بخمسين يمينا ... ، سبق تخريجه

حديث ، لو أن الناس أعطوا بدعواهم ... ، سبق تخريجه

حديث ، اليمين على المدعين ... ، سبق تخريجه

حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم اقتصر في أحلاف ركافة على قوله والله

أخرجه البيهقي وذكره الشوكاني في نيل الأوطار بدون تخريج في الشرح
 حديث أن مطرف بن الزبير كان يحلف على المصحف
 قال الشافعي أخبرني مطرف بن مازن بإسناد لا أحفظه أن الزبير أمر بأن
 يحلف على المصحف وقال رأيت مطرفاً بصفاة يحلف على المصحف وقال قد
 كان من حكام الأفاق من يستحلف على المصحف وذلك عندي حسن فذكر
 البيهقي هذا كله في السنن الكبرى

حديث ، لأن ركاة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله إن
 طلق ... ، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى والشافعي

الغنة : اللوث بالفتح القوة . قال الاعشى

بذات لوث عفرناه إذا عثرت قالعصر أدنى لها من أن يقال لنا
 ومنه سمى الأسد لبنا ، فاللوث قوة جنبة المدعى ، وأما اللوث بالضم فهو
 الاسترخاء ، واللوثة مس جنون ، وسميت الإيمان ههنا القسامة لتكرارها
 وكثرتها ، وإن كانت كل يمين قسما ، وقيل لأنها تقسم على الأولياء في الدم
 قوله (من جهد أصابها) الجهد بالفتح المشقة ، وجهد الرجل فهو مجهود من
 المشقة ، يقال أصابهم قحط من المطر لجهدوا

قوله (طرح في فقير) الفقير مخرج الماء من القناة ، وهو حفر كالبر .
 وعبد الله بن سهل المقتول وأخوه عبد الرحمن بن سهل وحويلة ومحيسة
 ابنا مسعود .

قوله (الكبير الكبير) معناه ليبدأ الكلام الأكبر ، وكان عبد الرحمن أصغر
 من صاحبيه .

قوله (وإما أن يأذوا بحرب من الله) يأذوا يملوا والأذان الإعلام ،
 كأنه الإيقاع في الأذن

قوله (لحويسة ومحيسة) السماع فيهما بسكون الياء وياء التخفيف وبرهان
 الدين بن الحضرمي أسمعه بكسر الياء وبالشديد

قوله (يبرئكم يهود) أي يملقون فيبرءون من القتل ، يقال برئ من الدين
 وأبرأته أنا فهو برئ . واخل منه .

قوله (مغالطة) الغلط في الجسم الكثرة والنخوة والامتلاء ، وفيما سواه للكثرة ، فتعاط الايمان بكثرة للعدد وبالصفات ، وتغليب الدينة تكثيرها بالاسنان التي تكثر قيمتها .

قوله (تواطوا على الشهادة) توافقوا

قوله (لان المعول) أي المعتمد . والعرب تقول عولت عليه في الامر أي استعنت به فيه واعتمدت عليه

قوله (لقد خشيت أن يبها الناس) أي بالنسوا به فنقل هيئته عنهم فبهاولوا به وبخفروه وقد ذكر .

قوله (من صفات الذات) أي حقيقته وثبوت وجوده في النفس من غير صورة ولا شخص ولا مثال .

إن ادعى ولي قتيل على رجل أو على جماعة وعليهم لوث ظاهر ، وهو ما يغلب على القلب صدق المدعى بأن وجد فيما بين قوم أعداء لا يخالطهم فهمم كقتيل خبير وجد بينهم ، والعداوة بين الانصار وبين أهل خبير ظاهرة ، أو اجتمع جماعة في بيت أو محراء وتفرقوا عن قتيل ، أو وجد في ناحية قتيل وثم رجل مخضب بدمه ، أو يشهد عدل واحد على أن فلانا قتله أو قاله جماعة من العبيد والنسوان جاءوا متفرقين بحيث لا يمكن تواطؤهم ونحو ذلك فيبدأ يمين المدعى فيحلف خمسين يمينا ويستحق دعواه ، فإن نكل المدعى عن اليمين ردت الى المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا على نفي القتل ويجب بها الدينة المغالطة ، فإن لم يكن هناك لوث فالقول قول المدعى عليه مع يمينه كما في سائر الدعاوى ، ثم يحلف يمينا واحدا أو خمسين يمينا قولان أصحهما الاول

فإن كان المدعون جماعة توزع الايمان عليهم على قدر مواريتهم على أصح القولين وبجبر الكسر .

والقول الثاني يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا . وإن كان المدعى عليهم جماعة وزع على عدد رؤوسهم على أصح القولين إن كان الدعوى في الاطراف سواء كان اللوث أو لم يكن فالقول قول المدعى عليه مع يمينه . هذا كله بيان مذهب الشافعي .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يبدأ يمين المدعى بل يحلف المدعى عليه مع يمينه . هذا كله بيان مذهب الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إذا وجد قتيل في محلة بمختار الامام خمسين رجلا من صلحاء أهلها ويحلفهم على أنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلا ، ثم يأخذ الدية من أرباب الحطة ، فإن لم يعرفوا فن سكانها

قال صديق حسن خان في الروضة الندية : اعلم أن هذا الباب قد وقع فيه لكثير من أهل العلم مسائل عاطلة من الدلائل ، ولم يثبت في حديث صحيح ولا حسن قط ما يقتضى الجمع بين الايمان والدية بل بعض الاحاديث مصرح بجوب الايمان فقط وبعضها بجوب الدية فقط والحاصل أنه قد كثرت الخطأ والخطب في هذا الباب الى غاية فلم يتميدنا الله بإثبات الاحكام العاطلة عن الدلائل ، ولا سيما إذا خالف ما هو شرع ثابت وكانت تستلزم أخذ المال الذي هو معصوم إلا بحقه .

وإذا كان القاتل من جماعة محصورة ثبتت وهي خمسين يمينا بمختارهم ولي القتل والدية إن نكلوا عليهم ، وإن حلفوا سقطت ، وإن التبس الأمر كانت الدية من بيت المال

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الشهادات

تحمل الشهادة وأداؤها فرض لقوله عز وجل (ولا ياب القصداء إذا مَدَعُوا) وقوله تعالى (ولا تمكثوا للشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) قال ابن عباس رضي الله عنه من الكبار كتمان الشهادة ، لأن الله تعالى يقول (ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) فهي فرض على التكفائية ، فإن قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقيين لأن المقصود بها حفظ الحقوق وذلك يحصل ببعضهم ، وإن كان في موضع لا يوجد فيه غيره من يقع به الكفاية أمين عليه ، لأنه لا يحصل المقصود إلا به فتعين عليه ، ويجب الإشهاد على عقد النكاح وقد بيناه في النكاح وهل يجب على الرجعة ؟ فيه قولان وقد بيناهما في الرجعة

وأما ما سوى ذلك من العقود كالبيع والاجارة وغيرهما فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) ولا يجب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابي فرساً فجحدته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : من يشهد لي ؟ فقال خزيم بن ثابت الانصاري أنا أشهد لك ، قال لم تشهد ولم تحضر فقال اصدقك على أخبار السماء ولا تصدقك على أخبار الأرض ، فسأه النبي صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين .

(فصل) ومن كانت عنده شهادة في حقه تعالى فالمستحب أن لا يشهد به لأنه مندوب إلى ستره ومأمور بستره ، فإن شهد به جاز ، لأنه شهد أبو بكره ونافع وشهل بن معبد على المنهرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضي الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره من الصحابة عليهم ذلك .

ومن كانت عنده شهادة لأدبى ، فإن كان صاحبها يعلم بذلك لم يشهد قبل أن يسأل لقوله عليه الصلاة والسلام : خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ، ثم يفتشوا الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد ، وإن كان صاحبها لا يعلم شهد قبل أن يسأل ، لما روى زيد بن خالد رضي الله عنه أن النبي (ص)

قال : خير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها ،

(فصل) ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجره لأنه فرض تعين عليه فلم يجوز أن يأخذ عليه أجره كسائر الفرائض ، ومن لم يتعين عليه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجوز له أخذ الأجر ، لأنه لا يتعين عليه لجاز أن يأخذ عليه أجره كما يجوز على كتب الوثيقة
(والثاني) أنه لا يجوز لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض

(الشرح) أثر ابن عباس ، من الكبار ... ،

لم أجده ويشهد له ما أخرجه كتب السنة ، ومن المنفق عليه ، إلا أحدثكم بأكبر الكبار ، الإشراف باق و عقوق اول الدين ، وكان متكئاً ، جلس وقال شهادة الزور — ثلاثاً — أو قول الزور ... الخ

حديث ، أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع فرساً ... ،

أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن حمارة بن خزيمية أن همه أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتاع فرساً من رجل من الأعراب ، وفي رواية : ابتاع فرساً من سواد بن الحارث المحاسبي ، فاستنجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتضى ثمن فرسه ، فأمرع رسول الله صلى الله عليه وسلم المشي وأبطل الأعرابي فطفق رجال يعترضون الأعرابي ويساومونه بالفرس ولا يهملون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ابتاعه حتى زاد بعضهم الأعرابي في السوم فلما زادوا نادى الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كنت مبتاعاً هذا الفرس فابتعته والابتعته ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم حين سمع نداء الأعرابي حتى أتى الأعرابي فقال : أو ليس قد ابتعت منك ؟ قال لا والله ما ابتعتك ، قال أين ابتعتك منك ، فطفق الناس يلوذون برسول الله صلى الله عليه وسلم وبالاعراب وهما يتراجعان ، فطفق الأعرابي يقول هل شهيدا أتى بابتعتك ؟ فقال خزيمية أنا أشهد أنك بابتعت ، فأقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خزيمية فقال بم تشهد

قال بتصديقك ، لجمال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمية شهادة رجلين
وفي رواية ، من شهد له خزيمية أو شهد عليه فهو حسبه .

أثره شهد أبو بكره ونافع . . . ، أخرجه ابن أبي شبة في مصنفه والبيهقي .
حديث ، خير الصحابة قرني ، متفق عليه والترمذي من حديث عمران
ابن حصين . وروى ابن حبان في صحيحه من حديث عمر في خطبته وفيه : ثم
يفشوا الكذب حتى يملف الرجل على اليمين قبل أن يستحلف عليها ، ويشهد
على الشهادة قبل أن يستشهد عليها . . . الحديث

حديث زيد بن خالد ، خير الشهود الذي يأتي . . . ، أخرجه مسلم من حديث

زيد بن خالد الجهني

الذمة : أصل الشهادة الحضور ، من قولهم شهد المكان ، وشهد الحرب أي
حضرها ، وللشهادة المعانيمة مع الحضور ، والشهادة خير قطع بما حضر وعابن
ثم قد يكون بما علم واستفاض ؛ وقيل إن الشهادة مأخوذة من العلم ، من قوله
تعالى (شهد الله) قيل علم ويؤمن ، كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم الحاكم

قوله (شهد أبو بكره ونافع) وزيادهم أخوة أمهم سمية جارية للحارث بن
كلدة الثقفي ، وكان أبو بكره ينسب في الموالي . قال البيهقي : أبو بكره بن مسروح ،
وقيل اسمه نبيع بن الحارث ، ونافع ينسب إلى الحارث وزياده ينسب إلى
أبي سفيان بن حرب وصدقه معاوية رضي الله عنه وانتفى عن أبيه غييل زوج
سمية أمه ، فبجره أخوه أبو بكره إلى أن مات حين انتسب إلى الزاني وصدق أن
أمه زنت ، لأن أبا سفيان زعم أنه زنى بأمه في الجاهلية

قوله (خير الناس قرني) القرن من الناس أهل زمان واحد واشتقاقه من
الأقران . وكل طبقة مقترنين في وقت فهم قرن ، قال :

إذا ذهب القرن الذي أنت منهم وخلفت في قرن فأت خريب

والقرن مثلك في السن تقول هذا على قرني أي على سني

قوله (ثم يفشوا) أي يكثر وينشر من فشا المال إذ اتناسل وكثر ، وفشا الخبر
أيضا إذا ذاع .

قلت : وهذا الباب بما لا خلاف فيه كثيرا وسبق للكلام عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لا تقبل شهادة الصبي لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) والصبي ليس من الرجال ، ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ . وعن الغائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، ولأنه إذا لم يؤمن على حفظ أمواله فلأن لا يؤمن على حفظ حقوق غيره أولى . ولا تقبل شهادة المجنون للخبر والمعنى الذى ذكرناه ، ولا تقبل شهادة المغفل الذى يكثر منه الغلط لأنه لا يؤمن أن يغلط في شهادته . وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لأن أحداً لا ينفك من الغلط .

واختلف أصحابنا في شهادة الأخرس ، فمنهم من قال تقبل لأن إشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه فكذلك في الشهادة ، ومنهم من قال لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة وهو في النكاح والطلاق لأنها لا تسفاد إلا من جهته ولا ضرورة بنا إلى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق فلا يجوز بإشارته .

(فصل) ولا تقبل شهادة العبد لأنها أمر لا يتبعض بنى على النفاض فلم يكن للعبد فيه مدخل كالمهراث والرحم ، ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم ، ولأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الأدمى ، فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى ، ولا تقبل شهادة قاسق لقوله تعالى (إن جاءكم قاسق فأبشروا بالشر الذى بآياته لعلكم تخشعون) فبما تبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصيبوا على ما فعلتم نادمين)

فإن ارتكب كبيرة كالغصب والسرقه والقذف وشرب الخمر فسق ورددت شهادته ، سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه . والدليل عليه قوله عز وجل

(والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون)

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه ، فورد النص في القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر ، ولأن من ارتكب كبيرة ولم يبال شهد بالزور ولم يبال ، وإن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فإن كان ذلك نادراً من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته ، وإن كان ذلك غالباً في أفعاله فسق وهدت شهادته لأنه لا يمكن رد شهادة بالقليل من الصغائر لأنه لا يوجد من يحض الطاعة ولا يخطئها بمصيبة ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم ما منّا إلا من عصى أو هم بمصيبة إلا يحيى ابن زكريا ، ولهذا قال الشاعر :

من لك بالمحض وليس محض يخبث بعض ويطيب بعض

ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر ، لأن من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يهدم بالزور فملقنا الحكم على الغالب من أفعاله ، لأن الحكم للغالب ، والنادر لا حكم له ولهذا قال الله تعالى (فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ومن خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم في جهنم خالدون) (فصل) ولا تقبل شهادة من لا مروءة له كالفقير والرقاص ومن يأكل في الأسواق ويمشي مكشوف الرأس في موضع لا عادة له في كشف الرأس فيه لأن المروءة هي الانسانية ، وهي مشتقة من المرء ، ومن ترك الانسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور ، ولأن من لا يستحي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع ، والدليل عليه ما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبي (ص) قال ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى إذا لم تستحي فاصنع ما شئت ، واختلف أصحابنا في أصحاب الصناعات الدينية إذا حصدت طريقهم في الدين كالكناس والدباغ والزيبال والنخال والحجام والقيم بالحمام ، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم ، ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) ولأن هذه صناعات مباحة وبالناس اليها حاجة فلم ترد بها الشهادة .

(فصل) ويكره اللعب بالشطرنج لأنه لعب لا ينفع به في أمر الدين ولا حاجة تدعو إليه فكان تركه أولى ولا يحرم ، لأنه روى اللعب به عن ابن عباس وابن الزبير وأبي هريرة وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم

وروى عن سعيد بن جهمر أنه كان يلعب به استديارا ومن لعب به من غير عوض ولم يترك فرضا ولا سرورة لم ترد شهادته ، وإن لعب به على عوض نظرت فإن أخرج كل واحد منهما مالا على أن من غلب منها أخذ المالكين فهو فار تسقط به العدالة وترد به الشهادة لقوله تعالى (إنما الخمر والميسر والاتصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ، والميسر القمار

وإن أخرج أحدهما مالا على أنه ان غلب أخذ ماله وإن غلبه صاحبه أخذ المال لم يصح العقد لأنه ليس من آلات الحرب فلا يصح بذل للعوض فيه ولا ترد به الشهادة لأنه ليس بقمار ، لأن القمار أن لا يخلو أحد من أن يغم أو يغم ، وهما أحدهما يغم ولا يغم ، وإن اشتغل به عن الصلاة في وقتها مع العلم فإن لم يكثر ذلك منه لم ترد شهادته ، وإن أكثر منه ردت شهادته لأنه من الصغار ففرق بين قليلها وكثيرها ، فإن ترك فيه المروءة بأن يلعب به على طريق أو تكلم في لعبه بما يسخف من الكلام ، أو اشتغل بالليل والقمار ردت شهادته لترك المروءة .

(فصل) ويحرم اللعب بالنرد وترد به الشهادة ، وقال أبو إسحاق رحمه الله هو كالشطرنج ، وهذا خطأ لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله وروى ربيعة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من لعب بالنرد فكأنها قمس يده في لحم الخنزير ودمه ، ولأن الممول فيه على ما يخرج الكعبان فشاببه الازلام ، وبخالف الشطرنج فإن الممول فيه على رأيه ، ويحرم اللعب بالأربعة عشر لأن الممول فيها على ما يخرج الكعبان فحرم كالنرد

(فصل) ويجوز اتخاذ الحمام لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رجلا شكأ إلى النبي صلى الله عليه وسلم الوحشة فقال اتخذ زوجا من حمام ،

ولأن فيه منقمة لأنه يأخذ بيضه وفرخه ، وبكره اللعاب به لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يسمى بحمامة فقال : شيطان يتبع شيطانة ، وحكمه في رد الشهادة حكم الشطرنج وقد بيناه .

(فصل) ومن شرب قليلاً من النبيذ لم يفسق ولم ترد شهادته ، ومن أصحابنا من قال إن كان يعتقد تحريمه فسق وردت شهادته ، والمذهب الأول ، لأن استحلال الشيء أعظم من فعله بدليل أن من استحل الزنا كفر ، ولو فعله لم يكفر فإذا لم ترد شهادة من استحل القليل من النبيذ فلأن لا يرد قربه أولى ويجب عليه الحد . وقال المزني رحمه الله لا يجب كما لا يرد شهادته ، وهذا خطأ لأن الحد للردع والنبيذ كالخمر في الحاجة إلى الردع لأنه يشتمى كما يشتمى الخمر ورد للشهادة لا لتمكيب كبيرة لأنه إذا أ قدم على كبيرة أ قدم على شهادة الزور وشرب النبيذ ليس بكبيرة ، لأنه مختلف في تحريمه ، وليس من أ قدم على مختلف فيه أ قدم على شهادة الزور وهي من الكبائر .

(فصل) وبكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة ، لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل ، ولا يحرم لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بجارية لحسان بن ثابت وهي تقول :
هل على ويحكيا إن لهوت من حرج
فقال للنبي صلى الله عليه وسلم لا حرج إن شاء الله .

وروت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : كان عندي جاريقان تغنيان فدخل أبو بكر رضي الله عنه فقال : مزمار الشيطان في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : عهبا فإيهما أيام عيسد ، فإن غنى لنفسه أو سمع غناء جاريتيه ولم يكتر منه لم ترد شهادته ، لأن عمر رضي الله عنه كان إذا دخل في داره يترجم بالبيت والبيتين ، واستؤذن عليه لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وهو يترجم ؛ فقال أسمعتني يا عبد الرحمن ، قال نعم ، قال إنا إذا خلونا في منازلنا نقول كما يقول الناس .

وروى عن أبي الدرداء رضى الله عنه - وهو من زهاد الصحابة وفتاها - أنه قال إني لأجتم قلمي شيئا من الباطل لا أستعين به على الحق . فأما إذا أكثر من الغناء أو اتخذ صنعة يغشاه الناس للسماح أو بدعى إلى المواضع ليفنى رده شهادته لأنه سفه وترك للبرومة ، وإن اتخذ جاربة ليجمع الناس لسماحها ردت شهادته لأنه سفه وترك مروءة ودناءة .

(فصل) ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار ، والدليل عليه قوله تعالى (ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله) قال ابن عباس أنها الملاهي . وروى عبد الله ابن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله حرم على أمي الخمر والميسر والمزمار والسكوبة والقنين ، قال السكوبة الطبل والقنين الرباط

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : تمشخ أمة من أمي بشر بهم الخمر وضربهم بالسكوبة والمعازف ، ولا تمشخ أمة من أمي بشر بهم الخمر وعن الصلاة وإلى اتلاف المال فحرم كالخمر ، ويجوز ضرب الدف في الدرس والختان دون غيرهما لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف ، ويكره العنقبة الذي يزيد الغناء طربا ولا يطرب إذا انفره لأنه تابع الغناء ، فكان حكمه حكم الغناء ، وأما رد الشهادة فما حكمنا به حريمه من ذلك فهو من الصغار ، فلا ترد الشهادة بما قل منه وترد بما أكثر منه كما قلنا في الصغار ، وما حكمنا بكراهيته وإباحته فهو كالقطنج في رد الشهادة وقد بيناه .

(فصل) وأما الهداء فهو مباح لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة نام بإحدى حاديان . وروت عائشة رضى الله عنها قالت : كما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، وكان عبد الله بن رواحة جيد الهداء وكان مع الرجال ، وكان أمجشة مع النساء ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن رواحة : حرك بالقوم ، فاندفع يرتجز فتهه أمجشة فأعتقت الأبل في السير ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أمجشة رويدك رفقاً بالقوارير .

ويجوز استماع نشيد الأهرابي لما روى عمرو بن الشريد عن أبيه قال: أردني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراه ثم قال أممك شيء من شعرامية بن أبي الصلت فقلت نعم فأنشدته بيتاً فقال هيه فأنشدته بيتاً آخر فقال هيه ، فأنشدته إلى أن بلغ مائة بيت .

(فصل) وبسبب تحسين الصوت بالقرآن لما روى الشافعي رحمه الله بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ما أذن الله لشيء كإذنه لني حسن اللهم بالقرآن ، وروى حسن الصوت بالقرآن ، وروى الهراء بن عازب روى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : حسنوا القرآن بأصواتكم ، وقال عليه الصلاة والسلام : ليس مما من لم يتغن بالقرآن ، وحله الشافعي على تحسين الصوت وقال : لو كان المراد به الاستغناء بالقرآن لقال من لم يتغن بالقرآن . وأما القراءة بالألحان فقد قال في موضع أكرهه ، وقال في موضع آخر لا أكرهه وليست على قولين وإنما هي على اختلاف حالين ، فالذي قال أكرهه أراد إذا جاوز الحد في التطويل وادغام بعضه في بعض ، والذي قال لا أكرهه إذا لم يجاوز الحد .

(فصل) ويجوز قول الشعر لأنه كان للنبي صلى الله عليه وسلم شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة ، ولأنه وقد عليه الشعراء ومدحوه وجاءه كعب بن زهير وأنشده :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول منيم عندها لم يفد مكبول

فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يردده فأتى عليه فابتاعها منه معاوية بمشرة آلاف درهم وهي التي مع الخلفاء إلى اليوم وحكمه حكم الكلام في حظره وإباحته وكراهيته واستحبابه ورد الشهادة به ، والدليل عليه ما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبح الكلام ،

(فصل) ومن شهد بالزور فسق ووردت شهادته لأنها من الكبائر ، والدليل عليه ما روى خريم بن فاتك قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح

ولما انصرف قام قائماً ثم قال عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله (ثلاث مرات) ثم تلا قوله عز وجل (فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور)

وروى محارب بن دثار عن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، شاهد الزور لا يزول قدماء حتى يقبوا مقعده من النار وينبت له شاهد زور ، من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقر أنه شاهد زور (والثاني) أن تقوم اليمين أنه شاهد زور (والثالث) أن يشهد بما يقطع بكذبه بأن شهد على رجل أنه قتل أو زنى في وقت معين في موضع معين ، والمشهود عليه في ذلك الوقت كان في بلد آخر ، وأما إذا شهد بشيء أخطأ فيه فلم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب . وإن شهد لرجل بشيء وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور ، لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك في عدالته . وإذا ثبت أنه شاهد زور ورأى الإمام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر فعل ، وإن رأى أنه يشهر أمره في صوته ومصلاه وقبيلته وينادي عليه أنه شاهد زور فأعرفوه فعل ، لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس ، ولأن في ذلك زجراً له ولغيره عن فعل مثله .

وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال ، إن كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام ، أقبوا ذوى الهينات عثراتهم ، وهذا غير صحيح لأن شهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة

(فصل) ولا تقبل شهادة جارت إلى نفسه نفماً ولا دافع عن نفسه ضرراً لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لا تقبل شهادة خصم ولا ظالم ولا ذى إحنة ، والظنون المتهم ، والجار إلى نفسه نفماً والدافع عنها ضرراً متهمان ، فإن شهد المولى لمكاتبه بما لم تقبل شهادته لأنه يثبت لنفسه حقاً ، لأن مال المكاتب يتعلق به حق المولى

وإن شهد الرضى للقيم وانكبيل للوكل فيما فوض النظر فيه إليه لم تقبل لانهما يثبتان لأنفسهما حق المطالبة والتصرف ، وإن وكله في شيء ثم عزله لم يشهد فيما

كان النظر فيه اليه ، فإن كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته ، وإن لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه تقبل لأنه لا يلحقه نعمة .

(والثاني) أنه لا تقبل لأنه بمقدار وكالة يملك الخصومة فيه . وإن شهد للفرير لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفساد لم تقبل شهادته لأنه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته ، وإن شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لأنه لا يتمن حقه فيما شهد به ، وإن شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يقبل لأنه يثبت له حق المطالبة

(والثاني) أنه يقبل لأنه لا يتعلق بما يشهد به له حق

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل أنه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم تقبل لأنه قد يسرى إلى نفسه فيجب الدم به لهما ، وإن شهدا له بمال وهو مريض ففيه وجهان ، أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لا تقبل لأنهما متهمان لأنه قد يموت فيكون المال لهما فلم تقبل ، كما لو شهدا بالجراحة ، والثاني وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه تقبل لأن الحق يثبت للمريض ثم ينتقل بالموت إليهما ، وفي الجناية إذا وجبت الدية وجبت لهما لأنها تجب بموته فلم تقبل . وإن شهدا له بالجراحة وهناك ابن قبلت شهادتهما لأنهما غير متهمين وإن مات الابن وصار الاخوان وارثين نظرت فإن مات الابن بعد الحكم بشهادتهما لم تسقط الشهادة لأنه حكم بها . وإن مات قبل الحكم بشهادتهما سقطت الشهادة كما لو فسقا قبل الحكم

وإن شهد المولى على غريم مكاتبه والوصي على غريم الصبي أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين أو بفسق شهود الدين لم تقبل للشهادة لأنه دفع بالشهادة عن نفسه ضررا وهو حق المطالبة

وإن شهد شاهدان من عاقلة القاتل بفسق شهود القتل ، فإن كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما ضررا وهو الدية ، وإن كانا فقيرين فقد قال الشافعي رضي الله عنه ردت شهادتهما ، وقال في موضع

آخر إذا كانا من أباعد العصباء بحيث لا يصل للعقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما ، فمن أصحابنا من نقل جواب إحداهما الى الأخرى وجعلها على قولين :

(أحدهما) أنه تقبل لأنهما في الحال لا يحملان العقل

(والثاني) أنه لا تقبل لأنه قد يموت القريب قبل الحول ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال تقبل شهادة الأباعد ولا تقبل شهادة القريب الفقير ، لأن القريب معدود في العاقلة والبسار يعتبر عند الحول وربما يصير موسراً عند الحول ، والبعيد غير معدود في العاقلة وإنما يصير من العاقلة إذا مات الأقرب

(فصل) ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا . وقال المزني رحمه الله وأبو ثور : تقبل ، ووجه قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فم لم يخص ، ولأنهم كفروهم في العدالة فكانوا كفروهم في الشهادة ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة ، والظنين المنهم ، وهذا منهم لأنه يميل اليه ميل الطبع ، ولأن الولد بضعة من الوالد ، ولهذا قال عليه السلام : يا عائشة ان قاطمة بضعة مني يراني ما يريها ، ولأن نفسه كففسه وماله كاله ، ولهذا قال عليه السلام لاني معشر الدارمي : أنت ومالك لا نيك . وقال صلى الله عليه وسلم : ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وان ولده من كسبه ، ولهذا يمتق عليه اذا ملكه ويستحق عليه النفقة اذا احتاج ، والآية نخصها بما ذكرناه

والاستدلال بأنهم كفروهم في العدالة يبطل بنفسه فإنه كفروه في العدالة ، ثم لا تقبل شهادته لنفسه ، وتقبل شهادته أحدهما على الآخر في جميع الحقوق . ومن أصحابنا من قال : لا تقبل شهادة الولد على الوالد في إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك بقوله والمذهب الاول لأنه انما ردت شهادته له للثمة ولا ثمة في شهادته عليه .

ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر في العتق ولا ماله كإله في النفقة ، وإن شهد شاهدان على رجل أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان : قال في القديم لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعا لأنه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج أن يلاعن ، وتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمها . وقال في الجديد تقبل وهو الصحيح ، لأن حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة ، وإن شهد أنه طلق ضرة أمهما ففيه قولان (أحدهما) أنه تقبل (والثاني) أنه لا تقبل ، وتعليقهما ما ذكرناه

(فصل) وتقيل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لا يعنى به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم ولا تقبل شهادة الزوج على الزوجة في الزنا ، لأن شهادته دعوى خيابة في حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالحياثة في الوديعة ، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل ، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى إحنة ، وذو الإحنة هو العدو ، ولأنه منهم في شهادته بسبب منى عنه فلم تقبل شهادته .

(فصل) ومن جمع في الشهادة بين أسيرين فردت شهادته في أحدهما فظرت فإن ردت العداوة بينه وبين المشهود عليه ، مثل أن يقصد على رجل أنه قذفه وأجنيبا ردت شهادته في حقه وفي حق الاجنبي ، لأن هذه الشهادة تضمنت الإخبار عن عداوة بينهما وشهادة العدو على عدوه لا تقبل ، فإن ردت شهادته في أحدهما لتهمة غير العداوة بأن شهد على رجل أنه اقترض من أبيه ومن اجنبي مالا ردت شهادته في حق أبيه ، وهل ترد في حق الاجنبي ؟ فيه قولان (أحدهما) أنها ترد كما لو شهد أنه قذفه وأجنيبا (والثاني) أنها لا ترد لأنها ردت في حق أبيه للتهمة ولا تهمة في حق الاجنبي فقبلت

(فصل) ومن ردت شهادته بمصية فتأب قبلت شهادته لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم

شهادة أبدأ وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا) التوبة توبتان، توبة في الباطن وتوبة في الظاهر، فأما التوبة في الباطن فهي ما بينه وبين الله عز وجل، فينظر في المعصية فإن يتعلق بها مظلة لآدمي ولا حدة تعالى كالاتمتاع بالاجنية فيما دون الفرج فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود إلى مثلها، والدليل عليه قوله تعالى (والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون، أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم وجنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وهم أجر العاملين)

وإن تعلق بها حق آدمي فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود إلى مثلها وأن يبرأ من حق الآدمي أما أن يؤذبه أو يسأله حتى يبرمه منه، لما روى إبراهيم النخعي أن مهربن الخطاب رضى الله عنه رأى رجلاً يصلى مع النساء فضربه بالدرة، فقال الرجل والله لئن كنت أحسنت فقد ظلمتني وإن كنت أسأت فاعلمتني؛ فقال عمر اقتص، قال لا اقتص، قال فاعف، قال لا أعفو، فأقرقا على ذلك، ثم لقبه عمر من الغد فتخبر لرن عمر، فقال له الرجل يا أمير المؤمنين أرى ما كان مني قد أسرع فيك، قال أجل، قال فأشهد أني قد عفوت عنك.

وإن لم يقدر على صاحب الحق نوى أنه إن قدر أرقاه حقه؛ وإن تعلق بالمعصية حد الله تعالى كحد الزنا والشرب، فإن لم يظم ذلك قالوا لى أن يسره على نفسه لقوله عليه السلام: من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستقر بستر الله تعالى، فإن من أبدى لنا صفحته أقنأ عليه حد الله، وإن أظهره لم يأثم، لأن ما عزا والغامدية اعترفاً عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فجمهورها ولم ينكر عليهما، وأما التوبة في الظاهر وهي التي تعود بها العدالة والولاية وقبول الشهادة فينظر في المعصية فإن كانت فعلاً كالزنا والمردة لم يحكم بصحة التوبة حتى يصلح عمله مدة لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وقدر أصحابنا المدة بسنة، لأنه لا تظهر صحة التوبة في مدة قريبة فكانت أولى المدد بالتقدير سنة، لأنه تمر فيها الفصول الأربعة التي تهيج فيها الطبائع وتغمر فيها الأحوال

وإن كانت المعصية بالقول فإن كانت ردة بالتوبة منها أن يظهر الشهادتين ، وإن كانت قدفا فقد قال الشافعي رحمه الله التوبة منه إكذابه نفسه

و اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخري رحمه الله : هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله . ووجهه ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : توبة القاذف إكذابه نفسه ، وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة : هو أن يقول قذفي له كان باطلا ، ولا يقول إني كنت كاذباً لجرأ أن يكون صادقا فيصير بتكذيبه نفسه حاصياً كما كان بقذفه حاصياً ، ولا تصح التوبة منه إلا بإصلاح العمل على ما ذكرناه في الزنا والسرقة .

فأما إذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد فإن قلنا إنه لا يجب عليه الحد فهو على عدلته ولا يحتاج إلى التوبة ، وإن قلنا أنه يجب عليه الحد وجبت التوبة ، وهو أن يقول ندمت على ما فعلت ولا أعود إلى ما أهم به ، فإذا قال هذا طاعت عدلته ، ولا يشترط فيه إصلاح العمل ، لأن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكره تب أقبل عهادتك ، وإن لم يتب لم تقبل شهادته ويقبل خبره لأن أبا بكره ردت شهادته وقبلت أخباره ، وإن كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله ، ويشترط في صحة توبته لإصلاح العمل على ما ذكرناه .

(فصل) وإن شهد صبي أو عيب أو كافر لم تقبل شهادته ، فإن بلغ الصبي أو اعتق العيب أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت ، وإن شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لم تقبل

وقال المزني وأبو ثور رحمهما الله تقبل كما تقبل من الصبي إذا بلغ والعيب إذا اعتق والكافر إذا أسلم ، وهذا خطأ لأن هؤلاء لا عار عليهم في رد شهادتهم فلا يلحقهم نعمة في إعادة الشهادة بعد الكمال ، والفاسق عليه عار في رد شهادته فلا يؤمن أن يظهر التوبة لازالة العار فلا تنفك شهادته من التهمة ، وإن شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتق وأعاد المولى الشهادة له بالمال فقد قال أبو العباس فيه وجهان

(أحدهما) أنه تقبل لأن شهادته لم يرد بعمرة وإنما ردت لأنه يلسب لنفسه

حقاً بشهادته وقد زال هذا المعنى بالمتق (والثاني) أنها لا تقبل وهو الصحيح
لأنه ردت شهادته للثمة فلم تقبل إذا أعادها كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب
وأعاد الشهادة

وإن شهد رجل على رجل أنه قد فقه وزوجته فردت شهادته ثم عفا عن قذفه
وحسنت الحال بينهما ثم أعاد الشهادة للزوجة لم تقبل شهادته لأنها عمادة ردت
للثمة فلم تقبل ، وإن زالت الثمة كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد
الشهادة ، وإن شهد لرجل أخوان له بجرأة لم تندمل ومما وارثان له فردت
شهادتهما ثم اندملت الجراحة فأعاد الشهادة فقبه وجهان :

(أحدهما) أنه تقبل لأنها ردت للثمة وقد زالت الثمة

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق وظاهر المذهب أنها لا تقبل لأنها شهادة

ردت للثمة فلم تقبل كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد

(الشرح) حديث ، رفع القلم . . . سبق تخريجه

حديث معاذ ، لا تجوز شهادة أهل دين . . .

أخرجه البيهقي من طريق الأسود بن عامر قال شاذان : كنت عند صفيان
الثوري فسمعت شيخنا يحدث عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلية عن أبي هريرة
نحوه وأتم منه ، قال شاذان فسألت عن اسم الشيخ فقاروا عمر بن راشد ، قال
البيهقي وكذا رواه الحسن بن موسى وعلي بن الجعد عن عمر بن راشد ، وعمر
ضميف ، وضعفه أبو حاتم ، وفي معارضه حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم
أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ، أخرجه وفي استناده مجالد
وهو سيء الحفظ .

حديث ، لا تجوز شهادة خائن . . .

روى بلغظ ، لا تقبل شهادة خائن ولا عاتمة . . . أخرجه أبو داود وابن
ماجه والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وسياقهم أنهم وليس
فيه ذكر الزاني والزانية إلا عند أبي داود وسنده قوى ، ورواه الترمذي
والدارقطني والبيهقي من حديث عائشة وفيه زياد بن يزيد الشامي وهو ضعيف

وقال الترمذي : لا يعرف هذا من حديث الزمري الا من هذا الوجه ، ولا يصح عندنا اسناده .

وقال أبو زرعة في العلل منكر ، وضمفه عبد الحق وابن حزم وابن الجوزي ورواه الدارقطني والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو وفيه عبد الأعلى وهو ضعيف ودينه يحيى بن سعيد الفارسي وهو ضعيف . قال البيهقي : لا يصح من هذا شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم

حديث ، ما منا من عصى أو هم . . .

قال الحافظ بن حجر ، ما من آدمي الا وقد أخطأ أو هم بخطيئة الا يحيى بن زكريا لم يهم بخطيئة ولم يعملها ، رواه أحمد وأبو يعلى والحاكم من حديث ابن عباس وهذا لفظه ، ما من أحد من ولد آدم الا وقد أخطأ أو هم بخطيئة ليس يحيى بن زكريا ، وهو من رواية هلى بن زيد بن جدهان عن يوسف بن مهرا ن وهما ضعيفان ، وفي الباب عن أبي هريرة وفي الطهراني في الاوسط وقامل بن عدى في ترجمة حجاج بن سليمان ، وأخرجه البيهقي باسناد صحيح الى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل ، وأخرجه عبد الرزاق من طريق سعيد ابن المسيب مرسل .

حديث ، ان مما أدرك الناس . . .

رواه البخاري وأحمد والطهراني من حديث أبي مسعود البصري ومالك في الموطأ : اذا لم تستح فاصنع ما شئت ، وأن نضع أيماننا على شمالكنا في الصلاة ينمى ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم

أثره روى اللب بالشطرنج عن ابن عباس . . .

قال الحافظ أما ابن الزبير فلم أره ، ويحتمل أنه يريد به هشام بن هروة بن الزبير كما ذكره الشافعي ، وأما أبو هريرة فرواه أبو بكر الصولي في كتاب الشطرنج بسنده اليه . وأخرج الشافعي وحكاه أيضا عن محمد بن سيرين وهشام ابن هروة أن سعيد بن جبير كان يلعب بالشطرنج استدارا وكذا البيهقي حديثه ، من لعب بالنرد . . . أخرجه مالك وأحمد وأبو داود وابن ماجه

والحاكم والدارقطني والبيهقي من حديث الجماوسى الأشعري ، قال الحافظ -
وروم من هزاه إلى نخرج مسلم

حديثه من لعب بالرد .

أخرجه مسلم وقال أحمد عن موسى بن عبد الرحمن الخطمي أنه سمع محمد بن
كعب يسأل عبد الرحمن : أخبرني بما سمعت أباك ؟ قال سمعت أبي يقول سمعت
النبي صلى الله عليه وسلم يقول : مثل الذى يلعب بالرد ثم يقوم فيصل مثل الذى
يتوضأ بالفتح ودم الخنزير ثم يقوم فيصل .

حديث عبادة بن الصامت ، أن رجلا شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم . . .

لم أجده .

حديثه أن رجلا يسمى بمهامة . . .

أخرجه البيهقي وأبو داود

حديثه الفناء ينبت النفاق . . .

أخرجه أبو داود بدون التخصيص والبيهقي من حديث ابن مسعود مرهوقا
وفيه شيخ لم يسم ، ورواه البيهقي أيضا موقوفا ، وفي الباب عن أبي هريرة رواه
ابن عدى ، وقال ابن طاهر أصح الأسانيد في ذلك أنه من قول إبراهيم ، وروى
في السنن الكبرى للبيهقي أنه من قول ابن مسعود

حديثه من مجازة الحسان بن ثابت وهي تقول . . . أخرجه البيهقي

حديث عائشة ، قالت كان عندى جاريتان تمثيان . . . متفق عليه

أثر عمر ، كان إذا دخل داره ترتم . . .

ذكره للبره في الكامل في قصة ، وذكره البيهقي في المعرفة عن عمر وغيره
ورواه المعافى النهرواني في كتاب المجلس والأنيس وابن منسده في المعرفة في
ترجمة أسلم الحارثي في قصة ، وروى أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب شيئا
من ذلك في قصة .

أثر عمر ، راسقوذن عليه لعبد الرحمن بن عوف . . .

أخرج البيهقي قال السائب بن يزيد : فبينما نحن مع عبد الرحمن بن عوف في
طريق الحج ونحن قوم مكة اعتزل عبد الرحمن رضي الله عنه الطريق ثم قال لرباح

ابن المنكرف غنا يا أبا حسان ، وكان يحسن النصب ، فينا رباح يغنيه أدركم
 عمر بن الخطاب رضى الله عنه في خلافته فقال ما هذا ؟ فقال عبد الرحمن ما بأس
 بهذا نلهو ، فقال عمر رضى الله عنه : فإن كنت آخذاً فطوبك بشعر ضرار بن
 الخطاب ، وضرار رجل من بني محارب بن فهر

أثر أبي ذر ، أنى لأجم . . . لم أجده

أثر ابن عباس عن آلات الطرب قال إنها الملاهي

أخرجه البيهقي بلفظ عن ابن عباس قال : الدف حرام والمعازف حرام
 والكوبة حرام والمزمار حرام .

حديث عبد الله بن عمرو ، أن الله حرم على أمي الخمر . . .

رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والبيهقي من حديث ابن عباس بهذا وزاد
 وهو الطبل وقال كل مسكر حرام من حديث ابن عمر ، وبين في رواية أخرى
 أن تفسير الكوبة من كلام علي بن بديمة ، ورواه أبو داود من حديث ابن عمرو
 وزاد والغبيراء ، وزاد أحمد فيه والمزمار ، ورواه أحمد من حديث قيس بن
 سعد بن عبادة .

حديث : تمسخ أمة من الأمم بشرهم الخمر . . .

أخرجه البخاري عن أبي عامر بلفظه ليكون في أمي أقوام يستحلون الخمر
 والخمر والمعازف ، وليبذلن أقوام إلى جنب علم نروح عليهم سارحة لهم فبأنهم
 رجل لحاجة فيقولن ارجع إلينا غدا فيبتهم الله فيضع العلم ويمسخ آخرين
 قردة وخنزير إلى يوم القيامة ، ومسلم نحوه

حديث : أعلنوا النكاح . . .

أخرجه الترمذى وابن ماجه والبيهقي عن عائشة وفيه : واضربوا عليه
 بالفريال ، وفي اسناده خالد بن إلياس وهو منكر الحديث ، قال أحمد وفي رواية
 الترمذى عيسى بن ميمون وهو يصفه قاله الترمذى ، وضعفه ابن الجوزى من
 الوجهين ، فلم يروى أحمد وابن حبان والحاكم من حديث عبد الله بن الزبير
 : أعلنوا النكاح . . .

وروى أحمد والفسان والترمذى وابن ماجه والحاكم من حديث محمد بن حاطب

فصل ما بين الحلال والحرام بالضرب بالهدف، وادعى ابن الكمال جعفر الأدينى
في كتاب الامتناع بأحكام السماع أن مسلماً أخرج الحديث في صحيحه وروى في
ذلك وهما قبيحا .

حديث ابن مسعود، كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة نام بأرادى
حاديان .. لم أجده

حديث عائشة كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكان عبد الله
ابن رواحة ..، أخرجه النسائي من حديث قيس بن أبى حازم عن عمرو بن
الخطاب، ورواه أيضا من حديث قيس عن أبى رواحة مرسلًا وقوله صلى الله
عليه وسلم: ارفق يا أمية ورحمك رفقًا بالقوارير، متفق عليه

حديث عبد الله بن الشريد عن أبيه قال: أردفت رسول الله صلى الله عليه
وسلم وراه ..، رواه مسلم من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه قال: أردفت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هل معك من شعر أمية بن أبى الصلت شيء
قال نعم، قال هبه، قال ما نفعه بيتاً فقال هبه، فأنشده حتى بلغت مائة بيت،
وفي رواية: وان كاد في شعره ليلم .

ما رواه الشافعى: ما أذن الله كإذنه لنى . . .

وما أذن الله لنى، ما أذن لنى حسن الصوت بالقرآن يهجر به، رواه البخارى ومسلم
من وجه آخر .

حديث: حسن الصوت بالقرآن . . .

أخرج البيهقى عن عبد الرحمن بن السائب قال: قدم علينا سعد بن مالك
فأتهت مسلماً فأنشيت، فقال مرحباً يا ابن أخى بلغنى أنك حسن الصوت
بالقرآن، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن هذا القرآن نزل بحزن
فإذا قرأتموه فابكوا فإن لم تيبكوا فنبأكموا .

حديث البراء بن عازب: حسنوا القرآن بأصواتكم، رواه أحمد وأبو داود
والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث البراء بن عازب: زينوا القرآن
بأصواتكم، قلت: علقه البخارى بالجزم، ولا بن حبان عن أبى هريرة وللزار
عن عبد الرحمن بن عوف وللحاكم من طريق أخرى عن البراء: زينوا أصواتكم

بالقرآن ، وهي في الطبراني من حديث ابن عباس ، ورجح هذه الرواية الخطابي
وفيه نظر لما رواه الدارمي والحاكم بلفظ ، زينوا القرآن بأصواتكم فإن الصوت
الحق يزيد القرآن حسنا ، فهذه الزيادة تؤيد معنى الرواية الأولى

حديث (ليس منا من لم يقفن بالقرآن) رواه البخاري وأحمد من حديث
أبي هريرة وأحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم وابن حبان من حديث سعد بن
أبي وقاص ، وفي الباب عن ابن عباس وعائشة في الحاكم ، وعن أبي لبابة في سنن
أبي داود ، وقال الشافعي معنى هذا الحديث تحسين الصوت بالقرآن ، وفي رواية
أبي داود قال ابن أبي مليكة يحسنه ما استطاع ، وقال ابن عيينة يجره ، وقال
وكيع يستغنى به . وقيل غير ذلك في تأويله

حديث (كان لاني شعراء منهم حسان ...)

حسان بن ثابت (في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال اهجوا قريشا فإنها أشد عليه من رشق النبل ، فأرسل إلى
عبد الله بن رواحة فقال اهج فهاجم ، فأرسل إلى كعب بن مالك ثم أرسل إلى
حسان بن ثابت فلما دخل عليه قال حسان قد آن لكم أن ترسلوا إلى هذا الأسد
الضاري ثم ادلع لسانه لجمل بمركه ثم قال : والذي بعثك بالحق لأفرينهم فرى
الأديم فقال لا تعجل فإن أبا بكر أعلم قريش بأنسائها وإن لي فيهم نسبا حتى
يخلص لك نسي ، فاتاه حسان ثم رجع فقال يا رسول الله قد لخص لي نسبك
والذي بعثك بالحق لأسلنك منهم كما نسل الشعرة من المعهن ...) الحديث
بطوله وفيه الشعر رواه مسلم

ابن رواحة : في البخاري عن أبي هريرة أنه كان يقول في قصصه يذكر
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أخا لكم لا يقول الرفث ، يعني بذلك
عبد الله بن رواحة .

حديث عبد الله بن عمرو (الشعر بمنزلة الكلام) أخرجه الدارقطني مرفوعاً
من حديث عائشة وفيه عبد العظيم بن حبيب ضعيف
حديث خريم بن قاتك (قال صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح ...)
أخرجه البيهقي .

حديث (شاهد الزور) أخرجه ابن ماجه وانفرد به وفيه محمد بن الفرات
الكوفي كذبه أحمد ، وقال في التريب كذبوه

حديث بهز بن حكيم (اذكروا الفاسق بما فيه ...) قال الشوكاني في مجموعة
الرسائل المنيرية صفحه ٥٨ لم يصح ذلك بوجه من الوجوه

حديث (أقبلوا ذوى الهيئات ...) أخرجه البيهقي

حديث ابن عمر (لا تقبل ههاده ظنهن) سبق تخريجه

حديث (يا عائشة ان فاطمة بضعة ...) عن السور بن مخرمة أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال فاطمة بضعة منى من أذاها فقد أذاى ، متفق عليه

حديث معشر الدارمي أنت ومالك لأبيك أخرجه ابن ماجه عن جابر

والطهراني عن سمرة وابن مسعود

حديث (ان أطيب ما أكل ...) أخرجه الحاكم وأبو داود وابن ماجه عن

عمرو بن لفيظ (أنت ومالك لوالدك ، إن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من

كسب أولادكم)

أثر إبراهيم النخعي أن عمر ضرب رجلا يصلى . أخرجه البيهقي

أثر عمر (توبة الفاذف لكذابه نفسه) أخرجه البيهقي ، وقال الحافظ

لم أره مرفوعا .

أثر عمر قال لأبي بكر : تب أقبل شهادتك . أخرجه البخارى

اللغة : قوله (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) يقال أشهدت واستشهدت

بمعنى واحد ، والشهيد والشاهد سواء بمعنى كالعالم والعلم ، ومجمع على أشهاد

وشهداء وشهود وشهد ، سمي خزيمة بن ثابت ذا الشهادتين لأنه حكم بشهادته

وحده وأقام شهادته مقام شاهدين

قوله (المغفل) الذى تكثر منه الغفلة وليس بمتيقظ ولا ذاكر

قوله (لا تجوز شهادة خائن ولا خائفة) الخائن الذى أوثمن فأخذ أمانته وقد

وهم من قال هو السارق ، وقد تقع الخيانة في غير المال ، وذلك بأن يستودع سرا

فيه شبه أو يؤمن على حكم فلا يبدل فيه .

قوله (ولا ذى غمر) الغمر الحقد والنغل ، وقد غمر صدره على بالكسر
يغمر غمراً وغمراً عن يعقوب ، قوله (شهد بالزور) الزور الكذب وأصله
الميل كأنه مال عن الصدق الى الكذب ، ومعناه قوله تعالى (وتزى الشمس اذا
طلعت نزاور عن كم فهم) وقيل هو مشتق من قولهم زورت في نفسي حديثاً
أصلحته وهياته كأن شاهد الزور قد زور الشهادة في نفسه وهياها ولم يسمع ولم
ير . قوله (بمحض الطاعة) أى بخلصها والمحض الخالص من كل شىء . قوله
(يخبث بئس) الخبيث ضد الطيب ، وقد خبث خبثاً وخبثاً . قوله (من
استجاز) أى رآه جائزاً سائماً ، يقال جوز له ما صنع وأجاز له أى سوغ له ذلك
والمرودة تهمز وتخفف ، ويجوز التشديد وترك الهمزة فيها وهى الإنسانية كما ذكر
قال أبو زيد : مرؤ الرجل صار ذا مروءة ، فهى مرىء على فعيل وتمراً تكلف
المروءة . قوله (اذا لم تستع فاصنع ما شئت) معناه انما يمنع من فعل السوء
والقبيح الحياء ، فإذا عدم الحياء لم يمنعه منه مانع . وقيل معناه إذا لم تستع
صنعت ما شئت ، وقيل اصنع ما شئت فانت مجازى . قوله (الصنائع الدنيئة)
هى الحسبة مأخوذة من الدنى . وهو الخسيس مهموز ، وقد دنا الرجل اذا
صار دنيئاً لا خيراً فيه . قوله (والزبال) الذى يحمل الزبل وهو السرجين
وموضعه المزبلة ، والنخال هو الذى ينخل التراب يلقم فيه الشىء التافه
والشطرنج يكسر الشين فى اللغة الفصيحة . قوله (يلعب به استدباراً) الاستدبار
خلاف الاحتقبال أى يجعله خلف ظهره . قوله (تكلم فى لعبه بما يستخف) هو
الكلام القذع الساقط ، وأصل السخف رفة العقل ، وقد سخف الرجل بالضم
سخافة فهو سخيف ، وبجرم اللب بالنرد - ليس الرد بعربى - وصورته أن
يكون ثلاثون نفدقاً مع كل واحد من اللاعبين خمسة عشر ويكون فيه ثلاث
كعاب مربعة ، تكون فى أرباع كل واحدة فى ربع ست نقط وفى المقابلة نقطة ،
وفى الربع الثانى خمس نقط ، وفى المقابلة نقطتان ، وفى الربع الثالث أربع نقط
وفى المقابلة ثلاث نقط ، والأربعة عشر هى قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة

أسطر فوجمل في تلك الحفر حصى صفار يلعبون بها . ذكره في البيان وبصرم
اللعب بالأربعة عشر هي اللعبة التي تسموها العامة شاردة ، وهو أربعة عشر
بالفارسية ، لأن شار أربعة وده عشرة بلغتهم ، وهو حفرات تجمل في لوح
سطرا في أحد جانبيه وسطراً في الجانب الآخر ، وتجمل في الحفر حصى صفار
يلعبون بها . وقال في الشامل ثلاثة أسطر

قوله (من غير آفة مطربة) قد ذكرنا أن الطرب خفة نصيب الانسان
لشدة حزن أو سرور . قال الشاعر :

وأراى طرباً في إزيم طرب الواله أو كالمخنبل

وبيت الجارية التي تنشد :

هل على ويحك إن لهوت من حرج ؟

فقال لا حرج إن شاء الله . قال ابن الأنباري في الوجيه قولان ، قال أهل
الفسير : الوجيه الرحمة ، وقالوا حسن أن يقول الرجل لمن يخاطبه ويحك .
والثاني قاله الفراء ، الوجيه والويس كتابتان من الويل ، ومعنى ويحك ويحك تهذبة قول
العرب فأنه الله كناية عن قولهم فأنه الله . وكفى آخرون فقالوا كاتمه الله . وقال
غيره ويح كلمة رحمة ضد ويل كلمة عذاب .

وقال البريدى مما بمعنى واحد ، يقال ويح لزيد وويل لزيد برفعهما على
الابتداء ، ذلك أن تقول ويحاً لزيد وويل لزيد فتتصيهما بإضمار فعل ، كأنك
قلت ألزمه الله ويحاً وويلاً . قوله (لا حرج) أى لا ضيق أو لا إثم وقد ذكر
قوله (رسم بالبيت والبيتين) الرزم بالتحريك الصوت وقد رزم بالكسر وترزم
إذا رجعت صوته . والترنيم مثله وترنم الطائر في هديره ، وقيل إن البيت الذي
أنشده عمر (رضى)

وان ثواني بالمدينة بعدما قضى وطراً منها جهل بن معمر

أراد جميل بن معمر الجمحي لا العذري فإنه متأخر . قوله (اني لاجم قلبي)
أى أريجه . والجمام بالفتح الراحة يقال جم الفرس جماً وجماماً إذا ذهب إعياؤه
وكذلك إذا ترك الضراب يجم ويجم ، وأجم الفرس إذا ترك أن يركب ، وقيل

يجمعه ويكمل صلاحه ونشاطه ، يقال جم الماء يجم إذا زاد ، وجم الفرس إذا زاد جريه .

قوله (المعزفة) بكسر الميم من آلات الملامى ، والمعازف الملامى والعزيف صوت الجن يعزف عزيفاً . قوله (هو الحديث) فسر بالغناء وسمى لهواً لأنه يلهى عن ذكر الله تعالى ، يقال لهوت عن الشيء إذا أهرضت عنه .

قوله (ان الله حرم على أمق الخمر والميسر والمزر ، والكوبة والقنين) الخمر يكون من العنب ، ويقال لها سواها مجازاً واتساعاً ، والميسر القهار وقد ذكر والمزر خمرة الذرة ، وأما الكوبة والقنين فقد فسرهما الشيخ في الكتاب وفسر القنين بالربط وهو عود الغناء ، قال الزعزعي القنين بوزن للسكيت الطنبور عن ابن الأعرابي ، وقن إذا ضرب به ، يقال قنفته بالعصا قناً إذا ضربته ، قال وقيل لعبة للروم يتقاسرون بها ، وهو قول ابن قتيبة . قال ابن الأعرابي وهو الطنبور بالحيشة ، والكوبة للرد ، ويقال الطبل ، وقال في الوسيط هو طبل الخنثين دقيق الوسط غليظ الطرفين .

وقال الجوهري الكوبة الطبل الصغير المخصر وهو قريب مما قال في الوسيط وقال في المعين من قصبات يجمعن قطعة من أديم ويحرز عليهن ثم يتفخ فيها اثقان يزمران فيها وسميت كوبة لأن بعضها كوب على بعض أى ألزم . قوله (تمسخ) التمسح تحويل صورة الى ما هو أقبح منها . يقال تمسخه الله قرداً ، والتمسح من الرجال الذى لا ملاحه له ، ومن اللحم الذى لا طعم له .

قوله (أعلنوا للتكاح واضربوا عليه بالدف) الإعلان والعلافة ضد الاسرار وهو إظهار الشيء وترك إخفائه ليخالف الزنا الذى عادته أن يستمر به ويخفى ، والدف بالضم وحكى أبو عبيد أن الفتح فيه لغة .

قوله (الحداء) الحداء والحدو : سوق الايل والغناء لها ، وقد جدوت الايل حدواً وحداً ، قوله (فأعنت الايل فى السير) أى أسرعت والمعنى ضرب من السير سريع كأن الايل ترفع أعناقها فيه ، قوله (رويدك) نصير رود وقد أرود به أى رفق به ، وقد رضع موضع الانس ، أى أرود بمعنى أرفق ، قيل أصله من رادت الريح تزود إذا تحركت حركة خفيفة ، قال الله تعالى (أمهلهم رويداً)

أى إصهالا رويداً قوله (رفقاً بالقوارير) شبههن بها لضعفهن ورقة قلوبهن ،
والقوارير يسرع اليها الكسر ، وكان يفتد من الرجز ما فيه نسيب فلم يأمن أن
يصيبهن أو يوقع في قلوبهن إحلاوة أمر بالكف عن ذلك ، يقال العناء رقية الزنا
ويقال إن سليمان بن عبد الملك سمع في معسكره مغنيا فدعا به فخصاه ، فقال إن
الغناء رقية الزنا ، وكان شديد الغيرة ، وأشد بعض أهل العصر

يا حادى العيس رفقاً بالقوارير فقد أذاب سراها بالقوارير
وشفها السير حتى ما بهارمق في مهمه ليس فيه للقوارير
جمع قارية وهي للفاتحة

قوله (فأنشده بيتاً فقال هيه) معناه زد وهو اسم فعل يؤمر به ، أى زد
في إنشادك ينون فمن نون فعناه زدنى حديثاً لأن التنوين للتكثير ، ومن لم ينون
فعناه زدنى من الحديث المعروف منك ، وأصله إبه والهاء مبدلة من الهمة ،
تقوله للرجل إذا استزده من حديث أو عمل ، قال ذو الرمة :

وفعنا فقلنا إبه عن أم سالم وما بال تنكيم الديار البلاقع
وأما إبهأ فعناه كف ولم يجيء إلا منكرأ ، قال العائنة

إبهأ فدا لك الأرقام كلهم وما أمر من مال ومن ولد
في الحديث ما أذن الله لشيء إذنه لنبي يتفنى بالقرآن ، يريد ما استمع الله لشيء
والله تعالى لا يشغله سمع عن سمع ، يقال أذن بأذن إذنا إذا سمع ، ومنه قوله
تعالى (وأذنت لربها وحققت) أى استمعت ، قال ابن أحر

أيها القلب تمتع بحدن إن همى في سمع واذن
ومن ذلك سميت الأذن

قوله (من لم يتغن بالقرآن) مفسر في الكتاب والاول الجمع بين التفسيرين
الاستغناء به والتأديب بأدابه وتحسين الصوت به وترقيقه ليحفظ به من يسمعه
ويتعظ هو . قوله (وأما القراءة بالالحن) الالحن واللحن واحدهما اللحن
وهو الغناء والتطريب ، وقد لحن في قرأته إذا طرب بها وغرد ، وفي الحديث
« أقرءوا القرآن بلحون العرب »

قوله (بانف سب ماد فظلي اليوم متبول) بانف فارقت واليهن الفراق واليهن

أيضا الرطل لقد تقطع بينكم وهو من الأضداد . متبول أى سقيم لاسد . يقال أتبله الحب وتبله أى أسقمه وأفسده

قوله (عدلت شهادة للزور الإثراك بالله) أى ساوته ومائلته ، تقول عدلت فلاناً بفلان إذا ساويت بهما . قوله (يتبوا مقعده) ذكر

قوله (وان رأى أن يشهر أسره) أى يكشفه للناس ويوحى به ، والشهرة وضوح الأمر ، يقال شهرت الأمر أشهره شهراً وشهر فاشتهر ، وكذلك شهرته تصهيراً . قوله (أهل الصبابة) الذين يصانون عن المنكح والتأديب بالتعزير وغيره . قوله (أقبوا ذوى الهيات عقراتهم) هم أهل المروءة وقد ذكر

قوله (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين) الظنين المتهم ، ومنه قوله تعالى (وما هو على الغيب بظنين) أى بمتهم فى قراءة من قرأ بالظالم ، والظنة التهمة ، قال ابن سيرين لم يكن على يظن فى قتل عثمان أى بتهم ، وأما من قرأ بالضاد فإنه أراد بيبخيل .

قوله (ذى إحنة) يقال فى صدره إحنة أى حقد ، ولا تقل حنة ، والجمع إحن ، وقد أحنت عليه بالكسر ، قال :

إذا كان فى صدر ابن عمك إحنة فلا تسترها سوف يبدو دفينها
قوله (الطبع) هو السحبة بما جبل عليه الانسان من أصل الخلقة والطبيعة منه والجمع الطبايع

قوله (صلى الله عليه وسلم فاطمة بضمعة منى) البضعة بفتح الباء هى للقطعة من اللحم ، هذه وحدها بالفتح وأحوانها بالكسر كالقعدة والقعدة والخرقة والكسفة . قوله (برينى ما برينها) أى يدخل على العك كما أدخل عليها العك والنهمة ، يقال رابى فلان إذا رأيت منه ما برينك وتكرهه ، والرية الشك قال الهروى : يقال أرابى الفسى أى شككته وأومئى الريبة ، وإذا استبقته قلت ما رابى بغير همزة وقال الفراء راب وأراب بمعنى واحد ، والهمزة قد ذكرت وهى إحدى الزوجتين سميت بذلك لإدخال الضرر عليها

قوله (قاله أن يطلع عنها ريندم) وقد ذكرنا التوبة وأصلها الرجوع ، والإفلاج عن الأمر الكف عنه يقال أفلج فلان عما كان عليه إذا تركه فكف عنه

قوله (ولم يبروا) لم يقيموا ، والاصرار الاقامة على الذنب أو ترك التوبة منه . قوله (أجل) بمعنى نعم ، وقد ذكرت
قوله (من أتى من هذه القاذورات عيباً) هي جمع قاذورة وهي الفعل الفبيح واللفظ السيء ، وقد رثت الشيء وتقدره أى عفته وكرهته
قوله (من أبدى لنا صفحته) الصفحة جانب المنق ، ومعناه من أظهر لنا أمره أى أقر به وأقما عليه الحد
قوله (تبيح فيه الطبايع) أى تنور ، يقال حاج الشيء يبيح ويبجانا ، أى تار ، والطبايع جمع طبيعة ، وقد ذكر
قوله (لم ترد بعمرة) أى عيب وعاره لحقه ، والمعمرة أيضاً الأثم ، قال الله تعالى (فنصيبكم منهم معرفة) أى إثم
وفستطيع أن تلخص الشهود الواردين في كتاب المصنف في نقاط أجاز بعضهم ورد الآخرين وهم :

(من رد همادتهم)

١ - الصبي والمغفل ٢ - العبد والكافر ٣ - أهل دين على أهل دين آخر
٤ - أهل الزور ٥ - أهل الفسق ٦ - أصحاب الكبائر ٧ - الخائن
والخائنة والزاني والزانية ٨ - من لا مروءة له كالرقاص ٩ - لاعب القمار
١٠ - لاعب النرد ١١ - جار لنفسه انما ١٢ - الأخ لآخيه

(من أجاز همادتهم)

١ - أصحاب الصغار ٢ - لاعب الشطرنج ٣ - من لعب بالحمام
٤ - الحارثي

(من اختلف فيه)

١ - من شرب القليل من النبيذ ٢ - من لم يكثر من الغناء
٣ - من قتل استعمال آلات الطرب ٤ - الولد لآبيه وبالعكس
٥ - العدو . أحد الزوجين للآخر ٦ - القائب

ولا تقبل شهادة من ليس بعدل ، وقد حكى في البحر الاجماع على أنها لا تصح شهادة قاسق و شرط الشاهد كونه مسلماً حراً مكافئاً ، أى عاقلاً بالغاً ضابطاً ناطقاً عدلاً ذا مروءة ليست به تهمة ، وعليه أكثر أهل العلم ، غير أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل ، فشهادة الذمي لا تقبل عند الشافعي على الاطلاق .

وقال أبو حنيفة : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم ، وهو أداة للصبيان لا تقبل عند الأكثرين إلا عند مالك في الجراح فيما بينهم خاصة ما لم يصلوا إلى أهل بيوتهم وأثر عبيد الله بن الزبير أنه كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح معارض بقول ابن عباس أنها لا تجوز ، وحسد العداوة أن يكون محترزاً عن الكيبار غير مصر على الصغار ، والمروءة وهي ما اتصل بأداب النفس مما يعلم أن تاركه قليل الحياء ، وهي حسن الهيئة والهدوء والعشرة والصناعة ، فإذا كان الرجل يظهر من نفسه شيئاً مما يستحى أمثاله من إظهاره في الأغلب يعلم به قلة مروءته وتزد شهادته ، وإن كان ذلك مباحاً ، ولا تقبل شهادة الخائن ولا ذى العداوة ، وإن كان مقبول الشهادة على غيره لأنه متهم في حق عدوه ، ولا يؤمن أن نحملة عداوته على إلحاق ضرر به فإن شهد لعدوه تقبل إذا لم يظهر في عداوته فسق ، وكذا المنتم والقانع لأهل البيت ولا شهادة العدو على العدو .

وحكى في البحر الاجماع على عدم قبول شهادة العبد لسيدته ، قال في المسوى ولا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ويجوز عليهما ، وكذا لا تقبل شهادة من جر إلى نفسه نقماً ، كمن شهد لرجل بشراء دار وهو شفيعها ، أو شهد للفلس واحداً من غرمائه بدين على رجل ، وانفقوا على قبول شهادة الأئمة لا تخيه وسائر الأقارب ؛ واختلفوا في شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلم يجزها أبو حنيفة ، وأجازها الشافعي . والحق أن القرابة بمجرد ما ليست بمعاملة سواء كانت قرابية أو بعبودية ، إنما المانع التهمة ، فإذا كان القريب ممن تأخذه حمية الجماهلية فشهادته غير مقبولة ، وإن كان على العكس من ذلك فشهادته مقبولة . وقد رفع الخلاف في كتب التفسير والأصول في حكم التوبة .

قال مالك : الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن الذي يجلد بجلد الجلد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته ، وهو أحب ما سمعت إلّا في ذلك وعليه الشافعي
 وذهب أبو حنيفة إلى أن شهادة القاذف لا ترد بالقذف ، فإذا حد ردت شهادته على التأييد وإن تاب وأصل المسألة أن الاستغناء يعود إلى الفسق فقط في قول أهل العراق وإلى الفسق ، وعدم قبول الشهادة جميعا في قول أهل الحجاز وقال الشافعي هو قبل أن يحد منه حين يحد ، لأن الحدود كفارات فكيف تردونها في أحسن حاله وتقبلونها في شر حاله ، وإذا قبلتم توبة الكافر والمقاتل محمدا كيف لا تقبلون توبة القاذف وهو أيسر ذنبا ؟ قيل معنى قول أبي حنيفة أن القاذف ما لم يحد يحتمل أنه يكون صادقا وأن يكون معه شهود تشهد بالزنا ، فإذا لم يأت بالشهداء وأقيم عليه الحد صار مكذبا بحكم الشرع فوجب رد شهادته ثم رد شهادة المحدثه في القذف تأييدي ، ولا تجوز شهادة أهل الضرر لأن صميمهم من أكبر الكبائر .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب عدد الشهود

لا يقبل في الشهادة على الزنا أقل من أربعة أنفس ذكور لقوله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا) الآية
 وروى أن سعد بن عباد قال يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال نعم .
 وشهد على لقفورة بن شعبة ثلاثة : أبو بكره ونافع وشبل بن معبد ، وقال زياد رأيت أمنا تنبو ونفسا يعلو ورجلان كأنهما أذنا حمار لا أدري ما وراء ذلك ، جلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يجلد المعهدة .
 ولا يقبل في اللواط إلا أربعة لأنه كالزنا في الحد فكان كالزنا في الشهادة ، فأما إتيان البهيمة فإننا إن قلنا إنه يجب فيه الحد فهو كالزنا في الشهادة لأنه كالزنا

في الحد فكان كالزنا في الشهادة ، وإن قلنا إنه يجب فيه التمريض ففيه وجهان :
 (أحدهما) وهو قول أبي علي بن خيران واختيار المذنب رحمه الله أنه يثبت
 بشاهدين لأنه لا يلحق بالزنا في الحد فلم يلحق به في الشهادة
 (والثاني) وهو الصحيح أنه لا يثبت إلا بأربعة ، لأنه فرج حيوان يجب
 بالإيلاج فيه العقوبة فاعتبر في الشهادة علمه أربعة كالزنا ، ونقصانه عن الزنا في
 العقوبة لا يوجب نقصانه عنه في الشهادة ، كزنا الأمة ينقص عن زنا الحرة في
 الحد ولا ينقص عنه في الشهادة .

واختلف قوله في الإقرار بالزنا فقال في أحد القولين يثبت بشاهدين لأنه
 إقرار فثبت بهما يدين كالأقرار في غيره (والثاني) أنه لا يثبت إلا بأربعة لأنه
 سبب يثبت به فعل الزنا فاعتبر فيه أربعة كالشهادة على القتل ، وإن كان المقر
 أجمعياً ففي الترجمة وجهان :

(أحدهما) أنه يثبت باثنين كالترجمة في غيره

(والثاني) أنه كالإقرار فيكون على قولين كالإقرار

(فصل) وإن شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان (أحدهما) أنهم قدفوه ويحدون
 وهو أشهر القولين ، لأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة
 وروى ابن الوصي أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا ، وقال الرابع رأيتها في
 ثوب واحد ، فإن كان هذا زنا فهو ذلك ، لجلد على بن أبي طالب رضي الله عنه
 الثلاثة وعزر الرجل والمرأة ، ولأننا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة
 طريقاً إلى القذف .

والقول الثاني أنهم لا يحدون لأن الشهادة على الزنا أمر جائز فلا يوجب
 الحد كسائر الجائزات ، ولأن إيجاب الحد عليهم يؤدي إلى أن لا يشهد أحد
 بالزنا خوفاً من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون فنبتل الشهادة على الزنا ،
 وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدم الزوج ففيه وجهان
 (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق ، وظاهر النص أنه يحد الزوج قولاً واحداً
 لأنه لا تجوز شهادته عليها بالزنا لجعل قاذفاً ، وفي الثلاثة قولان

(والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الزوج كالثلاثة لأنه أنى بلفظ الشهادة فيكون على القولين

(فصل) فإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم ، فإن كان بسبب ظاهر بأن كان عبداً أو كافراً أو منظاهراً بالفسق كان كالمو لم يتم العدد لأن وجوده كعدمه ، وإن كان بسبب خفي كالفسق الباطن ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد ، لأن عدم العدالة كعدم العدد (والثاني) أنهم لا يحدون قولاً واحداً ، لأنه إذا كان الرد بسبب في الباطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة لأنهم معذورون فلم يحدوا ، وإذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد .

وإن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الرجوع حد القذف لأنه اعترف بالقذف . ومن أصحابنا من قال في حده قولان ، لأنه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة وليس بشيء ، وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولاً واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط لأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه

ومن أصحابنا من قال في حدم قولان وهو ضعيف ، فإن رجعوا كلهم قالوا تصدنا الشهادة وجب عليهم الحد ، ومن أصحابنا من قال فيه قولان وليس بشيء . وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع فسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ، ويحتمل أن تكون عائدة ، لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال ولا يجب الحد على الشهود ، لأننا إذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون

(فصل) ويثبت المال وما يقصد به كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بفناهد وإسراةين لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وإسراةتان) فنص على ذلك في السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال

(فصل) وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية اليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل في الرجعة (وأشهدوا ذوى عدل منكم) وما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل .

وعن الزهري أنه قال : جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفةين من بعده أن لا تقبل شهادة للنساء في الحدود ، فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود ، وقسمنا عليها كل ما لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال وإن اتفق الزوجان على النكاح واختلفا في الصداق ، ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين لأنه اثبات مال ، وإن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت إلا بشهادة رجلين . وإن ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن بينة المرأة لا يثبت الطلاق وبينة الرجل لا يثبت المال وإن شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع ، وإن شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية ، والفرق بين القتل والسرقة أن قتل العمد في أحد القولين يوجب القصاص والدية بدل عنه يجب بالعفو عن القصاص ، وإذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله ، وفي القول الثاني يوجب أحد البدلين لا بعينه . وإنما يتعين بالاختيار ، فلم أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا مينا ، وهذا خلاف موجب القتل ، وليس كذلك السرقة فإنها توجب القطع والمال على سبيل الجمع ، وليس أحدهما بدلا عن الآخر لجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر

(فصل) ولا يقبل في موضحة العمد الا شاهدان ذكران لأنها جنابة / توجب القصاص ، وفي الهاشمة والمنقة فولان (أحدهما) أنه لا يثبت الا بشاهدين ذكرين لأنها جنابة تتضمن القصاص (والثاني) أنها تثبت بالشاهد والمرأتين ، لأن الهاشمة والمنقة لا قصاص فيهما ، وإنما القصاص في ضمنهما ثبت بالشاهد والمرأتين ، فعلى هذا يجب أرش الهاشمة والمنقة ، ولا يثبت القصاص

في الموضحة ، وإن اختلف السيد والمكاتب في قدر المال أو صفته أو أداءه قضى فيه بالشاهد والمرأتين ، لأن الشهادة على المال ، وإن أفضى إلى العتق الذي لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء ، وإن أفضى إلى النسب الذي لا يثبت بهما ذنن

(فصل) وإن كان في يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولد ما منه وأقام على ذلك شاهداً وامرأتين قضى له بالجارية لأنها مملوكة فقضى فيها بشاهد وامرأتين ، وإذا ماتت عتقت بإقراره ، وهل يثبت نسب الولد وحرية؟ فيه قولان

(أحدهما) أنه لا يثبت لأن النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين ، فيكون الولد باقياً على ملك المدعى عليه .

والقول الثاني أنه يثبت لأن الولد نماء الجارية وقد حكم له بالجارية لحكمه بالولد ، فلي هذا يحكم بنسب الولد وحرية ، لأنه أقر بذلك ، وإن ادعى رجل أن العبد الذي في يد فلان كان له وأنه اعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) أنه لا يحكم بهذه البيعة لأنها تشهد له بملك متقدم فلم يحكم بها ، قالوا ادعى على رجل عمداً وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له .

(والثاني) أنه يحكم بها لأنه ادعى ملكاً متقدماً وشهدت له البيعة فيما ادعاه ومن أصحابنا من قال يحكم بها قولاً واحداً ، والفرق بينه وبين المستقلة قبلها أن هناك لا يدعى ملك الولد وهو يقر أنه حر الأصل فلم يحكم ببيئته في أحد القواين وههنا ادعى ملك العبد وأنه اعتقه لحكم ببيئته .

(فصل) ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التي تحت الثياب شهادة النساء منفردات لأن الرجال لا يطلعون عليها في العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التفاحد ولا يثبت شيء من ذلك إلا بعدد لأنها شهادة قاعته فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل ، والدليل عليه قوله تعالى

(فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فأقام المرأتين مقام الرجل وروى
عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما رأيت
من نافصات عقل ودين أظلم على ذى لب منك ، قالت امرأة يا رسول الله
ما نافصات العقل والدين ؟ قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل
فهذا نقصان العقل ، وأما نقصان الدين فإن إحداكن تمكث الليالي لا تصلي وتفطر
في شهر رمضان فهذا من نقصان الدين ، فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل
والمرأتين ، لأنه إذا أُجيزت شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال ، فلأن تقبل
شهادة الرجال . والرجال والنساء أولى

وتقبل في الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبه بن الحارث أنه تزوج أم يحيى
بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتك ، فجاءت إلى النبي (ص)
فذكرت له ذلك ، فقال كيف وقد زعمت أنها أرضعتك ، فنهاه عنها ، ولائها
لا تهر بهذه الشهادة فتمألى نفسها ولا تدفع عنها ضرراً . ولا تقبل شهادة المرأة
على ولادتها لائنها تثبت لنفسها بذلك حقا وهو النفقة ، وتقبل شهادة النساء
منفردات على استئلال الولد وأنه بقى منألى أن مات . وقال الربيع رحمه الله
فيه قول آخر أنه لا يقبل إلا شهادة رجلين ، والصحيح هو الأول لأن الغالب
أنه لا يحضرها الرجال .

(فصل) وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين ، لما روى
عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى بيمين وشاهد ، قال عمرو ذلك في الاموال

واختلف أصحابنا في الوقف فقال أبو اسحاق وطامة أصحابنا يبنون على القولين
فإن قلنا ان الملك للموقوف عليه قضى فيه بالشاهد واليمين لأنه نقل ملك فقضى
فيه بالشاهد واليمين كالبيع ، وإن قلنا انه ينتقل إلى الله عز وجل لم يقض فيه
بالشاهد واليمين لأنه إزالة ملك إلى غير الأدمى فلم يقض فيه بالشاهد واليمين
كالعتق . وقال أبو العباس رحمه الله : يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعا
لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضى فيه بالشاهد واليمين كالأجارة

(الشرح) حديث أن سعد بن عبادة قال يا رسول الله أرأيت أن وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله . . . أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، وأصل الحديث في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة ، ورواه أبو داود من حديث عبادة بن الصامت وأحمد من حديث سعيد بن سعد بن عبادة

أثر : شهد على المغيرة ثلاثاً . . . سبق تخريجه

أثر : لأن عمر جلد الثلاثة الذين شهدوا . . . سبق تخريجه

حديث ابن مسعود لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل . . . أخرجه الشافعي والبيهقي عن سعيد بن جبير موقوفاً بلفظ : لا نكاح الا بولي ومرشد وشاهدي عدل ، ورواه البيهقي من طريق آخر مرفوعاً بلفظه لا نكاح الا بإذن ولي مرشد أو سلطان ، قال والمحفوظ الموقوف . وفي رواية ثالثة : لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ، فإن أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل ، وفيه عدى وهو ضعيف .

أثر الزهري : جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده . . . أخرجه ابن أبي شيبة . وروى عن مالك عن عقيل عن الزهري ، وزاد ولا في نكاح ولا في طلاق وقال الحافظ ابن حجر ولا يصح عن مالك ، ورواه أبو يوسف في كتاب الخراج

حديث عبد الله بن عمر ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما رأيت من ناقصات عقل ودين . . . أخرجه البخاري مطولاً

حديث : عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي أمامة لجمات امرأة سوداء . . . أخرجه البخاري في كتاب الشهادات من طرق ، وقال الحافظ وروى من ذكر هذا الحديث في المتفق عليه

حديث ابن عباس ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمينه . . . سبق تخريجه

اللغة : قوله (رأيت اسقاً) الاست العجز وقد يراد به حلقة الدبر . وأصلها سته على وزن فعل بالتحريك ، يدل على ذلك أن جمعه أستاه مثل جمل وأجمال ولا يجوز أن يكون مثل جذع وقفل اللذين يجمعان أيضاً على أعمال ، لأنك

إذا زدت الماء التي هي لام الفعل وحذفت العين قلت سه بالفتح ، قال الفاعر :
شأتك قمين غنما وسمينها وأنت السه السفلى إذا ذكرت نصر

تقول أنت فبهيم بمنزلة الاسف من الناس

قوله (تنهوا) أى ترضع أراد مهنا المعجز دون حلقة الدبر

قوله (وإنما القصاص في ضمنهما) أى فيما يفتملان عليه من قولهم فهمت
ما تضمنه كتابك ، أى ما اشتمل عليه وكان في ضمنه ، وأنفذه ضمن كتابى أى
في طيه . قوله (أغلب على ذى لب منمكن) اللب العقل والجمع الألباب ، قال
تعالى (إن في ذلك لذكرى لأولى الألباب) أى لذوى العقول

اتفق للمسلمون على أنه لا يثبت الحد في الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور
وانفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الرنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا
الحسن البصرى فإنه قال لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم ، وهذا
ضعيف لقوله سبحانه وتعالى (واستشهدوا هميدين من رجالكم) وكل متفق
على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى ، إلا ابن أبى ليلى فإنه قال
لا بد من يمينه ، وانفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين ،
لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء)

واختلفوا في قبولها في الحد فالذى عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء
في الحدود لا مع رجل ولا مفردات

وقال أهل الظاهر تقبل إذا كان ممن رجل وكان النساء أكثر من واحدة
في كل شيء على ظاهر الآية .

وقال أبو حنيفة : تقبل في الأموال ما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل
الطلاق والرجمة والنكاح والعق ، ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن
واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات
والوصية التي لا تتعلق إلا بالمال فقط ، فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل
فيه شاهد وامرأتان ، وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه إلا رجلان
وأما شهادة النساء مفردات - أعني النساء دون للرجال - فهي مقبولة

عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا ، مثل الولادة والاستهلال وغيوب النساء ، ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع ، فإن أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء ، والذين قالوا يجوز شهادتهن منفردات في هذا الجفيس اختلفوا في العدد المشروط في ذلك منهن ، فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان ، قبل مع انتشار الأمر وقيل وإن لم يتفق

وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لأن الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الأثنية . وقال قوم لا يتكفي في ذلك بأقل من ثلاث ، وهو قول لا معنى له .

وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، والظاهرية أو بعضهم لا يميزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يميزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء . وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فإنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع ، كيف وقد أرضعتكما ، وهذا ظاهر الإنكار ولذلك لم يخلف قول مالك في أنه مكروه

وقالت الحنابلة : ولا يقبل في الزنا والمواط والاقرار به إلا أربعة رجال ويكفي في الشهادة على من أتى بهيمة رجلا ، ومن عرف بغنى وأدهى أنه فقير يأخذ من الزكاة لم يقبل إلا بثلاثة رجال ، ويقبل في نية الحدود والقصاص رجلا ، ولا تقبل فيه شهادة النساء ، وما ليس بعقوبة ولا مال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال غالبا كالنكاح والطلاق والرجعة والخلع والنسب يقبل فيه رجلا دون النساء ، ويقبل في المال وما يقصد به كالبيع والاجل والختار فيه ونحوه رجلا أو رجلا وامرأتان أو رجلا ويمين المدعى ، وما لا يطلع عليه الرجال غالبا كغيوب النساء تحت الثياب والبكارة والشبوبة والحيض والولادة والرضاع والاستهلال ونحوه يقبل فيه شهادة امرأتين عدل والرجل فيه كالمراة . ومن أتى برجل وامرأتين أو شاهد ويمين فيها يوجب القود لم يثبت به قود ولا مال ، وإن أتى برجل وامرأتين أو رجل ويمين في سرقة ثبت المال دون القطع

وان أتى بذلك في خلع امرأه على عرض سماه ثبت له العوض وتثبت البيئونة بمجرد دعواه لإفراجه على نفسه وان ادعته لم يقبل فيه الا رجلا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب تحمل الشهادة وأداؤها

لا يجوز تحمل الشهادة وأداؤها الا عن علم ، والدليل عليه قوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مستورا) وقوله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) فأمر الله تعالى أن يشهد عن علم . وقوله عز وجل (ستكتب شهادتهم ويسألون) وهذا الوعيد يوجب التحفظ في الشهادة وأن لا يشهد الا عن علم

وروى طاوس عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ؟ قال نعم ، قال فعلى مثلها فاشهد أو دع ، وان كانت الشهادة على فعل كالجنابة والنصب والزنا والسرقه والرضاع والولادة وغيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به الا عن مشاهدة لانها لا تعلم الا بها ، وان كانت الشهادة على عورة ووقع بصره عليها من غير قصد جاز أن يفهد بما شاهد ، وان أراد أن يقصد النظر ليشهد فالمقصود أنه يجوز ، وهو قول أبي اسحاق المروزي ، لأن أبا بكره وناقماً وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضي الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره فظروهم . وقال أبو سعيد الاصطخري لا يجوز أن يقصد النظر لاه في الزنا مندوب الى السر ، وفي الولادة والرضاع يقبل شهادة النساء . فلا حاحة بالرجال الى النظر للشهادة . ومن أصحابنا من قال يجوز في الزنا دون غيره ، لأن الزاني هتك حرمة الله تعالى بالزنا لجاز أن تهتك حرمة بالنظر الى عورته ، وفي غير الزنا لم يوجد من المشهود عليه هتك حرمة فلم يجز هتك حرمة . ومنهم من قال يجوز في غير الزنا ولا يجوز في الزنا ، لأن حد الزنا يهني على الدرء والاستقاط فلا يجوز أن يتوصل

الى اثباته بالنظر ، وغيره لم يبين على الدرء والاسقاط لجاز أن يتوصل الى اثباته بالنظر .

(فصل) وان كانت الشهادة على قول كالبيع والنكاح والطلاق والاقرار لم يجز التحمل فيها الا بسماع القول ومعاينة القائل ، لانه لا يحصل العلم بذلك الا بالسمع والمعاينة ، وان كانت الشهادة على ما لا يعلم الا بالخبر وهو ثلاثة: النسب والملك والموت جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة ، فإن استفاض في الناس أن فلانا ابن فلان . أو أن فلانا ماشى أو أموى جاز أن يشهد به ، لأن سبب النسب لا يدرك بالمشاهدة .

وان استفاض في الناس أن هذه الدار وهذا العبد لفلان جاز أن يشهد به لأن أسباب الملك لا تضبط لجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة ، وان استفاض أن فلانا مات جاز أن يشهد به لأن أسباب الموت كثيرة ، منها خفية ومنها ظاهرة ويتعذر الوقوف عليها ، وفي عدد الاستفاضة وجهان

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايينى رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين لأن ذلك بينة

(والثاني) وهو قول أفضى الفضاة أبى الحسن الماوردى رحمه الله أنه لا يثبت الا بمدد يقع العلم بخبرهم لأن مادون ذلك من أخبار الأحاد فلا يقع العلم من جهتهم ، فإن سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن ، فإن صدقه المقر له جاز له أن يشهد به لانه شهادة على اقرار ، وان كذبه لم يجز أن يشهد به لانه لم يثبت النسب ، وان سكنت فله أن يشهد به ، لأن السكوت في النسب رضى بدليل أنه اذا بشر بولد فسكت عن نفيه لحقه فسه

ومن أصحابنا من قال لا يشهد حتى يتكرر الاقرار به مع السكوت ، وان رأى شيئا في يد انسان مدة يسيرة جاز أن يشهد له باليد ، ولا يشهد له بالملك وان رآه في يده مدة طويلة يتصرف فيه جاز أن يشهد له باليد وهل يجوز أن يشهد له بالملك؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله أنه يجوز ، لأن اليد والتصرف يدلان على الملك .

(والثاني) وهو قول أبى اسحاق رحمه الله أنه لا يجوز أن يشهد له بالملك ،

لأنه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون من إجارة أو وكالة أو
غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال

واختلف أصحابنا في النكاح والعتق وأوقف والولاية ، فقال أبو سعيد
الاصطخري رحمه الله يجوز أن يشهد فيها بالاستفاضة لأنه يعرف بالاستفاضة
أن عائشة رضي الله عنها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وأن نافعا مولى ابن عمر
رضي الله عنه ، كما يعرف أن قاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال
أبو إسحاق رحمه الله لا يجوز لأنه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع
(فصل) ويجوز أن يكون الأعمى شاهداً فيما يثبت بالاستفاضة لأن
طريق العلم به السماع والأعمى كالبصير في السماع ، ويجوز أن يكون شاهداً في
الترجمة لأنه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير ، ولا يجوز أن
يكون شاهداً على الأفعال كالقتل والغصب والزنا ، لأن طريق العلم بها البصر ،
ولا يجوز أن يكون شاهداً على الأقوال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا
كان المشهود عليه خارجاً عن يده .

وحكى عن المزني رحمه الله أنه قال : يجوز أن يكون شاهداً فيها إذا عرف
الصوت . ووجهه أنه إذا جاز أن يروى الحديث إذا عرف المحدث بالصوت ،
ويستمتع بالزوجة إذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد إذا عرف للمشهود عليه
بالصوت ، وهذا خطأ لأن من شرط للشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم
بالمشكوك لأن الصوت يشبه الصوت ، وبخالف رواية الحديث والاستمتاع
بالزوجة لأن ذلك يجوز بالظن وهو خير الواحد

وأما إذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الأعمى
على رأس الرجل فضبطه إلى أن حضر عهد الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت
شهادته لأنه شهد من علم ، وإن تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم
عمى نظرت فإن كان لا يعرف المشهود عليه إلا بالعمى وهو خارج عن يده لم
تقبل شهادته عليه لأنه لا علم له بمن يشهد عليه ، وإن تحمل الشهادة ويده في
يده وهو يبصر ثم عمى ولم تفارق يده يده حتى حضر إلى الحاكم وشهد عليه قبلت

شهادته لأنه يشهد عليه عن علم ، وإن تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم حصى قبلت شهادته لأنه يشهد على من يعده

(فصل) ومن شهد بالنكاح ذكر شروطه لأن الناس يختلفون في شروطه فوجب ذكرها في الشهادة ، وإن رهن رجل عبداً عند رجل بأب ثم زاده ألفاً آخر وجعل العهن رهماً بهما وأشهد الشهود على نفسه أن العين رهن بألفين وعلم الشهود حال الرهن في الباطن ، فإن كانوا يعتقدون أنه لا يجوز إلحاق الزيادة بالدين في الرهن لم يجوز أن يشهدوا إلا بما جرى الأمر عليه في الباطن ، وإن كانوا يعتقدون أنه يجوز إلحاق الزيادة بالدين في الرهن ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز أن يشهدوا بأن العين رهن بألفين لأنهم يعتقدون أنهم صادقون في ذلك .

(والثاني) أنه لا يجوز أن يشهدوا إلا بذكر ما جرى الأمر عليه في الباطن لأن الاعتبار في الحكم باجتهاد الحاكم دون للشهود

(فصل) ومن شهد بالرضاع وصف الرضاع وأنه أرضع الصبي من ثديها أو من لبن حلب منها خمس رضعات متفرقات في حولين لاختلاف الناس في شروط الرضاع ، فإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم تقبل لأن الناس يختلفون فيما يصير به ابناً من الرضاع ، وإن رأى امرأة أخذت صبياً تحت ثيابها وأرضعته لم يجوز أن يشهد بالرضاع ، لأنه يجوز أن يكون قد أعدت شيئاً فيه لبن من غيرها على هيئة الثدي فرأى للصبي بمصر فظنه ثدياً

(فصل) ومن شهد بالجناية ذكر صفتها ، فإن قال ضربه بالسيف فمات ، أو قال ضربه بالسيف فوجدته ميتاً لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه ، وإن قال ضربه بالسيف فمات منه ، أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته ، وإن قال ضربه بالسيف فأهردمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على المنصوص لأنه إذا أهردمه فمات علم أنه مات من ضربه ، فإن قال ضربه فاتضح أو قال ضربه بالسيف فوجدته موضحاً لم تثبت الموضحة بشهادته لما ذكرناه في النفس ، وإن قال ضربه فأوضحه ثبتت الموضحة بشهادته لأنه أضاف الموضحة

إليه ، وان قال ضربه فسال دمه لم تثبت الدامية بالشهادة لجواز أن يكون سيلان الدم من غير الضرب ، وان قال ضربه فسال دمه ومات قبلت شهادته في الدامية لأنه أضافها إليه ، ولا تقبل في الموت لأنه يحتمل أن يكون الموت من غيره . وان قال ضربه بالسيف فأوضحه فوجدت في رأسه موضحين لم يجر القصاص لأننا لا نعلم على أي الموضحين شهد ، وبجب أرض موضحة لأن الجمل بعينها ليس مجهول لأنه قد أوضحه .

(فصل) ومن شهد بالزنا ذكر الزاني ومن زنى به ، لأنه قد يراه على هبجة فيعتقد أن ذلك زنا والحاكم لا يعتقد أن ذلك زنا ، أو يراه على زوجته أو جاريتها فإنه يظن أنه زنى ويذكر صفة الزنا ، فإن لم يذكر أنه أوج أو رأى ذكره في فرجها لم يحكم به ، لأن زياداً لما شهد على المغيرة عند مرضى الله عنه ولم يذكر ذلك لم يقر الحد على المغيرة ، فإن لم يذكر المشهود ذلك سالم الإمام عنه ، فإن شهد ثلاثة بالزنا ووصفوا الزنا وشهد الرابع ولم يذكر للزنا لم يجب الحد على المشهود عليه ، لأن البينة لم تكمل ، ولم يجد الرابع عليه لأنه لم يشهد بالزنا وهل يجب الحد على الثلاثة ؟ فيه قولان

وان شهد أربعة بالزنا وفسر ثلاثة منهم الزنا وفسر الرابع بما ليس بزنا لم يحسد المشهود عليه لأنه لم تكمل البينة ، وبجب الحد على الرابع قولاً واحداً ، لأنه قدفه بالزنا ثم ذكر ما ليس بزنا . وهل يجد الثلاثة على القولين ؟ فإن شهد أربعة بالزنا ومات واحد منهم قبل أن يفسر وفسر الباقون بالزنا لم يجب الحد على المشهود عليه لجواز أن يكون ما شهد به الرابع ليس بزنا ، ولا يجب على الشهود الباقين الحد ، لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زناً ، فلا يجب الحد مع الاحتمال

(فصل) ومن شهد بالسرقة ذكر السارق والمسروق منه والحرز والنياب وصفة السرقة لأن الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها ومن شهد بالردة بين ما سمع منه لاختلف للناس فيما يصر به مرئداً فلم يجر الحكم قبل البيان ، كما لا يحكم بالشهادة على جرح الشهود قبل بيان الجرح ، وهل يجوز للحاكم أن

يمرض للشهود بالتوقف في الشهادة في حدود الله تعالى فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز لأن فيه قدحا في الشهود (والثاني) أنه يجوز لأن حمر رضى الله عنه مرض لزياد في شهادته على المفهومة فروى أنه قال : أرجو أن لا يفضح الله تعالى على يدك أحداً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنه يجوز أن يمرض للمقر بالتوقف لمجاز أن يمرض للشاهد .

(الشرح) حديث ابن عباس : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ... أخرجه العقيلي والحاكم وأبو نعيم في الحلية وابن عدى والبيهقي من حديث طاوس عن ابن عباس وصححه الحاكم وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول وهو ضعيف . وقال البيهقي لم يرو من وجه يعتمد عليه ، وقال الحافظ في بلوغ المرام : أخرجه ابن عدى بسند ضعيف وصححه الحاكم فأخطأ . وقال منصور البيهقي في الروض المربع رواه الخلال في جامعه .
أثر أن أبا بكره ونافعا وشبل بن مصعب شهدوا على المفهومة ... سبق تخريجه
أثر أن زيادا لما شهد على المفهومة عند عمر ... سبق تخريجه
أثر أن عمر مرض لزياد في شهادته على المفهومة ... سبق تخريجه

الغنة : قوله (ولا تقف ما ليس لك به علم) أى لا تتيهه فتقول فيه بغير علم يقال قفوتة أقفوه وقفته أقوفه إذا اتبعت أثره ، ومنه سميت القفافة لتبعمهم الأثار وأصله من القفا .

قوله (لأن الزانى منك حرمة الله) هناك خرق وأمره خرق للسفر وقد ذكره . والحرمة ما يحرم انتهاكها

قوله (بالاستفاضة) هى مأخوذة من قاض بقبض إذا شاع ، وهو حديث مستفيض أى منتشر في الناس .

قوله (أخبار الأحاد) الأحاد ما انحط عن حد النواتر ، والنواتر غير محذور على الصحيح من الأقوال . قوله (فضبطه الى أن حضر عند الحاكم) أى أمسكه وضبط الشئ . إذا حفظه بالحزم

قوله (أنهر دمه) أى أسأله ، وكل شئ جرى فقد نهر . قوله (أن يمرض)
التمريض التورية بالشئ . من الشئ . وقد ذكر

تحمل الشهادة في غير حق الله تعالى فرض كفاية ، فإذا قام من يكفي سقط
عن بقية المسلمين ، وإن لم يوجد إلا من يكفي تعيين عليه وأداؤها فرض عين على
من تحملها متى دعى إليها ، ومحل وجوبها أن قدر على أدائها بلا ضرر يلحقه في
بدنه أو عرضه أو ماله أو أهله ، وكذا في التحمل ، ولا يحمل كتمانها ، ويحرم
أخذ أجره وجعل عليها ، ولو لم تتعين عليه ، لكن إن عجز عن المشى أو تأذى به
فله أجره مركوب . ومن عنده شهادة بحد لله فله إقامتها وزكها ، ولا يحمل أن
يشهد أحداً إلا بما يعلمه ، والعلم إما برؤية أو سماع أو استفاضة فيما يتردد عليه
بدونها كغيب وموت وملك مطلق ونكاح ووفد ونحوها ، ولا يحمل لمن تحمل
شهادة بحق وأخوه عدل باقتضاء الحق أن يشهد إلا به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الشهادة على الشهادة

وتحوز الشهادة على الشهادة في حقوق الأدميين وفيها لا يسقط بالشبهة من
حقوق الله تعالى لأن الحاجة تدعو إلى ذلك عند تعدد شهادات الأصل بالموت
والمرض والغيبة وفي حدود الله تعالى ، وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق
وشرب الخمر فولان

(أحدهما) أنه يجوز لأنه حق ثبت بالشهادة لجاز أن يثبت بالشهادة على
الشهادة كحقوق الأدميين :

(والثاني) أنه لا يجوز لأن الشهادة على الشهادة تراه لنا كيد الوثيقة ليتوصل
بها إلى اثبات الحق ، وحدود الله تعالى مبنية على الدرء والاستقاط فلم يجوز
تأكيدهما وتوثيقهما بالشهادة على الشهادة ، وما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت
بكتاب القاضي إلى القاضي ، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب

القاضي الى القاضي ، لأن الكتاب لا يثبت إلا بنحو الشهادة من جهة القاضي
الكتاب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة .

(فصل) ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة إلا عند تعذر حضور شهود
الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة ، لأن شهادة الأصل أقوى لأنها تثبت نفس
الحق والشهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق فلم تقبل مع القدرة على شهود
الأصل والغيبة التي يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الأصل
من موضع الحكم على مسافة إذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل الى منزله فله
تلحقه اللدقة في ذلك . وأما إذا كان في موضع إذا حضر أمكنه أن يرجع الى
بيته بالليل لم يجر الحكم بشهادة شهود الفرع لأنه يقدر على شهادة شهود الأصل
من غير مضافة .

(فصل) ولا يقبل في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي
شهادة النساء لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال فلم
يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح

(فصل) ولا يقبل الا من عدد لأنه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر
الشهادات ، وإن كان شهود الأصل اثنين فشهد على أحدهما شاهدان وعلى الآخر
شاهدان جاز لأنه يثبت قول كل واحد منهما بشاهدين ، وإن شهد واحد على
شهادة أحدهما وشهد الآخر على شهادة الثاني لم يجر لأنه إثبات قول بشهادة
واحد ، فإن شهد اثنان على شهادة أحدهما ثم شهدا على شهادة الآخر ففيه قولان
(أحدهما) أنه يجوز لأنه إثبات قول اثنين بخلاف شاهدين كالشهادة
على إقرار نفسه .

(والثاني) أنه لا يجوز وهو اختيار المزي رحمه الله تعالى لأنهما كما في
التحمل مقام شاهد واحد في حق واحد ، فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صاروا
كالشاهد إذا شهد بالحق مرتين ، وإذا كان شهود الأصل رجلا وامرأتين قبل
في أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم ، ولا يقبل في الآخر
إلا ستة يشهد كل اثنين على شهادة واحد منهم .

وإن كان شهود الأصل أربع نسوة وهو في الولادة والرضاع قبل في أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ولا يقبل في الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحدة منهن ، وإن كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو في الزنا وقلنا انه تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود ، فإن قلنا يقبل شاهدان على شاهدي الأصل في غير الزنا ففي حد الزنا قولان (أحدهما) انه يكفي شاهدان في إثبات شهادة الأربعة كما يكفي شاهدان في إثبات شهادة اثنين .

(والثاني) انه يحتاج إلى أربعة لأن فيما يثبت باثنتين تحتاج شهادة كل واحد منهما إلى العدد الذي يثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق ههنا لا يثبت إلا بأربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة ، فإن قلنا إنه لا يقبل فيما يثبت بشاهدين إلا أربعة ففي حد الزنا قولان :

(أحدهما) انه يحتاج إلى ثمانية ليثبت بشهادة كل شاهدين شهادة واحد . (والثاني) انه يحتاج إلى ستة عشر . لأن ما يثبت بشاهدين لا يثبت كل شاهد إلا بما يثبت به أصل الحق ، وأصل الحق لا يثبت الا بأربعة فلا تثبت شهادة كل واحد منهم الا بأربعة فيصير الجميع ستة عشر .

(فصل) ولا تقبل الشهادة على الشهادة حتى يسمى شاهد الفرع شاهد الأصل بما يعرف به ، لأن عدالته شرط ، فإذا لم تعرف لم تعلم عدالته ، فإن ساءم شهود الفرع وعدلوا حكم بشهادتهم لا أنهم غير متهمين في تعديلهم ، وإن قالوا نشهد على شهادة عدلين ولم يسموا لم يحكم بشهادتهم لأنه يجوز أن يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم

(فصل) ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه :

(أحدهما) أن يسمع رجلا يقول أشهد أن فلان على فلان كذا معناه الى سبب بوجوب المسال من من مبيع أو مهر ، لأنه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب (والثاني) أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لأنه لا يشهد عند الحاكم إلا بما يلزم الحكم به

(والثالث) أن يسترعيه رجل بأن يقول : أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتي بذلك لأنه لا يسترعيه إلا على واجب ، لأن الاسترعاء وثيقة ، والوثيقة لا تكون إلا على واجب ، وأما إذا سمع رجلا في دكانه أو طريقه يقول أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهد على شهادتي لم يحكم به لأنه محتمل أنه أراد أن له عليه ألفا من وعد وعده بها فلم يجوز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال ، وإن سمع رجلا يقول : لفلان على ألف درهم فموز يجوز أن يشهد عليه بذلك ؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجوز أن يشهد عليه ، كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يجوز أن يشهد عليه ، والفرق بينه وبين التحمل أن المقر بوجوب الحق على نفسه لجواز من غير استرعاء والشاهد بوجوب الحق على غيره فاعتبر فيه الاسترعاء ، ولأن الشهادة أكد لأنه يعتبر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك في الاقرار .

(فصل) وإذا أراد شاهد الفرع أن يؤدي الشهادة أداها على الصفة التي تحملها ، فإن سمعه يشهد بحق مضاف إلى سبب بوجوب الحق ذكره ، وإن سمعه يشهد عند الحاكم ذكره ، وإن أشهده شاهد الاصل على شهادته أو استرعاء قال أشهد أن فلانا يشهد أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته

(فصل) وإن رجع شهود الاصل قبل الحكم بشهادة الفرع بطلت شهادة الفرع لأنه بطل الاصل فيبطل الفرع ؛ وإن شهد شهود الفرع ثم حضر شهود الاصل قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه قدر على الاصل فلا يجوز الحكم بالبدل والله أعلم

(الشرح) حديث أم سلمة : انكم تختصمون الي وانما أنا بشر . . . متفق عليه .

اللغة : قوله (الفرع) مأخوذ من فروع الشجرة وهي أغصانها التي تنمى عن الاصول ، وفروع كل شيء أعلاه أيضا .

قوله (ان يسترعيه) الاسترعاء في الشهادات مأخوذ من قولهم أسترعيته بمعنى
 أى أصغيت اليه ، ومنه قوله راعنا . قال الاخفش معناه أرعنا سملك
 ولا تقبل الشهادة على الشهادة إلا في حق يقبل فيه كتاب القاضى الى القاضى
 وهو حقوق الأدميين دون حقوق الله تعالى ، لأن الحدود مبنية على الستر
 والدرء بالشبهات ولا يحكم بها ، أى بالشهادة على الشهادة ، إلا أن تتعذر شهادة
 الأصل بموت أو مرض أو غيبة مسافة قصر أو خوف من سلطان أو غيره ،
 لأنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدى الأصل استغنى عن البحث عن
 عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة ولا بد من ثبوت عدالة الجميع ، ولا
 يجوز لشاهد الفرع أن يشهد إلا بما يسترعيه شاهد الأصل ؛ فيقول اشهد على
 شهادتى بكذا ، أو بسمعه يقر أو يعزوها الى سبب من قرض أو بيع أو نحوه
 فيجوز للفرع أن يشهد ، لأن هذا كالاسترعاء ، ويؤديها الفرع بصفة تحمله
 وتثبت شهادة شاهدى الأصل بفرعهن ، ولو على كل أصل فرع ، ويثبت الحق
 بفرع مع أصل آخر . ويقبل تعديل فرع لأصله وموته ونحوه لا تعديل شاهد
 لرفيقه . وإذا رجع شهود المال بعد الحكم لم ينقض الحكم لأنه قد تم ووجب
 المشهود به للمشهود له ، ولو كان قبل الاستيفاء ويلزمهم الضمان أى يلزم الشهود
 الراجعين بدل المال الذى شهدوا به قائما كان أو تالفا ، لأنهم أخرجوه من يد
 مالكه بغير حل وحالوا بينه وبينه دون من زكاهم ، فلا غرم على مزك إذا رجع
 المزكى . لأن الحكم يتعلق بشهادة الشهود ، ولا تعلق له بالمزكبين لأنهم أخرجوا
 بظاهر حال الشهود ، وأما باطنه فعمله الى الله تعالى
 وإن حكم القاضى بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم للشاهد المال كله لأن
 الشاهد حجة الدعوى ، ولأن اليمين قول الخصم
 وقول الخصم ليس مقبولا على خصمه ، وإنما هو شرط الحكم فهو كطلب
 الحكم ، وإن رجعوا قبل الحكم لغت ولا حكم ولا ضمان ، وإن رجع شهود
 قود أو حد بعد حكم وقبل استيفاء لم يستوف ووجبت دية وقود

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف الشهود في الشهادة

إذا ادعى رجل على رجل الفين وشهد له شاهد أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر بالفين ثبت له ألف بشهادتهما لأنهما اتفقا على إثباتها وله أن يحلف مع شاهد الألفين ويثبت له الألف الأخرى لأنه شهد له بها شاهد ، وإن ادعى ألفاً فشهد له شاهد بألف وشهد آخر بالفين ففيه وجهان (أحدهما) أنه يحلف مع الذي شهد له بالألف ويقضى له ونسقط شهادة من شهد له بالألفين لأنه صار مكذباً له فسقطت شهادته له في الجميع (والثاني) أنه يثبت له الألف بشهادتهما ويحلف ويسحق الألف الأخرى ولا يصير مكذباً بالشهادة لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعى بعضه ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين

(فصل) وإن شهد شاهد على رجل أنه زنى بامرأة في زاوية من بيت وشهد آخر أنه زنى بها في زاوية ثانية ، وشهد آخر أنه زنى بها في زاوية ثالثة ، وشهد آخر أنه زنى بها في زاوية رابعة لم يجب الحد على المشهود عليه لأنه لم تكمل البينة على فعل واحد ، وهل يجب حد القذف على الشهود ؟ على القولين وإن شهد إثنان أنه زنى بها وهي مطاوعة وشهد إثنان أنه زنى بها وهي مكرهة لم يجب الحد عليهما لأنه لم تكمل بينة الحد في زناها وأما الرجل قال ذهب أنه لا يجب عليه الحد

وخرج أبو العباس وجهاً آخر أنه يجب عليه الحد لأنهم اتفقوا على أنه زنى وهذا خطأ لأن زناه بها وهي مطاوعة غير زناه بها وهي مكرهة . فصار كما لو شهد إثنان أنه زنى بها في زاوية وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى

(فصل) وإن شهد شاهد أنه قذف رجلاً بالعربية وشهد آخر أنه قذفه بالديلمية أو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس وشهد آخر أنه قذفه يوم الجمعة لم يجب الحد لأنه لم تكمل البينة على قذف واحد

وإن شهد أحدهما أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد آخر أنه أقر بالمعجمية أنه قذفه أو شهد أحدهما أنه أقر بالقذف يوم الخبز وشهد الآخر أنه أقر بالقذف يوم الجمعة وجب الحد لأن القذف به واحد وإن اختلفت العبارة فيه (فصل) وإن شهد شاهد أنه سرق من رجل كدفاً أبيض غدوة وشهد آخر أنه سرق ذلك الكدش بعينه عشية لم يجب الحد لأنه لا تكمل بينة الحد على سرقة واحدة وللسرقة منه أن يحلف ويقضى له بالفرم ، لأن الفرغ يثبت بشاهد وبمين ، فإن شهد شاهدان أنه سرق كدفاً أبيض غدوة وشهد آخران أنه سرق منه ذلك الكدش بعينه عشية تعارضت البيئتان ولم يحكم بواحدة منهما ، وتخالف المسألة قبلها ، فإن كل واحد من الشاهدين ليس بينة والتعارض لا يكون في غير بينة ، وهما كل واحد منهما بينة فتعارضتا وسقطتا

وإن شهد شاهد أنه سرق منه كدفاً غدوة وشهد آخر أنه سرق منه كدفاً عشية ولم يعينا الكدش لم يجب الحد ، لأنه لم تكمل بينة الحد وله أن يحلف مع أيهما شاء ويحكم له ، فإن ادعى الكاذبين حلف مع كل واحد منهما يمينا وحكم له بهما لأنه لا تعارض بينهما .

وإن شهد شاهدان أنه سرق كدفاً غدوة وشهد آخران أنه سرق منه كدفاً عشية وجب القسط والفرم فيهما لأنه كملت بينة الحد والفرم . وإن شهد شاهد أنه سرق ثوباً وقيمته ثمن دينار ، وشهد آخر أنه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار لم يجب القسط ، لأنه لم تكمل بينة الحد ووجب له الثمن لأنه اتفق عليه الشاهدان وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم له ، لأنه انفرد به شاهد فقضى به مع الممين ، وإن أتلف عليه ثوباً فشهد شاهدان أن قيمته عشرة وقد شهد آخران أن قيمته عشرون قضى بال عشرة ، لأن البيئتين اتفقتا على العشرة وتعارضتا في الزيادة لأن إحداهما تثبتت والآخرى تنفيها فسقطت .

(فصل) وإن شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلا فلاناً وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه ، فإن صدق الرولى الاولين حكم بشهادتهما ويقتل الآخران ، لأن الاولين غير متهمين فيما شهدا به والاخران مذهبان لانهما يدفعان عن أنفسهما القتل

وإن كذب الولي الأولين وصدق الآخرين اطلت شهادة الجميع ، لأن الأولين كذبهما الولي والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل

(فصل) وإن ادعى رجل على رجل أنه قتل مورثه عمداً ، وقال للدعي عليه قتله خطأ ، فأقام المدعى شاهدين ، فشهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً ، وشهد الآخر على إقراره بالقتل خطأ قال قول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأن صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد ، فإذا حلف ثبتت دية الخطأ فإن لم يكل حلف المدعى أنه قتله عمداً ويحب القصاص أو دية مغلظة .

(فصل) وإن قتل رجل عمداً وله وارثان إبنان أو أخوان فشهد أحدهما على أخيه أنه عفا عن القود والمال سقط القود عن القاتل ، عدلاً كان أو قاسقاً ، لأن شهادته على أخيه تضمنت الإقرار بسقوط القود . فأما الدية فإن نصيب القاهد يثبت لأنه ما عفا عنه ، وأما نصيب المشهود عليه فإنه إن كان القاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه أنه ما عفا ويستحق نصف الدية ، وإن كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه ويستقط عنه حقه من الدية ، لأن ما طارقه المال يثبت بالقاهد واليمين . وفي كيفية اليمين وجهان

(أحدهما) أنه يحلف أنه قد عفا عن المال

(والثاني) أنه يحلف أنه قد عفا عن القود والمال وهو ظاهر النص ، لأنه قد يعفو عن الدية ولا يسقط حقه منها ، وهو إذا قلنا إن قتل العمد لا يوجب غير القود ، فإذا عفا عن الدية كان ذلك كلاً عفو فوجب أن يحلف أنه ما عفا عن القود والدية

(فصل) وإن شهد شاهد أنه قال وكذبتك وشهد آخر أنه قال أدبت لك أو أنت جري لم تثبت الوكالة لأن شهادتهما لم تنفق على قول واحد ، وإن شهد أحدهما أنه قال وكذبتك وشهد الآخر أنه أذن له في التصرف أو أنه ساطه على التصرف ثبتت الوكالة لأن أحدهما ذكر اللفظ والآخر ذكر المعنى ، ولم يخالفه الآخر إلا في اللفظ .

(فصل) وإن شهد شاهدان على رجل أنه أعتق في مرضه عبده سالماً وقيمته ثلث ماله وشهد آخر أنه أعتق غانماً وقيمته ثلث ماله فإن علم السابق منها عتق

ورق الآخر ، وإن لم يعلم ذلك ففيه قولان (أحدهما) أنه يفرع بينهما لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، لأن الثلث لا يحتملها ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فأفرع بينهما ، كما لو أعتق عبيدين وهجز الثلث منهما

والقول الثاني أنه يعتق من كل واحد منهما النصف لأن السابق حر والثاني عبد فإذا أفرع بينهما لم يؤمن أن يخرج سهم الرق على السابق وهو حر فيسترق وسهم المعتق على الثاني فيعتق وهو عبد فوجب أن يعتق من كل واحد منهما النصف لتساويهما ، كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالثلث ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث فإن الثلث يقسم عليهما .

وإن شهد شاهدان على رجل أنه أوصى لرجل بثلث ماله وشهد آخران أنه رجع عن الوصية وأوصى لآخر بالثلث بطلت الوصية الأولى وصحت الوصية للثاني ، وإن ادعى رجل على رجلين أنهما رهنما عبدا لهما عنده بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما في حق شريكه وكذبه في حق نفسه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا تقبل شهادتهما لأنه يدعى أن كل واحد منهما كاذب

(والثاني) تقبل شهادتهما ويخلف مع كل واحد منهما ويصير القصد رهنما

عنده لأنه يجوز أن يكون قد نسى فلا يكون كذبه معلوما

اللمعة : قوله في زاوية ، الزاوية واحدة الزوايا ، وأصله قاعة من زويت الشيء أي قبضته وجمعه ، كأنها تقبض ونجمع ما فيها ، وفي الحديث : زويت لي الأرض ،

قوله (سرق كبشا) هو بالشين المعجمة والباء بواحدة ، ومن قال كبسا بالباء

بانثنين من تحتها والشين المهملة فقد أخطأ .

(الشرح) قال الامام الشافعي في الام صفحة ١٥ جزء ٧ طبعة حسين امباني

وإذا شهد ثلاثة على رجل بالزنا فأثبتوه فقال الرابع رأيت نال منها ولا أدري أعاب ذلك منه في ذلك منها ، فذهب أكثر المفتون أن يحد الثلاثة ولا يحد الرابع . ولو كان الرابع قال أشهد أنه زان ثم قال هذا القول انتهى أن يحد في قولهم لأنه قاذف لم يثبت الزنا الذي في مثله الحد ولم يحدوا . وهكذا لو شهد

أربعة فقالوا رأينا على هذه المرأة فلم يثبتوا لم يجد ولم يجدوا ، ولو قالوا رأينا
هذه المرأة ثم لم يثبتوا حدوا بالقذف لأنهم قذفه لم يخرجوا بالشهادة

قال : وإذا شهد الشاهدان على سرقة فاختلغا في الشهادة فقال أحدهما سرق
من هذه الدار كيشا لفلان ، وقال الآخر بن سرقة من هذه الدار أو شهدا
بالرؤية معاً وقال معاً سرقة من هذا البيت وقال أحدهما بكرة وقال الآخر هتبية
أو قال أحدهما سرق الكيش وهو أبيض وقال الآخر سرقة وهو أسود ، أو قال
أحدهما كان الذي سرق أقرن وقال الآخر أجم أى غير أقرن ، أو قال أحدهما
كان كيشا وقال الآخر كان نعجة ، فهذا اختلاف لا يقطع به حتى يجتمعا على شيء
واحد يجب في مثله القطع ويقال للمسروق منه كل واحد من هذين يكذب
صاحبه قاذع شهادة أيها شئت واحلف مع شاهدك ، فإن قال أحدهما سرق كيشا
ووصفه بكرة وقال الآخر سرق كيشا ووصفه هتبية فلم يدع المسروق إلا كيشا
حلف على أى الكيشين شاء وأخذه أو ثمنه إن قات وإن ادعى كيشين حلف
مع شهادة كل واحد منهما وأخذ كيشين إذا لم يكونا وصفاً أن السرقة واحدة
واختلغا في وصفها ؛ فهذه سرقتان يحلف مع كل واحد منهما ويأخذه قال
وكذلك لو شهد شاهد أنه شرب خمرأ اليوم وشهد آخر أنه شرب خمرأ أمس لم
يحد من قبل أن أمس غير اليوم .

وإذا شهد شاهد على رجل أنه قذف رجلاً اليوم وشهد آخر عليه أنه قذفه
أمس فلا يحد من قبل أنه ليس ثم اثنتان يشهدان على قذف واحد

قالت الخنابلة في كتاب منار السبيل طبعة دمشق صفة ٤١٦ :

وان اختلف اثنتان قدم قول المثبت ، لأنه يشهد بزيادة لم يدركها للناق .
ثم قال صفحة ٥٠٢ : ولا يمين على شاهد أنكسر شهادته وحاكم أنكسر حكمه ،
لأن ذلك لا يقضى فيه بالنكول فلا قاعدة بإيجاب اليمين فيه

وقالوا في الفروع صفحة ٥١٨ :

ومن زاد في شهادته أو نقص قبل الحكم أو أذى بعد انكارها فهل نص
عليه ، كقوله لا أعرف الشهادة ، وقيل لا كبعد الحكم ، وقيل يؤخذ بقوله

المتقدم ، وإن رجع لغت ولا حكم ولم يضمن وتقدم هل يحد في قذف ، وفي
الغريب يحد ، فإن ادعى غلطا فبني على ما إذا أتى بحد في صورة الشهادة ولم
يكمل ، وفي الرعابة يحد ، فإن ادعى غلطا فلا ، وإن لم يصرح بالرجوع بل قال
للمحاكم توقيت فتوقف ثم عاد إليها قبلت في الأصح ففي وجوب إعادتها احتمالان
وإن رجع شهود مال أو عتق بعد الحكم قبل الاستيفاء أو بمسده لم ينقض
ويضمنون ما لم يصدقهم مشهود له لا من زكاهم .

وإن رجع شهود القرابة وشهود الشراء غرم شهود القرابة وخرج في
الاتصاف كشهود زنا وإحصان ، وفيه لو رجع شهود يمين بعنته وشهود بجنته
فظاهر اختياره يغرمه شهود اليمين وقالا لا يحنف . وعن أصحابنا بينهما وقالا
للشافعي ، وإن رجع شهود طلاق فلا غرم إلا قبل الدخول نصف المسمى أو
بدله وإن رجع شهود قود أو حد لم يستوف فتجب دية القود ، فإن وجب عينا
فلا ، وقيل بالاستيفاء إن كان لأدمى ، وإن كان بعده وقارا أخطانا غرموا دية
ما تلف أو أرش الضرب ، وإن رجع واحد غرم بقسطه وقيل الكل ، وإن
رجع الزائد على البينة قبل الحكم أو بعده استوفى ويحد الراجع لقذفه

ثم قالوا : وإن رجع شهود تعليق عتق أو طلاق وشهود شرطه غرموا بعدد
قال ابن حزم في المحلى صفحة ٥١٣ جزء ٩ طبعة الإمام :

وإذا رجع الشاهد عن شهادته بعد أن حكم بها أو قبل أن يحكم بها فسخ بها
فيه ، فلو مات أو جن أو تغير بعد أن شهد قبل أن يحكم بشهادته أو بعد أن حكم
بها نفذت على كل حال ولم ترد . قال علي : أما موته وجنونه وتغيره فقد تمت
الشهادة الصحيحة ولم يوجب فسخها بعد ثبوتها ما حدث بعد ذلك ، وأما رجوعه
عن شهادته فلو أن عدلين شهدا بجرحته حين شهد لوجب رد ما شهد به وإقراره
على نفسه بالكذب أو الغفلة أثبت عليه من شهادة غيره عليه بذلك ، وقولنا هو
قول حماد بن أبي سليمان والحسن البصرى

وقالت الشريعة في المختصر النافع صفحة ٢١٤ :

ولا بد في الشهادة من ذكر المشاهدة كالميل في المكحلة ولا بد من تواردهم

على العمل الواحد في الزمان الواحد والمكان الواحد ، ولو أقام الشهادة بعض
حدوا ولم يرتقب إتمام البينة وتقبل شهادة الأربعة على الاثنين فإزاد
قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الرجوع عن الشهادة

إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يحل إما أن يكون قبل الحكم
أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء ، فإن كان قبل الحكم
لم يحكم بشهادتهم .

وحكى عن أبي ثور أنه قال بحكم وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين
في الشهادة كاذبين في الرجوع ، ويجوز أن يكونوا صادقين في الرجوع
كاذبين في الشهادة ولم يحكم مع الشك ، كما لو جهل عدالة الشهود ، فإن
رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء
لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة
معها ، وإن كان مالا أو عقدا فالمنصوص أنه يجوز الاستيفاء .

ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأن الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء ، وهذا
خطأ لأن الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه لتمام الاستيفاء ، وإن رجعوا بعد الحكم
والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يحل على المشهود له رد ما أخذه لأنه يجوز أن
يكونوا صادقين ، ويجوز أن يكونوا كاذبين ، وقد اقرن بأحد الجانبين الحكم
والاستيفاء فلا ينقض الرجوع محتمل .

(فصل) وإن شهدوا بما بوجب القتل ثم رجعوا فظرت فإن قالوا نعمدنا
ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود ، لما روى الشعبي أن رجلا شهدا عند علي
رضي الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ، ثم أتياه رجل آخر فقالا إنا أخطأنا
بالأول وهذا السارق ؛ فأبطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال
لو أعلم أنكما نعمدتها لقطعناكما ، ولأنهما ألجأه إلى قتله بغير حق فلزمهما القود ،
كما لو أكرهاه على قتله .

وإن قالوا نعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم

دية المغلظة لما فيه من العمد ومؤجلة لما فيه من الخطأ ، فإن قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة لأنه خطأ ولا تحمل المأفقة لأنها وجبت باعترافهم ، فإن اتفقوا أن بعضهم تتمد بعضهم أخطأ وجب على المخطيء قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطيء .

وان اختلفوا فقال بعضهم تتمدنا كنا وقال بعضهم أخطأنا كنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة ، وان كانوا أربعة شهدوا بالرجم ، فقال اثنان منهم تتمدنا وأخطأ هذان ، وقال الآخران تتمدنا وأخطأ الأولان ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يجب القود على الجميع ، لأن كل واحد منهم أقر بالعمد وأضاف الخطأ الى من أقر بالعمد ، فصاروا كما لو أقر جميعهم بالعمد .

والقول الثاني ، وهو الصحيح ، أنه لا قود على واحد منهم بل يجب على كل واحد منهم قسطه من الدية المغلظة ، لأنه لا يؤخذ كل واحد منهم الا بإقراره وكل واحد منهم مقر بعمد شاركه فيه مخطيء . فلا يجب عليه القود بإقرار غيره بالعمد . وان قال اثنان تتمدنا كنا ، وقال الآخران تتمدنا وأخطأ الأولان ، فعلى الأولين القود وفي الآخرين القولان :

(أحدهما) يجب عليهما القود (والثاني) وهو الصحيح أنه يجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة ، وقد مضى توجيههما .

وان قال بعضهم تتمدت ولا أعلم حال الباقيين ، فإن قال الباقيون تتمدنا وجب القود على الجميع ، وان قالوا أخطأنا سقط القود عن الجميع .

(فصل) فإن رجح بعضهم نظرت فإن لم يزد عددهم على عدد البيعة بأن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجح واحد منهم وقال أخطأت ضمن ربع الدية . وان رجح اثنان ضمنا نصف الدية ، وان زاد عددهم على عدد البيعة بأن شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ورجح واحد منهم لم يجب القود على الراجع لبقاء وجوب القتل على المشهود عليه ، وهل يجب عليه من الدية شيء ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه لا يجب لبقاء وجوب القتل (والثاني) أنه

يجب عليه خمس الدية لأن الرجم حصل بشهادتهم فقسمت الدية على عددهم .
فإن رجع إثنان وقالا نعدنا كلما وجب عليهما القود ، وإن قالا أخطانا كما
في الدية وجهان :

(أحدهما) أنهما يضمنان الخمس من الدية اعتباراً بعدادهم

(والثاني) يضمنان ربع الدية لأنه بقي ثلاثة أرباع البيعة

(فصل) وإن شهد أربعة بالزنا على رجل وشهد إثنان بالاحسان فرجم
ثم رجعوا كلهم عن الشهادة فهل يجب على شهود الاحسان ضمان ؟ فيه ثلاثة أوجه
(أحدها) أنه لا يجب لأنهم لم يشهدوا بما يوجب القتل (والثاني) أنه يجب على
الجميع لأن الرجم لم يستوف إلا بهم (والثالث) أنهما إن شهدا بالاحسان قبل
ثبوت الزنا لم يضمنا لأنهما لم يتبعا إلا صفة ، وإن شهدا بعد ثبوت الزنا ضمنا
لأن الرجم لم يستوف إلا بهما ، وفي قدر ما يضمنان من الدية وجهان :
(أحدهما) أنهما يضمنان نصف الدية لأنه رجم بنوعين من البيعة : الاحسان
والزنا فقسمت الدية عليهما

(والثاني) أنه يجب عليهما ثلث الدية ، لأنه رجم بشهادة ستة فوجب على
الاثنين ثلث الدية ، وإن شهد أربعة بالزنا وشهد إثنان منهم بالاحسان قبلت
شهادتهما لأنهما لا يجزان بهذه الشهادة إلى أنفسهما فغما ولا يدفعان عنهما
ضرراً ، فإن شهدوا فرجم المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة ، فإن قلنا لا يجب
الضمان على شهود الاحسان وجبت الدية عليهم أرباعاً على كل واحد منهم ربعها
وإن قلنا أنه يجب الضمان على شهود الاحسان ففي هذه المسألة وجهان :

(أحدهما) أنه لا يجب لأجل الشهادة بالاحسان شيء بل يجب على من شهد
بالاحسان نصف الدية وعلى الآخرين نصفها ، لأن الرجوع عن الشهادة صار
كالجناية فوجب على كل اثنين نصف الدية كأربعة أنفس حتى إثنان جنايتين ،
وحسب إثنان أربعة جنائيات

وإوجه الثاني أنه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحسان ، فإن قلنا يجب
على شاهد ذي الاحسان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف وجب ههنا على
الشاهدين بشهادتهما بالاحسان نصف الدية ، وقسم النصف بينهم نصفين على

شاهدي الاحسان النصف وعلى الاخرين النصف فيصير على شاهدي الاحسان
ثلاثة ارباع الدية وعلى الاخرين ربعها ، وإذا قلنا إنه يجب على شاهدي
الاحسان تلك الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالاخصان وبقى الثلثان
بينهم النصف على من شهد بالاخصان والنصف على الاخرين فيصير على من شهد
بالاخصان ثلثا الدية وعلى من انفرد بشهادة الزنا ثلثها .

(فصل) وان شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتركيبهم فرجم ثم
بان أن الشهود كانوا عبيداً أو كمداراً وجب الضمان على المتركبين لأن المرحوم
قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا ، لأنهم يقولون انا شهدنا بالحق ولولى
الدم أن يطالب من شاء من الامام أو المتركبين ، لأن الامام رجم المتركبين
أجلاً ، فإن طالب الامام رجع على المتركبين لأنه رجمه بشهادتهما ، وان طالب
المتركبين لم يرجع على الامام لأنه كاللثة لهما ،

(فصل) وان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن الشهادة
وجب عليهما قيمة العبد لأنهما أنفقا عليه فلزمهما ضمانه كما لو قتلاه ، وان شهدا
على رجل أنه طلق امرأته ثم رجعا عن الشهادة ، فإن كان بعد الدخول وجب
عليهما مهر المثل لأنهما أنفقا عليه مقوماً فلزمهما ضمانه ، كما لو أنفقا عليه ماله
وان كان قبل الدخول ففيه طريقان ذكرناهما في الرضاع

(فصل) وان شهدا عليه بمال وحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص
أنه لا يرجع على المشهود

وقال ميمون في يده دار فأقر أنه غصبها من فلان ثم أقر أنه غصبها من آخر
أنها تسلم الى الاول بإقراره السابق ؛ وهل يجب عليه أن يغرم قيمتها للثاني ؟
فيه قولان ورجوع الشهود كرجوع المقر ، فمن أصحابنا من قال هو على قولين
وهو قول أبي العباس :

(أحدهما) أنه يرجع على المشهود بالقرم ، لأنهم حالاً بينه وبين ماله
بمدوان وهو الشهادة فلزمهم الضمان .

(والثاني) أنه لا يرجع عليهم لأن الدين لا تضمن إلا باليد أو بالاتلاف
ولم يوجد من الشهود واحد منهما ومن أصحابنا من قال لا يرجع على الشهود

قولا واحداً ، والفرق بينهم وبين الغاصب أن الغاصب ثبتت يده على المال بعدوان والشهود لم تثبت أيديهم على المال ، والصحيح أن المسألة على قواين ، والصحيح من القولين أنه يجب عليهم الضمان ، فإن شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل امرأة الربع ، لأن كل امرأتين كالرجل وإن شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد منهم الثلث ، فإن رجع واحد وبقي اثنان ففيه رجمان :

(أحدهما) أنه يلزمه ضمان الثلث لأن المال ثبتت بهواة الجميع

(والثاني) وهو المذهب أنه لا شيء عليه لأنه بقيت بيعة ثبتت بها المال ، فإن رجع آخر وجب عليه وعلى الأول ضمان النصف لأنه انحل نصف البيعة ، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن القهارة وجب على الرجل ضمان السدس وعلى كل امرأة ضمان نصف السدس

وقال أبو العباس يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النسوة ضمان النصف لأن الرجل في المال بمنزلة نصف البيعة فلزمه ضمان النصف ، والصحيح هو الأول لأن الرجل في المال بمنزلة امرأتين ، وكل امرأتين بمنزلة رجل فصاروا كسته رجال شهدوا ثم رجعوا فيكون حصة الرجل للسدس وحصة كل امرأتين السدس وإن رجع ثمانى نسوة لم يجب على الصحيح من المذهب عليهن شيء لأنه بقيت بيعة ثبتت بها الحق ، فإن رجعت أخرى وجب عليها وعلى الثمانى ضمان الربع ، وإن رجعت أخرى وجب عليها وعلى التسع النصف

(فصل) وإن شهد لهاهد بحق ثم مات أو جن أو أعمى عليه قبل الحكم لم تبطل شهادته لأن ما حدث لا يوقع شبهة في الشهادة فلم يدمع الحكم بها ، وإن شهد ثم فسق قبل الحكم لم يجز الحكم بشهادته لأن الفسق يوقع شكاً في عدالته عند الشهادة فدمع الحكم بها . وإن شهد على رجل ثم صار عدواً له بأن قذفه المشهود عليه لم تبطل شهادته لأن هذه عداوة حدثت بعد الشهادة فلم تمنع من الحكم بها ، وإن شهد وحكم الحاكم بشهادته ثم فسق فإن كان في مال أو عقد لم يؤثر في الحكم لأنه يجوز أن يكون حادثاً ويجوز أن يكون موجوداً عند الشهادة فلا ينقض حكمه نفذ بأمر محتمل ، وإن كان في حد أو قصاص لم يجز

الاستيفاء لأن ذلك يوقع شبهة في الشهادة والحد واللفصاص مما يسقطان بالشبهة فلم يحز استيفاؤه مع الشبهة

(فصل) وإن حكم بشهادة شاهد ثم بان أنه عبد أو كافر نقض الحكم لاه تهين الخطأ في حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه ، وإن حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة أنه فاسق ، فإن لم تستند الفسق إلى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم فلم ينقض الحكم مع الاحتمال .

وإن قامت البينة أنه كان قاسماً عند الحكم فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق رحمه الله ينقض الحكم قولاً واحداً ، لأنه إذا نقض بشهادة العبد ولا نص في رد شهادته ولا إجماع ، فلأن ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والاجماع أولى .

وقال أبو العباس رحمه الله فيه قولان ، أحدهما أنه ينقض لما ذكرناه ، والثاني أنه لا ينقض لأن نفسه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفسه في الظاهر ، والصحيح هو الأول لأن هذا يبطل به إذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه ، فإن النص ثبت من جهة الظاهر ، وهو خبر أو أحد ثم ينقض به الحكم .

(فصل) وإذا نقض الحكم نظرت فإن كان المحكوم به قطعاً أو قنلاً وجب على الحاكم ضمانه لأنه لا يمكن إيجابه على الشهود لأنهم يقولون شهدنا بالحق ولا يمكن إيجابه على المشهود له ، لأنه يقول استوفيت حتى فوجب على الحاكم الذي حكم بالاتلاف ولم يبحث عن الشهادة ، وفي الموضع الذي يضمن قولان (أحدهما) في بيت المال (والثاني) على عاقبته وقد بيناه في الديات ، وإن كان المحكوم به مالا فإن كان باقياً في يد المحكوم له وجب عليه رده ، وإن كان نالفاً وجب عليه ضمانه لأنه حصل في يده بغير حق ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم يوجب على المحكوم له ، لأن الجنائية لا تضمن إلا أن تذكر بجرمة وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرماً فوجب على الحاكم دونه

(فصل) ورس حكم له الحاكم بما له أو بضع أو غيرهما يمين فاجرة أو شهادة زور لم يحمل له ما حكم له به لما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : انكم تختصمون اليّ وانما أنا بشر وامل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فأقضى له بما أسمع وأظنه صادقا ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليدها ، ولأنه يقطع بتحرير ما حكم له به فلم يحمل له بحكمه كما لو حكم له بما يخالف النص والاجماع

(الشرح) أثر الدمي أن رجلين شهدا عند علي ثم رجعا ... ، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى .

حديث أم سلمة متفق عليه ، وقد خرجه مسلم بصيغ منها ما ذكر ، ومنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع جليلة خصم بياب حجرتها ، فخرج إليهم فقال : الا انها أنا بشر وانها ياتني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضى له ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من نار فليحملها أو يذرهما ، وأخرجه البخاري في غير موضع بالفاظ مقاربة وأوردوه في اللسان والترمذي وابن ماجه والامام أحمد في مسنده .

اللمعة : قوله ، بتزكيتهم ، تزكية الصدود مدحهم والثناء عليهم ، يقال زكى فلان بيئته أى مدحها ، وزكى أى فنى صلاحه من زكى المال ، ويقال تطهرهم ، من قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيتهم) وقوله تعالى (غلاماً زكياً) أى طاهراً . وقوله تعالى (ما زكى منكم من أحد أبداً) أى ما طهر

قوله (ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته) أى أهطن وأقوم بها ، يقال حن يلحن الحنا بفتح الحاء إذا أصاب رططن ، قاروا أما اللحن يـسكان الحاء فهو الخطأ واللحن أيضاً اللمة ، ومنه قول عمر رضي الله عنه : أبى أقرؤنا وإنا لنرغب عن كثير من لحنه أى لغته وكان يقرأ للتأبوه قال :

وقوم لم لحن سوى لحن قومنا وشكل وبيت الله لسنا نشاكله
واللحن أيضا التعريض والاشارة ، قال أبو زيد : يقال لحننت له بالفتح لحننا إذا قلت له قولاً يفهمه عنك ويخفى عن غيره ، ومنه قوله تعالى (ولنعرفنهم في

لحن القول) قال ابن الأنباى معناه ولتعرفهم في معنى القول . وقال العزيزي :
لحوى القول ومعناه ، وقال الهروي في نحوه وقصده ، وأشدوا لقتال الكلابي :

وقد لحنت لكم لكيما تفهموا ووحيت وحيا ليس بالمرتاب
وقيل أن أنقل لك ما قيل فقهياً أحببت أن أنقل لك ما ذكره ابن دقيق العيد
في احكام الاحكام لأن فيه رد قوى على أرباب الطرق وأصحاب النصف ومن
سار في رقايمهم ، وإخراجهم رسولنا الكريم عن بشريته ومدحهم فيه بطريقة
لا تتفق مع شرع ولا دين ، بل حتى المعتدين منهم - حسب رأيهم في أنفسهم -
أخرجوا في هذه الايام كتيبا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تخبطوا فيه خبط
عشواء ولم يستطيعوا أن يتحللوا من صوفيتهم البغيضة

يقول ابن دقيق العيد في شرحه لحديث أم سلمة ، فيه دليل على اجراء
الاحكام على الظاهر وإعلام الناس بأن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك كغيره
وإن كان يفترق مع الغير في اطلاعه على ما يظلمه الله عز وجل عليه من الغيوب
الباطنة وذلك في أمور مخصوصة لا في الاحكام العامة ، وعلى هذا يدل قوله عليه
السلام : إنما أنا بشر .

ولا أطيل عليك فهذا ليس من موضوعات كتابنا ولكن آتني لأثال هؤلاء
السابقين أن يفتح الله قلوبهم للحق وأبصارهم على الإسلام الصحيح فيسهروا على
نهج رسول الله عملاً وقولاً ويلتزموا بالسنة الصحيحة

قال المزني في مختصره ، قال الشافعي رحمه الله : الرجوع عن الشهادة ضربان
فإن كانت على رجل بشيء يتلف من بدنه أو ينال بقطع أو قصاص فأخذ منه
ذلك ثم رجعوا فقاروا حمدناه بذلك فهي كالجناية فيها القصاص . واحتج في ذلك
بعملي ، وما لم يكن من ذلك فيه القصاص أغرموه وعزروا دون الحدود ، وإن
قالوا لم نعلم أن هذا يجب عليه عزروا وأخذ منهم العقل ، ولو قالوا أخطأنا كان
عليهم الأرض ، ولو كان هذا في طلاق ثلاث أغرمتهم الزوج صدق مثامها ، دخل
بها أو لم يدخل بها ، لأنهم حرموها عليه ، فلم يكن لها قيمة إلا مهر مثامها ، ولا
التفت إلى ما أعطاهما .

قال المزني رحمه الله : ينبغي أن يكون هـ ذا غلطاً من غير الشافعي ، ومعنى قوله للمعروف أن يطرح عنهم ذلك بنصف مهر مثلها إذا لم يكن دخل بها قال الشافعي رحمه الله : وإن كان في دار فأخرجت من يده إلى غيره عزروا على شهادة الزور ولم يعاقبوا على الخطأ ولم أغرمهم من قبل أي جعلهم عـ دولا بالأول مأمضيناهم الحكم ولم يكونوا عـ دولا بالآخر ، فترد الدار ولم يستفيدوا شيئاً لا يؤخذ ولم يأخذوا شيئاً لأنفسهم فأنزعه منهم ، وهم كمتقدمين شهادة لا تقبل منهم فلا أغرمهم ما أقروه في أيدي غيرهم

قال ابن دقيق العيد : واتفق أصحاب الشافعي على أن القاضي الحق إذا قضى بشفعة الجار للشافع أخذها في الظاهر واختلفوا في حل ذلك في الباطن له على وجهين . والحديث هـ أي حديث أم سلمة ، عام بالنسبة إلى سائر الحقوق ، والذي يتفقون عليه — أعني أصحاب الشافعي — أن الحجج إذا كانت باطلة في نفس الأمر بحيث لو اطلع عليها القاضي لم يجر له الحكم بها أن ذلك لا يؤثر وإنما وقع التردد في الأمور الاجتهادية إذا خالف اعتقاد القاضي اعتقاد المحكوم له كما قلنا في شفعة الجار .

قالت الحنابلة : وإن رجع شهود المال أو العتق بعد حكم الحاكم لم ينقض الحكم لتامه ، ووجوب المصمود للمحكوم له ورجوعهم لا ينقض الحكم ، لأنهم ان قالوا عمدنا فقد شهدوا على أنفسهم بالفسق ، فهما متهمان بإرادة نقض الحكم وإن قالوا أخطأنا لم يلزم نقضه أيضاً لجهار خطئهم في قولهم الثاني بأن ائتمه عليهم الحال .

وقبل الانتهاء من هذا الباب ألخص لك الموضوع :

- ١ - تعريف الشهادة ، أن يخبر بها المرء صادقاً بما شاهد أو سمع
- ٢ - حكمها ، تحمل الشهادة كآدائها فرض كفاية على من تعينت عليه ، لقول الله تعالى : *فاشهدوا شهيدين من رجالكم* . . . البقرة وقوله تعالى : *ولا تكتموا الشهادة* . . . ولقول سيد البشر : *ألا أخبركم بخير الشهادة؟* الذي يأتي بهمادته قبل أن يسألها ، أخرجه مسلم .

٢ - شروط الشاهد ، أن يكون مسلماً عاقلاً بالماً عدلاً غير منهم ، أى من لا يقبل شهادتهم كعمودى النسب لبعضهم والزوجين كل منهما للآخر والذى يجر نفعاً لنفسه أو يدفع ضرراً والعدو على عدوه لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يجوز شهادة عاتق ولا خاتنة ولا ذى غم على أخيه ، ولا يجوز شهادة القانع لأهل البيت ، أحمد والبيهقى وأبو داود ، وقال فى التلخيص اسناده قوى

٤ - أحكام الشهادة ، (أ) لا يجوز للشاهد أن يشهد إلا بما علمه يقيناً برؤية أو سماع لقوله صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن الشهادة : ترى الشمس ؟ قال نعم ، قال على مثلها فاشهد أو دع ، ابن عدى بسند ضعيف وصححه الحاكم وخطأه الذهبي فى تصحيحه له .

(ب) يجوز الشهادة على شهادة شاهد آخر إذا لم يذر حضوره ارض أو غياب أو موت وللضرورة إذا توقف عليه حكم الحاكم

(ج) يزكى الشاهد بشهادة عدلين على أنه عدل مرضى إذا كان الشاهد غير مريض المدلة ، أما مريض المدلة فلا يحتاج القاضى إلى تزكية له .

(د) إن زكى رجلان رجلاً وجرح فيه آخران قدم جانب التجرى على جانب التمديد لأنه الأحوط .

(هـ) يجب تأديب شاهد الزور بما يردعه

٥ - أنواع الشهادات :

(أ) شهادة الزنا ويتعين فيها أربعة شهود ولا يعتد بالأقل من ذلك ، وأن تكفى روياء العين فيها صحبة بدخول للزور فى المحكمة .

(ب) شهادة غير الزنا من جميع الأمور يكفى فيها شاهد عدل

(ج) شهادة الأموال يكفى فيها شهادة رجل وامرأتين

(د) شهادة الأحكام يكفى فيها شاهد وبمين

(هـ) شهادة الحمل والحيض وما لا يطلع عليه إلا النساء . يكفى فيه

شهادة امرأتين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الاقرار

الحكم بالإقرار واجب لقوله صلى الله عليه وسلم : يا أيها أغد على امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماهرأ والغامدية بإقرارها ، ولأنه إذا وجب الحكم بالشبهة فإلآن يجب بالإقرار وهو من الريبة أبعء وأولى .

(فصل) وان كان المقر به حقا لأدى أو حقا لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالإكاذب والكفارة ودعت الحاجة الى الاقرار به لزمه الاقرار به لقوله عز وجل : كوفوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ، ولقوله تعالى : فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل . والاملال هو الاقرار ، فإن كان حقا لله تعالى يسقط بالشبهة فقد بيناه فى كتاب الشهادات .

(الشرح) حديث يا أنيس أغد على امرأة هذا . سبق تخريجه
حديث : رجم ماهر والغامدية . . . حديث رجم ماهرأ أصله فى الصحيحين
عن أبى هريرة وابن عباس ولم يسم ، ورواه مسلم من حديث بريدة فمجاه .
حديث الغامدية أخرجه أبو داود ومسلم
الفتنة : الاقرار اخبارهما قر وثبت وتقدم ، ومعناه الاعتراف وترك
الانكار ، من استقر بالمكان اذا وقف فيه ولم يرتحل عنه ، وقرار الماء وقرارته
حيث ينهى جريانه ويستقر ، قال عنبرة .

جاءت علينا كل بكر حرة فتركن كل فرارة كالدرهم
قوله (قوامين بالقسط) أى بالعدل بكسر القاف وبفتحها الجور . وقال آخر :
ليتهم أقسطوا اذا قسطوا فالزمان قسط وقسط
قوله (فليمل وليه بالعدل) يقال أمل عليه بمعنى أملى وأملت عليه الكتاب

الإقرار هو اعتراف الإنسان بكل حق عليه بكل لفظ دال على الإقرار ، بشرط كون المقر مكلفاً وهو أبلغ البيّنات ، ويدخل في جميع أبواب العلم من العبادات والمعاملات والآنكحة والجنائيات وغيرها وفي الحديث ، لا عذر لمن أقره ، ذكره عبد الرحمن بن ناصر السعدي في منهج السالكين ولم أجد من خرجه .

ويجب على الإنسان أن يعترف بجميع الحقوق التي عليه للكادمين ليخرج من التهمة بأداء أو استئصال قالت الحنابلة وهو الاعتراف بالحق والحكم به واجب لقوله صلى الله عليه وسلم ، واعد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعرفت فارجمها ، ورجم النبي صلى الله عليه وسلم ماعزاً والغامدية والجهنية بإقرارهم ، ولأنه إذا وجب الحكم بالبيّنة فلا بد من الإقرار مع بعده من الريبة أولى قاله في الكافي قال أبو محمد بن حزم في المحلى : اختلف للناس في الإقرار بالحد بعد مدة وأيهما أفضل الإقرار أم الاستئثار ، فلما اختلفوا وجب أن ينظر فيما اختلفوا فيه لنعلم الحق من ذلك فنتميمه بيمين الله تعالى ، فنظرنا فيما احتجبت به الطائفة المختارة للستر وأن جميع الأمة متفقون على أن الستر مباح وأن الاعتراف مباح ، إنما اختلفوا في الأفضل ، ولم يقل أحد من أهل الإسلام أن للمعترف بما حمل بما يوجب الحد عاص لله تعالى في اعترافه . ولا قال أحد من أهل الإسلام قط أن السائر على نفسه ما أصاب من حد عاص لله تعالى ، فنظرنا في تلك الأخبار التي جاءت في ذلك فوجدناها كلها لا يصح منها شيء إلا خيراً واحداً وهو إعراض رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المعترف بالزنا مرات ، ولا حجة لهم فيه . وبعد أن أورد نصوص كل من الفريقين وردّها سنداً وناقشها متناً قررنا قائلنا فصح يقيناً أن الاعتراف بالذنب ليقام عليه الحد أفضل من الاستئثار به بشهادة النبي صلى الله عليه وسلم — أي للغامدية ولما عز — أنه لا أفضل من جودة المعترف بنفسه لله تعالى ، ثم قال وأن الستر مباح بالإجماع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الإقرار إلا من بالغ عاقل مختار ، فأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما لقوله عليه الصلاة والسلام ، رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، ولأنه التزام حق بالقول فلا يصح من الصبي والمجنون كالبيع .

فإن أقر سراً حتى وادعى أنه غير بالغ فالقول قوله وعلى المقر له أن يقيم البيعة على بلوغه ولا يحلف المقر لأننا حكمنا بأنه غير بالغ .

وأما السكران فإن كان سكره بسبب مباح فهو كالمجنون ، وإن كان بمحبة الله فعلى ما ذكرنا في الطلاق .

وأما المكره فلا يصح إقراره لقوله عليه الصلاة والسلام ، رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع ، ويصح إقرار السفيفي والمفلس بالحد والقصاص لأنه غير منهم ، وأما إقراره بالمال فقد بيناه في الحجر والغليس .

(فصل) ويصح إقرار العبد بالحد والقصاص لأن الحق عليه دون مولاه ولا يقبل إقرار المولى عليه في ذلك لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ، وإن جنى رجل على عبد جنابة توجب القصاص ، أو قذفه فذماً يوجب التعزير ثبت القصاص والتعزير له ، وله المطالبة به والمفوضة عنه ، وليس للمولى المطالبة به ولا المفوضة عنه لأنه حتى غير مال فكان له دون المولى ، ولا يقبل إقرار العبد بحماية الخطأ لأنه إيجاب مال في رقبته ويقبل إقرار المولى عليه لأنه إيجاب حق في ماله ويقبل إقرار العبد المأذون في دين المعاملة ويجب قضاؤه من المال الذي في يده لأن المولى سلطه عليه ، ولا يقبل إقرار غير المأذون في دين معاملة في الحال ، ويتبع به إذا عتق ، لأنه لا يمكن أخذه من رقبته لأنه لزمه برضى من له الحق . وإن أقر بسرقة مال لا يجب فيه القطع ، كإل دون النصاب ، وأسرق من غير حرز وصدقه المولى وجب التسليم إن كان باقياً وتمتق برقبته إن كان تالفاً لأنه لزمه بفهر رضى صاحبه ، وإن كذبه المولى كان في ذمته يتبع به إذا عتق ، وإن وجب

فيه القطع قطع لأنه غير منهم في إيجاب القطع ، وفي المال قولان . واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاثة طرق

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه ان كان المال في يده ففيه قولان ، أحدهما أنه يسلم اليه لأنه انتفت التهمة عنه في إيجاب القطع على نفسه ، والثاني أنه لا يسلم لأن يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه ، كما لو كان المال في يد المولى وإن كان المال تالفاً لم يقبل إقراره ولا يتعلق برقبته قولاً واحداً ، لأن للغير محلاً يثبت فيه وهو ذمته .

والطريق الثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذى رحمه الله أنه إن كان المال تالفاً ففيه قولان ، أحدهما أنه يتعلق برقبته ببيع فيه ، والثاني أنه لا يتعلق برقبته وإن كان باقياً لم يقبل إقراره قولاً واحداً لأن يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه ، كما لو أقر بسرقة مال في يد المولى

والطريق الثالث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن القولين في الحمالين سواء كان المال باقياً أو تالفاً ، لأن العبد وما في يده في حكم ما في يد المولى ، فإن قبل في أحدهما قبل في الآخر ، وإن رد في أحدهما رد في الآخر . فلا معنى للفرق بينهما .

(فصل) وان باع السيد عبده من نفسه فقد نص في الام أنه يجوز . وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يجوز . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة يجوز قولاً واحداً . وذهب القاضي أبو حامد المروروذى والشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمهما الله الى أنها على قولين (أحدهما) أنه يجوز لأنه اذا جارت كتابته فلأن يجوز بيعه وهو أئنف والعنق فيه أسرع أولى .

(والثاني) أنه لا يجوز لأنه لا يجوز بيعه بما في يده لأنه للمولى ولا يجوز بمال في ذمته لأن المولى لا يثبت له مال في ذمة عبده ، فإذا قلنا أنه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى أنه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق بإقراره وحلف العبد أنه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن .

(الشرح) حديث رفع القلم . . . سبق تخريجه
 حديث : رفع عن أمي الخطأ والنسيان . . . أخرجه الطحاوي عن ثوبان ،
 ورمز السيوطي لصحته وهو غير صحيح ، فقد تعقبه الهيثمي بأن فيه يزيد بن ربيعة
 الرجعي وهو ضعيف ، وقصارى أمر الحديث أن النووي ذكر في الطلاق من الروضة
 أنه حسن ، ولم يسل له ذلك بل اعترض باختلاف فيه وتباين الروايات ويقول
 أبي حاتم في العلل عن أبيه : هذه أحاديث منكرة كأنها موضوعة
 وذكر عبد الله بن أحمد في العلل أن أباه أنكره ، ونقل الحلال عن أحمد :
 من زعم أن الخطأ والنسيان سرفوع فقد خالف الكتاب والسنة ، وقال ابن نصر :
 هذا الحديث ليس له سند يمتنع بمثله .

اللمة : قوله (فإن أقر سراق) يقال سارق السارق وهو سارق إذا
 قارب الاحتلام .

قال القاسمي في الآم : وان رهن الرجل الرجل عبداً وأقبضه المرتهن فادعى
 عليه المرتهن أنه حتى عليه أو على رجل هو وليه جناية عمداً في مثلها فود فافر
 بذلك للعبد المرهون وأفكر الراهن ذلك أو لم يقر به ولم ينكره فإقرار العبد
 لازم له وهو كقيام البينة عليه .

قالت الحنفية في بدائع الصنائع : لا يصح إقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل
 فأما البلوغ فليس بشرط ، فيصح إقرار الصبي للماقل بالدين واليمين ، لأن ذلك
 من ضرورات التجارة ، إلا أنه لا يصح إقرار المحجور عليه لأنه من التصرفات
 الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للضرورة ولم يوجد . وأما
 الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار ، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والدين
 وكذا بالحدود والقصاص ، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمال لكن لا ينفذ
 على المولى للحال حتى لا يتابع رقبته بالدين بخلاف المأذون ، لأن إقرار المأذون
 إنما يصح لكونه من ضرورات التجارة والمحجور عليه لا يملك التجارة فلا يملك ما هو
 من ضروراتها ؛ إلا أنه يصح إقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية
 لأنه من أهل الإقرار لو جرد العقل والبلوغ ، إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال

لحقه ، فإذا عتق فقد زال المانع فبؤاخذ به وكذا يصح إقراره بالحدود والقصاص فهوأخذ به للحال لأن نفسه في حق الحدود والقصاص كالحارج على ملك المولى ، ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح ، وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار .

قالت الحنابلة في الروض المربع . ويصح الاقرار من مكلف لا من صفيه غير مأذون في تجارة فيصح في قدر ما أذن له فيه ويختار غير مجبور عليه فلا يصح من صفيه إقرار بمال ، ولا يصح الاقرار من مكره . هذا مختار قوله مختار إلا أن يقر بغير ما أكره عليه ، كأن يكره على الاقرار بدينهم فيقر بدينار ، ويصح من سكران ومن أخرج بإشارة معلومة ، ولا يصح بشيء في يد غيره أو تحت ولاية غيره ، كإقرار أجنبي على صفيه أو وقف في ولاية غيره أو اختصاصه ، وتقبل من مقر دعوى إكراه بقرينة كنسب عليه ، وتقدم بنته إكراه على طواعية ، وإن أكره على وزن مال فباع ملكه لذلك ، أى لو زن ما أكره عليه صح البيع لأنه لم يكره على البيع ، ويصح اقرار صبي أنه بلفح باحتلام إذا بلغ عشرأ ولا يقبل بسن الا بيينة كدعوى جنون

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويقبل اقرار المريض بالحد والقصاص لأنه غير منهم ، ويقبل اقراره بالمال لغير وارث لأنه غير منهم في حقه ، وإن أقر لرجل بدين في الصحة وأقر لآخر بدين في المرض وضاق المال عنهما فسم بينهما على قدر الدينين لأنهما حقان يجب فضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر ، كإقرارهما في حال الصحة .

واختلف أصحابنا في اقراره للوارث ، فمنهم من قال فيه قولان ، أحدهما أنه لا يقبل لأنه اثبات مال للوارث بقوله من غير رضی الورثة فلم يصح من غير رضی - أثار الورثة كالوصية . والثاني أنه يقبل وهو الصحيح ، لأن من صح اقراره في الصحة صح اقراره في المرض كالأجنبي

ومن أصحابنا من قال يقبل اقراره قولاً واحداً ، والقول الآخر حكاه عن غيره ، وان كان وارثه أخاً فأقره به مال فلم يمت المقر حتى حدث له ان صح اقراره للأخ قولاً واحداً لأنه خرج عن أن يكون وارثاً ، وان أقر لأخيه وله ابن فلم يمت حتى مات الابن صار الإقرار للوارث ، فيكون على ما ذكرناه من الطريقين في الأقرار للوارث .

وان ملك رجل أخاه ثم أقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه هل يرث أم لا ؟ ان قلنا ان الأقرار للوارث لا يصح لم يرث لأن توريثه يوجب ابطال الأقرار بجهته ، واذا بطلت الحربة سقط الارث فنشئت الحربة وسقط الارث ، وان قلنا ان الأقرار للوارث يصح نفذ العتق بإقراره ونبت الارث بنفسه .

(للشرح) قوله ، ويقبل اقرار المريض بالحد والقصاص . . .

قال الحنفيون في بدائع الصنائع ص ٢٢٢ ج ٧ :

ولنا ما روى عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما أنهما قالوا اذا أقر المريض لوارثه لم يحز ، واذا أقر لأجنبي جاز ، ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً ، ولأنه مقم في هذا الأقرار لجواز أنه أثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فأراد تنفيذ غرضه بصورة الأقرار من غير أن يكون للوارث عليه دين فكان متهماً في اقراره فهو ، ولأنه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ، ولهذا لا يملك أن يتبرع عليه بشيء من الثلث مع أنه خالص ملكه لا حق لأجنبي فيه فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقين فلا يصح في حقهم ، ولأن الوصية لم يحز لوارثه فالأقرار أولى لأنه لو جاز الأقرار لارتفع بطلان الوصية ، لأنه يميل الى الأقرار اختياراً للايثار بل هو أولى من الوصية بالطريق الأولى ،

ثم قالوا ، ولو أقر المريض بدينون لآناس كثيرة متفرقة بأن أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله ، واستوى فيه المتقدم والمتأخر استواء الكل في التعلق

لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض ، إذ زمن المرض مع امتداده يتجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتأخر .
 ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بأن أقر أن هذا الشيء الذي في يده وديعة
 لغلان فمها دينان ، ولا تقدم الوديعة لأن إقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق
 حق الفرجاء بالعين لكونها مملوكة من حيث للظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل
 التعلق لأن حق الفجر بضان عن الابطال ما أمكن ، وأمكن أن يجعل ذلك إقرارا
 بالدين لاقراره باستهلاك الوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليه ، وإذا صار مقراً
 باستهلاك الوديعة فالإقرار باستهلاك الوديعة يكون إقراراً بالدين لذلك فانا
 دينين ، ولو أقر بالوديعة أولاً ثم أقر بالدين فالإقرار بالوديعة أولى ، لأن
 الإقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من أن تكون محلاً لتعلق الخروجها
 عن ملكه فلا يثبت الإقرار . لأن حق غريم المرض يتعلق بالركة لا بفجرها ولم
 يوجد ، وكذلك لو أقر المريض بماله في يده أنه بضاعة أو مضاربة تخسكه وحكم
 الوديعة سواء ، واقفه سبحانه وتعالى أعلم

هذا إذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة
 بعينه إقراره ، فأما إذا كان عليه دين ظاهر معلوم بفجر اقراره ثم أقر بدين آخر
 نظر في ذلك فإن لم يكن المقر به ظاهر معلوماً بفجر اقراره تقدم الديون الظاهرة
 لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولاً من الركة فما فضل يصرف الى غير
 غرماء الصحة ، وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان ،

وقالوا ، وكذلك إذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم . ومهر مثلها ألف درهم
 جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة فما خصهم بماله لأنه لما جاز النكاح ولا
 يجوز الا بوجود المهر كان وجوب ظاهر معلوماً لظهور سبب وجوبه وهو
 النكاح فلم يكن وجوبه محتملاً للرد فيتعلق بماله ضرورة .

بحققة أن النكاح إذا لم يجر بدون مهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان
 كذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرها ، والمريض غير محجور عن
 صرف ماله الى حوائجه الاصلية كسمن الاعذية والادوية ، وان كان عليه
 دين للصحة ،

وقالوا ، وليس للمريض أن يؤثر بعض غراماته على بعض ، سواء كانوا غراماء المرض أو غراماء الصحة ، حتى أنه لو قضى دين أحدهم شاركة الباقيون في المقبوض ، لأن المرض أوجب تعلق الحق بالتركة ، وحقوقهم في التعلق على السواء فكان في إثبات البعض إبطال حق الباقيين إلا أن يكون ذلك بدل قرض أو تمن مبيع بأن استقرض في مرضه أو اشترى شيئا بمثل قيمته وكان ذلك ظاهرا معلوما فله أن يقضى القرض وينقد الثمن ولا يشتركة الغراماء في المقبوض والمتنقود لأن الإثارة في هذه الصورة ليس إبطالا لحق الباقيين ،

وقالوا ، وأما اقرار المريض بالأبراء بأن أقر المريض أنه كان أبرأ فلان من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لأنه لا يملك إنشاء الأبراء للحال فلا يملك الأقرار به ، بخلاف الأقرار باستيفاء الدين ، لأنه اقرار بقبض الدين وأنه يملك انقضاء القبض فيملك الأخبار عنه بالأقرار ،

وقالوا في النسب ، ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا ، لأن المرض ليس بمناع لعينه بل لتعلق حق الغير أو التهمة فكل ذلك منعدم ،

وقالوا ، ولو أقر بأخ في مرض الموت وصدقه المقر له ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث أيضا ،

تالت الحنابلة في كتاب الفروع ص ٦٠٨ ج ٩

والمريض كالصحيح ليصح اقراره بوارث على الأصح ، وإن أقر بمال لوارث قبل بيئته نص عليه ، قال جماعة أجازة وظاهر نصه لا ، وهو ظاهر الانقصار وغيره ، واختار فيه يصح ما لم ينهم وفاقا لما لك ، وأن أصله من المذهب وصيته لغير وارث ثم يصير وارثا يصح لانقضاء التهمة

وقال الأزجي : قال أبو بكر : في صحة اقراره لوارثه روايتان

(أحدهما) لا يصح (والثانية) يصح لأنه يصح بوارث ، وفي الصحة أشبه الاجنبي ، والأولى أصح ، كذا قال

وقال في الفنون يلزمه أن يقرو وإن لم يقبل ، وقال أيضا إن حنبليا استدله

بأنه لا يصح إقراره وارثه في مرضه بالوصية له . فقال له حنبل : لو أقر له في الصحة صح ولو نحل لم يصح ، والسحبة تبرع كالوصية فقد افرق المال للثمة في أحدهما دون الآخر ، كذا في المرص ، ولأنه لو لا يلزم التبرع فيما زاد على الثلث لأجنبي ويلزم الاقرار ، وقد افرق التبرع والاقرار فيما زاد على الثلث ، كذا يفرقان في الثلث للوارث ، وقال ، ويصح الاقرار بأخذ دين في صحة ومرض من أجنبي .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق المقرب ، فإن أقر لعبد بالنكاح أو القصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له ، صدقة السيد أو كذبه ، لأن الحق له دون المولى ، فإن أقر له بمال فإن قلنا إنه يملك المال صح الاقرار ، وإن قلنا إنه لا يملك كان الاقرار لمولاه يلوم بتصديقه ويبطل برده .

(فصل) وإن أقر لرحل بمال فإن عراه إلى إرث أو وصية صح الاقرار ، فإن أطلق فقيه قولان :

(أحدهما) أنه لا يصح ، لأنه لا يثبت له الحق من جهة المعاملة ولا من جهة الجنابة .

(والثاني) أنه يصح ، وهو الصحيح ، لأنه يجوز أن يملكه بوجه صحيح وهو الإرث أو الوصية فصح الاقرار له مطلقا كالطفل ، ولا يصح الاقرار إلا للحمل يتيقن وجوده عند الاقرار كما يبناه في كتاب الوصية ، وإن أقر لمسجد أو مصنع وعراه إلى سب صحيح من غلة وقف عليه صح الاقرار ، فإن أطلق فقيه وجهان بناء على القولين في الاقرار للحمل .

اللفظ : قوله (فإن عراه إلى إرث) أي أسبه وأضافه ، وقد ذكر

وقوله (مصنع) المصنع كالجوز يجمع فيه ماء المطر ، وكذلك المصنعة بضم النون ، هكذا ذكره الجوهرى وحقيقته التبركة . رحدث أبو الحسن القزوينى وكان خيراً فاضلاً قال : كنت مولماً بالحج فخرجت في بعض السنن وعظمت

عطشاً شديداً فأجلست عديلي في وسط المحمل ونزلت أطلب الماء والناس قد عطشوا ، فلم أزل أسأل رجلاً رجلاً ومحملاً محملاً : معكم ماء ؟ وإذا الناس شرعوا واحد حتى صرحت في ساقفة القنافة بميل أو ميلين ، فررت بمصنع مصهرج فإذا رجل فقير جالس في أرض المصنع وقد فرز عصاه في أرض المصنع والماء يبيع من موضع العصا وهو يشرب ، فنزلت إليه فشربته حتى رويك وجئت إلى القنافة والناس قد نزلوا فأخرجت قربة ومضيت فلأتها ، ورأيت الناس يتبادروا بالقراب فزروا عن آخرهم ، فلما روي الناس وسارت القنافة جئت لأنظر فإذا الهركة ملأى تنظماً أمواجها ، والمصانع أيضاً المحصبون ، وقد فرقوه تعالى وتخذون مصانع ، قال مجاهد قصور مشيدة . قال :

تركن ديارهم منهم قفاراً وهدمن المصانع والهروجا
وقال قنادة هي برك الماء ، وقال ليبيد :

بلينا وما تبلى النجوم للطوالح وتبقى جبال بعدنا ومصانع
قوله (ويصح الاقرار لكل من ثبت له الحق المقر به) قلنا وهذا ما لا خلاف فيه بينهم .

وقوله (فإن أقر لعبد بالنكاح أو القصاص . . .) قال الحنفيون ، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والمعين ، وكذا بالحدود والقصاص ، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون لأن إقرار المأذون انماصح لكونه من ضرورات التجارة والمحجور لا يملك التجارة فلا يملك ما هو من ضروراتها ، إلا أنه يصح إقراره في حق نفسه حتى يتأخذ بعد الحرية لأنه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فإذا اعتق فقد زال المانع فيتأخذ به وكذا يصح إقراره بالحدود والقصاص فيتأخذ به للحال ، لأن نفسه في حق الحدود والقصاص كالحارج من ملك المولى ، ولهذا لو أقر المولى عليه الحدود والقصاص لا يصح

قالت الحنابلة ، ويقبل إقرار سيد على عبده بما يوجب مالا فقط لأنه إيجاب حق في ماله ، وفي الكافي : ان أقر بقود رجب المال ويفدى السيد منه

ما لا يتعلق ، وفي لفظ (ما يتعلق) بالرقبة لو ثبت بينة وان أقر مكاتب
بالجنابة تعلقت بدمته في الأصح وبرقبته ، ولا يقبل اقرار سيده عليه بذلك ،
وان أقر غير مكاتب سيده أو سيده له بما لم يصح ، وقيل بلى ان ملك ، وان
أقره بآه نفسه بألف عتق فإن صدقه لزمه والا حلف وقيل لا .

قوله (وان أقر لحمل بما لا فإن عزاه . .)

قالت الحنابلة ، وان أقر لحمل امرأة بما لا صح في الأصح فإن ولدت حياً وميتاً
فهو للحمى ، وحين ذكراً وأنثى لها بالسوية ، وقيل أثلاثاً ، وان عزاه الى
ما يقتضى التفاضل كإرث ووصية عمل به . وقال القاضي ان أطلق كاف ذكر
السبب فيصح منه ما يصح ، ويبطل ما يبطل ، فلو مات قبل أن يفسر بطل .
وقالوا : وصح التسمية الاقرار لحمل ان ذكر اثناً أو وصية فقط ، لانه لا يملك
بغيرهما ويعمل بحسبه .

قوله (وان أقر لمسجد أو مصنع وعزاه . . .)

قالت الحنابلة ، وان أقر لمسجد أو مقبرة أو طريق ونحوه وذكر سبباً صحيحاً
لذاته وقفه صح ، وان أطلق فوجهان ، وأطلقهما في المعنى والشرح والرباطين
والحدوى وغيرهم (أحدهما) يصح ، اختاره ابن حامد وهو الصواب ويكون
إصالحهما . والوجه الثاني لا يصح ، اختاره النجاشي وقدمه ابن رزبن في شرحه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أقر بحق لادمى أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ثم رجع
في اقراره لم يقبل رجوعه ، لانه حق ثبت لغيره فلم يملك إسقاط بغير رضاه .
وان أقر بحق لله عز وجل يسقط بالشبهة نظرت فإن كان حد الزنا أو حد الشرب
قبل رجوعه . وقال أبو ثور رحمه الله : لا يقبل لانه حق ثبت بالاقرار فلم
يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف ، وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى
الله عنه قال : أتى رجل من أسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول
الله ان الآخر زنى ، فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق
وجهه الذى أعرض عنه . فقال يا رسول الله ان الآخر زنى ، فأعرض عنه .

رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لثق رجمه الذي أعرض عنه ، فقال
يا رسول الله إن الآخر زني فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى
له الرابعة ، فلما شهد على نفسه أربع مرات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال : هل بك جنون ؟ فقال لا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا
به فارجوه ، وكان قد أحسن ، فلم يسقط بالرجوع لما عرض له ، ويخالف
القصاص وحده القذف ، فإن ذلك يجب لحق الأدمى وهذا يجب لحق الله تعالى ،
وقد نذب فيه إلى السر ، وإن كان حدا لسرقة أو قطع للطريق فيه وجهان :
(أحدهما) أنه لا يقبل فيه الرجوع لأنه حق يجب لصيانة حق الأدمى فلم
يقبل فيه الرجوع عن الإقرار كحد القذف .

(والثاني) وهو الصحيح أنه يقبل لما روى أبو أمية المخزومي أن النبي
صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما أخالك سرفت ، فقال له ، مرتين أو ثلاثة ثم أمر بقطعه فلم يقبل
فيه رجوعه لما عرض له ، ولأنه حق لله تعالى يقبل فيه الرجوع عن الإقرار
كحد الزنا والشرب

(الشرح) - حديث أبي هريرة ، أن رجلا من أسلم إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله إن الآخر زني . . . أخرجه البخاري من حديث
ابن عباس بلفظه له لك قلمت أو غمزت أو نظرت ؟ قال لا ، قال أنكفها ؟
لا يكن ، قال نعم وأخرجه أبو داود واللساني والدارقطني من حديث
أبي هريرة قال جاء الأعمى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يشهد على نفسه
أنه أساب امرأة حراماً أربع مرات ، كل ذلك بمرض منه ، فأقبل عليه في
الخامسة فقال أنكفها ؟ قال نعم ، قال كما ينبغي المرود في المكحة والرشاء في البئر
قال نعم ، فيه ابن المضاير واسمه عبد الرحمن بن الصامت ، قال البخاري حديثه
في أهل الحجاز ليس يعرف إلا بهذا الواحد

حديث أبي أمية المخزومي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف .
أخرجه أبو داود في المراسيل من حديث محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ورواه

الدارقطني والحاكم والبيهقي بذكر أبي هريرة فيه : ورجح ابن خزيمة وابن المديني وغير واحد إرساله ، وصحح ابن القطان للوصول ، ورواه أبو داود في السنن والنسائي وابن ماجه من طريق أبي أمية ، قال الخطابي في إسناده مقال ، قال والحديث إذا رواه مجهول لم يكن حجة ولم يجب الحكم

اللغة : قوله (ان الآخر زني) ذكر

قوله (فتضح لشفق وجهه) أى أتاه من ناحيته الأخرى ، وقيل مال واعتمد وكذا الاتحاف الاعتقاد والمول .

قوله (ما إغالك سرفت) أى ما أظنك ، يقال أخال بهنح الهمة وإخال بكسرهما والسكر أفصح والقياس الفتح

قوله (وان أقر بحق لأدمى) قال الحنفيون ان للمترجم في الاصل نوحان (أحدهما) حق الله تعالى عز شأنه (والثاني) حق العبد . أما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا (أحدهما) ان يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب (والثاني) ان يكون للعبد فيه حق ، وهو حد القذف ، واصحة الاقرار بها شرائط

وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب والفصاح والطلاق والعناق ومحورها ، ولا يشترط لصحة الاقرار بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى من العدد ومجلس القضاء والمعبارة ، حتى ان الأخرس إذا كتب الاقرار بيده أو ما بما يعرف أنه اقرار بهذه الاشياء يجوز ، بخلاف الذي اعتقل لسانه لأن للأخرس اشارة معهودة ، فإذا أتى بها يحصل العلم بالمضار اليه ، وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ، ولأن اقامة الاشارة مقام المعبارة أمر ضرورى ، والخرس ضرورة لانه أصل ، فأما اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف الزوال بخلاف الحدود ، لانه لا يجعل ذلك اقراراً بالحدود لما بيننا أن الحدود على صريح البيان بخلاف الفصاح فإنه غير مبنى على صريح البيان ، فإنه اذا أقر مطلقاً عن صفة التعمد بذكر آلة دالة عليه وهو السيف ونحوه يستوفى بمثله الفصاح ، وحقوق العباد تثبت مع الشهوات بخلاف حقوق الله تعالى

وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فيبطل بشيئين (أحدهما) تكذيب المقر له في أحد نوعي الاقرار بمحقوق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم الزوم ، والازوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع العكس (والثاني) رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع في أحد نوعي الاقرار بمحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً ، كحد الإنا يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار فيكون كاذباً في الاقرار ضرورة فيورث شبهة في رجوب الحد ، وسواء رجوع قبل القضاء أو بعده ، قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا . وروى أن ماعزاً لما رجم بعض الحجارة هرب من أرض قنبرة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة ، فلما بلغ ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام : سبحان الله هلا خليلي سبيله .

وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لأن الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصاً فيصح الرجوع عن الاقرار بهما . إلا أن في السرقة يصح الرجوع في حق النقطع لا في حق المال ، لأن النقطع حق الله تعالى على الخلوص فيصح الرجوع عنه ، فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه . وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه ، لأن للعبد فيه حقاً فيكون منهياً الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد ، وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص ، لأن القصاص خالص حق العباد فلا يحتمل الرجوع

قال ابن حزم في مراتب الاجماع بعد أن ذكر وجوب الرجم على من أقر بالزنا ، واختلفوا أيقبل رجوعه أم لا؟ واختلفوا إذا أقر بعد البينة أم قبل البينة ويرجع الحكم إلى حكم الاقرار ويسقط عنه الحد برجوعه أم لا .

قال الشوكاني في الدرر البهية ، ويسقط الحد بالشبهات وبالرجوع عن الاقرار ، وقال في السرقة ، ويكفي الاقرار مرة واحدة .

وقال صديق حسن خان في الروضة الندية شرح الدرر البهية ، وبالرجوع عن الاقرار ، لحديث أبي هريرة عند أحمد والترمذي ، أن ماعزاً لما وجد مس الحجارة فرأى بهتد حتى مر برجل معه لحى جل (أى عظم الخنك) فضربه به

وخر به الناس حتى مات ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
هلا تركتموه ، قال القرمذى انه حديث حسن ، وقد روى من غير وجه عن
أبي هريرة ورجال إسناده ثقات

وأخرج أبو داود والنسائي من حديث جابر نحوه وزاده أنه لما وجد مس
الحجارة صرخ يا قوم ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قومي قتلوني
وغروني من نفسي وأخبروني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلي فلم تنزع
عنه حتى قتلناه ، فلما رجعنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرناه قال
فهل تركتموه وجثتموني به .

وقد أخرج البخاري ومسلم طرقاً منه ، وفي الباب روايات . وقد ذهب إلى
ذلك أحمد والشافعية والحنفية ، وهو مروى عن مالك في قوله ، وقد ذهب
ابن أبي لبي ولبني وأبو ثور ورواية عن مالك وقول للشافعية أنه لا يقبل فيه
الرجوع عن الاقرار .

قوله (ومن أقر لرجل بما في يده . .) وانفقوا ان كذب المقر له المقر بطل
الاقرار وكان للقر أن يتصرف فيما أقر به بما شاء .

وقوله (فإن أقر الزوج . .) وانفقوا ان أقر رجل أو امرأة بزوجية الآخر
فسكت صح وورث كل منهما الآخر في حال الوفاة بالزوجية لقيامها بينهما
بالاقرار أو جهده ثم صدقه صح وورثته للحصول الاقرار ، إلا إذا بق على
تكذيبه حتى مات .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما قبل فيه الرجوع عن الاقرار إذا أقر به فاستحب للامام
أن يمرضه للرجوع لما روينا من حديث أبي هريرة وحديث أبي أمية الخزومي
فإن أقر فأقيم عليه بعض الحد ثم رجع عن الاقرار قبل لأنه إذا سقط بالرجوع
جميع الحد سقط بعضه ، وإن وجد ألم الحد فهرب فالأولى أن يخجل لأنه ربما رجع
عن الاقرار فيسقط عنه الحد ، وإن أتبع وأقيم عليه تمام الحد جاز لما روى
الزهري قال أخبرني من سمع جابر بن عبد الله قال : كنت فيمن رجم ماعراً

فرجناه في المصل بالمدينة ، فلما أذلقته الحجارة نهمز حتى أدركناه بالحرة فرجناه حتى مات ، فلم يهز ذلك لأنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم وضمنهم ، ولأن الحرب ليس بصريح في الرجوع فلم يسقط به الحد .

(فصل) ومن أقر لرجل بمال في يده فكذبه المقر له بطل الإقرار لأنه رده ، وفي المال وجهان :

(أحدهما) أنه يؤخذ منه ويحفظ لأنه لا بدعيه والمقر له لا بدعيه فوجب على الإمام حفظه كالمال الضائع .

(والثاني) أنه لا يؤخذ منه ، لأنه محكوم له بملكه ، فإذا رده المقر له بقي على ملكه .

(فصل) فإن أقر الزوج أن امرأته أخته من الرضاع وكذبت المرأة قبل قوله في فسخ النكاح لأنه إقرار في حق نفسه ولا يقبل إقراره في إسقاط مهرها لأن قوله لا يقبل في حق غيره ، وإن أقرت المرأة أن الزوج أخواها من الرضاع وألكر الزوج لم يقبل قولها في فسخ النكاح ، لأنه إقرار في حق غيرها ، وقيل قولها في إسقاط المهر لأنه إقرار في حق نفسها .

(الشرح) حديثه أخرجه من سمع جابر بن عبد الله قال : كنت فيمن رجم ماعراً ، أخرجه الرمذى وأحمد والصحاحين من غير نسبة وأبو داود

اللقمة : قوله (فلما أذلقته الحجارة) أي أصابته بحدها ، والحجارة المدلفة المحدودة ، وذلق كل شيء حده . وفلان ذلق اللسان حديده

قوله (نهمز) أي عسدا وأسرع ، والجزم ضرب من السير أمد من العنق والناقة تمدد الجزى

قال ابن حزم في مراتب الأجماع ، واتفقوا أن من أقر على نفسه بالزنا في مجلس حاكم يجوز حكمه أربع مرات مختلفات يغيب بين كل مرتين عن المجلس حتى لا يرى ، وهو حر مسلم ، غير مكره ولا سكران ، ولا مجنون ولا مريض ، ووصف الزنا وعرفه ولم يقب ولا طال الأمر أنه يقام عليه الحد ما لم يرجع عن إقراره ، واختلفوا أيقبل رجوعه أم لا .

قلت . لم يثبت الإجماع على أربع مرات كما قال ابن حزم ، قال الشوكاني في الدرر البهية : ويكفي إقرار مرة ، وما ورد من التكرار في وقائع الأعيان فلقص الاستنباط

قال صديق حسن خان في الروضة الندية في الشرح ، لأن أخذ المقر بإقراره هو الثابت في الشريعة ، فمن أوجب تكرار الإقرار في فرد من أفراد الشريعة كان الدليل عليه ، ولا دليل هنا يبيد من أوجب ترديد الإقرار إلا مجرد ما وقع من ما عر من تكرار الإقرار ، ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمره أو أمر غيره بأن يكرر الإقرار ، ولا ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أن إقرار الزنا لا يصح إلا إذا كان أربع مرات ، وإنما لم يقم على ما عر الحد بعد الإقرار الأول لقصد التثبيت في أمره ، ولهذا قال له صلى الله عليه وسلم : أهلك جنون ؟ ، ووقع منه السؤال لقوم ما عر عن عقله ، وقد اكتفى بالإقرار مرة واحدة ، كما ثبت في الصحيحين وغيرهما من قوله صلى الله عليه وسلم : واغد يا أئبس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها .

وثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه رجم النمامدية ولم تقر إلا مرة واحدة ، كما في صحيح مسلم وغيره ، وكما أخرجه أبو داود والنسائي من حديث خالد بن الوليد عن أبيه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم رجلا أقر مرة واحدة ، ومن ذلك حديث الرجل الذي ادعت المرأة أنه وقع عليها فأمر برجمه ، ثم قام آخر فاعترف أنه القاعل فرجمه ، وفي رواية أنه عفا عنه ، والحديث في سنن النسائي والرمذي ، ومن ذلك رجم اليهودي واليهودية ، فإنه لم ينقل أنهما كررا الإقرار ، فلو كان الإقرار أربع مرات شرطا في حد الزنا لما وقع منه صلى الله عليه وسلم المخالفة في عدة قضايا .

وقد ذهب إلى ما ذكرنا جماعة من أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم ، وحكام صاحب البحر عن أبي بكر وعمر والحسن البصري ومالك وسليمان وأبو ثور والبيهقي والشافعي . وذهب الجمهور إلى الترييح في الإقرار .

أقول : هذه المسألة من المعارك ، والحق أن الإقرار الذي يسبق به الجلد والرجم لا يشترط فيه أن يكون زيادة على مرة

قال الحنفيون : يستحب للإمام تلقين المقر بالرجوع بقوله لملك لمستها أو قبلتها ، كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً ، وكما لقن صلى الله عليه وسلم السارق والسارقة بقوله صلى الله عليه وسلم : ما أخاه سرق ، أو أسرقت ؟ قولي لا . لو لم يكن محتملاً للرجوع لم يكن للتلقين معنى وقاعدة ، فكان للتلقين منه صلى الله عليه وسلم احتيالا للدرء ، لأنه أمرنا به بقوله صلى الله عليه وسلم : ادرءوا الحدود بالشبهات وقوله صلى الله عليه وسلم : ادرءوا الحدود ما استطعتم .
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال لرجل لي عندك ألف ، فقال لا أنكر لم يكن إقراراً ، لأنه محتمل أن يريد أني لا أنكر أنه مبطل في دعواه ، وإن قال أفر لم يكن إقراراً لأنه وعد بالاقرار .
وإن قال لا أنكر أن تكون محقاً لم يكن إقراراً ، لأنه محتمل أنه يريد أني لا أنكر أن تكون محقاً في اعتقاده . وإن قال لا أنكر أن تكون محقاً في دعواك كان إقراراً لأنه لا يحتمل غير الإقرار . وإن قال أنا مقر فقيه وجهان (أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفراييني رحمه الله أنه لا يكون إقراراً ، لأنه محتمل أنه يريد أني مقر ببطلان دعواك والوجه الثاني أن يكون إقراراً لأنه جواب عن الدعوى فالصرف الإقرار إلى ما ادعى عليه .

وإن قال لي عليك ألف فقال نعم أو أجل أو صدق أو لعمرى كان مقراً ، لأن هذه الألفاظ وضمت للتصديق . وإن قال لعل أو عسى لم يكن إقراراً لأنها ألفاظ وضمت للشك والرجي وإن قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن إقراراً لأن هذه الألفاظ تستعمل في الشك ، وإن قال له علي في علي كان إقراراً لأن ما عليه في عليه لا يحتمل إلا أو جوب ، وإن قال اقض الألف التي لي عليك فقال نعم كان إقراراً لأنه تصديقي لما ادعاه .

وإن قال اشتر عبدي هذا فقال نعم أو اعطني عبدي هذا فقال نعم كان إقراراً بالعبد لما ذكرناه . وإن ادعى عليه ألفاً فقال خذ أو انزن لم يكن إقراراً لأنه

يحتمل أنه أراد خذ الجواب مني أو انزن إن كان ذلك على خيرى ، وإن قال
خذها أو انزها فقيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي عبد الله الزبيرى رحمه الله أنه يكون إقراراً ، لأن
هاء الكناية ترجع إلى ما تقدم من الدعوى .

(والثاني) وهو قول عامة أصحابنا أنه لا يكون إقراراً لأن هاء الصفات
ترجع إلى للدعى ولم يقرأه واجب . وإن قال وهو صحاح فقد قال أبو عبد الله
الزبيرى أنه إقرار لأنها صفة للدعى والإقرار بالصفة إقرار بالموصوف وقال
عامة أصحابنا لا يكون إقراراً لأن للصفة ترجع إلى للدعى ولا تقتضى الوجوب
عليه . وإن قال له على ألف ان شاء الله لم يلزمه شيء . لأن ما علق على مقبلة الله
تعالى لا سبيل إلى معرفته .

وإن قال له على ألف ان شاء زيد أو له على ألف ان قدم فلان لم يلزمه شيء .
لأن ما لا يلزمه لا بصير واجبا عليه بوجود الشرط . وإن قال ان شهد لك فلان
وفلان بدينار فهما صادقان فقيه وجهان :

(أحدهما) أنه ليس بإقرار لأنه إقرار معلق على شرط فلم يصح ، كما لو قال
ان شهد فلان على صدقته أو وزنت لك ، ولأن الهاء من رحمه الله تعالى قال : إذا
قال لفلان على ألف ان شهد بها على فلان وفلان لم يكن إقراراً ، فإن شهدا عليه
وهما عدلان لومه بالشهادة دون الإقرار .

(والثاني) وهو قول أبي العباس بن القاسم أنه إقرار ، وإن لم يشهدا به ،
وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطهرى رحمه الله ، لأنه أخير أنه ان شهدا
به فهما صادقان ولا يجوز أن يكونا صادقين إلا والدينار واجب عليه لأنه لو لم
يكن واجبا عليه لكان الشاهد به كاذباً ، فإذا قال يكون صادقاً دل على أن المشهود
به ثابت نصار كما لو شهد عليه رجل بدينار فقال صدق الشاهد ، ويخالف قوله
ان شهد فلان صدقته أو وزنت لك لأنه قد يصدق الانسان من ليس بصديق
وقد يزن بقوله ما لا يلزمه .

ويخالف ما قال المشافى رحمه الله لفلان على ألف ان شهد به فلان وفلان ،
لأن وجوب الألف لا يجوز أن يعلق بشهادة من يشهد عليه ، فإذا علق

بشهادته دل على أنه غير واجب ، وهمنا لم يعلق وجوب الدينار بالشهادة ، وإنما أخبر أن يكون صادقاً ، وهذا تصريح بوجوب الدينار عليه في الحال ، وإن كان قال له على ألف ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه لأنه أقر بالوجوب والاصل بقاؤه (والثاني) أنه لا يلزمه لأنه أقر به في زمان مضى فلا يلزمه في الحال شيء . وإن أقر أعجمي بالمرية أو عربي بالمعجمية ثم ادعى أنه لم يعلم بما قال قاله قول مع بينه لأن للظاهر ما بعده .

الذمة : قوله (فإن قال نعم أو أجل) قال الجوهري : قولهم أجل إنما هو جواب مثل نعم . قال الاخفش إلا أنه أحسن من نعم في التصديق وإنما أحسن منه في الاستفهام . فإذا قال أنت سوف تذهب ، قلت أجل وكان أحسن من نعم ، وإذا قال أذهب قلت نعم وكان أحسن من أجل .

قوله (أو لعمرى) لعمرى ولعمرى قسم كأنه حلف ببقائه وحياته ، ولعمرى والعمر واحد ، فإذا أدخلت اللام فحدث لا غير ، ومعناه في الاقرار كأنه أقسم بثبوتها ولزومه عليه .

قوله (وإن قال لرجل عندك ألف فقال ...) قالت الحنابلة من ادعى عليه بألف فقال نعم أو صدقت أو أنا مقر أو خذها أو ائزنها أو اقضها فقد أقر ، لأن هذه الالفاظ تدل على تصديق للدعي وتصرف إلى الدعوى لوقوعها حقيها لا إن قال أنا أقر فليس اقراراً بل وعد أو لا أنكر لأنه لا يلزم من عدم الإنكار الاقرار ، لأن بينهما قسماً آخر وهو السكوت ، ولأنه يحتمل لا أنكر بطلان دعواه أو خذ لا خيال أن يكون مراده خذ الجواب من أو ائزنها أو افتح كك لا احتمال أن يكون لشيء غير المدعى به أو ائزنها من غيري أو افتح كك للطمع ، وبلى في جواب البس لي عليك كذا اقرار بلا خلاف ، لأن نفي النفي اثبات لا نعم إلا من عاى فيكون اقراره كقوله هشرة غير درهم يلزمه كسرة لأن ذلك لا يعرفه إلا الخذاق من أهل العربية . وفي حديث عمرو بن عنتمة (فدخلت عليه فقلت يا رسول الله أتعرفني ؟ فقال نعم أنت الذي لقبني بمكة : قال فقلت بلى ،

قال في شرح مسلم: فيه صحة الجواب ببلى، وإن لم يكن قبلها، وصحة الاقرار بها، قال وهو الصحيح من مذهبنا - أي مذهب الداعية -
 وإن قال أقض ديني عليك ألفاً، أو هل لي أو لي عليك ألف فقال نعم فقد أقر له، لأن نعم صريحة في تصديقه، أو قال أمهلي يوماً أو حتى أفتح الصندوق فقد أقر، لأن طلب اللهم يقتضى أن الحق عليه، أو قال له على ألف إن شاء الله فقد أقر له به نص عليه أو إلا أن يهناه الله فقد أقر له به لأنه علق رفع الاقرار على أمر لا يملكه فلا يرتفع، أو قال له على ألف لا تلزمي إلا أن يهناه زيد فقد أقر له بالألف.

وإن علق بشرط لم يصح سواء قدم الشرط كإب هاه زيد فله على دينار، أو إن قدم زيد فلعمرو على كذا، لأنه لم يثبت على نفسه شيئاً في الحال وإنما علق ثبوته على شرط، والاقرار إخبار سابق فلا يتعلق بشرط مستقبل بخلاف تعليقه على مشيئة الله عز وجل فإنها تذكر في الكلام تبركاً وتفويضاً إلى الله تعالى كقوله فندخلن المسجد الحرام إن شاء الله، وقد علم أنه سيدخلونه بلا شك وقال القاضي يكون اقراراً صحيحاً لأن الحق للثابت في الحال لا يقف على شرط مستقبل فسقط الاستثناء كاله في الكافي، أو أخره كله على دينار إن شاء زيد أو قدم الحاج أو جاء المطر فلا يصح الاقرار لما بين الاخبار والتعليق على شرط مستقبل من التناقض، إلا إذا قال إذا جاء وقت كذا فله على دينار فلهلزمه في الحال، فإن فسره بأجل أو وصية قبل يمينه، ومن ادعى عليه بدینار فقال إن شهد به زيد فهو صادق لم يكن مقراً، وقد أقض الخنفزيون في هذا الأمر في بدائع الصنائع من صفحة ٢٠٨ إلى ٢١٠ بما يتفق مع ما سبق إيضاحه.

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب جامع الاقرار

اذا قال لفلان على شيء طراب بالنفسير فإن امتنع عن التفسير جعلنا كلا
ورد اليه على المسدعي ونفى له لانه قالساكت عن جواب المدعي . ومن
اصحابنا من حكى فيه قولين (أحدهما) ما ذكرناه (والثاني) أنه يحبس حتى يفسر
لانه قد أقر بالحق وامتنع من أدائه لحبس . وإن شهد شاهدان على رجل بمال
مجهول فقبه وجهان :

(أحدهما) أنه يثبت بالحق كما يثبت بالإقرار ، ثم يطالب للمجهود عليه
كما يطالب المقر .

(والثاني) أنه لا يثبت الحق لأن البينة ما أبانت عن الحق وهذه ما أبانت
عن الحق ، وإن أقر بشيء وفسره بما قل أو كثر من المال قبل ، لأن اسم الشيء
يقع عليه ، وإن فسره بالخمر والخنزير أو الكلب أو السرجون أو جلد الميتة قبل
الدباغ فقبه ثلاثة أوجه .

(أحدهما) أنه يقبل لانه يقع عليه اسم الشيء .

(والثاني) أنه لا يقبل لأن الاقرار إخبار مما يجب ضمانه ، وهذه الاشياء
لا يجب ضمانها .

(والثالث) أنه إن فسره بالخمر والخنزير لم يقبل لانه لا يجب تسليمه ،
وإن فسره بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل لانه يجب تسليمه ،
وإن قال غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه شيء . لانه قد يفصبه نفسه فيحبسه
وإن قال غصبتك شيئا ثم قال غصبتك نفسه لم يقبل لأن الاقرار يقتضى فصب
شيء منه ويطالب بتفسير الشيء .

(فصل) وإن قال له على مال ففسره بما قل أو كثر قبل لأن اسم المال
يقع عليه ، وإن قال له على مال عظيم أو كثير قبل في تفسيره للقليل والكثير ،
لأن ما من مال إلا وهو عظيم وكثير . بالاضافة الى ما هو دونه ، ولانه يجعل

أنه أراد به أنه عظيم أو كثير عتده لقله ماله أو لفقر نفسه ، فإن قال له على أكثر من مال فلان قبل في بيانه القليل والكثير ، لأنه يحتمل أنه يريد أنه أكثر من مال فلان لكونه من الحلال أو أكثر بقاء لكونه في ذممه .

(فصل) وإن قال له على درهم لزمه درهم من دراهم الاسلام وهو ستة دوانق ووزن كل عشرة سبعة مثاقيل فإن فسره بدرهم طبرى كطبرية الشام ، وهو الذى فيه أربعة دوانق ، فإن كان ذلك متصلا بالافرار قبل منه ، كما لو قال له على درهم إلا دانقين ، وإن كان منفصلا نظرت فإن كان الافرار فى غير الموضع الذى يتعامل فيه بالدرهم الطبرية لم يقبل ، كما لا يقبل الاستثناء المنفصل عن الجملة ، وإن كان فى الموضع الذى يتعامل فيه بالدرهم الطبرية ففيه وجهان (أحدهما) وهو المفصوص أنه يقبل لأن اطلاق الدرهم يحمل على دراهم البلد كما يحمل فى البيع على دراهم البيع

(والثانى) أنه لا يقبل ويلزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه إخبار عن وجوب سابق ، بخلاف البيع فإنه إيجاب فى الحال فحمل على دراهم الموضع الذى يجب فيه . وإن قال له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام ، لأنه درهم كبير فى العرف ، فإن فسره بما هو أكبر منه وهو الدرهم البغلى قبل منه لأنه يجعل ذلك وهو غير متهم فيه .

وإن قال له على درهم صغير أو له على درهم لزمه درهم وازن لأنه هو المعروف فإن كان فى البلد دراهم صغار ففسره بها قبل لأنه محتمل اللفظ ، وإن قال له على مائة درهم عدداً لزمه مائة وازنة عددها مائة ، لأن الدرهم تقتضى الازنة وذكر العدد لا يتأهيا فوجب الجمع بينهما .

(فصل) وإن قال له على دراهم ففسرها بدراهم مريفة لا فضة فيها لم يقبل لأن الدرهم لا تتناول ما لا فضة فيه ، وإن فسرها بدراهم منشوشة كالحكم فيها كالحكم فبمن أقر بدرام وفسرها بالدرهم الطبرية ، وقد بيناه

وإن قال له على دراهم وفسرها بسكة دون سكة دراهم البلد الذى أقر فيه ولا تنقص عنها فى الوزن فالمفصوص أنه يقبل منه . وقال المزنى لا يقبل منه لأن

إطلاق الدرهم يقتضى سكة البلد كما يقتضى ذلك في البيع ، وهذا خطأ لأن البيع
 إيجاب في الحال فاعتبر الموضع الذي يجب فيه ، والاقرار إخبار عن وجوب
 سابق وذلك يختلف فرجع إليه

(فصل) وإن أقر بدرم في وقت ثم أقر بدرم في وقت آخر لزمه درهم
 واحد لأنه إخبار فيجوز أن يكون ذلك خيراً مما أخبر به في الأول ، ولهذا لو
 قال رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا لم يقتض أن يكون الثاني إخباراً عن رؤية
 ثانية ، وإن قال له على درهم من ثمن ثوب ثم قال له على درهم من ثمن عبدة لزمه درهمان
 لأنه لا يحتمل أن يكون الثاني هو الأول . وإن قال له على درهم ودرهم لزمه
 درهمان لأن التواو يقتضى أن يكون المظوف غير المظوف عليه . وإن قال له
 على درهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه

وإن قال له على درهم فدرهم لزمه درهم واحد ، وإن قال لاسأله أنت طالق
 فطالق وقت طلقان

واختلاف أصحابنا في ذلك ، فقال أبو علي بن خيران رحمه الله لا فرق بين
 المستثنين فجعلهما على قولين ، ومنهم من قال يلزمه في الاقرار درهم وفي الطلاق
 طلقان ، والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدرهم يدخلها التفصيل
 فيجوز أن يريد له على درهم فدرهم خير منه . وإن قال له على درهم ودرهم ودرهم
 لزمه ثلاثة دراهم . وإن قال أنت طالق وطالق ولم يتو ضمناً ففيه قولان
 (أحدهما) أنه يقع طلقان (والثاني) أنه يقع ثلاث طلاقات ، فنقل أبو علي
 ابن خيران جوابه في الطلاق إلى الاقرار وجعلهما على قولين ومن أصحابنا من
 قال يقع طلقان في أحد القولين وفي الاقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولاً واحداً ،
 لأن الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد ، والاقرار لا يدخله
 التأكيد فحمل التكرار على العدد .

وإن قال له على درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم لزمه درهم واحد لأنه
 يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم في الجودة ، ويحتمل فرق درهم أو تحت
 درهم فلم يلزمه زيادة مع الاحتمال .

وان قال له على درهم مع درهم لزمه درهم لانه محتمل مع درهم لي فلم يلزمه
ما زاد مع الاحتمال ، وان قال له على درهم قبله درهم او بعده درهم لزمه درهمان
لان قبل وبعد تستعمل في التقديم والتأخير في الوجوب ، وان قال له على درهم
في عشرة فيان اراد الحساب لزمه عشرة لان ضرب الواحد في عشرة عشرة ،
وان لم يرد الحساب لزمه درهم ، لانه محتمل ان له على درهما محتاطا بعشرة لي ،
وان قال له على درهم بل درهم لزمه درهم ، لانه لم يقر بأكثر من درهم ، وان
قال له على درهم بل درهمان لزمه درهمان .

وان قال له على درهم بل دينار لزمه الدرهم والدينار ، وللمفرق بينهما ان
قوله بل درهمان ليس رجوع عن الدرهم ، لان الدرهم داخل في الدرهمين وانما
قصده الحاق الزيادة به

وقوله بل دينار او رجوع عن الدرهم واقرار بالدينار فلم يقبل رجوعه عن
الدرهم فلزمه وقبل اقراره بالدينار فلزمه ، وان قال له على درهم او دينار لزمه
احدهما واخذ بعميته لانه اقر باحدهما ، وان قال له على درهم في دينار لزمه
الدرهم ولا يلزمه الدينار لانه يجوز ان يكون اراد في دينار لي

(فصل) وان قال له على دراهم لزمه ثلاثة دراهم لانه جمع وان قل الجمع
ثلاثة ، وان قال دراهم كثيرة لم يلزمه أكثر من ثلاثة لانه يستعمل أنه اراد بها
كثيرة بالاضافة الى مادونها او اراد أنها كثيرة في نفسه ، وان قال له على ما بين
درهم الى عشرة لزمه ثمانية لان ما بينهما ثمانية ، وان قال له على من درهم الى
عشرة ففيه وجهان :

(احدهما) أنه يلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلم يدخل في الاقرار
فلزمه ما بينهما (والثاني) أنه يلزمه تسعة لان الواحد أول العدد ، واذا قال من
واحد كان ذلك اقراراً بالواحد وما بعده فلزمه والعاشر حد فلم يدخل فيه

(فصل) وان قال له على كذا رجع في التفسير اليه لانه اقر بمهم فصار
كيا او قال له على شيء ، وان قال له على كذا درهم لزمه درهم لانه فسر المهم
بالدرهم ، وان قال له على كذا ركذا رجع في التفسير اليه لانه اقر بمهم وأكدته

بالتكرار فرجع اليه ، كما لو قال له على كذا ، وإن قال له على كذا كذا درهما
لزومه درهم ، لأنه فسر المبهم به ، وإن قال له على كذا وكذا ورجع في
التفسير اليه لأنه أقر مبهمين ، لأن العطف بالواو يقتضي أن يكون الثاني غير
الأول فصار كما لو قال له على شيء وشيء . وإن قال له على كذا وكذا درهم فقد
روى المزني فيه قولين (أحدهما) أنه يلزمه درهم (والثاني) يلزمه درهما . فن
أصحابنا من قال فيه قولان :

(أحدهما) أنه يلزمه درهما لأنه ذكر مبهمين ثم فسر بالدرهم فرجع الي
كل واحد منهما .

(والثاني) أنه يلزمه درهم لأنه يجوز أن يكون فسر المبهمين بالدرهم لكل
واحد منهما نصفاً فلا يلزمه ما زاد مع الاحتمال .

وقال أبو اسحاق وعامة أصحابنا : إذا قال كذا وكذا درهما بالنصب لزومه
درهما لأنه جعل الدرهم تفسيراً فرجع اليه كل واحد منهما ، وإن قال كذا
وكذا درهم بالرفع لزومه درهم لأنه يخرج عن المبهمين بأههما درهم ، وحمل القولين
على هذين الحالتين ؛ وقد نص الشافعي رحمه الله عليه في الأقرار والمواهب .

(فصل) وإن قال له على ألف رجوع في البيان اليه وبأى جنس من المال
فسره قبل منه . وإن فسره بأجناس قبل منه لأنه محتمل الجميع ؛ وإن قال له
على ألف ودرهم لزومه درهم ورجع في تفسير الألف اليه . وقال أبو ثور : يكون
الجميع دراهم ، وهذا خطأ لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس
المعطوف عليه ، لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه كما يعطف على جنسه ،
الآن ترى أنه يجوز أن يقول رأيت رجلاً وحملاً . كما يجوز أن يقول رأيت رجلاً
ورجلاً ، وإن قال له على مائة وخمسون درهما . أو له على ألف وعشرة دراهم
ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يلزمه خمسون درهماً وعشرة دراهم ويرجع في تفسير المائة
والألف اليه ، كما قلنا في قوله ألف ودرهم .

(والثاني) أنه يلزمه مائة درهم وخمسون درهماً أو ألف درهم وعشرة دراهم
والفرق بينهما وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكره .

الفسر وانما ذكره للايجاب ، ولهذا يجب به زيادة على الألف والدرهم المذكورة
بمسد الحسين والآلاف ذكرها لنفسه ، ولهذا لا يجب به زيادة على الحسين
والآلاف فجعل نفسه أولاً تقدم .

(فصل) وإذا قال لعلان على عشرة دراهم إلا درهما لزمه تسعة لأن
الاستثناء لغة للعرب وعادة أهل اللسان ، وإن قال على عشرة إلا تسعة لزمه
ما بقي لأن استثناء الألف أكبر من الجملة لغة العرب ، والدليل عليه قوله عز وجل
(قال فيعزتك لا تخونهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) ثم قال عز وجل
(إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى الغاوين
من العباد وإن كانوا أكثر .

وإن قال له على عشرة إلا عشرة لزمه عشرة لأن ما يرفع الجملة لا يعرف
في الاستثناء فسقط وبقى المستثنى منه وإن قال له على مائة درهم إلا ثوباً
وقيمة الثوب دون المائة لزمه الباقي ، لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه
لغة العرب ، والدليل عليه قوله تعالى (فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس)
فاستثنى إبليس من الملائكة وليس منهم قال الضاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليمافه وإلا العيس

فاستثنى اليمافه والعيس من الأنيس ، وإن لم يكن منهم ، وإن قال له على
ألف إلا درهماً ثم نسر الألف بجنس قيمته أكثر من درهم سقط الدرهم ولزمه
الباقي ، وإن فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يلزمه الجنس الذي فسره به الألف ويسقط الاستثناء لأنه
استثناء يرفع جميع ما أقر به فسقط وبقى المقر به ، قالوا قال له على عشرة دراهم
إلا عشرة دراهم .

(والثاني) أنه يطالب بنفسه الألف بجنس قيمته أكثر من درهم لأنه فسره
إقرار المبهم بتفسير باطل ، فسقط التفسير لبطالته . وبقى الإقرار بالمبهم
فلزمه نفسه .

اللغة قوله (على شئ) أنكر السكرات شئ لأنه يجمع المعرفة والسكرات
والمذكر والمؤنث والموجود والمفقود ، فهو أحق الكلام في التفسير

قوله (ستة دوانق) جمع دائق وهو سدس الدرهم ، يقال دائق ودائق بفتح
النون وكسرها ، وربما قاورا دائقا قاورا الدرهم درهما

قوله (الدرهم البغلي) وزنه ثمانية دوانق ، والدائق منه أربعة فراريط مقببة
بالدرهم الذي يكون في يد البعل ، والدرهم البغلي والشميل كثيران ، وقال بعض
المشايخ لعله أن يكون نسب إلى بفلان بلد يبلخ كأنسب إلى البحرين ، يقال فيه
بحرى على الصحيح .

قوله (فإن فسره بدراهم مزيفة) أى رديئة . قال ابن القوطية رافت الدراهم
تزييف زيفا بارت . ولعله لرداءتها ودرهم زيف وزاهم والجمع زيف مثل
ناقص ونقص إذا لم تجز بأن تكون رصاصا أو نحاسا مضوشا وزيفتها أنا .
قوله (بدراهم مفضوشة) مأخوذ من الفش بالكسر وهو ضد النصيحة ، وقيل
مأخوذ من العفش وهو المغرب الكدر ، قاله ابن الأنباري

قوله (وفسرها بسكة) السكة الحديدية المنقوشة التي يطبع عليها أى يضرب
وجمها سبك . قوله (وان قال على كذا وكذا) هو اسم صميم الكاف للتشبيه
وذا اسم إشارة تقول فعلك كذا . قد تجرى مجرى كم فتتصب ما بعده على التمييز
ويقول عندي له كذا وكذا درهما لأنه كالكتابة .

قوله (الاستثناء) مأخوذ من الثني وهو الكف والرد ، يقال حاف يميننا
لا ثني فيها ولا مشنوية . وقيل انه مأخوذ من أثناء الجبل وهي أعطافه كانه
رجوع عن الشئ . والمعطاف الى غيره

قوله (وعادة أهل اللسان) أى أهل الفصاحة ، واللسن بالتحريك الفصاحة
وقد لسن بالكسر فهو لسن وألسن ، وقوله في بيت الشعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليماني والالميس

أى رب بلدة ، الوار بمعنى رب واليماني جمع يعفور وهو ولد الظبية وولد البقرة
الوحشية ، وقال بعضهم اليماني تيموس الظباء والعيس الأبل البيض واحدها

أعيس والائى عيساء بيته العيس ، وهو استثناء منقطع ، معناه الذى يقوم . قام
الائيس اليمالير والعيس

قوله (اذا قال لفلان على شىء . طوب بالتفسير) قالت الحنابلة ، اذا
قال له على شىء . وشىء . أو كذا وكذا صح اقراره وقيل له فسر ويلزمه تفسيره ،
قال فى الشرح بغير خلاف ، فإن أبى حبس حتى يفسر لأنه امتنع من حق عليه
حبس . كما لو عينه وامتنع من أدائه .

وقال القاضى : اذا امتنع من البهان قيل للمقر له فسر . أنت ، ثم يسأل المقر
فإن صدقه ثبت عليه وإن أبى جعل ناكلا وقضى عليه ، قاله فى الكافى ، وقيل
تفسيره بأقل متمول لأنه شىء . فإن مات قبل التفسير لم يؤخذ وإرثه بغيره .
ولو خلف تركة .

ولو قال له على مال عظيم أو خطير أو كثير أو جاهل أو فقير فسر بأقل متمول
لأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى مادونه ، ويحتمل أنه أراد عظمة
هذه لغة ماله وفقر نفسه ، ولأنه لا حد له شرعا ولا لغة ولا عرفاً ، ويختلف
الناس فيه فقد يكون عظيماً عند بعض فقيراً عند غيره . وله دراهم كثيرة قبل
تفسيره بثلاثة دراهم فأكثر أو له على كذا وكذا درهم بالرفع أو بالنصب لزمه
درهم . وإن قال بالجزم لزمه بعض درهم ، ولو قال له على ألف ودرهم أو
ألف ودينار أو ألف وثوب أو ألف إلا دينار كان المبهم فى هذه الامثلة ونحوها
من جلس المعين .

وإذا قال له ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية ، ومن درهم الى عشرة لزمه
تسعة أو ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة ، وإذا قال له درهم قبله درهم
وبعد درهم أو درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة ، وكذا درهم درهم درهم
فإذا أراد التاكيد فعل ما أراد أو له درهم بل دينار لزمه أو له درهم فى دينار لزمه درهم
فإن قال أردت المظن أو معنى مع لزمه ، وإذا قال له درهم فى عشرة
لزمه درهم ما لم يخالفه عرف فيلزمه مقتضاه ، أو يريد الحساب ولو جاهلاً
فيلزمه عشرة أو يريد الجمع فيلزمه أحد عشر ، أو له ثمر فى جراب أو سكن

في قراب أو ثوب في مندبل ليس بإقرار بالثاني ، أو له خاتم في فص أو سيف
بقراب اقرارهما ، لأن الفص جزء من الخاتم ، أشبه ما لو قال ثوب في علم ،
واقاراه بشجرة ليس اقراراً بأرضها فلا يملك حرر مكابها لو ذهبت ، لأنه
غير مالك للأرض .

قال في الفروع : ورواية مهنا هي له بأصلها ، فإن ماتت أو سقطت لم يكن
له موضعها ولا أجرة على ربيها ما بقيت وليس لرب الأرض قلعها أو حرثها للقر له
والبيع مثله ، وإذا قال له على درهم أو دينار يلزمه أحدهما وبينه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحداً طوبى بالتميين لأنه ثبت
بقوله فرجع في بيانه اليه ، فإن ماتوا الا واحداً منهم فقال الذي بقي هو المستثنى
ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقبل لأنه يرفع به الاقرار فلم يقبل ، كما لو استثنى
الجميع بقوله (والثاني) وهو المذهب أنه يقبل لأنه يحتمل أن يكون هو للمستثنى
فقبل قوله فيه ، ويخالف إذا استثنى الجميع بقوله لأنه رفع المقر به بقوله ومهنا
لم يرفع بالاستثناء الا واحداً وإنما سقط في الباقي بالموت فصار كما لو أعتق
واحداً منهم ثم ماتوا الا واحداً . وان قفل الجميع الا واحداً فقال الذي بقي هو
المستثنى قبل وجهاً واحداً ، لأنه لا يسقط حكم الاقرار ، لأن المقر له يستحق
قيمة المقتولين . وان قال فصبت من فلان هؤلاء العبيد الا واحداً معهم ثم ماتوا
الا واحداً منهم ، وقال المستثنى هو الذي بقي قبل وجهاً واحداً لأنه لا يسقط
حكم الاقرار ، لأن المقر له هم يستحق قيمتهم بالموت .

(فصل) وان قال هذه الدار لفلان الا هذا البيت لم يدخل البيت في الاقرار
لأنه استثناء ، وان قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي قيل لأنه أخرج بعض
ما دخل في الاقرار بلفظ متصل وصار كما لو استثناء بلفظ الاستثناء .

(فصل) وان قال له هذه الدار هبة سكنى أو هبة عارية لم يكن اقراراً
بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله وبقي البهضر فصار كما لو أقر

بجملة واستثنى بعضها ، وله أن يئتمه من سكاها لأنها هبة منافع لم يتصل بها
القبض فجاز له الرجوع فيها

(الشرح) قوله ، وإن قال هؤلاء العبيد لفلان . . . قالت الشافعية في كتاب
الانوار لا أعمال الأثرار ، إن قال لفلان على ألف إلا ثوباً أو عبداً صح إذا
بين الثوب أو العبد بما لا يستغرق قيمته ألفاً ، فإن استغرقت بطل الاستثناء
ولزم الألف .

قالت الحنابلة في كتاب الفروع ، فإن قال له هؤلاء العبيد العشرة إلا واحداً
لزمه تسعة ، فإن ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى قبل في الأصح كقتلهم إلا
واحداً ، وإن قال له الدار إلا هذا البيت أو الدار له والبيضاى صح ولو كان
أكثرهما ، وإن قال إلا ثلثها ونحوه ، أو الدار له ولى نصفها فاستثناء
للأكثر والنصف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أقر لرجل بمال في ظرف بأن قال له عندي زيت في جرة
أو تبن في غرارة أو سيف في غمد أو فص في خاتم لزمه المال دون الظرف لأن
الإقرار لم يتناول الظرف ، ويجوز أن يكون المال في ظرف المقر ، وإن قال له
عندي جرة فيها زيت أو غرارة فيها تبن أو غمد فيه سيف أو خاتم عليه فص
لزمه الظرف دون ما فيه لأنه لم يقر إلا بالظرف ، ويجوز أن يكون ما فيه للمقر
وإن قال له عندي خاتم لزمه الخاتم والفص ، لأن اسم الخاتم يجمعهما ، وإن
قال له عندي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه . ومن أصحابنا من قال : إن كان
الطراز مركباً على الثوب بعد للنسج ففيه وجهان :

(أحدهما) ما ذكرناه (والثاني) أنه لا يدخل فيه لأنه متميز عنه ، وإن
قال له في بدي دار مفروشة لزمه الدار دون الفرش ، لأنه يجوز أن تكون
مفروشة بفرش المقر .

وإن قال له عندي فرس عليه سرج لزمه الفرس دون السرج ، وإن قال له

عندى عهد وعليه ثوب لزمه تسليم العبد والثوب ، والفرق بينهما أن العبد له يد
على الثوب وما في يد العبد لمولاه ، والفرس لا يد له على السرج
(فصل) وان قال لفلان على ألف درهم ثم أحضر الفأ وقال هي التي
أقررت بها وهي ودبعة ، فقال المقر له هذه ودبعة لي عنده والالف التي أقر بها
دين لي عليه غير الودبعة ففيه قولان :

(أحدهما) أنه لا يقبل قوله لأن قوله على اخبار عن حق واجب عليه فإذا
فسر بالودبعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل
(والثاني) أنه يقبل لأن الودبعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها إذا تلفت
وان قال له على ألف في ذمتي ، ثم فسر ذلك بالالف التي هي ودبعة عنده وقال
المقر له بل هي دين لي في ذمته غير الودبعة ، فإن قلنا في التي قبلها أنه لا يقبل
قوله فيها فمهمنا أولى أن لا يقبل ، وان قلنا يقبل هناك قوله ففي هذه وجهان :
(أحدهما) أنه لا يقبل وهو الصحيح ، لأن الالف التي أقر بها في الذمة والمعين
لا تثبت في الذمة .

(والثاني) أنه يقبل لأنه لا يمتثل أنها في ذمتي لأنني تعدت فيها فيجب ضمانها
في ذمتي ، وان قال له على ألف ثم قال هي ودبعة كانت عندى وظنفت أنها باقية
وقد هلكت لم يقبل قوله لأن الاقرار يقتضى وجوب ردها أو ضمانها والمالك
لا يجب ردها ولا ضمانها فلم يصح تفسير الاقرار بها .

(فصل) وان قال له على ألف درهم ودبعة ديناً لزمه الاثاب ، لأن
الودبعة قد تعدى فيها فتصير ديناً ، وان قال له على ألف درهم طارية لزمه
ضمانها لأن اعادة الدراهم تصح في أحد الوجهين فيجب ضمانها ، وفي الوجه
الثاني لا تصح اثارها فيجب ضمانها لأن ماوجب ضمانه في العقد الصحيح وجب
ضمانه في العقد الفاسد .

الذمة : قوله (فص في خاتم) بفتح الفاء والعامية تكسره والجمع فصوص ،
وفي الخاتم ثلاث لغات : خاتم بالفتح : وخاتم بالكسر ، وخاتم ، ومنهم من
زاد لفة رابعة فقال خيتام .

قوله (ثوب مطرز) أى معلم والطراز علم الثوب فارسي معرب وقد طرزت
الثوب فهو مطرز والطراز الهيئة قال حسان :

بيض الوجوه كريمة أحسابهم شم الأنوف من الطراز الأول
أى من النمط الأول

قوله (وان أقر لرجل بمال في ظرف ...) قالت الشافعية في الأنوار لأعمال
الأبرار ، ولو قال لفلان من هذه النخلة الى هذه النخلة دخلت الأولى في الاقرار
ولو قال عندى سيف في فهد أو ثوب في صندوق لم يكن إقرار بالظرف ، ولو
قال فهد فيه سيف أو صندوق فيه ثوب لم يكن إقرار بالظرف ، ولو قال هبد
على رأسه حمامة لم يكن إقرار بالعمامة ، ولو قال دابة بسرجهما أو ثوب مطرز
أو سفينة بحملها أو عيد بثيابه فهو إقرار بهما ، ولو قال هذه الجارية أو الدابة
لفلان لم يدخل الحمل . ولو قال هذه الشجرة لفلان لم تدخل الثمرة مؤبرة أو
غيرها ، قال القفال وغيره والضابط أن ما يدخل تحت مطلق البيع يدخل تحت
الاقرار وما لا فلا إلا الثمرة المؤبرة والحمل والجدار .

قال الحنفيون : الاقرار بالظرف أو المظروف إقرار بهما إذا كان ذلك مما
يجوز في الظرف غالبا ، كالتمر في الجراب والزيت في الجرة بخلاف الفرس في
الاصطبل وقائوا : ولو أقر إنسان لاسنان بدار واستثنى بناءها لنفسه
فلاستثناء باطل ، لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة
في اللغة ، وإنما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جلس المستثنى منه
فلم يصح الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له ، لأنه ان لم يكن له اسما عاما
لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن ، كمن أقر لغهده مخاتم كان له الحلقة
والفص ، لأنه اسم عام ، بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة
والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن ، وكذا من أقر بسيف لغهده كان له
النصل والجنف والحامل .

قالت الحنابلة : وان قال له عندى تمر في جراب أو سيف في قراب أو ثوب
في مندبل أو جراب فيه تمر أو قراب فيه سيف أو مندبل فيه ثوب أو فص فيه

خاتم أو دابة مسرجة أو عليها سرج ، أو عبء عليه حمامة أو بالمكس ، فقبل مقر بالثاني كالاول . وكسيف بقراب وثوب مطرز ونحوه ، وقيل لا .
 وقال ابن حامد والقاضي وأصحابه : الاصح أنه يكون مقراً بالظروف دون ظرفه . وقال ابن عبدوس : إذا قال ذلك يكون مقراً بالاول والثاني الا اذا حلف ما قصده ، وان قال خاتم فيه فص فقبل الوجهان والاشهر لزومها لانه جزؤه فلو أطلق لزماه . وقال الشيخ الموفق يحتمل أن يخرج على الوجهين ، وحكم في الكافي والرعاية في المسألة وجهين :

قوله (وان قال لفلان على ألف درهم ...)

قالت للشافعية : ولو قال لفلان على ألف أو لفلان في ذمى ألف فهو اقرار بالدين ، ولو قال عندي أو معي فهو اقرار بالعين . فلو قال انه ودبعة قبل في صورتين ، وصل ذكر الدبعة أو فصل ، ولو ادعى الرد أو التلف قبل في العين مطلقاً وفي الدين ان وصل وان فصل ، فإن ادعى أنه رد أو تلف قبل الاقرار لم يقبل ولزمه الضمان وبعد الاقرار قبل يمينه ، ولو أتى به وقال المقر له هو ودبعة لي وعليك ألف آخر صدق المقر بيمينه ، وتأخر في الروضة وقال في اول ركن الصيغة .

ومعنى قوله اقرار بالعين أنه محمول على الدبعة ويقبل دعوى الرد والتلف ومعنى قوله اقرار بالدين أنه لا تقبل دعوى الدبعة والرد والتلف . وذكر هنا أنه يقبل بالدبعة وفي الرد والتلف تفصيل سمعت .

ولو قال له على ألف في ذمى أو ألف ديناً ثم جاء بألف وفسر بالدبعة لم يقبل والقول للمقر له بيمينه ولزمه ألف آخر ، ولو قال دفع فلان الى ألفاً أو أخذت منه ألفاً وفسره بالدبعة أو المضاربة وادعى التالف أو الرد قبل يمينه .

قالت الحنابلة : وان قال له عندي رهن قبل قول المالك أنه ودبعة نقل أحمد بن سعيد : اذا قال لي عندك ودبعة قال هي رهن على كذا فمليه البيئته أما رهن . وذكر الاجمعي نخرجاً : من كان له على وقضيته ، وان قال له عندي ألفاً قبل تفسيره بدين أو ودبعة ، وان قال على أو في ذمى ألف لم يقبل تفسيره

بوديمة ، وقيل على كمثل ، فإن زاد المتصل وقد تلفت لم يقبل ، ذكره القاضى وغيره بخلاف للفصل لأن إقراره تضمن الأمانة ولا مانع ، وإن أحضره وقال هو هذا وهو بوديمة ، فني قبول قول المقر له أن المقر به غيره وجهان ، أحدهما لا يقبل وهو قول الأزجى واختاره القاضى والثانى يقبل وهو الصحيح ، ومقتضى كلام الحرقي ولو قال له عندى مائة وديمة بشرط الضمان لغا وصفه لها بالضمان وبقيت على الأصل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال له في هذا العبد ألف درهم أو له من هذا العبد ألف درهم ثم قال أردت أنه وزن في ثمنه ألف درهم ووزنت أنا ألف درهم في صفقة واحدة كان ذلك إقراراً بنصفه ، وإن قال اشترى ثلثه أو ربهه بألف في عقد واشترى أنا الباقي بألف في عقد آخر قبل قوله لأن إقراره منهم ، وما فسره به محتمل والعبد في يده فقبل قوله فيه .

وإن قال جنى عليه العبد جناية أرضها ألف درهم قبل قوله وله أن يبيع العبد ويدفع إليه الأرض وله أن يفديه . وإن قال وصى له من ثمنه بألف درهم يبع ويدفع إليه من ثمنه ألف درهم ، فإن أراد أن يدفع إليه ألفاً من ماله لم يهر لأن بالرؤية يتعين حقه في ثمنه ، وإن قال للعبد مرهون عنده بألف فبها وجهان (أحدهما) أنه لا يقبل لأن حق المرهون في الذمة لا في العين (والثانى) وهو الصحيح أنه يقبل لأن المرهون متعلق حقه بالذمة والعين

(فصل) وإن قال له في ميراث أبى ألف درهم لزمه تسليم ألف إليه . وإن قال له في ميراثى من أبى ألف درهم ثم قال أردت هبة قبل منه لأنه أضاف الميراث الى نفسه فلا ينتقل ماله الى غيره الا من جهته ، وإن قال له في هذا المال ألف درهم لزمه . وإن قال له في مالى هذا ألف درهم لم يلزمه لأن ماله لا يصير لغيره بإقراره .

(فصل) وإذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه تسليم الألف لأن الأصل أنه لم يقبض المبيع فلا يلزمه تسليم ما في مقابلته ،

وإن قال له عليّ ألف درهم ثم قال بعد ذلك من أين مبيع لم أقبضه لم يقبل لأنه
لزمه الألف بإقراره فلم يقبل قوله في إسقاطه .

(فصل) وإن أقر بحق ووصله بما يسقطه بأن أقر بأه تكفل بتفسير أو مال
على أنه بالخيار أو أقر أن عليه اقلان ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو لفلان
عليه ألف درهم قضاها فقيه قولان :

(أحدهما) أنه يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به لأنه يسقط ما أقر به
فلا يقبل ، كالم قال له عليّ عشرة إلا عشرة .

(والثاني) أنه لا يلزمه الحق لأنه محتمل ما قاله فصار كالم قال له عليّ ألف
إلا خمسين ، وإن قال له عليّ ألف درهم مؤجلة فقيه طريقان ، من أصحابنا من
قال هي على القولين لأن للتأجيل كالتقضاء ، ومنهم من قال يقبل قولاً واحداً ،
لأن التأجيل لا يسقط الحق وإنما يؤخره ، فهو كاستئنا . بعض الجهة بخلاف
التقضاء فإنه يسقطه .

(فصل) وإن قال هذه الدار لزيد بل لعمرو أو قال حصبتها من زيد لا بل
من عمرو حكم بها لزيد لأنه أقر له بها ، ولا يقبل قوله لعمرو لأنه رجوع عن
الإقرار لزيد ، وهل يلزمه أن يقرم قيمتها لعمرو فيه قولان :

(أحدهما) أنه لا يلزمه لأن المين فائمة فلا يستحق قيمتها

(والثاني) أنه يلزمه وهو الصحيح ، لأنه حال بيته وبين ماله فلزمه ضمها ،
كالم أخذ ماله ورعى به في البحر ، فإن قال فصبت هذا من أحد مدين الرجلين
طولب بالمتعين ، فإن عين أحدهما فإن قلنا إنه إذا أقر به لأحدهما بعد الآخر
غرم للثاني حلف لأنه إذا نكل غرم له ، وإن قلنا أنه لا يقرم للثاني لم يحلف
لأنه لا قائدة في تحليفه ، لأنه إذا نكل لم تقض عليه بشيء ، وإن كان في يده
دار فقال غصبتها من زيد وملكها لعمرو حكم بها لزيد لأنها في يده فقبل إقراره
بها ، ولا يقبل قوله إن ملكها لعمرو لأنه إقرار في حق غيره ولا يقرم لعمرو
شيئاً لأنه لم يكن منه تفريط لأنه يجوز أن يكون ملكها لعمرو وهي في يد زيد
بإجارة أو رهن أو غصبها منه فأقر بها على ما هي عليه . فاما إذا قال هذه الدار
ملكها لعمرو وغصبها من زيد فقيه وجهان :

(أحدهما) أنها كالمسألة قبلها ، إذ لا فرق بين أن يقدم ذكر الملك وبين أن يقدم ذكر الغصب .
(والثاني) أنها تسلّم إلى زيد وهل يغرم لعمرو ؟ على قولين ، كما لو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو .

اللمعة : قوله (مبهم) معنى المبهوم في الاقرار وغيره الذي خفي معناه ولم يعلم واستبهم الشيء خفي ، ومنه سميت البهيمة لاستعجابها ، والليل البهيم الذي يخفي ما فيه ، وأسود بهيم لا يباض فيه .

قوله (وان قال له في هذا العبد ألف درهم .)

قالت الحنابلة من باع أو وهب أو عتق عبداً ثم أقر به غيره لم يقبل اقراره لأنه اقرار على غيره ، وكذا لو ادعى بعد البيع ونحوه أن المبيع رهن أو أم ولد ونحوه مما يمنع صحة التصرف ويغرمه للدق له لأنه فوته عليه بتصرفه فيه . وان قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد لاقراره له به ولا يقبل رجوعه عنه لأنه حق آدمي ويغرم قيمته لعمرو أو ملكه لعمرو وغصبت من زيد فهو لزيد لاقراره باليد له ، ويغرم قيمته لعمرو لاقراره له بالملك ولو جرد الجهولة بالاقرار باليد لزيد وغصبت من زيد وملكه لعمرو فهو لزيد لاقراره باليد ولا يغرم لعمرو شيئاً لأنه إنما شهد له به أشبه ما لو شهد له بمال بيد غيره .

قوله (واذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع . . .)

قال الحنفية ، إذا أقر بألف ثمن عبداً اشتراه ولم يقبضه فهذا لا يخلو من أحد وجهين ، إما أن ذكر عبداً معيناً مشاراً إليه بأن قال ثمن هذا العبد ، وإما أن ذكر عبداً من غير تعيين بأن قال لفلان على ألف درهم ثمن عبداً اشتريته منه ولم يقبضه ، فإن ذكر عبداً بعينه فإن صدقه في البيع يقال للدق له أن شئت أن تأخذ الألف تسلّم العبد والأفلاشي . لك لأن المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادفهما ، والبيع يقتضى تسلبها .

وإن كذبه في البيع وقال ما بعث منك فبئنا والعبد عبدى ولى عليك ألف
درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له ، لأنه يدعى عليه البيع وهو ينكر ، ولا شيء له
على المقر من الثمن لأن المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع .
قال الامام في النهاية والترزالي في الوسيط والقشيري في الموضح : ولو باع
عينا وكتب الصك واشهد الشهود على قبض الثمن ثم قال ما كنت قبضت ولكن
جريت على العادة وأقررت وأشهدت لم تقبل هذه الدعوى
وقوله (وإن أقر بحق ووصه بما يسقطه . .)

قال يوسف الاردبيلي في الأنوار لأعمال الأبرار فقه شافعي : فلو قال لزيد
على ألف من ثمن خمر أو خنزير أو كلب أو بيع قاسد أو طمان بشرط الخيار
أو برادة الاصيل لم يقبل التناهي وصل أو فصل ويبيض إقراره فيعتبر أو له
ويبلغى آخره .

نعم لو صدقه المقر له على ذلك فلا شيء على المقر ، وإن كذبه وحلف لزمه
المقر به إلا أن يقيم بيته على التناهي فلا يلزم ، ولو قدم ذكر التناهي فقال لفلان
من ثمر الخمر أو يبيع قاسد على ألف لم يلزمه شيء . ولو قال لفلان على ألف
قضيته أو أقضته أو أراى منه لم يقبل للتخليف إلا بتأويل كإرادة كان ولزمه
إلا أن يقيم بيته على القضاء والاقباض والاداء والابراء .

ولو قال كان لفلان على ألف قضيته قبل مطلقاً للتخليف والبيته . ولو قال
له ألف من ثمن عبد لم أقضه قبل وثبت الألف ثمناً ، فلا يطالب قبل قبض
العبد ، ولو قال من ثمن عبد ثم قال موصولاً لم أقضه قبل أيضاً باليمين ولا يلزمه
الألف إلا أن يقيم المقر به البيته على القبض فيلزم . ولو قال ألف مؤجل الى
وقت كذا ، فإن ذكر الاجل موصولاً لم يقبل وموصولاً قبل الا اذا أسند الى
جهة لا تقبل التأجيل كالقرض

قال الحنفزيون : فإن ذكر عبداً بغير عينه فعليه الألف عند أبي حنيفة ولا
يصدق في عدم القبض ، سواء وصل أم فصل صدقه المقر له في البيع أو كذبه
وكان أبو يوسف - أولاً يقول ان وصل صدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال
يستل المقر له عن الجملة ، فإن صدقه فيها لكن كذبه في القبض كان القول قول

المقر - سواء رُضِل أم فصل ، وإن كذبه في البيع وادعى عليه ألفاً أخرى إن
 وصل بصدق وإن فصل لا يصدق ، وهو قول محمد
 قالت الحنابلة ، وإذا قال على من ثمن خمر ألفاً لم يلزمه لأنه أقر بثمن خمر
 وقدره بالألف ، وثمن الخمر لا يجب .

وإن قال له على ألفاً من ثمن خمر لزمه ، وكذا إن قال له على ألفاً من ثمن
 مبيع لم أقبضه أو ألفاً لا تلزمي أو مضاربة أو ودیعة تلفت وشرط على ضمانها
 ونحو ذلك ، لأن ما ذكر بعد قوله على ألفاً رفع لجميع ما أقر به فلا يقبل
 كاستنفاء الكل . وقالوا إذا فسره بكاتب مباح نفعه فهل يقبل أم لا ؟ أطلق
 الخلاف فيه (أحدهما) لا يقبل صححه في التصحيح ، وبه قطع للقاضي وصاحب
 الوجيز والأدبي في منتخبه (والوجه الثاني) يقبل تفسيره ، بذلك جزم
 ابن عيادوس وغيره .

(قلت) يحتمل أن يرجع في ذلك إلى القرأتين والموائد فإن ذلك على شيء .
 مثل أن يكون حادة بصيد ونحوه قبل وإلا فلا . والقول للردواي
 قوله (وإن قال هذه الدار لزيد بل لعمره ...)

قالت الحنفية : والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح (قلت) وبما
 سبق شرحه في هذا الباب من أقوال المذاهب الأخرى كاف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون
 منه ، فإن كان المقر به صغيراً أو مجنوناً ثبتت نسبه لأنه أقر له بحق فثبت ، كإلو
 أقر له بمال ، فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأفكر النسب لم يسقط النسب لأنه
 نسب حكم بثبوتيه فلم يسقط برده ؛ وإن كان المقر به بالغا طافلا لم يثبت إلا
 بتصديقه ، لأن له قولاً صحيحاً فاعتبر بتصديقه في الاقرار ، كإلو أقر له بمال ،
 وإن كان المقر به ميتاً فإن كان صغيراً أو مجنوناً ثبتت نسبه لأنه يقبل اقراره به
 إذا كان حياً فقبل إذا كان ميتاً ، وإن كان طافلاً بالغا فقبل وجهان
 (أحدهما) أنه لا يثبت لأن نسب البالغ لا يثبت إلا بتصديقه ، وذلك

ممدوم بعد الموت (والثاني) أنه يثبت وهو الصحيح ، لأنه ليس له قول فثبت
نسبه بالاقرار كالصبي والمجنون وإن أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الإقرار
وصدقه المقر له في الرجوع ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يسقط النسب ، وهو قول أبي علي الطهرى رحمه الله ، كما لو
أقر له بمال ثم رجع في الإقرار وصدقته المقر له في الرجوع .

(والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفراينى رحمه الله أنه لا يسقط ،
لأن النسب إذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه كالنسب الثابت بالفراش

(فصل) وإن مات رجل وخلف إبناً فأقر على أبيه بنسب فإن كان لا يرثه
بأن كان عبداً أو كافراً أو كافرأ والاب مسلم لم يقبل إقراره لأنه لا يقبل إقراره
عليه بالمسأل فلا يقبل إقراره عليه في النسب كالأجنبي ، وإن كان يرثه فأقر عليه
بنسب لو أقر به الأب لحقه ، فإن كان قد نفاه الأب لم يثبت لأنه يحمل عليه
نسباً حكم بطلانه ، وإن لم ينهه الأب ثبت النسب بإقراره ، لمساروت عائدة
رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة ، فقال سعد بن أبي وقاص أوصاني أخى
عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه ، وقال عبد بن
زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم :
الولد للفراش وللعاهر الحجر .

وإن مات وله إبنان فأقر أحدهما بنسب ابن وأنكر الآخر لم يثبت ، لأن
النسب لا يقيض ، فإذا لم يثبت في حق أحدهما لم يثبت في حق الآخر ولا
يشاركهما في الميراث لأن الميراث فرع على النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث
وإن أقر أحد الابنين بزوجة لآبيه وأنكر الآخر ففيه وجهان
(أحدهما) أنه لا يشارك بحصتها من حق المقر ، كما لا يشارك الابن إذا
اختلف الوارثان في نسبه .

(والثاني) أنها تشارك بحصتها من حق المقر لأن المقر له حقها من الإرث
لأن الزوجية زالت بالموت . وإن مات وخلف بنتاً فأقرت بنسب أخ لم يثبت
النسب لأنها لا ترث جميع المال ، فإن أقر معها الامام ففيه وجهان

(أحدهما) بأنه ثبت لأن الإمام نافذ الاقرار في مال بيت المال
 (والثاني) أنه لا يثبت لآه لا يملك المال بالارث وإنما يملكه المسلمون وهم
 لا يتعينون فلم يثبت للنسب .

وإن مات رجل وخلف ابنتين عاقلاً ومجنوناً فأقر العاقل بنسب ابن آخر لم
 يثبت النسب لأنه لم يوجد الاقرار من جميع الورثة ، فإن مات المجنون قبل
 الاقامة ، فإن كان له وارث غير الاخ المقر قام وارثه مقامه في الاقرار ، وإن لم
 يكن له وارث غيره ثبت النسب لأنه صار جميع الورثة ، فإن خلف الميت ابنتين
 فأقر أحدهما بنسب صغير وأنكر الآخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب ؟ فيه
 وجهان (أحدهما) أنه يثبت نسبه لأن المقر صار جميع الورثة (والثاني) أنه
 لا يثبت نسبه ، لأن تكذيب شريكه يبطل الحكم بنسبه فلم يثبت النسب ، كما لو
 أنكر الاب نسبه في حياته ثم أقر به للوارث

وإن مات رجل وخلف ابناً وارتناً فأقر بآخر بالغ عاقل وصدقه المقر
 له ثم أقر اماً ببن ثالث ثبت نسب الثالث ، فإن قال الثالث ان الثاني ليس بأخ
 لنا ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يسقط نسب الثاني لأن الثالث ثبت نسبه بإقرار الاول
 والثاني فلا يجوز أن يسقط نسب الاصل بالفرع
 (والثاني) أنه يسقط نسبه وهو الاظهر لأن الثالث صار ابناً فاعتبر لإقراره
 في ثبوت نسب الثاني .

وإن أقر الابن للوارث بأحوين في وقت واحد ، فصدق كل واحد منهما
 صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما ، وإن كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب
 واحد منهما ، وإن صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق
 دون المكذب . وإن أقر الابن للوارث بنسب أحد التوأمين ثبت نسبهما ، وإن
 أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب في نسبهما لأنهما لا يفرقان
 في النسب .

(فصل) وإن كان بين المقر وبين المقر به واحد وهو حر لم يثبت النسب

الا بتصديقه ، وان كان بينهما اثنان أو أكثر لم يثبت النسب الا بتصديق من
بينهما ، لأن النسب يتصل بالمقر من جهتهم فلا يثبت الا بتصديقهم

(فصل) وان كان المقر به لا يحجب المقر عن الميراث وورث معه ما برئته ،
كما اذا أقر به الموروث وان كان يحجب المقر مثل أن يموت الرجل ويخلفه أخا
فيقر الاخ بانه للموت ، أو يخلفه الميت أخا من أب فيقر بأخ من الاب والام
ثبت له النسب ولم يرث ، لاننا لو أئتمنا له الارث أدى ذلك الى اسقاط ارثه ،
لان تورثته يخرج المقر عن أن يكون وارثا ، واذا خرج عن أن يكون وارثا
بطل اقراره وسقط نسبه وميراثه فائتمنا النسب واسقطنا الارث

وقال أبو العباس : يرث المقر به ويحجب المقر ، لانه لو كان حجه يسقط
اقراره لانه اقرار من غير وارث لوجب أن لا يقبل اقرار ابن بانه آخر لانه
اقرار من بعض الورثة والنسب لا يثبت باقرار بعض الورثة ، وهذا خطأ
لانه انما يقبل اذا صدقه المقر به ليصير الاقرار من جميع الورثة

(فصل) وان وصى للربض بأبيه فقله ومات متق ولم يرث ، لان تورثته
يؤدي الى اسقاط ميراثه وعتقه ، لان عتقه في المرض وصية وتورثته بمنع من
الوصية ، والمنع من الوصية يوجب بطلان عتقه وارثه ، فثبت العتق وسقط
الارث ، وان أعتق موصرا جارية في مرضه ونزوجهما ومات من مرضه لم ترثه
لان تورثتها يبطل عتقها وميراثها ، لان العتق في المرض وصية والوصية للوارث
لا تصح ، واذا بطل العتق بطل النكاح ، واذا بطل النكاح سقط الارث فثبت
العتق وسقط الارث .

وان أعتق عبدين وصارا عدلين وادعى رجل على المعتق أن العبيدين له
وشهد العبدان بذلك تقبل شهادتهما ، لان قبول شهادتهما يؤدي الى ابطال الشهادة
لانه يبطل بها المعتق فإذا بطل المعتق بطلت الشهادة .

(فصل) وان مات رجل وخلفه أخاه فقدم رجل مجهول النسب وقال أنا
ابن الميت فاقول قول الاخ مع يمينه ، لان الاصل عدم النسب ، فإن نكل
وحلف المدعى ، فإن قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالاقرار لم
يرث كما لا يرث اذا أقر به ، وان قلنا انه كاليمينه ورث كما يرث اذا أقام البينة

(فصل) وإذا مات رجل ولا يعلم له وارث لجهاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع الدعوى حتى يبين سبب الارث لجواز أن يعتقد أنه وارث بسبب لا يورث به ، ولا يقبل قوله حتى يشهد له شاهدان من أهل الخبرة بحاله ، ويشهدان أنه وارثه ولا فعل له وارثا - سواء ، وبينان سبب الارث كما يبين المدعى ، فإذا شهدا على ما ذكرناه حكم به لأن الظاهر مع هذه الشهادة أنه لا وارث له غيره وإن لم يكونا من أهل الخبرة أو كانا من أهل الخبرة ولكنهما لم يقولوا ولا تعلم له وارثا سواء لظرفه فإن كان المشهود له ممن له فرض لا ينقص أعطى اليقين ، فيعطى الزوج زبعا عائلا والزوجة ثمنها عائلا ويعطى الأبوان كل واحد منهما سدسا عائلا وإن كان ممن ليس له فرض ، وهو من هذا الزوجين والأبوين ، تمت الحاكم الى البلاد التي دخلها الميت فإن لم يجدوا وارثا فوقف حتى تمضي مدة لو كان له وارث ظهر ، وإن لم يظهر غيره فإن كان الوارث ممن لا يحجب بحال كالأب والابن دفعت البركة كما إليها لأن البحث مع هذه الشهادة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ، ويستحب أن يؤخذ منه كميل بما يدفع إليه ، وإن كان المشهود له ممن يحجب كالجد والاخ والعم فقيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يدفع إليه إلا نصيبه لأنه يجوز أن يكون له وارث يحجبه فلم يدفع اليه أكثر منه .

(والثاني) وهو المذهب أنه يدفع اليه الجميع لأن البحث مع هذه البيينة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ، وهل يستحب أخذ الكفيل أو يجب ؟ فيه وجهان ، (أحدهما) أنه يستحب (والثاني) أنه واجب

(فصل) وإن كان لرجل أمتان ولكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة منهما ولا أقر المولى بوطء واحدة منهما ، فقال أحد هذين الولدين ابني من أمتي طوبى بالبيان ، فإن عين أحدهما لحقه نسبه وحكم بهريته ثم يسأل عن الاستيلاء فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر لا ولاء عليه لأنه لم يمسه رق وأمه أم ولد ، وإن قال استولدتها في نكاح عتق الولد بالملك وعليه للولاء لأنه مسه الرق وأمه مملوكة لأنها عتقت منه بمملوك وترق الامة الاخرى ورادها ، وإن ادعت

أنها هي التي استولدها فالقول قول المولى مع يمينه لأن الاصل عدم الاستيلاء وإن مات قبل البيان وله وارث يجوز ميراثه قام مقامه في البيان ، لأنه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره ، فإن لم يعلم الوارث جهة الاستيلاء ففيه وجهان : (أحدهما) أن الأمة لا نصير أم ولد لأن الاصل الرق فلا يزال بالاحتمال . (والثاني) وهو المنصوص أنها تكون أم ولد ، لأن الظاهر من ولده منها أنه استولدها في ملكه .

وإن لم يكن له وارث أو كان له وارث ولكنه لم يمين الولد عرض الولدان على الغاية ، فإن ألحقت به أحد الولدين ثبت نسبه ويكون الحكم فيه كالحكم فيه إذا هبته الوارث ، وإن لم تكن قافة أو كانت ولم تعرف أو ألحقت الولدين به سقط حكم النسب لتعذر معرفته ، وأفرغ بينهما تمييز العتق ، لأن القرعة لها مدخل في تمييز العتق ، فإن خرجت القرعة على أحدهما عتق ولا يحكم لواحد منهما بالارث لأنه لم يمين ، وهل يوقف مهاد ابن ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه يوقف ، وهو قول المزني رحمه الله ، لانا نتيقن أن أحدهما ابن وارث .

(والثاني) أنه لا يوقف ، لأن الشيء إنما يوقف إذا رجم انكشافه ، وهما لا يرمي انكشافه .

(فصل) وإن كان له أمة ولها ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر المولى بوطنها فقال أحد هؤلاء . وادى أخذ بالبيان فإن عين الأصغر ثبت نسبه وحرية ثم يسأل عن جهة الاستيلاء فإن قال استولدها في ملكي فالولد حر لا ولا . عليه والجارية أم ولد ، والولد الأكبر والأوسط مملوكان

وإن قال استولدها في نكاح ثم ملكها فقد عتق الولد بالملك وعليه الولد لأنه مسه الرق وأمه أمة فن الأكبر والأوسط مملوكان ، وإن عين الأوسط يمين نفسه وحرية ويسأل عن استيلاءه ، فإن قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل وأمه أم ولد ، وأما الأصغر فهو ابن أم ولد وثبت لها حرمة الاستيلاء ، وهل يعتق بمرته كأمه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه يعتق لأنه ولد أم ولده (والثاني) أنه عبد قن لا يعتق يعتق
 أمه لجواز أن يكون عبداً قنأ بأن أحبل أمه وهي مرهونة فثبت لها حرمة
 الاستيلاء فتباع على أحد القولين ، وإذا ملكها بعد ذلك صار أم ولده وولده
 الذي اشتراه معها عبداً قن فلا يعتق مع الاحتمال .

وإن قال استولدتها في نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاية لأنه مسه الرق
 وأم أمه قن والولدان الآخران مملوكان وإن عين الأكبر تعين نسبه وحرية
 وبسأل عن الاستيلاء فإن قال استولدتها في ملكي فهو حر الأصل وأم أم ولد
 والأوسط والأصغر على الوجهين .

وإن قال استولدتها في نكاح فالولد حر وعليه الولاية والأمة قن والأوسط
 والأصغر مملوكان وإن مات قبل البيان وخلعت إياها بغير المهرات قام مقامه في التعمين
 فإن عين كان الحكم فيه على ما ذكرناه في الموروث إذا عين ، وإن لم يكن له ابن
 أو كان له ولم يمين عرض على العاقبة ، فإن عينت العاقبة فإن الحكم على ما ذكرناه
 وإن لم تكن عاقبة أو كانت وأشكل عليها أقرع بينهم لتعيين الحرية لأنهم اتفقوا
 بالقرعة ، فإن خرجت على أحدهما حكم بحريته ولا يثبت النسب ، لأن القرعة
 لا يثبت بها النسب ، وأما الأمة فإنه يبحث عن جهة استيلائها ، فإن كانت في
 ملكة فهي أم ولده ، وإن كان في نكاح فهي أمه قن ، وإن لم يعرف فملى ما ذكرناه
 من الوجهين فلا يرث الابن الذي لم يتعين نسبه ، وهل يوقف له نصيب ابن أو
 يعطى الابن المعروف للنسب حقه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يوقف له ميراث ابن ، وهو قول للزنى رحمه الله

(والثاني) وهو المذهب أنه لا يوقف له شيء بل تدفع للتركة إلى المعروف

للنسب وقد بينا ذلك فيما تقدم .

(الشرح) حديث ، اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمنة . . .
 أخرجه البخاري في باب ، الرائد للفراش ، وانفقاً عليه من حديث . فيان ومالك
 في الموطأ وابن ماجه من حديث عاتقة ، وأورده ابن حجر في ترجمة سعد بن
 أبي وقاص في الإسابة والسخاوي في فتح المغيث .

اللغة : قوله . وابن وليدة أبي ، الوليدة الجارية قال حسان :

وتفسدو ولا يمدم لقف الحنظل

قوله ، الولد للفراش . أى لمالك الفراش ، وهو الزوج ، أو لمالك الأمة لأنه يفرشها بالحق ، وهذا من مختصر الكلام ، وهو على حذف مضاف كقوله تعالى (وأسأل القرية) أى أهل القرية . والفراش الوجة ، يقال افترش فلان فلانة إذا تزوجها ، ويقال لاسرة الرجل هي فراشه وإزاره ولحافه قوله ، وللعاهر الحجر . العاهر الزاني ، يقال عهر الرجل المرأة يعهر عهراً إذا أتاها بفجور ، والعهر الزنا ، وفي الحديث : اللهم أبدله بالعهر العفة ، ومعنى وللعاهر الحجر أى لا شيء له في نسب الولد وإنما يستحق الحجر الذى لا ينفع به . أو يرى بالحجر ويطرد ، وقول من قال إنه برجم الحد بالحجر ليس بشيء لأنه ليس كل زان يحجب رجمه ، وهذا كما قالوا في معنى له للراب أى لا شيء له . وروى أن أبا العبيد ولد له ولد وكان أهمى فأتاه الناس بهتونه به ، فأنى الجمان في جملتهم فوضع بين يديه حجراً ومضى ، فنكلم بذلك فقال : أتدرون ما أراد لعنه الله ؟ قالوا لا ، قال أراد قول النبي صلى الله عليه وسلم ، الولد للفراش وللعاهر الحجر .

قالق السافعية في الانوار ، الاقرار بالنسب قسمان ، الاول أن يلحقه بنفسه وله شروط :

- ١ - أن يكون الملحق رجلاً مكلفاً فلا يصح إقرار المرأة والعبي والمجنون ، خلية كانت أو ذات زوج ، ولو أقامت بينة لحق ، ولا يشترط الاسلام والحرية وإطلاق التصرف .
- ٢ - أن لا يكذبه الحس ، فلو كان في سن لا يتصور أن يكون ولداً للملحق لم يلحق وإن صدقه المقر .
- ٣ - أن لا يكذبه الحال فان جاءت امرأة من بلدة بعيدة ومعها طفل فالحقه رجل ماسافر قط الى بلدها ولا هي الى بلده لم يلحقه .
- ٤ - أن لا يكذبه الشرع ، فان كان المقر له مشهور بالنسب من غيره لم يلحق

صدقة أو كذبه . — أن لا يكذبه المقر له ان كان بالغا فان كذبه أو سكت لم يثبت نسبه الا بيينة فان لم تكن وحلف للقر له سقط نسبه وان نكل وحلف المقر ثبت ، ولو استلحق صغيرا ثبت نسبه ويتوارثان ، فان بلغ وكذب لم يدفع النسب ، والمجنون كالصغير ، ولو استلحق صغيرا أو بالغا بعد موته لحق ، سواء كان له مال أو لم يكن ، ولو قتل ثم استلحقه لحق وسقط للقصاص

٦ — أن لا يزاحمه غيره ، فان ادعى آخر نسبه أيضا لم يلحق به الا بتصديقه وتكذيب الآخر ان كان بالغا أو بيينة مع عجز الآخر عنها أو الحاق القائف وحده ان كان صغيراً ، والافرار بنسب الغير لا يكون إقرارا بنكاح أمه فلا يتوارث . ولو استلحق عهد الغير أو معتقه لم يلحق إلا بيينة ، صغيراً كان أو كبيراً وصدقة ، وإذا لحق بقر رقيقاً لمولاه ؛ ولو استلحق عبداً في يده فان لم يكن لغا قوله ، وان أمكن فان كان مجهول النسب لحقه ان كان صغيراً أو كبيراً وصدقه وعتق ورث ، وان كذبه لم يلحق وعتق ولا يرث ، ولو كانت له جارية خلية ذات ولد فقال هذا وادى من هذه لحقه ان أمكن ولا تصهر الجارية أم ولد له . ولو قال هذا وادى استولدها به في ملكي أو علفت به في ملكي أو هذا وادى منها وهي في ملكي منذ عشر سنين ، وكان الولد ابن سنة ثبت النسب وهي أم ولد قطعا . ولو كانت الامة مزوجة فالولد الزوج ولا أثر للحاق السيد ولو كانت فراشا للسيد لاقراره بوطئها لحقه الولد بالفراش ولا حاجة الى الاقرار ولا يعتبر الا الامكان ، ولا فرق في الاقرار بالاستيلاء بين الصحة والمرض .
القسم الثاني : أن يلحقه بغيره كهذا أخى أو عمى ، وبشرط فيه وراء ما تقدم من الشروط شرطان :

١ — أن يكون الملحق به ميتا ، فإدام حيا لم يكن لغيره الا الحاق ، وان كان مجنوناً في حياته وألحقه وارثه بعد موته لحقه

٢ — أن يصدر الاقرار من الوارث الجائر . للفرقة فلا يثبت بإقرار الاجانب ولا بإقرار القريب غير الاجانب ، ولا بإقرار القريب غير الوارث لتكفر أو رق أو قتل ، ولا بإقرار الوارث غير الجائر ، فلو مات وخلف ابنا واحداً فأقر بأخ ثبت ، فلو خلف بنين وبنات فلا بد من اتفاقهم ومن اتفاق الزوج أو

الزوجة والصغير والمجنون بعد البلوغ والافتقار لا الكافر والرقيق بعد الاسلام
والحرية ، ولو خلف بغير حائزة لكونها معتقة او غير حائزة ووافقها الامام لمحق
ولو أقر بالنسب من محجب المقر بان مات من أخ أو عم فأقر بابن اللبث لمحق
ولم يرث ، ولو أقر أحد الاثنين بأخ وأنكر الآخر لم يثبت إرثه في الظاهر ،
وعلى المقر أن يشركه بثلك ما يخصه إن كان صادقا ، والطريق أن يضرب أصل
المسألة على قول المنكر وهو إثنان في أصل المسألة على قول المقر وهو ثلاثة تبلغ
سنة ، ثلاثة منها للمنكر وثلاثة للمقر فيكون بينهما اثلاثاً

قال القاضى حسين في الفتاوى : ولو زوج الحاكم امرأة وجاء رجل وقال أنا
أبوها وكنت في البلد وصدفته ثبت النسب وبطل النكاح .
قال القفال في الفتاوى : ولو أتت الجارية المشتركة بان فقال أحد الشريكتين
هو ابني عتق عليه ، موسراً كان أو معسراً ، ولزومه غرم لصيب الآخر وتصيب
الجارية أم ولد له إن كان موسراً ونصيبه إن كان معسراً

وقال في الحاشية المسماة بالكثيرى ردأ عليه في مسألة بطلان الفكاح واعلم
أن بطلان النكاح مرجوح ، فكأنه تبع فيه الهوى والمعتمد الراجح صحته ، وإنما
يبطل بالبينة على ما يذهب . وفي حاشية الحاج ابراهيم في نفس الموضوع فيه نظر
والظاهر أن النكاح لا يبطل إلا أن يقيم بينة على الحضور

قالت الحنابلة : وإن أقر رجل أو امرأة بزوجة الآخر لمجده ثم صدقه صح
قال القاضى وغيره نحل له بنكاح جديد ، وإن لم يصدقه إلا بعد موت المقر صح
وورثه ويتخرج من مسألة الوارث بعدما لا أرث ، فإن كذبه في حياته فوجهان
(أحدهما) لا يصح تصديقه ولا يرثه ؛ جزم به في الوجيز (والثاني) يصح
ويرثه ، وهو ظاهر الكلام في المقنع ، وفي الروضة الصحة قول أصحابنا وقال
شيخنا فبمن أنكر الزوجية فأبرأته فأقر بها لها طلبه بحقها ، وإن أقر بزوجة أو
مولى أعفقه فصدقه وأمكن ولم يدفع به نسب غيره قبل ، ولو أسقط وارثه ،
وكذا بولد ولا يمتنع تصديقه مع صغر وجنون وإلا اعتد ، وقيل لا يرثه إن
كان ميتاً للنهمة ، وقيل ولا يثبت نسبه إن كان كبيراً طافلاً ميتاً ، وفي إقرار
امرأة مزوجة بولد روايتان

(أحدهما) يلحقها وهو الصحيح من المذهب (والثانية) لا يلحقها وان
أقر بأب فقولك وفي الوسيعة ان قال عن بالغ هو ابن أو أبي فسكت المدعى
عليه ثبت نسبه في ظاهر قوله ، ولا يعتبر في تصديق أحدهما بالآخر ، فيشهد
الشاهد بنفسهما بدونه

نقل أحمد بن سعيد : النسب بأولاد ثبت بإقرار الرجل به أنه ابنه فلا ينكر
أو بولد على فراشه أو يدخل على أهله وولده وحرمة . ومن ثبت نسبه فادعت
أمه بعد موت المقر زوجته لم يثبت ، وكذا دعوى أخته البتوة . ومن نسبه
معروف فأقر بغير الأربعة المذكورين كإبن ابن وجد وأخ وعم لم يصح ، وان
أقر بمجهول نسبه ولا ولاء عليه بلسب وارث حتى باخ أو عم فصدقه وأمكن قبل
ومع الولاء يقبل ان صدقه مولاه وينخرج أو لا واختاره شيخنا وقافا
لأبي حنيفة ، ومن أقر بالرق وكان تصرف بنكاح وغيره ، ومن عنده أمة له
منها أولاد فأقر بها لرجل قبل إقراره على الأمة لا على أولادها نقله
ابن مقبش .

قال الحنفيون : وأما الإقرار بالنسب فهو الإقرار بالوارث وهو نوعان :
(أحدهما) إقرار الرجل بوارث (والثاني) إقرار الوارث بوارثه ويتعلق بكل
واحد منهما حكان ، حكم النسب وحكم الميراث . أما الإقرار بوارث فلصحته
في حق ثبات النسب شرائط . منها أن يكون المقر به محتتمل الثبوت لأن الإقرار
إخبار عن كائن ، فإذا استحال كونه فلا أخبار عن كائن يكون كذبا محضا .
ومنها أن لا يكون المقر بنسبه معروف بالنسب من غيره ، فإن كان لم يصح لأنه
إذا ثبت نسبه من غيره لا يحمثل ثبوته له بعمه .

ومنها تصديق المقر بنفسه إذا كان في يد نفسه لأن إقراره يتضمن إبطال
يده فلا يبطل الا برضاه .

ومنها أن يكون في حمل النسب على الغير ، سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه
لأن إقرار الانسان بحجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى
والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيها يطلع عليه الرجال ، وهو من

باب حقوق المباد غير مقبولة ، والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره
 لاقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة ، وكل ذلك لا يقبل الا بحجة
 وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر : اولاد والزوج والمولى ،
 ويجوز اقرار المرأة بأربعة نفر الولدين والزوج والمولى ، ولا يجوز بالولد لانه
 ليس في الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره . اما الاقرار بالولاء
 مظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد . وكذلك الاقرار بالزوجة ليس فيه
 حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد للتصديق لما ذكرنا ، ثم ان وجد للتصديق
 في حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فإن كان الاقرار من
 الزوج يصح تصديق المرأة ، سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع
 بأن أقر الرجل الزوجة فأتى ثم صدقته المرأة ، لأن النكاح يمتد بعد الموت من
 وجه بقاء بعض أحكامه في العدة فكان محتملا للتصديق

وان كان الاقرار بالزوجة من المرأة فصدقها الزوج بعد موتها لا يصح
 عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصح

وأما الاقرار بالولد فلأنه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه
 فيكون اقراراً على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لا بد من التصديق اذا كان في
 يد نفسه لما قلنا ، وسواء وجدته في حال حياته أو بعد وفاته ، لأن النسب
 لا يبطل بالموت فيجوز للتصديق في الحالتين جميعاً وكذلك الاقرار بالوالدين
 ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقراراً على نفسه لا على غيره فيقبل
 وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا الا الولد لأن فيه حمل نسب غيره على
 غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة
 على الولادة بخلاف الرجل لأن فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار
 بغير هؤلاء من العم والاخ غيره على غيره وهو الاب والجد

وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث بشرط له ما يشترط للاقرار
 به في حق ثبات النسب ، وهو ما ذكرنا ، الا شرط حمل النسب على الغير ، فإن
 الاقرار بنسب بحمله المقر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب أصلاً ويصح

في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلاً ويكون ميراثه له لأن
 تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن ، فإن لم يمكن في حق ثبات النسب
 لفقد شرط الصحة أمكن في حق الميراث وأن ثمة وارث قريباً كان أو بعيداً
 لا يصح إقراره أصلاً ولا شيء له في الميراث بأن أقر أخ وله عمة أو خالة فيرثه
 لعمته أو خالته ولا شيء للقر له لأبهما وارثان ببقين فكان حقهما ثابتاً ببقين
 فلا يجوز إبطاله بالصرف إلى غيرهما .

وكذلك إذا أقر بأخ أو ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا
 شيء للقر له ، لأن الولاء من أسباب الإرث

وأما الإقرار وارثاً فالإكلام فيه في موضعين : أحدهما في حق ثبات النسب
 والثاني في حق الميراث

أما الأول فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين ، أما إن كان الوارث واحد
 وأما إن كان أكثر من واحد بأن مات رجل وترك ابناً فأقر بأخ هل يثبت نصيبه
 من الميت ؟ اختلف فيه ، قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب بإقرار وارث
 واحد ، وقال أبو يوسف يثبت ، وبه أخذ الشكرخي رحمه الله ، وإن كان أكثر
 من واحد بأن كان رجلين ، أو رجلاً وامرأتين فصاعداً ، يثبت النسب
 بإقرارهم بالاجماع .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات رجل وخط ابنين فأقر أحدهما على أبيه بدين وأنكر
 الآخر ، نظرت فإن كان المقر عدلاً جاز أن يقضى بشهادته مع شاهد آخر أو مع
 امرأتين أو مع بين المدعى ، وإن لم يكن عدلاً حلف المنكر ولم يلزمه شيء .
 وأما المقر ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يلزمه جميع الدين في حصته لأن الدين قد يتعلق ببعض الفرقة
 إذا ملك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب فضاؤه من حصة المقر

والقول الثاني وهو الصحيح أنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته ، لأنه

لو لزمه بالاقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا واقه أعلم

(الشرح) قوله : وإن مات رجل وخلف ابنين . . .

قال يوسف الأردبيلي في الأنوار ، ولو أقر بعض الورثة على الميت بدين وأفكر بعضهم فلا يلزم المقر إلا بقسط نصيبه من العركة . كما لو أقر أحد المالكين بحضرة العهد المشترك . فإن كان نصيبه من الميراث يلزمه نصف الدين ، وإن كان الربع فالربع ، ولو مات المنكر ووارثه المقر لزمه الآن كل الدين ، ولو شهد المقر على المورث ، وهو عدل قبلت ، سواء شهد قبل الاقرار أو بعده ، ولو لم يكن للميت تركة لم يلزم الوارث قضاء الدين ، ولو أقر صاحب الدين المورس أو المعسر صح وبرى ، ولو أقر الوارث لم يصح ولم يبرأ الميت ، ولو أقر أجنبي بدين على الميت ثم وقعت تركته في يده أمر بصرفها إلى ذلك الدين ، ولو ادعى على ابن ميت أن بعض أعيان العركة ملكه فصدقه أحدهما ، فإن كان قبل فسخة العركة سلم النصف إليه في الحال ، وإن كان بعدها فإن كانت المدعاة في يد المصدق سلم ولا شيء على المكذب ، وإن كانت في يد الآخر فعلى المصدق نصف القيمة ولا شيء على الآخر ودعوى للمين لا تسمع الا على من هم في يده . ولو شهد على الآخر سمعت وغرم نصف قيمة العهد المشهود عليه

ولو أقر رجل على ولده أو أخيه بدين أو جناية لم يقبل ، ولو أقر على عبده بما يوجب عقوبة من قصاص أو حد قذف أو شرب لم يقبل ، وبما يوجب مالا قبل ولم يقبل بدين المعاملة والقرض .

قال صاحب التهذيب في كتابه التعليق : ولو قال الدار التي تركها أبي لفلان بل لفلان سلمت الى الأول ولا يغرم للثاني ، ولو قال العمير الفلانية تركة فلان لم يكن إقراراً بالملك لفلان ولو لوارثه ويكون إقراراً بالبد

قالت الحنابلة ، وإن أقر ورثة بدين على موروثهم فمضوه من العركة ، وإن أقر بعضهم بلا شهادة فيقدر إرثه . إن ورث النصف فنصف الدين كإقراره بوصية لا كل إرثه .

وفي التبصرة إن أقر منهم عدلان أو عدل وبمين ثبت ، وإن خلف وارثاً واحداً لا يرث كل لئال كسفت وأخت فأقر بما يستفرق التركة أخذ رب الدين كل ما بيدها ويقدم ما ثبت بإقرار الميت وقبل ما ثبت بإقرار ورثته ، ويحتمل التسمية ، وذكره الأزهري وجهاً ويقدم ما ثبت بيئته ، وقد أجملت لك ما قاله المالكية هكذا :

الإقرار إذا كان بيناً فلا خلاف في وجوب الحكم به ، وإن النظر فيمن يجوز إقراره ممن لا يجوز ، وأما إذا كان الإقرار محتملاً وقع الخلاف ولا يصح الإقرار إلا من مكاف مختار ، ولو صار لا يلفظ أو كتابة لا بإشارة إلا من أحرص ، لكن لو أقر صغير أو قن أذن لهما في تهاة في قدر ما أذن لهما فيه صح ومن أكره ليقر بدينهم فأقر بدينار ، أو ليقر لزيد فأقر لعمرو صح ولزمه لأنه غير مكره ، وليس الإقرار بإنشاء تملك فيصح حتى مع إضافة الملك لنفسه ، ويصح إقرار المريض بمال لغير وارث ، حكاه ابن المنذر إجماعاً ، لأنه غير مهم في حقه ويكون من رأس المال كإقراره في صحته وبأخذ دين من غير وارث ، لا إن أقر لوارث إلا بيئته .

وقال مالك : يصح إذا لم ينهم إلا أن يقر لزوجته بغير مثلها فأقل فيصح في قول الجمهور إلا الشعبي ، والاعتبار يكون من أقر له وارثاً أو لا حال الإقرار لا الموت ، وإن كذب المقر له المقر بطل الإقرار وكان للمقر أن يتصرف فيما أقر به بما شاء ، وإن أقر رجل أو امرأة بزوجة الأخر فسكت صح وورثه بالزوجية لقيامها بينهما بالإقرار ، أو جرده ثم صدقه صح وورثه لحصول الإقرار لا أن يفتي على تكذيبه حتى مات

ومن ادعى عليه بدينار فقال إن شهد به زيد فهو صادق لم يكن مقراً ؛ ومن باع أو وهب أو عتق عبداً ثم أقر به لغيره لم يقبل ويغرمه للمقر له ؛ ومن خلف ابنين وماتتني فادعى شخص مائة دينار على الميت فصدقه أحدهما وأنكر الآخر لزم المقر نصفها إلا أن يكون عدلاً ويشهد ويحلف معه المدعى فإخذها

وتكون الباقية بين الاثنين ، وبحكم بإسلام من أقر بالعهادتين ولو بميزا ، لأن
علياً رضى الله عنه أسلم وهو ابن ثمان سنين
وقال البخارى : وكان ابن عباس مع أمه من المستضعفين ولم يكن مع أبيه
على دين قومه ، وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه عرض الإسلام على ابن
صياد صغيراً متفق عليه .

قال ابن رشد في بداية المجتهد : ولا خلاف بينهم أن الاقرار مرة واحدة
عامل في المال ، وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فمن قبل احتمال اللفظ
وقال ابن حزم في المحلى ، وصح بنص كلام رسول الله واعلامه أمته أيام
بأحسن ما عليه ربه تعالى أن من أصاب حداً فستره الله عليه فإن أمره إلى الله
تعالى ان شاء عذبه وان شاء غفر له ، وأن من أقر وأقيم عليه الحد فقد سقط
عنه ذلك الذنب وكفره الله تعالى عنه .

وبالضرورة ندري أن يقين المغفرة أفضل من التمزير في امكانها أو عذاب
الآخرة ، وأين عذاب الدنيا كلها من خمسة في النار . نعم وبالله منها ، فكيف
بأكثر من ذلك ،

وهالك ملخصاً ومبجراً عن الاقرار :

تعريفه : الاقرار هو أن يعترف المرء بشيء في ذمته لنفسه ، كان يقول
ان لزيد عندي ألف درهم مثلاً أو مناطاً أو داراً أو ضياعاً
من يقبل : من العاقل البالغ ولا يقبل من المجنون أو الصبي أو المكره لقوله
صلى الله عليه وسلم ، رفع القلم عن ثلاثة . . . الحديث ، إلا أن الحرار الصبي
إذا كان بميزاً ومأذوناً له في التصرف صح ، فإن كان غير مبرز أو محجور
عليه فلا يصح

حكمه : اللزوم فن أقر بشيء لزمه لقوله صلى الله عليه وسلم ، فإن
اعترفت قارحها ،

بعض أحكام الاقرار :

(١) اعتراف المفسس أو المحجور عليه في الدنون المالية لا يلزم لانتهاج

الفلس محمد الغرما ، ولأن المجهور عليه إذا قبل إقراره أصبح وكأنه لم يجر
عليه ويبقى بدميتها بما أقر به فيسد دانه بعد زوال المانع

(تم كتاب المجموع والحمد لله رب العالمين)

(فهرس لجميع الأجزاء)

من المعلوم أن كتاب المجموع شرح المهذب موسوعة فقهية جامعة ، ويعتبر من أكبر المراجع ، وقد وصلت أجزاءه إلى /عشرين جزءاً ، وقد يحتاج القارئ إلى مراجعة أحد الأبواب ، ولا بدري في أي جزء هو ، فيضطر إلى مراجعة فهارس عدة أجزاء حتى يعثر على طلبته ، فأردنا بهذا القصر الجامع أن نوفر عليه وقته ، ونبين ما في كل جزء من الأبواب ، فإذا وجد الباب المطلوب عرف في أي جزء هو فارجع إلى فهرسه

(محتويات الجزء الأول)

كتاب الطهارة . باب ما يهوز به الطهارة . باب ما يفسد الماء من الطهارات وما لا يفسده . باب ما يفسد الماء من النجاسة وما لا يفسده . باب ما يفسد الماء من الاستعمال وما لا يفسده . باب الشك في نجاسة الماء والتحرى فيه . باب الآنية . باب السواك . باب نية الوضوء . باب صفة الوضوء . باب المسح على الخفين .

(الجزء الثاني)

باب الأحاديث التي تنقض الوضوء . باب الاستطابة . باب ما يوجب الغسل . باب صفة الغسل . باب التيمم . باب الحيض . باب إزالة النجاسة .

(الجزء الثالث)

باب مواليت الصلاة . باب الأذان والإقامة . باب طهارة البدن من النجاسة . باب إذا كان على بدنه نجاسة الخ . باب وأما طهارة الثوب . باب طهارة الموضع الذي يصلى فيه . باب ستر العورة . باب استقبال القبلة . باب صفة الصلاة . باب صلاة التطوع . باب سجود التلاوة .

(الجزء الرابع)

باب سجود السهو . باب الساعات التي هي آفة عن الصلاة فيها . باب صلاة الجماعة . باب صفة الأئمة . باب موقف الإمام والمأموم . باب صلاة المريض

باب صلاة المسافر . باب صلاة الخوف . باب ما يكره لبسه وما لا يكره

(الجزء الخامس)

باب صلاة الجمعة الخ . باب هيئة الجمعة والتكبير . باب صلاة العبيدين . باب

التكبير . باب صلاة الكسوف . باب صلاة الاستسقاء .

(كتاب الجنائز)

باب ما يفعل بالميت . غسل الميت . الكفن . الصلاة على الميت . حمل الجنازة

والدفن . كتاب الزكاة . صدقة المواشي . صدقة الابل . صدقة البقر . صدقة

الغنم . صدقة الخنازير . زكاة الفهار . زكاة الارواح الخ

(الجزء السادس)

باب زكاة الذهب والفضة . زكاة التجارة . زكاة المدن والركاز . زكاة الفطر

باب تعجيل الصدقة . قسم الصدقات . صدقة التطوع

(كتاب الصيام) باب صوم التطوع والايام التي نهى عن الصيام فيها .

(كتاب الاعتكاف)

(الجزء السابع)

(كتاب الحج) باب الاحرام وما يحرم فيه . ما يجب بمحظورات الاحرام

من الكفارة وغيرها .

(الجزء الثامن)

باب صفة الحج والعمرة . الفوات والاحصار . باب الهدى . باب الاضحية

باب العقرة . باب النذر .

(الجزء التاسع)

باب الاطعمة . باب الصيد والادبائح

(كتاب البيوع)

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز . باب ما نهى عنه من بيع الفروع وغيره

باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده . تفريق الصفقة الربا

(الجزء العاشر)

(فصل) ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض النخ . وأما المرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر النخ . وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب النخ (فصل) ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه النخ .

(الجزء الحادي عشر)

قال الشافعي رحمه الله : والكرفس إذا بيع . وإن باع شجراً غير النخل والكرفس . وإن باع أرضاً وفيها نبات لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بذر الصلاح إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة . إذا اشترى ثمرة على الشجر .

(الجزء الثاني عشر)

باب بيع المصراة والرد بالعيب . فإن لم يعلم بالعيب . إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً . وإن وجد العيب . وإذا أراد الرجوع بالارش . وإن لم يعلم بالعيب العيب الذي يرد به المبيع . إذا باع عينا بشرط البراءة .

(الجزء الثالث عشر)

باب بيع المراجعة . التجش والبيع على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي . باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع . باب السلم . تسليم المسلم فيه . باب القرض (كتاب الرهن)

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز . ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه . باب التفليس . الحجر . (كتاب الصلح) (كتاب الحوالة)

(الجزء الرابع عشر)

(كتاب الضمان) (كتاب الشركة) (كتاب الوكالة)

(كتاب الوديعة) (كتاب العارية) (كتاب الغصب)

(كتاب الشفعة) (كتاب القراض)

باب العبد المأذون له في التجارة (كتاب المساقاة) باب المزارعة

(الجزء الخامس عشر)

(كتاب الاجارة)

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما . ما يوجب فسخ الاجارة .

باب تضمين المستأجر والأجير . اختلاف المتكاريين . الجمالة

(كتاب السبق والرماية)

باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي . الاقطاع والحمى . حكم المياه المملوكة

(كتاب اللقطة) (كتاب اللقيط) (كتاب الوقف)

فإن قال وقفت على أولادي دخل فيه الذكر والانثى .

(كتاب الهبات)

ما جاز بيعه من الاعيان جاز هبته . ولا يملك الموهوب منه الهبة . وان اختلف

الواهب والموهوب له . العمري والرقبي . من وجب له على رجل دين جاز له

أن يبرئه (كتاب الوصايا)

(فصل) والافضل أن يقدم ما يوصى به من البر في حياته . فإن أجاز الوارث

ما زاد . وأما الوصية فيما لا قرينة فيه . ما يعتبر من الثلث . إن وصى أن يحج

عنه . جامع الوصايا . الرجوع في الوصية . الاوصياء .

(الجزء السادس عشر)

(كتاب العتق)

باب القرعة . المدبر . (كتاب المكاتب)

ما يملكه المكاتب وما لا يملكه . الكتابة الفاسدة . اختلاف المولى والمكاتب

(كتاب عتق أمهات الأولاد) باب الولاء (كتاب الفرائض)

ميراث أهل الفرائض . ميراث العصبة . الجسد والاخوة (كتاب النكاح)

ما يحرم من النكاح وما لا يحرم . الخيار في النكاح والرد بالعيب . نكاح المشرك

(كتاب الصداق) اختلاف الزوجين في الصداق . المتعة . الوليمة والنترة . عشرة

النساء والقسم . النشوز .

(الجزء السابع عشر)

(كتاب الخلع) باب جامع في الخلع (كتاب الطلاق) عدد الطلاق والاستثناء فيه

الشرط في الطلاق . الشك في الطلاق واختلاف الزوجين فيه .

باب الرجعة (كتاب الايلاء) (كتاب الظهار)
 كفارة الظهار (كتاب اللعان) ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز
 نفيه باللعان وما لا يجوز من يصح لعانه

(الجزء الثامن عشر)

(كتاب الأيمان) من تصح يمينه ؟ جامع الأيمان كفارة اليمين (كتاب العدد)
 باب مقام المعتدة والمكان الذي تمتد فيه . الاحداد . اجتماع العديتين
 باب استبراء الأمة وأم الولد
 (كتاب الرضاع) (كتاب النفقات) قدر النفقة . الاعسار بالنفقة
 واختلاف الزوجين فيها . نفقة المعتدة . نفقة الأقارب . الحضانة
 (كتاب الجنائيات) ما يجب به القصاص من الجنائيات . القصاص في الجروح .
 استيفاء القصاص . العفو عن القصاص .

(الجزء التاسع عشر)

(كتاب الديات) من تجب الدية بقتله . الديات . أرش الجنائيات
 العاقلة وما تحمله من الديات . اختلاف الجاني وولي الدم . كفارة القتل .
 (كتاب قتال أهل البغي) .

(الجزء العشرون)

(كتاب الحدود) باب حد الزنا . باب حد السرقة ونصايها . حد قاطع الطريق
 حد الخمس . باب التعزير ومن يستحقه . (كتاب الأفضية) اليمين والنكول
 عنها . باب القسمة . باب اليمين في الدعاوى (كتاب الشهادات) من تقبل
 شهادته ومن لا تقبل . كره اللعب بالشطرنج والفناء . باب تحمل الشهادة
 وأدائها . (كتاب الاقرار) باب جامع الاقرار .

- ٣ كتاب الحدود . باب حد الزنا ٨ والمحصن برجم . وان كان من غير
محصن . الروطه الذي يجب به الحد ٢٧ وان استأجر امرأة ليزني بها
فعلية الحد . واللواط محرم . ويحرم اتيان المرأة المرأة . ويحرم اتيان
البيهمة . ويحرم الاستمناء ٣٤ باب اقامة الحد وهو للامام
٣٩ والمستحب أن يحضر اقامة الحد جماعة . وان وجب التنزيه فبال ...
٤٧ فإن كان المرجوم رجلا لم يحفر له ، وان هرب المرجوم . باب حد القذف
اذا قذف بالغ محصن وحب الحد ، وان قذف غير محصن
٥٢ وان قذف الوالد ولده ، وان آتت امرأته بولد فقال ليس مني . ما يجب
بالقذف فلا يكون الا بطلب المقذوف . ومن قذف ولا حد عليه فعليه
التنزيه ٦٥ وان قذف جماعة نظرنا وان وجب حدان . وان قذف
فحد ثم قذنه . باب حد السرقة وانصابها لا يجب للقطع فيما سرق من غير
حرز . لا يجب للقطع حتى يتفصل المسروق
٩١ وان سرق الضيف المضيف . ولا يقطع فيما له فيه شبهة . ومن سرق من
ولده . وتقطع اليد اليمنى أول مرة ، فإن عاد فرجله اليمنى ، ويهان موضع
القطع اذا تلف المسروق فعلى السارق بدله ويقطع . حد قاطع الطريق
١٠٥ وان قتل ولم يأخذ المال . وان قتل وأخذ المال . ان تاب قاطع للطريق
بعد القدرة عليه . حد الخمر
١١٤ ويضرب في حد الخمر . باب التنزيه . باب التنزيه . باب التنزيه
١٢٤ كتاب الاقضية . باب ولاية القضاء وأدب القاضي . من كره عليه القضاء
وهو غني فلا يأخذ اجرا . لا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام .
لا يجوز أن يعقد اقلد القضاء على مذهب معين . ولا يحكم لنفسه ولا
يقضى في حال الغضب . ويستحب أن يكون له حبس
١٣٧ وان شهد عنده شهود وارتاب فيهم فرقوم ثم سألهم

١٤٠ والمستحب أن يبدأ بالمحسبين ثم ينظر في أمر الأوصياء . ما يجب على
القاضي في الخصوم والشهود ولا يلتزم خصماً منفة القضاء
١٥٨ اليمين والنكول عنها . البينة للمادة مقدمة على اليمين . إذا علم القاضي عدالة
الشاهد أو فسقه ١٦٦ وإن اجتمعت عنده محاضر كتب على كل محضر
أسماء المتداعين . إذا انضح الحكم للقاضي فالمستحب أن يأمرها بالصلح
١٧٢ باب القسمة ، ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم
١٧٣ وإن طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر ١٧٤ وإن كان بينهما
أرض مختلفة الأجزاء . إن كانت بينهما أرض مزروعة
١٨٠ إذا قسم الوارثان المركة ثم ظهر دين على للبيت . الدعوى والبيدات . وإن
ادعى على رجل ديناً ذكر جنسه . وإن كان لكل واحد منهما بيعة
١٩٣ إذا ادعى رجل أنه ابتاع داراً من فلان وادعى آخر أنه ابتاعها منه فهي
للأول بحسب تاريخ البيعة . إذا مات رجل وخلف إبناً مسلماً وإبناً نصرانياً
وادعى كل منهما أنه مات أبوه على دينه فيرثه . وإن مات امرأة وابنها
واختلفوا في الأول منها . وإن تداعى رجلان دابة . وإن تداعى
الزوجان مقام البيت

٢٠٨ باب اليمين في الدعاوى ٢٠٩ وإن كان للدعى جماعة
٢١٠ وإن ادعى القتل على اثنين ٢١٢ وإن شهد واحد أنه قتله بالسيف وشهد
آخر بغيره ٢١٦ ومن توجهت عليه يمين في دم غلظ عليه في اليمين
٢١٨ وإن حلف على فعل نفسه . وإن حلف على فعل غيره
٢٢٣ كتاب الشهادات ، ومن كانت عنده شهادة في حدقه فالمستحب أن لا يشهد
٢٢٤ ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ أجرة من تقبل شهادته
ومن لا تقبل لا تقبل شهادة من لا مروءة له
٢٢٨ ويكره اللعب بالسطرنج ويحرم اللعب بالبرد ، من شرب قليلاً من النبيذ
ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة ٢٣٠ ويحرم استعمال الآلات
التي تطرب ٢٣١ ويستحب تصهين الصوت بالقرآن ، ويجوز قول الشعر

- ٢٣١ ومن شهد بالزور فسق وردت شهادته ، ولا تقبل شهادة جارا الى نفسه نفعا
 ٢٣٤ ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد ، وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر
 ٢٣٥ ولا تقبل شهادة العدو على عدوه ٢٤٤ لا تجوز شهادة خائن ولا ذى غم
 وتفسير الغم ٢٤٩ لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين . ذى إحنة ، وتفسيره
 ٢٥٢ وان شهد صبي أو عبيد . عدد الشهود ٢٥٣ وان شهد ثلاثة بالزنا
 ٢٥٤ ويشك المال وما يقصد به للمال رجل وامرأتين ولا يقبل في موضحة
 العمدة الا شاهدان ٢٥٦ ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال شهادة النساء
 ما يثبت بالشاهد والمرأتين يصح بالشاهد واليمين
 ٢٦١ باب تحمل الشهادة وأدائها . تفسير تحمل الشهادة
 ٢٦٣ ويجوز أن يكون الا هو شاهدا ٢٦٤ ومن شهد بالنكاح ، ذكر شروطه .
 ومن شهد بالرضاع ، ومن شهد بالجنابة ، ومن شهد بالزنا ، ومن شهد
 بالسرقة . الشهادة على الشهادة
 ٢٦٨ ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة الا . . . يصح تحمل الغم - ادة على
 الشهادة من ثلاثة وجوه ٢٧٢ اختلاف الشهود في الشهادة
 ٢٧٣ وان شهد شاهد أنه سرق من رجل . . . وشهد آخر . الرجوع عن الشهادة
 ٢٧٩ فإن رجع بعضهم . . . ٢٨٣ واذا نقض الحكم ، من حكم له الحاكم بمال
 ٢٨٨ كتاب الاقرار ٢٩٠ ولا يصح الاقرار الا من بالغ عاقل
 ٢٩٣ ويقبل لإقرار المريض بالحد . ما قبل فيه الرجوع عن الاقرار
 ٣٠٤ فإن ~~المزوج~~ الزوج أن امرأه أخته ٣١٠ باب جامع الاقرار ، وان قال له
 على مال طواب بالنفسه ٣١٣ وان قال له على دراهم لزمه ثلاثة
 ٣١٨ وان قال هذه الدار لفلان هبة سكتى لم يكن إقرارا بالدار
 ٣١٩ وان أقر لرجل بمال في ظرف لزمه المال دون الظرف
 ٣٢٣ وان قال له في ميراث أبى ألف درهم . . . واذا قال له فى مهرانى من أبى .
 ٣٢٤ وان قال هذه الدار لزيد بل لعمرو ٣٣٠ وان مات رجل وخلف أخاه
 فقدم رجل مجهول النسب وقال أنا ابن الميت

